

SUKOB ZAKONA O PRIVREDNIM DRUŠTVIMA

POSTAVLJANJE PROBLEMA

Nakon raspada SFRJ i nastanka novih državnih tvorevina na njenoj dotadašnjoj teritoriji, pitanje sukoba zakona u oblasti privatnopravnih odnosa dobilo je na značaju. Svaka od novonastalih država nastojala je da u što kraćem roku izgradi svoj pravni sistem, donoseći nove zakone ili preuzimajući zakone bivše savezne države, dok su, s druge strane, lične i imovinske veze između privatnih lica na području bivše Jugoslavije ostale veoma jake. Štaviše, one se poslednjih godina intenziviraju, jer su se politički odnosi među novim državama stabilizovali, a promet lica, robe, usluga i kapitala se konstantno uvećava. Zbog toga su privatnopravni odnosi sa elementom inostranosti česta pojava. U oblasti bračnih, porodičnih, naslednih, obligacionih i stvarnopravnih odnosa, čini se da nema većih poteškoća u određivanju merodavnog prava, imajući u vidu da su principi rešavanja sukoba zakona u tim oblastima bili razrađeni u zakonodavstvu, sudskoj praksi i pravnoj teoriji još za vreme bivše SFRJ. Pored toga, bivše jugoslovenske republike su imale zakonodavne nadležnosti u većem broju privatnopravnih oblasti, tako da problem unutrašnjeg sukoba zakona u tim oblastima (bračni, porodični i naslednopravni odnosi i jednim delom obligacioni i stvarnopravni odnosi) nije nov.

Drugačije stoji stvar u oblasti prava privrednih društava. Za vreme bivše SFRJ, zakonodavstvo o preduzećima bilo je u nadležnosti federacije, čime je bila

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Pravnog fakulteta, Pale i Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu.

isključena mogućnost pojave unutrašnjeg sukoba zakona. Takođe, postojale su prepreke za istupanje domaćih preduzeća na inostranom tržištu i za dolazak stranih kompanija na domaće tržište, što je suzilo faktičku mogućnost nastanka međunarodnog sukoba zakona. To je, verovatno, razlog što je pitanje sukoba zakona u oblasti prava privrednih društava bilo zanemareno u sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Raspad SFRJ i privatizacija privrede koja je usledila, podstakli su zakonodavnu aktivnost novih država, koje su sve odreda donele novo zakonodavstvo o privrednim društvima. Privredna društva osnovana u nekoj od država regiona u velikom broju slučajeva posluju na teritoriji drugih država, osnivajući svoja zavisna društva, ogranke i predstavništva, ili neposredno stupajući u ugovorne i druge privatnopravne odnose sa licima iz drugih država. Postavlja se pitanje po kom materijalnom pravu će se određivati njihov pravni položaj: pravna forma (oblik) privrednog društva, uslovi za sticanje i gubljenje, odnosno priznavanje pravnog subjektiviteta, krug pravnih poslova i radnji koje je društvo ovlašćeno da preduzima (poslovna sposobnost), lica ovlašćena za zastupanje i granice njihovih ovlašćenja, struktura, nadležnosti i rad organa društva, odnosi društva i njegovih članova (interni odnosi), odgovornost zbog povrede propisa kojima se uređuju privredna društva, odgovornost društva i njegovih osnivača prema poveriocima (eksterni odnosi), statusne promene i promene oblika, likvidacija i stečaj, itd?

U Srbiji je još uvek na snazi Zakon o rešavanju sukoba zakona, donet za vreme bivše SFRJ.¹ Pre nego što se pozabavimo rešenjima ZMPP, analiziraćemo teorijske postavke i uporednopravna rešenja problema sukoba zakona u pravu privrednih društava, kao i doprinos prakse Suda pravde njegovom rešenju, imajući u vidu činjenicu da Srbija, kao potencijalne članice EU, ima obavezu harmonizacije svog zakonodavstva sa pravom EU. Na kraju rada iznećemo svoj stav u pogledu budućih zakonskih rešenja u ovoj materiji.

Tačke vezivanja

U uporednom pravu izdvojile su se dve tačke vezivanja za određivanje merodavnog prava za pravni položaj privrednog društva – mesto osnivanja i mesto stvarnog sedišta. Države čije međunarodno privatno pravo prihvata mesto osnivanja (ili registracije) kao tačku vezivanja, pitanja pravnog statusa privrednog društva uređuju primenjujući pravo države po kom je privredno društvo osnovano, odnosno pravo države u kojoj je privredno društvo registrovano, u skladu sa teorijom osnivanja, ili registracije. Osnivači privrednog društva u načelu slobodno biraju pravo čijim pravilima će se rukovoditi prilikom osnivanja privrednog društva. Međutim, većina nacionalnih pravnih poredaka sticanje pravne i poslovne sposobnosti privrednog društva vezuje za čin registracije privrednog društva

¹ "Sl. list SFRJ", br. 43/82 i 72/82 - ispr., "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Sl. glasnik RS", br. 46/2006 - dr. Zakon.

u javnom registru. Registracija je uslovljena ispunjenjem određenih formalnih i materijalnih uslova propisanih pravom države registracije. Stoga je pravo po kom je privredno društvo osnovano redovno pravo države u kojoj je registrovano.²

Formalnopravno različita, ali po svojim stvarnim efektima istovetna mestu osnivanja je tačka vezivanja sedišta privrednog društva koje je određeno u osnivačkom aktu (statutu) privrednog društva – registrovano, odnosno statutarno sedište. Osnivači privrednog društva slobodno biraju mesto u kome će privredno društvo imati sedišta. Pošto država u kojoj se društvo registruje redovno uslovljava da društvo ima sedišta na njenoj teritoriji, to opredeljenje za sedišta određeno u osnivačkom aktu, odnosno statutu, kao tačku vezivanja prilikom rešavanja sukoba zakona, vodi istom rezultatu kao i opredeljenje za mesto osnivanja, odnosno registracije.

Teorija osnivanja ili registracije nastala je u Engleskoj, u doba kolonijalnih osvajanja. Teorija je omogućavala da se na pravni položaj engleskih kompanija koje su poslovale u kolonijalnim zemljama primeni englesko pravo, povećavajući na taj način pravnu sigurnost osnivača kompanije. Osim toga, njenim prihvatanjem omogućeno je da se kompanije koje posluju u inostranstvu oporezuju u Engleskoj. Teorija osnivanja prihvaćena je danas u međunarodnom privatnom pravu Velike Britanije, SAD, Švajcarske, Holandije, Lihtenštajna, Italije i Japana.³

U prilog teoriji osnivanja govore, pre svega, razlozi pravne sigurnosti. Mesto osnivanja, odnosno registracije, jednostavno se utvrđuje uvidom u osnivačke akte i akte o registraciji privrednog društva. Ako tokom postojanja privrednog društva dođe do premeštanja njegovog sedišta ili mesta u kome privredno društvo pretežno obavlja svoju delatnost, merodavno pravo se neće promeniti. Ne može se dogoditi da privredno društvo koje je punovažno osnovano po pravu jedne države, premeštanjem sedišta izgubi pravnu sposobnost ili dođe do promena u pogledu obima njegove poslovne sposobnosti. Privredno društvo ne mora ispunjavati uslove za priznanje pravne i poslovne sposobnosti u državi na čiju teritoriju je društvo premestilo svoje sedišta, odnosno poslovanje. Teorija osnivanja, stoga, pogoduje razvoju međunarodnog prometa. Drugo, teorija osnivanja proširuje granice autonomije volje osnivača privrednog društva. Birajući državu osnivanja, oni se istovremeno opredeljuju za pravo koje će se primenjivati na pravne odnose unutar privrednog društva i, u izvesnoj meri,⁴ na pravne odnose između društva i trećih lica. U tom smislu, teorija osnivanja podstiče konkurenciju nacionalnih pravnih poredaka u oblasti prava privrednih društava. Osnivači privrednog društva biraju državu osnivanja, a time i merodavno pravo za privredno

² M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2013. s. 128.

³ L. M. Laeger, *Deutsch-amerikanisches internationales Gesellschaftsrecht*, Passau 2008, s. 14-15.

⁴ U meri u kojoj pravo merodavno za privredno društvo određuje odgovornost društva, njegovih članova i članova njegovih organa za obaveze prema trećim licima.

društvo, imajući u vidu uslove osnivanja i imperativna pravila kojih se privredno društvo mora pridržavati u uređenju svojih unutrašnjih odnosa.

Ono što pobornici teorije osnivanja vide kao njenu osnovnu prednost, za njene kritičare je najveća mana. Teorija osnivanja pogoduje pojavi pseudo-inostranih privrednih društava. Osnivači privrednog društva, u cilju izbegavanja strogih propisa države u kojoj društvo obavlja glavninu svoga poslovanja, registruju privredno društvo u državi u kojoj su uslovi osnivanja i obaveze u pogledu načina upravljanja društvom, vođenja poslovnih knjiga, plaćanja poreza i dr. daleko lakši. Na delu je pojava izigravanja zakona u oblasti prava privrednih društava. Pojava je u Evropi, krajem 20. veka, dovela do relaksacije uslova osnivanja privrednih društava u državama koje su tradicionalno važile kao zemlje sa strogim uslovima osnivanja privrednih društava (eng. *race to the bottom*, odnosno trka do dna)⁵ i, na nivou Evropske unije, podstakla proces harmonizacije prava privrednih društava, koji se, ukratko, ne može oceniti kao uspešan.⁶ Razlike među nacionalnim zakonodavstvima država članica EU o privrednim društvima su i dalje velike, te je problem pseudo-inostranih privrednih društava još uvek prisutan.

Drugo, kritičari teorije osnivanja ukazuju da njena primena u kranjem ishodu ipak vodi pravnoj nesigurnosti. Države sa malom teritorijom i bez razvijene ekonomije, u cilju povećanja sopstvenih fiskalnih prihoda, svode uslove osnivanja i registracije privrednih društava na minimum, kako bi privukle strane osnivače. Države na čijoj teritoriji pseudo-inostrana privredna društva obavljaju svoje poslovanje, a koje usvajaju teoriju osnivanja u oblasti sukoba zakona u pravu privrednih društava, prinuđene su da pribegnu ustanovama javnog poretka, izigravanja zakona ili normi neposredne primene, kako bi sprečile priznanje njihove pravne i poslovne sposobnosti. To ima za posledicu primenu domaćeg prava u pogledu pojedinih pitanja statusa privrednog društva (npr. visine minimalnog osnovnog kapitala, odgovornosti uprave društva za nepoštovanje obaveza predviđenih aktima društva i imperativnim propisima, dejstva ograničenja ovlašćenja zastupnika društva prema trećim licima, prava manjinskih članova i dr.), odnosno kombinovanu primenu prava države osnivanja i domaćeg prava, što takođe vodi pravnoj nesigurnosti. Pored toga, lica koja stupaju u pravne odnose sa privrednim društvom registrovanim u nekoj dalekoj zemlji, vrlo često nisu upoznata sa pravnim formama privrednih društava koja u njoj postoje i pravnim pravilima koja za njih važe. Stoga, teorija osnivanja, čak i kada nije korigovana navedenim

⁵ R. Geimer, *Gesellschaften und juristische Personen auf Wanderschaft in Europa*, Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, Vorlesungen und Vorträge, Wien 2004.

⁶ Videti: S. Deakin, *Regulatory Competition versus Harmonisation in European Company Law*, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 163; M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović-Petrović, *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Beograd 2012; Marković-Bajalović, *op. cit.* Postoji li potreba za harmonizacijom prava privrednih društava u BiH?, Zbornik radova «Harmonizacija građanskog prava u regionu», Pravni fakultet Pale 2013, s. 355-376.

ustanovama međunarodnog privatnog prava, obezbeđuje pravnu sigurnost samo osnivačima privrednog društva, ali ne i poveriocima.⁷

Opređenje za stvarno sedište privrednog društva kao tačku vezivanja, onemogućava izigravanje zakona od strane osnivača. Merodavno pravo za privredno društvo jeste pravo države u kojoj društvo ima svoje stvarno (efektivno) sedište – to je osnovno pravilo teorije sedišta. Pravni odnosi koje društvo uspostavlja u svojim unutrašnjim i eksternim odnosima, opredeljenjem za stvarno sedište kao tačku vezivanja, dovode se u sklad sa pravom države na čijoj teritoriji se ti pravni odnosi odvijaju i izazivaju najveći broj pravnih posledica. Na taj način se u najvećoj meri štite interesi države u kojoj privredno društvo obavlja poslovanje.⁸ Teorija sedišta omogućava primenu pravila države domaćina koja služe zaštiti interesa manjinskih akcionara i članova, zaposlenih, poverilaca, kao i nje same u svojstvu poverioca društva (fiskusa). Teorija sedišta nastala je u Francuskoj, a danas je prihvaćena u pravima država kontinentalne Evrope: Nemačke, Belgije, Luksemburga, Portugala, Španije, kao i u pojedinim državama bivšeg Sovjetskog bloka, među kojima su Rumunija, Gruzija i Letonija.⁹

Na teorijskom planu, osnovna prednost teorije sedišta vidi se u tome da ona doprinosi sigurnosti unutrašnjeg pravnog saobraćaja. Za regulisanje pravnog položaja privrednog društva merodavno je pravo države koja je najviše “pogođena” njegovim postojanjem i poslovanjem. Teorija sedišta omogućuje državi u kojoj je društvo nastanjeno da primeni sopstvena pravna pravila, kako bi kontrolisala zakonitost osnivanja i poslovanja društva, bez obzira što je društvo punovažno osnovano i organizovano po zakonima strane države. U interesu je države u kojoj društvo ima stvarno sedište da ta pravila budu primerena funkciji koju treba da obave. Zbog toga nema bojazni od “Delaver efekta”, odnosno razvodnjavanja pravila o osnivanju i upravljanju privrednim društvom i drugih pravila sa zaštitnom funkcijom. Primenom teorije sedišta povećava se međusobno poverenje država, koje sada bez straha mogu da priznaju na svojoj teritoriji pravnu i poslovnu sposobnost privrednim društvima osnovanim u inostranstvu i sa stvarnim sedištem na njihovoj teritoriji.

Ključni problem u primeni teorije sedišta nastaje prilikom određivanja stvarnog sedišta privrednog društva. U savremenim uslovima internacionalizacije privrednog poslovanja, ponekad je zaista teško odrediti gde se nalazi stvarno sedište privrednog društva, pogotovu ako je ono osnovano multinacionalnim kapitalom, njegovi organi su razmešteni u različitim državama i društvo posluje istovremeno u više država.¹⁰ U pojedinim slučajevima određivanje stvarnog sedišta

⁷ Laeger, *op. cit.*, s. 17.

⁸ M. Schüppen, B. Schaub, *Aktienrecht*, München 2010, s. 112.

⁹ *Ibid.*, s. 112-113.

¹⁰ Stanivuković, Živković, *op. cit.*, s. 130.

privrednog društva praktično je nemoguće.¹¹ Pitanje određivanja stvarnog sedišta privrednog društva, sa aspekta međunarodnog privatnog prava, jeste pitanje kvalifikacije, koje rešava sud ili drugi organ prilikom određivanja merodavnog prava za privredno društvo. Tako se, u nemačkom pravu, stvarnim sedištem privrednog društva smatra mesto iz koga se upravlja poslovima društva, a to je mesto gde se odluke o upravljanju društvom realizuju, odnosno iz koga se rukovodi svakodnevnim poslovima društva. Stvarno sedište se određuje na osnovu objektivnog kriterijuma ispoljavanja radnji upravljanja društvom. Radnje upravljanja se redovno ispoljavaju kroz akte posloводства, kao što su izdavanje obavezujućih naloga, koordinacija i nadzor nad podređenim delovima privrednog društva. Te radnje se, po pravilu, vrše u mestu gde svoju delatnost obavlja organ društva nadležan za posloводство. Stvarno sedište društva je, prema tome, mesto gde se uprava društva stvarno nalazi. Ako se uprava nalazi na više mesta, odlučujuće je mesto gde se nalazi glavna uprava društva. To nije mesto u kome je akt posloводства, kao unutrašnja volja organa posloводства, nastao (na primer, direktor donese određenu odluku za vreme dok se nalazi na službenom putu, ili u mestu gde privatno boravi), već mesto gde se ta volja ispoljava. To nije ni mesto u kome se pojedine poslovodne odluke neposredno izvršavaju. Mesto u kome se nalazi pojedini proizvodni pogon ili poslovna jedinica društva takođe ne predstavlja stvarno sedište, čak i kada ti delovi društva imaju određenu samostalnost u vođenju poslova.¹²

U slučaju multinacionalnih kompanija, kojima se upravlja iz dva ili više mesta istovremeno, nastoji se ustanoviti u kom mestu se nalazi hijerarhijski viši organ upravljanja društvom. Ako društvo istovremeno obavlja više različitih delatnosti, kojima se upravlja iz različitih mesta, nastoji se ustanoviti koja od tih delatnosti je za društvo najznačajnija. Drugačiji kriterijumi važe kada je reč o grupi društava. U tom slučaju se za svako pravno samostalno privredno društvo u okviru grupe društava (koncerna, holdinga) zasebno određuje mesto stvarnog sedišta, a time i merodavno pravo, bez obzira na stepen faktičke međuzavisnosti društava unutar grupe.¹³

Iako u praksi u velikom broju slučajeva neće biti prostora za različitu kvalifikaciju stvarnog sedišta društva, mogu se pojaviti sporni slučajevi, kada je kao stvarno sedište društva moguće odrediti jedno, dva, pa i više mesta u različitim državama. Kvalifikacija stvarnog sedišta, a time i rezultat procesa određivanja prava koje je merodavno za privredno društvo, u takvim slučajevima zavisni su od stava suda pred kojim se odnosno pitanje postavlja. To rađa pravnu nesigurnost, kako za osnivače privrednog društva, tako i za treća lica, poverioce društva.

¹¹ Laeger, *op. cit.*, s. 12.

¹² S. Leible, J. Reichert, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 6 – Internationales Gesellschaftsrecht*, München 2013. s. 25-26.

¹³ Isto, s. 28.

Drugo, društvo koje je zakonito osnovano u stranoj državi, ali koje ne ispunjava uslove osnivanja u državi stvarnog sedišta neće biti priznato od strane pravnog poretka države stvarnog sedišta. Posledica toga je da su svi pravni poslovi koje sklopi to privredno društvo ništavi, a štetu zbog toga trpe savesna treća lica. Treće, problemi se javljaju u pogledu prilagođavanja unutrašnje organizacije društva pravnim pravilima države stvarnog sedišta. Često je, naime, teško, ustrojstvo i rad organa društva osnovanog po pravilima stranog prava prilagoditi zahtevima prava države stvarnog sedišta. Konačno, problem nastaje u slučaju da privredno društvo promeni sedište tokom svoga postojanja. To se u praksi često dešava, naročito u slučaju manjih privrednih društava, koja, u potrazi za poslom, sele celokupnu svoju aktivnost, a time i poslovodnu funkciju, iz jedne države u drugu. Tada nastaje mobilni sukob zakona, jer se premeštanjem stvarnog sedišta iz jedne države u drugu menja i pravo merodavno za privredno društvo. Štaviše, ako društvo ne ispunjava zakonske uslove za priznanje pravne i poslovne sposobnosti u državi novog sedišta, mora se nad njim sprovesti postupak likvidacije u državi ranijeg sedišta i, zatim, sprovesti postupak osnivanja u državi novog sedišta. Time se stvara problem sukcesije pravnih odnosa između društva prethodnika i društva sledbenika. Zbog navedenih razloga, preovlađujuće je mišljenje da teorija stvarnog sedišta predstavlja prepreku liberalizaciji međunarodnog privrednog prometa, ali joj se, ipak, u jednom delu pravne teorije daje prednost u odnosu na teoriju osnivanja.¹⁴

*Doprinos Evropskog suda pravde rešavanju problema
sukoba zakona u pravu privrednih društava*

Sud pravde Evropske unije svojim odlukama trasirao je razvoj međunarodnog privatnog prava u državama članicama u oblasti sukoba zakona u pravu privrednih društava. Zalagavši se za dosledno ostvarivanje načela Ugovora o funkcionisanju EU¹⁵ (u daljem tekstu: UFEU) o slobodi kretanja lica, Sud pravde je zabranio praksu država članica da odbijaju priznanje pravne i poslovne sposobnosti privrednim društvima punovažno osnovanim po propisima država članica u kojima su uslovi osnivanja blaži. U odluci u slučaju *Centros*,¹⁶ zauzet je stav da država članica ne može odbiti registraciju ogranka privrednog društva punovažno osnovanog po pravu druge države članice. U konkretnom slučaju, danski registarski organ odbio je da registruje ogranak kompanije osnovane i registrovane u Velikoj Britaniji, praktično bez ikakvog kapitala.¹⁷ Kompanija nije uopšte poslo-

¹⁴ Laeger, *op. cit.*, s. 26-28.

¹⁵ *The Treaty on the Functioning of the European Union*, Official Journal of the EU, 9.5.2008. C 115.

¹⁶ *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97, ECR 1999 I-01459

¹⁷ Kompaniju su osnovala dva osnivača, supružnici danske nacionalnosti sa kapitalom od svega 100 funti, a bila je registrovana na kućnoj adresi prijatelja osnivača u Velikoj Britaniji.

vala u Velikoj Britaniji i danske vlasti su smatrale da nije reč o osnivanju ogranka, već premeštanju stvarnog sedišta kompanije iz Velike Britanije u Dansku, čime osnivači izigravaju danske propise o minimalnoj visini osnovnog kapitala. Danski registarski organ stoga je odbio registraciju ogranka, tražeći da osnivači prethodno uplate minimalni osnovni kapital propisan danskim zakonom. Osnivači su podneli tužbu danskom sudu protiv odluke registarskog organa, smatrajući da se odbijanjem registracije ogranka kompanije punovažno osnovane po propisima druge države članice vređaju odredbe UFEU o slobodi nastanjivanja (čl. 49 u vezi sa čl. 54).¹⁸ Tužena strana je smatrala da nema povrede odredaba UFEU, jer je u pitanju unutrašnji pravni odnos koji dotiče isključivo dansku državu: dvoje danskih državljana, osnivanjem kompanije u Velikoj Britaniji i premeštanjem njenog sedišta u Dansku, izigravaju danske propise o minimalnom osnovnom kapitalu. Danski sud se obratio sa zahtevom sa preliminarano mišljenje Sudu pravde. Sud pravde nije osporio stav danskih vlasti da se u konkretnom slučaju radi o izigravanju danskih propisa o minimalnom osnovnom kapitalu. Međutim, odredbe UFEU o slobodi nastanjivanja garantuju pravo pravnim licima osnovanim ili sa sedištem na teritoriji jedne države članice na nacionalni tretman u drugoj državi članici. Privrednim društvima iz drugih država članica ne može se uskratiti pravo da registruju ogranak ili predstavništvo, jer je to pravo dato i domaćim privrednim društvima. Sud je takođe načelno zauzeo stav da nacionalne vlasti imaju pravo da primene mere kako bi sprečile fraudolozno postupanje svojih građana, koji, pozivanjem na komunitarne propise, nastoje da izbegnu primenu nacionalnih imperativnih propisa. Međutim, Sud je smatrao da su radnje osnivanja privrednog društva u jednoj državi članici i osnivanja ogranka privrednog društva u drugoj državi članici toliko inherentne načelu slobode nastanjivanja iz člana 49 UFEU, da se osnivanje privrednog društva u drugoj državi članici ne može ni pod kojim uslovima smatrati zloupotrebom prava nastanjivanja, dok odbijanje države porekla osnivača da registruje ogranak privrednog društva predstavlja povredu prava nastanjivanja, koje je garantovano UFEU. Osnivači privrednog društva imaju pravo da biraju državu u kojoj su uslovi osnivanja povoljniji, a država članica koja smatra da su time izigrani njeni propisi o osnivanju privrednih društava može primeniti manje restriktivne mere, tako što će, na primer, tražiti odgovarajuće finansijske garancije, kako bi zaštitila treća lica – poverioce privrednog društva osnovanog sa minimalnim osnivačkim kapitalom.

¹⁸ Članom 49 UFEU zabranjena su sva ograničenja slobode nastanjivanja državljana jedne države članice na teritoriji druge države članice. Zabrana se odnosi i na ograničenja u pogledu osnivanja zastupništava, ogranka ili zavisnih društava državljana neke od država članica na teritoriji bilo koje druge države članice. U skladu sa članom 54 UFEU, društva osnovana po propisima jedne države članice i koja imaju registrovano sedište, glavnu upravu ili mesto poslovanja unutar Unije, imaju pravo na isti tretman kao i fizička lica državljani država članica u pogledu primene načela o slobodi nastanjivanja.

Odluka Suda pravde u slučaju *Centros* potvrđena je u slučaju *Überseering*.¹⁹ Tom odlukom su raščišćene eventualne nedoumice u pogledu prava privrednih društava punovažno osnovanih na teritoriji jedne države članice da premeštaju svoje sedišta na teritoriju druge države članice, čije pravo prihvata teoriju stvarnog sedišta. U navedenom slučaju, vlasništvo nad privrednim društvom registrovanim u Holandiji stekla su dva nemačka državljanina i premestila njegovo sedišta u Nemačku. Društvo je zaključilo ugovor o građenju sa nemačkim društvom i, nakon izvesnog vremena, pokrenulo spor pred nemačkim sudom zbog neizvršenja ugovora. Pred nemačkim sudom postavilo se pitanje stranačke sposobnosti holandskog društva, s obzirom na činjenicu da je bilo osnovano po holandskom pravu, a da mu je stvarno sedišta u Nemačkoj. Društvo tužilac nije ispunjavalo uslove za priznanje pravne sposobnosti po nemačkom pravu, koje je bilo merodavno prema nemačkim pravilima o sukobu zakona. Istovremeno se postavilo pitanje da li odbijanje priznanja pravne sposobnosti predstavlja povredu načela o slobodi nastanjivanja iz čl. 49 UFEU? U svom zahtevu Sudu pravde za davanje preliminarne mišljenja, nemački sud ponovio je stavove pobornika teorije sedišta, ističući da primena prava države registrovanog sedišta stavlja osnivače privrednog društva u povoljniju poziciju, jer im omogućuje da, izborom države osnivanja, biraju pravo koje im više odgovara. Time se zanemaruju interesi trećih lica i države na čijoj teritoriji privredno društvo ima stvarno sedišta, jer se omogućuje primena propisa sa zaštitnom funkcijom o obaveznoj uplati i očuvanju osnovnog kapitala, pravima manjinskih članova i pravu zaposlenih na predstavnike u organima upravljanja. Konkretno, nemački sud je tražio od Evropskog suda da se izjasni da li odredbe UFEU o slobodi nastanjivanja onemogućuju primenu teorije sedišta, odnosno da se pravna sposobnost privrednog društva koje je osnovano na teritoriji jedne države članice i u međuvremenu premestilo svoje sedišta, procenjuje prema pravu države članice na čijoj teritoriji se nalazi njegovo stvarno sedišta? Stav Suda pravde bio je eksplicitan: priznavanje privrednih društava iz drugih država članica je nužan uslov primene načela o slobodi nastanjivanja.²⁰ Nep priznavanje pravne sposobnosti privrednog društva od strane države članice u kojoj ima stvarno sedišta i čije pravo prihvata teoriju stvarnog sedišta predstavlja negaciju načela o slobodi nastanjivanja, jer je privredno društvo punovažno osnovano po pravu druge države članice primorano da ispuni uslove osnivanja u državi članici u koju premešta svoje sedišta. Činjenica da je vlasništvo nad društvom u konkretnom slučaju prešlo u ruke nemačkih državljanina nije od značaja, jer privredno društvo time nije izgubilo status društva osnovanog po holandskim propisima.²¹

¹⁹ *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumangement GmbH (NCC)*, C-28/00, ECR 2002 I-09919.

²⁰ *Ibid.*, par. 59.

²¹ *Ibid.*, par. 81.

Prema preovlađujućim stavovima u pravnoj teoriji, nakon odluke u slučaju *Überseering*, teorija stvarnog sedišta izgubila je praktičan značaj. Njeni poslednji branioci zalagali su se za usko tumačenje navedene odluke, prema kome su države članice obavezne samo da priznaju pravni subjektivitet privrednom društvu osnovanom po propisima druge države članice, dok se ostala pitanja, kao npr. pitanje visine minimalnog novčanog kapitala i lične odgovornosti direktora i dalje mogu regulisati primenjujući pravo države stvarnog sedišta.²² Takođe je iznet argument da je i dalje moguće pravnu kvalifikaciju oblika privrednog društva vršiti *lege fori* i na taj način postići cilj zaštite interesa poverilaca društva osnovanim sa minimalnim osnivačkim kapitalom.²³ Tako, privredna društva sa ograničenom odgovornošću (kompanije engleskog prava) kvalifikovala bi se kao javna trgovačka društva nemačkog prava, čiji osnivači odgovaraju neograničeno solidarno.

Poslednja odbrana teorije sedišta pala je nakon odluke Evropskog suda u slučaju *Inspire Art*.²⁴ Slučaj se odnosio na kompaniju osnovanu i sa registrovanim sedištem u Velikoj Britaniji. Kompanija je poslovala u Holandiji, gde je njen direktor i jedini osnivač imao svoj domicil. Ogranak kompanije bio je registrovan u holandskom privrednom registru, ali bez naznake da se radi o pseudo-inostranoj kompaniji, što je bila obaveza predviđena holandskim propisima. Holandsko zakonodavstvo takođe je propisivalo u takvom slučaju obavezu uplate minimalnog novčanog kapitala predviđenog domaćim propisima za odgovarajući tip društva i predviđalo je ličnu odgovornost direktora društva koji propuste da postupe u skladu sa tom obavezom. Kako je prethodno navedeno, Sud pravde je u slučaju *Centros* potvrdio pravo država članica da primene mere kojima se sprečava zloupotreba komunitarnih propisa od strane njenih državljana, pod uslovom da su manje restriktivne u pogledu ostvarivanja načela slobode kretanja lica, u poređenju sa merom zabrane upisa u registar. Međutim, ovde je Sud našao da se zahtev upisa u registar podatka o pseudo-inostranom karakteru privrednog društva suprotstavlja Jedanaestoj kompanijskoj direktivi EU.²⁵ Tom direktivom je izvršena harmonizacija propisa država članica o upisu u registar podataka o ograncima privrednih društava. Sud pravde je zauzeo stanovište da je nabranje podataka koji se obavezno upisuju u registar u članu 2 Jedanaeste direktive taksativnog karaktera, te da je svako propisivanje obaveze upisa dodatnih podataka nacionalnim propisima suprotno komunitarnim propisima. Sud je takođe smatrao da se uslov

²² Vid. E.M. Kieninger, *The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared*, German Law Journal, br. 4/2004, s. 741-770, fusnota 26.

²³ Vid. C. Kersting, C.P. Schindler, *The ECJ Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, German Law Journal, br. 12/2003, s. 1277-1291, fusnota 19.

²⁴ C-167/2001

²⁵ *Eleventh Council Directive of 21st December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of companies governed by the law of another state*, 89/666, O.J. L 395, 30.12.1989. Direktiva je izmenjena Direktivom 2012/17, O.J. L 156, 16.6.2012.

uplate minimalnog kapitala predviđenog holandskim propisima ne može opravdati razlozima zaštite holandskog javnog poretka, već da to predstavlja povredu načela slobode nastanjivanja. Po mišljenju Suda, zaštita poverilaca se u dovoljnoj meri ostvaruje objavljivanjem podatka o tome da je reč o inostranoj kompaniji.²⁶

Iako odluke Suda pravde u oblasti slobode nastanjivanja obavezuju države članice samo u pogledu njihovih odnosa sa drugim državama članicama, one su uticale da se počne razmišljati o generalnom napuštanju teorije sedišta u međunarodnom privatnom pravu. Austrijski sudovi su počeli da primenjuju teoriju osnivanja već nakon odluke u slučaju *Centros*.²⁷ Nemačka je u Nacrtu zakona o međunarodnom privatnom pravu za društva, udruženja i pravna lica privatnog prava iz 2008. godine²⁸ predvidela registrovano sedište kao tačku vezivanja.²⁹ Do usvajanja zakona, Nemačka u odnosu prema društvima osnovanim na teritoriji trećih država³⁰ i dalje primenjuje teoriju sedišta, ali u njenom modifikovanom obliku. Društvima punovažno osnovanim u nekoj drugoj državi, a koja imaju stvarno sedište na teritoriji Nemačke ili svoje sedište premeštaju na njenu teritoriju priznaje se pravna sposobnost, pri čemu se pravna forma društva kvalifikuje po nemačkim propisima o privrednim društvima, kao pravu države stvarnog sedišta. Ukoliko društvo ne ispunjava zahteve nemačkog prava u pogledu minimalne visine osnivačkog kapitala, kvalifikuje se kao društvo lica, t.j. javno trgovačko društvo.³¹ Kombinaciju teorije osnivanja i teorije sedišta poznaje i švajcarsko pravo. Švajcarski zakon o međunarodnom privatnom pravu predviđa da će se na pitanje odgovornosti lica koja zastupaju društvo osnovano po stranom pravu, ali kojim se upravlja u Švajcarskoj ili sa švajcarske teritorije, regulisati po švajcarskom pravu. To znači da se u pogledu pitanja odgovornosti zastupnika društva čije je stvarno

²⁶ Par. 69 odluke *Inspire Art*.

²⁷ S. Mock, *Harmonization, Regulation and Legislative Competition in European Company Law*, German Law Journal, br. 12/2002, s. 17.

²⁸ *Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristische Personen*, Referentenentwurf, www.gmbhr.de/heft/03_08/IntPrivRG_RefEntw.pdf. Vidi takođe: C. Jessel-Holst, *The Law Applicable to Companies: Against the Background of Recent Initiatives and Developments in the EU and in Germany*, Pravo i praveda 5-8/2008, s. 56-65.

²⁹ Čl. 10 Nacrta.

³⁰ U te države se ne ubrajaju one prema kojima Nemačka ima obavezu da primenjuje klauzulu najpovlašćenije nacije, nacionalnog tretmana ili drugu klauzulu sa sličnim dejstvom. Teorija stvarnog sedišta primenjuje se još uvek u odnosu prema Švajcarskoj, Zambiji i ostrvu Men. Navedeno prema Schüppen, Schaub, *op. cit.*, s.116.

³¹ Novija nemačka sudska praksa priznaje javnom trgovačkom društvu pravnu sposobnost u odnosu prema trećim licima. Ono ima stranačku sposobnost, smatra se titularom zajedničke imovine društva, ima meničnu i čekovnu sposobnost i sposobnost da bude subjekt stečaja. S druge strane, u zemljišne knjige ne može se upisati društvo kao titular stvarnih prava na nekretninama, već titulari mogu biti isključivo ortaci kao idealni suvlasnici. S. Jasmer, M. Ramm, M. Stöterau, *Handels- und Gesellschaftsrecht*, Bremen 2004. s. 140.

sedište u Švajcarskoj, primenjuje švajcarsko pravo, iako se nacionalna pripadnost društva određuje o po kriterijumu osnivanja, odnosno registracije.³²

Poslednja odluka Suda pravde kojom je dotaknuto pitanje određivanja merodavnog prava za privredna društva je odluka doneta u slučaju *Cartesio*.³³ Mađarski sud odbio je da registruje promenu sedišta društva osnovanog po mađarskom pravu i sa registrovanim sedištem u Mađarskoj, čiji su osnivači želeli da sedište društva premeste u Italiju. Sud je to odbio sa obrazloženjem da po mađarskim propisima društvo koji želi da premesti sedište u inostranstvo prethodno mora da sprovede postupak likvidacije u Mađarskoj. Po zahtevu mađarskog suda za preliminarno mišljenje, Sud pravde je zauzeo stav da zabrana po nacionalnim propisima premeštanja sedišta iz države osnivanja u drugu državu članicu nije suprotna načelu slobode nastanjanja. Drugim rečima, države su slobodne da biraju tačku vezivanja na osnovu koje će se utvrđivati da li društvo ima status pravnog lica domaće nacionalnosti, odnosno pod kojim uslovima može da sačuva taj status.³⁴

Merodavno pravo za privredna društva u pravu Srbije

ZMPP predviđa alternativnu odlučujuću činjenicu u kolizionoj normi za pravna lica:

“Pripadnost pravnog lica određuje se prema pravu države prema kojoj je osnovano. Ako pravno lice ima stvarno sedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovano i po pravu te druge države ima njenu pripadnost, smatraće se pravnim licem te države.”³⁵

Ako se registrovano sedište i stvarno sedište privrednog društva nalaze u istoj državi, merodavno pravo za privredno društvo je pravo države osnivanja, odnosno registrovanog sedišta. Ako se stvarno sedište nalazi u državi koja nije država osnivanja, t.j. registrovanog sedišta, merodavno pravo je pravo države stvarnog sedišta, pod uslovom da i pravo države stvarnog sedišta prihvata teoriju sedišta. Odatle proizlazi da zakonodavac daje prednost teoriji sedišta. Postavlja se pitanje koji su razlozi opredelili zakonodavca da je prihvati? ³⁶ Naše je mišljenje

³² Čl. 154 i 159 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu.

³³ *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, 2008, C-210/06

³⁴ Sud pravde u slučaju *Cartesio* ukazuje, s druge strane, da se time ne ograničava sloboda privrednog društva da menja svoj oblik prilagođavajući ga propisima države na čiju teritoriju premešta svoje sedište, pri čemu ne sprovodi likvidaciju. Premeštanje sedišta moguće je ako država nastanjanja ne uslovljava promenu oblika sprovođenjem postupka likvidacije u državi ranijeg sedišta.

³⁵ Čl. 17 ZMPP.

³⁶ Za stavove domaće pravne teorije vid. T. Jevremović-Petrović, *Državna pripadnost, lex societatis i sedište privrednog društva*, Pravni život 11/2010, s. 155-176.

da su oni čisto teorijske prirode. Može se pretpostaviti da je zakonodavac pošao od toga da teorija sedišta bolje štiti interese države u kojoj se nalazi stvarno sedište društva i poverilaca iz te države. Za praksu je mnogo značajnije pitanje u kojim će slučajevima koliziona norma iz čl. 17 ZMPP zaista uputiti na pravo države u kojoj društvo nema registrovano sedište, jer se samo tako može proceniti stvarni domašaj teorije sedišta.

U primeni odredbe čl. 17 ZMPP moguće su tri situacije: 1) da je društvo osnovano u Srbiji, a stvarno sedište se nalazi u drugoj državi; 2) da je društvo osnovano u nekoj stranoj državi, a stvarno sedište se nalazi u Srbiji; 3) da je društvo osnovano u jednoj stranoj državi, a njegovo stvarno sedište se nalazi u nekoj drugoj stranoj državi.

Prethodno valja rešiti problem kvalifikacije stvarnog sedišta. Pošto je reč o kvalifikaciji koja se vrši pre određivanja merodavnog prava,³⁷ pojam stvarnog sedišta određivao bi se *lege fori*, odnosno u skladu sa domaćim materijalnopравnim propisima o privrednim društvima.³⁸ Ovde mogu nastati teškoće, jer je u Zakonu o privrednim društvima Srbije³⁹ (u daljem tekstu: ZPDS) prilikom definisanja pojma sedišta privrednog društva zanemarena okolnost da se stvarno i registrovano sedište ne moraju nalaziti u jednom mestu. U čl. 19 ZPDS sedište privrednog društva određeno je kao "mesto na teritoriji Republike Srbije iz koga se upravlja poslovanjem društva i koje je kao takvo određeno osnivačkim aktom ili odlukom skupštine." Iz navedene odredbe proizlazi da se stvarno i registrovano sedište moraju poklapati. U slučaju da je premestilo stvarno sedište, privredno društvo je dužno da izmeni svoj osnivački akt i prijavi registarskom organu promenu sedišta. ZPDS ne sadrži pravilo za slučaj da se stvarno i sedište određeno u osnivačkom aktu ne poklapaju, odnosno ako društvo ne prijavi promenu sedišta registarskom organu. Hrvatsko pravo u tom slučaju predviđa da će se smatrati da je sedište društva ono koje je upisano u registru, opredeljujući se time implicitno za teoriju osnivanja.⁴⁰ Drugo, ako društvo osnovano po pravu Srbije premesti svoje stvarno sedište u drugu državu, ono gubi pravni subjektivitet, jer je u ZPDS određeno da privredno društvo osnovano po odredbama tog zakona može imati sedište samo na teritoriji Republike Srbije. U takvom slučaju, moraju se konsultovati norme prava države stvarnog sedišta, kako bi se ustanovilo da li ta država priznaje pravni subjektivitet društvu koje na njenoj teritoriji ima stvarno sedište. Kao što smo prethodno videli, modifikovana teorija stvarnog sedišta omogućuje pri-

³⁷ Stanivuković, Živković, *op. cit.*, s. 262-263; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2003, s. 109-110.

³⁸ J. Barbić, *Pravo društava, Opći dio*, Zagreb 2006, s. 378-379.

³⁹ "Sl. glasnik RS", br. 36/2011 i 99/2011.

⁴⁰ Barbić, *op. cit.*, s. 378.

znanje pravnog subjektiviteta i društvima koja nisu osnovana prema pravu države čije pravo prihvata tu teoriju.⁴¹

U skladu sa navedenim, prva opisana situacija moguća je samo u slučaju da društvo osnovano po pravu Srbije, tokom postojanja premesti svoje stvarno sedište u drugu državu, koja prihvata teoriju sedišta i priznaje pravni subjektivitet društvima osnovanim po pravu druge države. Kako su države koje prihvataju teoriju sedišta istovremeno i države članice EU, odredba člana 17 st. 2 ZMPP se u praksi neće primeniti. Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju koji je na snazi između EU i njenih država članica i Srbije⁴² predviđeno da se privrednim društvom Zajednice, odnosno srpskim privrednim društvom smatra svako privredno društvo koje je osnovano po propisima države članice, odnosno propisima Srbije i čije se registrovano sedište ili glavna uprava ili glavno mesto poslovanja nalaze na teritoriji Zajednice ili Srbije.⁴³ Strane ugovornice su se obavezale da privrednim društvima druge strane pruže nacionalni tretman u pogledu poslovnog nastanjanja, pod kojim se podrazumeva pravo osnivanja zavisnih društava ili ogranka, i u pogledu poslovanja.⁴⁴ Sporazum o pridruživanju i stabilizaciji u odnosi- ma između Srbije i država članica EU predstavlja *lex specialis*, koji ima prednost u odnosu na odredbe ZMPP i odredbe ZPDS. U skladu sa tim, Srbija je obavezna da društva osnovana po njenom pravu, koja su nakon osnivanja premestila sedište na teritoriju neke od država članica, omogući nacionalni tretman, što suštinski znači primenu teorije osnivanja.

Ako je društvo osnovano po propisima strane države, a ima stvarno sedište na teritoriji Srbije, primeniće se pravo države osnivanja, jer ZPDS priznaje kao domaća privredna društva samo društva koja su osnovana po odredbama tog zakona. U čl. 3 ZPDS određeno je da društvo stiče svojstvo pravnog lica registracijom u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija poslovnih subjekata. Registracijom privredno društvo stiče svojstvo pravnog lica domaćeg (srpskog) prava, jer se ne može registrovati privredno društvo koje nije osnovano po pravu Srbije.

Teorija sedišta može doći do izražaja jedino u situaciji kada je privredno društvo osnovano po pravu neke strane države (koja nije članica EU), a njegovo stvarno sedište se nalazi u nekoj drugoj stranoj državi, koja prihvata tu teoriju. Primera radi, društvo osnovano po švajcarskom pravu, čija se glavna uprava nalazi u Nemačkoj, od strane sudova Srbije smatralo bi pravnim licem nemačkog prava.

⁴¹ Zbog toga nije tačan stav koji se iznosi u domaćoj literaturi, da je teorija stvarnog sedišta, kako je formulisana u čl. 17 st. 2 ZMPP, najčešće neprimenjiva, jer društvo u državi stvarnog sedišta nije ispunilo uslove osnivanja, odnosno registracije. Jevremović-Petrović, *op. cit.*, s. 165.

⁴² "Sl. glasnik RS-Međunarodni ugovori", br. 83/2008.

⁴³ Čl. 52 tač. 1 Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji.

⁴⁴ Čl. 53 Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji.

Iz svega navedenog proizlazi da teorija sedišta u međunarodnom privatnom pravu Srbije ima veoma sužen praktičan domašaj, jer je primenjiva samo na situacije kada je privredno društvo osnovano u jednoj stranoj državi, a ima stvarno sedište u drugoj stranoj državi koja prihvata ovu teoriju. Napred smo pokazali da je osnovni razlog prihvatanja teorije sedišta zaštita interesa države domaćina. Odredba člana 17 st. 2 ZMPP, u sadejstvu sa odredbama međunarodnih ugovora koji obavezuju Srbiju i normama ZPDS, vodi tome da interesi Srbije ne mogu biti zaštićeni. Stoga se može zaključiti da je teorija sedišta u međunarodnom privatnom pravu Srbije izgubila praktičan značaj.

Sukob zakona u pravu privrednih društava de lege ferenda

Prilikom donošenja novih propisa u oblasti međunarodnog privatnog prava treba očekivati da će u oblasti sukoba zakona o privrednim društvima teorija osnivanja dobiti isključivo važenje. Takvo opredeljenje nije samo posledica preuzetih međunarodnih obaveza, već i pragmatičnih razloga. Napred je pokazano da teorija sedišta, u kontekstu sadržine međunarodnih sporazuma i unutrašnjih propisa o privrednim društvima, ne proizvodi gotovo nikakve praktične efekte. Teorija sedišta, što je posebno značajno, nikako ne doprinosi ostvarenju cilja zaštite domaćeg pravnog poretka od prakse osnivanja pseudo-inostranih privrednih društava.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Srpsko Sarajevo, Pale

CONFLICT OF COMPANY LAWS

Summary

For a long time, the issue of conflict of company laws has been at the edge of interest of legal theory and practice in the ex-Yugoslav republics. However, it has attained importance during the last decade, when the economic relations among states in the West Balkan region has developed and companies have started to set up their branch offices and subsidiaries in the territory of neighbouring states. That practice necessarily raised the issue of the law applicable to the legal status of companies. In this article, author concentrates to the problem of conflict of company laws in Serbia. At the outset, the author analyses the European legal theory and practice, elaborating concurring theories – the foundation and the seat theory. Next, the author explains the European Court of Justice's contribution to the predominance of the foundation theory. The Court of Justice issued several decisions, important for the realization of the principle of free movement of companies in the EU, which practically abolished the seat theory.

The ex-Yugoslav Law on Conflict of Laws still represents the only source of international private law in Serbia. The law gives advantage to the seat theory. Serbia and BH signed the association and stabilisation agreements with the EU and its member states. The SAA represents *lex specialis* to the Law on Conflict of Laws, oblige signatories to apply the foundation theory. Serbian company law also precludes the application of the seat theory to pseudo-foreign companies. SAA and company law restrict the possibility for the application of the seat theory in Serbian law. That is the main argument for the author to propose complete abandonment of the seat theory and selection of the registered seat of the company as the only connection point in the future private international law of Serbia.