

ТМГ. XXXVII	Бр. 3	Стр. 1323-1338	Ниш	јул - септембар	2013.
-------------	-------	----------------	-----	-----------------	-------

UDK 347.72(4-672EU)

Оригинални научни рад

Примљено: 26. 09. 2012.

Одобрено за штампу: 02. 09. 2013.

Милена Јовановић Zattila

Универзитет у Нишу

Правни факултет

Ниш

СЛОБОДА ОСНИВАЊА ТРГОВАЧКИХ ДРУШТАВА

Апстракт

Инсистирање на хармонизацији као претпоставци функционисања унутрашњег тржишта ЕУ у последње време све више уступа место идеји регулаторне конкуренције. То претпоставља да компанијскоправна регулатива не тежи потпуној унификацији ове области, што ствара простор за слободније кретање трговачких друштава. У овом раду разматрају се ефекти оваквог приступа по осниваче, односно чланове друштва да изаберу државу чланицу у којој ће друштво бити регистровано, без обзира на то где ће оно имати своје стварно седиште. Указује се и на слободу оснивања друштава, као и лимите у погледу слободе настањивања, као основа за избор меродавног права друштава у примарном праву Европске заједнице. Посебна пажња усмерена је на питање у којој мери државе чланице могу својом националном регулативом ограничити слободу избора права друштава.

Кључне речи: трговачко друштво, слобода оснивања, регулаторна конкуренција, компанијско право ЕУ

FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES

Abstract

The emphasis on the harmonization of company law as a presumption for the operation of the EU internal market has given way to the concept of regulatory competition. It implies that the propensity towards a comprehensive unification of the EU company law has been abandoned, which eventually enables a free movement of companies in the market. In this paper, the author considers how such a standpoint affects the decision of the company founders as members of the society to choose the Member State where the company will be registered, irrespective of the company's principal place of business. The author points out to the freedom of establishing a

milena@prafak.ni.ac.rs

company and the limitations concerning the freedom of residence as the basic presumptions governing the company's choice of applicable law within the primary legislation of the European Community. In particular, the author focuses on the question concerning the extent to which the national legislations of the Member States may limit the company's freedom to choose the applicable law.

Key Words: company, freedom of establishment, regulatory competition, EU Company Law

УВОД

Остваривање јединственог унутрашњег тржишта подразумева и укидање препрека прекограничног пословања. Како се слобода оснивања сматра једном од основних тржишних слобода установљених примарним правом Европске заједнице, услов за њену реализацију остварује се усклађивањем минималних захтева на супранационалном нивоу. Уговор о ЕЗ предвиђа могућност да компаније основане у Европској заједници остварују право на секундарно оснивање у другим државама чланицама.¹ Друга претпоставка је обезбеђење правне сигурности унутар Заједнице, при чему је постојање заштитних механизма кључно за стварање поверења у прекограничне трговинске односе.

Хармонизацију компанијског права пратиле су потешкоће у вези са чињеницом да одређени правни концепт близак и прихватљив једној држави чланици, код друге изазива потпуно супротан ефекат. Потреба унификације трговачких друштава, као допринос унапређењу јединственог унутрашњег тржишта, није убедила државе чланице да се одрекну специфичности националног уређења права друштава (Halbhuber, 2001, p. 1385). Прокламована идеја потпуне унификације довела је до тога да државе чланице почну да преговарају о степену хармонизације (Норт, 1999, p. 57). Правни оквир вођења послова унутар ЕУ и даље је националног карактера. То доводи трговачка друштва до изложености различитим националним правима, разноврсности облика и правних режима трговачких друштава.

¹ *Примарна слобода оснивања* за трговачко друштво представља слободан избор државе оснивања, као и могућност премештања његовог седишта унутар ЕУ, преко граница њених држава чланица уз очување његовог идентитета. С друге стране, *секундарна слобода оснивања* овлашћује држављане једне државе да оснују огранак, представништво или друштво кћер на подручју било које државе чланице (чланови 43(2) и 48(1) Уговора ЕЗ).

Уједначавањем националних права могле би се превазићи тешкоће које прате оснивање и мобилност друштава (Ferrarini, Hopt, Winter, & Wymersch, 2004, p. 3). Национални компанијски закони и јуриспруденција Европског суда правде о слободном кретању капитала требало би да дају нови подстицај напору да се хармонизују закони у Европској унији.

С друге стране, потреба за овако опсежном хармонизацијом компанијског права такође се доводи у питање. У погледу свеобухватног усаглашавања данас је присутан скептицизам. Инспирисана такозваним новим приступом хармонизацији на пољу стандарда трговања и подржана од стране прецедентног права Европског суда на пољу слободног кретања роба и услуга, постоји јасно изражена склоност приступу којим се предност даје држави порекла робе или услуга, где год је то могуће, као еквивалент правилима државе која ту робу или услуге увози. Ова промена приступа ствара могућност за детаљну и снажнију хармонизацију, коју је много теже остварити него што је то био случај шездесетих година у време када је сама идеја настала.

Све је присутније мишљење да би се бољи резултати могли постићи регулаторном конкуренцијом (Gastios & Holmes, 1998, p. 271). То подразумева да оснивачи трговачких друштава имају могућност да оснују друштво у било којој држави чланици, без обзира на то у којој ће држави бити њено стварно седиште. Према овој идеји законодавци се могу поредити са произвођачима било које робе на регулисаном тржишту. Међусобна конкуренција држава чланица могла би условити већу ефикасност, а претпоставља се и већу конвергенцију права друштава од оне која настаје одговарајућим политичким компромисима (види: Reich, 1992, p. 861; Heine & Kerber, 2002, p. 63; Vachner, 2003, p. 47).

ПОСЛОВНО НАСТАЊИВАЊЕ КОМПАНИЈА

Слобода избора меродавног права, као принцип страначке аутономије воље, омеђена је правилима међународног приватног права којима се одређује да ли је и под којим условима допуштен избор правних правила која нису део националног права. У националним правима европских држава, у погледу слободе избора меродавног права друштава, примењују се теорија оснивања (инкорпорације) и теорија стварног седишта.² Према теорији инкорпорације, правна и

² Поред поменутих теорија, као резултат њиховог компромиса, појавило се још неколико модалитета међу којима треба поменути *теорију прекривања* и *теорију комбинације*, које полазе од права оснивања као меродавног за трговачка друштва, осим уколико околности не налажу да се примени теорија стварног седишта (у првом случају право регистрације примењивало би се у мери у којој је повољније за трећа лица, а у другом случају когентни прописи *legis fori*).

пословна способност трговачког друштва оцењују се према праву државе у којој је она основана, без обзира на то у којој држави само друштво послује. Истовремено за седиште се одређује место на подручју државе оснивања. Овакав концепт близак је државама којима није нарочито битно да ли је трговачко друштво које предузима привредне активности у одређеној држави истовремено и настало по праву те исте државе (Бабић и Петровић, 2002, стр. 352).³

Насупрот првом гледишту, теорија стварног седишта се заснива на тумачењу да је меродавно право државе у којој трговачко друштво обавља своју пословну активност, без обзира где је оно регистровано. Овај концепт је ригиднији, јер ускраћује слободу избора меродавног права друштва испитујући, при томе, околности деловања самог друштва. Основни њен циљ је спречавање злоупотреба на начин да се у једној држави, активношћу предузетника, оснивањем огранка или филијале трговачког друштва, обавља главна или претежна привредна активност, а у другој само формално оснива трговачко друштво са статутарним, али не и фактичким седиштем у другој држави.⁴ У том контексту, намеће се питање да ли је теорија стварног седишта у складу са слободом пословног настањивања коју уживају друштва основана по праву неке државе чланице.

Уговором о ЕЗ⁵ предвиђено је да се титуларима слободе оснивања сматрају друштва која су основана према праву једне државе чланице, а која имају регистровано седиште, седиште главне управе или главно седиште пословања унутар Европске заједнице. То претпоставља да су овом одредбом предвиђени и критеријуми за признавање страних трговачких друштава. Истовремено, одредбом 293. Уговора предвиђа се да ће државе чланице ући у међусобне преговоре са циљем да осигурају корист својих држављана: међусобно признавање компанија или фирми, задржавање статуса правног лица у случају премештања њиховог седишта из једне у другу државу и могућност спајања компанија у складу са законима различитих држава. На овим основама, 1968. године шест првобитних држава чланица потписало је Конвенцију о међусобном признавању трговачких друштава и правних лица. Она, ипак, никада није ступила на снагу из разлога што је Холандија није ратификовала.⁶ Уговори између држава чланица нису се развили у употребљив инструмент уједначавања

³ Међу државе које прихватају овај концепт спадају Енглеска, Ирска, Холандија, скандинавске земље, као и државе англосаксонског правног подручја.

⁴ Овај теоријски концепт прихваћен је у Француској, Немачкој и великом броју држава континенталног правног система.

⁵ Одредба 48. Уговора.

⁶ Изостанак холандске ратификације последица је примене теорије оснивања коју она прихвата.

националних права друштава. То је омогућило да државе чланице, позивањем на теорију стварног седишта, одбију да признају правну способност трговачким друштвима основаним у другим државама чланицама.

Проблем може настати уколико се у једној држави чланици налази стварно седиште трговачког друштва, основаног по праву друге државе чланице, односно када су место оснивања и место стварног седишта у различитим државама. Уколико право стварног седишта примењује нека од држава која прихвата овај концепт, тада пренос седишта трговачког друштва истовремено означава и да се пренос статута трговачког друштва процењује према праву његовог седишта, односно седишта његове главне управе.⁷ За трговачка друштва која нису основана према праву стварног седишта то уједно означава њихов престанак, иако према праву оснивања она и даље постоје. Начин на који могу избећи престанак је поновно оснивање тог трговачког друштва, овога пута у држави новог седишта. У ситуацији када трговачко друштво, основано према праву државе која признаје реално седиште, одлучи да из те државе премести седиште главне управе у неку другу државу, тада оно по праву те исте државе аутоматски губи правну способност, чиме престаје да постоји и као трговачко друштво.

Уговор о ЕЗ предвиђа да је право оснивања загарантовано, како физичким лицима која имају држављанство неке од држава чланица, тако и правним лицима сагласно прописима држава чланица, под условом да имају своје регистровано седиште, седиште главне управе или главно место пословања унутар ЕЗ. На тај начин европско право начелно признаје сва трговачка друштва основана по праву једне од држава чланица, било да своје статутарно или стварно седиште имају у некој од држава чланица ЕУ. Од држава чланица се захтева да укину ограничења на слободу оснивања трговачких друштава на територији друге државе чланице. Посебно се тражи укидање ограничења за оснивање представништава, огранака или ћерки фирми на територији било које државе чланице. Сагласно концепту слободе оснивања трговачких друштава, члан 52. мора се тумачити у вези са чланом 58. Уговора, који омогућава да се трговачка друштва или фирме, које су основане у складу са законом државе чланице и имају своје регистровано седиште или главно место пословања у оквиру Заједнице, третирају на исти начин као и физичка лица која су држављани држава чланица (Cath, 1986, p. 450; Tridimas, 1993, p. 335).

Ипак, покушај асимилације трговачких друштава у физичка

⁷ У конкретном случају то би значило да ће се трговачко друштво са седиштем у Француској процењивати по француском праву, без обзира на чињеницу што је основано у Енглеској, односно по праву те државе.

лица, у контексту слободе оснивања, има своје границе. Резултат вештачке природе оваквог корпоративног приступа ствара потешкоће да се на трговачка друштва једноставно примене принципи које је, на концептуалном нивоу, лако применити на појединце који углавном имају јасно одређено држављанство, који физички могу прелазити границе и мало је вероватно да ће се притом сусрести са одбијањем њиховог признавања пред законом. То са собом повлачи одређена питања у вези са опсегом деловања слободе оснивања трговачких друштава.

Најпре, екстензивно прецедентно право Европског суда правде о слободи оснивања, мада може увести ограничења на пословне активности, не односи се искључиво на трговачка друштва и разматра се само онда када се процени да је то од непосредног значаја за слободу пословног настањивања (Cath, 1986, p. 452).

Друго, питање слободе пословног настањивања трговачких друштава суочава се са питањем признавања иностраних компанија, односно начина на који закони држава чланица третирају иностране компаније које намеравају да се релоцирају на њихову територију. За разлику од физичких лица трговачка друштва су законске творевине, а према тренутном стању закона Заједнице творевине националних закона: оне постоје само на основу различитих националних легислатива које одређују њихову инкорпорацију и функционисање. Иза националних граница државе инкорпорације њено постојање зависи од тога да ли је друга држава спремна да је призна као корпоративни ентитет. Иако је, строго узев, признање више у домену конфликта закона него оснивања (Reindl, 1990, p. 1270).

Упориште за противуречна схватања о томе може ли теорија стварног седишта послужити као средство за наметање домаћег права друштава пружала је и пракса Суда ЕЗ. Одлучујући у предмету *Daily Mail*⁸ (више о овом случају види: Van Thiel, 1992, p. 357; Frommel, 1988, p. 409; Gammie, 1988, p. 416; Knobbe-Keuk, 1994, p. 74). Европски суд правде је дао мишљење да слобода оснивања трговачког друштва не подразумева и могућност преноса њеног седишта у другу државу ЕЗ. Тиме је потврдио да држава чланица може ограничити трговачко друштво, основано према њеном праву, да пренесе стварно седиште у другу државу чланицу. Истовремено, Европски суд је утврдио да

⁸ C-81/87 *R. v. H.M. Treasury et al., ex parte Daily Mail and General Trust PLC* (1988) ECR 5483, параграф 20. Предмет се тичао допустивости премештања регистрованог седишта трговачког друштва из Велике Британије у Холандију због пореских разлога и наводног кршења чл. 43. и 48. Уговора о ЕЗ, обзиром да енглеско право не допушта пренос седишта трговачког друштва у другу државу без претходне сагласности Министарства за финансије.

„разлике у националним законодавствима у погледу везе трговачког друштва и питања може ли и на који начин друштво пренети регистровано или фактичко седиште из једне државе чланице у другу нису решене одредбама о праву пословног настањивања, већ се морају уредити будућим законодавством и конвенцијама.“⁹

Уместо конвенције или решења питања статута трговачког друштва у европском секундарном праву, уследила је нова и друга-чија пресуда Европског суда правде у предмету *Centros*.¹⁰ У овом предмету брачни пар Бруде, дански држављани са пребивалиштем у тој земљи, одлучили су да оснују друштво које би се бавило увозом вина на данско тржиште. Обзиром да се радило о друштву са ограниченом одговорношћу, предвиђени минимални капитал према данском праву износио је 200.000 данских круна (око 26.000 еура). Да би избегли уплату Брудеови су основали енглески *private limited company*¹¹ и поднели пријаву за оснивање представништва у Данској. Управно тело које води регистар трговачких друштава одбило је регистрацију, уз образложење да је намера оснивања представништва била избегавање примене данских прописа о минималном основном капиталу.

С тим у вези, од Суда затражено је мишљење о томе да ли је одбијање регистрације од стране данског надлежног тела противно чл. 43. Уговора о оснивању ЕЗ. Суд ЕЗ донео је одлуку да је одбијање регистрације било противно чл. 43. и чл. 48. Уговора, јер се према тумачењу Суда овде радило о легитимном остваривању слободe пословног настањивања, а не о преварном заобилажењу права.¹² Овом одлуком Европског суда слобода оснивања друштава добила је обавезујуће значење, према коме ће се правна лица ваљано основана у једној држави чланици ЕУ признати у свим другим државама чланицама. Из истог разлога не може се оспоравати ни оснивање представништва трговачког друштва.

Из случаја *Centros*¹³ следи да недискриминаторне мере које стварају препреке или сметње приступу тржишту такође захтевају

⁹ Исто, парараграф 20.

¹⁰ C-212/97 *Centros Ltd. V. Erhvervsog Selskabsstyrelsen* (1999) ECR I-1459.

¹¹ Енглеско право не прописује минимални основни капитал за *private limited company*, а регистровани основни капитал друштва не мора бити уплаћен.

¹² Одлука *Centros*, параграф 27.

¹³ Случај C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* [1999] ECR I-1459. Види и случајеве након пресуде *Centros*: C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, одељак 37; C-108/96 *Mac Quen* [2001] ECR I-837, одељак 26; C-442/02 *Caixa Bank France* [2004] ECR I-8961, одељак 11. У последњем случају Европски суд правде дао је термину „приступ тржишту“ широко значење. Суд је проширио *Gebhard* формулу на мере које забрањују, спречавају или чине неповољном слободу оснивања.

оправдање на друштвено интересним основама. Тумачење овог, као и осталих разматраних случајева, јесте да се све што чини прекогранично оснивање мање повољним сматра ограничењем по члану 43. и 48. Уговора о ЕЗ. Овако широк концепт ограничења иде много даље од дискриминације присутне у датим случајевима, а последице таквог концепта по компанијско законодавство у државама чланицама су далекосежне. Према одлуци у случају *Centros*, псеудоинострани компанија има пуни легитимитет у погледу остваривања права на оснивање, у складу са Уговором ЕЗ. Без заузимања експлицитне позиције у односу на приступ реалног седишта и без обарања претходне пресуде *Daily Mail*, одлука у случају *Centros* има далекосежне последице на третман иностраних компанија у оквиру система компанијског права државе домаћина тог огранка. Ако би се ове последице потврдиле прецедентним правом Европског суда правде онда би то могло (али не и морало) дати нови импулс хармонизацији националних система компанијског права у европској заједници (Timmermans, 2000, p. 623).

Иако се пресуда Европског суда у предмету *Centros* суштински одразила на дефинисање слободе оснивања друштава, као и на одређивање меродавног права за статут трговачког друштва, она је покренула и питање утицаја основних слобода на национално право. Наиме, да би се компанија могла позвати на право на секундарно оснивање она мора имати економску везу са заједницом, што овде није био случај. Тим пре се очекивало да се Суд врати на раније ортодоксно разликовање примарног и секундарног оснивања у односу на *mailbox* компаније, које имају регистровано седиште у заједници, али све своје активности обављају у трећим земљама. Суд, такође, није дао одговор на питање да ли би у оваквом случају Уговор ЕЗ дозволио одбијање регистравања огранка псеудоинострани компаније позивањем на доктрину реалног седишта као конфликтног правила. Овакво тумачење прихватила је немачка правна доктрина, где су судови и касније доносили одлуке на основу непромењеног становишта о примени теорије стварног седишта (Roth, 2000, p. 542; Werlauff, 1999, p. 413; Looijestijn- Clearie, 2000, p. 636).

Теорија стварног седишта, иако озбиљно доведена у питање пресудом *Centros*, свој епилог добила је у случају *Überseering*.¹⁴ Радilo се о холандском трговачком друштву основаном по домаћем праву које је склопило уговор о извођењу грађевинских радова са немачким трговачким друштвом. Око изведених радова дошло је до спора, па је *Überseering* поднео тужбу немачком суду за надокнаду

¹⁴ C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, 2002 ECR I-09919

штете, обзиром да му се седиште главне управе налазило у Немачкој. Тужба је одбијена уз образложење да холандско друштво нема правну, а самим тим ни страначку способност, према теорији стварног седишта прихваћеној према немачком међународном приватном праву као меродавном.

Поступајући у предмету поводом захтева немачког суда, Европски суд правде је стао на становиште да би одбијање признавања правне способности, позивањем на право стварног седишта друштва, представљало негирање слободе пословног настањивања установљеног Уговором о ЕЗ.¹⁵ Овом пресудом још једном је потврђено да теорија стварног седишта представља ограничавајући фактор кретања друштава на јединственом унутрашњем тржишту, што је уједно значило и примену права места оснивања (Wooldrige, 2003, р. 234).

Као држава која прихвата теорију оснивања Холандија је, у покушају да ублажи последице заобилажења домаћег права, донела Закон о псеудостраним друштвима, којим се од друштава која су основана према праву неке друге државе захтевало да носе ознаку „псеудо страни друштво.“ То је у случају *Inspire Art*¹⁶ значило прописивање додатних услова у сврху спречавања избегавања прописа домаћег права друштава. Претходно донете одлуке Европског суда правде евидентно су утицале на тумачење да се овакво понашање привредних субјеката не може подвести под преварно заобилажење права државе седишта трговачког друштва, као и да се оваквим правилима ограничава слобода пословног настањивања.¹⁷

Пресуда Европског суда у случају *Sevic*,¹⁸ донета неколико недеља после спровођења Десете директиве о прекограничним спајањима,¹⁹ потврдила је да луксембуршка компанија има права на спајање са немачком компанијом, упркос супротним правилима немачког

¹⁵ Одлука *Überseering*, параграф 81.

¹⁶ C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd.* (2003) ECR I-10155. Случај се тичао трговачког друштва основаног према енглеском праву, чији је једини члан са седиштем у Холандији. Обзиром да се радило о холандском представништву *Inspire Art*, захтевано се да уписом у судски регистар понесе и ознаку псеудостраног друштва, ради избегавања евентуалне злоупотребе оснивања друштва.

¹⁷ Сагласно параграфу 133. одлуке *Inspire Art*, ограничење слободе пословног настањивања трговачког друштва оправдано је само уколико су кумулативно испуњени следећи услови: 1) да је национална мера којом се ограничава слобода пословног настањивања примењена на недискриминаторски начин; 2) да је оправдана разлозима општег интереса; 3) да је примерена постављеним циљевима; 4) да не прелази меру потребну за остварење тог циља.

¹⁸ C-411/03, *Sevic Systems AG/ Security Vision Concept S.A.*, из 2005. године.

¹⁹ Директива 2005/56/EZ о прекограничним припајањима и спајањима друштава капитала.

права.²⁰ Одбијање дозволе спајања било би ограничење у смислу чланова 43. и 48. Уговора и може се једино оправдати ако за то постоји легитимни циљ повезан са Уговором о ЕЗ и када то оправдавају тзв. принудни захтеви од општег интереса те државе. Европски суд правде сагледао је третман луксембуршке компаније са instance дискриминације. Немачко право прави разлику у третману компанија у зависности од интерне или прекограничне природе спајања, што може ослабити примену права на оснивање предвиђено Уговором, а у супротности је и са Уредбом већа (ЕС) 2157/2001 о статуту европског друштва (*societas europaea*).²¹

ПРЕНОС РЕГИСТРОВАНОГ СЕДИШТА

Неке државе користе теорију инкорпорације како би управљале пословима компанија са иностраним елементом, док друге у ову сврху користе теорију стварног седишта (*siège réel* доктрина).²² Пренос регистрованог седишта из једне државе чланице која признаје теорију инкорпорације у другу такву државу није могућ. С друге стране, пренос главне управе компаније из једне државе чланице која признаје доктрину реалног седишта у другу такву државу је могућ, али отежан. Нови приступ, оличен у директиви о праву друштава на прекогранични пренос регистрованог седишта, треба да омогући компанијама да користе *forum shop* међу државама чланицама, уз избор закона државе им који највише одговара (Wymersch, 2003, р. 17–18).

Према одлуци *Daily Mail*, државама чланицама је допуштено да ограниче пренос регистрованог седишта друштва у другу државу,

²⁰ У овом предмету немачки судови су одбили пријаву уписа припајања луксембуршког друштва *Security Vision Concept S.A.* немачком друштву *Sevic*, из разлога што немачко право не познаје спајање и припајање немачких друштава страним друштвима.

²¹ Сагласно чл. 2 (1) Уредбе, акционарска друштва основана према праву једне државе чланице, која имају регистровано седиште и седиште управе на подручју Заједнице, могу међусобним спајањем, односно припајањем основати *societas europaea*, под условом да је за најмање два од тих друштава меродавно право различитих држава чланица.

²² *Siege réel* разликује се од *siège statutaire*. „Регистровано седиште“ је термин који се често појављује у енглеском преводу за *siège statutaire*. Термини, ипак, нису потпуни синоними. *Siege statutaire* је једноставно место на коме је донет статут компаније и на коме се, у складу са тим, претпоставља да је лоцирано седиште компаније. Ако се испостави да је реално седиште компаније лоцирано на другом месту, онда је то локација реалног седишта, а *siège statutaire* се сматра фиктивним. Закон коме компанија подлеже може бити замењен само ако се изврши пребацивање реалног седишта компаније, али се може десити да закони државе, у коју се жели извршити премештај, то не дозвољавају.

уколико је то у складу са меродавним правом те државе. У случају *Überseering*, Европски суд правде је утврдио да, када компанија пренесе своје седиште из једне у другу државу, држава у коју је извршен пренос регистрованог седишта не може негирати правни субјективитет тог трговачког друштва. Разлике које постоје између „излазних“ и „улазних“ ограничења у погледу преноса регистрованог седишта немају основ у важећем закону који регулише право на оснивање, пружање услуга и слободно кретање капитала. Ова разлика није поменута у пресуди у случају *Daily Mail*.²³ Ипак се, у конкретним случајевима у Немачкој, ова одлука користила како би се дозволила „излазна“ ограничења домаћим компанијама. Она је подстакла предрасуде код поверилаца, смештених у држави из које је компанија „емигрирала“, да обезбеђења која су им дата у складу са предложеном директивом нису адекватна (Ferran, 2005; p. 341; Enriques & Mascu, 2001, p. 1165).

Концепт јединственог „тржишта за компаније“, који предвиђа нацрт Четрнаесте директиве, уводи могућност мењања седишта компаније примарног оснивања из једне државе чланице у другу уз одговарајући услов.²⁴ О томе говори и Уредба о европском друштву²⁵, која уз могућност промене регистрованог седишта, допушта државама чланицама да захтевају да регистровано седиште буде истоветно седишту управе. Санкција за повреду овог правила је обавезна ликвидација друштва, што умањује атрактивност преноса регистрованог седишта. Истовремено, поред додатних импликација попут намећања личне одговорности директорима и акционарима, то може изазвати одређене пореске проблеме познате као *'des consequences fiscales decourageantes'* (Keeling & Shipwright 1995, p. 580; Van Raad, 1995, p. 190). Сматра се да трансфер треба да буде порески неутралан и произведе исти ефекат као и прекогранично спајање. Штавише, чак и тамо где је држава, која примењује теорију реалног седишта спремна да призна иностране компаније, она ће често захтевати од њих да прихвате поједине одредбе њиховог националног права.²⁶

²³ Према одлуци *Daily Mail*, држава чланица може ограничити пренос седишта управе компаније основаног према праву те државе у другу државу чланицу, што би се могло применити и код преноса регистрованог седишта. То би значило да друштво може пренети своје регистровано или стварно седиште у другу државу чланицу само ако то допушта меродавно право.

²⁴ Ради се о условљавању преноса регистрованог седишта мењањем седишта управе друштва, што би се неповољно одразило на мобилност трговачких друштава.

²⁵ Чл. 7. и 8. Уредбе о европском друштву.

²⁶ Види: Case 270/83 *Commission v France*, (1986), ECR 273. Овакав концепт одразио се и на став у вези опорезивања, који је од стране Европског суда означен као дискриминаторски.

ХАРМОНИЗАЦИЈА verso РЕГУЛАТОРНА КОНКУРЕНЦИЈА

Комплетирање унутрашњег тржишта које, чини се, функцио-нише без даље хармонизације компанијског права узроковало је опадање амбиција за наставком овог процеса. Општи став према детаљној хармонизацији постао је скептичнији у поређењу са правцем који води ка супсидијарности (Schwartz, 1994, p. 559). Државе чланице се, очигледно, нису довољно уплашиле конкуренције између система компанијског права да би се пре одлучиле за законодавну хармонизацију него хармонизацију путем тржишта. У сваком случају, оне су још увек у стању да се штите од увођења блажих компанијских статуса применом приступа реалног седишта или усвајањем посебних правила у односу на псеудоинострани компаније.

Постоји очигледан конфликт, не само између теорије инкорпорације и теорије реалног седишта, већ и између теорије реалног седишта и принципа безусловне слободе оснивања компанија. Слободно кретање капитала је у многим случајевима пружио основе за критиковање националних компанијских закона и праксе. Оно је постало важан предуслов за оснивање компанија. Интерно тржиште може функционисати само ако се трансакције капитала могу обављати без икаквих ограничења (Faagat, 1991, p. 26). Члан 56(1) ЕЗ предвиђа да ће ограничења кретања капитала између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља бити забрањена.²⁷

Идеја хармонизације претпоставља одређене циљеве које су превасходно оснивачи имали у виду. Један од њих односио се на то да ће успостављање унутрашњег тржишта и остваривање права на оснивање отворити национална тржишта за стране компаније. Међутим, оваква либерализација је неприхватљива уколико су гаранције које стране компаније дају, у складу са њиховим компанијским законом, мање од оних које захтева закон државе у којој оне послују или отварају своја представништва.²⁸ Из тог разлога, право на оснивање треба да иде паралелно са хармонизацијом националних система компанијског права како би се заштитили чланови друштва и остали повериоци. Према овом циљу, улога хармонизације компанијског права није да олакша комплетирање унутрашњег тржишта. Она је улазна такса коју државе чланице прихватају да плате зарад интеграције тржишта.

²⁷ У првом кругу, Европска комисија поднела је три тужбе за повреду чл. 56. Уговора ЕЗ (слободно кретање капитала) и чл. 43. Уговора (слобода оснивања) против Белгије, Француске и Португала.

²⁸ Пример тога је холандски компанијски закон који је педесетих година био веома благ у односу на законе осталих пет држава чланица. Француска је страховала да ће попустљив холандски закон условити масовну инкорпорацију страних компанија у Холандију, како би продрле на заједничко тржиште.

Друга два циља, која се приписују хармонизацији компанијског права, уско су повезана са комплетирањем и функционисањем унутрашњег тржишта. Један се односи на *Delaware* ефекат,²⁹ који мора бити једнак у ЕУ и чија примена у облику карактеристичном за САД није могућа због важећег система стварног седишта. Други је заснован на схватању да хармонизација треба да олакша функционисање и реструктурирање међународних група компанија основаних у ЕЗ, као и прекогранична спајања, преузимања и пренос седишта компанија.

Без обзира на поменуте циљеве, општи је утисак да су државе чланице све мање убеђене у неопходност хармонизације компанијског права. Инсистирање на хармонизацији као претпоставци функционисања унутрашњег тржишта ЕУ у последње време све више уступа место идеји регулаторне конкуренције. Томе је допринела и чињеница да су државе чланице биле у могућности да примењују различита средства како би се заштитиле од блажих компанијских статута, применом приступа реалног седишта или усвајањем специјалних правила која се односе на псеудоинострани компаније.

С друге стране, присутно је мишљење да регулаторна конкуренција има својих варијетета оличених у два концепта. Један је заснован на америчком обрасцу „конкурентног федерализма“, а други је европски концепт „рефлексивне хармонизације“. Према европском концепту хармонизација компанијског права, упркос њеним критикама, била је сила очувања различитости и приступа регулаторне интеракције заснованог на међусобном учењу између држава. Тако је, парадоксално и супротно циљу европске интеграције, овај приступ у опасности да буде ослабљен покушајима да се уведе *Delaware* – концепт унутрашње регулаторне конкуренције у европском компанијском праву (Druy, 2005, p. 29).

Постоји неколико разлога због којих законодавна конкуренција не може бити тако ефикасна као у Сједињеним Државама. Традиционално, конкуренција закона међу државама чланицама се не сматра одговарајућом парадигмом за право Европске заједнице. Даље, од 27 држава које су тренутно чланице ЕУ, чини се да само шест (Уједињено Краљевство, Ирска, Данска, Холандија, Финска и Швед-

²⁹ *Delaware* ефекат је феномен настао у САД, као последица финансијске кризе и прихватања теорије инкорпорације. Са намером да своје компанијско право учини атрактивним за велика друштва, на начин што ће им, уз одговарајуће фискалне олакшице, омогућити оснивање или премештање седишта у њихову државу дошло је до конкуренције која је започела снижавањем стандарда и увођењем нижих такси, а резултирала оснивањем неколико сумњивих друштава. Феномен је познат и као „*race to the bottom*.“

ска) прихвата теорију инкорпорације по којој се компанија уређује законом у складу са којим је и основана. Друге државе чланице сматрају да је важећи закон, који уређује унутрашње послове компаније, закон државе у којој је стварно седиште компаније. Коришћење теорије стварног седишта представља препреку конкуренцији да се нађе између судских надлежности на пољу компанијског права, обзиром да према овој теорији компаније морају бити инкорпорисане или реинкорпорисане у држави у којој имају своје реално седиште. Поред тога, постоји још неколико пореских баријера које могу учинити регулаторну конкуренцију још тежом. Плуралистички приступ европских компанијских права не дозвољава једноставан избор између различитих националних права што би било неопходно за ефикасну конкуренцију. Коначно, не постоји упоредни подстицај за европске законодавце да се такмиче, пошто инкорпорацијске накнаде нису од велике важности за буџет различитих држава чланица.

Будућност хармонизације компанијског права и даље је неизвесна. Може се, на крају, показати могућим поједностављење коришћења права на примарно оснивање компанија спровођењем предложене Четрнаесте директиве (што тренутно није случај)³⁰ или преко одлука Европског суда правде. Можда ће еволуција прецедентног права Европског суда правде донети нова изненађења која ће променити тренутни изглед и перспективу хармонизације.

ЛИТЕРАТУРА

- Bachner, T. (2003). Freedom of Establishment for Companies: a Great Leap Forward. *The Cambridge Law Journal*, 37–55.
- Бабић, Д. и Петровић, С. (2002). Признање страних трговачких друштава у Европској унији након пресуде Суда Европских заједница у предмету Центрос. *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1, 350–368.
- Van Raad, K. (1995). The Impact of the EC Treaty's Fundamental Freedoms Provisions on EU Member States' Taxation in Border-crossing Situations - Current State of Affairs. *EC Tax Review*, 187–203.
- Van Thiel, S. (1992). Daily Mail Case – Tax Planning and the European Right of Establishment A Setback. *European Taxation*, 28, 353–376.
- Gastios, K., & Holmes, P. (1998). Regulatory Competition. *The New Palgrave of Economics and the Law*, 1, 262–284.
- Gammie, M. (1988). UK Company Residence: The New Rules. *Intertax*, 408–423.
- Drury, R. (2005). A European Look at the American Experience of the Delaware Syndrome. *Journal of Corporate Law Studies*, 22–38.
- Enriques, L., & Macey, J. R. (2001). Creditors Versus Capital Formation: The Case

³⁰ Доношење ове директиве доведено је у питање након случаја *Cartesio*, у коме се поставило питање прекограничне промене регистрованог седишта у оквиру ЕУ, а Европски суд правде се није изјаснио тим поводом. Case C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató Betéti Társaság*, Judgment of the Court of 16 December 2008.

- against the European Legal Capital Rules. *Cornell Law Review*, 1161–1178.
- Keeling E., & Shipwright, A. (1995). Some Taxing Problems Concerning Non-Discriminations and the EC Treaty. *20 European Law Review*, 579–594.
- Knobbe-Keuk, B. (1994). Restriction on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions – Ban and Justification. *EC Tax Review*, 71–89.
- Looijestijn- Clearie, A. (2000). Centros Ltd. – A Complete U-turn in the Right of Establishment for Companies. *49 ICLQ*, 633–651.
- Reich, N. (1992). Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law. *CMLR*, 858–873.
- Reindl, A. (1990). Companies in the European Community: Are the Conflict-of-Law Rules Ready for 1992?. *Michigan Journal of International Law*, 11, 1259–1277.
- Roth, W. H. (2000). „Centros“: Viel Lärm um Nichts?. *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, 532–550.
- Schwartz, I. E. (1994). Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 558–579.
- Timmermans, C. (2000). Harmonization in the Future of Company Law in Europe. In: Hopt K. J. and Wymersch, E. (eds), *Capital Markets and Company Law* (pp. 623–637). London: Sweet&Maxwell.
- Tridimas, T. (1993). The Case-Law of the European Court of Justice on Corporate Entities. *13 Yearbook of European Law*, 328–342.
- Farrar, H. (1991). *Company Law*, London, Butterworths&Co.
- Ferrarini, G., Hopt, K., Winter J., & Wymersch, E. (2004). *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford: University Press.
- Ferran, E. (2005). The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union. *ECGI – Law Working Paper*, 51, 334–351. (www.ssrn.com)
- Frommel, S.N. (1988). EEC Companies and Migration: A Setback for Europe. *Inter-tax*, 406–420.
- Halbhuber, H. (2001). National Doctrinal Structures and European Company Law. *Common Market Law Review*, 1379–1396.
- Heine, K., & W. Kerber, W. (2002). European Corporate Law, Regulatory Competition. *European Journal of Law & Economics*, 13, 62–81.
- Hopt, K. J. (1999). Company Law in the European Union: Harmonisation and/or Subsidiarity. *International and Comparative Corporate Law Journal*, 54–73.
- Cath, I.G.F. (1986). Freedom of Establishment of Companies: A New Step towards Completion of the Internal Market. *6 Yearbook of European Law*, 438–461.
- Werlauff, E. (1999). Using a Foreign Company for Domestic Activities. *European Business Law Review*, 407–424.
- Wooldrige, F. (2003). Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed. *European Business Law Review*, 230–248.
- Wymersch, E. (2003). Transfer of the Company’s Seat in European Company Law. *ECGI Law Working Paper* 8, 12–28.

FREEDOM OF ESTABLISHMENT OF COMPANIES

Summary

In order to provide for the operation of the single internal market, it is necessary to remove the obstacles hindering cross-border business operations. Given the fact that the freedom of establishing companies is one of the fundamental freedoms envisaged in the primary legislation of the European Union, the first condition for exercising this freedom is to comply with the minimum requirements at the supranational level. The EC Treaty envisages the possibility that the companies established in the European Union may exercise the right to a secondary establishment in other Member States. The second presumption for a better operation of the internal market is to ensure a legal certainty within the Community, in which case it is essential to provide relevant protective mechanisms aimed at generating more certainty and trust in cross-border trading relations.

The process of harmonizing company law has been accompanied by various difficulties, primarily due to the fact that a particular legal concept acceptable for one Member State actually produces a completely different effect in another Member State. The need to unify national company laws, as a contribution to the advancement of the EU internal market, has not persuaded the Member States to abandon the specific characteristics of their national company laws. The proclaimed concept of full unification has prompted the states to start negotiations on the degree of harmonization. Eventually, the emphasis on the harmonization as a presumption for the operation of the EU internal market has given way to the concept of regulatory competition. It actually implies that the propensity towards a comprehensive unification of the EU company law has been abandoned, which eventually enables a free movement of companies in the market.

There is still a lot of uncertainty about the prospects of harmonizing company law regulations. Nowadays, the opinion which is increasingly gaining ground is that the regulatory competition may yield much better results. It implies that the company founders are entitled to establish a company in any other Member State, irrespective of the location of its principal head office. According to this concept, legislators may be compared to the manufacturers of any goods on the regulated market. The mutual competition of Member States may result in greater efficiency, as well as in greater convergence of national company laws as compared to the convergence generated through political compromise. The evolution of the European Court of Justice case law may generate surprising developments, which will certainly change the current state of affairs as well as the prospects of the harmonization process.