

UDK:316.643.3

Bibliid 1451-3188, 8 (2009)

Год VIII, бр. 29–30, стр. 187–196

Изворни научни рад

## КОРАК НАЗАД У МОГУЋНОСТИ ПРЕКОГРАНИЧНЕ ПРОМЕНЕ СЕДИШТА ДРУШТВА

др Тамјана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ<sup>1</sup>

### ABSTRACT

In this text author is analysing Judgement of the European Court of Justice in the case *Cartesio* (C-210/06), and its impact in European company law, especially free movement of company's seat. Although it was thought that Judgement of the Court would constitute free movement of the company's seat from one to another Member State, Decision made was surprising and unexpected. Therefore, author is trying to explain reasoning in making this Judgement, as well as its relation to previous Judgements in this subject.

*Кључне речи:* Прекогранична промена седишта, регистровано и стварно седиште друштва, меродавно право за статусна питања друштва, право на настањивање, директно дејство.

### 1) УВОД

Случај *Cartesio* већ је био предмет нашег разматрања у фази поступка у којој још увек није било мишљења Општег правобраниоца суда, као ни пресуде. Наша анализа кренула је од постављених питања на која је Суд требало да да одговор, а тицала су се права друштва *Cartesio*, основаног у Мађарској да премести своје регистровано седиште у другу земљу чланицу ЕУ, а да, притом, остане регулисано мађарским правом.<sup>2</sup> Као такав случај је указивао на тзв. емиграциону

<sup>1</sup> Правни факултет, Београд.

<sup>2</sup> “Case C-210/06 Reference for a preliminary ruling from the Szegedi Ítéltábla (Court of Appeal Szeged) lodged on 5 May 2006 – CARTESIO Oktató és Szolgáltató Betéti

промену седишта, о којој је Суд расправљао само у случају *Daily Mail*, котроверзној Пресуди, која је према многим мишљењима била превазиђена, те чак и промењена након одлука које су следиле у овој материји.<sup>3</sup> Сматрало се да је случај *Cartesio* прилика за дефинитивно разјашњење проблема прекограничне промене седишта друштва, и његовог односа према праву настањивања из чланова 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ. Овакав став је чак довео и до мишљења Европске комисије да би акција на плану прекограничне промене регистрованог седишта била сувишна, јер ће се, између осталог, питање вероватно решити пред Европским судом правде.<sup>4</sup> Међутим, повод за неспоразуме и погрешна предвиђања ефекта пресуде представља, пре свега, погрешан превод питања постављеног Европском суду правде у енглеској верзији, те се говори о регистрованом седишту (*registered office*), док је на другим језицима питање указивало само на седиште, без прецизирања о ком се тачно седишту ради (*der Sitz, le siège social*).<sup>5</sup> Оваква грешка исправљена је у Мишљењу Општег правобраниоца, као и Пресуди, али је довела до својеврсне забуне око предмета разматрања у овом случају. О питањима која се односе на судску праксу пре ове пресуде и уопште о проблему прекограничне промене седишта овде неће бити детаљно речи, већ упућујемо на већ поменути претходни рад о овом случају.

## II) СПОРНА ПИТАЊА

Подсетићемо кратко о чему је био случај *Cartesio*, односно која су спорна питања изнета пред Европски суд правде. Спор је настао у Мађарској поводом жалбе суду у Сегедину на одлуку локалног

---

Társaság”, OJ C, 165/17, 15. 07. 2006. О претходном прилогу у овом часопису види: Татјана Јевремовић-Петровић: „Прекогранична промена седишта друштва – Случај *Cartesio* (Case C-210/06)“, *Европско законодавство* бр. 19-22/07, 2007, стр. 121-124.

<sup>3</sup> “Case C-81/87 *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*”, *Judgment of the Court of 27 September 1988*. Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>.

<sup>4</sup> “Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office“, *Commission Staff Working Document*, Commission of the European Communities, SEC(2007) 1707, Brussels, 12/12/2007/, стр. 25. Интернет: [http://ec.europa.eu/governance/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2007/sec\\_2007\\_1707\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2007/sec_2007_1707_en.pdf)

<sup>5</sup> “Case C-210/06, Reference for a preliminary ruling from the Szegedi Ítéletőábla”, Court of Appeal Szeged lodged on 5 May 2006. Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>.

трговинског суда (*Bács-Kiskun*) који је одбио упис промене адресе. Наиме, командитно друштво *Cartesio* је основано на основу мађарског права и регистровано у Баји има два ортака који живе у Мађарској и мађарске су националности. Друштво је тражило промену седишта из Мађарске у Италију, желећи, притом, да остане регистровано у Мађарској, односно да његов правни статус и даље буде регулисано мађарским правом. Пошто је овакав упис одбијен на основу става да је противан мађарском праву, покренут је другостепени поступак у коме је жалбени суд из Сегедина упутио четири претходна питања Европском суду правде, од којих је за нас најзначајније четврто, јер се претходна односе на процедурална питања. Пре свега, да ли се на друштво, основано у Мађарској на основу њеног права и уписано у регистре у тој држави, које жели да промени своје седиште у другу земљу чланицу Европске уније примењује у односу на ово питање комунитарно право, или је у одсуству хармонизације једино примењиво национално право? Поред тога, да ли мађарско друштво има право да захтева промену свог седишта у другу државу чланицу Европске уније ослањајући се директно на комунитарно право (чланове 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ), и ако да, да ли таква промена може да буде условљена или ограничена одобрењем земље иселења, односно земље уселења? И на крају, да ли чланови 43 и 48 могу да се тумаче тако да су у супротности са комунитарном правом национална правила или поступци који праве разлику у уживању права привредних друштава на основу чињенице где се налази њихово седиште? Односно, да ли чланови 43 и 48 могу да се тумаче тако да су националне одредбе или поступци који спречавају мађарско друштво да премести своје седиште у другу земљу чланицу ЕУ у супротности са комунитарним правом?

### III) МИШЉЕЊЕ ОПШТЕГ ПРАВОБРАНИОЦА<sup>6</sup>

У свом мишљењу Општи правобранилац Мадуро говори, пре свега, о оперативном седишту (*operational headquarters* (језик на коме је оригинално написано Мишљење је енглески), преведено као: *operativen Geschäftssitz, l'administration centrale*).<sup>7</sup> Сматрамо да би оперативно седиште најпре могло да се преведе као стварно седиште – седиште

---

<sup>6</sup> “Case C-210/06 *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*”, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 22 May 2008; Judgement of the Court, 16 December 2008. Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>.

<sup>7</sup> Види тачку 1 и 3, а нарочито 22 Мишљења.

главне управе, односно место у коме се доносе најзначајније одлуке друштва.<sup>8</sup> Суд у својој Пресуди касније изричито говори о стварном седишту.<sup>9</sup> Промену таквог седишта одбио је трговински суд јер је сматрао да мађарско право не даје могућност промене оперативног седишта у другу земљу чланицу, а да притом друштво и даље буде регулисано мађарским правом.<sup>10</sup> Наиме, према наводима Општег правобраниоца, члан 16 Закона о привредном регистру предвиђа да ће седиште бити место у коме се налази оперативни центар друштва, чиме, према мишљењу Општег правобраниоца, Мађарска усваја теорију стварног седишта.<sup>11</sup> Тиме је за мађарско друштво могуће да предузима економске активности у другој земљи чланици или да у њој оснује огранак, али стварно седиште мора да буде у Мађарској. Такав став је, према мишљењу Општег правобраниоца Мадуре, у супротности са Уговором о оснивању ЕЗ, јер је овде реч о националним правилима која дозвољавају друштву промену стварног седишта само у оквиру њене територије, те очигледно прекограничну ситуацију чине неповољнијом. Тиме таква правила доводе до дискриминације уживања права на кретање (подвукао аутор), јер *Cartesio* жели да „предузме економску

---

<sup>8</sup> О различитим појмовима седишта и њиховом значају види: Јевремовић, Т. *Прекогранична промена седишта друштва у комунитарном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003., стр. 24 и даље.

<sup>9</sup> Види тачку 47 Пресуде.

<sup>10</sup> Мађарско право прихвата одређивање меродавног права према праву земље у којој је друштво регистровано (теорија инкорпорације), док је допунски критеријум статутарно седиште, односно уколико се ни оно не може применити стварно седиште – место где се налази главна управа друштва. Овакав „мешовити“, односно „степенasti“ систем својствен је швајцарском праву, али и праву источноевропских земаља, као и код нас, односно у већини бивших чланица СФРЈ. Види више: Јевремовић, Т. „Прекогранична промена седишта друштва у комунитарном праву“, *op. cit.*, стр. 32 и даље. Притом истичемо да се ова теорија односи само на начин одређивања меродавног права, али да је у овом конкретном случају реч о промени стварног седишта, што повлачи примену правила о седишту, које је, према Закону о регистровању нужен елемент регистрације и не може се одвојити од ње, те сама промена стварног седишта (које као релевантно усваја Закон о регистрацији) ван земље повлачи и промену у регистру у смислу његовог брисања. Видети и тачке 11-20 Пресуде о правилима мађарског компанијског и међународног приватног права.

<sup>11</sup> Члан 16(1) Закона број CXLV од 1997 о привредном регистру, обележавању друштава и правним процедурама у стварима привредних регистара (*Law No CXLV of 1997 on the commercial register, company advertising and legal procedures in commercial registration matters*).

активност кроз стално настањење у другој земљи на неодређено време“.<sup>12</sup> Овде општи правобранилац указује на смисао права настањивања кроз његов економски садржај, како га је током времена тумачио Европски суд правде.<sup>13</sup> Општи правобранилац указује на мишљење Суда у случају *Daily Mail*, према коме су друштва творевине националних права, и да постоје само у оквирима њихових одредби о оснивању и функционисању. Промена регистрованог или стварног седишта из једне земље-чланице у другу представља проблем који није решен правилима која се односе на право настањивања, већ мора да буде решен будућим законодавством или конвенцијом. У том смислу одредбе из Уговора о оснивању ЕЗ се, према тренутном стању комунитарног права, не могу тумачити тако да друштвима основаним у једној земљи-чланици дају право да промене стварно седиште у другу земљу-чланицу, задржавајући, притом, статус друштва основаног према праву прве државе-чланице (подвукао аутор).<sup>14</sup> Међутим, мишљење је општег правобраниоца да је пракса Суда у питањима права на настањивање у међувремену развијена, а судски приступ је донекле промењен пресудама у случајевима *Centros*, *Überseering* и *Inspire Art*, где је Суд одбио аргумент да правила националног компанијског права излазе из оквира одредби Уговора о оснивању које регулишу право на настањивање.<sup>15</sup> Општи правобранилац критикује покушаје Суда да направи разлику између тих случајева и случаја *Daily Mail*, и то како на основу аспекта примарног и секундарног настањења, тако нарочито и разлике изласка и уласка у земљу у оквиру права на настањење, које, према нашем мишљењу, представља кључно питање у резонувању Суда у овом случају.<sup>16</sup> Општи правобранилац смата да би било немогуће да земље-чланице имају апсолутно право којим утврђују настанак и престанак (живот и смрт) друштва основаних њиховим националним

---

<sup>12</sup> Видети тачку 25 Мишљења, као и закључак у тачки 35, односно 36.

<sup>13</sup> “The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others (Case C-221/89) (Factortame II)”, Judgment of the Court of 25 July 1991. Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>., Тачка 20. Видети: Т. Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ*, докторска теза (необјављена), Правни факултет универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 64.

<sup>14</sup> Видети тачку 26 Мишљења у вези са параграфима 23-5 Пресуде у случају “Daily Mail, Case C-81/87 The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc”, Judgment of the Court of 27 September 1988.

<sup>15</sup> “C-212/97”, “C-208/00”, “C-167/01” Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>.

<sup>16</sup> Видети тачку 28 Мишљења.

правом, а да, притом, не воде рачуна о последицама које такви акти могу да имају на уживање права на настањивање. То би нарочито требало да важи за мала и средња предузећа, којима би фактичка промена стварног седишта унутар Уније могла да буде начин предузимања економске активности у другој земљи Уније без високих трошкова и административних терета престанка и новог оснивања друштва у другој земљи. Стога би требало преиспитати да ли у овом случају ограничења права на настањивање постоји неки од основа заснован на разлозима јавног интереса, спречавања злоупотребе и преварног понашања, односно заштита интереса одређених лица, што овде није случај.<sup>17</sup>

#### IV) ПРЕСУДА СУДА<sup>18</sup>

Супротно очекивањима и мишљењу Општег правобраниоца Суд је заузео став, који суштински, прати начин размишљања у случају *Daily Mail*. Можда је управо позадина заузетог става Суда настојање да се не одступи од раније праксе. Наиме, Суд сматра да се у овом случају ради о промени стварног седишта која би захтевала да друштво престане да постоји у земљи у којој је регистровано, и да затим буде поново основано у земљи у којој жели да премести своје стварно седиште. Суд понавља став изнет у *Daily Mail* пресуди према коме су друштва творевине националних права, која између осталог, предвиђају разлике у тачки везивања за национално право, као и могућности њене промене (регистровано – стварно седиште друштва, иначе у Уговору о оснивању ЕЗ предвиђени као равноправни критеријуми у одређивању државне припадности друштва у некој од земаља-чланица). Суд се позвао и на пресуду *Überseering* (прекогранична промена стварног седишта која није била спорна у земљи „исељења“ (иако исељења суштински није било јер је земља прихватала теорију инкорпорације) већ у земљи уселења, која је прихватала теорију стварног седишта), и истакао да је и ту подвучено право земље иселења, односно оне у којој је друштво основано, да ограничи право тог друштва да и даље буде регулисано њеним правом одређеним условима везаним за промену стварног седишта у другу земљу.<sup>19</sup> На основу члана 48 Уговора о оснивању који

<sup>17</sup> Видети тачку 32-4 Мишљења.

<sup>18</sup> “Case C-210/06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt”, Judgement of the Court, 16 December 2008. Интернет: <http://curia.eu.int/en/jurisp/index.htm>.

<sup>19</sup> Видети тачку 107 Пресуде у случају “Cartesio” и тачку 70 у случају “Überseering”.

не издваја посебну тачку везивања у дефинисању друштва која уживају право на настањивање остаје и даље право одређивања те тачке искључивим правилима националног права. Притом се ради о претходном питању, које је, према садашњем развоју комунитарног права, једино могуће решити управо применом тих националних права.<sup>20</sup> То је поновљени став из случаја *Daily Mail*. Стога земља чланица има право да дефинише тачку везивања којом се друштво сматра основаним у тој земљи, као и самим тим способност да ужива право на настањивање. То право државе подразумева и могућност земље чланице да не дозволи да друштво остане регулисано њеним правом уколико жели да се реорганизује у другој земљи променом свог стварног седишта, прекидајући, на тај начин, тачку везивања која је у земљи у којој је друштво основано критеријум за одређивање меродавног права (подвукао аутор). Суд притом нарочито истиче разлику између промене седишта која не изазива промене на меродавно право (случај *Überseering*) од случаја промене седишта за који земља основања везује последице везане за промену меродавног права, јер се у тој другој ситуацији друштво претвара у форму друштва регулисаног правом земље-чланице у коју је седиште промењено. Као додаток овој аргументацији Суд додаје да би се, у случају промене стварног седишта, које у земљи иселења подразумева промену меродавног права, морало ипак водити рачуна о правилима комунитарног права, те се не би могао оправдати захтев земље чланице иселења да захтева престанак друштва или његову ликвидацију, и да се на тај начин спречи да се друштво премести у другу земљу-чланицу (земља уселења), према чијем праву је дозвољена оваква операција. Такви захтеви би представљали повреду права на настањивање, која би се само могла оправдати преовлађујућим интересима јавног поретка.<sup>21</sup> Закључак је Суда да је друштво *Cartesio* избором промене само стварног седишта, без жеље да промени своју државну припаданост, односно желећи да остане регулисано мађарским правом, остало у домену правила националног права која овакав поступак не дозвољавају. Притом је Суд дефинитивно раздвојио случај уживања права настањивања у земљи пријема (уселења).<sup>22</sup> Стога чланове 43 и 48 треба тумачити тако да не искључују право земље чланице у којој је друштво основано да ограничи пренос свог стварног

---

<sup>20</sup> Тачка 109 Пресуде.

<sup>21</sup> Видети тачке 110-113 Пресуде.

<sup>22</sup> Видети тачку 123 Пресуде.

седишта у другу земљу чланицу, а да, притом, остане регулисано правом земље оснивања.<sup>23</sup>

## V) КРИТИКА И ДОПРИНОС РАЗВОЈУ ПРАВА ЕУ

Из изложених аргумената Пресуде јасно је да је Суд покушао да направи везу са ранијом праксом и да не одступи од заузетих ставова, нарочито у односу на случај *Daily Mail*. Нама се у овој аргументацији, односно пре свега у ставу Суда чини кључним разумевање права на настањивање, односно проблем директног дејства тог права. Наиме, да ли члан 43 има директно дејство значи да ли се национални судови морају водити смислом овог члана тако да примењују правило без националних мера које су усвојиле одређено правило. Суштински, проблем директног дејства члана 43 до сада је био предмет претходних случајева, и чини нам се да је то најубедљивији аргумент у прилог ставу Општег правобраниоца, а против аргументације Суда.

Директан одговор на ово питање није никад експлицитно дат. Првенствено је Европски суд правде сматрао да, са једне стране, право на настањивање има директно дејство, али не и за друштва, која немају право на промену седишта само на основу члана 43, узимајући у обзир да су творевине права у коме су основана, већ само на основу посебног правног инструмента комунитарног права који тек треба да буде усвојен.<sup>24</sup> Европски суд правде је у случају *Daily Mail*, а донекле и *Centros* поновио већ усвојени став да се право на настањивање има директно дејство само у смислу секундарног настањења, а не и у смислу промене примарног настањења, нарочито промене седишта друштва. Такав став, међутим, Суд ипак мења од случаја *Überseering*, у коме је заузео став да је могуће директно дејство и у вези са примарним настањењем.<sup>25</sup> Даљу потврду директног дејства примарног права настањивања налазимо нарочито у пресуди Европског суда правде у случају *Sevic*, са којим је Суд у случају *Cartesio* направио паралелу само у смислу непостојања истог чињеничног стања, које се суштински не односи на исту проблематику – прекогранична промена седишта и

<sup>23</sup> Видети тачку 124 Пресуде.

<sup>24</sup> Случај *Daily Mail*, тачка 23-5.

<sup>25</sup> Видети Grundmann, S. "Europäisches Gesellschaftsrecht: eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des europäischen Kapitalmarktrechts", C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004., pp. 359-360.



прекогранична спајања, те тиме нема значаја за овај случај.<sup>26</sup> Стога би разлика између случајева емиграционих и имиграционих промена седишта, на чему се суштински темељи одлука Суда у случају *Cartesio* требало да се посматра кроз директно дејство права на настањивање. Очигледно је из случаја *Cartesio* да Суд није сматрао да члан 43 има директно дејство, и као такав не може да се примени без постојања одговарајућег инструмента, који би, евентуално, требало да буде усвојен унутар органа Заједнице.

Директно дејство члана 43 чини се да произлази и из чињенице да је до сада основ за хармонизацију компанијског права био члан 44, 2, г који подразумева „...координисање мера у циљу заштите интереса чланова и других лица...“. Заштита интереса одређених лица је временом превазиђена као искључиви циљ хармонизације, те се често истицало да постоји потреба стварања повољнијег европског правног оквира за друштва.<sup>27</sup> Но, у сваком случају се радило пре свега о потреби доношења правила у питањима која нису обухваћена непосредним дејством права на настањивање. Међутим, усвојена Директива о прекограничним спајањима има основ само у члану 44, што се тумачи новим ставом да право на прекогранична спајања директно произлази из члана 43 Уговора, што подразумева да се стога доноси Директива не ради омогућавања извођења ове прекограничне операције, већ само олакшања њеног извођења. Како год посматрали проблем прекограничне промене седишта, чињеница је да је после низа Пресуда које су донеле помак у овој проблематици учињен корак уназад, који ће имати негативан утицај у примени комунитарног права од стране националних судова са једне стране, а са друге стране ће сигурно утицати и на пословну праксу. Слобода прекограничне промене седишта имала је своје логично економско објашњење у потреби да нарочито мала и средња предузећа користе предности унутрашњег тржишта, крећући се несметано унутар његових граница. Тренутна ситуација поново упућује на много скупље и дуже поступке промене седишта коришћењем ограниченог броја дозвољених инструмената, уколико изузмемо могућност да друштво престане да постоји у земљи иселења и буде поново основано у земљи усељења. Мислимо пре свега на могућност промене седишта кроз коришћење форме Европског

---

<sup>26</sup> Видети тачку 121 Пресуде.

<sup>27</sup> Göke, C. “Die Europäische Aktiengesellschaft im Verhältnis zum deutschen und italienischen Recht”, *Verlag Shaker*, Aachen, 1995, p. 16.

акционарског друштва, које носи са собом мане лоше оцењене регулативе, скупе форме друштва за коју не постоји до сада разрађена пракса. Осим тога само оснивање Европског акционарског друштва је дуготрајан процес. Поред овог механизма, прекогранична промена седишта би била могућа и кроз прекогранична спајања, која такође подразумевају скупу и дуготрајну процедуру уместо промене седишта, до евентуалног коришћења форме Европског приватног друштва, уколико и када оно буде усвојено, будући да је и даље у фази предлога пред органима Заједнице.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Интернет: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/eps/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/eps/index_en.htm). О паралелним формама које омогућавају промену седишта видети: "Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office", Commission Staff Working Document, Commission of the European Communities, SEC(2007)1707, Brussels, 12/12/2007/, стр. 25. Интернет: [http://ec.europa.eu/governance/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2007/sec\\_2007\\_1707\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2007/sec_2007_1707_en.pdf)