Siniša Novković,
advokat u Novom Sadu

PRAVO NA NASTANJIVANJE I PRIPADNOST PRIVREDNIH DRUŠTAVA U PRAVU EVROPSKE UNIJE*

SAŽETAK: Pravo nastanjivanja predstavlja pravo lica da uđe na teritoriju države članice Evropske unije i u njoj se nastani sa ciljem obavljanja određenih ekonomskih aktivnosti. Ovo pravo priznato je kako fizičkim licima koji su državljani država članica EU, tako i pravnim licima koja imaju pripadnost tih država. Obim prava na nastanjivanje je, međutim, u praksi sporan. Značajan doprinos njegovom širem ili užem shvatanju daju i tumačenja Suda pravde Evropske unije. Sud tumačenje ovoga prava crpi iz normi o pripadnosti privrednih društava inkorporiranih u čl. 54 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, po kojima se pripadnost privrednih društava utvrđuje na osnovu dva kriterijuma, a to su kriterijum osnivanja (inkorporacije) i kriterijum stvarnog sedišta. Cilj ovog članka je da razmotri argumente za i protiv primene teorije osnivanja i teorije stvarnog sedišta pri određivanju pripadnosti privrednog društva, a u svetlu prava na nastanjivanje garantovanog Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije.

Ključne reči: pravo na nastanjivanje, pripadnost privrednih društava, teorija osnivanja, teorija stvarnog sedišta, Sud pravde Evropske unije

* Rad primljen: 18. 6. 2013. godine.

UVODNA RAZMATRANJA

Od svog početka Evropska unija je radila na tome da stvori prostor u kome neće postojati unutrašnje granice i u kome će biti garantovana sloboda kretanja lica, kapitala, roba i usluga. Međutim, do današnjeg dana željena sloboda kretanja nije u potpunosti ostvarena, posebno u pogledu slobode kretanja privrednih društava. Iako je politika Evropske unije ta da privrednim društvima treba omogućiti da svoju privrednu delatnost obavljaju bilo gde na teritoriji Unije, zbog različitih pravnih sistema država članica Unije, osnivači privrednih društava imaju na raspolaganju 27 zakonodavstava po kojima mogu osnovati svoje društvo.

Kao jedno od osnovnih prava potrebnih za ostvarivanje slobodnog kretanja lica, kapitala, roba i usluga na teritoriji Evropske unije, Ugovor o funkcionisanju Evropske unije garantuje pravo na nastanjivanje (right of establishment). Privredna društva osnovana na teritoriji Evropske unije ili čije se stvarno sedište nalazi u Evropskoj uniji uživala su pravo na nastanjivanje još od donošenja Rimskog ugovora 1958. godine. Obim prava na nastanjivanje je, međutim, ostao sporan do današnjeg dana. Taj obim je, u nedostatku odgovarajućih odredbi komunitarnog prava pokušao da utvrdi Sud pravde Evropske unije u svojim presudama koje su se odnosile na pitanje tumačenja širine prava na nastanjivanje. Takođe, najbitnija pretpostavka za ostvarivanje potpune slobode u uživanju prava na nastanjivanje jeste i rešenje problema određivanja pripadnosti privrednih društava o kom problemu u pravnoj teoriji i praksi postoje dijametralno suprotstavljeni stavovi.

PRAVO NA NASTANJIVANJE

Pravo na nastanjivanje ustanovljeno je odredbom čl. 49. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije¹, odredbom koja na opšti način zabranjuje uspostavljanje bilo kakvih ograničenja prava nastanjivanja državljana jedne države članice na teritoriji druge države članice, odnosno uspostavljanje različitih uslova za strane državljane u odnosu na domaće državljane te države u kojoj se ostvaruje pravo na nastanjivanje. Pravo nastanjivanja, u smislu Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, znači pravo lica da uđe na teritoriju države članice Evropske unije i u njoj se nastani sa ciljem obavljanja određenih eko-

¹ Treaty on the Functioning of the European Union, 2008/C 115/01, 13. 12. 2007.

nomskih aktivnosti.² Ovo pravo priznato je kako fizičkim licima koji su državljani država članica EU, tako i pravnim licima koja imaju pripadnost tih država. U smislu navedenog čl. 49. Ugovora u funkcionisanju EU, pravnim licima se smatraju „privredna društva koja su osnovana u skladu sa propisima jedne države članice i koja imaju svoje registrovano sedište, svoju glavnu upravu ili glavno mesto poslovanja unutar Unije”³. Pod privrednim društvima podrazumevaju se „privredna društva konstituisana po osnovu građanskog ili privrednog prava, uključujući i zadružna društva i druga pravna lica javnog ili privatnog prava, osim onih koja ne posluju radi sticanja dobiti”⁴. Pravu na nastanjivanje kao fundamentalnom pravu posvećen je ceo jedan odeljak Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

U okviru tog odeljka, zabranjena su ograničenja slobode nastanjivanja državljana jedne države članice na teritoriji druge države članice. Ova zabrana odnosi se i na ograničenja osnivanja predstavništava, ogranka ili zavisnih društava od strane državljana bilo koje države članice sa sedištem na teritoriji bilo koje države članice. Sloboda osnivanja uključuje pravo na započinjanje i obavljanje delatnosti u vidu samozapošljavanja, kao i pravo osnivanja i upravljanja preduzećima, naročito privrednim društvima ili firmama u smislu čl. 54. st. 2, pod uslovima propisanim zakonom za državljane države gde se osnivanje vrši, u skladu sa odredbama poglavlja o kapitalu.

Prema pravnoj teoriji, pravo na nastanjivanje se može dvojako tumačiti.⁵ Sa jedne strane to bi bilo pravo na primarno nastanjivanje koje obuhvata pravo osnivanja i upravljanja privrednim društvima, pod istim uslovima predviđenim za domaće državljane države u kojoj se društva osnivaju, odnosno obavljaju delatnost. Ovo pravo takođe obuhvata i mogućnost premeštanja stvarnog sedišta iz jedne države u drugu. Sa druge strane, pravo na sekundarno nastanjivanje obuhvata osnivanje društva kćeri (predstavništva, ogranci, filijale, i drugi oblici poslovnih jedinica) u drugoj državi članici. Pored toga obuhvata i mogućnost društva da u drugoj državi osnuje novo društvo, nastavljajući pri tom da postoji u matičnoj državi. Linija razgraničenja između prava na primarno i prava na sekundarno nastanjivanje nije uvek najjasnija, a postala je naročito sporna nakon presude Suda pravde u predmetu *Centros*,⁶ odnosno mogućnosti da se osnuje

² R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kragujevcu i Kancelarija Srbije i Crne Gore za pridruživanje Evropskoj uniji, Kragujevac, 2006, 351.

³ Čl. 54. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

⁴ *Ibidem*.

⁵ M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović Petrović, *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 49.

⁶ *Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Case C-212/97, Judgment of the Court of 9 March 1999.

određena forma zavisnog društva u drugoj državi (sekundarno nastanjenje) u situaciji kada mesto primarnog nastanjenja praktično ne postoji.⁷ Međutim, ova podela je nakon presude u predmetu *Überseering*⁸ postala praktično irelevantna, jer je Sud stao na stanovište da za postojanje sekundarnog nastanjenja nije potrebno da istovremeno postoji i primarno nastanjenje.

Razlika između primarnog i sekundarnog prava nastanjivanja ogleda se u tome što kod primarnog nastanjivanja dolazi do prekograničnog premeštaja stvarnog sedišta, dok kod sekundarnog nastanjivanja privredno društvo u drugoj državi članici osnivaju svoje zavisno društvo u vidu predstavništva, ogranka, filijale i slično. Kako primarno pravo nastanjivanja sa sobom povlači i promenu stvarnog sedišta, privredna društva u praksi retko koriste pravo primarnog nastanjivanja, posebno imajući u vidu da neke države članice, kao što su na primer Nemačka i Austrija, zabranjuju promenu stvarnog sedišta.⁹ Stoga su u praksi češće situacije u kojima privredna društva osnivanjem svojih predstavništava, ogranka ili filijala sele svoju privrednu delatnost na teritoriju druge države članice. Iako u pravnoj teoriji postoji spor oko definisanja ovih oblika vršenja privredne delatnosti, zajedničko za te oblike privređivanja je to da im nacionalna zakonodavstva država članica ne priznaju svojstvo pravnog lica, već ih smatraju delovima svojih matičnih društava.

Pravo na nastanjivanje je jedan od centralnih stubova na kojima počiva Evropska unija.¹⁰ To pravo je od presudnog značaja za uklanjanje prepreka koje nacionalne granice i zakonodavstva nameću slobodnom kretanju roba, usluga i kapitala. U slučaju kada nacionalni sudovi nisu sigurni da li je određeno nacionalno pravno pravilo u skladu sa Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije ili kada postoji nejasnoća u vezi sa tumačenjem tog ugovora, ti nacionalni sudovi se za pomoć mogu obratiti Sudu pravde Evropske unije shodno čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.¹¹ Obim prava na nastanjivanje kao takav se, dakle, ne crpi samo iz formulacije čl. 49. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, već značajan doprinos njegovom širem ili užem shvatanju daju i tumačenja Suda pravde Evropske unije. Sud se u mnogobrojnim presudama izjašnjavao o ograničenjima ovog prava nametnutim od strane nacionalnih zakonodavstava, a koja za posledicu imaju otvorenu ili prikrivenu diskriminaciju prema stranim društvima. Zabrana diskriminacije stranih privrednih društava

⁷ M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović Petrović, *op. cit.*, 50.

⁸ *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Case C-208/00, Judgment of the Court of 5 November 2002.

⁹ R. Vukadinović, *op. cit.*, 358.

¹⁰ C. Frost, *Transfer of Company's Seat – An Unfolding Story in Europe*, 36 Victoria University, Wellington Law Review, 2005, 360.

¹¹ Vidi čl. 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

znači da nacionalni zakonodavac ne može takvim društvima nametati strože uslove u odnosu na one koji važe za domaća društva. Ovakvo tumačenje prava nastanjivanja provejalo je u odlukama Suda evropske zajednice do polovine 80-ih godina dvadesetog veka. Novijim presudama Sud tumači pravo nastanjivanja kroz opštu zabranu ograničenja, kako u odnosu na fizička tako i pravna lica.¹² Ova opšta zabrana ograničenja polazi od stanovišta da čak i kada propisi važe i za strana i za domaća lica, oni mogu biti diskriminatoran efekat na način da uskrate uživanje prava nastanjivanja. Ovaj koncept Sud je razvio tumačenjem čl. 49. i 54. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, ali je ostalo kao sporno pitanje mere do koje zabrana ograničenja može da ide.

Do pre nekoliko godina sudske odluke u kojima je Sud Evropske unije razmatrao pitanja u vezi sa pravom na nastanjivanje privrednih društava bile su retke, a samim tim i nedovoljne za stvaranje jasnije slike o dometu i obimu prava na nastanjivanje. Uz to, odsustvo harmonizacije komunitarnog prava u oblasti prava na nastanjivanje u značajnoj je meri doprinosilo lošem stanju u toj oblasti. Pravo, dakle, nije na odgovarajući način pratilo potrebe sve većeg broja privrednih društava koja su se bavila prekograničnim aktivnostima i druge potrebe koje je sa sobom donelo širenje unutrašnjeg tržišta Evropske unije. Do donošenja odluke u slučaju *Centros*, u toj pravnoj oblasti postojala je svojevrsna konkurencija pravnih sistema država članica, koja je u to vreme bila posmatrana kao negativna pojava.¹³ Svojevremeno je Sud pravde Evropskih zajednica prilikom odlučivanja o prethodnom pitanju u predmetu *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD. and others* dao tumačenje ovog člana.¹⁴ Tako je Sud definisao da pravo na nastanjivanje podrazumeva preduzimanje poslovne aktivnosti na određenom mestu u drugoj državi članici na neodređeno vreme.¹⁵ Isti Sud je u predmetu *Sevic* dalje razradio pojam prava na nastanjivanje i izneo svoj stav da pravo na nastanjivanje obuhvata sve one mere koje omogućavaju ili bar olakšavaju pristup drugoj državi članici i obavljanje privredne aktivnosti u istoj, na način da se svim zainteresovanim licima omogući učešće u privrednom životu zemlje, efektivno i pod istim uslovima koji važe za domaća lica.¹⁶

¹² M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović Petrović, *op. cit.*, 46.

¹³ *Ibidem*, 51.

¹⁴ *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame LTD. and others*, C-221/89, Factortame II, Judgement of the Court of 25. July 1991.

¹⁵ *Ibidem*, paragraf 20.

¹⁶ *Sevic Systems Aktiengesellschaft v. Amtsgericht Neuwied*, C-411/03, Judgement of the Court of 30. December 2005, paragraf 18.

PRIPADNOST PRIVREDNIH DRUŠTAVA

Analizirajući čl. 54. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije možemo zaključiti da, ukoliko neko privredno društvo želi da uživa pravo na nastanjivanje koje mu taj član garantuje, ono mora biti osnovano u skladu sa pravom države članice, a uz to mora ispuniti jednu od tri moguće tačke vezivanja sa Unijom. Te tri tačke vezivanja su registrovano sedište, centralna uprava i glavno mesto obavljanja privredne delatnosti, koje moraju biti na teritoriji neke od država članica. Ove tri alternativne tačke vezivanja, koje su po čl. 54. utvrđene kao ravnopravne, pokazuju u stvari različitost između nacionalnih zakonodavstava država članica povodom toga šta se ima smatrati odgovarajućom tačkom vezivanja između privrednog društva i određene države, a za potrebe određivanja pripadnosti (državljanstva) privrednih društava. Upravo iz ove tri različite tačke vezivanja proizlazi i osnovna podjela među državama članicama Unije na one koje prihvataju teoriju osnivanja (inkorporacije) i one koje se vode teorijom stvarnog sedišta, odnosno alternativno registrovanog sedišta ili mesta glavnog nastanjenja.¹⁷ Prema tome, tumačenje obima prava na nastanjivanje za privredna društva umnogome zavisi od toga kako domaća država članica određuje pripadnost stranog privrednog društva i u kom obimu tim privrednim društvima priznaje pravni subjektivitet.

Pravna teorija i praksa imaju različite kriterijume za rešavanje ovog problema. Tako po jednom kriterijumu, privredno društvo ima pripadnost one države u kojoj je registrovano, odnosno po čijem je pravu osnovano, bez obzira na mesto gde se sedište tog društva nalazi (u toj ili nekoj drugoj državi).¹⁸ Po sličnoj definiciji, privredno društvo pripada državi po čijim je zakonima osnovano, bez obzira na to gde mu se nalazi stvarno sedište, imovina ili centar poslovanja.¹⁹ Osnovno načelo ove teorije je autonomija volje osnivača odnosno upravljača privrednog društva, koji imaju tu slobodu da sami odluče koja će pravna pravila biti primenjena na njihovo društvo. Države koje su prve prihvatile ovu tačku vezivanja kao odgovarajuću za utvrđivanje pripadnosti privrednih društava bile su Sjedinjene Američke Države i Velika Britanija²⁰ iz razloga sigurnosti prometa.²¹ Ovaj kriterijum u svojim zakonodavstvima koriste Velika

¹⁷ M., Vasiljević, V., Radović, T., Jevremović Petrović, op. cit., 44.

¹⁸ M. Jezdić, *Međunarodno privatno pravo I, Uvod u međunarodno privatno pravo i opšti elementi formiranja i primene normi međunarodnog privatnog prava*, šesto izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1976, 143.

¹⁹ M. Stanivuković, Tačke vezivanja za komercijalna pravna lica u međunarodnom privatnom pravu, *Pravni život* 12/2003, 438.

²⁰ M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, četvrto izdanje, JP „Službeni list SRJ”, Beograd, 2000, 365.

²¹ M. Stanivuković, op.cit., 438.

Britanija, Republika Irska, Holandija, Danska, Švajcarska.²² Jezdić ističe da je glavni razlog prihvatanja ove tačke vezivanja to što države koje tu tačku prihvataju „imaju čitav niz filijala i agentura u stranim državama”²³, i što se na osnovu registracije u tim državama smatraju domaćim privrednim društvima i kada svoju privrednu delatnost vrše u inostranstvu. To dalje implicira i da će takva društva uživati sva prava koja njihove matične države dobiju zaključenjem bilateralnih i multilateralnih ugovora. Primenom mesta osnivanja kao tačke vezivanja za utvrđivanje pripadnosti privrednih društava, pitanja nastanka, prestanka, pravne i poslovne sposobnosti privrednog društva i druga slična pitanja ceniće se po zakonodavstvu države osnivanja tog društva.²⁴ Ova teorija daje prioritet pravnoj sigurnosti i zaštiti trećih lica, najčešće poverilaca, koja se najlakše mogu obavestiti o svim značajnim statusnim činjenicama (osnivački akt privrednog društva, ovlašćena i odgovorna lica u privrednom društvu, informacije o stečaju, likvidaciji, itd.) vezanim za privredno društvo s kojim stupaju u pravni odnos upravo u mestu gde je to društvo i osnovano. Zagovornici ove teorije ističu „da se registracija teže menja nego sedište i da su uslovi za promenu registracije teži nego za promenu sedišta društva, što u većoj meri obezbeđuje interese svih lica koja su u pravnim odnosima sa društvom”.²⁵

Po drugom kriterijumu, pripadnost privrednog društva određuje se po njegovom stvarnom sedištu. Pod stvarnim sedištem podrazumeva se glavni organ uprave privrednog društva. Ovaj kriterijum prihvatile su Nemačka, Austrija, Italija, Francuska, Španija i Belgija.²⁶ Najčešće se zahteva da pravno lice ima i stvarno sedište u državi po čijem pravu je to lice osnovano. Po ovom kriterijumu privredno društvo smatra se domaćim društvom, ukoliko mu je stvarno sedište u domaćoj državi.²⁷ Teorija stvarnog sedišta negira autonomiju volje osnivača odnosno upravljača prilikom odabira prava koje će se na status privrednog društva primenjivati, već polazi od pretpostavke da privredna društva imaju pripadnost države u kojoj im se nalazi centar upravljanja odnosno stvarno sedište, a iz razloga što privredna društva, po ovoj teoriji, moraju biti podvrgnuta onom pravu sa kojim je to društvo u najbližoj vezi. U praksi to za posledicu ima da se, primenom ove teorije, stvarno sedište društva poklapa sa mestom njegovog osnivanja, odnosno sa sedištem navedenim u osnivačkom aktu društva, jer bi premeštanje stvarnog sedišta iz države u kojoj je to društvo

²² T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik”, Beograd, 2007, 280.

²³ M. Jezdić, *op. cit.*, 143.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ M. Pak, *op. cit.*, 366.

²⁶ T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, 281.

²⁷ M. Jezdić, *op. cit.*, 143.

osnovano, u drugu državu automatski značilo i promenu pravne pripadnosti tog društva. Osnovni nedostatak ove teorije je nemogućnost utvrđivanja stvarnog sedišta onih privrednih društava koja imaju svojstvo multinacionalnih, a kojih je u današnjim uslovima globalizacije veoma mnogo.²⁸ Argumenti za prihvatanje ove teorije su sledeći: da je mesto osnivanja privrednog društva često fiktivno, da se sve obaveze iz delatnosti privrednog društva zasnivaju u sedištu tog društva, te da je ono pogodnije za primenu prava nego mesto osnivanja privrednog društva. Međutim, ova teorija nosi i ozbiljnu slabost koja se ogleda u tome da se sedište utvrđeno osnivačkim aktom ne mora nužno poklapati sa faktičkim sedištem glavne uprave društva. Tada po pravilu nastaje i problem kvalifikacije sedišta privrednog društva, koje se u praksi kvalifikuje po pravu suda gde se pitanje kvalifikacije postavlja (*lex fori*).²⁹

Iz navedenog se vidi da, u okvirima Evropske unije, države članice u pogledu određivanja pripadnosti i merodavnog prava za privredna društva primenjuju dve dijametralno suprotne tačke vezivanja, a to su mesto osnivanja privrednog društva, odnosno mesto gde se nalazi stvarno sedište privrednog društva. Istorijski gledano, među državama članicama primat je do skora imala teorija stvarnog sedišta koja za tačku vezivanja uzima mesto nalaženja sedišta privrednog društva. Međutim, u poslednje vreme, nakon donošenja niza presuda Suda pravde Evropske unije iz oblasti prekograničnih odnosa privrednih društava, teoriju stvarnog sedišta polako zamenjuje teorija osnivanja. Problem komunitarnog prava je taj što Ugovor o funkcionisanju Evropske unije ne predviđa poseban kriterijum pomoću koga bi se na unificiran način mogla odrediti pripadnost privrednih društava, a takav kriterijum ne postoji ni u drugim aktima komunitarnog prava. Stoga se pravna pripadnost privrednih društava ima ceniti prema pravilima međunarodnog privatnog prava država članica.

U pravnoj teoriji se vodi debata oko toga da li je Sud u predmetima *Centros* a potom i *Überseering* i *Inspire Art*³⁰ suštinski ukinuo teoriju stvarnog sedišta, a teoriju osnivanja postavio kao osnovno načelo.³¹ Ovo pitanje je, međutim, po našem mišljenju sporno. Naime, Osnivački ugovori ne daju direktan odgovor na pitanje koja od dve suprotstavljene teorije ima primat u komunitarnom pravu. Takođe, po njima Sud nema prava da odlučuje u stvarima privrednog prava sa prekograničnim elementom, osim da tumači direktive iz te pravne oblasti. Međutim, sa druge strane, Sud ima puno pravo da odlučuje o

²⁸ M. Stanivuković, *op. cit.*, 438.

²⁹ M. Pak, *op. cit.*, 366.

³⁰ *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, Case C-167/01, Judgement of the Court of 30. September 2003.

³¹ E. Wymeersch, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, ECGI - Law Working Paper No. 08/2003, 22.

stvarima koje se tiču prava i sloboda garantovanim Osnivačkim ugovorima, a shodno tome da stavlja van snage nacionalna pravna pravila kojima se ta prava i slobode ograničavaju. Prema tome, iako se ne bavi direktno problematikom pripadnosti privrednih društava i s tim u vezi sukobljenim teorijama osnivanja i stvarnog sedišta, sudska praksa Suda ipak posredno daje ocenu o mogućnostima primena te dve teorije u praksi i preprekama koje one stvaraju pri ostvarivanju slobode i prava iz Osnivačkih ugovora.

Za razliku od presuda u predmetima *Centros*, *Überseering* i *Inspire Art* na osnovu kojih se moglo zaključiti da je teorija stvarnog sedišta u potpunosti napuštena, presuda u predmetu *Cartesio*³² dala je drugu šansu teoriji stvarnog sedišta. Međutim, slučaj *Cartesio* ipak je donekle izmenio obim primene teorije stvarnog sedišta jer države članice sad moraju da dopuste privrednim društvima sa svoje teritorije da premeste svoja sedišta u inostranstvo uz promenu merodavnog prava za privredna društva, a bez prestanka postojanja tih društava u matičnim državama. Sud dakle ne uskraćuje pravo državama članicama da se koriste konceptom stvarnog sedišta, ali ih obavezuje da dozvole privrednim društvima osnovanim na njihovoj teritoriji da premeštaju svoja sedišta u druge države članice. Pa ipak, presuda u slučaju *Cartesio* ne treba da se shvati na način da je Sud ponovo udahnuo život teoriji stvarnog sedišta, jer se Sud u toj presudi nije konkretno ni bavio primenom te teorije, a iz drugih presuda Suda u istoj materiji jasno se iskristalisao stav da je protivno komunitarnim odredbama prava na nastanjivanje kada država članica primenjuje koncept stvarnog sedišta na način da zabranjuje privrednim društvima premeštaj njihovog sedišta u inostranstvo uz istovremenu promenu merodavnog prava za privredna društva.

Pored toga, presuda u predmetu *Cartesio* donela je još jedno razočarenje među pravnim teoretičarima koji su stanovište Suda u tom predmetu smatrali korakom unazad u odnosu na mogućnost neograničene primene teorije osnivanja. Iako Sud u toj presudi nije obrazložio direktno zbog čega je privremeno napustio svoj liberalni stav koji je izneo u prethodnim presudama, možemo pretpostaviti da je Sud to uradio sa namerom da ne bude on organ koji će konačno odlučiti o sudbini teorije stvarnog sedišta, već da to ostavi u obavezu zakonodavnim organima Evropske unije koji imaju široka ovlašćenja da detaljno utvrde osnovne principe i sistem pripadnosti privrednih društava u Evropi.

Dosadašnja sudska praksa Suda pravde Evropske unije pokazuje da je, u nedostatku odgovarajućih odredbi komunitarnog prava, upravo Sud bio taj čini-lac koji je izvršio jak uticaj na mogućnost država članica da nameću ograničenja stranim privrednim društvima koja žele da obavljaju privrednu delatnost na njihovim teritorijama. Iako se nije direktno bavio teorijom stvarnog sedišta

³² *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt.*, Case C-210/06, Judgement of the Court of 16. December 2008.

i njenim odnosom sa teorijom osnivanja, Sud je značajnim ograničavanjem posledica primene teorije stvarnog sedišta doveo u pitanje i sam opstanak te teorije. Nema, dakle, jasne naznake u odlukama Suda da je teorija stvarnog sedišta neprimenjiva na teritoriji Evropske unije. Odluke Suda samo posredno dotiču teoriju stvarnog sedišta, u smislu da određene posledice primene teorije stvarnog sedišta nisu saglasne slobodi nastanjivanja iz Osnivačkog ugovora. U prilog tome da Sud nije zabranio dalju primenu teorije stvarnog sedišta govori i to da je u svojim odlukama Sud jasno dao za pravo državama članicama da i dalje primenjuju određene mehanizme koji su karakteristični za teoriju stvarnog sedišta, a koji se odnose na zaštitu javnog interesa i borbu protiv zloupotrebe stranih privrednih društava. Takođe, jasno je da države članice i dalje mogu da bez bilo kakvih ograničenja i u punom obimu sprovedu koncept stvarnog sedišta na onim pravnim subjektima koji ne potpadaju pod primenu komunitarnog prava, kao što su na primer privredna društva koja dolaze iz država koje nisu članice Evropske unije i sa kojima nisu zaključeni međudržavni sporazumi koji bi regulisali pitanje priznanja i statusa stranih privrednih društava. Imajući u vidu sve navedeno, mišljenja smo da se iz dosadašnje sudske prakse Suda pravde Evropske unije ne može izvući zaključak da je teorija stvarnog sedišta prevaziđena i neprimenjiva, već samo da se ona nakon ovih presuda ne može više primenjivati u svom punom obimu i uz sve posledice koje proizvodi njena praktična primena, ali i to samo u odnosu na privredna društva koja su propisno osnovana po pravu neke druge države članice Evropske unije.

U vaganju između posledica koje proizvode obe teorije, Sud je dao primat teoriji osnivanja i to iz razloga što su mu, po našem mišljenju, prihvatljivije bile navedene mane teorije osnivanja, nego bilo kakva ograničenja prava na nastanjivanje koja nastaju primenom teorije stvarnog sedišta. Sud, dakle, pokušava da privrednim društvima sa teritorije Evropske unije omogući slobodan i neograničen pristup celokupnom evropskom tržištu. Stoga Sud svojim odlukama pokušava da ukloni sve prepreke koje primena teorije stvarnog sedišta stvara na putu ka slobodnom pristupu tržištu Unije. Kako je Uniji pravo na nastanjivanje jedna od najvažnijih sloboda garantovanih Osnivačkim ugovorom, razumljivo je što Sud pravde Evropske unije u svojim odlukama podržava skoro neograničenu prekograničnu pokretljivost privrednih društava.

Uzimajući u obzir stav Suda pravde Evropske unije u navedenim odlukama u kojima su posledice primene teorije stvarnog sedišta označene kao protivne pravu na nastanjivanje garantovanom Osnivačkim ugovorom, postavlja se pitanje koje su praktične posledice koje će takav stav Suda proizvesti. Smatramo, najpre, da će favorizovanje teorije osnivanja u odnosu na teoriju stvarnog sedišta dovesti do povećane konkurencije između država članica Evropske unije na polju privrednog prava. Ovo stoga što će osnivači privrednih društava

želeći da svoja društva osnuju u onim državama čija pravila privrednog i međunarodnog privatnog prava daju tim društvima najveću slobodu, odnosno čije zakonodavstvo je za ta društva najprivlačnije. Ovakve želje osnivača privrednih društava na teritoriji Evropske unije biće sasvim u skladu sa stavom koji je Sud pravde Evropske unije zauzeo u pomenutim odlukama, a koji dozvoljava privrednom društvu da se osnuje u jednoj državi članici iz jedinog razloga kako bi uživao sve pogodnosti za njega povoljnijeg zakonodavstva.

Razlozi za ovakvo favorizovanje koncepta osnivanja u odnosu na koncept stvarnog sedišta, a u svetlu uživanja prava na nastanjivanje iz Osnivačkog ugovora, nalaze se u samim ciljevima postojanja Evropske unije. Ti ciljevi kao zajedničku karakteristiku imaju uspostavljanje jedinstvenog tržišta na teritoriji Unije. Shodno tome, Sud je želeo da svojim odlukama podrži stvaranje jedinstvenog tržišta i promoviše princip konkurencije među privrednim društvima. Teorija osnivanja, po našem mišljenju, vodi više računa o interesima jedinstvenog tržišta nego što to čini teorija stvarnog sedišta koja se zasniva na protekcionističkim nacionalnim interesima država članica. Pristup koji problemu prekograničnog kretanja privrednih društava ima teorija stvarnog sedišta u značajnoj meri ograničava pokretljivost privrednih društava, a takođe im stvara i dodatne troškove povodom obaveze preregistracije u nekoj drugoj državi članici u koju to društvo želi da premesti centar svoje privredne aktivnosti. Stoga je Sud pokušao da svojim odlukama ukloni postojeće prepreke slobodnom kretanju privrednih društava, kroz nametanje obaveze državama članicama da priznaju status privrednog društva koje je propisno osnovano u drugoj državi članici. Ovako široko tumačenje prava na nastanjivanje predstavlja korak unapred ka boljoj pokretljivosti privrednih društava u Uniji, ali ona svakako nije dovoljna da obezbedi nesmetano obavljanje privredne delatnosti kao i uspostavljanje jedinstvenog tržišta bez ikakvih prepreka, već se to mora postići daljom harmonizacijom pravnih pravila međunarodnog privatnog i privrednog prava na komunitarnom nivou.

Sa druge strane, navedeni liberalni stav Suda povodom prekograničnog kretanja privrednih društava ima i svojih slabosti. On, naime, ne uzima u obzir mogućnost oštećenja prava trećih lica, kao što su manjinski akcionari, zaposleni ili poverioci društva, putem zloupotrebe izbora merodavnog prava koje se primenjuje na privredno društvo, osnivanjem u državi čiji pravni sistem najviše pogoduje licima koja upravljaju društvom. Zaštitu prava trećih lica u tom smislu bolje pruža teorija stvarnog sedišta koja je orijentisana na sprovođenje jake kontrole nad privrednim društvima koja vrše privrednu delatnost na teritoriji neke države.

Zbog ograničene mogućnosti primene teorije stvarnog sedišta nakon donošenja niza odluka od strane Suda pravde Evropske unije, postavlja se pitanje koji mehanizmi ostaju dostupni državama članicama kako bi zaštitile svoj javni interes i interes trećih lica. Naime, primenom kriterijuma stvarnog sedišta dr-

žave članice su imale mogućnost da primene svoje domaće pravo na privredna društva koja obavljala delatnost na teritoriji tih država. Ovo je u praksi omogućavalo državama članicama da široko kontrolišu aktivnosti privrednih društava na njihovoj teritoriji, čak i ako su ta društva bila osnovana u nekim drugim državama. Situacija se promenila nakon donošenja niza odluka Suda pravde Evropske unije, na primer u navedenim predmetima *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, nakon kojih odluka države članice moraju prihvatiti osnivanje privrednih društava po pravu druge države, kao i pravni subjektivitet tih društava.

Značaj koji je praksa Suda pravde Evropske unije imala na sukob teorije osnivanja i teorije stvarnog sedišta veoma je velik, iako se Sud nikada u svojim odlukama nije neposredno bavio sukobom ta dva koncepta. Donošenjem navedenih presuda omogućena je bolja prekogranična mobilnost privrednih društava na teritoriji Unije, a društvima je takođe omogućeno da na jednostavniji način premeštaju svoje sedišta na teritoriju druge države članice, odnosno da u tim državama članicama osnivaju svoje ogranke ili predstavništva. Iako Sud nije negirao mogućnost primene teorije stvarnog sedišta na teritoriji Evropske unije, posledice stavova koje je Sud zauzeo u navedenim presudama svakako su uzdrmale one države članice koje prihvataju teoriju stvarnog sedišta. Naime, ukoliko se privredno društvo osnuje u skladu sa pravom bilo koje države članice Evropske unije koja prihvata teoriju osnivanja, to privredno društvo ima pravo da svoju poslovnu delatnost obavlja bilo gde u Evropskoj uniji, uz zadržavanje merodavnog prava koje se na njega primenjuje i bez obaveze ispunjavanja bilo kakvih dodatnih uslova koje bi mu eventualno nametnula država članica na čijoj teritoriji obavlja svoju delatnost. Ovo znači da se komunitarno pravo sve više približava konceptu koji prihvata pravo Sjedinjenih Američkih Država, doduše uz manji stepen harmonizacije.

Posmatrajući pojedinačno obe teorije u svetlu dosadašnje prakse Suda pravde Evropske unije, možemo zaključiti sledeće:

Sud teoriju osnivanja prihvata u njenom punom obimu. Naime, ukoliko se na privredno društvo u svakom slučaju primenjuje pravo njegove države osnivanja bez obzira na to gde društvo obavlja svoju delatnost, druge države članice Unije moraju priznati pravni subjektivitet tog društva. One ne mogu nametati dodatne uslove tim privrednim društvima radi obavljanja privredne delatnosti na njihovoj teritoriji, osim u izuzetnim situacijama. Koje su to konkretno izuzetne situacije Sud do sada nije utvrdio, ali je sve situacije o kojima je u dosadašnjim postupcima bilo reči okarakterisao kao nedovoljne da bi se u njima nametalo ograničenje privrednim društvima. Te države, takođe, ni u kakvom obliku ne mogu nametnuti društvima obavezu preregistracije na njihovoj teritoriji.

Što se tiče teorije stvarnog sedišta, imajući u vidu da Sud teoriju osnivanja prihvata u njenom punom obimu, jasno je da teorija stvarnog sedišta mora

biti ograničena. Kao prvo, države članice ne mogu po osnovu svojih nacionalnih kolizionih normi da negiraju pravni status privrednog društva propisno osnovanog u drugoj državi članici. To konkretno znači da država koja prihvata koncept stvarnog sedišta mora priznati privredno društvo propisno osnovano u drugoj državi koja prihvata teoriju osnivanja, čak i kada se pretežno mesto obavljanja delatnosti tog društva nalazi na teritoriji te države koja prihvata koncept stvarnog sedišta. Iz ovoga se može zaključiti da je tačka vezivanja za privredna društva koju Sud prihvata upravo mesto osnivanja privrednog društva. Prema tome, veza između privrednog društva i države njegovog osnivanja smatra se konačnom.

Iz takvog pristupa problemu proistekle su i presude Suda koje, iako eksplisitno ne daju prednost ni jednoj od dve suprotstavljene teorije, ipak posredno favorizuju teoriju osnivanja kao liberalniju i bližu načelu prava na nastanjivanje iz Ugovora o funkcionisanju Evropske unije. Ovaj novi pristup Suda do koga se došlo širokim tumačenjem odredaba o pravu na nastanjivanje iz Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, usmeren je na očuvanje i poboljšanje slobodnog kretanja privrednih društava. Ovaj pristup možemo smatrati pragmatičnim, što je i razumljivo imajući u vidu konačni cilj postojanja Evropske unije, a to je Evropa bez bilo kakvih granica. Iz navedenih presuda Suda pravde može se takođe izvući i zaključak da je Sud svojim presudama uticao na primenu teorije stvarnog sedišta ne samo po pitanju merodavnog prava koje će se primeniti na privredna društva već i po pitanju sudske nadležnosti.³³ Naime, osim što će privredna društva koja potiču sa teritorije Evropske unije moći slobodno da biraju državu svog osnivanja, a samim tim i pravni sistem koji im više odgovara, one će posredno moći da utiču i na nadležnost sudova (tzv. forum shopping).³⁴

ZAKLJUČAK

Do današnjeg dana komunitarno pravo nije uspeło da dođe do opšteprihvaćenih pravnih instrumenata putem kojih bi se na odgovarajući način rešilo pitanje određivanja pripadnosti privrednih društava, čime bi se postigla i puna sloboda privrednih društava u ostvarivanju prava na nastanjivanje. Približavanju sukobljenih teorija stvarnog sedišta i osnivanja nisu pomogli ni značajni naponi koji su na tom polju ulagani od strane pravne doktrine odnosno međunarodnih organizacija kao što je na primer Haška konferencija o međunarodnom privatnom pravu.

³³ S. Chertok, *Jurisdictional Competition in the European Community*, University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law, volume 27, Issue 2, 2006, 468.

³⁴ *Ibidem*, 515.

Razlike između teorije osnivanja i teorije stvarnog sedišta suštinski predstavljaju razlike u stavovima različitih država članica Evropske unije. Tako se one države koje žele da stimulišu razvoj privrede privlačenjem stranih investitora odlučuju za prihvatanje teorije osnivanja, dok sa druge strane teoriju stvarnog sedišta prihvataju one države koje žele da ostvare što je moguće veću kontrolu privrednih aktivnosti koje se vrše na njenoj teritoriji. Navedene dve teorije teško je približiti i iz razloga što su prekogranični privredni odnosi veoma složeni. Oni, naime, uključuju primenu više različitih oblasti prava, kao što su komunitarno pravo, međunarodno privatno pravo, poresko pravo, radno i socijalno pravo, itd. Dalje, svaka od ovih oblasti se primenjuje kako na unutrašnje odnose u privrednom društvu, tako i na odnose privrednog društva sa trećim licima. Stoga je teško utvrditi unifikovana ili bar harmonizovana pravna pravila koja bi efektivno bila primenjiva na prekogranične privredne odnose.

Smatramo da problem spore harmonizacije pravnih pravila koje bi regulisale pitanje pripadnosti stranih privrednih društava ne leži samo u pokušaju da se na sve aspekte prekograničnih privrednih odnosa primeni jedno te isto pravo. Naprotiv, problem je mnogo kompleksniji jer prekogranični privredni odnosi sa sobom donose i nužno preplitanje više pravnih oblasti kao što su poresko, radno, privredno, međunarodno privatno i druge, koje postoje na različitim nivoima vlasti (komunitarno i nacionalno pravo). U takvim okolnostima teško je pomiriti često dijametralno suprotne interese država koje uz to ne žele tako lako da se odreknu svojih javnopravnih ovlašćenja u korist nadnacionalne tvorevine kao što je Evropska unija. Stoga je realno očekivati da harmonizacija u predmetnoj sferi nastupi tek momentom prenosa većine ovlašćenja kojima države članice raspolaze sa nacionalnog na nivo Evropske unije. Kada i da li će se ovo dogoditi, teško je predvideti.

THE RIGHT OF ESTABLISHMENT OF THE COMPANIES IN THE EUROPEAN UNION LAW

Siniša Novković,
attorney at law on Novi Sad

S u m m a r y

The right of establishment is the right of a legal entity to enter on the territory of the member state of the European Union and to establish in it with the goal to perform certain economic activities. This right is recognized both to natural persons who are the citizens of the member states of the European Union and also to the legal entities that belong to these states. However, the scope of the right to establishment is disputable in practice. The important contribution to its wider or narrower interpretation is given by the Court of Justice of the

European Union. The court creates the interpretation of this right from the provisions on the affiliation of the companies incorporated in Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, whereby the affiliation of the companies shall be determined based on two criteria, one in incorporation and the other is real business seat. The goal of this article is to analyze arguments pro and con in relation to the application of the theory of incorporation and theory of real business seat when determining the affiliation of the company in the light of right to establishment guaranteed by the Treaty on Functioning of the European Union.

Key words: right to establishment, affiliation of the company, theory of incorporation, theory of real business seat, Court of Justice of the European Union