

SLOBODA POSLOVNOG NASTANA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA - ŠTO DONOSI PRIJEDLOG ČETRNAESTE DIREKTIVE U PRAVU EUROPSKE UNIJE?

Dr. sc. Hana Horak, izvanredna profesorica
Dr. sc. Kosjenka Dumančić, viša asistentica
Zvonimir Šafranko, mag. iur.
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.72:339.923
339.923::061.1(4)
Ur.: 16. srpnja 2012.
Pr.: 16. studenoga 2012
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autori u članku analiziraju slobodu poslovnog nastana u Europskoj uniji s aspekta ostvarivanja prava na prekogranično premještanje sjedišta trgovačkih društava. Analizirajući izvore prava Europske unije i praksu Europskog suda, autori u članku prikazuju problematiku koja se javlja posebice primjenom različitih teorija sjedišta društva u državama članicama Europske unije. U članku se daje pregled prakse Europskog suda u ovom području s posebnim naglaskom na najnoviji predmet VALE. Pregledom pravnih izvora u hrvatskom zakonodavstvu zaključuje se o usklađenosti hrvatskoga prava, u području slobode poslovnog nastana te mogućim problemima u poslovnoj praksi. Autori daju pregled rješenja nekih pitanja prekograničnog premještanja sjedišta društva danih u prijedlogu Četrnaeste direktive u pravu društava Europske unije.

Ključne riječi: *sloboda poslovnog nastana, teorija stvarnog sjedišta, teorija inkorporacije, prekogranično premještanje sjedišta društva, prijedlog Četrnaeste direktive.*

1. UVOD

Ostvarivanje slobode poslovnog nastana¹ preduvjet je za slobodno kretanje pravnih i fizičkih osoba na teritoriju Europske unije. S obzirom na primjenu različitih teorija² o poslovnom nastanu u pravnim sustavima država članica pitanje slobode poslovnog nastana u okviru prava trgovačkih društava do sada nije harmonizirano na supranacionalnom nivou. Kako bi se ujednačila pravila o poslovnom nastanu na nivou Europske unije te reguliralo prekogranično premještanje društava i pomirilo različite teorije o sjedištu trgovačkih društava jedinstvenom regulacijom, kao moguće rješenje razmatra se donošenje, tzv. Četrnaeste direktive.³

Iako je ograničavanje ove slobode zabranjeno temeljem odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU),⁴ države članice koristeći se pravom

- 1 Sloboda poslovnog nastana jedna je od četiri temeljne gospodarske slobode na tržištu Europske unije. Jamči se odredbom čl. 49. UFEU-a, te se pod tim pojmom podrazumijeva stvarno obavljanje gospodarske aktivnosti, stalno i trajno putem stalnog poslovnog nastana u drugoj državi članici tijekom neodređenog razdoblja. Više o slobodi poslovnog nastana vidi u: Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Martinović, A.: *Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011.; Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 2011.; Rodin, S., Čapeta, T.: *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2011.; Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, 2006.; Babić, D., Petrović, S.: *Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu Centros*, 52, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2002.; Barnard, C.: *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, Oxford University Press, 2007.; Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C., Monti, G., Tomkins, A.: *European Union Law: Text and materials*, Cambridge University Press, 2006.; Craig, P., De Burca, G.: *EU Law, text, cases and materials*, 4th ed., Oxford University Press, 2008.; Cabral, P., Cunha, P.: *Presumed innocent: Companies and the exercise of the right of establishment under Community law*, 25 *European Law Review*, 2000.
- 2 Temeljne teorije vezane za poslovni nastan zapravo su teorije sjedišta. Razlikujemo teoriju stvarnog sjedišta (*real seat theory*) i teoriju osnivanja (*incorporation theory*). O teorijama sjedišta vidi više u nastavku teksta.
- 3 Europska komisija objavila je u prosincu 2007. studiju o Direktivi o prekograničnom premještanju registriranog sjedišta društava (tzv. Četrnaesta direktiva) COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Brussels, 12.12.2007. SEC(2007) 1707. Dokument sadržava argumente za i protiv moguće aktivnosti Komisije uključujući i evaluaciju posljedica za nepoduzimanje regulatornih aktivnosti u ovom području. Nakon toga se u okviru aktivnosti Europske Komisije nije razmatralo donošenje direktive. U 2011. godini donesena su dva dokumenta u kojima se razmatra problematika slobode poslovnog nastana, mogućnosti za prekogranično premještanje sjedišta društva i za daljnju razradu i donošenje prijedloga Četrnaeste direktive. Ti dokumenti su: *European parliament: Draft report with recommendations to the Commission on a 14th Company Law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))* od 27.9.2011. i *European Parliament: Opinion of the Committee on Employment and Social Affairs for the Committee on Legal Affairs on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI))* od 27.9.2011.
- 4 *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, OJ C 306 od 17. prosinca 2007., za konsolidiranu verziju vidi *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 115 od 9. svibnja 2008. godine.

na reguliranje i definiranje sjedišta društva na različite načine ograničavaju slobodu poslovnog nastana. Ograničavanje slobode poslovnog nastana češće je u situacijama kada slobodu poslovnog nastana ograničava država članica odredišta (imigracija društva), međutim odlazak društva u drugu državu članicu može ograničiti i matična država članica (emigracija društva).⁵

Pravna osnova za usklađivanje prava trgovačkih društava⁶ država članica na nivou Europske unije sadržana je u odredbama primarnog zakonodavstva.⁷ Kako bi se omogućila i ostvarila sloboda poslovnog nastana europskim institucijama dana je ovlast usvajanja mjera radi usklađivanja propisa država članica donesenih u interesu članova trgovačkih društava i trećih osoba.⁸

Usklađivanje nacionalnih prava društava utemeljeno je u primarnom zakonodavstvu i provodi se instrumentima sekundarnog zakonodavstva posebice uredbama i direktivama.⁹

Kao što brojni autori u literaturi razmatraju¹⁰ razvidno je da sloboda poslovnog nastana zajamčena UFEU-om omogućuje trgovačkim društvima da se poslovno nastane u državi članici Europske unije pritom im osiguravajući izbor mjerodavnog prava. Trgovačko društvo može odlučiti obavljati djelatnost i imati stvarno sjedište bilo gdje na području Europske unije pri čemu ima mogućnost izbora između 27 različitih pravnih sustava,¹¹ pri tome birajući ono pravo društava koje najbolje odgovara njegovim potrebama, odnosno europsko pravo kao 28 pravni sustav.

- 5 Europski sud odlučivao je u predmetima C-81/87 Daily Mail i General Trust [1988] ECR 5483, C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995, C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641. U skupinu predmeta Europskog suda u kojima se rješava pitanje imigracije društva ulaze predmeti Centros, Überseering, Inspire Art i Sevic Systems. U skupinu predmeta u kojima se rješava pitanje emigracije ulaze predmeti Daily Mail i General Trust, Cartesio. Više vidi u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 106.
- 6 Poblize o usklađivanju prava trgovačkih društava vidi u: Horak, H., Dumančić, K.: Usklađivanje u području prava društava Republike Hrvatske s pravnom stečevinom EU, Pravo i porezi, br. 5, 2011., str. 86-93.
- 7 Odredba čl. 50 st. 2. g. UFEU (prije čl. 44. UEZ).
- 8 Također vidi u čl. 114. UFEU (prije 95 UEZ). Poblize i Ferrarini, G., Enriques, L., Gatti, M.: EC Reforms of Corporate Governance and Capital Markets Law: Do they Tackle Insiders Opportunism?, 30. lipnja 2006., <<http://ssrn.com/abstract=886345>>, 20. travanj 2009.
- 9 Vidi poblize o uredbama i direktivama iz područja prava društava u Europskoj uniji, te cjelovite prijevode tekstova na hrvatski jezik u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.
- 10 Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit., str. 227.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European union, Central European University, ožujak 2010.
- 11 Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit.; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit.; Bratton, W. W., McCahery, J. A., Vermeulen, E. P.: How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative Analysis, Law working paper 91/2008, <<http://ssrn.com/abstract=1086667>>, 10. svibnja 2012.; Armour, J., Ringe W. G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Law Working Paper 175/2011, <<http://ssrn.com/abstract=1691688>>, 10. svibnja 2012.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office..., op. cit.

Sloboda poslovnog nastana temelj je za međusobno priznavanje društava na području Unije kako to proizlazi iz prakse Europskog suda.¹² Društvu osnovanom prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju priznati pravnu osobnost i omogućiti mu da posluje bez propisivanja dodatnih uvjeta.¹³ U tom smislu razvidno je postojanje različitih ograničenja slobode poslovnog nastana koja određuju i matične države članice i države članice odredišta. Na osnovano društvo u matičnoj državi članici primjenjuje se pravo te države članice te su u tom smislu upitni razlozi za prijenos njegovog sjedišta u drugu državu članicu. Razlozi za ograničavanje slobode poslovnog nastana kod prekograničnog prijenosa sjedišta društva razmatrani su u praksi Europskog suda koji je odlučivao o opravdanjima nacionalnih ograničenja.¹⁴

Različiti su motivi koji uzrokuju potrebu za prekograničnim prijenosom sjedišta društva. Kao najčešći navode se razlozi za uplatom manjeg iznosa temeljnog kapitala, povećanje učinkovitosti i smanjivanje troškova upravljanja poslovanjem (niži administrativni i pravni troškovi), fleksibilnija pravila o spajanjima i pripajanjima, odnosno podjeli društava, manje stroga pravila prava društava i veća sloboda prilikom definiranja temeljenih akata društva, doseg zahtjeva za objavom podataka, veći izbor strukturiranja organa društva (monistički i dualistički sustav korporativnog upravljanja), pravila o sudjelovanju radnika te veća transparentnost prava društava.¹⁵ također se ne smiju se zanemariti motivi koji se odnose na zaštitu investitora, kao i kvalitetu i učinkovitost sudovanja, te odredbe o stečaju društava i efikasnost ovršnih postupaka.¹⁶ Od ekonomskih razloga navode se niži troškovi poslovanja, manja fiskalna davanja, povoljniji investicijski uvjeti, bolji pristup financiranju i drugi.¹⁷ Trgovačka društva koja i imaju potrebu biti financirana¹⁸ žele

12 Presude u predmetima C-81/87 Daily Mail i General Trust [1998] ECR 5483, C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459, C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919, C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155, C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805, C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995, C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641.

13 The Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, Minutes for the 6th meeting of 8 March 2007, str. 4.; vidi i u Babić, D.: Sloboda kretanja ... op. cit., str. 228.; Vossestein, G. J.: Transfer of the registered office The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive, Utrecht Law Review, Vol. 4, Issue 1 (March) 2008, str. 61, <<http://www.utrechtlawreview.org/>>.

14 Europski sud tako je odlučivao o slobodi poslovnog nastana, a gdje se prijenos sjedišta tražio radi prvenstveno poreznih razloga, primjerice presude u predmetima Daily Mail, Cadbury Schweppes i druge.

15 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007, str. 12.

16 Ibidem, str. 17.

17 Rammeloo, S.: The 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office of the limited liability companies: now or never?, 14 Maastricht journal of European and comparative law, 362, 2008. Ukoliko društvo planira uvrštenje na tržište kapitala, te u tom smislu želi pribaviti sredstva za društvo, promjena prava društava može utjecati na privlačenje investitora. Prednost prijenosa sjedišta utječe na društva i fizičke osobe u državi članici odredišta koji žele poslovati s društvom.

18 Prema podatcima iz Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007)1707, str.13., u EU ima više od 10 milijuna registriranih društava kapitala koja bi se

privući investitore i zajmodavce pri čemu investitori i banke imaju veće povjerenje prema društvima koja su osnovana u državama koje imaju povoljnu regulativu koja uključuje efikasno stečajno pravo kao i efikasan sustav preustroja društva u slučaju stečaja.¹⁹

Društva mogu prenijeti stvarno sjedište u drugu državu članicu pod uvjetom da osiguraju ispunjavanje svih nužnih zahtjeva i formalnosti određenih od njihove matične države članice pri čemu svaka država članica može odrediti drukčije zahtjeve pod uvjetom da su oni proporcionalni i nediskriminirajući. Prekogranični prijenos registriranog sjedišta društva iz matične u državu članicu odredišta, te s time povezana promjena sudskog registra dovodi do promjene poveznice prava koje se primjenjuje, odnosno do promjene „nacionalnosti“ društva.²⁰

Temeljno pitanje koje proizlazi iz analize primjene slobode poslovnog nastana i njezinih ograničenja jest pitanje dopuštene promjene „nacionalnosti“ društva uz zadržavanje pravne osobnosti s obzirom na to da se samo zadržavanjem pravne osobnosti može osigurati pravna sigurnost svim zainteresiranim osobama kao što su radnici, vjerovnici, članovi društva i drugi imatelji interesa. Međutim, takvo postupanje nije definirano, te se u tom smislu ono planira riješiti donošenjem prijedloga Četrnaeste direktive.²¹

2. SLOBODA POSLOVNOG NASTANA

Poslovni nastan označava pravo pravnih ili fizičkih osoba koje su državljani neke od država članica Europske unije na osnivanje pravne osobe, odnosno trgovačkog društva na području države članice koja nije njegova matična država te uključuje pokretanje i obavljanje samostalne djelatnosti.²² Definiranje slobode poslovnog nastana proizlazi iz UFEU-a te je dio slobode pružanja usluga.²³

mogla koristiti mogućnošću prijenosa registriranog sjedišta. Temeljem podataka Europskog foruma trgovačkih registara (European Commerce Registers Forum, ECRF) u državama članicama Europske unije postoji oko 9,4 milijuna neuvrštenih društava i oko 700.000 uvrštenih društava. Ovi brojevi smatraju se još većima s obzirom na to da u Forum nije uključeno 8 država članica), <<http://www.ecrforum.org/>>.

- 19 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 13.
- 20 Vidi Izvješće Europske Komisije, DG za Unutarnje tržište i usluge: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law, Bruxelles, 5.4.2011., str. 14., te presuda u predmetu *Cartesio*.
- 21 Studija o Direktivi o prekograničnom premještanju registriranog sjedišta društava (tzv. Četrnaesta direktiva) Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707.
- 22 Čl. 49. UFEU (prije: čl. 43. UEZ), st. 2. i čl. 54. UFEU (prije čl. 48. UEZ).
- 23 U predmetima razmatranima pred Europskim sudom razgraničena je sloboda poslovnog nastana od slobode pružanja usluga (presuda u predmetu C-55/94 *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165) kao temelj razlikovanja uzima se trajanje aktivnosti pri čemu se sloboda pružanja usluga razmatra kao privremena aktivnosti u drugoj državi članici, te se procjenjuje osim trajanja aktivnosti i njezina redovitost, periodičnost ili kontinuitet. U novijem razdoblju praksa Europskog suda prilikom određivanja situacija radi li se o slobodi poslovnog nastana ili o slobodi pružanja

UFEU je široko odredio primjenu slobode poslovnog nastana te se ističe kako se sloboda poslovnog nastana jamči i pravnim i fizičkim osobama. Europski sud u svojoj praksi odredio je da svatko može koristiti pogodnosti odredbi čl. 49. do 55. UFEU-a te se pozivati na primjenu odredbi o slobodi poslovnog nastana. Međutim, u odnosu na primjenu slobode poslovnog nastana prilikom prijenosa sjedišta iz jedne u drugu državu članicu javlja se problem određivanja ograničenja država članica u situacijama kada društva žele otići iz neke države članice, odnosno ući u nju.

Odredbom čl. 49. st. 1. UFEU-a (prije čl. 43. UEZ) zabranjuje se ograničavanje slobode poslovnog nastana državljanima jedne države članice na području druge države članice. Ta se zabrana odnosi i na ograničavanje osnivanja zastupništava, društava kćeri ili podružnica državljana države članice koji su pravo poslovnog nastana ostvarili na području druge države članice. Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja samostalne djelatnosti te osnivanje i upravljanje trgovačkim društvima²⁴ sukladno pretpostavkama koje pravo države u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje predviđa za svoje državljane.²⁵

Prepreke slobodi poslovnog nastana najčešće proizlaze iz primjene različitih teorija sjedišta koje primjenjuju države članice. U nadležnosti je svake države članice da samostalno odredi uvjete potrebne za osnivanje društva. Koristeći se ovim načelom daje se sloboda osnivačima trgovačkog društva da izborom mjesta osnivanja odrede i koju će teoriju sjedišta primjenjivati budući da im ovaj izbor ujedno omogućuje i izbor prava koje će se na to društvo primjenjivati, te ujedno i izbor najboljih ekonomskih uvjeta poslovanja.²⁶

usluga kreće se u dva smjera. Kriteriji periodičnosti i ponavljanja ustanovljeni presudom *Gebhard* zamijenjeni su u korist kriterija ekonomske prirode aktivnosti, a tek podredno na namjeri pružatelja usluga da uđe trajno na tržište rada u državi primateljici. Sud je uspostavio presumpciju da se svaka aktivnost koja se s ekonomskog motrišta smatra uslugom *a priori* treba tretirati kao usluga. U hrvatskom pravu Zakonom o uslugama, NN br. 80/11, uređuje se pravo na poslovni nastan i slobodu pružanja usluga na teritoriju Republike Hrvatske (ne definira slobodu poslovnog nastana). U čl. 4. st. 1. definiraju se usluge kao svaka samostalna gospodarska djelatnost koja se uobičajeno obavlja za naknadu, ako nije obuhvaćena pravnim propisima vezanim uz slobodu kretanja roba, kapitala i osoba. Bitno razlikovanje slobode poslovnog nastana od slobode pružanja usluga odredbom čl. 612. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima, NN br. 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, pročišćeni tekst: 152/11 (dalje: ZTD), uvodi se razlikovanje slobode pružanja usluga od poslovnog nastana te se definira kako se obavljanjem djelatnosti ne smatra primjerice povremeno ili jednokratno obavljanje djelatnosti, odnosno obavljanje pojedinog posla (pojam slobode pružanja usluga u skladu s pravnom stečevinom EU-a). Je li riječ o trajnom obavljanju djelatnosti ocjenjuje se prema okolnostima konkretnog slučaja.

24 Trgovačka društva temeljem čl. 49. st. 2. u vezi s čl. 54. UFEU-a su društva osnovana temeljem građanskog ili trgovačkog prava, uključujući i zadruge, te druge pravne osobe regulirane javnim ili privatnim pravom osim onih koji su neprofitne. Vidi i u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 104.

25 Čl. 49. st. 2. UFEU.

26 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 11.

2.1. Sloboda izbora prava prilikom osnivanja društva

Na području jedinstvenog tržišta države članice primjenjuju različite teorije sjedišta. Postoji mogućnost primjene teorije osnivanja (inkorporacije), primjene teorije stvarnog sjedišta ili mogućnost primjene obje teorije. Prema teoriji osnivanja na trgovačko društvo primjenjuje se pravo države temeljem kojeg je društvo osnovano, odnosno upisano u sudski registar bez obzira gdje društvo posluje.²⁷ Teorija osnivanja ne zahtijeva postojanje veze između mjesta gdje je društvo osnovano i središnjeg mjesta upravljanja društvom stoga države članice koje primjenjuju ovu teoriju dopuštaju osnivanje i registraciju u svojim sudskim registrima društvima bez obzira na to gdje se nalazi uprava društva.²⁸ Na ovaj način država članica osnivanja zadržava nadzor nad transakcijama društva bez obzira na to gdje su one provedene. Protivnici ove teorije²⁹ ističu kako ona omogućuje društvima osnivanje u državama gdje je to lakše i gdje postoji pogodnije pravo društava.

Prema teoriji stvarnog sjedišta na društvo se primjenjuje pravo države u kojem društvo ima stvarno, činjenično sjedište poslovnih aktivnosti – mjesto iz kojeg se obavljaju poslovne aktivnosti bez obzira gdje je registrirano.³⁰ U pravilu teorija stvarnog sjedišta ne omogućuje slobodu izbora mjerodavnog prava društva. Cilj je upravo i spriječiti izbjegavanje primjene domaćeg prava registriranjem društva u inozemstvu.³¹ U državama koje primjenjuju teoriju stvarnog sjedišta zahtijeva se da se i središnje mjesto upravljanja i stvarno sjedište budu u državi gdje je društvo osnovano.³² Kada društvo prenosi svoje središnje mjesto upravljanja u inozemstvo

- 27 Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava...*, op. cit., str. 229. Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet working paper 07/09, str. 5.: Teorija osnivanja prihvaćena je u Nizozemskoj, Danskoj, Irskoj, Velikoj Britaniji, Malti, Švedskoj, Češkoj, Slovačkoj, Finskoj, Mađarskoj i Cipru. Počela se primjenjivati u 18. stoljeću u državama *common law* pravne tradicije, prvenstveno u Ujedinjenom Kraljevstvu, potaknuta potrebama engleskih društava koja su se bavila prekomorskom trgovinom. Primjenom ove teorije društva su bila subjektima engleskog prava bez obzira na vođenje poslova i obavljanje djelatnosti u inozemstvu. Tako su i druga društva osnovana u Ujedinjenom Kraljevstvu bila smatrana engleskim društvima. U nekim državama članicama primjenjuje se kombinacija obje teorije, primjerice u Italiji.
- 28 Andenas, M., Wooldridge, F.: *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009
- 29 Panayi, C. H. J. I.: *Corporate mobility in the European Union and exit taxes*, *Bulletin for International Taxation*, 2009.; Vargova, P.: *The cross border transfer...*, op. cit., str. 9.
- 30 Babić, D.: *Sloboda kretanja ...*, op. cit., str. 230. Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat ...*, op. cit., str. 6.: „Teorija stvarnog sjedišta primjenjuje se u Belgiji, Njemačkoj, Španjolskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Portugalu, Litvi, Poljskoj, Estoniji, Norveškoj, Austriji, Sloveniji i Latviji.“
- 31 Ibidem. Vidi i Babić, D., Petrović, S.: *Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu Centros*, 52. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2002.; Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava*, op. cit., str. 102. do 140.
- 32 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer of seat ...*, op. cit., str. 5. „Ova teorija nastala je u Njemačkoj i Francuskoj u 19. stoljeću kao rezultat modernih trendova, te odražava nacionalni princip temeljem kojeg države imaju pravo kontrole nad svojim teritorijem što uključuje nadzor aktivnosti pravnih i fizičkih osoba na njihovom teritoriju.“

ono prestaje biti subjektom prava države članice gdje je osnovano i gdje je imalo svoje stvarno sjedište, te mora biti likvidirano u matičnoj državi članici i ponovno osnovano u državi članici odredišta što se smatra ograničenjem mogućnosti da društvo premjesti svoje sjedište preko granice.³³ Europski sud teoriju stvarnog sjedišta nije proglasio nespojivom s UFEU-om, međutim ističe se kako primjena teorije stvarnog sjedišta ne može biti razlog i sredstvo ograničavanja slobode poslovnog nastana.³⁴

Kao temeljno pravilo³⁵ može se uzeti da države članice koje primjenjuju teoriju osnivanja dopuštaju društvima prijenos njegovog središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu članicu bez potrebe za prestankom društva i promjene prava koje se na to društvo primjenjuje (s obzirom na to da je pravo koje se primjenjuje na društvo u ovom slučaju ono koje se primjenjuje u državi u kojoj je društvo osnovano). Međutim, prekogranični prijenos registriranog sjedišta, budući da rezultira promjenom prava društva koje se na to društvo primjenjuje, može se ostvariti jedino ukoliko društvo prestane postojati u matičnoj državi i njegovim ponovnim osnivanjem u državi članici odredišta.³⁶

2.2. Izvori prava Europske unije u području slobode poslovnog nastana

Sloboda poslovnog nastana jamči se odredbama čl. 49. do 54. UFEU-a,³⁷ te odredbom čl. 225. UFEU-a kojom je omogućeno Europskom parlamentu pokretanje inicijative pri Europskoj komisiji za rješavanje određenih pitanja radi primjene akata Unije.

Osim u primarnom zakonodavstvu sloboda poslovnog nastana omogućena je i brojnim izvorima sekundarnog zakonodavstva.³⁸

Ostvarivanje slobode poslovnog nastana, kao jednog od prioriteta Europske unije u području prava društava te jedan od preduvjeta za mobilnost trgovačkih

33 Ibidem, str. 7.

34 Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit., str. 234 i 235

35 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 9.

36 Ibidem. Tako i Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat..., op. cit., str. 7.

37 Temeljem odredbe čl. 50. st. 2. t. g. europske institucije usvojile su veći broj direktiva u pravu društava koje su stvorile pravni okvir europskog prava društava te osigurale njegovu implementaciju u nacionalna prava država članica. Vidi u Armour, J., Ringe, W. G.: European Company Law, op. cit., str. 5.

38 Commission communication of 21 May 2003 "Modernising Company law and Enhancing Corporate Governance in The European Union-A plan to Move Forward" (COM(2003)0284); Commission Communication of 3 March 2010 "Europe 2020-A strategy for smart, sustainable and inclusive growth" (COM(2010)0608); Commission communication of 13 April 2011 "Single Market Act-Twelve levers to boost growth and strengthen confidence – Working together to create new growth" (COM(2011)0206); Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294, 10.11.2001, str. 1; Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European Company with regard to the involvement of employees, OJ L 294, 10.11.2001, str. 22; Council Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005, str. 1.

društava na europskom tržištu istaknuto je u više dokumenata Europske komisije. U dokumentu pod nazivom „Modernizacija prava društava i poboljšavanje korporativnog upravljanja u Europskoj uniji – Plan pomaka naprijed“ (dalje: Akcijski plan)³⁹ iz 2003. godine koji je inicirala Visoka grupa stručnjaka za pravo trgovačkih društava⁴⁰ ističe se kako će inicijative za olakšavanje slobode poslovnog nastana za trgovačka društva ujednačavanjem minimalnih zahtjeva za osnivanje društava u drugim državama članicama dovesti do lakšeg osnivanja društava u državama članicama koje imaju sličan regulatorni okvir⁴¹ te isticanjem potrebe za usvajanjem zajedničkih mehanizama u području europskog prava društava kako bi se između ostalog olakšala sloboda poslovnog nastana i prekogranično preoblikovanje društava što nastaje kao posljedica učestalog prekograničnog djelovanja velikog broja društava u Europskoj uniji.⁴² Europska komisija tada je istaknula kako će u kratkom roku dati prijedlog za donošenje Četrnaeste direktive u pravu društava koja bi se odnosila na prekogranični prijenos sjedišta društva, a imajući na umu da nedostatak zakonodavstva koje bi se primjenjivalo na prekogranični prijenos sjedišta otežava njegov prijenos, odnosno čini ga iznimno kompleksnim. Budući da zakonima država članica uglavnom nije predviđena ova mogućnost, a ukoliko jest, s obzirom na istovremenu primjenu različitih nacionalnih prava, učestalo dolazi do sukoba zakona zbog primjene različitih poveznica u različitim državama članicama. Zbog toga je Europska komisija istaknula potrebu za poduzimanjem zakonodavne inicijative u ovom području, kako bi se sloboda poslovnog nastana implementirala na način kako je to predviđeno Ugovorom,⁴³ u više priopćenja: „Europa 2020 – strategija za pametan, održiv i uključiv rast,⁴⁴ „Prema aktu o jedinstvenom tržištu – za visoko kompetitivnu socijalno tržišnu ekonomiju – 50 prijedloga za poboljšanje našeg rada, poslovanja i međusobne razmjene⁴⁵ i „Aktu o jedinstvenom tržištu – dvanaest poluga za poticanje rasta i jačanje povjerenja – zajedničkim radom za stvaranje novog rasta.“⁴⁶

Društva mogu koristiti pogodnosti prijenosa registriranog sjedišta temeljem odredbi Uredbe Vijeća br. 2157/2001 o statutu europskoga društva (dalje: Uredba SE),⁴⁷ Uredbe Vijeća br. 1435/2003 o Statutu europske zadruge (dalje: Uredba

39 Communication of 21 May 2003 *Modernising Company Law ...* COM(2003) 284.

40 O Akcijskom planu vidi više u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava, op. cit., str. 30-39.

41 Communication of 21 May 2003 *Modernising Company Law ...* COM(2003) 284 final, str. 6.

42 Ibidem, str. 7.

43 Ibidem, str. 20.

44 Commission Communication of 3 March 2010 *Europe 2020-A strategy for smart, sustainable and inclusive growth* (COM(2010)0608).

45 Commission Communication of 27 October 2010 *Towards a Single Market Act – For a highly competitive social market economy – 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another* (COM(2010)0608).

46 Commission communication of 13 April 2011 *Single Market Act-Twelve levers to boost growth and strengthen confidence – Working together to create new growth* (COM(2011)0206).

47 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294, 10.11.2001.

SCE),⁴⁸ Uredbe Vijeća br. 2137/85 o europskom gospodarsko interesnom udruženju (dalje: Uredba EGIU) i Direktive 2005/56/EZ o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala (dalje: Direktiva 2005/56/EZ),⁴⁹ primjenom Direktive 2001/86/EZ kojom se dopunjuje Statut europskog društva u pogledu sudjelovanja radnika⁵⁰ te Direktive 2002/14/EZ kojom se uspostavlja opći okvir za obavješćivanje i savjetovanje radnika.⁵¹

Navedenim Uredbama Vijeća reguliraju se oblici supranacionalnih društava. Analogno tumačenju Europskog suda u presudi u predmetu *Daily Mail*⁵² u kojoj se navodi kako su za razliku od fizičkih osoba trgovačka društva „tvorevine“ nacionalnog prava možemo zaključiti da su supranacionalna društva „tvorevine“ europskog prava koja posluju na području čitave Europske unije, unutar jurisdikcija svake od država članica Europske unije, ali temeljem pravnog režima ustrojenog na supranacionalnoj razini.⁵³

Primjena odredbi ovih uredbi i direktive na prekogranični prijenos sjedišta društva proizlazi iz tumačenja Europskog suda u presudi u predmetu *Cartesio*⁵⁴ gdje se navodi kako se pravila o prijenosu sjedišta, regulirana Uredbom SE, Uredbom o EEIG i Uredbom o SCE, mogu *mutatis mutandis* primjenjivati i na prekogranični prijenos stvarnog sjedišta društva osnovanog temeljem prava države članice, a posebice imajući na umu da su te uredbe usvojene temeljem čl. 308. UEZ-a (sada čl. 352. UFEU-a), te se njima određuju pravila za promjenu registriranog i stvarnog sjedišta, koja se oba moraju nalaziti u istoj državi članici, u drugu državu članicu, a taj prijenos sadržava i promjenu nacionalnog prava koje se primjenjuje na to društvo.

Pripajanja i spajanja društava za posljedicu imaju i prijenos sjedišta društava. Odredbom čl. 13. Direktive 2005/56/EZ predviđena je obveza država članica da propišu uvjete za provedbu prekograničnog spajanja i pripajanja u registru u kojem su pripojena ili spojena društva bila upisana. Primjena odredbi Direktive 2005/56/EZ predstavlja za sada jedinu mogućnost prijenosa sjedišta društva bez njegove likvidacije čime se omogućuje kontinuitet postojećim društvima koja se pripajaju

48 Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), OJ L 207, 18.8.2003.

49 Council Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross border mergers of limited liability companies, OJ L 310, 25.11.2005.

50 Directive 2001/86/EC of 8. October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, OJ L 294, 10.11.2001.

51 Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation, OJ L 80, 23.3.2002, str. 29–34.

52 Vidi para. 19 presude u predmetu *Daily Mail*. U originalnom tekstu presude navodi se kako su trgovačka društva „creatures of national law“, te se ovdje koristi termin „tvorevine.“ Prema Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko...*, op. cit., str. 130.

53 Vidi Izvješće Europske komisije, DG za Unutarnje tržište i usluge: *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*, Bruxelles, 5.4.2011., str. 29.

54 Tako u para. 115 i 116 presude u predmetu *Cartesio*.

ili spajaju. Kao temeljni nedostatak ističe se skup postupak koji nije primjeren za mala i srednje velika trgovačka društva. Prijedlog Četrnaeste direktive trebao bi ići za tim da se smanje administrativni zahtjevi i pojeftini procedura prijenosa sjedišta, te se olakša prijenos sjedišta malim i srednjim trgovačkim društvima (te „mikro“ društvima) čime će se omogućiti njihovo poslovanje na cjelokupnom tržištu.⁵⁵

3. PRAKSA EUROPSKOG SUDA U PODRUČJU SLOBODE POSLOVNOG NASTANA

Europski sud usvojio je pristup tumačenju slobode poslovnog nastana presudama u predmetima: Daily Mail i General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems, Cadbury Schweppes te Cartesio.

Analizirajući praksu Europskog suda valja imati na umu da Europski sud nije specijalizirani sud, te odlučuje u cilju zaštite temeljnih gospodarskih sloboda zajamčenih UFEU-om dok nacionalni trgovački sudovi, koji su specijalizirani sudovi, donose odluke radi zaštite nacionalnih prava i interesa uzimajući u obzir pravnu i poreznu usklađenost te druge važne čimbenike za nacionalno zakonodavstvo.⁵⁶ U prilog tomu primjerice, Europski sud ne uzima u obzir prethodnu ekonomsku aktivnost društava u matičnoj državi članici⁵⁷ te ne prihvaća kao opravdanja razloge zaštite vjerovnika prilikom određivanja visine iznosa temeljnog kapitala društva.⁵⁸

55 U prilog ovome ide i njemačko zakonodavstvo kojim je omogućeno osnivanje, tzv. „Mini“ GmbH (Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) UG) za čije je osnivanje potreban minimalan temeljni kapital od 1 EUR, ali se dobit ne može rasporediti dok visina temeljnoga kapitala ne dosegne iznos potreban za osnivanje običnog GmbH (25.000 EUR). Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 107. U tom smislu stvara se pozitivno okruženje za privlačenje društava u „povoljniji“ pravni režim.

56 O odnosu između Europskog suda i nacionalnih sudova vidi u Horak, H., Dumančić, K.: *Problemi implementacije Direktive o uslugama u pravo RH – odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou?*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, 2011., gdje se navodi kako „djelovanje država članica u vrijeme globalne ekonomske krize nisu uvijek podrška procesima integracije tržišta EU, te socijalna dimenzija EU ne može biti u potpunosti osigurana samo od strane Europskog suda. Iako Europski sud široko interpretira gospodarske slobode na način da se njima štite temeljna osobna i socijalna prava očigledno je da najnovija sudska praksa potvrđuje kako to ne može biti tako. Obzirom da liberalizacija tržišta znači liberalizaciju nacionalnih pravila potvrđuje se zaključak da se time otvaraju posebna pitanja i za sudionike na tržištu. Očigledno je da je jedan od odgovora u nekim državama članicama primarno zaštita nacionalnih tržišta.“

57 Pitanje nastavka ekonomske aktivnosti društva u drugoj državi članici počeo će se analizirati tek u mišljenju nezavisnog odvjetnika u predmetu Cartesio, te u najnovijem predmetu VALE.

58 U odnosu na temeljni iznos minimalnog temeljnog kapitala društva kao razloga za opravdanje ograničenja slobode poslovnog nastana Europski sud istaknuo je kako on ne pruža dovoljno učinkovitu zaštitu vjerovnika (u presudi u predmetu Centros i Inspire Art Europski sud uopće ne razmatra ovo pitanje, te se može zaključiti kako se pravila o minimalnom temeljnom kapitalu ne smatraju dovoljno važnima da bi mogla biti prepreka slobodi poslovnog nastana kao i pitanja o odgovornosti uprave i obavještanju koja su bila predmetom rasprave u predmetu Inspire Art. Vidi u Babić, D.: *Sloboda kretanja...*, op. cit., str. 247.

Ovakvo tumačenje Europskog suda zapravo ide u prilog shvaćanjima kako odredbe o uplati minimalnog temeljnog kapitala nisu odlučne za borbu protiv zlouporabe te ne predstavljaju razlog zaštite javnog interesa.⁵⁹

Europski sud priklanja se u svojim presudama teoriji osnivanja. Prihvaćen je stav da država članica odredišta mora priznati pravnu osobnost društva koje je valjano osnovano po pravu matične države članice. U odnosu na situaciju kada društvo prenosi svoje stvarno sjedište iz države članice u kojoj je osnovano u inozemstvo, Europski sud nije jasno zabranio ili ograničio pravo država članica na određivanje ograničenja za prijenos stvarnog sjedišta osnovanog temeljem njihovog prava u drugu državu članicu.⁶⁰ Zbog toga matična država članica može zahtijevati od društva ispunjenje određenih uvjeta kada iz nje prenosi svoje stvarno sjedište (primjerice dozvola koju je izdalo od nadležno državno tijelo).⁶¹ Ili suprotno, država članica može dopustiti da društvo bude osnovano čak i ako ono nije uključeno u stvarno obavljanje ekonomske aktivnosti na njezinom teritoriju ili na njemu ima stvarno sjedište.⁶²

U presudi u predmetu *Daily Mail i General Trust*⁶³ po prvi puta se ističe primjena odredbi UFEU-a (tada UEZ) o poslovnom nastanu na situaciju prekograničnog prijenosa sjedišta društva. Sud ističe kako primjena UEZ-a obvezuje da se razlike u nacionalnim propisima moraju, s obzirom na to da države članice svojim nacionalnim propisima različito reguliraju osnivanje i ustroj društava, riješiti donošenjem posebnih propisa ili međunarodnim sporazumima jer nisu riješeni odredbama UEZ-a koje se odnose na poslovni nastan.⁶⁴ Upravo ovaj navod Europskog suda otvara vrata, i kako se ističe svim kasnijim presudama, mogućnosti uređenja pitanja prekograničnog premještanja sjedišta društva putem uredbe ili direktive.

U odnosu na zlouporabu slobode poslovnog nastana Sud ističe kako nije zlouporaba osnivanje društva u drugoj državi članici čiji su propisi manje restriktivni od države članice iz koje dolazi osnivač te naknadno osnivanje podružnice tog

59 Smatra se da minimalni temeljni kapital nije dovoljna zaštita za vjerovnike, već se naglasak stavlja na objavljivanje podataka o poslovanju društva kao bolji način zaštite vjerovnika. Vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 111, Babić, D., Petrović, S.: Priznanje stranih trgovačkih društava u Europskoj uniji nakon presude Suda Europskih zajednica u predmetu *Centros*, 52, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2002., str. 369.

60 Vidi para. 20 presude u predmetu *Daily Mail*, para. 110 presude u predmetu *Cartesio*

61 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 10.

62 Vidi Izvješće Europske komisije, DG za unutarnje tržište i usluge: Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law, Bruxelles, 5.4.2011., str. 13. te presudu u predmetu *Centros*.

63 Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 124-127; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit.; Armour, J., Ringe, W. G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, ECGI Working paper series in Law, working paper No. 175/2011, str. 7-8, <<http://ssrn.com/abstract=1691688>>, 3. svibnja 2012.

64 Vidi para 23. Presude u predmetu *Daily Mail*.

društva u drugoj državi članici.⁶⁵ Činjenica da društvo nije aktivno u jednoj državi članici nije dovoljna da bi se dokazalo postojanje zlouporabe ili prijevarnog ponašanja društva ili njegovih osnivača.⁶⁶ Obveza je država članica priznati društva koja su zakonito osnovana u drugoj državi članici. Široko tumačeći presudu Centros može se zaključiti da osnivači mogu odlučiti osnovati društvo u državama koje im nude pravni okvir koji utječe na smanjenje troškova bez obzira na to gdje se nalazi imovina društva, radnici ili investitori.⁶⁷

Presudama Europskog suda zajamčena je mogućnost osnivačima društava da prilikom osnivanja odaberu pravo koje će se primjenjivati na njihovo društvo. Državama članicama omogućava se određivanje dopuštenih ograničenja prilikom ostvarivanja slobode poslovnog nastana ako su ona utemeljena na razlozima javne politike te se primjenjuju nediskriminirajuće, ako su opravdana važnim razlozima javnog interesa, osiguravaju postizanje cilja te su proporcionalna.⁶⁸

Osobito je značajno navođenje Suda kako je u slučaju procjene ponašanja poreznog obveznika potrebno uzeti u obzir cilj koji se nastoji postići omogućavanjem slobode poslovnog nastana.⁶⁹ Europski sud ističe kako opravdanje za restriktivne nacionalne mjere kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana, mogu biti razlozi sprječavanja zlouporabe (u konkretnom slučaju: izbjegavanje plaćanja poreza na dobit koji bi uobičajeno trebalo podmiriti za poslovanje na nacionalnom teritoriju) ako je riječ o potpuno fiktivnim aranžmanima koji ne odražavaju ekonomsku stvarnost radi izbjegavanja poreza koji bi inače bio plativ na dobit ostvarenu obavljanjem djelatnosti na nacionalnom teritoriju.⁷⁰ Fiktivni aranžmani procjenjuju se temeljem obavljanja stvarne gospodarske djelatnosti matičnoj državi članici uz stvarno postojanje ovisnog inozemnog društva u smislu prostora, osoblja i opreme.⁷¹

Europski sud u presudi u predmetu *Cartesio* navodi kako treba razlikovati predmete u kojima se sjedište društva osnovanog temeljem prava jedne države članice prenosi u drugu državu članicu bez promjene primjenjivog prava od predmeta kada dolazi do promjene nacionalnog prava koje se primjenjuje.⁷² U prvom slučaju država osnivanja može odrediti da zbog prijenosa sjedišta dođe do obveznog prestanka društva, dok u drugom slučaju, ako se društvo želi u drugoj državi reinkorporirati, društvo mijenja "nacionalnost", tj. premješta registarsko sjedište i prestaje postojati kao društvo prema pravu države osnivanja te se i dalje može pozivati na slobodu poslovnog nastana. Ako u tom slučaju država članica

65 Para 27. Centros.

66 Para 29. Centros.

67 Bratton, W. W. i dr.: *How does corporate mobility...*, op. cit., str. 22.

68 Ova opravdanja definirana su u presudi Europskog suda u predmetu C-55/94 Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano [1995] ECR I-4165.

69 Para 52. Cadbury Schweppes.

70 Para 57. Cadbury Schweppes, vidi u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 137.

71 Para 67. Cadbury Schweppes.

72 Para 111. *Cartesio*.

osnivanja traži, prije nego što se društvo osnuje u drugoj državi članici, provođenje postupka prestanka društva ili likvidacije to se smatra ograničenjem slobode poslovnog nastana.⁷³ Stav Europskog suda kojim se omogućava matičnoj državi članici određivanje zabrane prijenosa sjedišta u situaciji kada se mijenja poveznica za nacionalno društvo, može se objasniti zahtjevima za zaštitom prava dioničara, vjerovnika, radnika i svih ostalih zainteresiranih osoba budući da će promjena poveznice uzrokovati promjenu pravnih pravila koja se odnose na sve odnose ranije ustanovljene s društvom.

3.1. Predmet C-378/10 VALE

Predmet VALE⁷⁴ podnesen je na odlučivanje Europskom sudu 28.7.2010. godine te presuda nije donesena. Temeljno je pitanje omogućava li nedostatak odredbi europskog prava koje se odnose na reinkorporaciju i imigraciju društva određivanje nedopuštenih ograničenja za slobodu poslovnog nastana društava.⁷⁵

Talijansko društvo VALE Constructioni bilo je upisano u talijanski sudski registar 2000. godine, te je na vlastiti zahtjev 2006. godine izbrisano iz sudskog registra navodeći razlog da želi premjestiti središnje mjesto upravljanja i stvarno sjedište iz Italije u Mađarsku. VALE, temeljem talijanskog prava, nije trebalo likvidirati jer će ono nastaviti poslovati u Mađarskoj. Devet mjeseci nakon brisanja iz sudskog registra u Italiji usvojen je društveni ugovor za osnivanje društva VALE Epiteši te stavljen zahtjev za upis mađarskoga društva u sudski registar u Budimpešti u kojem se kao prednik mađarskoga društva navodilo talijansko društvo (izbrisano iz sudskog registra u Rimu 11 mjeseci ranije). Zahtjev je odbijen uz obrazloženje da se jedino mađarsko društvo može navesti kao prednik.

Iz dosadašnje prakse Europskog suda proizlazi da u situaciji u kojoj matična država članica primjenjuje teoriju inkorporacije ili teoriju registriranog sjedišta dopuštajući društvima da premjeste svoje registrirano sjedište u inozemstvo, a država članica odredišta primjenjuje istu teoriju, država članica odredišta ne može negirati stranom društvu pravo da premjesti registrirano sjedište u državu odredišta.⁷⁶

S druge strane postoje mišljenja da država članica odredišta može u svakom slučaju zabraniti stranom društvu, čak i ako država članica odredišta primjenjuje teoriju registriranog sjedišta, pravo da imigrira (npr. pravo da prenese registrirano sjedište u državu članicu odredišta). Na isti način na koji je država članica slobodna odrediti uvjete kojima društvo nastaje, slobodna je odrediti uvjete kojima strano

73 Para 112. i 113. *Cartesio*. Vidi i u: Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 132

74 Predmet C-378/10 VALE podnesen je Europskom sudu 28.7.2010. i presuda nije donesena. Reference for a preliminary ruling from the Magyar Koztarsasag Legfelsobb Birosga (Hungary) – VALE Epiteši Kft.

75 Armour, J., Ringe W. G.: *European Company Law ...*, op. cit., str. 14.

76 Vidi u presudi u predmetu *Cartesio*.

društvo postaje domaće društvo ili ga u tomu spriječiti.⁷⁷ Postavlja se pitanje mora li država članica primjenjivati svoje pravo koje se odnosi na preoblikovanje domaćih društava i na preoblikovanja koja imaju prekogranični karakter?⁷⁸ Moguća pretpostavka jest da bi odgovor bio negativan s obzirom na to da analogijom dosadašnje prakse Suda kada je država slobodna regulirati uvjete osnivanja društava tada je slobodna regulirati i uvjete koja se odnose na njihovo preoblikovanje.

Činjenična situacija može se tumačiti i tako da se radi o osnivanju novog društva, a ne o prijenosu registriranog sjedišta. VALE je izgubio svoj odnos s Italijom jer je brisan iz registra. Ako se prihvati ovakva analiza treba uzeti u obzir da je VALE Construzioni kao razlog za brisanje iz talijanskog registra naveo prijenos sjedišta i djelatnosti u Mađarsku, te zato nije bilo potrebno provoditi postupak likvidacije u Italiji.

Za razliku od predmeta *Cartesio* i *Daily Mail* u predmetu VALE ne radi se samo o prijenosu sjedišta bez promjene poveznice. U predmetima *Daily Mail* i *Cartesio* radilo se o prijenosu stvarnog sjedišta (središnjeg mjesta upravljanja) bez promjene prava koje se primjenjuje na društvo, dok je VALE društvo osnovano temeljem prava jedne države članice (Italije) i želi prenijeti sjedište u drugu državu članicu i promijeniti pravo koje se na njega primjenjuje (mađarsko).

Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jääskinen doneseno je 15. 12. 2011. Analizirajući mađarsko pravo nezavisni odvjetnik ističe kako ono ne predviđa mogućnost prekograničnog prijenosa sjedišta društva osnovanog u inozemstvu.⁷⁹ Prema njegovom mišljenju predmet je potrebno sagledati na dva načina. S jedne strane društvo VALE Construzioni ne postoji u smislu talijanskoga prava, te prijenos koji je prihvatilo talijansko pravo neće se moći ostvariti budući da društvo ne postoji. Uz to postavlja se pitanje kome pripada imovina društva posebice imajući na umu prijavu u Mađarskoj, te tko je odgovoran za obveze društva prema trećima budući da društvo nije likvidirano. S druge strane VALE Eptési još ne postoji kao pravna osoba u mađarskom pravu jer je upis društva u Mađarskoj odbijen. Međutim, pravni status društva u nastajanju zahtijeva mogućnost da društvo djeluje kao stranka u nacionalnom pravnom sustavu.⁸⁰

U predmetu VALE radi se o pitanju postojanja ekonomskog entiteta temeljem talijanskog prava, odnosa između društva prednika i društva sljednika, imovini društva i cilja djelovanja društva u Mađarskoj u obliku usklađenom s mađarskim pravom. Kada bi društvo moralo izgubiti svoju pravnu osobnost temeljem talijanskog prava, a njegov pravni sljednik ne bi je mogao dobiti temeljem mađarskog prava, VALE Eptési mora imati mogućnost pozvati se na slobodu poslovnog nastana u Mađarskoj u smislu nastavljanja njegove ekonomske aktivnosti kako je ona navedena u temeljnom aktu društva koje prestaje i onoga koje nastaje.⁸¹

77 Tako i Malherbe, J.: *Transfer of company seat in the EU after Cartesio*, Documentation from the Annual Conference on Company Law, ERA, 2011.

78 Armour, J., Ringe W. G.: *European Company Law...*, op. cit., str. 15.

79 Predmet VALE, para 30. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

80 Predmet VALE, para 44. i 45. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

81 Predmet VALE, para 48. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

Sloboda poslovnog nastana omogućava odabir društvima najpovoljnijih ekonomskih uvjeta i primjenjivog prava društava, te za posljedicu ima da društva žele premjestiti sjedište u onu državu članicu gdje će imati koristi od boljeg pristupa financiranju i smanjenju troškova. Prekogranično preoblikovanje društva povezano je s primjenom prava društava i također predstavlja poseban način ostvarivanja slobode poslovnog nastana usporediv s postupkom prekograničnog spajanja,⁸² te se obzirom na to odredbe Ugovora o poslovnom nastanu primjenjuju i na prekogranična preoblikovanja društva.⁸³ Nezavisni odvjetnik u svom mišljenju ističe kako je temeljno dati odgovor na pitanje može li društvo u osnivanju kao svog prethodnika navesti društvo iz druge države članice, te ističe stav kako je na ovo potrebno odgovoriti pozitivno. Posebice jer društvo može dokazati da je pravno sljedništvo dopustilo zakonodavstvo matične države članice, štoviše prijenos imovine između društva prednika i društva u nastajanju može se odvijati zahvaljujući pravnom sljedništvu.⁸⁴

Zaključno nezavisni odvjetnik ističe kako činjenica da društvo traži registraciju pravnog prethodnika u registar države članice domaćina ne predstavlja sama po sebi razlog za odbijanje njegovog zahtjeva za registraciju društva.⁸⁵

Presuda u predmetu VALE dat će odgovor na pitanje primjene odredbi UFEU-a u slučaju prekograničnog preoblikovanja društva te mogućnosti isticanja pravnog prednika i prijenosa imovine i obveza na novo društvo koje se registrira u drugoj državi članici. S obzirom na to da u svom mišljenju nezavisni odvjetnik, pozivajući se na važnost trgovačkih društava za ekonomije država članica, prihvaća mogućnost prijenosa sjedišta i nedopuštanje ograničavanja ove slobode za vjerovati je da će i Europski sud prikloniti se ovom stavu i istaknuti kako ograničavanje prijenosa sjedišta prilikom prekograničnog preoblikovanja društva nije u skladu s pravom Unije. Temeljni argument mogao bi biti više ekonomski nego pravni: zahtjev za osiguravanjem nastavka društva upravo radi sigurnosti trećih osoba, ali prvenstveno radi održavanja ekonomske aktivnosti.

4. OSTVARENJE SLOBODE POSLOVNOG NASTANA U HRVATSKOM PRAVU DRUŠTAVA

Budući da RH 15. srpnja 2013. godine postaje punopravnom članicom EU-a nameće se pitanje u kojoj je mjeri hrvatsko pravo društava usklađeno s odredbama o slobodi poslovnog nastana te postoje li još uvijek ograničenja ostvarivanju te slobode. Navedenu problematiku treba razmatrati s dva aspekta: u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana inozemnim društvima na teritoriju RH, te u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana hrvatskim društvima u drugim

82 Predmet VALE, para 68. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

83 Predmet VALE, para 69. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

84 Predmet VALE, para 77. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

85 Predmet VALE, para 80. Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

državama članicama.⁸⁶ Glede mogućnosti migracije društva iz država članica u RH i *vice versa* bitnu komponentu predstavlja „nacionalnost“ društva, budući da ZTD postavlja različite kriterije za trajno obavljanje djelatnosti na području RH kada je riječ o domaćim i inozemnim društvima. Naime, domaćim je trgovačkim društvima ostavljena mogućnost trajnog obavljanja djelatnosti na cijelom području RH izvan mjesta u kojemu se nalazi njihovo sjedište bilo neposredno ili putem podružnica. Osim toga domaća društva imaju mogućnost prijenosa sjedišta s jednog na drugo mjesto u RH.⁸⁷ Kada je riječ inozemnim društvima, ona će u pravilu poslovni nastan na području RH moći ostvariti jedino osnivanjem podružnice.⁸⁸

4.1. Domaća i inozemna društva

Problematici utvrđivanja „nacionalnosti“ konkretnog društva valja pristupiti od kolizijskih pravila kako bi se uopće utvrdilo koje je pravo mjerodavno za ocjenu radi li se o domaćem ili inozemnom društvu. Sukladno tomu, polaznu točku predstavlja odredba čl. 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ)⁸⁹ prema kojoj se pripadnost pravne osobe određuje prema pravu države prema kojoj je ona osnovana. No ako pravna osoba ima stvarno sjedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovana i po pravu te države ima njezinu pripadnost, smatrat će se pravnom osobom te države.⁹⁰ Uzimajući u obzir citiranu odredbu, za ocjenu o tome radi li se u konkretnom slučaju o inozemnom ili domaćem društvu, hrvatsko će pravo biti mjerodavno u slučajevima ako je riječ o društvu koje je osnovano prema hrvatskom pravu uz uvjet da ima stvarno sjedište u RH ili u nekoj drugoj državi koja je usvojila teoriju inkorporacije.⁹¹

ZTD ne sadrži izričite odredbe o tomu koje se trgovačko društvo ima smatrati domaćim. S druge strane pojam inozemnog društva eksplicite je određen odredbom čl. 611. st. 1. ZTD-a. Inozemno društvo je društvo koje je valjano osnovano po pravu

86 U ovom kontekstu razmatramo samo hrvatsko pozitivno pravo i moguće izlazne restrikcije, bez ulaženja u problematiku eventualnih ulaznih ograničenja određištih država članica.

87 Čl. 38. st. 1. ZTD-a.

88 Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

89 Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, Sl. l. br. 43/82, 72/82, NN br. 53/91; dalje: ZRSZ.

90 Iz citirane odredbe proizlazi da hrvatska usvaja teoriju inkorporacije, uvažavajući pri tomu i nacionalna prava koja su usvojila teoriju stvarnog sjedišta.

91 *Vice versa*, kada je riječ o društvu: (1) koje je osnovano prema stranom pravu i (2) koje je osnovano prema hrvatskom pravu, a stvarno mu se sjedište nalazi na teritoriju države koja usvaja teoriju stvarnog sjedišta; za određenje „nacionalnosti društva“ u pravilu neće biti mjerodavno hrvatsko pravo. Ipak i u ovim slučajevima, za određenje „nacionalnosti društva“ moglo bi na posljeticu biti mjerodavno hrvatsko pravo, ako bi primjerice kolizijska pravila države na čije pravo upućuje odredba čl. 17. ZRSZ-a, uzvratno upućivala na hrvatsko pravo kao mjerodavno. V. čl. 6. ZRSZ-a. Više o institutu *renvoi* u Sajko, K.: *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 184.-204.

države u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan RH.⁹² Navedena norma ukazuje na to da će za ocjenu radi li se u konkretnom slučaju o domaćem ili inozemnom društvu, odlučni element predstavljati mjesto u kojemu se nalazi registrirano sjedište društva, pa će se u tom smislu domaćim trgovačkim društvom smatrati ono koje ima registrirano sjedište u RH,⁹³ a inozemnim ono koje ima registrirano sjedište izvan RH.⁹⁴

Budući da mjesto registriranog sjedišta društva prema hrvatskom pravu društava određuje „nacionalnost“ društva, postavlja se pitanje utjecaja prijenosa registriranog sjedišta iz jedne u drugu državu. Kada je riječ o nacionalnim oblicima društava, prijenos registriranog sjedišta iz jedne države u drugu nužno će rezultirati likvidacijom društva u matičnoj državi i osnivanjem novog društva u državi članici odredišta, pri čemu dolazi do diskontinuiteta u subjektivitetu društva.⁹⁵

4.2. Ostvarivanje poslovnog nastana inozemnih društava u RH

ZTD izjednačuje inozemna trgovačka društva glede poslovanja na području Republike Hrvatske s domaćim društvima, ako su ispunjeni uvjeti određenim zakonom.⁹⁶ Modaliteti ostvarenja prava na obavljanje gospodarskih djelatnosti na području Republike Hrvatske inozemnih društava izlažu se u tekstu koji slijedi.

Određena društva čije je sjedište izvan RH, ali na području jedne od država članica EU, mogu trajno obavljati gospodarsku djelatnost na području RH i to neposredno – bez potrebe da u RH osnuju podružnicu. Riječ je o društvima koja se osnivaju radi obavljanja djelatnosti koje su uređene posebnim propisima.⁹⁷

92 „Smisao citirane odredbe treba tražiti u tome da se uzima u obzir mjesto gdje je društvo, u vrijeme je ocjene je li inozemno, ima registrirano sjedište ako ga pravo zemlje u kojoj ima takvo sjedište smatra valjano osnovanim.“ Tako u Barbić, J.: *Pravo društava – Knjiga prva: Opći dio, Organizator, Zagreb, 2006.*, str. 562.

93 Za osnivanje društva prema pravilima ZTD-a nužan je upis društva u sudski registar, a prijava za upis između ostaloga mora sadržavati i naznaku sjedišta društva (vidi čl. 70. za j.t.d., čl. 134. za k.d., čl. 189. za d.d., čl. 396. za d.o.o., čl. 587 za GIU). Temeljem odredbe čl. 37. st. 1. ZTD-a, prilikom određivanja sjedišta autonomija osnivača je između ostaloga ograničena okolnošću da se za sjedište društva mora odrediti mjesto u Republici Hrvatskoj. Navedeno ukazuje na zaključak da ukoliko se društvo osniva prema odredbama ZTD-a ono će nužno imati i sjedište na teritoriju Republike Hrvatske.

94 U tom smislu i Gorenc, V. (ur.) i dr.: *Komentar zakona o trgovačkim društvima, RRIF – plus, Zagreb, 2004.*, str. 44. Izloženi se kriterij podjele na domaća i inozemna društva, međutim, ne primjenjuje na osiguravajuća društva i leasing društva, vidi čl. 5. st. 3. Zakona o osiguranju, NN br. 151/05, 87/08, 82/09 i čl. 2. toč. 5. Zakona o leasingu NN br. 135/06.

95 Novoosnovano društvo u državi odredišta neće se moći identificirati s društvom iz matične države niti će se moći smatrati pravnim sljednikom toga društva, ono će biti inkorporirano prema pravu države odredišta i prema tome će se pravu ocjenjivati „nacionalnost“ toga društva.

96 Čl. 612. st. 1. ZTD-a.

97 To su primjerice društva za osiguranje (čl. 83. st. 1. Zakona o osiguranju) i leasing društva (čl. 31. st. 1. Zakona o leasingu).

Ako neposredno obavljanje djelatnosti inozemnih društava na području RH predstavlja iznimku, opće pravilo predstavlja obavljanje djelatnosti putem podružnice.⁹⁸ Inozemna trgovačka društva i inozemni trgovci pojedinci ne mogu trajno obavljati djelatnosti na području RH dok tamo ne osnuju podružnicu.⁹⁹ Navedeno se pravilo ne odnosi samo na nacionalne oblike inozemnih društava, već i na supranacionalne oblike društva sa sjedištem u inozemstvu.¹⁰⁰ Dakle, u pravilu će svako društvo čije se registrirano sjedište nalazi izvan RH biti dužno osnovati podružnicu u RH želi li obavljati trajnu djelatnost u RH. Takvim rješenjem hrvatsko pravo zapravo štiti vjerovnike i radnike inozemnog društva u tuzemstvu.¹⁰¹

Jednu od posljedica prekograničnih pripajanja i spajanja, kada ulogu „društva preuzimatelja“ ima društvo valjano osnovano po pravu RH, predstavlja i prijenos gospodarskih aktivnosti u RH. Iako u navedenim slučajevima pripojena društva prestaju postojati kao posebni pravni subjekti u matičnim državama, njihov se ekonomski život u kontinuitetu nastavlja u sklopu društva preuzimatelja na području RH.¹⁰²

Već smo napomenuli da prijenos registriranog sjedišta nacionalnih tipova društava na područje RH nije moguće bez da se društvo u matičnoj državi likvidira, a u RH osnuje potpuno novi subjekt.¹⁰³ Novoosnovano društvo u RH u tom se slučaju ne može identificirati s društvom koje je likvidirano u matičnoj državi, niti se s pravnog aspekta može smatrati njegovim sljednikom.¹⁰⁴

Inozemna su društva, pod određenim pretpostavkama u mogućnosti osnovati novo društvo u RH¹⁰⁵ pod uvjetima uređenim ZTD-om. Pod uvjetom reciprociteta,

98 Prema podacima dobivenim iz sudskog registra Trgovačkog suda u Zagrebu na dan 6. srpnja 2012. godine u RH je upisano oko dvjestotinjak podružnica inozemnih društava i trgovaca pojedinaca (1 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Osijeku, 6 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Rijeci, 126 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Splitu, 5 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Varaždinu, 14 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zadru i 67 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zagrebu).

99 Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

100 Ni ZTD, ni zakoni o uvođenju supranacionalnih društava, a niti uredbe koje uređuju SE, EGIU i SCE, ne oslobađaju ta društva od dužnosti osnivanja podružnice. Prema odredbi čl. 10. Uredbe EGIU, svaka podružnica udruženja smještena u državi članici različitoj od one u kojoj se nalazi sjedište udruženja treba biti upisana u registar u toj državi članici.

101 Podružnice inozemnih trgovačkih društava u RH uređene su odredbama čl. 613. – čl. 618. ZTD-a.

102 Odredbama čl. 549.a do čl. 549.k ZTD-a, u potpunosti je u hrvatsko pravo provedena Direktiva 2005/56/EZ.

103 Zapreke za takav prijenos registriranog sjedišta su mnoge. Primjerice određene države članice predviđaju komanditno društvo na dionice koje nije poznato u hrvatskom pravu društava. Nadalje, određena inozemna društva osoba nisu pravne osobe. Pored toga od države do države se razlikuju i pretpostavke za osnivanje i djelovanje općeprihvaćenih oblika društava.

104 Do prijenosa prava i obveza s društva u matičnoj državi na novoosnovano društvo u RH moglo bi doći jedino po ugovornoj osnovi, a nikako temeljem statusnih odredaba kao što je slučaj s prekogranični pripajanjima i spajanjima.

105 Osnivanjem društva kćeri u državi članici odredišta ostvaruje se sekundarni poslovni nastan u toj državi. Tako u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: *Uvod u europsko pravo društava...*, op. cit., str. 104.

inozemno društvo koje osniva ili sudjeluje u osnivanju društava u RH, u njima stječe prava i preuzima obveze pod istim uvjetima i ima jednaki položaj kao i domaće društvo.¹⁰⁶

S obzirom na relativno mali broj registriranih podružnica inozemnih društava u RH (dvjestotinjak), trebalo bi zaključiti kako osnivanje društva u RH u ovom trenutku predstavlja najznačajniji modus trajnog obavljanja gospodarske djelatnosti na području RH.

4.3. Ostvarivanje poslovnog nastana hrvatskih društava u državama članicama EU

Modaliteti trajnog obavljanja djelatnosti hrvatskih društava u državama članicama EU-a uvelike će ovisiti o propisima država odredišta (ulazni propisi). Ipak, i u ovom slučaju, značajnu ulogu predstavljaju hrvatski propisi kojima se postavljaju kriteriji za „izlazak“ hrvatskih društva.

Vezano za neposredno obavljanje djelatnosti u državama članicama EU u cijelosti će biti relevantni propisi države odredišta. Jednako tako i mogućnost osnivanja novih društava u državama članicama EU-a hrvatskih osnivača te podružnica hrvatskih društava u državama članicama EU-a propisuje se pravom države odredišta. Hrvatsko pravo društava pri tomu ne propisuje „izlazne“ restrikcije.¹⁰⁷ Dodatni uvjeti za izlaz hrvatskih društava iz RH propisani su kod prijena registriranog sjedišta budući u tom slučaju može doći do povrede prava zaposlenika, vjerovnika i članova društva u većoj mjeri.

Iako dikcija odredbe čl. 38. st. 2. ZTD-a,¹⁰⁸ govori u prilog tezi da hrvatsko pravo društava omogućuje hrvatskim društvima prijenos registriranog sjedišta u inozemstvo, nedostatak propisa kojima bi se detaljno razradio prijenos sjedišta u inozemstvo bez potrebe za prestankom društva u RH čini emigraciju hrvatskih društava neprovedivom.¹⁰⁹

Prijenos registriranog sjedišta društva iz RH u državu članicu EU-a, prema sadašnjem stanju stvari bit će moguć kada RH postane punopravnom članicom EU-a i to samo vezano uz supranacionalne tipove društava.¹¹⁰

¹⁰⁶ Čl. 619. st. 1. i čl. 620. st. 1. i st. 2. ZTD-a.

¹⁰⁷ Okolnost da se za osnivanje društava u RH od strane inozemnih ulagača te osnivanje podružnica inozemnih društava u RH (kada nije riječ o osnivačima čije se sjedište nalazi u državi članici EU i WTO-a) u pravilu traži reciprocitet, govori u korist tome da hrvatsko pravo društava u jednu ruku i podupire hrvatska društva u trajnom obavljanju djelatnosti u inozemstvu.

¹⁰⁸ Prema čl. 38. st. 2. ZTD-a, za prijenos sjedišta društva u inozemstvo potrebna je prethodna suglasnost Ministarstva financija.

¹⁰⁹ U dosadašnjoj praksi Trgovačkog suda u Zagrebu još nije bilo zahtjeva za prijenos registriranog sjedišta društva u inozemstvo.

¹¹⁰ Vidi čl. 20.n Zakona o porezu na dobit.

5. MOGUĆA RJEŠENJA TEMELJEM PRIJEDLOGA ČETRNAESTE DIREKTIVE

Nekoliko pitanja vezanih uz poslovni nastan nametalo se kao poticaj za donošenje direktive o poslovnom nastanu, tzv. Četrnaeste direktive u pravu društava. S obzirom na presude Europskog suda u kojima se postavlja pitanje promjene prava koje se primjenjuje na društvo u slučaju prijenosa sjedišta¹¹¹ ističe se kako sekundarno zakonodavstvo Europske unije Uredbom SE, Uredbom SCE i Direktivom o prekograničnim spajanjima i pripajanjima omogućuju prijenos registriranog sjedišta društva.¹¹²

Europska komisija odredila je zahtjeve za rješavanjem pitanja prekograničnog prijenosa registriranog sjedišta društva u svojim dokumentima usvojenim između 1997. i 2002. godine kada je započelo javno savjetovanje o potrebi omogućavanja prijenosa sjedišta društva iz jedne u drugu državu članicu bez prethodne likvidacije društva i njegovog ponovnog osnivanja. Ove tendencije iskazane su i u Akcijskom planu¹¹³ iz 2003. godine. Nastavno na ove dokumente, potreba za donošenjem rješenja pitanja prekograničnog prijenosa sjedišta društva istaknuta je i kao dio Lisabonske strategije¹¹⁴ iz 2005. godine, te u Rezoluciji Parlamenta iz 2006. godine¹¹⁵ kao i u nizu presuda Europskog suda.

U odnosu na različite teorije sjedišta pitanje koje će trebati riješiti Četrnaestom direktivom je hoće li prijenos registriranog sjedišta zahtijevati istovremeni prijenos stvarnog sjedišta.¹¹⁶ Razmatraju se dva različita pristupa. Rješenje koje će biti usvojeno u Četrnaestoj direktivi može uključivati mogućnost da se društvima dopusti samo prijenos njihovog registriranog sjedišta u drugu državu članicu (širi pristup) ili omogućavanje prijenosa registriranog sjedišta istovremeno s prijenosom stvarnog sjedišta društva (ograničeni pristup).¹¹⁷

Prihvaćanje, tzv. ograničenog pristupa osigurava usporedno postojanje teorije stvarnog sjedišta i teorije osnivanja. Mogućnost prijenosa registriranog sjedišta bez istovremenog prijenosa središnjeg mjesta upravljanja, prihvaćanjem ovog pristupa, bilo bi jedino moguće ako će društvo prenijeti sjedište u državu članicu koja primjenjuje teoriju osnivanja.¹¹⁸ Država članica koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta imat će pravo zahtijevati od društva koje želi prenijeti svoje

111 Ovim se pitanjem Sud bavi u presudama u predmetu Cadbury Schweppes, Cartesio i u najnovijem predmetu VALE.

112 Tako u presudi Cartesio i VALE, vidi i u: Vargova, P.: *The cross border transfer...*, op. cit.; Cliento, M.: *Cross border corporate restructurings and protection of employees – hints of economic democracy in EU company law*, rujn 2010., str. 14.

113 Commission communication *Modernising company law ...* COM (2003)284.

114 Commission Lisbon Agenda SEC (2005) 981.

115 Resolution on the Commission legislative and work programme for 2006 (P6_TA(2005)0524); Resolution on recent developments and prospects in relation to company law (2006/2051(INI)).

116 Vargova, P.: *The cross border transfer ...*, op. cit., str. 42.

117 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 56.

118 Commission staff working document Impact assesment... SEC (2007) 1707, str. 42.

registrirano sjedište na njezin teritorij da prenese i svoje stvarno sjedište. Društva će moći premjestiti svoje registrirano samo kada ga prenose u državu članicu koja primjenjuje teoriju osnivanja, ali će morati premjestiti i registrirano sjedište i središnje mjesto upravljanja kada ga prenose u državu članicu koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta.¹¹⁹

S druge strane prihvaćanje tzv. šireg pristupa bilo bi utemeljeno na jednostavnom i uniformiranom principu koji društvima omogućava prijenos registriranog sjedišta u drugu državu članicu bez obveze za istovremenim premještanjem središnjeg mjesta upravljanja u tu državu članicu što bi im omogućilo da slobodno izaberu mjesto svoje registracije i promjenu prava koje se primjenjuje na društvo temeljem svojih potreba i rješenja u nacionalnom pravnom sustavu.¹²⁰ Dopušta se prekogranični prijenos registriranog sjedišta tako da društvo prenosi registrirano sjedište iz jedne države u drugu uz promjenu prava koje se primjenjuje na društvo.¹²¹

U Nacrtu izvješća Europskog parlamenta o Četrnaestoj direktivi u pravu društava o prekograničnom prijenosu sjedišta društva¹²² daju se preporuke o sadržaju Prijedloga buduće direktive. U odnosu na sadržaj Direktive preporuka je da se ona odnosi na društva kapitala u smislu odredbe čl. 2. Direktive 2005/56/EC¹²³ te da njezin doseg bude ograničen na prekogranični prijenos registriranog sjedišta društva popraćen s prijenosom stvarnog sjedišta u istu državu članicu odredišta¹²⁴ budući da je to jedini način prijenosa koji uključuje promjenu prava koje se primjenjuje na društvo. Direktivom se mora omogućiti društvima ostvarivanje slobode poslovnog nastana migracijom u državu članicu odredišta bez gubitka pravne osobnosti, ali preoblikovanjem u društvo na koje se primjenjuje pravo države članice odredišta bez potrebe prethodne likvidacije društva. Ovime se osigurava princip kontinuiteta društva i pravne osobnosti za prekogranični prijenos unutar Europske unije. Niz preporuka vezan je uz zahtjeve koji se odnose na transparentnost i davanje informacija koje prethode donošenju odluke o prijenosu sjedišta. One se prvenstveno odnose na plan prijenosa sjedišta, njegov sadržaj i oblik posebice vezano uz obavještanje radnika, a vezano uz odredbe Direktive 2002/14/EC i odredbe o objavi plana temeljem Direktive 2009/101/EC.¹²⁵ O planu prijenosa sjedišta društva

119 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 57.

120 Commission staff working document *Impact assesment...* SEC (2007) 1707, str. 43.

121 Frada de Sousa, A.: *Company's cross-border transfer...*, op. cit., str. 63.

122 Draft Report with recommendations to the Commission on a 14th Company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI) od 27.9.2011.

123 Odredba čl. 2. Direktive 2005/56/EC definira društva na koja se primjenjuje kao društva kapitala.

124 Draft Report ... (2011/2046(INI), od 27.9.2011., str. 6. Iz ove preporuke razvidno je prihvaćanje, tzv. ograničenog pristupa prilikom prijenosa sjedišta.

125 Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, OJ L 258, 1.10.2009, str. 11.

odluku donosi skupština društva¹²⁶ čime se udovoljava zahtjevu za detaljnim postupkom donošenja odluka utemeljenom na tri nivoa: planu prekograničnog prijenosa sjedišta, izvješću administrativnog tijela i odobrenja glavne skupštine društva.

Odredbе direktive moraju biti usklađene s poveznicama u nacionalnom pravu država članica. Primjenom principa supsidijarnosti država članica odredišta mora biti u mogućnosti odrediti specifične uvjete kako bi osigurala da je promjena sjedišta u skladu s njezinim nacionalnim pravom, posebice da su stvarno i registrirano sjedište na njezinom teritoriju.¹²⁷ Administrativno tijelo matične države članice mora potvrditi zakonitost postupka prijenosa sjedišta te udovoljiti zahtjevu društva za istovremenim prijenosom registriranog i stvarnog sjedišta.¹²⁸

Posebna važnost daje se objavi podataka kako bi svi zainteresirani bili obaviješteni o prijenosu sjedišta kao i pravima radnika. Vezano uz ovo predviđa se osnivanje europskog registra društava koji bi osigurao razmjenu informacija i usku suradnju između različitih registara država članica. Potrebno je ustrojiti nadzor nad zakonitošću postupka prijenosa sjedišta, te se predlaže povezati postupak registracije u državi članici odredišta i brisanja iz registra matične države članice kako bi se osigurala primjena prava države članice.¹²⁹

Razmatrajući najnoviji predmet o kojem odlučuje Europski sud VALE, ukazuje se i pitanje pravnog sljedništva društava. Direktivom je potrebno osigurati načelo pravnog sljedništva pravnih osoba kada dolazi do prijenosa sjedišta unutar Europske unije. Ovo je osobito značajno za očuvanje prava vjerovnika i zaposlenika kojima se omogućavanjem produžetka ekonomske aktivnosti društva zapravo osigurava naplata njihovih potraživanja i nastavak poslovanja te stečena i zajamčena prava radnika.

126 Draft Report ... (2011/2046(INI) od 27.9.2011., str. 7.

127 Kling, D.: *Fostering corporate mobility in Europe*, ..., op. cit.

128 Draft Report ..., (2011/2046(INI) od 27.9.2011., str. 8.

129 Kling, D.: *Fostering corporate mobility in Europe*, ..., op. cit.

Summary

THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT - WHAT DOES THE PROPOSAL OF THE FOURTEENTH COMPANY LAW DIRECTIVE BRING INTO THE EUROPEAN UNION LAW?

The freedom of establishment in the European Union has been analyzed with special emphasis on the right to cross-border transfer of the company seat. The authors explain various seat theories by means of European law sources, in particular, the judgments of the European Court of Justice. The present paper gives an overview of the European Court of Justice's case law with special emphasis on the recent case VALE, in which the judgment, that is still pending, will affect the future development of the freedom concerned. Reviewing the legal sources in the Croatian legislation the authors draw conclusions on harmonization of Croatian law and the EU law, the implementation of the freedom of establishment as well as about potential problems that will occur in Croatian practice. Finally, the authors provide an overview of possible solutions as the basis for the proposal of the Fourteenth Company Law Directive aimed at solving the questions of possible implementation for the cross-border transfer of the companies' seat.

Key words: freedom of establishment, European Union, companies' seat, Fourteenth Directive in company law.

Zusammenfassung

DIE FREIHEIT DER GRÜNDUNG VON HANDELSGESELLSCHAFTEN – WAS BRINGT DER VORSCHLAG DER VIERZEHNTE RICHTLINIE IM EU-RECHT?

In der Arbeit wird die Freiheit der Gesellschaftsgründung in der Europäischen Union aus der Perspektive der Ausübung des Rechts auf grenzüberschreitende Verlegung des Handelsgesellschaftssitzes analysiert. Durch Analyse von EU-Rechtsquellen und EU-Rechtsprechung wird in der Arbeit die bei der Anwendung verschiedener Theorien über die Gesellschaftssitze in den EU-Mitgliedsstaaten auftretende Problematik dargestellt. In der Arbeit wird die Übersicht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in diesem Bereich dargestellt, mit besonderer Betonung auf den neuesten Rechtsgegenstand VALE. Aus der Übersicht der Rechtsquellen in der kroatischen Gesetzgebung lässt sich über die kroatische Rechtsangleichung im Bereich der Gesellschaftsgründung und der möglichen Probleme in der Geschäftspraxis schließen. Die Übersicht der im Vierzehnten

Richtlinienvorschlag in der EU-Gesellschaftsrecht angebotenen Lösungen für manche Fragen der grenzüberschreitenden Verlegung des Gesellschaftssitzes wird von Autoren gegeben.

Schlüsselwörter: *Freiheit der Gesellschaftsgründung, Theorie des tatsächlichen Sitzes, Inkorporationstheorie, grenzüberschreitende Gesellschaftsverlegung, der Vorschlag der Vierzehnten Richtlinie.*

Riassunto

LIBERTÀ D'INSEDIAMENTO DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI: QUAL È LA PORTATA DELLA PROPOSTA DELLA QUATTORDICESIMA DIRETTIVA NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA?

Gli autori dell'articolo analizzano la libertà d'insediamento nell'Unione europea sotto il profilo della realizzazione del diritto al trasferimento transfrontaliero della sede di società commerciali. Esaminando le fonti giuridiche e la giurisprudenza dell'Unione europea, gli autori nel contributo segnalano il problema che emerge particolarmente nel caso di differenti interpretazioni con riguardo al concetto di sede tra i singoli Stati membri dell'Unione. Nel lavoro si passa in rassegna la giurisprudenza della Corte europea con riguardo a quest'ambito con particolare attenzione per il recentissimo caso VALE. Attraverso la disamina delle fonti giuridiche nell'ordinamento interno si riflette circa la rispondenza delle soluzioni prospettate nel diritto croato a quelle europee e dei possibili problemi che possono sorgere nella pratica professionale. Gli autori illustrano le possibili soluzioni relativamente ad alcune questioni circa il trasferimento transfrontaliero della sede della società prospettate dalla proposta della quattordicesima direttiva nel contesto del diritto societario dell'Unione europea.

Parole chiave: *libertà d'insediamento, teoria della sede effettiva, teoria dell'incorporazione, trasferimento transfrontaliero della sede della società, proposta della quattordicesima direttiva.*