

ПРЕГЛЕД РЕЛЕВАНТНЕ ЛИТЕРАТУРЕ О ПРИПАДНОСТИ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА КАО ЕЛЕМЕНТУ СЛОБОДЕ НАСТАЊИВАЊА У ПРАКСИ СУДА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У савременој правној науци постоје две владајуће теорије о правној припадности привредних друштава, а то су теорија оснивања (инкорпорације) и теорија стварног седишта. По теорији оснивања, уколико је друштво основано по домаћим прописима, оно црпи субјективитет из домаћег права. Теорија стварног седишта полази од тога да привредно друштво има правни субјективитет по домаћем праву само уколико има и стварно седиште на домаћој територији. Међутим, чак и уколико привредно друштво има правни субјективитет по једном од два наведена критеријума, опет се поставља питање да ли то друштво има правни субјективитет и у другим државама. Одговор на ово питање лежи у критеријумима које државе примењују у конкретном случају и на основу којих показују да ли имају правни интерес да неком облику организовања дају правни субјективитет. То је начин на који се долази до персоналног закона правног лица. Тај закон даје одговор на питање има ли конкретни ентитет правни субјективитет и ако га има у ком обиму је тај субјективитет изражен, ко су његови органи и која су њихова овлашћења и ограничења у заступању, итд.

У правној теорији, домаћој и страном, постоје и значајне разлике у погледу тумачења појма припадности привредних друштава. Проблем је већи и из разлога што су у данашње време мултинационалне компаније, односно лица чија се организација и деловање везује подједнако за више држава, постале веома честа појава. Оне могу бити организоване кроз разне облике, са различитим статусима у различитим државама. Под таквим околностима, одређивање правне припадности неког привредног друштва може постати озбиљан проблем.

Правна теорија и пракса имају различите критеријуме за решавање овог проблема. Тако по једном критеријуму правно лице има припадност оне државе у којој је регистровано, односно по чијем је праву основано, без обзира на место где се седиште правног лица налази (у тој или некој другој држави). По сличној дефиницији, привредно друштво припада држави по чијим је законима основано, без обзира на то где му се налази стварно седиште, имовина или центар пословања. Основно начело ове теорије је аутономија воље оснивача односно управљача правног лица, који имају ту слободу да сами одлуче која ће правна правила бити примењена на њихово правно лице. Државе које су прве прихватиле ову тачку везивања као одговарајућу за утврђивање припадности привредних друштава биле су Сједињене Америчке Државе и Велика Британија из разлога сигурности промета. Овај критеријум у својим законодавствима користе Велика Британија, Република Ирска, Холандија, Данска, Швајцарска. Јездих истиче да је главни разлог прихватања ове тачке везивања то што државе које ту тачку прихватају "имају читав низ филијала и агентура у страним државама", и што се на основу регистрације у тим државама сматрају домаћим привредним друштвима и када своју привредну делатност врше у иностранству. То даље имплицира и да ће таква друштва уживати сва права која њихове матичне државе

добију закључењем билатералних и мултилатералних уговора. Применом места оснивања као тачке везивања за утврђивање припадности привредних друштава, питања настанка, престанка, правне и пословне способности привредног друштва и друга слична питања цениће се по законодавству државе оснивања тог друштва. Ова теорија даје приоритет правној сигурности и заштити трећих лица, најчешће поверилаца, која се најлакше могу обавестити о свим значајним статусним чињеницама (оснивачки акт привредног друштва, овлашћена и одговорна лица у привредном друштву, информације о стечају, ликвидацији, итд.) везаним за привредно друштво с којим ступају у правни однос управо у месту где је то друштво и основано. Заговорници ове теорије истичу да се регистрација теже мења него седиште и да су услови за промену регистрације тежи него за промену седишта друштва, што у већој мери обезбеђује интересе свих лица која су у правним односима са друштвом.

По другом критеријуму, припадност правног лица одређује се по његовом стварном седишту. Под стварним седиштем подразумева се главни орган управе правног лица. Овај критеријум је прихваћен од стране Немачке, Аустрије, Италије, Француске, Шпаније и Белгије. Најчешће се захтева да правно лице има и стварно седиште у држави по чијем право је то лице основано. По овом критеријуму привредно друштво сматра се домаћим друштвом, уколико му је стварно седиште у домаћој држави. Теорија стварног седишта негира аутономију воље оснивача односно управљача приликом одабира права које ће се на статус привредног друштва примењивати, већ полази од претпоставке да привредна друштва имају припадност државе у којој им се налази центар управљања односно стварно седиште, а из разлога што привредна друштва, по овој теорији, морају бити подвргнута оном праву са којим је то друштво у најближој вези. У пракси то за последицу има да се, применом ове теорије, стварно седиште друштва поклапа са местом његовог оснивања, односно са седиштем наведеним у оснивачком акту друштва, јер би премештање стварног седишта из државе у којој је то правно лице основано, у другу државу аутоматски значило и промену правне припадности тог лица. Основни недостатак ове теорије је немогућност утврђивања стварног седишта оних правних лица која имају својство мултинационалних, а који је у данашњим условима глобализације веома много. Аргументи за прихватање ове теорије су следећи: да је место оснивања привредног друштва често фиктивно, да се све обавезе из делатности привредног друштва заснивају у седишту тог лица, те да је оно погодније за примену права него место оснивања привредног друштва. Међутим, ова теорија носи и озбиљну слабост која се огледа у томе се седиште утврђено оснивачким актом не мора нужно поклапати са фактичким седиштем главне управе друштва. Тада по правилу настаје и проблем квалификације седишта привредног друштва, које се у пракси квалификује по праву суда где се питање квалификације поставља (*lex fori*).

Теорија оснивања и теорија стварног седишта представљају два конкурентна приступа при одређивању које национално право ће бити меродавно за статус привредног друштва када оно има везе са више од једне државе. У питању је одређивање својеврсног "држављанства" привредног друштва што у данашњем међународном приватном праву има посебан значај имајући у виду велике разлике које постоје у супстанцијалном праву разних држава. Иако је неспорно да највећи број држава прихвата став да се на привредна друштва и њихов статус треба применити једно јединствено право, спорно је то шта ће бити тачка везивања између одређеног привредног друштва и правног система одређене државе. Одређивање ове тачке везивања предуслов је за сва каснија питања која проистекну из примене конкретне тачке везивања. Конкретна тачка везивања одређује да ли ће неко привредно друштво

бити признато као страном или ће се сматрати домаћим друштвом, а такође и у којој мери ће страном привредно друштво моћи да обавља своју привредну делатност на територији конкретне државе. С тим у вези, потребно је нагласити да су управо теорија оснивања и теорија стварног седишта преовлађујући правни концепти помоћу којих треба да се одреди конкретна тачка везивања за привредна друштва. Истина, постоје и друге теорије помоћу којих се одређује тачка везивања за привредна друштва, али у савременом међународном приватном праву само ове две наведене теорије имају шири значај.

Такође и поводом питања признања страног привредног друштва у одређеној држави, теорија оснивања и теорија стварног седишта играју велику улогу. Тако државе које се воде концептом стварног седишта признају статус страном привредном друштву уколико је оно прописно основано по праву државе у којој му се налази стварно седиште, али и уколико то друштво задовољава одређене услове прописане од стране државе у којој се врши признање, као што су на пример обавеза уплате минималног оснивачког капитала или обавеза пререгистрације привредног друштва у другој држави уколико то друштво мења своје стварно седиште. Са друге стране, државе поборнице теорије оснивања признају статус страним привредним друштвима без икаквих додатних услова уколико су она прописно основана по праву државе свог оснивања.

Сукоб теорије оснивања и теорије стварног седишта практично и не постоји у ситуацијама када се место оснивања привредног друштва и место његовог стварног седишта подударају, што је често случај. Овај проблем почиње да се јавља тек у оним ситуацијама када се ова два места не подударају, и то посебно у ситуацијама које обухватају прекогранично кретање привредног друштва. На пример, уколико се неко привредно друштво оснује у држави која прихвата теорију оснивања, а потом премести своје стварно седиште, односно центар управљања и контроле, у другу државу која се води критеријумом стварног седишта, овај проблем долази до пуног изражаја. Наиме, по држави оснивања тог друштва оно ће и даље бити сматрано прописно основаним правним субјектом. Међутим, по праву државе у којој је то друштво преместило своје стварно седиште, оно ће морати да изврши пререгистрацију на територији те државе како би му она признала правни субјективитет и тиме омогућила да обавља своју делатност на њеној територији.

Претходни пример показује како теорија оснивања води више рачуна о прекограничном кретању привредних друштава због тога што применом те теорије друштво не губи свој правни субјективитет услед прекограничних активности. Са друге стране, теорија стварног седишта ограничава могућности привредних друштава да слободно обављају своју делатност, јер од њих захтева пререгистрацију или задовољење неких других додатних услова које предвиђа домаће законодавство. Управо су ограничења која теорија стварног седишта намеће привредним друштвима биле окидач за доношење више одлука Суда Европске уније који је разматрао та ограничења у светлу права на настањивање из Оснивачког уговора.

С обзиром на чињеницу да је проблем одређивања припадности привредних друштава настао пре свега услед повећаног интензитета прекограничног кретања привредних друштава који се дешава у претходних неколико деценија, литература о овој проблематици је новијег датума и за сада постоји ограничен број радова на ову тему. Проблематиком припадности привредних друштава бавила се највише правна наука држава чланица Европске уније, док са друге стране српска правна теорија скоро и да није обраћала пажњу на ову тему. Стога је аутор радове из предметне области систематизовао на уџбенике и монографије са једне стране и радове из научних часописа са друге стране.

1. УЦБЕНИЦИ И МОНОГРАФИЈЕ

- Ајзнер Б. *Међународно приватно право I*, Загреб, 1953.
- Благојевић Б. *Међународно приватно право*, Београд, 1950.
- Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В. *Међународно приватно право*, девето издање, Правни факултет Универзитета у Београду и "Службени гласник", Београд, 2007.
- Васиљевић М., Радовић В., Јевремовић Петровић Т., *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012.
- Вукадиновић Р. *Право Европске уније, четврто измењено и допуњено издање*, Центар за право Европске Уније Правног факултета у Крагујевцу и Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац, 2006.
- Davies P. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6th Ed., Sweet & Maxwell, London, 1997.
- Јездич М. *Међународно приватно право I, Увод у међународно приватно право и општи елементи формирања и примене норми међународног приватног права*, шесто издање, Научна књига, Београд, 1976.
- Пак, М. *Међународно приватно право*, четврто издање, ЈП "Службени лист СРЈ", Београд, 2000.
- Rabel E. *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2nd Edition, Volume II, 1960.
- Rammeloo S. *Corporations in Private International Law – A European Perspective*, Oxford University Press, 2001.
- Rosenberg M., Hay P., Weintraub R. J. *Conflict of Laws: Cases and materials*, 10th edition, The Foundation Press Inc., 1996.
- Сајко К. *Држављанство (државна припадност) привредних подuzeћа у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Загреб, 1969.
- Станивуковић М., Живковић М. *Међународно приватно право – општи део*, четврто издање, „Службени гласник“, Београд, 2010.

2. ЧЛАНЦИ

- Andenas M. *EU Company Law and the Company Laws of Europe*, International and Comparative Corporate Law Journal, Vol. 6, No. 2, 2008.
- Armour J. *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, ECGI - Law Working Paper No. 54/2005.
- Baelz K., Baldwin T., *The End of the Real Seat Theory (Sitzteorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law*, 3 German Law Journal, 2002.
- Baums T., Andersen P. K. *The European Model Company Law Act Project*, ECGI - Law Working Paper No. 97/2008.
- Becht M., Mayer C., Wagner H. F. *Corporate Mobility Comes to Europe: The Evidence*, 9 September 2005, Corporate Finance and Governance: Europe-Japan Comparisons - Joint Conference with CEPR and RIETI, 13-14 September 2005, http://www.cepr.org/meets/wkcn/5/5528/papers/Mayer_5Corporate_Mobility.pdf
- Bobek M. *Cartesio - Appeals Against an Order to Refer Under Article 234 (2) EC Treaty Revisited (November 1, 2009)*, Civil Justice Quarterly, Vol. 29, 2010.
- Bratton W. W., McCahery J. A., Vermeulen E. P. M. *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis*, ECGI - Law Working Paper No. 91/2008; Georgetown

Law and Economics Research Paper No. 1086667; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2008-01, 2008.

Charny D. *Competition among Jurisdictions in formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the „Race to the Bottom“ in the European Communities*, 32 Harvard International Law Journal 423, 1992.

Chertok S. *Jurisdictional Competition in the European Community*, University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law, Volume 27, Issue 2, 2006.

Dammann J. *Freedom of Choice in European Corporate Law*, Yale Journal of International Law, Vol. 29, No. 2, 2004.

Deák D. *Cartesio: A Step Forward in Interpreting the EC Freedom to Emigrate*, Tax Notes Int'l, May 11 2009.

Deák D. *Outbound establishment revisited in Cartesio*, 17 EC Tax Review, 2008.

De Sousa A.F. *Company's cross-border transfer of seat in the EU - Where are we now after Cartesio?*, Jean Monnet Working Paper 4, 2009.

Drury R. R. *The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the „Delaware Syndrome“*, The Cambridge Law Journal / Volume 57 / Issue 01 / March 1998.

Dyrberg P. *Full free movement of companies in the European Community at last*, European Law Review, 28 (4), 2003.

Ebke W. F. *The „Real Seat“ Doctrine in the Conflict of Corporate Laws*, The International Lawyer, Vol. 36, No. 3, Foreign Law Year in Review: 2001.

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 No. 63/2006; Harvard Olin Fellows' Discussion Paper No. 19/2008.

Frost C. *Transfer of Company's Seat - An Unfolding Story in Europe*, 36 Victoria University, Wellington Law Review, 2005

Garza D. R. *Which Style Should Govern?*, 11 Currents: Int'l Trade Law Journal 76, 2002.

Gelter M. *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, Harvard Olin Fellows' Discussion Paper Series 20/2008.

Gerner-Beuerle C., Schillig M. *The Mysteries of Freedom of Establishment after Cartesio*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 59, No. 2, 2010.

Hansen S. F. *The Free Movement of Companies: The 'real seat doctrine' is dead – Long live the 'incorporation state doctrine'!*, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS), 2003/4.

Heine, K. *Regulatory Competition Between Company Laws in the European Union: The Überseering Case*, 38 Intereconomics 102, 2003.

Hopt, K. J. *The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction*, ECGI - Law Working Paper No. 140/2010, Leuven University Press, 2010.

Jenné F., Wyckaert M. *Corporate Mobility*, ssrn.com/abstract=1633448, July 1, 2010.

Joerges C. *The Challenges of Europeanization in the Realm of Private Law: A Plea for a New Legal Discipline*, 14 Duke Journal of Comparative & International Law, 2004.

Kirchner C., Painter R. W., Kaal W. A., *Regulatory Competition in EU Corporate Law After Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE04-001; Mississippi College School of Law Research Paper No. 617681, 2004.

Kristensen C. D. *The Foundation for Regulatory Competition in Company Law: A Comparative Analysis of the Business Settings in the US and the EU*, Aarhus University, Institut for Sprog og Erhvervskommunikation, 2010.

Kuehrer N. *Cross-border company establishment between the UK and Austria*, 12 European Business Law Review, 2011.

Kuipers, J. J. *Cartesio and Grunkin Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law*, European Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 2, 2009.

Kussmaul H. *Corporations on the move, the ECJ off track: relocation of a corporation's effective place of management in the EU*, 6 European company law, 2009.

Lau Hansen J. *The Vale Decision and the Court's case law on the nationality of companies*, European Company and Financial Law Review, Vol. 1, Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-32, 2013.

Mucciarelli F. M. *Company 'Emigration' and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*, 9 European Business Organization Law Review, 2008.

Panayi C. HJI, *Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 26/2009.

Panayi C. HJI, *Corporate mobility in the European Union and Exit Taxes*, Bulletin for International Taxation 459, 2009.

Papadopoulos T. *EU Regulatory Approaches to Cross-Border Mergers: Exercising the Right of Establishment*, European Law Review, No. 1, 2011.

Paschalidis P. *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford Private International Law Series, 29 March 2012.

Pasotti P., Lombardo S. *The 'Societas Europaea': A Network Economics Approach*, ECGI - Law Working Paper No. 19/2004.

Pellé P. *Companies Crossing Borders within Europe*, Utrecht Law Review, Vol. 4, No. 1, March 20, 2008.

Petrović - Jevremović T. *Prekogranična promena sedišta društva – Slučaj Cartesio (Case C-210/06)*, Evropsko zakonodavstvo 19-22/07, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2007.

Petrović - Jevremović T. *Korak nazad u mogućnosti prekogranične promene sedišta društva*, Evropsko zakonodavstvo br. 29-30, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2009.

Petrović - Jevremović T. *Pravila o nacionalnim spajanjima, podelama i prekograničnim spajanjima društava*, Evropsko zakonodavstvo, br. 31-32, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2010.

Pistor, K. *The Evolution of Corporate Law: A Cross – Country Comparison*, 23 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 791, 2002.

Ringe, W. G. *No Freedom of Emigration for Companies?*, European Business Law Review, Vol. 16, No. 3, 2005.

Ringe W. G. *The European Company Statute in the Context of Freedom of Establishment*, Journal of Corporate Law Studies, Vol. 7, No. 2, October 2007.

Ringe, W. G. *Domestic Company Law and Free Movement of Capital: Nothing Escapes the European Court?*, Cambridge Law Journal, Vol. 69, March 20, 2010.

Rose P. *EU Company Law Convergence Possibilities after Centros*, Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 11, Northwestern Public Law Research Paper No. 927048, 2001.

Rothe N. *Freedom of Establishment of Legal Persons Within the European Union: An Analysis of the European Court of Justice Decision in the Überseering Case*, American University Law Review, Volume 53, No. 5, 5 June 2004.

Ryan P. S. *Will There Ever Be a "Delaware of Europe?" - Case C-167/01. Kamer Van Koophandel En Fabrieken Voor Amsterdam V. Inspire Art Ltd. (E.C.J. September 23, 2003)*, Columbia Journal Of European Law, Vol 11:2, 2004

Sandrock O. *The German corporate governance model in the wake of company law harmonization in the European Union*, *Company Lawyer* 26 (3), 2005.

Sandru D. M. *Freedom of Establishment of Companies in the European Union: Possible Effects of the Case VALE, C-378/10 Pending on the Case-Law of the Romanian Courts*, *RRDE - Revista Română de Drept European (Wolters Kluwer Romania)* no. 3/2012.

Schneider H.E.G.S., Wouters J. (eds.), *Current Issues of Cross-border Establishment of Companies in The European Union*, MAKLU Uitgevers, Antwerpen-Apeldoorn, 1995.

Siems M. *Convergence, Competition, Centros and Conflicts of Law: European Company Law In The 21st Century*, 27(1) *European Law Review* 47-59, 2002.

Siems M. *SEVIC: Beyond Cross-Border Mergers*, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol. 8, No. 2, 2007.

Станивуковић М. *Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву*, *Правни живот* 12/2003.

Troeger, T. H. *Choice of Jurisdiction in European Corporate Law: Perspectives of European Corporate Governance*, <http://ssrn.com/abstract=568782>, July 24, 2004.

Vargova P. *The Cross-Border Transfer of a Company's Registered Office within the European Union*, Central European University, Budapest, March 29, 2010.

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.

Werlauff E. *Using a Foreign Company for Domestic Activities*, 10 *European Business Law Review*, 1999.

Wooldridge F. *The Advocate General's submissions in Cartesio: Further doubts on the Daily Mail case*, 30 *Company Lawyer*, 2009.

Wymeersch E. *Centros: A landmark decision in European Company Law*, Financial Law Institute, Working Paper Series 1999-15, Ghent University, October 1999.

Wymeersch E. *Is a Directive on Corporate Mobility Needed?*, Financial Law Institute Working Paper No. WP 2006-11, September 2006.

Wymeersch E. *The transfer of the company's seat in European Company law*, ECGI - Law Working Paper No. 08/2003.