



SLOBODA POSLOVNOG NASTANA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Hana Horak

Kosjenka Dumančić

Zvonimir Šafranko

© **Ekonomski fakultet Zagreb, 2013.**

Nijedan dio ove knjige ne smije se umnožavati, fotokopirati, ni na bilo koji način reproducirati bez izričitog nakladnikova pismenog odobrenja.

Citirati kao:

Horak, H., Dumančić, K., Šafranko, Z., Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava u pravu Europske unije, Ekonomski fakultet Zagreb, Zagreb, 2013.

**SLOBODA POSLOVNOG NASTANA
TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U
PRAVU EUROPSKE UNIJE**

**Prof. dr. sc. Hana Horak
Dr. sc. Kosjenka Dumančić
Zvonimir Šafranko mag. iur.**

Zagreb, 2013

Izdavač:

Sveučilište u Zagrebu
Ekonomski fakultet
Trg. J. F. Kennedyja 6
10000 Zagreb

Za izdavača:

Prof. dr. sc. Tonći Lazibat

Urednik:

Prof. dr. sc. Hana Horak

Recenzenti:

Prof. dr. sc. Nada Bodiroga-Vukobrat
Prof. dr. sc. Boris Cota

ISBN 13: 978-953-6025-74-9

Sadržaj

1. Uvod.....	5
2. Sloboda poslovnog nastana.....	9
2.1. SLOBODA IZBORA PRAVA PRILIKOM OSNIVANJA DRUŠTVA	10
2.2. IZVORI PRAVA EUROPSKE UNIJE U PODRUČJU SLOBODE POSLOVNOG NASTANA	13
3. Praksa europskog suda u području slobode poslovnog nastana.....	15
3.1. PRESUDA U PREDMETU DAILY MAIL I GENERAL TRUST	17
3.2. PRESUDA C-212/97 CENTROS	20
3.3. PRESUDA U PREDMETU C-208/00 ÜBERSEERING	22
3.4. PRESUDA U PREDMETU C-167/01 INSPIRE ART	24
3.5. PREDMET C-411/03 SEVIC SYSTEMS	26
3.6. PRESUDA U PREDMETU C-196/04 CADBURY SCHWEPPEES	27
3.7. PRESUDA C-210/06 CARTESIO	30
3.8. PREDMET C-378/10 VALE	34
4. Ostvarenje slobode poslovnog nastana i hrvatsko pravo društava.....	39
4.1. DOMAĆA I INOZEMNA DRUŠTVA	39
4.2. OSTVARIVANJE POSLOVNOG NASTANA INOZEMNIH DRUŠTAVA U RH.....	42
4.3. OSTVARIVANJE POSLOVNOG NASTANA HRVATSKIH DRUŠTAVA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EU	46
5. Moguća rješenja temeljem prijedloga četрнаeste direktive	49
6. Literatura	55

1. Uvod

Ostvarivanje slobode poslovnog nastana¹ preduvjet je za slobodno kretanje pravnih i fizičkih osoba na teritoriju Europske unije. 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 putem jedinstvene regulacije, kao moguće rješenje razmatra se donošenje tzv. Četnaeste direktive³ s obzirom da je upravo prekogranični prijenos sjedišta trgovačkog društva srž problema slobode poslovnog nastana.

Iako je ograničavanje ove slobode zabranjeno temeljem odredbi Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU),⁴ države članice koristeći se pravom na reguliranje i definiranje sjedišta društva na različite načine ograničavaju slobodu poslovnog nastana bez obzira radi li se o situacijama u kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana u drugoj državi članici

¹ Sloboda poslovnog nastana jedna je od četiri temeljne gospodarske slobode na tržištu Europske unije. Jamči se odredbom čl. 49 UFEU, 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 europskopravo 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 (225-251), 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 Edition, 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, te 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. Četnaesta 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. Donošenje direktive nakon toga se u okviru aktivnosti Europske Komisije nije razmatralo. U 2011. godini donesena su dva dokumenta u kojima se razmatra problematika slobode poslovnog nastana kroz mogućnosti za prekogranično premještanje sjedišta društva i otvara mogućnost za daljnju razradu i donošenje prijedloga Četnaeste 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.

(imigracija društva) ili se ograničava odlazak društva u drugu državu članicu (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 dana je europskim institucijama ovlast da usklađuju propise prava država članica donesene u interesu članova trgovačkih društava i trećih osoba s ciljem njihovog usklađivanja.⁸

Kada razmatramo usklađivanje nacionalnih prava društava osim temelja u primarnom zakonodavstvu, a u svrhu usklađivanje nacionalnih prava, ono se provodi instrumentima sekundarnog zakonodavstva posebice uredbama i direktivama. Temeljem iskustava u primjeni direktiva može se zaključiti da bi one trebale biti ograničene na reguliranje principa i općih pravila, dok bi detaljna pravila trebala biti prepuštena uređenju država članica. Tako regulirana načela i opća pravila prenijeti će se u nacionalna zakonodavstva država članica, pri čemu će države članice odlučiti o formi njihove ugradnje u nacionalno zakonodavstvo (novi zakon, izmjene i dopune postojećih zakona, i sl.). Osim uredbi i direktiva⁹ od izuzetnog je

⁵ Europski sud odlučivao je 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. U skupinu predmeta Europskog suda u kojima se rješava pitanje imigracije društva (predmeti Centros, Überseering, Inspire Art i Sevic Systems) odlučivalo se o pitanjima smije li država članica odredišta društvu uskratiti pravo poslovnog nastana ako iskorištava pravo Unije kako bi zaobišlo nepovoljnije domaće propise, te smije li se radi primjene teorije stvarnog sjedišta čija je svrha zaobilazanje domaćeg prava onemogućiti društvu izvršavanje slobode poslovnog nastana odnosno je li dozvoljeno da država članica odredišta nameće dodatne zahtjeve društvu za koje smatra da se koristi slobodom poslovnog nastana kako bi izbjeglo restriktivnije domaće propise, te smije li država članica odbiti upis prekograničnog pripajanja samo zato što propisi države u kojoj treba izvršiti registraciju predviđaju samo registraciju tzv. unutarnjih pripajanja. U skupini predmeta u kojima se rješava pitanje emigracije (predmeti Daily Mail i General Trust, Cartesio) Sud je odlučivao o mogućnosti da matična država članica (država članica u kojoj je društvo osnovano) ograniči mogućnost premještanja središnjeg mjesta upravljanja društvom u državu članicu odredišta uz istovremeno zadržavanje pravne osobnosti u matičnoj državi članici, odnosno smije li matična država članica zabraniti ovakvo premještanje. 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) "2. The European Parliament, the Council and the Commission shall carry out the duties devolving upon them under the preceding provisions, in particular: ... (g) by coordinating to the necessary extent the safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 54 with a view to making such safeguards equivalent throughout the Union;"

⁸ Također vidi u čl. čl. 114. UFEU (prije 95 UEZ): "Save where otherwise provided in the Treaties, the following provisions shall apply for the achievement of the objectives set out in Article 26. The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, adopt the measures for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of the internal market." 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., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=886345>, na dan 20. 4. 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.

značaja za razvoj prava društava i sudska praksa Europskog suda, s obzirom na to da u svojoj praksi tumači ideju slobode poslovnog nastana kao jednu od dobrota jedinstvenog europskog tržišta u smislu međusobnog natjecanja država članica u pravnom uređenju trgovačkih društava (regulatory competition)¹⁰ koje dovodi do veće učinkovitosti.

Kao što brojni autori u literaturi razmatraju¹¹ razvidno je da sloboda poslovnog nastana zajamčena UFEU omogućuje trgovačkim društvima da se poslovno nastane u bilo kojoj državi članici osiguravajući im pritom 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 sustava¹² birajući pri tome ono pravo društava koje najbolje odgovara njegovim potrebama, odnosno supranacionalni pravni režim kao 28 pravni sustav.

Sloboda poslovnog nastana primjenjuje se i na situacije prekograničnog prijenosa sjedišta društva. Kako je zajamčeno praksom Europskog suda¹³ pravo poslovnog nastana temelj je za međusobno priznavanje društava na području Unije. Ako je društvo osnovano prema pravu neke države članice, druge države članice trebaju tom društvu priznati pravnu osobnost i omogućiti mu da posluje bez propisivanja dodatnih uvjeta.¹⁴ Kao temeljni razlozi za prijenos sjedišta navode se promjena mjerodavnog prava za društvo, te ekonomski razlozi kao što su niži troškovi poslovanja i manja fiskalna davanja.¹⁵ Ovi i drugi, prvenstveno ekonomski

¹⁰ O regulatornom natjecanju više vidi u Enriques, L., Gelter, M.: How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, ECGI Law working paper 63/2006, www.ssrn.com; Enriques, L.: Company Law harmonization reconsidered: What role for the EC?, ECGI Law working paper 53/2005; www.ssrn.com; Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji*, 56, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2006., str. 227.; Ringe, W. G.: Sparking regulatory competition in European Company law: The impact of the Centros line of case-law and its concept of „abuse of law“, University of Oxford, Legal research paper series, Paper no. 2/2009, www.ssrn.com; Horak, H., Dumančić, K.: Usklađivanje u području prava društava Republike Hrvatske s pravnom stečevinom EU, *Pravo i porezi*, br.5, 2011. str. 89

¹¹ Više vidi u Horak, H. et al.: *Uvod u europsko pravo društava*, op.cit.; Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji*, 56, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2006, str. 227.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European union, Central European University, ožujak 2010.

¹² Horak, H. et al.: *Uvod u europsko pravo društava*, op.cit.; Babić, D.: *Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji*, 56, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2006; Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative Analysis, Law working paper 91/2008, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1086667>, na dan 10.5.2012.; Armour, J., Ringe W.G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, Law Working Paper 175/2011, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688>, dostupno na dan 10.5.2012.; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office..., op.cit.

¹³ 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.

¹⁴ The Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, Minutes for the 6th meeting of 8 March 2007, p.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, dostupno na <http://www.utrechtlawreview.org/>

¹⁵ 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.

razlozi, od važnosti su prilikom odlučivanja društva o promjeni sjedišta.¹⁶ U tom smislu razvidno je postojanje različitih ograničenja slobode poslovnog nastana koja određuju kako matične države članice, tako i države članice odredišta. Na jednom 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 kroz praksu Europskog suda koji je odlučivao o opravdanjima nacionalnih ograničenja.¹⁷

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. 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.¹⁸

Temeljno pitanje koje proizlazi iz analize primjene slobode poslovnog nastana i njezinih ograničenja jest pitanje dopuštene promjene „nacionalnosti“ društva uz zadržavanje pravne osobnosti obzirom 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, ovo pravilo nije izričito definirano, te se ono mora riješiti Četrnaestom direktivom, budući da i matična država članica i država članica odredišta, kako je razvidno iz prakse Europskog suda, mogu određivati ograničenja slobodi poslovnog nastana.

¹⁶ 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 koje prenosi sjedište da mogu računati s istim

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

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.¹⁹ Definiranje slobode poslovnog nastana proizlazi iz UFEU te je dio slobode pružanja usluga.²⁰

UFEU široko je 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 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 od strane država članica u situacijama kada društva žele otići iz neke države članice, odnosno u nju ući.

Odredbom čl. 49, st. 1. UFEU (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 od strane državljana države članice koji su pravo poslovnog nastana ostvarili na području druge

¹⁹Čl. 49 UFEU (prije: čl. 43. UEZ), st.2: *“Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 54, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of the Chapter relating to capital.”*

Čl. 54 UFEU (prije čl. 48 UEZ): *“(1) Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Union shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States. (2) Companies or firms” means companies or firms constituted under civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, save for those which are non-profit-making.”*

²⁰ U predmetima razmatranima pred Europskim sudom dano je razgraničenje između slobode poslovnog nastana i 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 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 (N.N. 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 samostalnu gospodarsku djelatnost koja se uobičajeno obavlja za naknadu, ukoliko 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 (N.N. N.N. 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07, 146/08, 137/09, pročišćeni tekst: 152/11) uvodi se razlikovanje slobode pružanja usluga od poslovnog nastana te se definira kako se obavljanjem djelatnosti ne smatra se primjerice povremeno ili jednokratno obavljanje djelatnosti, odnosno obavljanje pojedinog posla (pojam slobode pružanja usluga u skladu s pravnom stečevinom EU). Je li riječ o trajnom obavljanju djelatnosti ocjenjuje se prema okolnostima konkretnog slučaja.”

države članice.²¹ Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja samostalne djelatnosti te osnivanja i upravljanja poduzećima, osobito trgovačkim društvima sukladno pretpostavkama koje pravo države u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje predviđa za svoje državljane.²²

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 obzirom da im ovaj izbor ujedno omogućuje i izbor prava koje će se na to društvo primjenjivati, te ujedno i izbor najboljih ekonomskih uvjeta poslovanja.²³ Slobodu izbora mjerodavnog prava neće imati prilikom prijenosa sjedišta društva u drugu državu članicu.

2.1. Sloboda izbora prava prilikom osnivanja društva

Države članice primjenjuju različite teorije sjedišta. Tako postoji mogućnost primjene teorije osnivanja (inkorporacije), teorije stvarnog sjedišta ili mogućnost primjene obje teorije. Prema teoriji osnivanja (inkorporacije) na trgovačko društvo primjenjuje se pravo države temeljem kojeg je društvo osnovano odnosno upisano u sudski registar bez obzira gdje društvo posluje.²⁴ 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 po čitavom svijetu. Na ovaj su način društva bila subjektima engleskog prava bez obzira na vođenje poslova i obavljanje djelatnosti u inozemstvu. Na isti način su i druga društva osnovana u Engleskoj bila smatrana engleskim društvima.²⁵ Teorija osnivanja ne zahtjeva postojanje veze između mjesta gdje je društvo osnovano i središnjeg mjesta upravljanja društvom, te države članice koje primjenjuju ovu teoriju dopuštaju osnivanje i registraciju u svojim sudskim registrima društvima bez obzira na to gdje se nalazi uprava društva.²⁶ Na ovaj način država članica osnivanja zadržava nadzor nad transakcijama društva bez obzira na to

²¹ Čl. 49, st.1 UFEU: "... restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State."

²² Čl. 49, st.2 UFEU: "Freedom of establishment shall include the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 54, under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where such establishment is effected, subject to the provisions of the Chapter relating to capital."

²³ Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007)1707, p.11.

²⁴ Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava, op.cit., str. 229.

²⁵ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 5.

²⁶ Andenas, M., Wooldridge, F.: European Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2009

gdje su one provedene. Protivnici ove teorije²⁷ 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.²⁸ Teorija stvarnog sjedišta primjenjuje se u Belgiji, Njemačkoj, Španjolskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Portugalu, Litvi, Poljskoj, Estoniji, Norveškoj, Austriji, Sloveniji i Latviji.²⁹ U pravilu teorija stvarnog sjedišta ne omogućuje slobodu izbora mjerodavnog prava društva. Cilj i jest spriječiti izbjegavanje primjene domaćeg prava registriranjem društva u inozemstvu.³⁰ Međutim, 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.³¹ Ova teorija nastala je u Njemačkoj i Francuskoj u 19. stoljeću kao rezultat modernih nacionalnih trendova, te odražava teritorijalni princip temeljem kojeg države imaju pravo kontrole nad svojim teritorijem, odnosno uključuje nadzor aktivnosti pravnih i fizičkih osoba na njihovom teritoriju.³² Kada društvo prenosi svoje središnje mjesto upravljanja u inozemstvo 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 nije teoriju stvarnog sjedišta proglasio nespojivom s UFEU (prije UEZ), te se ona smatra usklađena s europskim pravom, međutim ističe se kako teorija stvarnog sjedišta ne može biti sredstvo ograničavanja slobode poslovnog nastana.³⁴

U nekim državama članicama primjenjuje se kombinacija obje teorije, primjerice u Italiji. Posljedice ova dva različita principa primjene nacionalnog prava odražavaju se na različite mogućnosti prekograničnog prijenosa sjedišta društva. Teorija stvarnog sjedišta temelji se na principu mogućnosti za kontroliranjem poslovnih aktivnosti gdje su one i obavljene, te time omogućava primjerenu zaštitu za vjerovnike, dioničare, radnike i druge zainteresirane strane

²⁷ 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 of a company's registered office within the European Union, Central European University, 2010, str. 9.

²⁸ Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava, op.cit., str. 230.

²⁹ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 6.

³⁰ Ibidem. Vidi i u Barbić, J.: *Pravo društava, knjiga prva*, Opći dio, III. Izmijenjeno Izdanje, Organizator, Zagreb, 2008, str. 377; 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. et al: *Uvod u europsko pravo društava*, Školska knjiga Zagreb, 2010., str. 102. do 140.

³¹ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 5.

³² Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 5.

³³ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 7.

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

na koje utječe poslovanje društva.³⁵ Međutim, ova teorija ne ide u prilog pojednostavljanja migracije društva obzirom da ona zahtjeva postojanje stvarne veze sa državom osnivanja, odnosno u slučaju postojanja želje za migracijom društva moraju se podudarati mjesto gdje se nalazi središnje mjesto upravljanja društvom i mjesto osnivanja.³⁶

Prihvatanje različitih teorija sjedišta dovodi, u većini slučajeva do praktične nemogućnosti za društva da prenesu svoje središnje mjesto upravljanja ili registrirano sjedište u drugu državu članicu. U tablici³⁷ je prikazan utjecaj primjene različitih teorija sjedišta društva na prijenos središnjeg mjesta upravljanja i registriranog sjedišta.

		Prijenos središnjeg mjesta upravljanja		Prijenos registriranog sjedišta		
U IZ	<i>Teorija osnivanja</i>		<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>		<i>Teorija osnivanja</i>	
	<i>Teorija osnivanja</i>		<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>		<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>	
	Moguć	Nije moguć	Nije moguć	Nije moguć	Nije moguć	Nije moguć
<i>Teorija osnivanja</i>	- ne dolazi do gubitka pravne osobnosti; - matična država članica priznaje pravnu osobnost stranog društva; - prijenos sjedišta rezultira promjenom prava koje se primjenjuje	- društvo se mora ponovno osnovati u skladu s pravom države članice odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta
	U pravilu nije moguć	U pravilu nije moguć	Nije moguć	Nije moguć	Nije moguć	Nije moguć
<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta ili je ograničeno s određenim zahtjevima koje određuje matična država članica	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta ili je ograničeno određenim zahtjevima koje određuje matična država članica	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	- zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta

³⁵ Schon, W., The mobility of companies in Europe and the organizational freedom of company founders, 3 European Company and Financial Law Review 146, 2006

³⁶³⁶ Johnston, A., Syrpis, P.: Regulatory competition in European company Law after „Carteiso“, 34, European Law Review, 2009, str. 381; Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European Union, Central European University, 2010, str. 8.

³⁷ Preuzeto iz Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str. 9.

Kao temeljno pravilo može se uzeti da države članice koje primjenjuju teoriju osnivanja dozvoljavaju društvima prijenos njegovog središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu članicu bez potrebe za prestankom društva i promjene prava koje se na to društvo primjenjuje (obzirom 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 iz države koja primjenjuje teoriju osnivanja rezultat će promjenom prava društva koje se na to društvo primjenjuje te nije ostvarivo bez prestanka društva u matičnoj državi i njegovom ponovnom osnivanju u državi članici odredišta.³⁸

Za države članice koje primjenjuju teoriju stvarnog sjedišta prekogranični prijenos središnjeg mjesta upravljanja do nedavno nije bio pravno moguć obzirom da je rezultirao likvidacijom društva ili je bio ograničen postavljanjem određenih uvjeta. Prijenos registriranog sjedišta temeljem teorije stvarnog sjedišta obično nije dopušten osim kada se uz registrirano sjedište prenosi i središnje mjesto upravljanja društvom što rezultira prestankom društva u matičnoj državi članici.³⁹

2.2. Izvori prava Europske unije u području slobode poslovnog nastana

Kao temeljno pravilo može se uzeti da države članice koje primjenjuju teoriju osnivanja dozvoljavaju društvima prijenos njegovog središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu članicu bez potrebe za prestankom društva i promjene prava koje se na to društvo primjenjuje (obzirom 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 iz države koja primjenjuje teoriju osnivanja rezultat će promjenom prava društva koje se na to društvo primjenjuje te nije ostvarivo bez prestanka društva u matičnoj državi i njegovom ponovnom osnivanju u državi članici odredišta.⁴⁰

Za države članice koje primjenjuju teoriju stvarnog sjedišta prekogranični prijenos središnjeg mjesta upravljanja do nedavno nije bio pravno moguć obzirom da je rezultirao likvidacijom društva ili je bio ograničen postavljanjem određenih uvjeta. Prijenos registriranog sjedišta temeljem teorije stvarnog sjedišta obično nije dopušten osim kada se uz registrirano sjedište

³⁸ Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.9. Vidi tako i Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 7.

³⁹ Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.9.

⁴⁰ Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.9. Vidi tako i Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 7.

prenosi i središnje mjesto upravljanja društvom što rezultira prestankom društva u matičnoj državi članici.⁴¹

⁴¹ Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.9.

3. Praksa Europskog suda u području slobode poslovnog nastana

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

Prilikom razmatranja prakse Europskog suda valja imati na umu da Europski sud nije specijalizirani sud, te odlučuje u cilju i sa svrhom zaštite temeljnih gospodarskih sloboda zajamčenih UFEU, dok nacionalni trgovački sudovi, koji su specijalizirani sudovi, donose odluke u svrhu zaštite nacionalnih prava i interesa uzimajući u obzir pravnu i poreznu usklađenost, te druge važne čimbenike za nacionalno zakonodavstvo.⁴² U prilog tome primjerice Europski sud ne uzima u obzir prethodnu ekonomsku aktivnost društava u matičnoj državi članici⁴³ kao i ne prihvaćanje obrazloženja za određivanje dopuštenih ograničenja od strane nacionalnih država članica prilikom određivanja visine temeljnog kapitala društva kao razlog za zaštitu vjerovnika.⁴⁴ Europski sud ne prihvaća zahtjev za temeljnim kapitalom kao razlog ograničenja slobode poslovnog nastana⁴⁵ što 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.⁴⁶

Kako bi se razmatralo razvoj aktivnosti institucija Europske unije u ovom području potrebno je sagledati praksu Europskog suda obzirom na njezin doprinos za stvaranje regulatornog okvira za slobodu poslovnog nastana, posebice utjecaj na prijedlog donošenja Četrnaeste direktive. Značajan je doprinos Europskog suda u presudama u predmetima Centros,

⁴² 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, str. 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.“

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Vidi presude u predmetu Inspire Art i Centros.

⁴⁶ Smatra se da minimalni temeljni capital nije dovoljna zaštita za vjerovnike, već se naglasak stavlja na objavljivanje podataka o poslovanju društva kao bolji način zaštite vjerovnika. Vidi u Horak, H. et al.: Uvod u europsko..., 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.

Überseering, Inspire Art i SEVIC Systems u kojima Europski sud priklonio se teoriji osnivanja. Nakon presude u predmetu Centros Europski sud „otvorio je vrata“ poduzetnicima iz države članice A, čak i kada se u njoj primjenjuje klasična teorija stvarnog sjedišta, da osnuju društvo u drugoj državi članici B i kasnije registriraju njegovu podružnicu u državi A. Čak i kada je sekundarni nastan u državi članici B služi izbjegavanju strožih propisa kojima se reguliraju trgovačka društva kao što je zahtjev za minimalnim temeljnim kapitalom društva.⁴⁷ 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.⁴⁸ Zbog toga matična država članica može zahtijevati od društva da ispuni određene uvjete kada iz nje prenosi svoje stvarno sjedište (primjerice dozvola izdana od nadležnog državnog tijela).⁴⁹ Ili suprotno, država članica može dopustiti da društvo bude osnovano čak i kad ono nije uključeno u stvarno obavljanje ekonomske aktivnosti na njezinom teritoriju ili na njemu ima stvarno sjedište.⁵⁰

U tablici⁵¹ je prikazan utjecaj prakse Europskog suda na mogućnost prijenosa središnjeg mjesta upravljanja i registriranog sjedišta društva.

⁴⁷ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility ..., op.cit., str. 21.

⁴⁸ Vidi para. 20 presude u predmetu Daily Mail, para. 110 presude u predmetu Cartesio

⁴⁹ Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.10.

⁵⁰Vidi 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 presuda u predmetu Centros.

⁵¹ Preuzeto iz Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707, str.10.

	Prijenos središnjeg mjesta upravljanja		Prijenos registriranog sjedišta	
U IZ	<i>Teorija osnivanja</i>	<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>	<i>Teorija osnivanja</i>	<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>
<i>Teorija osnivanja</i>	Moguć - ne dolazi do gubitka pravne osobnosti; - matična država članica priznaje pravnu osobnost stranog društva; - prijenos sjedišta rezultira promjenom „nacionalnosti“ društva, na društvo se primjenjuje pravo matične države članice	Moguć - društvo mora biti priznato od države članice odredišta; - na društvo se primjenjuje pravo matične države članice; - država članica odredišta može odrediti dodatne uvjete svojim nacionalnim pravom	Nije moguć - zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	Nije moguć - zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta
<i>Teorija stvarnog sjedišta</i>	U pravilu moguć međutim, matična država članica može određivati ograničenja za prijenos	U pravilu moguć međutim, matična država članica može određivati ograničenja za prijenos	Nije moguć - zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta	Nije moguć - zahtjeva se likvidacija društva u matičnoj državi članici i ponovno osnivanje u državi članici odredišta

Predmete u kojima je Europski sud razmatrao slobodu poslovnog nastana možemo podijeliti u više skupina obzirom na predmet spora ili obzirom na to ograničava li se prijenos sjedišta pravom države članice odredišta ili matične države članice. Također se razlikuje praksa Europskog suda u području poslovnog nastana ovisno o tome radi li se osnivanju društva ili njegovoj reinkorporaciji. U nastavku rada daje se kronološki prikaz presuda Europskog suda u području slobode poslovnog nastana.

3.1. Presuda u predmetu Daily Mail i General Trust ⁵²

Prva presuda u području slobode poslovnog nastana u kojoj se odlučivalo o primjeni UEZ (sada UFEU) na prekogranični prijenos sjedišta bila je presuda u predmetu Daily Mail i General Trust.⁵³ Predmet odlučivanja bilo je pitanje prekograničnog prijenosa sjedišta

⁵² Predmet 81/87 Daily Mail i General Trust [1988] ECR 548

⁵³ Više vidi u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europskopravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2011, str. 124-127; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj (225-251), 2006; Armour, J., Ringe W.G.: European Company Law 1999-

društva Daily Mail iz Ujedinjenog Kraljevstva u Nizozemsku uz istovremeno zadržavanje pravne osobnosti u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁵⁴ Razlog za prijenos sjedišta društva bilo je smanjivanje poreznog opterećenja društva u matičnoj državi članici. Takav način prijenosa bio je u skladu s propisima matične države članice (Ujedinjenog Kraljevstva) kojima se predviđa mogućnost za društva sa registriranim sjedištem u Ujedinjenom Kraljevstvu da ustroje svoje organe upravljanja izvan Ujedinjenog Kraljevstva bez da pritom izgube svoju pravnu osobnost ili se prestanu smatrati društvima osnovanima u Ujedinjenom Kraljevstvu.⁵⁵ Međutim, promjena mjesta sjedišta društva imala bi implikacije na porezne obveze društva obzirom da bi došlo do promjene poreznog sustava koji se primjenjuje na obveze društva. Prijenosom sjedišta društvo bi postalo nizozemski porezni obveznik, te bi prestalo biti porezni obveznik u Ujedinjenom Kraljevstvu. Zakonodavstvom matične države članice ovakva mogućnost bila je uvjetovana dobivanjem prethodne suglasnosti ministarstva financija Ujedinjenog Kraljevstva. Kako je nadležno ministarstvo odbilo dodijeliti suglasnost nacionalni sud uputio je Europskom Sudu na prethodno odlučivanje pitanje može li se prijenos središnjeg mjesta upravljanja društvom uvjetovati dodjelom prethodnog odobrenja nadležnog tijela ili je dodjela prethodnog odobrenja u suprotnosti s odredbama o slobodi poslovnog nastana zajamčenima UEZ.

Naime, temeljem nacionalnog zakonodavstva koje se odnosi na oporezivanje da bi se društvo smatralo rezidentom Ujedinjenog Kraljevstva u poreznom smislu mjerodavno je mjesto u kojem se nalazi središnje mjesto upravljanja društvom. Što se tiče primjene prava društava na trgovačka društva koja imaju registrirano sjedište u Ujedinjenom Kraljevstvu primjenjuje englesko pravo. Na ovaj način, englesko pravo omogućava da se na društvo primjenjuje englesko pravo i da ono istodobno bude nizozemski rezident, obzirom da prema engleskom pravu prijenos mjesta s kojega se upravlja društvom ne dovodi do prestanka postojanja trgovačkog društva.⁵⁶ Iz izloženog razvidno je da se u konkretnom slučaju na porezne obveze primjenjivalo nacionalno pravo prema mjestu gdje se nalazi uprava društva, dok se pravo društava koje se primjenjuje određuje prema registriranom sjedištu društva.

Europski sud u presudi ističe kako je svrha odredbi o poslovnom nastanu osigurati da se prema stranim fizičkim osobama i trgovačkim društvima u drugoj državi članici postupa jednako kao prema državljanima te države članice. Navodi se kako su trgovačka društva „tvorevine nacionalnog prava“⁵⁷ čime se zapravo potvrđuje pravo država članica da svojim propisima reguliraju osnivanje i ustroj trgovačkih društava.⁵⁸ Istovremeno odredbe UEZ (sada

2010: Renaissance and Crisis, ECGI Working paper series in Law, working paper No. 175/2011, str. 7-8, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012

⁵⁴ Vidi para 14 presude u predmetu Daily Mail.

⁵⁵ Vidi para 3 presude u predmetu Daily Mail.

⁵⁶ Vidi para. 3 presude u predmetu Daily Mail. Za razliku od zakonodavstva u Velikoj Britaniji u većini država članica premještanje sjedišta društva dovodi do prestanka postojanja društva, uz prethodnu obvezu podmirenja poreza.

⁵⁷ Vidi para 19 presude u predmetu Daily Mail.

⁵⁸ Vidi Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europskopravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2011, str. 126; Armour, J., Ringe W.G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, ECGI

UFEU) ne dopuštaju da matična država članica odredi mjere koje bi imale utjecaj na sprječavanje njezinih državljana ili društava osnovanih prema njezinom pravu da se poslovno nastane u drugoj državi članici.⁵⁹ Sud ističe kako je englesko pravo u skladu s odredbama UEZ⁶⁰ budući da se njime dopušta osnivanje podružnica, društava kćeri ili zastupstva društva u drugoj državi članici.⁶¹ Posebice je važan zaključak suda u kojem se ističe pravo država članica da svojim nacionalnim propisima reguliraju osnivanje i ustroj društava, te im se mora dopustiti postojanje različitih pravnih uređenja u odnosu na sjedište društva i njegov prijenos.⁶² Presudom se naglašava kako primjena UEZ (sada UFEU) obvezuje europske institucije na rješavanje razlika u nacionalnim propisima donošenjem posebnih propisa ili međunarodnih sporazuma obzirom da razlike nisu riješene odredbama UEZ (sada UFEU) koje se odnose na poslovni nastan.⁶³ Ova teza Europskog suda otvara vrata mogućnosti uređenja pitanja prekograničnog prijenosa poslovnog nastana donošenjem uredbe ili direktive. Tumačeći odredbe UEZ (sada UFEU) o slobodi poslovnog nastana Europski sud ističe kako se one ne mogu tumačiti na način da društvima osnovanima na temelju prava jedne države članice daju pravo prijenosa središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu članicu uz zadržavanje statusa društva osnovanog prema propisima matične države članice.⁶⁴ Drugim riječima, daje se prednost nacionalnom pravu čime se dovodi u pitanje primjena odredbi o slobodi poslovnog nastana zajamčenog UEZ (sada UFEU).⁶⁵

U nizu presuda koje su uslijedile Sud se nije pozivao na presudu u predmetu Daily Mail. Tek će u presudi u predmetu Cartesio⁶⁶ Europski sud dati prednost nacionalnom pravu pred europskim pravom⁶⁷ odlučujući o situaciji određivanja zabrane prijenosa sjedišta od strane matične države članice. Kako navode autori⁶⁸ presuda u predmetu Daily Mail ukazuje na usklađenost primjene teorije stvarnog sjedišta sa slobodom poslovnog nastana zajamčenom UFEU obzirom da ova teorija omogućuje da ukoliko se strano društvo odluči osnovati u

Working paper series in Law, working paper No. 175/2011, str. 8, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

⁵⁹ Vidi para 16 presude u predmetu Daily Mail.

⁶⁰ Vidi para 18 presude u predmetu Daily Mail.

⁶¹ Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europskopravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2011, str. 126; 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. 8, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

⁶² Vidi para 19 Presude u predmetu Daily Mail.

⁶³ Vidi para 23 Presude u predmetu Daily Mail.

⁶⁴ Para 24 i 25 presude u predmetu Daily Mail.

⁶⁵ Europski sud se sve do 2008. i presude u predmetu C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641 nije referirao na presudu u predmetu Daily Mail, naprotiv u svim kasnijim presudama (Centros, Überseering, Inspire Art) prednost je dana europskom pravu pred nacionalnim pravom.

⁶⁶ Para 124, presude u predmetu Cartesio.

⁶⁷ Za usporedbu presude u predmetu Daily Mail i Cartesio više dalje u tekstu uz analizu presude Cartesio.

⁶⁸ 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. 8, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

državi koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta ono to može učiniti putem osnivanja društva kćeri, podružnice ili zastupstva.⁶⁹

3.2. Presuda C-212/97 Centros⁷⁰

Za razliku od presude u predmetu Daily Mail u kojoj je ograničenje za slobodu poslovnog nastana određivala matična država članica, u presudama koje su uslijedile (u predmetima Centros, Überseering i Inspire Art) ograničenja su određivala države članice odredišta.

Predmet odlučivanja u predmetu Centros bila je primjena slobode poslovnog nastana osnivanjem društva u državi članici s povoljnijim uređenjem kako bi se izbjeglo strože nacionalne propisa kojim se određivao zahtjev za uplatom višeg temeljnog kapitala prilikom osnivanja društva. Time bi se stekla mogućnost za naknadnim osnivanjem podružnice u restriktivnijoj državi kao “stranog” društva.⁷¹

Danski državljani osnovali su društvo Centros Ltd u Ujedinjenom Kraljevstvu⁷² kako bi izbjegli zahtjev za uplatom temeljnog kapitala potreban za osnivanje društva u Danskoj. Društvo je imalo registrirano sjedište u Ujedinjenom Kraljevstvu⁷³ čime je ostvaren primarni poslovni nastan iako je poslovalo u cijelosti u Danskoj. Centros Ltd je zatražilo registraciju podružnice u Danskoj, te je bio odbijeno s obrazloženjem da nije nikada obavljao djelatnost u Ujedinjenom Kraljevstvu, te je zahtjev u stvari usmjeren na osnivanje i stvaranje primarnog

⁶⁹ 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. 8, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

⁷⁰ Presuda C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459

⁷¹ O presudi u predmetu Centros vidi i u Bodiroga Vukobrat, N., Pošćić, A., Đerđa, D. (ur.): Zbirka presuda Europskoga suda, Inženjerski biro, 2011, str. 157-160.

⁷² Vidi Becht, M., Enriques, L., Korom, V.: Centros and the cost branching, Journal of corporate Law Studies, vol. 9, part 1, str. 172 i Becht, M., Mayer, C, Wagner, H.F.: Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry, ECGI Law Working Paper, No 70/2006 u kojima su sadržani podatci o broju osnovanih društava u Ujedinjenom Kraljevstvu i načinima osnivanja. Također vidi i u Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility affect lawmaking?, op.cit. str. 26 i 27. Osnivanje društava u Ujedinjenom Kraljevstvu, posebice nakon presuda Europskog suda Centros, Überseering i Inspire Art postalo je iznimno popularno. U Njemačkoj posebni agenti nude osnivanje društava s ograničenom odgovornošću (limited companies) u Ujedinjenom Kraljevstvu. Između 2003. i 2006. godine njemački državljani osnovali su više od 40.000 takvih društava u Ujedinjenom Kraljevstvu. Nakon presude predmetu Centros njemački državljani imaju najveći broj osnovanih društava u Ujedinjenom Kraljevstvu nakon čega slijedi Nizozemska. Velikom broju registriranih društava u Ujedinjenom Kraljevstvu od stranih osnivača doprinose niži troškovi osnivanja, posebice za mala i srednje velika društva, manje formalnosti koje se zahtijevaju za osnivanje društva, kraće vrijeme potrebno za osnivanje, ali i jake promotivne aktivnosti agenata u kontinentalnoj Europi kojima se oglašava i promiče Ujedinjeno Kraljevstvo kao najbolja destinacija za mala društva. Međutim, posljedice presude Centros neće biti široko primjenjiva na poticanje migracije društva, već će one biti poticaj za države članice da smanjuju zahtjeve za temeljnim kapitalom te nađu druge načine osiguranja. Može se zaključiti da je upravo ovo bio poticaj za mogućnost ustroja „mini“ GmbH u Njemačkoj koje se može osnovati s temeljnim kapitalom u visini 1 EUR.

⁷³ Para 3 Centros.

nastana, a ne na registraciju podružnice, obzirom da se radi o zaobilaženju nacionalnih, danskih, propisa posebice onih koji se odnose na uplatu minimalnog temeljnog kapitala.⁷⁴

Centros Ltd se pozivao na slobodu ostvarivanja sekundarnog poslovnog nastana ističući kako je društvo zakonito osnovano u Ujedinjenom Kraljevstvu, te je ovlašteno na osnivanje podružnice u Danskoj.⁷⁵ I Ujedinjeno Kraljevstvo i Danska primjenjivali su teoriju registriranog sjedišta.⁷⁶

Europski sud ističe kako odredbe o slobodi poslovnog nastana za cilj imaju omogućiti društvima koja su osnovana u skladu s pravom države članice i imaju svoje registrirano sjedište, središnje mjesto upravljanja ili središnje mjesto poslovanja unutar Unije da obavljaju aktivnosti u drugoj državi članici putem društava kćeri, podružnica ili zastupstva.⁷⁷ Svrha odredbi o slobodi poslovnog nastana upravo je omogućiti osnivanje društava u drugim državama članicama i obavljanje djelatnosti bilo gdje na području čitave Unije. Nije zlouporaba slobode poslovnog nastana ako državljani jedne države članice osnuje društvo u drugoj državi članici čiji su propisi manje restriktivni, a nakon toga osnuje podružnicu tog društva u drugoj državi članici.⁷⁸ Činjenica da društvo nije aktivno u jednoj državi članici nije dovoljna da bi se dokazalo postojanje zlouporabe ili prijevarnog ponašanja društva ili njegovih osnivača.⁷⁹

Danska je kao opravdanje za ograničenje i visoki iznos uplate temeljnog kapitala navela zaštitu vjerovnika društva te potrebe sprečavanja lažnih stečajeva. Europski sud ističe kako odbijanje upisa podružnice ne predstavlja zaštitu vjerovnika obzirom da je iste moguće postići i sa manje restriktivnim mjerama.⁸⁰ Razlozi zaštite vjerovnika ne mogu biti opravdanje obzirom da su vjerovnici upoznati da je društvo osnovano u skladu s engleskim pravom koje se na njega primjenjuje te da je društvo obavljalo djelatnost u Ujedinjenom Kraljevstvu njegova bi podružnica bila registrirana u Danskoj te bi danski vjerovnici bili jednako izloženi riziku.⁸¹ Obzirom da je društvo osnovano u Ujedinjenom Kraljevstvu danski vjerovnici imaju informaciju da se na društvo primjenjuju različiti propisi nego što bi se primjenjivali na dansko društvo te se mogu pozivati i na određene instrumente komunitarnog prava koji su ustrojeni radi njihove zaštite.⁸²

⁷⁴ Para 7 Centros.

⁷⁵ Para 10 Centros.

⁷⁶ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility affect lawmaking? , op.cit. str. 21.

⁷⁷ Para 26 Centros.

⁷⁸ Para 27 Centros.

⁷⁹ Para 29 Centros.

⁸⁰ Para 37 Centros.

⁸¹ Para 35 Centros.

⁸² Para 36 Centros.

Presuda u predmetu Centros prva je u nizu presuda koje su uslijedile (Überseering i Inspire Art)⁸³ u kojima se ističe da je obveza država članica priznati društva koja su zakonito osnovana u drugoj državi članici. Sud se u presudi u predmetu Centros ne poziva na presudu u predmetu Daily Mail i General Trust, te u ovom slučaju daje prednost pravu Unije u odnosu na nacionalno pravo ističući kako osnivanje društva u državi koja ima manje restriktivno zakonodavstvo ne znači zlouporabu, već naprotiv ostvarivanje slobode poslovnog nastana. Obzirom da u predmetu Centros matična država nije primjenjivala teoriju stvarnog sjedišta, Sud nije eksplicitno naveo kako bi teorija stvarnog sjedišta bila u suprotnosti s pravom Unije.⁸⁴ Široko tumačeći ovu presudu može se zaključiti da osnivači mogu odlučiti osnovati društvo u državama koje im nude pravni okvir koji smanjile njihove troškove bez obzira na to gdje se nalazi imovina društva, radnici ili investitori.⁸⁵

3.3. Presuda u predmetu C-208/00 Überseering⁸⁶

Presuda u predmetu Überseering odnosila se na pitanje priznanja pravne i procesne sposobnosti u državi članici odredišta trgovačkog društva osnovanog u Nizozemskoj koje je djelovalo i imalo stvarno sjedište u Njemačkoj.⁸⁷ Društvo Überseering koje je bilo valjano osnovano u Nizozemskoj gdje se primjenjivala teorija osnivanja prenijelo je svoje središnje mjesto upravljanja u Njemačku obzirom da su dva njemačka državljana sa prebivalištem u Njemačkoj stekla sve dionice društva.

Obzirom da je Überseering društvo osnovano temeljem nizozemskog prava, njemački sudovi koji su primjenjivali teoriju stvarnog sjedišta,⁸⁸ odbili su priznati pravnu i procesnu sposobnost društva.⁸⁹ Primjena njemačkog prava zahtijevala bi ponovno osnivanje društva u Njemačkoj kako bi ono postalo njemačko društvo i steklo procesnu sposobnost.⁹⁰ Za razliku od logike u predmetu Centros⁹¹ koja je nalagala da bi status društva trebao biti definiran nizozemskim pravom te se temeljem toga ono može pozivati na odredbe UEZ o slobodi

⁸³ Neki autori nazivaju ove tri presude „trilogijom“. Vidi više u Armour, J., Ringe W.G.: European Company Law 1999-2010..., op.cit.; Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility affect lawmaking?, op.cit. str. 21.; Becht, M., Enriques, L., Korom, V.: Centros and the cost branching, ..., op.cit.

⁸⁴ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility..., op.cit. str. 21.

⁸⁵ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility ..., op.cit., str. 22

⁸⁶ Presuda C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919.

⁸⁷ O presudi u predmetu Überseering vidi i u Bodiroga Vukobrat, N., Pošćić, A., Đerđa, D. (ur.): Zbirka presuda Europskoga suda, Inženjerski biro, 2011., str. 160-162

⁸⁸ Njem. Sitztheorie.

⁸⁹ Para 6 do 11 presude u predmetu Überseering.

⁹⁰ Vidi para 5 presude u predmetu Überseering.

⁹¹ Presuda u predmetu C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459

poslovnog nastana, stav njemačkog suda bio je sasvim suprotan.⁹² Njemačka je primjenom teorije stvarnog sjedišta željela osigurati da društva ne izbjegavaju njezine restriktivnije propise na način da se osnivaju kao strana društva, a da zapravo posluju u Njemačkoj.⁹³

Pitanje upućeno Europskom sudu odnosilo se na sukladnost teorije stvarnog sjedišta sa slobodom poslovnog nastana.⁹⁴ Europski sud, nadovezujući se na presudu u predmetu Centros, u presudi ističe kako društvo koje je valjano osnovano u jednoj državi članici u kojoj ima svoje registrirano sjedište smatra se da je prenijelo svoje stvarno središnje mjesto upravljanja u drugu državu članicu temeljem prijenosa svih dionica na državljane te države članice.⁹⁵ Pravila koja primjenjuje država članica odredišta ulaze u doseg odredbi Ugovora koje se odnose na slobodu poslovnog nastana,⁹⁶ odnosno možemo zaključiti da je priznanje društva od strane države članice u kojoj se društvo želi poslovno nastaniti preduvjet slobode poslovnog nastana.

Predmet se može ilustrirati kao situacija u kojoj se smatra da je društvo osnovano u državi članici B u kojoj ima svoje registrirano sjedište premjestilo svoje središnje mjesto upravljanja u državu A. Odredbe čl. 43 i 48 UEZ ne dopuštaju da država članica A primjenjuje svoje pravo na način da se njime ne priznaje pravna i procesna sposobnost društva pred njezinim nacionalnim sudovima. Obzirom da se u predmetu *Überseering* odlučivalo o postojećem društvu koje nije promijenilo svoje registrirano sjedište, te je time zadržalo svoju „nacionalnost“ u matičnoj državi članici, ovaj se predmet smatra nastavkom presude u predmetu Centros.⁹⁷

U odnosu na presudu u predmetu *Daily Mail i General Trust*, koji se odnosio na odnose između društva i države članice temeljem čijeg prava je društvo bilo osnovano u situaciji kada je društvo željelo premjestiti svoje stvarno središnje mjesto upravljanja u drugu državu članicu zadržavajući pritom svoju pravnu osobnost u državi članici osnivanja, ovaj predmet odnosi se na priznavanje od strane jedne države članice društva osnovanog u drugoj državi članici kojem se društvu nije čete pravna osobnost u državi članici odredišta.⁹⁸ Opravdanja eventualnih ograničenja koja se odnose na važne razloge javnog interesa kao što je zaštita vjerovnika, manjinskih dioničara, zaposlenika, pa čak i poreznih vlasti Europski sud ističe kako se njima ne može opravdati negiranje pravne osobnosti, te time i procesne sposobnosti za sudjelovanje u postupku pred sudom u državi različitoj od države u kojoj je društvo

⁹² 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.9, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

⁹³ Vidi i Horak, H. et. al.: Uvod u europsko pravo..., op.cit. str. 115.

⁹⁴ Vidi para 22. presude *Überseering*.

⁹⁵ Smatra se da je prijenosom svih udjela društva stvarno sjedište *Überseeringa* preneseno u Njemačku obzirom da su sve udjele u društvu preuzeli njemački državljani.

⁹⁶ Vidi para 52 presude *Überseering*.

⁹⁷ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility ..., op.cit. str. 22.

⁹⁸ Para 62 *Überseering*.

zakonito osnovano, a obzirom da bi to predstavljalo negaciju slobode poslovnog nastana zajamčene Ugovorom.⁹⁹

Kao zaključak, potvrdivši svoju odluku u predmetu Centros, Europski sud navodi kako primjena teorije stvarnog sjedišta dovodi do negiranja prava na poslovni nastan u slučaju kada ne postoji priznavanje pravne osobnosti društva osnovanog temeljem nacionalnog prava države članice odredišta, te daje prednost slobodnom kretanju društava zajamčenom UEZ (sada UFEU) u odnosu na očuvanje i pridržavanje nacionalnih pravila.¹⁰⁰ Međutim obje presude, i Centros i Überseering ostavljaju otvoreno pitanje dosega prava država članica da primjenjuju nacionalno pravo na pseudo strana društva. Odgovor na neka od pitanja dan je u presudi u predmetu Inspire Art.¹⁰¹

3.4. Presuda u predmetu C-167/01 Inspire Art¹⁰²

Treća u nizu presuda Europskog suda u kojoj je Europski sud odlučivao o odbijanju zahtjeva za prijenosom sjedišta društva od strane države članice odredišta koja je primjenjivala restriktivnije propise nego matična država članica bila je presuda u predmetu Inspire Art.

Nizozemskim zakonom¹⁰³ propisivali su se uvjeti koje moraju ispuniti formalno strana društva koja u Nizozemskoj osnivaju podružnice¹⁰⁴ čime su se nametali dodatni uvjeti za osnivanje podružnica od onih predviđenih sekundarnim zakonodavstvom Europske unije, posebice je Jedanaestom Direktivom Vijeća 89/666/EEC.¹⁰⁵ Inspire Art bilo je dioničko društvo osnovano u Ujedinjenom Kraljevstvu gdje je imalo svoje registrirano sjedište. Jedini direktor društva imao je prebivalište u Nizozemskoj, te se djelatnost društva obavljala putem podružnice u Amsterdamu. Društvo se upisalo u nizozemski registar bez navođenja da se zapravo radi o stranom društvu u smislu odredbi nizozemskog zakona.¹⁰⁶ Nacionalni sud uputio je na prethodno odlučivanje Europskom sudu pitanje mogu li se određivati dodatni zahtjevi za

⁹⁹ Para 93 Überseering.

¹⁰⁰ Vidi i Horak, H. et. al.: Uvod u europsko pravo..., op.cit. str. 115.

¹⁰¹ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility, op.cit. str. 22.

¹⁰² C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155.

¹⁰³ Nizozemski zakon o formalno stranim društvima (Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen iz 1997 godine) kao formalno strano društvo definirao je društvo kapitala osnovano na temelju prava koje nije nizozemsko pravo koje ima pravnu osobnost, svoje poslovanje obavlja u potpunosti ili gotovo u potpunosti u Nizozemskoj, a nema nikakve stvarne veze sa državom u kojoj se primjenjuje pravo temeljem kojeg je društvo osnovano. Vidi u Horak, H. et. al.: Uvod u europsko ..., op.cit. str. 116., Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility ..., op.cit., str. 23.

¹⁰⁴ Para 22. i 23. Presude u predmetu Inspire Art.

¹⁰⁵ Ovdje se upućuje na odredbe Jedanaeste direktive 89/666/EEZ koja se odnosi na zahtjeve za objavljivanjem podataka o podružnicama koje su otvorile neke vrste društava u državama članicama u skladu sa zakonima druge države (Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, OJ L 395, 1989, str. 36.) više vidi u Horak, H. et. al.: Uvod u europsko ..., op.cit. str. 388 i dalje.

¹⁰⁶ Para 34 i 35 Presude u predmetu Inspire Art.

osnivanje podružnice u Nizozemskoj obzirom da se nizozemskim pravom određuju stroži uvjeti osnivanja, te uzimajući u obzir da društvo obavlja sve aktivnosti u potpunosti ili većim dijelom u Nizozemskoj, te zapravo nema stvarnu vezu sa državom u kojoj je osnovano i čije se pravo na njega primjenjuje.¹⁰⁷

Pozivajući se na raniju praksu u ovom području Sud je istaknuo kako je učinak spornog propisa i uvođenje dodatnih zahtjeva sprječavanje korištenja slobode poslovnog nastana. Odredbama europskog prava u odnosu na slobodu poslovnog nastana jamči se pravo osnivanja društva u bilo kojoj državi članici bez obzira na razloge takvog osnivanja osim ako se radi o zlouporabi.¹⁰⁸ Isto tako omogućava se društvima da obavljaju svoju djelatnost u drugim državama članicama putem podružnice, zastupstva ili društva kćeri na isti način kako to obavljaju društva nacionalna društva.¹⁰⁹ To što je u konkretnom slučaju društvo osnovano temeljem engleskog prava kako bi se zaobišla stroža pravila osnivanja u Nizozemskoj u odnosu na minimalni temeljni kapital i otkup dionica samo po sebi ne znači da osnivanje podružnice tog društva nije pokriveno slobodom poslovnog nastana zajamčenom Ugovorom.¹¹⁰ Europski sud smatra kako je učinak nizozemskog propisa sprječavanje korištenja slobodom poslovnog nastana jer se na podružnicu društva osnovanog u drugoj državi članici, ako se poslovanje obavlja u Nizozemskoj primjenjuju pravila koja vrijede i za domaća društva s ograničenom odgovornošću.¹¹¹ Sud ponavlja zaključke iz ranijih presuda u kojima se navodi kako nisu od važnosti razlozi zbog kojih društvo izabire jednu državu članicu u kojoj se osniva obzirom da sloboda poslovnog nastana jamči pravo na sekundarni nastan.

Sud se u presudi osvrnuo i na opravdanja ograničenja za osnivanje podružnica te ističe kako ograničenja nisu opravdana. U odnosu na zaštitu vjerovnika ističe se kako pravila o minimalnom temeljnom kapitalu nisu potrebna obzirom da su ona određena i drugim instrumentima kao što je Četvrta i Jedanaesta direktiva. U odnosu na borbu protiv nedopuštenog korištenja slobodom poslovnog nastana sud ističe kako nije primjereno nacionalnim zakonodavstvom sprječavati pojedince da se koriste prednostima zajamčenima pravom Unije. Sud ističe kako je suprotno odredbama Jedanaeste direktive da se nacionalnim zakonodavstvom određuju dodatni uvjeti za osnivanje podružnica kao što su uvjeti za dodatnu objavu podataka, te je suprotno odredbama UFEU određivanje dodatnih uvjeta za osnivanje podružnica koje nemaju domaća društva u odnosu na minimalni temeljni kapital i odgovornost direktora.¹¹²

Ovim presudama Europskog suda pružena je mogućnost osnivačima društava da prilikom osnivanja odaberu pravo koje će se primjenjivati na njihovo društvo. Praksom Europskog

¹⁰⁷ Para 39 presude u predmetu Inspire Art.

¹⁰⁸ Para 95 Inspire Art.

¹⁰⁹ Para 97 Inspire Art.

¹¹⁰ Para 98 Inspire Art.

¹¹¹ Para 104 Inspire Art.

¹¹² Para 143 Inspire Art.

suda omogućava se državama članicama određivanje dopuštenih ograničenja prilikom ostvarivanja slobode poslovnog nastana utemeljenih na razlozima javne politike ukoliko se primjenjuju na nediskriminirajući način, opravdani su važnim razlozima javnog interesa, osiguravaju postizanje cilja, te su proporcionalni.¹¹³

3.5. Predmet C-411/03 SEVIC Systems¹¹⁴

Tri ranije presude (Centros, Überseering i Inspire Art) nisu se odnosile na reinkorporaciju društva. Reinkorporaciju društva mogli bi oslikati sljedećim primjerom: društvo X, osnovano u državi članici A želi se inkorporirati u državi članici B. U tu svrhu društvo planira osnovati društvo X1 u državi B, te mu pripojiti društvo X. Društvo X zadržalo bi svoje središnje mjesto upravljanja u državi A te bi ostalo rezidentom radi poreznih razloga. Niti pravo države A, niti pravo države B ne uključuju odredbe kojima se olakšava pripajanje društva osnovanog s tim razlogom sa društvom osnovanim temeljem zakona druge države članice.¹¹⁵ O reinkorporaciji društva Europski sud je odlučivao u presudi u predmetu SEVIC Systems u slučaju prekograničnog pripajanja društava.

Njemački sud odbio je upis pripajanja u sudski registar luksemburškog društva njemačkom društvu jer je njemački propis predviđao samo mogućnost pripajanja društava sa sjedištem u Njemačkoj, ali ne i prekogranična pripajanja.¹¹⁶ Temeljem tih odredbi njemačkog zakona postojao je različiti tretman između pripajanja unutar Njemačke i prekograničnih pripajanja.¹¹⁷ Europski sud isticao je kako sloboda poslovnog nastana obuhvaća sve mjere kojima se omogućuje i olakšava pristup u drugu državu članicu te obavljanje gospodarske djelatnosti u toj državi članici pod istim uvjetima kao i za nacionalna društva. Prekogranično pripajanje predstavlja ostvarivanje slobode poslovnog nastana.¹¹⁸ Obzirom da temeljem njemačkog zakonodavstva nije moguće u sudskom registru provesti prekogranično pripajanje ovakvi zahtjevi se odbijaju.¹¹⁹ Prihvaćajući Mišljenje nezavisnog odvjetnika Sud ističe kako ovakva pripajanja predstavljaju efikasno sredstvo preoblikovanja društva u jednoj operaciji te se na taj način smanjuju komplikacije, vrijeme i troškovi uzrokovani ovakvim promjenama.¹²⁰ Različito postupanje prilikom registracije domaćih i prekograničnih pripajanja znači

¹¹³ 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.

¹¹⁴ C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805; vidi i u Bodiroga Vukobrat, N., Pošćić, A., Đerđa, D. (ur.): Zbirka presuda Europskoga suda, Inženjerski biro, 2011., str. 166-167

¹¹⁵ Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility, op.cit. str. 24.

¹¹⁶ Prekogranična pripajanja ove vrste bila su dozvoljena samo u malom broju država članica kao što je Grčka, Italija, Portugal i Luxembourg, više vidu u Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility ..., op.cit. str. 23.

¹¹⁷ Para 12 Sevic Systems.

¹¹⁸ Para 19 Sevic Systems.

¹¹⁹ Para 20 Sevic Systems.

¹²⁰ Para 21 Sevic Systems.

ograničenje slobode poslovnog nastana.¹²¹ Njemačka ističe kako se u konkretnom slučaju ne primjenjuju odredbe Ugovora o poslovnom nastanu jer ono pretpostavlja osnivanje novog društva, podružnice ili zastupništva, te se ne može primijeniti u slučaju pripajanja već postojećeg društva, te kao opravdanja ograničenja ističe zaštitu vjerovnika, manjinskih dioničara i zaposlenika, očuvanje učinkovitosti fiskalnog nadzora i poštenje u pravnom prometu između trgovaca.¹²² Europski sud ističe kako nacionalne mjere moraju biti primjerene i nužne. Generalno odbijanje upisa pripajanja u sudski registar društva koje ima sjedište izvan države članice u kojoj društvo ima sjedište predstavlja ograničenje prava slobode poslovnog nastana. Obzirom da nacionalno zakonodavstvo u konkretnom slučaju prelazi nužno, te se ista svrha može postići na manje restriktivan način ova opravdanja se ne mogu prihvatiti.¹²³

Opetovano Europski sud ističe kao zaključak kako usklađenost zakona na razini unije ne može biti preduvjet za ostvarivanje prava slobode poslovnog nastana.¹²⁴

3.6. Presuda u predmetu C-196/04 Cadbury Schweppes¹²⁵

Predmet odlučivanja Europskog suda u predmetu Cadbury Schweppes odnosio se prvenstveno na primjenu poreznih propisa na povezana trgovačka društva koja djeluju na teritoriju više država članica. Vezano za pitanje smanjivanja poreznog opterećenja postavilo se pitanje drukčijeg tretmana domaćih od stranih društava, odnosno primjeni europskog prava na situaciju promjene sjedišta društva uzrokovanu prvenstveno poreznim razlozima. Cadbury Schweppes grupa sastojala se od povezanih društava osnovanih u Ujedinjenom Kraljevstvu, drugim državama članicama i trećim državama. Nacionalni je sud smatrao da osnivanje društva kćeri u izvan Ujedinjenog Kraljevstva (konkretno u Irskoj) potaknuto isključivo smanjenjem poreznog opterećenja.¹²⁶ Pitanje upućeno Europskom sudu bilo je zabranjuju li odredbe čl. 49., 56. i 63. UFEU (prije čl. 43., 49. i 56. UEZ) da se nacionalnim zakonodavstvom predvidi oporezivanje društva koje ima sjedište u toj državi članici za dobit koju ostvari njegovo društvo kćer sa sjedištem u drugoj državi članici, pod uvjetom da je u toj drugoj državi članici porez manji?¹²⁷ Poreznim zakonodavstvom Ujedinjenog Kraljevstva propisuje se da je društvo koje je u smislu navedenog zakonodavstva rezident („društvo rezident“) podložno porezu na korporativnu dobit koja uključuje i dobit koju ostvare

¹²¹ Para 23 Sevic Systems.

¹²² Para 24 Sevic Systems.

¹²³ Para 29 Sevic Systems.

¹²⁴ Para 26 Sevic Systems.

¹²⁵ Presuda C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995.

¹²⁶ Para 17 i 18 Cadbury Schweppes.

¹²⁷ Para 28 Cadbury Schweppes.

podružnice i zastupstva putem kojih društvo rezident obavlja svoje djelatnosti izvan Ujedinjenog Kraljevstva.¹²⁸

Europski sud poziva se na presude u predmetu Baars¹²⁹ i predmetu X and Y¹³⁰ u kojima je istaknuto kako nacionalni propisi koji se primjenjuju na vlasničke udjele državljana jedne države članice u kapitalu društva osnovanog u drugoj državi članici, koji vlasnički udjeli omogućuju konačan utjecaj na odluke tog društva i određivanje njegove poslovne djelatnosti, potpadaju pod odredbe UEZ (sada: UFEU) o slobodi poslovnog nastana. Ukoliko navedeni nacionalni propisi imaju restriktivan učinak na slobodno kretanje usluga i slobodno kretanje kapitala, takav učinak je neizbježna posljedica eventualnog ograničavanja slobode poslovnog nastana.¹³¹ Sud ponovno ističe zabranu zaobilaženja nacionalnih propisa pozivajući se na korištenje pravima zajamčenima UEZ, kao ni zlouporabu prava Unije.¹³² Međutim, činjenica da je državljanin države članice, bilo fizička bilo pravna osoba, pokušao ostvariti korist od poreznih propisa koji su na snazi u državi članici različitoj od države članice čiji je on rezident, ne može samo po sebi predstavljati zlouporabu prava.¹³³ Iako iz dikcije odredaba Ugovora koje se odnose na slobodu poslovnog nastana proizlazi da iste imaju za cilj osigurati jednak tretman stranih državljana i društava u državi članici domaćinu kao i njezinim državljanima one također zabranjuju državi članici iz koje ti strani državljanici ili društva potječu da svojim državljanima odnosno društvima osnovanima prema njezinu zakonodavstvu onemogućuje poslovni nastan u nekoj drugoj državi članici.¹³⁴ Sud ističe kako je u ovom predmetu očito da se radi o nacionalnim propisima koji uključuju različito postupanje prema društvima rezidentima temeljem visine poreznog opterećenja kojem su podložna društva u kojima oni imaju prevladavajuće udjele.¹³⁵

U odnosu na zlouporabu prava Europske unije Sud ističe kako činjenica da je društvo koje osnovalo sekundarni poslovni subjekt u drugoj državi članici ne može se općenito smatrati da se radi o poreznoj evaziji.¹³⁶ Europski sud prihvaća da se radi o ograničenju slobode poslovnog nastana,¹³⁷ međutim ističe kako nacionalna mjera koja ograničava slobodu poslovnog nastana može biti opravdana važnim razlozima javnog interesa posebice u slučaju

¹²⁸ Para 3 Cadbury Schweppes.

¹²⁹ Presuda C-0251/98 Baars [2000] ECR I-2787, para. 22.

¹³⁰ Presuda C-436/00 X and Y [2002] ECR I-10829, para. 37; para. 31 Cadbury Schweppes.

¹³¹ Para 32 Cadbury Schweppes.

¹³² Para 35 Cadbury Schweppes.

¹³³ Para 36 Cadbury Schweppes.

¹³⁴ Para 42 Cadbury Schweppes.

¹³⁵ Para 43 Cadbury Schweppes.

¹³⁶ Para 50 Cadbury Schweppes.

¹³⁷ 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.11, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

kad se radi o fiktivnim aranžmanima sklopljenima s ciljem zaobilaženja primjene zakona odnosne države članice.¹³⁸

Od osobitog je značenja navođenje Suda kako je u slučaju procjene ponašanja poreznog obveznika potrebno je osobito uzeti u obzir cilj koji se nastoji postići omogućavanjem slobode poslovnog nastana.¹³⁹ Taj cilj predstavlja omogućavanje državljanima države članice da osnuje sekundarni poslovni subjekt u drugoj državi članici radi obavljanja svoje djelatnosti u toj drugoj državi članici kako bi na taj način doprinio ekonomskom i socijalnom prožimanju u okviru Unije.¹⁴⁰ Sloboda poslovnog nastana ima za cilj omogućiti državljanima države članice da na stalnoj i trajnoj osnovi sudjeluje u ekonomskom životu države članice različitoj od države članice iz koje potječe i da na taj način ostvaruje dobit.¹⁴¹ Upravo je ovaj izričaj Europskog suda odraz davanja prednosti ekonomiji Unije pred nacionalnom praksom država članica. Kako je ranije navedeno u tekstu, Europski sud je opći sud, te odlučuje u svrhu zaštite temeljnih gospodarskih sloboda zajamčenih UFEU, dok nacionalni sudovi koji su specijalizirani sudovi donose odluke u svrhu zaštite nacionalnih prava i interesa uzimajući u obzir pravnu i poreznu usklađenost, te druge važne čimbenike za nacionalno zakonodavstvo. U svakom pojedinom slučaju bit će potrebno dokazati radi li se o zlouporabi europskog prava. U prilog ovome Europski sud ističe kako je pretpostavka poslovnog nastana stvarno osnivanje društva u državi članici različitoj od matične države članice te obavljanje stvarne gospodarske djelatnosti u toj državi članici.¹⁴² Europski Sud ističe kako opravdanje za restriktivne nacionalne mjere kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana mogu predstavljati razlozi sprečavanja zlouporabne prakse (u konkretnom slučaju: izbjegavanje plaćanja poreza na dobit koji bi uobičajeno trebalo podmiriti za poslovanje na nacionalnom teritoriju) ako je riječ o potpuno umjetnim aranžmanima koji ne odražavaju ekonomsku stvarnost s ciljem izbjegavanja poreza koji bi inače bio plativ na dobit ostvarenu obavljanjem djelatnosti na nacionalnom teritoriju.¹⁴³

Europski sud ističe se umjetni aranžmani procjenjuju temeljem obavljanja stvarne gospodarske djelatnosti u državi članici domaćinu uz stvarno postojanje ovisnog inozemnog društva u smislu prostora, osoblja i opreme.¹⁴⁴ Ukoliko se temeljem tih činjenica utvrdi da je ovisno inozemno društvo fiktivna osoba koja ne obavlja nikakvu stvarnu ekonomsku djelatnost na teritoriju države članice domaćina, osnivanje tog društva mora se smatrati kao da ima karakteristike potpuno fiktivnog osnivanja. To osobito vrijedi u slučaju „društva s

¹³⁸ Para 51 Cadbury Schweppes.

¹³⁹ Para 52 Cadbury Schweppes.

¹⁴⁰ Para 53 Cadbury Schweppes.

¹⁴¹ Para 53 Cadbury Schweppes.

¹⁴² Para 54 Cadbury Schweppes.

¹⁴³ Para 57 Cadbury Schweppes, vidi u Horak et. al.: Uvod u europsko pravo..., op.cit. str. 137.

¹⁴⁴ Para 67 Cadbury Schweppes.

poštanskim sandučićem“ ili „društva paravana.“¹⁴⁵ Teret dokaza da je društvo stvarno osnovano i da stvarno djeluje jest na društvu rezidentu.¹⁴⁶

Presuda u predmetu Cadbury Schweppes zapravo daje odgovore na pitanja oporezivanja, međutim određivanjem slobode poslovnog nastana, te mogućnosti njezinog ograničavanja u slučaju zlouporabe ponavlja se stav Suda iz ranijih presuda Centros i Inspire Art. Međutim iako se i u tim predmetima radilo o društvima koja nisu obavljala stvarnu gospodarsku aktivnost u državi u kojoj su imala stvarno sjedište (u oba slučaja Ujedinjeno Kraljevstvo), te su svoju stvarnu aktivnost obavljala u državama članicama odredišta (Danskoj i Nizozemskoj) sadržaj njihovog nastana u Ujedinjenom Kraljevstvu nije bio od značaja obzirom da je Ujedinjeno Kraljevstvo bilo njihova matična država članica, a pravila o slobodi poslovnog nastana odnosila su se na nastana u državi članici odredišta. Jedino pitanje koje se procjenjivalo temeljem prava matične države članice bilo je postojanje društva.¹⁴⁷ Sud je u tim predmetima odlučivao o ograničenjima određenima od strane države članice odredišta. Za razliku od toga u predmetu Cadbury Schweppes Europski sud po prvi puta definira način razlikovanja između stvarnog i fiktivnog poslovanja društva, te način procjene svakog od njih ističući kako se odredbe europskog zakonodavstva primjenjuju isključivo na društva koja stvarno posluju. Svrha je slobode poslovnog nastana omogućiti državljanima država članica da se poslovno nastane u drugoj državi članici kako bi tamo obavljali stvarnu gospodarsku aktivnost. Društva koja ne obavljaju stvarnu gospodarsku aktivnost smatraju se fiktivnim društvima, te se na njih primjenjuju ograničenja slobode poslovnog nastana.¹⁴⁸ Razlog ovakvom tumačenju predstavlja primjena nacionalnih zakona o oporezivanju, kojima je dana prednost u slučaju konkretne zlouporabe europskog prava.

3.7. Presuda C-210/06 Cartesio¹⁴⁹

Europski sud u presudi u predmetu Cartesio, pozivajući se u bitnom na presudu u predmetu Daily Mail i General Trust, ponovno daje prednost nacionalnom pravu u odnosu na odredbe Ugovora ističući dopustivost nacionalnih, mađarskih, odredbi kojima se omogućuje ograničavanje slobode poslovnog nastana na način da se ne omogućuje prijenos sjedišta društva u drugu državu članicu uz istodobno zadržavanje i primjenu nacionalnog prava države članice u kojoj je društvo osnovano. I u presudi u predmetu Daily Mail radilo se o prijenosu sjedišta u državu članicu odredišta uz istodobno zadržavanje pravne osobnosti u

¹⁴⁵ Para 68 Cadbury Schweppes (engl. termini su društ., „letterbox“ i „front“ subsidiary).

¹⁴⁶ Para 70 Cadbury Schweppes.

¹⁴⁷ Vidi u 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. 12, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

¹⁴⁸ 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.12, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

¹⁴⁹ Presuda C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641.

matičnoj državi članici. Međutim u predmetu Daily Mail prijenos stvarnog sjedišta društva bio je dopušten nacionalnim zakonodavstvom Ujedinjenog Kraljevstva uz prethodnu suglasnost nadležnog ministarstva, dok u predmetu Cartesio prijenos stvarnog sjedišta uz zadržavanje pravne osobnosti nije dopušten. Bez obzira na ove razlike Europski sud je u presudi Cartesio potvrdio pravilo da se odlazak iz države članice osnivanja određuje nacionalnim pravom te države članice, dok se na ulazak u državu članicu treba primjenjivati pravo Unije.¹⁵⁰ Prilikom analize ovih predmeta potrebno je uzeti u obzir i razloge za prijenos sjedišta društva. Dok je u predmetu Daily Mail razlog prijenosa sjedišta bio smanjenje poreznog opterećenja u predmetu Cartesio razlog prijenosa stvarnog sjedišta bilo je obavljanje djelatnosti u drugoj državi članici uz zadržavanje pravne osobnosti u državi osnivanja.

Mađarsko društvo Cartesio bilo je osnovano i upisano u mađarski sudski registar kao komanditno društvo. Oba osnivača društva bila su mađarski državljani s prebivalištem u Mađarskoj.¹⁵¹ Cartesio je zatražio od mađarskog suda da registrira promjenu njegovog stvarnog sjedišta iz Mađarske u Italiju pod pretpostavkom da se na društvo i dalje primjenjuje mađarsko pravo. Zahtjev je bio odbijen s obrazloženjem da mađarsko pravo ne dopušta promjenu sjedišta u inozemstvo za društva osnovana u Mađarskoj te istovremeno zadržavanje pravne osobnosti i primjenu mađarskog prava.¹⁵² Temeljem mađarskog prava sjedištem se smatra mjesto gdje društvo ima središnje mjesto upravljanja.¹⁵³ U slučaju prijenosa mjesta iz kojeg se upravlja društvom u drugu državu članicu smatra se da je društvo prestalo postojati kao mađarsko društvo te se mora ponovno osnovati u drugoj državi članici u skladu s pravom te druge države članice.¹⁵⁴ Upravo je pitanje nacionalnog suda upućeno Europskom sudu bilo tumačenje odredbi čl. 43. i 48. UEZ (čl. 49. i 54. UFEU) u smislu da se njima zabranjuje društvu da temeljem nacionalnog prava države članice temeljem kojeg je osnovano premjesti svoje sjedište u drugu državu članicu uz istodobno zadržavanje pravne osobnosti i primjene prava države članice osnivanja.¹⁵⁵

Europski sud, pozivajući se na presudu u predmetu Daily Mail,¹⁵⁶ donesenu dvadeset godina ranije, ponovno ističe kako se nacionalna pravila značajno razlikuju u odnosu na određivanje kako poveznice između društva i nacionalnog teritorija koja se zahtijeva za osnivanje društva. Opravdano je pitanje može li društvo osnovano temeljem prava jedne države članice izmijeniti tu poveznicu. Europski sud navodi kako neke države članice zahtijevaju ne samo da registrirano sjedište već i stvarno sjedište što predstavlja središnje mjesto upravljanja

¹⁵⁰ Vidi u Horak et al.: Uvod u europsko pravo..., op.cit., str. 129, gdje se navodi kako je „očito da Sud različito tretira slučajeve “ulaska” u drugu državu članicu, koji treba biti podvrgnut odredbama Ugovora o slobodi poslovnog nastana, od slučajeva “izlaska” na koji se primjenjuje nacionalno pravo. Pravo Zajednice omogućava društvima da slobodno odluče gdje će se inkorporirati (ulazak), ali nakon toga nisu slobodni mijenjati pravo društava koje se na njih primjenjuje (izlazak).

¹⁵¹ Para 21 i 22 Cartesio.

¹⁵² Para 24 Cartesio.

¹⁵³ Para 101 Cartesio.

¹⁵⁴ Para 103 Cartesio.

¹⁵⁵ Para 99 Cartesio.

¹⁵⁶ Para 20 Daily Mail and General Trust.

društvom bude smješteno na njezinom teritoriju, te prijenos središnjeg mjesta upravljanja s tog teritorija pretpostavlja prestanak društva i sve posljedice koje su s prestankom društva povezane dok druge države članice dozvoljavaju društvima prijenos središnjeg mjesta upravljanja u drugu državu ili pak čine ovo pravo predmetom određenih ograničenja te se pravne posljedice prijenosa razlikuju između država članica.¹⁵⁷ Sud ovdje zapravo daje mogućnost izbora između tri različite poveznice u odnosu na nacionalno pravo uvažavajući raznolikost nacionalnih prava (registrirano sjedište, središnje mjesto upravljanja ili središnje mjesto poslovanja).¹⁵⁸ S obzirom da ne postoji nadnacionalno pravilo kojim se određuje poveznica između društva i nacionalnog teritorija države članice mogu određivati poveznicu za društva osnovana temeljem njihovog nacionalnog prava.¹⁵⁹ Ovime Europski sud potvrđuje, kako je iznijeto još u presudi Daily Mail, da se na temelju nacionalnog prava procjenjuje mogućnost za društvo da ode iz države osnivanja. Sud navodi kako se treba razlikovati predmete u kojima se sjedište društva osnovanog temeljem prava jedne države članice prenosi u drugu državu članicu bez promjena u odnosu na pravo koje se na to društvo primjenjuje i predmete kada se društvo na koje se primjenjuje pravo jedne države članice prenosi u drugu državu članicu s promjenom nacionalnog prava koje se primjenjuje.¹⁶⁰ U prvom slučaju Europski sud smatra da država osnivanja može odrediti da zbog prijenosa sjedišta dođe do obveznog prestanka društva, jer da društvo više ne postoji kao društvo države osnivanja (jer više nije zadovoljena propisana poveznica), odnosno više ne postoji kao društvo koje *ratione personae* ima pravo na zaštitu temeljem odredaba o poslovnom nastanu. U drugom slučaju, ako se društvo želi u drugoj državi reinkorporirati (nastaviti postojati u drugoj državi članici čije će pravo postati mjerodavno za to društvo – drugim riječima, društvo mijenja “nacionalnost”, tj. premješta registarsko sjedište), te prestaje postojati kao društvo prema pravu države osnivanja, što je neophodna posljedica reinkorporacije, Sud smatra da društvo i dalje ima pravo pozivati se na slobodu poslovnog nastana. Ako u takvom slučaju država članica osnivanja traži, prije nego što se društvo osnuje u drugoj državi članici, provođenje postupka prestanka društva ili likvidacije u državi osnivanja, onda se to smatra ograničenjem slobode poslovnog nastana.¹⁶¹ Razmišljanje 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 obzirom da će promjena poveznice uzrokovati promjenu pravnih pravila koja se odnose na sve odnose ranije ustanovljene s društvom.

U odnosu na nepostojanje zajedničkih pravila Unije u odnosu na slobodu poslovnog nastana Europski Sud se poziva na navode Komisije o primjeni drugih pravila Unije kao što je Uredba EGIU, Uredba SE, te Uredba SCE, te kako se pravila sadržana u tim dokumentima mogu *mutatis mutandis* primjenjivati na prekogranični prijenos stvarnog sjedišta društva osnovanog

¹⁵⁷ Para 105 Cartesio.

¹⁵⁸ Vidi u Horak, H. et al: Uvod u europsko..., op.cit., str. 131.

¹⁵⁹ Para 110 Cartesio.

¹⁶⁰ Para 111 Cartesio.

¹⁶¹ Para 112 i 113 Cartesio. Vidi i u Horak, H. et al: Uvod u europsko ..., op.cit., str. 132

temeljem prava države članice.¹⁶² Međutim, Europski sud ističe kako se ovim uredbama zapravo određuju pravila koja omogućavaju novim pravnim subjektima koji se njima uređuju prijenos njihovog registriranog sjedišta i temeljem toga njihovog stvarnog sjedišta – pod pretpostavkom da se oba nalaze u istoj državi članici bez prisilnog prestanka njihove pravne osobnosti ili obveze za osnivanjem novog društva. Ovakav prijenos nužno uključuje promjenu nacionalnog prava koje se primjenjuje na društvo koje prenosi sjedište.¹⁶³

Sud ističe kako se na konkretan slučaj ne može primjenjivati Europsko pravo kao niti presuda u predmetu *Sevic Systems*. Ta se presuda odnosi na priznavanje, u matičnoj državi, aktivnosti provedene od strane društva u drugoj državi članici putem prekograničnog pripajanja. Ta se situacija temeljno razlikuje od okolnosti u predmetu *Daily Mail*, ali i sličnima predmetima *Centros*, *Überseering* i *Inspire Art*,¹⁶⁴ te u tim okolnostima nije potrebno odlučivati može li se predmetno društvo razmatrati kao društvo koje ima nacionalnost države članice temeljem čijeg prava je osnovano, već je li društvo koje je u svom temelju, društvo na koje se primjenjuje pravo države članice suočeno sa ograničenjem u ostvarivanju slobode poslovnog nastana u drugoj državi članici. Matična država članica može zabraniti društvu koje je osnovano temeljem njezinog prava da premjesti stvarno sjedište u drugu državu članicu uz istovremeno zadržavanje pravne osobnosti u matičnoj državi članici.¹⁶⁵ Promjenom registarskog sjedišta društva mijenja se i poveznica, odnosno „nacionalnost“ društva, te matična država članica nije dužna dopustiti primjenu svog prava na društvo u tom slučaju.

U predmetima *Daily Mail* i *Cartesio* Europski sud je isticao kako u situaciji kada društvo osnovano temeljem prava države članice namjerava prenijeti svoje stvarno sjedište u drugu državu članicu i istovremeno ostati registrirano u matičnoj državi članici, matična država članica može odbiti taj prijenos. Ovo proizlazi iz prava države članice da odredi poveznicu između društva i nacionalnog prava kao i zahtjeva za održavanjem te poveznice. Posljedica ovoga je da će društvo ili zadržati svoje stvarno sjedište unutar teritorija svoje matične države članice ili izgubiti pravnu osobnost.

Za razliku od presude u predmetu *Daily Mail* u kojoj je prijenos sjedišta odbijen prvenstveno jer se radilo o povredi nacionalnog prava u odnosu na oporezivanje u predmetu *Cartesio* radi se o stvarnom premještanju sjedišta društva uz zadržavanje poveznice prava matične države. Međutim, iako Europski sud u načelu prihvaća mogućnost prijenosa sjedišta, u presudi predmetu *Cartesio* Sud je odbio prijenos sjedišta društva bez promjene poveznice te je opravdano zahtjeve nacionalnog suda kojima se predviđa prvotnu likvidacija i brisanje društva iz nacionalnog registra i novi upis u državi članici odredišta. Ograničenja matične države članice za izlazak društva predstavljaju ograničenje slobodi poslovnog nastana isto kao

¹⁶² Para 115 i 116 *Cartesio*.

¹⁶³ Para 117 *Cartesio*, razvidno i para 118 gdje se kao primjer daje Europsko društvo i odredbe čl. 7 do 9. Uredbe o Europskom društvu.

¹⁶⁴ Para 122 *Cartesio*.

¹⁶⁵ Para 124 *Cartesio*.

što to predstavljaju i propisi države članice odredišta.¹⁶⁶ Zapravo neaktivistička¹⁶⁷ odluka Europskog suda može se poduprijeti objašnjenjem kako bi odluka bila drukčija da je društvo tražilo promjenu poveznice na talijansko pravo.¹⁶⁸

3.8. Predmet C-378/10 VALE¹⁶⁹

Najnoviji predmet u području slobode poslovnog nastana VALE podnesen je na odlučivanje Europskom sudu 28.7.2010. godine te presuda nije donesena. Temeljno pitanje koje se postavlja jest uzrokuje li nedostatak odredbi koje se odnose na reinkorporaciju i imigraciju društva nedopušteno ograničenje za slobodu poslovnog nastana društava.¹⁷⁰

Predmet VALE sadržava činjenični opis zapravo suprotan predmetu Cartesio. 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 kao razlog da želi premjestiti središnje mjesto upravljanja i stvarno sjedište iz Italije u Mađarsku kako bi tamo obavljalo djelatnost trgovine uz istovremeni prestanak trgovanja u Italiji. Društvo VALE, temeljem talijanskog prava, nije trebalo likvidirati obzirom da će ono nastaviti poslovati u Mađarskoj. Devet mjeseci nakon brisanja iz sudskog registra u Italiji predsjednik uprave brisanog društva i još jedna osoba usvojili su društveni ugovor za osnivanje društva u Mađarskoj. Cilj je registrirati društvo u mađarskom registru “imajući u vidu činjenicu da društvo osnovano u Italiji temeljem talijanskog zakona želi premjestiti sjedište u Mađarsku i djelovati temeljem mađarskog prava.” Društvo bi poslovalo pod nazivom VALE Epitesi (VALE Constructions) te bi bilo oblikovano u skladu s mađarskim pravom.

Mađarsko pravo dozvoljava preoblikovanje i povezivanje društava koje uključuje promjenu oblika društva, pripajanje i podjelu društava. Takvo preoblikovanje podrazumijeva stvaranje društva koje je univerzalni pravni slijednik preoblikovanog društva. Prava prethodnika prenose se na pravnog slijednika kao i njegove obveze koje uključuju i eventualne kolektivne ugovore sklopljene s radnicima. Postupak preoblikovanja društva u drugi oblik uključuje mogućnost da jedno društvo navede drugo društvo kao svog prethodnika pri čemu registarski

¹⁶⁶ 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.13, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

¹⁶⁷ Vidi u Horak, H. et al: Uvod u europsko..., op.cit. str.138.

¹⁶⁸ 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.13, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

¹⁶⁹ Predmet C-378/10 VALE podnesen Europskom sudu 28.7.2010., presuda nije donesena. Reference for a preliminary ruling from the Magyar Koztarsasag Legfelsobb Birosga (Hungary) – VALE Epitesi Kft.

¹⁷⁰ 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.14, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

sud može otkazati registraciju prethodnika navodeći pravnog slijednika i istovremeno registrirati pravnog slijednika u sudski registar. 2007. godine stavljen je zahtjev za upisom mađarskog društva u sudski registar u Budimpešti gdje se je kao prethodnik mađarskog 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 prethodnik. Razlog zbog kojeg mađarsko društvo želi da se talijansko društvo navede kao prethodnik jest primjena mađarskih propisa koji se odnose na preoblikovanje društva.

Mađarski nacionalni sud uputio je Europskom sudu na prethodno odlučivanje pitanje: Mora li država članica odredišta primijeniti odredbe 49 i 54 UFEU (prije 43. i 48. UEZ) kada društvo osnovano u drugoj državi članici prenosi svoje sjedište u državu članicu odredišta, a u isto vrijeme država članica odredišta ne dozvoljava upis u svoj sudski registar društva temeljem novog akta o osnivanju sastavljenom od strane dioničara tog društva u skladu s pravom države odredišta, odnosno kada društvo zahtjeva upis u registar u državi odredišta temeljem prava države odredišta?¹⁷¹ Ako je odgovor na ovo pitanje pozitivan na njega se nadovezuje pitanje mogu li se odredbe čl. 49 i 54 UFEU interpretirati na način da se njima zabranjuje zakonodavstvo ili praksa države članice odredišta kojima se zabranjuje zakonito osnovanom društvu u drugoj državi članici prijenos sjedišta u državu članicu odredišta i nastavak obavljanja djelatnosti temeljem propisa države članice odredišta?¹⁷²

Praktični problem s kojim se susreće novo osnovano mađarsko društvo je odbijanje navođenja talijanskog društva kao društva prednika u mađarskom sudskom registru. Ukoliko društvo želi navesti svog prethodnika to može učiniti samo navodeći dan kada je prijenos sjedišta obavljen obzirom da se temeljem mađarskog prava prijenos sjedišta društva zajedno sa ponovnim osnivanjem temeljem mađarskog prava i navođenje talijanskog prednika ne smatra preoblikovanjem. Posljedica ovoga je da društvo ne može biti registrirano u sudskom registru i ne može djelovati.

Iz dosadašnje prakse Europskog suda proizlazi da u situaciji u kojoj matična država članica primjenjuje teoriju inkorporacije ili teoriju registriranog sjedišta dozvoljavajući 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.¹⁷³

S druge strane postoje mišljenja da država članica odredišta može u svakom slučaju zabraniti stranom društvu, čak i kad 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 temeljem kojih društvo nastaje, slobodna je odrediti uvjete temeljem kojih strano društvo postaje domaće društvo ili ga u

¹⁷¹ Predmet VALE, para 1.

¹⁷² Predmet VALE, para 2.

¹⁷³ Vidi u presudi u predmetu *Cartesio*.

tome spriječiti.¹⁷⁴ Međutim, ništa ne ukazuje da Mađarska primjenjuje takvu zabranu, već se čini da Mađarska odbija primijeniti odredbu svog prava kojom se regulira preoblikovanje domaćih društava na situacije koje imaju prekogranični karakter. Ukoliko se radi o takvoj situaciji pitanje bi tada bilo mora li država članica primjenjivati svoje pravo koje se odnosi na preoblikovanje domaćih društava i na preoblikovanja koja imaju prekogranični karakter?¹⁷⁵ Pretpostavlja se da bi odgovor bio negativan obzirom da analogijom dosadašnjeg razmišljanja 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 na način da se radi o osnivanju novog društva, a ne o prijenosu registriranog sjedišta. VALE je izgubio svoj odnos s Italijom obzirom da je brisan iz registra. Međutim, u ovom slučaju neće biti moguće ukazati na pravno sljedništvo mađarskog društva koje se osniva obzirom da se talijansko društvo ne može naznačiti kao pravni prethodnik. Ukoliko 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.

U kontekstu ranije navedenoga potrebno je sagledati predstavlja li mađarsko zakonodavstvo diskriminaciju za strana društva koja se preoblikuju u odnosu na preoblikovanje domaćih društava. Ova teza povlači analogiju s presudom u predmetu SEVIC Systems u kojoj je istaknuto da ukoliko su spajanja i pripajanja dozvoljena za domaća društva diskriminatorski ograničenje slobode poslovnog nastana predstavlja zabrana stranim društvima da se pripajaju ili spajaju s domaćim društvima.¹⁷⁶ Analogno bi razmišljanje bilo i u slučaju domaćih, odnosno prekograničnih preoblikovanja.

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) iz države članice A u kojoj ima registrirano sjedište u državu članicu B, pri čemu se na njega i dalje primjenjuje pravo države članice A. U predmetu VALE radi o društvu koje je osnovano temeljem prava jedne države članice (Italije) i koje želi prenijeti sjedište u drugu državu članicu i promijeniti pravo koje se na njega primjenjuje (mađarsko).

Dana 15.12.2011. doneseno je Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jääskinen. Analizirajući mađarsko pravo nezavisni odvjetnik ističe kako mađarsko pravo dozvoljava prijenos sjedišta društva unutar Mađarske. U tom slučaju ne mijenja se oblik društva niti primjenjivo pravo, te pravna osoba ostaje ista. Trgovačko društvo može se osnovati i preoblikovanjem (promjenom

¹⁷⁴ Tako i Malherbe, J: Transfer of company seat in the EU after Cartesio, prezentacija, ERA, 21-22. ožujak 2011.

¹⁷⁵ 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.15, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

¹⁷⁶ Vidi u 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.15, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688> na dan 3.5.2012.

oblika društva, spajanjem ili podjelom). Iako tada dolazi do promjene oblika društva stvara se nova pravna osoba, međutim ona je univerzalni slijednik preoblikovanog društva koje gubi svoju pravnu osobnost u trenutku preoblikovanja.¹⁷⁷ Mađarsko pravo ne predviđa mogućnost prekograničnog prijenosa sjedišta društva osnovanog u inozemstvu.¹⁷⁸

Prema Mišljenju nezavisnog odvjetnika predmet je potrebno sagledati na dva različita načina. S jedne strane društvo VALE Construzioni ne postoji u smislu talijanskog prava, te prijenos prihvaćen od strane talijanskog prava neće se moći ostvariti obzirom 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 obzirom da društvo nije likvidirano. Na ovom mjestu nezavisni odvjetnik referira na para. 112 presude u predmetu *Cartesio* te ističe kako talijansko zakonodavstvo ne zahtjeva kao uvjet likvidaciju društva u slučaju prijenosa sjedišta s promjenom poveznice primjenjivog prava. S druge strane VALE Epitési još ne postoji kao pravna osoba u mađarskom pravu obzirom da je upis društva u Mađarskoj odbijen. Međutim, pravni status društva u nastajanju zahtjeva mogućnost da društvo djeluje kao stranka u nacionalnom pravnom sustavu.¹⁷⁹ Ova dva pitanja od temeljnog su značenja za sva trgovačka društva. U slučaju VALE Construzioni radi se o pitanju postojanja ekonomskog entiteta temeljem talijanskog prava društava, njihovih međusobnih odnosa, imovine društva i cilja djelovanja društva u Mađarskoj u obliku koji je sukladan mađarskom pravu. Kada bi društvo moralo izgubiti svoju pravnu osobnost temeljem talijanskog prava, a njegov pravni slijednik ne bi je mogao dobiti temeljem mađarskog prava, VALE Epitési moraju imati mogućnost pozvati se na slobodu poslovnog nastana u Mađarskoj u smislu nastavljanja njihove ekonomske aktivnosti kako je ona navedena u temeljnom aktu društva koje prestaje i onoga koje nastaje.¹⁸⁰

Nezavisni odvjetnik poziva se na različite mogućnosti primjene slobode poslovnog nastana koja se očituje od mogućnosti ustroja podružnica i zastupstva, do mogućnosti prekograničnih spajanja i pripajanja. Isto tako poziva se na sekundarno zakonodavstvo koje je moguće primijeniti i u ovom slučaju.¹⁸¹ Iako ne postoji pravni izvor na nivou Unije koji bi se primjenjivao na slobodu poslovnog nastana nezavisni odvjetnik poziva se na raniju praksu Europskog suda u ovom području posebice presude u predmetu *Überseering* i *Cartesio* navodeći kako u slučaju prijenosa sjedišta društva osnovanog temeljem prava jedne države članice u drugu državu članicu, bez promjene prava koje se na njega primjenjuje mora se razlikovati od situacije kada društvo prenosi sjedište iz jedne u drugu državu članicu i pritom mijenja pravo koje se na njega primjenjuje. U slučaju promjene prava, kako se navodi i u presudi u predmetu *Cartesio*, ne može se opravdati državu članicu osnivanja koja nameće društvu koje želi postati društvo druge države članice kao uvjet prestanak i likvidaciju društva

¹⁷⁷ Predmet VALE, para 30 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁷⁸ Predmet VALE, para 30 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁷⁹ Predmet VALE, para 44 i 45 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁸⁰ Predmet VALE, para 48 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁸¹ Predmet VALE, para 53. i 55. Mišljenja nezavisnog odvjetnika

u slučaju kada je to pravom druge države članice dopušteno.¹⁸² Iz ovoga slijedi da je promjena prava koje se primjenjuje nužna posljedica ostvarivanja slobode poslovnog nastana.¹⁸³

Omogućavanje izbora društvima između ekonomskih uvjeta koji su najpovoljniji i prava društava koje ima najveće prednosti 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 za primjenu prava društava također predstavlja poseban način ostvarivanja slobode poslovnog nastana usporediv sa postupkom prekograničnog spajanja,¹⁸⁴ te se s obzirom na to odredbe Ugovora o poslovnom nastanu primjenjuju i na prekogranična preoblikovanja društva.¹⁸⁵ Nezavisni odvjetnik u svom mišljenju ističe kako je temeljno dati odgovor na pitanje da li društvo u osnivanju može kao svog prethodnika navesti društvo iz druge države članice, te ističe stav kako je na ovo potrebno odgovoriti pozitivno. Posebice obzirom da je društvo u mogućnosti dokazati da je pravno sljedništvo bilo dozvoljeno od strane zakonodavstva matične države članice, štoviše prijenos imovine između društva prednika i društva u nastajanju može se odvijati zahvaljujući pravnom sljedništvu.¹⁸⁶

Zaključno nezavisni odvjetnik ističe kao se odredbe čl. 49 i 54 UFEU primjenjuju u slučaju prekograničnog preoblikovanja društva. Tim je člancima suprotno zakonodavstvo ili praksa države članice odredišta kojim se zabranjuje društvu koje je zakonito osnovano temeljem prava druge države članice pravo na prijenos sjedišta društva u državu članicu odredišta i nastavak njezinih aktivnosti u obliku društva osnovanog temeljem prava te države članice, osim ako se to ograničenje ne primjenjuje na nediskriminirajući način, te je opravdano važnim razlozima javnog interesa, te prikladno za ostvarivanje cilja kojem teži i nužno za njegovo ostvarenje. U slučaju prekograničnog preoblikovanja društva društvo mora dokazati u svojoj prijavi za upis u sudski registar da slijednik društva osnovanog u drugoj državi članici. 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.¹⁸⁷

Presuda u predmetu VALE dat će odgovor na pitanje primjene odredbi Ugovora 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 da u svom Mišljenju nezavisni odvjetnik, pozivajući se na važnost trgovačkih društava za ekonomije država članica, prihvaća mogućnost prijenosa sjedišta i nedozvoljavanje 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.

¹⁸² Predmet VALE, para 65 Mišljenja nezavisnog odvjetnika

¹⁸³ Predmet VALE, para 66 Mišljenja nezavisnog odvjetnika

¹⁸⁴ Predmet VALE, para 68 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁸⁵ Predmet VALE, para 69 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁸⁶ Predmet VALE, para 77 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

¹⁸⁷ Predmet VALE, para 80 Mišljenja nezavisnog odvjetnika.

4. Ostvarenje slobode poslovnog nastana i hrvatsko pravo društava

Budući RH 1. srpnja 2013. godine postaje punopravnom članicom EU 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 valja razmatrati s dva aspekta: (1) u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana inozemnim društvima na teritoriju RH, te (2) u smislu omogućavanja ostvarivanja poslovnog nastana hrvatskim društvima u drugim državama članicama¹⁸⁸. Glede mogućnosti migracije društva iz država članica u RH i *vice versa* bitnu komponentu predstavlja „nacionalnost“ društva, budući 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, bilo putem podružnica. Osim toga domaća društva imaju mogućnost prijenosa sjedišta s jednog na drugo mjesto u RH.¹⁸⁹ Kada je riječ inozemnim društvima, ona će u pravilu poslovni nastan na području RH moći ostvariti jedino osnivanjem podružnice.¹⁹⁰

4.1. Domaća i inozemna društva

Problematiki 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 tome, polaznu točku predstavlja odredba čl. 17. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ)¹⁹¹ 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.¹⁹² 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 kada 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.¹⁹³

¹⁸⁸ U ovom kontekstu razmatramo samo hrvatsko pozitivno pravo i moguće izlazne restrikcije, bez ulaženja u problematiku eventualnih ulaznih ograničenja odredišnih država članica.

¹⁸⁹ Čl. 38. st. 1. ZTD-a.

¹⁹⁰ Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² Iz citirane odredbe proizlazi da hrvatska usvaja teoriju inkorporacije, uvažavajući pri tome i nacionalna prava koja su usvojila teoriju stvarnog sjedišta.

¹⁹³ *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

ZTD ne sadrži izričite odredbe o tome 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 države u kojoj ono ima registrirano sjedište izvan RH.¹⁹⁴ 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 RH¹⁹⁵, a inozemnim ono koje ima registrirano sjedište izvan RH.¹⁹⁶ Izloženi se kriterij podjele na domaća i inozemna društva, međutim, ne primjenjuje na osiguravajuća društva i leasing društva. Naime, posebnim je propisima određeno kako se stranim osiguravajućim društvima i stranim leasing društvima smatraju društva sa sjedištem izvan područja RH i države članice EU.¹⁹⁷ Obzirom da Zakon o zadrugama¹⁹⁸ ne sadrži odredbe o kriterijima radi li se u konkretnom slučaju o domaćoj ili inozemnoj zadruzi, valjalo bi pri utvrđivanju „nacionalnosti“ zadruge analogno primijeniti odredbu čl. 611. st. 1. ZTD-a.¹⁹⁹

Budući da mjesto registriranog sjedišta društva prema hrvatskom pravu društava determinira „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 – novoosnovano društvo u državi odredišta neće se moći identificirati s društvom iz matične države niti će se moći smatrati pravnim slijednikom toga društva, ono će biti inkorporirano prema pravu države odredišta i prema tome će se pravu ocjenjivati „nacionalnost“ toga društva.

određenje „nacionalnosti društva“ u pravilu neće biti mjerodavno hrvatsko pravo. Ipak i u ovim slučajevima, za određenje „nacionalnosti društva“ moglo bi u krajnjoj konzekvenci 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.

¹⁹⁴ „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.

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ U tom smislu i Gorenc, V. (ur.), et. alt.: Komentar zakona o trgovačkim društvima, RRIF – plus, Zagreb, 2004., str. 44.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Zakon o zadrugama, NN br. 34/11.

¹⁹⁹ Arg. ex. čl. 4. st. 2. i st. 3. Zakona o zadrugama.

Iako bi se iz odredbe čl. 17. st. 2. ZRSZ-a na prvi pogled moglo zaključiti kako postoji mogućnost promjene „nacionalnosti društva“ promjenom osobnog statuta društva do kojega dolazi prijenosom stvarnog sjedišta društva drugu državu, trebalo bi ipak uzeti u obzir da države koje usvajaju teoriju stvarnog sjedišta zahtijevaju poklapanje stvarnog i registriranog sjedišta društva, što u krajnjoj konzekvenci dovodi do nepriznavanja pravne osobnosti imigrirajućeg društva.²⁰⁰ S druge strane, prema praksi Europskog suda, prijenos stvarnog sjedišta uopće ne rezultira promjenom osobnog statuta društva.²⁰¹ Iz svega navedenoga proizlazi zaključak kako prijenos stvarnog sjedišta ne dovodi do promjene nacionalnosti društva.

Prema trenutnom stanju stvari prijenos registriranog sjedišta (uz prijenos stvarnog sjedišta) iz jedne države članice u drugu, a da se pritom ne zahtjeva reinkorporacija društva u državu odredišta, moguć je jedino kada je riječ o supranacionalnim tipovima društva SE, EGIU i SCE.²⁰² S aspekta hrvatskog prava prijenos registriranog sjedišta SE, EGIU i SCE iz inozemstva u RH i *vice versa* biti će moguće tek kada RH postane punopravnom članicom EU, budući tek tada stupaju na snagu propisi o uvođenju navedenih tipova društva.²⁰³ Iako nema dvojbe da su navedena društva izvorne tvorevine europskog prava, njihov se osobni statut ipak vezuje uz nacionalno pravo određene države.²⁰⁴ Europski je zakonodavac u tom pogledu pripadnost supranacionalnih društava vezao uz njihovo sjedište²⁰⁵, pri čemu se zahtjeva podudarnost stvarnog i registriranog sjedišta²⁰⁶. Budući će se i na supranacionalna društva čija će se sjedišta nalaziti na području RH podredno primjenjivati pravila hrvatskog prava društava²⁰⁷, valjalo bi uzeti da će i ona biti podložna klasifikaciji na domaća i inozemna društva sukladno čl. 611. st. 1. ZTD-a. Kako kod supranacionalnih društava postoji mogućnost prijenosa registriranog sjedišta iz jedne države članice u drugu, u kontekstu odredbe čl. 611. st. 1. ZTD-a mijenjati će se i nacionalnost društava, a samim time i pretpostavke i modaliteti poslovnog nastana na teritoriju RH.

²⁰⁰ Bouček, V.: Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih europskih trgovačkih društava u europskom međunarodnom privatnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, 2006., str. 137; Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava..., op. cit., str. 230.; Vargova, P.: The cross border transfer..., op. cit., str. 8.,

²⁰¹ V. tablicu supra ad. 3. Praksa Europskog suda u području slobode poslovnog nastana. Bouček, V., op. cit., str. 136.

²⁰² V. supra ad 2.2. Izvori prava Europske unije u području slobode poslovnog nastana.

²⁰³ Čl. 47. Zakona o uvođenju europskog društva - *societas europea* (SE) i europskog gospodarskog interesnog udruženja (EGIU), NN br. 107/07; dalje: ZSE i čl. 12. Zakona o uvođenju europske zadruge – *societas cooperativa europea* (SCE), NN br. 63/08; dalje: ZSCE.

²⁰⁴ Wymeersch, E.: *Company Law in Europe and European Company Law* (April 2001), Financial Law institute, University of Gent, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=273876>, 4. srpnja 2012.

²⁰⁵ Prema čl. 10. Uredbe SE, SE se u svakoj državi članici smatra dioničkim društvom osnovanim prema pravu države članice u kojoj se nalazi njegovo registrirano sjedište. Prema čl. 2. Uredbe EGIU, pravo koje se primjenjuje na ugovor o osnivanju udruženja, osim u pitanjima vezanim za status ili ovlasti fizičkih osoba i ovlasti pravnih osoba i na unutarnju organizaciju udruženja, jest nacionalno pravo države u kojoj se nalazi sjedište udruženja, kako je navedeno u ugovoru o osnivanju udruženja. Prema čl. 9. Uredbe SCE, prema SCE se u svakoj državi postupa kao da je SCE zadruga osnovana sukladno pravu države članice u kojoj ima sjedište.

²⁰⁶ Arg. ex čl. 7. Uredbe SE, čl. 12 Uredbe EGIU i čl. 6. Uredbe SCE.

²⁰⁷ V. čl. 9. Uredbe SE.

4.2. Ostvarivanje poslovnog nastana inozemnih društava u RH

Poslovni se nastan sastoji u prekograničnom kretanju društva radi stvarnog obavljanja gospodarske aktivnosti u drugoj državi članici tijekom neodređenog razdoblja, uz trajnu i stalnu prisutnost u toj drugoj državi članici.²⁰⁸ ZTD ne rabi termin „poslovni nastan“ već govori o „obavljanju djelatnosti“, s time da odredbom čl. 612. st. 3. čini jasnu distinkciju između obavljanja djelatnosti i pružanju usluga određujući 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). Je li riječ o trajnom obavljanju djelatnosti ocjenjuje se prema okolnostima konkretnog slučaja.

ZTD izjednačuje inozemna trgovačka društva glede poslovanja na području Republike Hrvatske s domaćim društvima, ako su ispunjeni uvjeti određenim zakonom.²⁰⁹ Modaliteti ostvarenja prava na obavljanje gospodarskih djelatnosti na području Republike Hrvatske od strane inozemnih društava izlažu se u tekstu koji slijedi.

4.2.1. Neposredno obavljanje djelatnosti na području RH

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. Prema odredbi čl. 83. st. 1. Zakona o osiguranju, društvo za osiguranje koje u državi članici ima pravo obavljati poslove osiguranja u pojedinim vrstama osiguranja može poslove osiguranja u tim poslovima osiguranja obavljati i na području RH i to neposredno ili putem podružnice.²¹⁰ Slično tome, prema čl. 31. st. 1. Zakona o leasingu, leasing društvo koje je u skladu s propisima države članice ovlašteno obavljati poslove leasinga u državi članici može obavljati te poslove preko podružnice ili neposredno i na području RH. Valja napomenuti da navedene mogućnosti neposrednog obavljanja djelatnosti predstavljaju iznimku koja dolazi u obzir samo kada to propisuje *lex specialis*.

4.2.2. Osnivanje podružnice na području RH

Ako neposredno obavljanje djelatnosti od strane inozemnih društava na području RH predstavlja iznimku, opće pravilo predstavlja obavljanje djelatnosti putem podružnice.²¹¹

²⁰⁸ Tako u Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava..., op. cit., str. 103.

²⁰⁹ Čl. 612. st. 1. ZTD-a.

²¹⁰ Društvo za osiguranje može neposredno početi obavljati poslove osiguranja na području Republike Hrvatske na dana kada ga je nadležno nadzorno tijelo države članice za osiguranje tijelo obavijesti da je potrebne podatke prosljedilo HANFI.

²¹¹ 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

Inozemna trgovačka društva i inozemni trgovci pojedinci ne mogu trajno obavljati djelatnosti na području RH dok tamo ne osnuju podružnicu.²¹² Navedeno se pravilo ne odnosi samo na nacionalne oblike inozemnih društava, već i na supranacionalne oblike društva sa sjedištem u inozemstvu.²¹³ 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.

Podružnice inozemnih trgovačkih društava u RH uređene su odredbama čl. 613. – čl. 618. ZTD-a. Na osnivanje i upis podružnica inozemnih društava u sudski registar primjenjuju se *mutatis mutandis* propisi po kojima podružnice osnivaju domaća društva.²¹⁴ Ipak, glede osnivanja podružnica inozemnih društava ZTD propisuje određene specifičnosti koje su u bitnome posljedica okolnosti što inozemni osnivači podružnica nisu subjekti upisa u sudski registar.²¹⁵

Jedna od pretpostavki za osnivanje podružnice inozemnog društva osnivača koji nema sjedište u državama članicama EU i WTO-a jest i postojanje reciprociteta.²¹⁶ Sud će odbiti upis podružnice ako osobama iz RH u državi u kojoj osnivač ima sjedište nije omogućeno da osnivaju podružnice pod uvjetima pod kojima je to u RH omogućeno i osnivaču. Pored toga, razlog za odbijanje upisa jest i okolnost da društvo osnivač nije valjano osnovan u državi u kojoj ima sjedište.²¹⁷

S aspekta registarskog prava podružnica inozemnog osnivača tretirati će se kao subjekt upisa u sudski registar – za nju se osniva poseban registarski uložak u glavnoj knjizi i dobiva svoj

podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zadru i 67 podružnica - sudski registar Trgovačkog suda u Zagrebu).

²¹² Čl. 612. st. 2. ZTD-a.

²¹³ 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.

²¹⁴ Čl. 613. st. ZTD-a.

²¹⁵ Tako će izjava o osnivanju podružnice osnivača čije sjedište nije na području RH ili države članice EU, osim podataka iz čl. 7. st. 4. ZTD-a, morati sadržavati i podatke o visini temeljnog kapitala i iznosu uplaćenih uloga za društva kapitala, odnosno podatke o osobama koje osobno odgovaraju za obveze društva. U prijavi za upis podružnice u sudski registar, pored podataka iz čl. 8. st. 3. ZTD-a mora se navesti predmet poslovanja osnivača te naziv registra u kojem je osnivač upisan i broj pod kojim se u tom registru vodi, odnosno napomenu da je osnivač osnovan u zemlji u kojoj se ne upisuje u takav registar. Prijavi za upis podružnice u sudski registar prilažu se u izvorniku i u ovjerenome prijevodu na hrvatski jezik: (1) dokaz da je osnivač upisan u registar u državi u kojoj ima registrirano sjedište iz kojega se vidi njegov pravni oblik i vrijeme kada je upisan u taj registar i broj pod kojim se vodi u tom registru, predmet poslovanja te osobe ovlaštene na zastupanje i opseg njihovih ovlasti ili, ako je osnovan u zemlji gdje se ne upisuje u takav registar, valjane isprave o osnivanju javno ovjerene po propisima zemlje u kojoj osnivač ima registrirano sjedište iz kojih su vidljivi njegov pravni oblik i vrijeme osnivanja, predmet poslovanja te osobe ovlaštene na zastupanje i opseg njihovih ovlasti, (2) odluka osnivača o osnivanju podružnice, (3) prijepis izjave o osnivanju, društvenog ugovora ili statuta osnivača, javno ovjereni po propisima zemlje u kojoj osnivač ima registrirano sjedište, i (4) javno ovjereno skraćeno posljednje godišnje financijsko izvješće osnivača. V. čl. 613. st. 2., st. 4., st. 5. i st. 8. ZTD-a.

²¹⁶ Čl. 613. st. 6., st. 7. i st. 8. ZTD-a.

²¹⁷ Navedenoj pretpostavci podliježu i društva čije se sjedište nalazi na području država članica EU i WTO-a.

vlastiti MBS.²¹⁸ Osniva li inozemno društvo više podružnica na području RH morati će odrediti glavnu podružnicu.²¹⁹

Djelovanjem podružnice prava i obveze stječe, odnosno preuzima osnivač.²²⁰ Glede djelovanja na području RH podružnica mora voditi poslovne knjige prema hrvatskim propisima.²²¹ S poreznog aspekta, podružnica inozemnog društva na području RH jest obveznik poreza na dobit koja je ostvarena poslovanjem podružnice u RH.²²²

4.2.3. Prekogranična pripajanja i spajanja

Jednu od posljedica prekograničnih pripajanja i spajanja, u slučajevima kada ulogu „društva preuzimatelja“ ima društvo valjano osnovano po pravu RH, svakako 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.

Odredbama čl. 549.a do čl. 549.k ZTD-a, u potpunosti je u hrvatsko pravo provedena Direktiva 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, od 26. listopada 2005., o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala²²³, pa u navedenom smislu hrvatsko pravo nema tzv. ulaznih restrikcija, kada je riječ o prekograničnim pripajanjima i spajanjima kada u transakciji sudjeluju društva kapitala koja su valjano osnovana po pravu države članice EU ili države stranke Ugovora o europskom ekonomskom prostoru.

U prekograničnom pripajanju prema odredbama ZTD-a, međutim, ne mogu sudjelovati zadruge, pa i kada prema pravu druge države članice Europske unije ili države koja je stranka ugovornica Ugovora o europskom ekonomskom prostoru ispunjavaju uvjete iz čl. 2. toč. 1. Direktive 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. 10. 2005. o prekograničnim pripajanjima društava kapitala niti društva koja su određena u Direktivi Vijeća br. 85/611/EEZ od 20. 12. 1985. o usklađivanju zakona i drugih propisa o društvima za kolektivno ulaganje u prenosive vrijednosne papire.²²⁴

²¹⁸ Za podružnicu inozemnog društva s aspekta registarskog prava vidi čl. 6. st. 2., čl. 22. st. 6., čl. 23. st. 2. i čl. 37. Zakona o sudskom registru, NN br. 1/95; 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11, (dalje: ZSR) i čl. 31. i čl. 43. Pravilnika o načinu upisa u sudski registar, NN br. 22/12.

²¹⁹ Čl. 615. ZTD-a.

²²⁰ Čl. 616. ZTD-a. Podružnica djeluje pod svojom tvrtkom, a mora navesti svoje sjedište i sjedište osnivača.

²²¹ Čl. 617. ZTD-a.

²²² Vidi čl. 2. st. 2., čl. 4. i čl. 5. st. 3. Zakona o porezu na dobit, NN br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12.

²²³ 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. (dalje: Direktiva 2005/56/EC).

²²⁴ Vidi čl. 3. st. 2. Direktive 2005/56/EC

4.2.4. Prijenos registriranog sjedišta u RH

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.²²⁵ 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 slijednikom.²²⁶

Međutim, prijenos registriranog sjedišta iz države članice EU u RH bez potrebe za reinkorporacijom u RH²²⁷, biti će moguć od 15. srpnja 2013. godine, ali samo kada je riječ o supranacionalnim tipovima društva – SE, EGIU i SCE.

Na prijenos sjedišta SE iz države članice u RH primjenjuju se odredbe Uredbe SE²²⁸, te podredno odredbe ZSE-a.²²⁹ Prijavu²³⁰ za upis prijenosa sjedišta SE u RH podnose svi članovi uprave. Svi članovi uprave SE moraju sudu dati izjavu da se protiv društva ne vodi postupak za prestanak društva, da ono nije u likvidaciji, da nije nesposobno za plaćanje niti da je privremeno obustavilo plaćanja niti da se protiv njega vodi neki drugi sličan postupak.²³¹ Nakon obavljenog upisa registarski sud mora o tome po službenoj dužnosti izvijestiti nadležno tijelo koje vodi registar u državi u kojoj je društvo do tada bilo upisano.²³²

ZSE, međutim, ne sadrži posebne odredbe o prijenosu registriranog sjedišta EGIU na područje RH iako Uredba EGIU omogućava prekogranični prijenos sjedišta.²³³ Slično tome

²²⁵ 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.

²²⁶ 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.

²²⁷ Prema odredbi čl. 8. st. 1. Uredbe SE, registrirano sjedište SE-a može se prenijeti u drugu državu članicu. Posljedica prijenosa nije prestanak SE-a ili stvaranje nove pravne osobe.

²²⁸ Vidi čl. 8 Uredbe SE.

²²⁹ Vidi čl. 2. ZSE-a.

²³⁰ Prijavi se uz priloge koji se po ZTD-u traže za upis dioničkog društva prilažu u izvorniku ili u ovjerenom prijepisu ili preslici, a ako isprave nisu na hrvatskom jeziku, njihovi ovjereni prijevodi na hrvatski jezik: (1) važeći statut SE ili statut u obliku pripremljenom za upis u sudski registar ovjeren od strane javnog bilježnika uz njegovu potvrdu da izmijenjene odredbe statuta i odluka o izmjeni te neizmijenjene odredbe statuta u potpunosti odgovaraju tekstu statuta koji se prilaže prijavi, (2) plan prijenosa sjedišta (čl. 8. st. 2. Uredbe SE), (3) zapisnik s glavne skupštine u kome je navedena odluka o prijenosu sjedišta, (4) isprave o imenovanju uprave i izboru, odnosno imenovanju članova nadzornog odbora, (5) izvješće uprave (čl. 8. st. 3. Uredbe SE), (6) godišnja financijska izvješća i izvješće o stanju društva za posljednju poslovnu godinu odnosno koja je za tu godinu trebalo izraditi, (7) potvrdu nadležnog tijela u državi ranijeg sjedišta društva prema čl. 8. st. 8. Uredbe SE, (8) izvod iz registra države dotadašnjeg sjedišta društva koji ne smije biti stariji od dana izdavanja potvrde iz prethodne točke. Vidi čl. 16. st. 2. ZSE-a.

²³¹ Čl. 16. st. 3. ZSE-a.

²³² Čl. 16. st. 4. ZSE-a.

²³³ Čl. 13. i čl. 14. Uredbe EGIU.

ZSCE ne uređuje situaciju prijenosa sjedišta SCE iz države članice EU u RH.²³⁴ Navedeni normativni propusti nikako ne bi smjeli rezultirati time da hrvatski sudovi odbijaju upisati prijenos sjedišta EGIU i SCE u RH jer takovo postupanje, osim što bi negiralo slobodu poslovnog nastana, bilo bi i u izravnoj koliziji sa odredbama Uredbe EGIU i Uredbe SCE. U obzir dolazi analogna primjena odredbe čl. 16. ZSE, no navedeno rješenje i nije najsretnije budući je riječ o potpuno različitim tipovima društva. Valjalo bi stoga, *de lege ferenda* propisati sadržaj prijave za prijenos sjedišta EGIU i SCE na područje RH, priloge koji se podnose uz prijavu i postupanje registarskog suda po prijavi, kao što je to, na kraju krajeva propisano glede prijenosa sjedišta na područje RH kada je riječ o SE.

4.2.5. Osnivanje društva na području RH

Inozemna su društva, pod određenim pretpostavkama u mogućnosti osnovati novo društvo u RH.²³⁵ Pod uvjetom reciprociteta, inozemno društvo koje osniva ili sudjeluje u osnivanju društava u RH, u njima stječe prava i preuzima obveze pod istim uvjetima i ima isti položaj kao i domaće društvo. Reciprocitet se pritom ne traži za inozemna društva koja imaju registrirano sjedište u državi članici WTO-a.²³⁶

Inozemno društvo kapitala, koje ima sjedište u državi koja nije članica EU niti je stranka ugovornica Ugovora o europskom ekonomskom prostoru, može biti članom koji za obveze društva osobno odgovara u društvu osoba s registriranim sjedištem u RH samo onda ako je uz njega u društvu barem još jedan član društva kapitala koje ima registrirano sjedište u RH, državi članici EU ili državi koja je stranka ugovornica Ugovora o europskom ekonomskom prostoru ili fizička osoba koja je državljanin RH, države članice EU ili države koja je stranka ugovornica Ugovora o europskom ekonomskom prostoru koja osobno odgovara za te obveze.²³⁷

Obzirom na relativno mali broj registriranih podružnica inozemnih društava u RH (oko 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 od strane hrvatskih društava u državama članicama EU uvelike će ovisiti o propisima država odredišta (ulazni propisi). Ipak, i u ovom slučaju,

²³⁴ Za prekogranični prijenos sjedišta SCE vidi čl. 7. Uredbe SCE.

²³⁵ 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.

²³⁶ Čl. 619. st. 1. i čl. 620. st. 1. i st. 2. ZTD-a.

²³⁷ Čl. 620. at. 3. ZTD-a.

značajnu ulogu predstavljaju hrvatski propisi kojima se postavljaju kriteriji za „izlazak“ hrvatskih društva.

Glede neposrednog obavljanja djelatnosti u državama članicama EU u cijelosti će biti relevantni propisi države odredišta. Jednako tako i mogućnost osnivanja novih društava u državama članicama EU od strane hrvatskih osnivača te podružnica hrvatskih društava u državama članicama EU propisuje se pravom države odredišta. Hrvatsko pravo društava pri tome ne propisuje „izlazne“ restrikcije.²³⁸ Dodatni uvjeti za izlaz hrvatskih društava iz RH propisani su kod prijenosa registriranog sjedišta u buduću u tom slučaju može doći do povrede prava zaposlenika, vjerovnika i članova društva u većoj mjeri.

Iako dikcija odredbe čl. 38. st. 2. ZTD-a²³⁹, 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.²⁴⁰

Prijenos registriranog sjedišta društva iz RH u državu članicu EU, prema sadašnjem stanju stvari bit će moguć kada RH postane punopravnom članicom EU i to samo glede supranacionalnih tipova društava^{241 242}

Za prijenos sjedišta hrvatskog SE iz RH u drugu državu članicu EU, u planu prijenosa sjedišta SE moraju se pored podataka navedenih u čl. 8. st. 2. Uredbe SE navesti i uvjeti za plaćanje otpremnine u novcu otkupom dionica koji se nudi dioničaru koji se usprotivi prijenosu sjedišta i to protivljenje izjavi u zapisnik na glavnoj skupštini na kojoj se odlučuje o prijenosu sjedišta.²⁴³ Prijavu²⁴⁴ za upis namjere prijenosa sjedišta SE u drugu državu članicu EU

²³⁸ 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.

²³⁹ Prema čl. 38. st. 2. ZTD-a, za prijenos sjedišta društva u inozemstvo potrebna prethodna suglasnost Ministarstva financija.

²⁴⁰ U dosadašnjoj praksi Trgovačkog suda u Zagrebu još nije bilo zahtjeva za prijenos registriranog sjedišta društva u inozemstvo.

²⁴¹ Vidi čl. 20.n Zakona o porezu na dobit.

²⁴² Smisao odredbe čl. 38. st. 2. ZTD-a, ne pronalazimo niti u kontekstu prijenosa registriranog sjedišta SE iz RH u državu članicu EU. Prema čl. 15. st. 1. ZSE prijavi za upis namjere prijenosa sjedišta SE u drugu državu članicu EU ne prilaže se prethodna suglasnost Ministarstva financija iz čl. 38. st. 2. ZTD-a.

²⁴³ Čl. 6. st. 1. ZSE.

²⁴⁴ Prijavi se moraju priložiti u izvorniku ili u ovjerenom prijepisu, odnosno preslici: (1) plan prijenosa sjedišta (čl. 8. st. 2. Uredbe SE), (2) zapisnik s glavne skupštine u kome je navedena odluka o prijenosu sjedišta, (3) izvješće uprave (čl. 8. st. 3. Uredbe SE), (4) dokaz da je predaja sudu plana prijenosa sjedišta bila objavljena s odgovarajućim upućivanjima, (5) godišnja financijska izvješća i izvješće o stanju društva za posljednju poslovnu godinu odnosno koja je za tu godinu trebalo izraditi, (6) dokaz da je dioničarima koji su se protivili prijenosu sjedišta dano osiguranje za plaćanje otpremnine u novcu, (7) dokaz o danom osiguranju vjerovnicima društva i izjava da se osim vjerovnika koji su namireni i onih kojima je dano osiguranje drugi nisu prijavili društvu u roku iz članka 14. ZSE. V. čl. 15. st. 1. ZSE. Svi članovi uprave moraju registarskom sudu dati izjave: (1) da u roku od mjesec dana od dana donošenja odluke o prijenosu sjedišta nije podignuta tužba kojom se traži utvrđenje ništavosti odluke ili ju se pobija ili da je takva tužba povučena ili da su svi dioničari kod javnog bilježnika dali izjave da se odriču podignuti takvu tužbu, te (2) da li je i koliko dioničara koristilo pravo da im se dade

podnose svi članovi uprave SE. Prije izdavanja potvrde iz čl. 8. st. 8. Uredbe SE²⁴⁵ registarski je sud dužan ispitati jesu li sve pravne radnje i formalnosti što ih treba obaviti prije prijenosa sjedišta uredno obavljene i jesu li dana osiguranja za plaćanje otpremnine dioničarima koji žele istupiti iz društva.²⁴⁶

Glede zaštite vjerovnika društva, ZSE propisuje kako vjerovnici koji učine vjerojatnim da bi zbog prijenosa sjedišta društva ostvarenje njihovih tražbina moglo biti ugroženo, mogu najkasnije mjesec dana od dana donošenja odluke o prijenosu sjedišta u pisanom obliku zatražiti od društva da im za do tada nastale tražbine dade osiguranje, ako ne mogu tražiti da im se one podmire.²⁴⁷ Dokle god svim vjerovnicima s opravdanim zahtjevom ne bude dano primjereno osiguranje njihovih tražbina, SE neće moći ishoditi potvrdu iz čl. 8. st. 8. Uredbe SE.²⁴⁸

Zaštita radnika SE u slučaju prijenosa registriranog sjedišta iz RH propisana je odredbom čl. 209. Zakona o radu (dalje: ZR)²⁴⁹. U tom smislu nadzorni organ SE-a dužan je o promjeni sjedišta SE te prijenos gospodarske djelatnosti ili dijela djelatnosti, pravodobno obavijestiti vijeće radnika SE, odnosno njegov odbor ako je osnovan, te mu predložiti odgovarajuću dokumentaciju i na posebnom sastanku se s njime o tome savjetovati.²⁵⁰

Gotovo isti modaliteti zaštite vjerovnika i radnika SE u slučaju prijenosa registriranog sjedišta iz RH predviđeni su i kada je riječ o prijenosu registriranog sjedišta SCE iz RH.²⁵¹

Kada je riječ o prijenosu trajne djelatnosti iz RH u državu članicu EU do kojega dolazi povodom prekograničnih pripajanja i spajanja u kojima hrvatska društva sudjeluju kao „pripojena društva“, vjerovnicima pripojenog društva, mora se dati osiguranje, ako se u tu svrhu prijave u pisanom obliku u roku od dva mjeseca od objave plana pripajanja, navodeći pritom temelj i visinu tražbine. To pravo imaju samo vjerovnici u odnosu na tražbine koje su nastale prije ili najkasnije 15 dana nakon objave plana pripajanja, a koji dokažu da je pripajanjem ugroženo ispunjenje njihovih tražbina.²⁵²

otpremnina u novcu i da se dionice dioničara koji su se protivili prijenosu sjedišta mogu preuzeti u skladu sa zakonom. Čl. 15. st. 1. ZSE.

²⁴⁵ Prema čl. 8. st. 8. Uredbe SE, sud, javni bilježnik ili drugo ovlašteno tijelo države članice u kojoj se nalazi registrirano sjedište SE-a izdaje potvrdu kojom se potvrđuje da su provedene sve aktivnosti i formalnosti koje se trebaju obaviti prije prijenosa. Prema čl. 8. st. 9. Uredbe SE, novi upis se može provesti nakon podnošenja potvrde iz čl. 8. st. 8. Uredbe SE i dokaza o obavljenim formalnostima potrebnim za upis u državi u kojoj se nalazi novo registrirano sjedište.

²⁴⁶ Čl. 15. st. 3. ZSE.

²⁴⁷ Čl. 14. st. 1. ZSE.

²⁴⁸ Čl. 14. st. 2. ZSE.

²⁴⁹ Zakon o radu (NN br. 149/09, 61/11 dalje ZR).

²⁵⁰ Ako uprava SE ne prihvati mišljenje ili prijedlog vijeća radnika SE, vijeće radnika SE ima pravo na ponovni sastanak s nadzornim organom SE radi postizanja dogovora.

²⁵¹ Vidi čl. 5. st. 1. i čl. 6. ZSCE-a i čl. 219. ZR-a.

²⁵² Vidi čl. 549.h ZTD-a. Za sudjelovanje radnika u odlučivanju kod prekograničnog pripajanja i spajanja poslodavca vidi čl. 222. – čl. 225. ZR-a.

5. Moguća rješenja temeljem prijedloga Četrnaeste direktive

Više pitanja vezanih za poslovni nastan nametalo se kao poticaj za donošenje direktive o poslovnom nastanu tzv. Četrnaeste direktive u pravu društava. Obzirom na presude Europskog suda u kojima se postavlja pitanje promjene prava koje se primjenjuje na društvo u slučaju prijenosa sjedišta²⁵³ ističe se kako sekundarno zakonodavstvo Europske unije, Uredba SE, Uredba SCE i Direktiva o prekograničnim spajanjima i pripajanjima²⁵⁴ indirektno omogućuju prijenos registriranog sjedišta društva.²⁵⁵ Međutim ovi se izvori ne mogu primjenjivati u svim stvarnim situacijama kada dolazi do prekograničnog prijenosa sjedišta društava.

Četrnaesta direktiva trebala bi omogućiti društvima prijenos njihovog registriranog sjedišta u drugu državu članicu različitu od one u kojoj su osnovana. Većina država članica ili ne dozvoljavaju ovakav prijenos ili ga ograničavaju brojnim administrativnim i financijski preprekama što ovaj prijenos čini dugotrajnim, kompliciranim i skupim.

Razmatrajući prijenos sjedišta temeljem sekundarnog zakonodavstva koje je navedeno kao mogući pravni izvor potrebno je istaknuti da se Uredba o Europskom društvu odnosi na supranacionalno društvo – europsko dioničko društvo, pretpostavku čijeg osnivanja čini između ostalog uplata minimalnog temeljnog kapitala od 120.000 EUR. Čak kad bi se zanemario zahtjev za uplatom temeljnog kapitala, te analogno primjenjujući rješenja sadržana u ovoj Uredbi i dalje postoji niz nedostataka kada se ona primjenjuje na prekogranični prijenos sjedišta društva.²⁵⁶ Prijenos registriranog sjedišta Europskog društva mora biti popraćen istovremenim prijenosom stvarnog središnjeg mjesta upravljanja društvom obzirom da se Uredbom o Europskom društvu zahtjeva da oba sjedišta budu u istoj državi članici.²⁵⁷ Osim toga mogućnost preoblikovanja dioničkog društva u Europsko društvo moguće je samo za dionička društva koja imaju podružnicu, ili društvo kćer na koju se primjenjuje pravo druge države članice najmanje dvije godine. Osim ovoga odredbom čl. 37 Uredbe SE zabranjen je prijenos registriranog sjedišta istovremeno s preoblikovanjem društva, tek kad je postupak

²⁵³ Ovim se pitanjem Sud bavi u presudama u predmetu Cadbury Schweppes, Cartesio i u najnovijem predmetu VALE.

²⁵⁴ Para 115 i 116 presude u predmetu Cartesio.

²⁵⁵ Tako u presudi Cartesio I VALE, Vidi i u Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European Union, Central European University, ožujak, 2010; Cliento, M.: Cross border corporate restructurings and protection of employees – hints of economic democracy in EU company law, rujan 2010, str. 14.

²⁵⁶ U dokumentu Europske komisije Impact assesmennt on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707 navodi se kako je temeljem podataka ekspertne grupe koju je okupila Europska komisija samo 7 Europskih društava prenijelo svoje registrirano sjedište u drugu državu članicu, a 2 društva to planiraju u budućnosti. (podatci iz 2007. godine), što svjedoči o malom broju takvih prijenosa temeljem Uredbe o Europskom društvu.

²⁵⁷ Čl. 7 Uredbe o Europskom društvu.

preoblikovanja društva dovršen europsko društvo može prenijeti svoje registrirano sjedište.²⁵⁸ Osim ovoga potrebno je voditi računa i o postupku obveznog pregovaranja s radnicima koji se jamči Uredbom SE i Direktivom 2001/81/EZ kojom se dopunjuje Statut Europskog društva u odnosu na radnike.

Donošenje Četrnaeste direktive u pravu društava počelo se nametati kao način rješavanja mogućnosti brzog i efikasnog prekograničnog prijenosa sjedišta društva sa što manje troškova. Kao ključna rješenja trebat će sagledati očuvanje prava manjinskih dioničara, vjerovnika, radnika i svih trećih zainteresiranih strana kojima je potrebno osigurati zaštitu i ostvarivanje istih prava koja bi imali da do prijenosa sjedišta nije došlo. Četrnaesta direktiva mora osigurati efikasnost i kompetitivnost postojećih društava u Europskoj uniji. Ovaj se cilj može ostvariti osiguravajući jednake poslovne mogućnosti za sva europska društva, osiguravanjem pravne sigurnosti pravila koja se primjenjuju na prijenos sjedišta, jačanje integriteta društva u zemlji odredišta nakon prijenosa registriranog sjedišta. Ovi ciljevi moraju se ostvariti uz istovremeno osiguranje prava svih dioničara, zaštitu vjerovnika i zaštitu radnika.²⁵⁹

Europska komisija odredila je zahtjeve za rješavanjem pitanja prekograničnog prijenosa registriranog sjedišta društva u njezinim dokumentima između 1997. i 2002. godine kada je pokrenula javne konzultacije o potrebi za omogućavanjem prijenosa sjedišta društva iz jedne u drugu državu članicu bez prethodne likvidacije društva i ponovnog osnivanja. Ove tendencije iskazane su i u Akcijskom planu o modernizaciji prava društava i korporativnom upravljanju²⁶⁰ iz 2003. godine. Nastavno na ove dokumente, potreba za donošenjem rješenja pitanja prekograničnog prijenosa sjedišta društva istaknuta je i kao dio Lisabonske Strategije²⁶¹ iz 2005. godine, te u Rezoluciji Parlamenta iz 2006. godine²⁶² kao i u nizu presuda Europskog suda kako je ranije u tekstu navedeno.

Društva osnovana u državama članicama imaju mogućnost prijenosa središnjeg mjesta upravljanja i svojih poslovnih aktivnosti u drugu državu članicu. Ona mogu prenijeti svoje stvarno sjedište u drugu državu osiguravajući ispunjavanje svih nužnih zahtjeva i formalnosti koje im nameće njihova matična država. Kada se razmatra osnivanje novog društva ono je moguće u bilo kojoj državi članici, te je osnivačima dana mogućnost izbora u kojoj će državi članici svoje društvo osnovati. Međutim, nakon osnivanja mogućnost prijenosa sjedišta

²⁵⁸ Vidi u Vargova, P.: The cross border transfer of a companys' registered office within the European Union, Central European University, ožujak, 2010, str. 36.

²⁵⁹ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007.

²⁶⁰ Commission communication to the Council and the European Parliament on modernising company law and enhancing corporate governance in the European Union- A plan to move forward (COM (2003)284 final)

²⁶¹ Commission Lisbon Agenda SEC (2005) 981

²⁶² 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)).

društva moguća je samo uz prethodnu likvidaciju društva u matičnoj državi članici i osnivanje novog društva u drugoj državi članici.²⁶³

Različiti su motivi koji uzrokuju potrebu za prekograničnim prijenosom sjedišta društva. Kao najčešći navode se razlozi za uplatom manjeg iznosa temeljnog kapitala, povećanje efikasnosti 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, veća transparentnost prava društava.²⁶⁴ Isto tako ne smiju se zanemariti motivi koji se odnose na zaštitu investitora, kao i kvalitetu i efikasnost sudovanja, te odredbe o stečaju društava i efikasnost ovršnih postupaka.²⁶⁵

U odnosu na različite teorije sjedišta pitanje koje će trebati riješiti Četrnaestom direktivom jest pitanje da li će prijenos registriranog sjedišta zahtijevati istovremeni prijenos stvarnog sjedišta.²⁶⁶ 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 prijena registriranog sjedišta istovremeno s prijenosom stvarnog sjedišta društva (ograničeni pristup).²⁶⁷

Prihvatanje tzv. ograničenog pristupa prilikom reguliranja prijena sjedišta osigurava paralelno postojanje teorije stvarnog sjedišta i teorije osnivanja te je ograničena mogućnost prijena sjedišta od strane društava. Mogućnost prijena registriranog sjedišta bez istovremenog prijena središnjeg mjesta upravljanja bilo bi jedino moguće ukoliko će društvo prenijeti sjedište u državu članicu koja primjenjuje teoriju osnivanja.²⁶⁸ Država članica koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta imat će pravo zahtijevati od društva koje želi prenijeti svoje registrirano sjedište na njezin teritorij da prenese i svoje stvarno sjedište. Društva će moći preseliti samo svoje registrirano samo kada ga prenese u državu članicu koja

²⁶³ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007., str. 12

²⁶⁴ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007., str. 16.

²⁶⁵ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007., str. 17

²⁶⁶ Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European Union, Central European University, ožujak, 2010, str. 42.

²⁶⁷ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 56.

²⁶⁸ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007., str. 42.

primjenjuje teoriju osnivanja, ali će morati premjestiti i registrirano sjedište i središnje mjesto upravljanja kada ga prenese u državu članicu koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta.²⁶⁹

S druge strane prihvaćanje tzv. šireg pristupa bilo bi utemeljeno na jednostavnom i uniformiranom principu koji omogućava društvima prijenos registriranog sjedišta u drugu državu članicu bez obveze za istovremenim premještanjem središnjeg mjesta upravljanja u tu državu članicu što bi omogućilo društvima da slobodno izaberu mjesto svoje registracije i promjenu prava koje se primjenjuje na društvo temeljem svojih potreba i rješenja u nacionalnom pravnom sustavu.²⁷⁰ Dopušta se prekogranični prijenos registriranog sjedišta na način da društvo prenosi registrirano sjedište iz jedne države u drugu uz promjenu prava koje se na društvo primjenjuje. Država članica ne će smjeti zahtijevati od društva koje prenosi sjedište na njezin teritorij da mora prenijeti i središnje mjesto upravljanja, te će posljedično društva imati mogućnost samo premještanje svog registriranog sjedišta u državu članicu po svom izboru s promjenom primjenjivog prava koje društvu odgovara.²⁷¹

U najnovijem Nacrtu izvješća Europskog parlamenta o Četrnaestoj direktivi u pravu društava o prekograničnom prijenosu sjedišta društva²⁷² 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/EC²⁷³ te da njezin doseg bude ograničen na prekogranični prijenos registriranog sjedišta društva popraćen sa prijenosom stvarnog sjedišta u istu državu članicu odredišta.²⁷⁴

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. Čitav niz preporuka vezan je za 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 za obavještanje radnika, a

²⁶⁹ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 57.

²⁷⁰ Commission staff working document Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, SEC (2007) 1707, Brussels, 12.12.2007., str. 43.

²⁷¹ Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09, str. 63.

²⁷² 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.

²⁷³ Odredba čl. 2 Direktive 2005/56/EC definira društva na koja se primjenjuje kao društva kapitala.

²⁷⁴ 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., str. 6. Iz ove preporuke razvidno je prihvaćanje tzv. ograničenog pristupa prilikom prijenosa sjedišta.

vezano za odredbe Direktive 2002/14/EC²⁷⁵ i odredbe o objavi plana temeljem Direktive 2009/101/EC.²⁷⁶ O planu prijenosa sjedišta društva odluku donosi skupština društva.²⁷⁷

Administrativno tijelo matične države članice mora potvrditi zakonitost postupka prijenosa sjedišta te udovoljiti zahtjevu za istovremenim prijenosom registriranog i stvarnog sjedišta. Država članica odredišta može odbiti registraciju društva ukoliko se stvarno sjedište društva ne nalazi na njezinom teritoriju.²⁷⁸

Posebna važnost daje se objavi podataka kako bi svi zainteresirani bili obaviješteni o prijenosu sjedišta kao i pravima radnika. Vezano za ovo predviđa se osnivanje registra europskih društava koji bi osigurao razmjenu informacija i usku suradnju između različitih registara država članica.

Razmatrajući najnoviji predmet o kojem odlučuje Europski sud, ranije opisani predmet VALE, pokazuje se i pitanje pravnog sljedništva društava. Direktivom je potrebno osigurati načelo pravnog sljedništva pravnih osoba u slučaju kada dolazi do prijenosa sjedišta unutar Europske unije.

²⁷⁵ 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, OJ L 80, 23.3.2002, p.29.

²⁷⁶ 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, p.11.

²⁷⁷ 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., str. 7.

²⁷⁸ 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., str. 8.

6. Literatura

1. Andenas, M., Wooldridge, F.: European Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2009
2. Armour, J., Ringe W.G.: European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis, ECGI Working paper series in Law, working paper No. 175/2011, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1691688>
3. Babić, D.: Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj (225-251), 2006
4. 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
5. Barbić, J.: Pravo društava, knjiga prva, Opći dio, III. Izmijenjeno Izdanje, Organizator, Zagreb, 2008
6. Barnard, C.: The Substantive Law of the EU: The four freedoms, Oxford University Press, 2007
7. Becht, M., Enriques, L., Korom, V.: Centros and the cost of branching, Journal of Corporate law studies, , Vol. 9, part 1, 2009.
8. Becht, M., Mayer, C, Wagner, H.F.: Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry, ECGI Law Working Paper, No 70/2006, www.ssrn.com
9. Bodiroga-Vukobrat, N., Horak, H., Martinović, A.: Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro, Zagreb, 2011
10. Bodiroga Vukobrat, N., Pošćić, A., Đerđa, D. (ur.): Zbirka presuda Europskoga suda, Inženjerski biro, 2011.
11. Bratton, W.W., McCahery, J.A., Vermeulen, E.P.: How does corporate mobility affect lawmaking? A comparative Analysis, Law working paper 91/2008, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1086667>, na dan 10.5.2012.
12. Cabral, P., Cunha, P.: “Presumed innocent”: Companies and the exercise of the right of establishment under Community law, 25 European Law Review, 2000.
13. Clinto, M.: Cross border corporate restructurings and protection of employees – hints of economic democracy in EU company law, rujan, 2010
14. Chalmers, D., Hadjiemmanuil, C, Monti, G., Tomkins, A.: European Union Law: Text and materials, Cambridge University Press, 2006;
15. Craig, P., De Burca, G.: EU Law, text, cases and materials, 4th Edition, Oxford University Press, 2008

16. Enriques, L., Gelter, M: How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, ECGI Law working paper 63/2006, www.ssrn.com
17. Enriques, L.: Company Law harmonization reconsidered: What role for the EC?, ECGI Law working paper 53/2005; www.ssrn.com
18. Ferrarini, G., Enriques, L., Gatti, M.: EC Reforms of Corporate Governance and Capital Markets Law: Do they Tackle Insiders' Opportunism?, 30. lipnja 2006., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=886345>, na dan 20. 4. 2012.
19. Frada de Sousa, A.: Company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet working paper 07/09.
20. Horak, H., Dumančić, K., Pecotić Kaufman, J.: Uvod u europsko pravo društava, Školska knjiga, Zagreb, 2011.
21. Malherbe, J.: Transfer of company seat in the EU after Cartesio, ERA, 21-22. ožujak 2011.
22. Johnston, A., Syrpis, P.: Regulatory competition in European company Law after „Cartesio“, 34, European Law Review, 2009
23. Kieninger, E.M.: The legal framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US compared – part I/II, German Law Journal, Vol. 6., no.4, April, 2005
24. Panayi, C.H.J.I.: Corporate mobility in the European Union and exit taxes, Bulletin for International Taxation, 2009.
25. Petrović, S., Jakšić, T.: Right of establishment and corporate mobility - an outline of issues, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 62(2012),1-2
26. 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
27. Ringe, W. G.: Sparking regulatory competition in European Company law: The impact of the Centros line of case-law and its concept of „abuse of law“, University of Oxford, Legal research paper series, Paper no. 2/2009, www.ssrn.com
28. Rodin, S., Čapeta, T.: Osnove prava Europske unije, Narodne novine, Zagreb, 2011
29. Schon, W., The mobility of companies in Europe and the organizational freedom of company founders, 3 European Company and Financial Law Review 146, 2006
30. Vargova, P.: The cross border transfer of a company's registered office within the European union, Central European University, ožujak 2010.
31. Vossestein, G.J.: Transfer of the registered office The European Commission's decision not to submit a proposal for a Directive, Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1, (March) 2008

Predmeti Europskog suda

1. Presuda u predmetu 81/87 Daily Mail i General Trust [1998] ECR 5483.
2. Presuda u predmetu C-212/97 Centros [1999] ECR I-1459
3. Presuda u predmetu C-0251/98 Baars [2000] ECR I-2787
4. Presuda u predmetu C-436/00 X and Y [2002] ECR I-10829
5. Presuda u predmetu C-208/00 Überseering [2002] ECR I-9919.
6. Presuda u predmetu C-167/01 Inspire Art [2003] ECR I-10155.
7. Presuda u predmetu C-411/03 SEVIC Systems [2005] ECR I-10805
8. Presuda u predmetu C-196/04 Cadbury Schweppes [2006] ECR I-07995.
9. Presuda u predmetu C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641
10. Predmet C-378/10 VALE podnesen Europskom sudu 28.7.2010., presuda nije donesena.

Europski propisi, pripremni dokumenti i mišljenja

1. 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.
2. Uredba Vijeća (EZ) br. 2157/2001, od 8. listopada 2001., o statutu Europskoga društva – Societas Europaea (SE) (Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), 2001, OJ L 294, 10/11/2001)
3. Uredba Vijeća (EEZ) br. 2137/85, od 25. srpnja 1985., o Europskom gospodarskom interesnom udruženju (EEIG) (Council Regulation No.2137/85, 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG), OJ L 199, 31. 7. 1985.)
4. Uredba Vijeća (EZ) br. 1435/2003, od 22. srpnja 2003., o Statutu europske zadruge (SCE) (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., str. 1-24)
5. First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community, OJ L 65, 14.3.1968, str. 8-12);
6. Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are

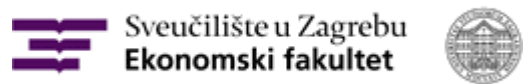
required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (77/091/EEC), OJ L 26, 31.01.1977, str. 1-13);

7. Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies (78/855/EEC), OJ L 295, 20.10.1978, str. 36-43);
8. Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies (78/660/EEC), OJ L 222, 14.08.1978. str. 1-31.);
9. Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, OJ L 378, 31. 12. 1982, str. 47-54);
10. Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, OJ L 193, 18. 7.1983.;
11. Eighth Council Directive 84/253/EEC of 10 April 1984 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents (84/253/EEC), OJ L 126, 12. 5. 1984, str. 20-26.);
12. Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, OJ L 395, 30.12.1989, str. 36-39.);
13. Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies (89/667/EEC), OJ L 395, 30.12.1989., str. 40-42.)
14. Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 225, 20.8.1990, p. 6–9
15. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European Company with regard to the involvement of employees, OJ L294, 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.
16. 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, OJ L 80, 23.3.2002, p.29.
17. Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, OJ L 142, 30/4/2004, p. 12-23.);

18. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member State amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (L 158/77, 30.04.2004.).
19. Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390, 31. 12. 2004, str. 38-57);
20. Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital (OJ L 264, 25.9.2006, str. 32–36);
21. Commission Directive 2007/14/EC of 8 March 2007 laying down detailed rules for the implementation of certain provisions of Directive 2004/109/ EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, (OJ L 69, 9. 3. 2007, str. 27-36)
22. Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies (Text with EEA relevance) OJ L 310, 25/11/2005, p. 1-9);
23. Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, (OJ L 184, 14/7/2007, p. 17-24.)
24. Directive 2007/63/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 amending Council Directives 78/855/EEC and 82/891/EEC as regards the requirement of an independent expert's report on the occasion of merger or division of public limited liability companies, OJ L 300, 17.11.2007, p. 47–48)
25. 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, p.11.
26. Directive 2009/109/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 amending Council Directives 77/91/EEC, 78/855/EEC and 82/891/EEC, and Directive 2005/56/EC as regards reporting and documentation requirements in the case of mergers and divisions (OJ L 259, 2.10.2009, p. 14–21)
27. Directive 2010/76/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital

requirements for the trading book and for re-securitisations, and the supervisory review of remuneration policies, OJ L 329, 14.12.2010. p.3-35.).

28. 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)
29. Resolution on the Commission legislative and work programme for 2006 (P6_TA(2005)0524)
30. Commission staff working document: Impact assessment on the Directive on the cross border transfer of registered office, SEC(2007)1707
31. Commission Communication of 3 March 2010 “Europe 2020-A strategy for smart, sustainable and inclusive growth” (COM(2010)0608);
32. 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)
33. Resolution on recent developments and prospects in relation to company law (2006/2051(INI)).
34. 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.
35. 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.



Trg J. F. Kennedyja 6
10000 Zagreb, Hrvatska