

УДК 347.72(4-672EU) ; 340.142:341.645(4-672EU)

др **Таијана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ**
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

УТИЦАЈ ПРАКСЕ СУДА ЕУ НА ЗАШТИТУ ПОВЕРИЛАЦА У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ

Резиме

У овом раду аутор се бави случајевима из праксе Суда ЕУ, који су довели у питање постојећи систем заштите поверилаца у компанијском праву земаља чланица ЕУ. Центар концепта компанијског права померио се на нове оквире, виђене, пре свега, у остваривању ефикасности друштва, док је заштита интереса појединих категорија лица сављена у друћу план. Пошто су досадашњи концепти, пошту минимума квалитета у завореним друштвима, и принцип његовој одржавања доведени у питање, јавља се потреба за проналажењем ефикасног система заштите поверилаца, те се нарочито све више инсистира на институтима стечајној права и правилима о фидуцијарној дужности. Но, имајући у виду неке одлуке Суда ЕУ, оворено остаје питање домаћаја примене појединачних института у целокупном правном систему сваке земље, у коме су постојећи традиционални правни механизми, и који, осим тога, више не чине целину правне заштите како је она до сада остваривана.

Кључне речи: *заштита поверилаца, пракса Суда ЕУ, изиравање закона, минимум квалитета, меродавно право за стачна питања друштва.*

I Увод

Ефикасно компанијско право основ је за остваривање циљева унутрашњег тржишта, али и стварање интегрисаног европског тржишта капитала.¹ Стога је интерес у регулисању бројних питања компанијског права изражен још од оснивања Европске заједнице. Извори комунитарног компанијског права – примарни: одредбе Уговора о функционисању ЕУ,² и секундарни: пре свега неколико уредби и већи број директива, препорука и мишљења, створили су својеврсно *компанијско право ЕУ* (*комунитарно компанијско право*), али су његовом развоју нарочито допринеле и бројне одлуке Суда ЕУ.

Наиме, Уговор о функционисању ЕУ у први план истиче доношење директива у циљу остваривања права на настањивање, што представља, између осталог, право на слободно кретање привредних друштава у најширем смислу речи. Директиве су и даље, макар формално, основно средство утицаја на компанијско право ЕУ, иако у том погледу постоје озбиљне критике и несугласице.³ Тако и сама Група стручњака која је радила на препорукама за модернизацију компанијског права истиче бројне мањкавости даљег (и досадашњег) регулисања путем директива, и истиче потребу флексибилније регулативе, која, између осталог, подразумева секундарну регулативу на националном нивоу, засновану на принципима и начелима примарног права, значајније увођење правних стандарда и њихово праћење, као и могућност увођења тзв. модела закона.⁴

1 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward (даље цитиран као План модернизације Комисије), Commission of the European Communities, Brussels, 21.5.2003, COM (2003) 284 final. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm (4.5.2010), стр. 3.

2 Пре свега чланови који уређују тзв. право настањивања (и евентуална ограничења) – чланови 49 и 52, основ за доношење директива у материји компанијског права (члан 50), и правило у вези са појмом правних лица и привредних друштава, и критеријумима у одређивању њихове везе са земљама чланицама и уједно Европском унијом (члан 54).

3 Критику види код, на пример, Н. Halbhuber, „National doctrinal structures and european company law“, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, стр. 1411 и даље. Критику хармонизације види и код: Ј. Andersson, „The High Level Group and the Issue of European Company Law Harmonization – Europe Stumbles Along?“, у: М. Neville, К.Е. Sørensen, (eds.) *The Regulation of Companies*, Forlaget Thomson, Copenhagen, 2003, стр. 188 и даље.

4 *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (даље цитиран као Извештај групе стручњака),

II Заштита интереса одређених категорија лица

Иако је компанијско право усмерено на остваривање и ефикасност унутрашњег тржишта, већ га је од почетка, према тексту Уговора о оснивању ЕЗ (данас Уговор о функционисању ЕУ), пратила и социјална димензија, изражена у потреби заштите одређених категорија лица. Тако је основна сврха акције на нивоу ЕУ у домену компанијског права јачање права акционара и чланова друштва, као и *заштита интереса трећих лица*, којом се успоставља сигурност у пословним односима и директно утиче, као најважнији предуслов, на постизање пословне ефикасности и конкуренције.⁵ То, међутим, није био закључак независних стручњака који су у свом Извештају заузели став да „...основни циљ компанијског права јесте да обезбеди правни оквир за оне који желе да предузимају пословне активности ефикасно, и на начин за који сматрају да најбоље одговара постизању успеха. Компанијско право треба пре свега да олакша вођење ефикасних и конкурентних предузећа, а да, при том, не заборави на заштиту акционара и поверилаца као интегрални део компанијског права“.⁶ Очигледно је да је домашај одредби које имају заштитни карактер остао на врху приоритета на званичном комунитарном нивоу, упркос мишљењу које је за Комисију ЕУ радила група чији су чланови били најистакнутији стручњаци у области компанијског права. Дакле, правац будућег развоја остао је у оквирима који су постављени још самим Уговором о оснивању ЕЗ, и који су довели до значајне кризе и застоја у регулацији компанијског права на нивоу ЕУ, које није пратило врло интензивни развој тржишта капитала и његове регулативе. Осим тога, компанијско право (п)остало је препрека у ефикасном обављању пословних активности на све развијенијем унутрашњем тржишту. Својеврстан компромис у решењу такве ситуације уследио је кроз врло значајну праксу Суда ЕУ, чије су одлуке, тумачењем постојећих, пре свега, основних принципа комунитарног права, попут права на настањивање, довела до далекосежних последица у домену компанијског права, и то у односу на бројна питања, међу којима је и концепт *заштита одређених категорија лица*. Иако превазилазећи настао несклад између потреба у пракси и правне регулативе, одлуке Суда ЕУ отвориле су бројна друга питања и проблеме.

Полазећи од наведеног стања, основни циљ комунитарног компанијског права и даље је *заштита одређених категорија лица*. Тај циљ сдржан је и у самом Уговору о функционисању ЕУ који предвиђа „... (уко-

Brussels, 4 November 2002. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background (4.5.2010), стр. 31–33.

5 План модернизације Комисије, стр. 8–9.

6 Извештај групе стручњака, стр. 29.

лико је неопходно) *координисање заштитних одредби*, које предвиђају земље чланице за друштва (у складу са тумачењем овог термина у односу на члан 54 Уговора о функционисању ЕУ), и *којима се штити интереси чланова друштва и друга лица* (подвукао аутор), ради њиховог изједначавања“ у целој Унији.⁷ Таква одредба представљала је основ за целокупну *хармонизацију* компанијског права (а не треба сметнути са ума поменути критику таквог регулаторног приступа), доношењем директива ЕУ.⁸ Њен смисао лежи у потреби усклађивања одредби којима се штите одређене категорије лица, односно забрани земљама-чланицама да, усвајајући супротне заштитне одредбе, ускрате друштвима из других земаља-чланица право на настањивање.⁹ Та одредба према месту налажења, у оквиру поглавља о праву на настањивање, указује да је њен домашај и смисао везан за основно право на настањивање, те се мора тумачити у складу са тим комунитарним принципом.¹⁰ Она представља основ функционисања националних компанијских права у комунитарном систему, али и границе до којих се она протежу.

Одредбе којима се ствара минимум стандарда у погледу заштите одређених интереса налазе се, према хијерархији, после основних права, попут права на настањивање, схваћених као неопходних у погледу остваривања слободног тржишта. У трећој равни постоји аутономија националног законодавца у односу на комунитарну регулативу.¹¹ То значи слободу за земље чланице да сва питања која нису обухваћена претходним правилима несметано уређују. Тако је до пре десетак година постојећим правилима међународног приватног права омогућено да утврђен систем националних компанијских права сваке земље буде „изолован, одвојен и заштићен“.¹² Међутим, доношењем неколико одлука пред Судом ЕУ, такав приступ је у основи измењен, те је дошло до такмичења законодаваца у

7 Члан 50, тачка г) Уговора о функционисању ЕУ. Није спорно да се под појмом „друга лица“ подразумевају повериоци, али је круг осталих лица у теорији споран, нарочито у односу на запослене. Вид.: Ranzelzhofer/Forsthoff „Коментар уз чл. 44 Уговора о оснивању ЕЗ“, у: E. Grabitz, M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union – Kommentar*, Bd. I, Verlag C. H. Beck, München, 2005, par. 15, 4; као и: V. Edwards, *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, стр. 8.

8 То, међутим, није био основ и за уједначавање права, у смислу надлежности у усвајању правила којима се уређују особене европске форме друштава.

9 Ranzelzhofer/Forsthoff, *нав. дело*, par. 12, 3

10 U. Eyles, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft: Die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990, стр. 133.

11 U. Eyles, *нав. дело*, стр. 36–7.

12 A. Daehnert, „The minimum capital requirement – an anachronism under conservation: Part 1“, *Company Lawyer*, vol. 30, nr. 1, 2009, стр. 3.

односу на многа значајна питања у области компанијског права. Тиме је слобода земаља чланица у регулисању свог унутрашњег права битно ограничена и проблематизована.

III Пракса суда ЕУ

Суд ЕУ имао је прилику у неколико наврата да се изјасни о смислу и домаћају одредби које се односе на право настањивања, и са њим у вези, нека од основних питања компанијског права. Први је чувени случај *Centros*, који је по први пут отворио проблем изигравања закона у односу на настањивање привредних друштава и примену меродавног права, покрећући феномен такмичења законодавца.¹³ Случај је имао далекосежне последице на многа питања, као што су одређивање меродавног права за друштва и примену теорија седишта, односно инкорпорације, као и тумачење права настањивања, како примарног, тако нарочито секундарног.¹⁴ Но, његове последице далекосежне су и на друга питања, попут заштите поверилаца.

Наиме, случај се односио на друштво *Centros*, које је било регистровано у Енглеској и коме је одбијено оснивање огранка у Данској путем кога је желело да обавља целокупну своју активност. Суштина проблема сводила се на оснивање органка (секундарно настањење) као фактички јединог места обављања делатности, чији је прави разлог био изигравање домаћих одредби о минимуму оснивачког капитала, а сами оснивачи су истицали да њихов мотив није било изигравање поверилаца. Суд ЕУ нашао је да се у том случају не може дозволити ускраћивање права на настањивање, јер се у овом случају не ради о злоупотреби права, ради чијег спречавања земље-чланице имају право да предвиде различите мере.¹⁵

Питање које, стога, постаје за нас најзначајније у односу на тему о којој говоримо, представља став Суда да треба онемогућити евентуалну

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

14 То су најзначајније последице не само овог, већ и других случајева о којима ће бити речи. Више о детаљима случаја, као и њиховим последицама вид. Т. Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштва у праву ЕУ и у поредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 89 и даље; као и: Т. Јевремовић Петровић „Прекогранична промена седишта друштва након нових одлука Европског суда правде“, *Сјирани правни животи*, бр. 1–3, 2006, стр. 171 и даље.

15 О праву на спречавање изигравања закона и злоупотребе права вид. нарочито следеће параграфе пресуде C-212/97: 18, 21–5, 38–9. Главну аргументацију према којој постоји повреда права на настањивање вид. у пар. 29, 30, 38, 39 пресуде C-212/97.

злоупотребу права (што у овом случају, према мишљењу Суда, није био случај) ради заштите трећих лица, међу којима нарочити интерес имају повериоци друштва. Наиме, један од традиционално најзначајнијих инструмената заштите поверилаца биле су одредбе о минимуму капитала. Национална права многих земаља су једнако примењивала одредбе о капиталу на основу Друге директиве компанијског права ЕУ на акционарска друштва, али и на друштва са ограниченом одговорношћу, иако у односу на ова последња није постојала никаква обавеза на комунитарном нивоу.¹⁶ Разлог је лежао у схватању да је основни капитал сигурност за повериоце друштва, те је стога неопходно увести строга правила о формирању основног минималног капитала, о његовом одржавању и евентуалним променама, као и другим инструментима који су у непосредној вези са тим питањима (попут стицања сопствених акција, недозвољених исплата, удела и њихове процене и слично). Инструменти заштите најзначајнији су за оне повериоце, који, по правилу, не могу или нису обезбедили своја потраживања уобичајеним средствима обезбеђења, али и за све остале повериоце, јер спречавају ризик стечаја, за чији се исход од битног значаја сматра изостанак обезбеђења довољног капитала у отпочињању пословања друштва.¹⁷ На основу таквог приступа, који је последњих година предмет озбиљних критика,¹⁸ уколико у домаћој земљи послује *ипо форма* страног друштво, на које се не примењују одредбе домаћег статусног компанијског права (међу којима и одредбе о капиталу), већ страног права, које нема ни исте ни сличне одредбе, долази до потребе увођења посебних механизма, чији је циљ заштита домаћих субјеката. Иако је такав приступ разумљив из угла посматрања заинтересоване државе, која жели да примени своје материјалне одредбе, и на тај начин заштити своје интересе, Суд ЕУ је

16 Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal of the European Union*, L 26, 31.1.1977, 1–13; измене: *OJ*, L 264, 25.9.2006, 32–36 и *OJ*, L 259, 2.10.2009. Извор: http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm#directives (30.4.2010).

17 Вид.: пар. 32 пресуде C-212/97.

18 Вид, на пример, зборник радова чија је тема заштита поверилаца у оквиру режима капитала са бројним прилозима који оспоравају значај минимума капитала у заштити поверилаца: M. Lutter (ed.), *Legal Capital in Europe*, ECFR Special volume 1, De Gruyter, Berlin, 2006. Тим путем иду и бројне (економске) анализе ефикасност заштите, које показују да је минимум капитала неефикасан начин заштите поверилаца. Вид, на пример, J. Armour, *Share capital and creditor protection: Efficient rules for a modern company law?*, Working Paper Series, WP 148, University of Cambridge, Cambridge, December 1999; A. Daehnert, *нав. дело*.

нашао да положај трећих лица не би био угрожен, *јер она рачунају на то да се ради о сираном друштву*. Ова лица нису у заблуди у овом случају и увек имају могућност да се упознају са правом у коме је друштво заиста регистровано, те нема посебног разлога њихове посебне заштите.¹⁹ Поред тога, на трећа лица, односно на њихова права и интересе, као и на уопште интересе правне сигурности не утиче чињеница (не)обављања економске активности у месту примарног настањања.

То значи да је Суд нашао да је заштита поверилаца већ остварена постојећим правилима о информисању, те нема потребе да се примене и додатна материјална правила домаће земље о минимуму капитала.²⁰ При том је, међутим, битно узети у обзир да у комунитарном праву *већ постоје материјална правила о минимуму капитала*, тако да је остварена хармонизација, додуше, само у односу на акционарска друштва. Међутим, регулисање на комунитарном нивоу само акционарских друштва у овим питањима говори о схватању минимума стандарда који се сматра неопходним у циљу „...заштите интереса чланова и других лица“, како је то дефинисано Уговором о функционисању ЕУ.²¹

Ако се узме да је такав став оправдан, односно да на нивоу ЕУ постоји довољан оквир заштите поверилаца у односу на друштва са ограниченом одговорношћу правилима о објављивању, и евентуално осталим правилима, односно, за акционарска друштва правилима и о минимуму капитала, онда долазимо до кључног проблема: која правила (институте) може да предвиди једна држава-чланица да би заштитила своје повериоце, и која је граница њене интервенције у том погледу. Осим тога, оправдано је питање да ли у конкретном случају то значи да уживање права на настањивање има *приоритет* у односу на заштиту поверилаца, иако је она прокламована као један од најзначајнијих интереса у односу на хармонизацију компанијских права на нивоу ЕУ, и да ли интерес заштите одређених категорија лица *фактички* остаје примарни циљ компанијског права²² или је то ипак ефикасност.²³

19 Пар. 32–3, 35–7 пресуде C-212/97.

20 S. Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 499. Додуше, Суд ЕУ је у пресуди у случају *Inspire Art* (C-167/01), о коме ће бити речи касније изричито нагласио да нема потребе да Суд разматра да ли правила о минимуму оснивачког капитала представљају по себи одговарајућу заштиту. Вид. пар. 135 те пресуде.

21 Већ помињани члан 50, тачка г) Уговора о функционисању ЕУ.

22 Што је оспорено Извештајем групе стручњака (стр. 29–30), али је ипак прокламован као и даље најзначајнији циљ у даљем уређењу компанијског права према Плану модернизације Комисије (стр. 8–9).

23 Овде нећемо улазити даље у расправу у односу на *средства* заштите поверилаца: све више критикована неефикасна правила о минимуму капитала, наспрам модернијих правила која упућују на неке друге инструменте, попут испитивања солвентности друштва или правила о стечајном поступку, и са њим повезаним

Дакле, Суд ЕУ је својим тумачењима права на настањивање *фактички омогућио приоритет начелу ефикасности*, испред заштите интереса других лица, иако је обрнут приоритет званично постављен кроз (касније донети) План модернизације компанијског права који је израдила Европска комисија.²⁴

Сличне последице могу се извући и из других случајева у пракси Суда ЕУ, који су имали за предмет право настањивања и нарочито изигравање закона. То су, на пример, случајеви *Überseering*, у коме је основни проблем био питање признања друштва, ваљано основаног (и и даље постојећег) у једној земљи-чланици, у другој земљи-чланици у коју је променило своје стварно седиште, и у којој се није сматрало правно ваљаним друштвом.²⁵ У пресуди је Суд опет признао право на настањивање, прихватајући аргумент општег правобраниоца да је циљ рестриктивних одредби националног права које одбија признање, и то пре свега заштита поверилаца и других лица, *нейројорционалан* у односу на негирање правне способности друштву које је ваљано основано у другој држави чланици.²⁶ Поново је Суд разматрао оправдање ограничења права на настањивање као потребу заштите општег интереса (тест четири услова који је годинама развијен у пракси Суда ЕУ), нарочито правила која су имала за циљ заштиту поверилаца, мањинских акционара и заштиту запослених кроз њихово учествовање у управљању, као и правила фискалне природе. Иако није незамисливо да такви интереси могу да представљају оправдање за ограничење права на настањивање, мишљење је Суда да они несумњиво не могу да оправдају ускраћивање правне нити процесне способности друштву које је ваљано основано у другој земљи-чланици и у којој има регистровано седиште.²⁷

Сличне су и последице случаја *Inspire Art*, у коме је друштво основано у Енглеској, где није стварно обављало активности, већ је то чинило преко огранка у Холандији.²⁸ Право те државе захтевало је примену одређених одредби закона којима је циљ да у случају „формално

институтима (који се често налазе на граници компанијског и стечајног права – обавеза покретања поступка стечаја, тзв. институт несавесног пословања енглеског права (*wrongful trading*) и слично.

24 Податке о том документу види раније.

25 Case C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Judgment of the Court of 5 November 2002., Conclusion de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 4 décembre 2001.

26 Вид.: Мишљење општег правобраниоца у случају C-208/00, тач. 46–7, 50–2 мишљења.

27 Пар. 92 и 93 пресуде C-208/00.

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

страног друштва“ заштите опште интересе путем правила да је неопходна регистрација податка да се ради о „формално страном друштву“, истицање тог податка у свим документима друштва, *минимум капи-тала*, као и сачињавање и објављивање годишњих књиговодствених докумената. Док услови везани за минимум капитала нису испуњени, директори друштва одговарају неограничено и солидарно, а исто тако одговарају и лица задужена за свакодневно управљање друштвом.²⁹ Дакле, у овом случају постојала је директна веза одредби о минимуму капитала ради заштите интереса појединих лица. И у овом случају Суд није нашао да се ради о злоупотреби права, дозвољавајући уживање права на настањивање. Значајан је, при том, став да је примена одредби Закона о формално страним друштвима у питањима минимума капитала и одговорности директора у супротности са правом настањивања.³⁰ Наиме, Суд је у вези са заштитом поверилаца сматрао да је чињеница да је *Inspire Art* страном друштво довољна да упозори ова лица у пословању са друштвом, те је закључио да се неке одредбе Закона о формално страним друштвима не могу оправдати разлозима из члана 46 (сада 52) Уговора о оснивању ЕЗ (сада Уговор о функционисању ЕУ), као ни разлозима заштите поверилаца, пореских или других интереса.³¹

То значи да држава очигледно нема право да предузима мере којима ће штитити интересе поверилаца, односно такво право јој је значајно ограничено поштовањем права на настањивање, које има приоритет у односу на заштиту интереса. Но, такво стање ствари не би ни требало да буде спорно. Право на настањивање је један од врхунских принципа комунитарног права, и као такав има несумњив примат у односу на одредбе националног права (чак и императивне природе, па и када штите интересе појединих категорија лица) све док су у супротности са њим. Међутим, следећи такво стање ствари, доводи се у питање примена националних правила која су традиционално сматрана основним инструментима заштите поверилаца. Та правила, којима се штите повериоци, су многобројна и укључују: правила којима се одређује износ минималног оснивачког капитала и његово одржавање, пробијање правне личности, одговорност директора и других чланова управе, дисквалификација директора и слично, и то зависно од сваког националног права. Та правила могу да буду законска или створена кроз судску праксу, али је њихова примена на страна друштва могућа само у оквиру члана 46 (сада члан 52) или кроз испуњење услова дефинисаних праксом Суда ЕУ у случајевима *Gebhard* и *Centros* (тест четири услова – *four-factor* тест), иако је случај *Inspire Art* показао да је

29 Та обавеза је заснована на Закону о формално страним друштвима од 17. децембра 1997. (*Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*, *Staatsblad* 1997, No 697).

30 Вид. нарочито тач. 95, 96, 98, 101, 104 пресуде C-167/01.

31 Тач. 107 пресуде C-167/01.

практично ове услове тешко испунити.³² То значи да је императивна примена одредби о заштити поверилаца у потпуности могућа само у унутрашњим односима, али не и неограничено у прекограничним случајевима, у односу на које заштиту у потпуности не пружају ни до сада хармонизована правила. Она су, наиме, непотпуна, обухватају само мали део целокупне и *целовитије заштитије* поверилаца, а при том су често критикована, и то нарочито правила Друге директиве која представљају суштину концепције о минимуму капитала, и према доскорашњем виђењу, основу заштите права поверилаца. Иако се одлука у случају *Inspire Art* „не слаже са заштитом интереса поверилаца и других лица као летитимног циља националног законодавца“.³³ Оправдано је, уколико се тако посматрају ствари запитати се како је онда уопште могуће тврдити да је заштита поверилаца уопште валидан интерес у заштити на европском нивоу. Међутим, очигледно је да одлука ипак није имала за циљ да искључи заштиту поверилаца, колико да је *усмери на друга средства*, која ће бити једнако ефикасна, а са друге стране у складу са комунитарним циљевима, и то пре свега слободама и правом на настањивање.³⁴ Истовремено, промена концепта коју је учинио Европски суд правде значи напуштање строгог концепта заштите поверилаца и развијање „одговорности поверилаца“ у односу на своје поступке.³⁵

Ако је досадашња регулатива неефикасна и недовољна, постаје значајна даља хармонизација на нивоу ЕУ кроз доношење Директива којима се, између осталог, остварује и заштита интереса чланова друштва, односно других лица, или налажење неког другог механизма заштите, уколико је процењено да је он и даље потребан. Као инструменти заштите до тада остају пре свега постојећа (национална) правила стечајног права и евентуалне одговорности директора, иако је значајна њихова међусобна разлика и различити ниво заштите коју пружају.

Последица одлука Суда ЕУ, нарочито одлуке *Inspire Art*, имале су значајне последице и у унутрашњим националним законодавствима, те су покренуте иницијативе у циљу измене постојећег правног режима који се односи на друштва, пре свега затвореног типа (она која јавно не емитују своје акције), у циљу бољег такмичења са другим правима. То је случај са, на пример, правом Немачке или правом Холандије. Док је немачко право донело посебна правила кроз тзв. *MoMiG*³⁶ закон, чији је

32 W. F. Ebke, „The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond“, *European Business Law Review*, бр. 1/05, стр. 42–3.

33 A. Daehnert, *нав. дело*, стр. 4.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 48. Извор: <http://www.bmj.bund.de/files/-/3339/Gesetz%20MoMiG.pdf> (20.10.2020).

основни циљ омогућавање оснивања друштва чија је одговорност ограничена, а за чије оснивање није потребан минимални оснивачки капитал; дотле је и право Холандије учинило значајне измене у односу на општи режим за друштва са ограниченом одговорношћу у односу на капитал друштва и положај поверилаца, за која су раније важила строга правила која се примењују и на акционарска друштва (на пример, одржавање капитала, модификације капитала, сопствене уделе итд.).³⁷

IV Посредне последице:

Изиравање и злоупотреба права и такмичење законодаваца

Последице одлука Суда ЕУ у наведеним случајевима очигледно су довели у питање одредбе националних права које се односе нарочито на минимум капитала и друге одредбе у циљу заштите поверилаца, а нису донете кроз хармонизована правила комунитарног права – пре свега се ради о одредбама у односу на друштва затвореног типа (на која се не примењују правила Друге директиве). Међутим, посредно је као изузетно значајна последица уследило и оснивање или признавање до тада основаних тзв. *ипро форма* друштава, односно оних друштава чији је основни циљ да, користећи комунитарно право, пре свега право на настањивање, избегну примену неких одредби националног права земље у којој фактички обављају своју делатност. Таква ситуација није сматрана злоупотребом права, барем не таквом да даје право заштите земљама-чланицама, већ уживањем права на настањивање. Национална права чије се одредбе очигледно изигравају не могу у таквом случају да примене правила која имају по природи заштитну улогу.³⁸ Суд је нагласио да комунитарно право не сме да буде основ за изигравање националних права или злоупотребу, али је практично остваривање таквог правила кроз право земље-чланице остало отворено, имајући у виду да је Суд у поменутим случајевима нашао да ситуација не дозвољава примену посебних ограничења права која гарантује Уговор о оснивању ЕЗ (сада Уговор о функционисању ЕУ).³⁹ Међутим, када се погледа смисао правила која је национално право покушало да примени на друштва,

37 Н. Boschma, L. Lennarts, H. Schutte-Veenstra „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review*, vol. 8, 2007, стр. 572 и даље.

38 На овом месту неће бити речи о разлици између концепта изигравања закона и злоупотребе права. О разлици у односу на комунитарно право вид.: А. Kjellgren „On the Border of Abuse: the Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law“, М. Andenas, W-H. Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, стр. 247 и даље.

39 Вид. *Ibid*, стр. 271 и даље.

и која су била разлог за изигравање, онда је јасан став Суда ЕУ да је остварена хармонизација довољан основ заштите интереса одређених категорија лица, па и поверилаца, а ван тога остају *унућрашњи односи* и правила која примењују државе чланице, али не у мери у којој би могли да угрозе уживање права гарантованих Уговором о функционисању ЕУ.

Већ је поменуто да је такав став довео до измена националних права у погледу (нарочито) правила у вези са минимумом капитала и довео до феномена такмичења законодаваца.⁴⁰ Феномен такмичења законодаваца јасно утиче на заштиту поверилаца. Док са једне стране позитивно такмичење подразумева промене у односу на њихов положај, тиме што се он унапређује применом ефикаснијих правила или института, дотле снижење стандарда и укидање одређених правила и института, чија је примарна или узредна сврха заштита поверилаца без одговарајуће замене може значајно негативно да утиче на њихов положај. Питање је у којој мери до сада извршене реформе компанијских националних права, и заједничко деловање комунитарног компанијског права, као резултат такмичења, утичу позитивно или негативно на положај поверилаца.

Досадашњи систем националних и комунитарних правила је, пре свега, предвиђао могућност примене института заштите општег интереса, као општег корективног правила. Међутим, у наведеним случајевима (случај *Centros*) није био примењен. Други могући механизам (теорија стварног седишта у одређивању меродавног права, којом су избегавани случајеви примене страног права на домаћа друштва) такође је великим делом превазиђен досадашњим одлукама Суда ЕУ.⁴¹ Та теорија је у свом најстрожем виду примењивана у Немачкој, као и у великом броју других континентално европских земаља, али се новим изменама правила у области компанијског права напушта управо због значајног одлива немачких друштава и потребе да законодавац заустави такав процес смањењем критеријума која се сматрају главним препрекама услед којих друштва бирају повољнији правни систем. До сада је теорија седишта као најзначајнију своју карактеристику истицала заштитни карактер, и то пре свега у односу на повериоце, имајући у виду да се фактичко стање обављања активности друштва поклапа са стварним стањем.⁴² На тај начин је повериоцима било омогућено да послујући са (фактички)

40 О такмичењу законодавца вид.: Т. Јевремовић Петровић, „Конкуренција законодавца и проблем изигравања закона у компанијском праву Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 200 и даље.

41 С. Barnard, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Second edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, стр. 343.

42 О предностима теорије седишта видети више у: Т. Јевремовић, *Прекогранична промена седишта друштва у комунитарном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003, стр. 36.

домаћим друштвом имају и све предности примене домаћег права на такво друштво. Пресуде Суда ЕУ су управо у том заштитном делу онемогућиле дејство теорије седишта, и довеле у питање границе њене примене, отварајући при том значајније питање будућег регулисања положаја поверилаца на нивоу ЕУ.⁴³

Одлукама Суда ЕУ поремећен је систем јединственог уређења друштва, али и начин којим се остварују неки циљеви, заједнички свим правима. Наиме, применом неједнаких критеријума у уређењу друштва ће нека правила у једном систему бити неефикасна у заштити поверилаца у другом систему.⁴⁴ Када је поремећен систем јединственог уређења друштва (статусних питања) јединственим правом, уклања се баланс који иначе постоји у њиховом регулисању. Нарочити проблем, при том, постоји уколико је национално право окренуто заштити поверилаца кроз правила стечајног права, а друго национално право штити их одредбама материјалног компанијског права. Пошто је према комунитарној регулативи која регулише питање прекограничног стечаја као меродавно право и надлежни суд одређено место главног интереса друштва (*centre of main interest*), могуће је замислити да у ситуацији да друштво које је регулисано материјалним правом земље која је сконцентрисала заштиту поверилаца у правилима стечајног права променом центра пословања – места главног интереса у земљу која примат заштитних правила одређује у материјалном компанијском праву доведе до потпуног изостанка заштите поверилаца.⁴⁵ То је био чест случај последњих година у немачком праву, где се након одлука Суда ЕУ појавио изузетно велики број друштава основаних у Великој Британији са стварним седиштем у Немачкој. Као последица такве праксе указује се на могућу потребу хармонизовања основних правила стечајног права, којима би се отклониле такве ситуације, нарочито кроз постојање установа пред-стечајне заштите, попут несавесног пословања енглеског права (*wrongful trading*).⁴⁶

43 R. Drury, „The ‘Delaware Syndrome’: European Fears and Reactions“, *Journal of Business Law*, November, 2005, стр. 716.

44 На пример, одговорност за непокретање стечајног поступка чини ефикасну заштиту поверилаца у енглеском праву, те су различита правила заштите другог, на пример, немачког система, као што су правила о одржавању капитала. Вид. T. Bachner, *Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, стр. 130.

45 J. Nelissen Grade, M. Wauters, „Harmonisation or Fragmentation of Creditor Protection?“, у: K. Geens, K. Hopt (eds.), *The European Company Law Action plan revisited: Reassessment of the 2003 priorities of the European Commission*, Leuven University Press, Leuven, 2010, стр. 52.

46 *Ibid.*

Класични инструменти заштите поверилаца у компанијском праву своде се на ограничења у оквиру правила о меродавном праву (на основу кога се та правила примењују).⁴⁷ Међутим, напуштањем критеријума стварног седишта потпуно је отворена могућност изигравања закона, а положај поверилаца један је од најугроженијих.⁴⁸ Стога се мора вратити на питање који су остали механизми заштите тих лица, узимајући у обзир да национална права не могу да примене до тада постојеће механизме.⁴⁹

Да би такмичење законодаваца имало позитивне ефекте неопходно је успоставити „строг режим услова за објављивање података и минимум *сјандардних йравила*“ (подвукао аутор).⁵⁰ У супротном, ефекти такмичења сводиће се на трку ка дну, и снижавање стандарда којима се штите различите категорије лица која имају интересе у друштву. Са друге стране, Извештај групе стручњака компанијског права истакао је да је у циљу остваривања флексибилности у регулисању компанијског права *сувишно* у даљем развоју предвидети правила која би имала за циљ заштиту од изигравања закона и злоупотребе права.⁵¹

V Закључак

И поред великог броја правила која су усвојена у оквиру ЕУ а односе се и на заштиту поверилаца, то питање и даље није до краја на задовољавајући начин решено. Постојећа регулатива, пре свега у оквиру националног права, је у великој мери ограничена након доношења пресуда Суда ЕУ у односу на право на настањивање. Међутим, с обзиром на све шире могућности коришћења унутрашњег тржишта неопходно је успостављање минимума услова у погледу заштите поверилаца у оквиру комунитарног права.

Поремећен систем примене јединственог скупа националних правила на друштва, отворено питање изигравања закона и потенцијална

47 L. Enriques, M. Gelter, „Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection“, *European Business Organization Law Review*, vol. 7, 2006, стр. 423.

48 О примени теорија седишта и феномену изигравања закона вид. нарочито: R. Drury, „The ‘Delaware Syndrome’: European Fears and Reactions“, *Journal of Business Law*, November, 2005, стр. 715 и даље.

49 Тако је, на пример, немачки Врховни суд (*Bundesgerichtshof*) у скоријој пракси креирао појам *Existenzvernichtungshaftung* – одговорност акционара који је лишио друштво средстава којима би оно платило дугове. Такав инструмент сматра се значајним нарочито у циљу спречавања злоупотребе псеудо-страних друштава. Вид. С. Teichmann, „Restructuring Companies in Europe: A German Perspective“, *European Business Law Review*, бр. 6/04, стр. 1329.

50 A. Daehner, *нав. дело*, стр. 3.

51 Вид.: Извештај групе стручњака, стр. 5.

*твр*ка ка *гну* указују да посао заштите интереса чланова и поверилаца и даље није остварен. Исто тако, и принцип ефикасности и конкурентности пословања битно је угрожен неједнаким стандардима и правилима у свакој од земаља.⁵² Чини се да је прави покретач промена и даље Суд ЕУ, док је европски законодавац остављен у позицији да „води јучерашње битке ...у којима се место дешавања померило, а ствари кренуле својим током“.⁵³ Такав тренд био би опасан у будућности, јер практично пушта тржиште да само уреди питања како то најбоље одговара њеним учесницима. Проблем настаје када такво „саморегулисање“ оде предалеко, па значајна слобода доведе до неизвесности и незаштићеног положаја многих. Стога умерена комунитарна акција, виђена у различитим алтернативним механизмима заштите (солвентност као ограничење при исплатама, институти предстечајне одговорности и слично) постају приоритет у даљем развоју компанијског права.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

THE INFLUENCE OF ECJ CASES ON CREDITORS' PROTECTION IN COMPANY LAW

Summary

This paper analyses recent decisions of the ECJ, which changed creditor protection mechanisms within national law of its Member States. The main goal of company law is achieving efficiency and competitiveness, while protecting the interests of members, shareholders, and third parties is of secondary priority. Since the usual protection of creditors, such as minimum capital rules, are not applicable if they are contrary to the right of establishment, there is a new impediment to look for a more efficient and less burdensome way in achieving this protection. After Centros and other judgments of the ECJ, national law systems, which were applicable to each of the companies, are not fully applied, as a system of rules. Therefore, there are serious consequences in the evasion of certain national provisions, and circumvention of laws, which cannot be dealt with by usual instruments. This problem is underlined by different criteria in applying company law rules and insolvency rules. It is suggested, that EC company law

52 Додуше, и даље је споран приоритет тих принципа. Упореди: План модернизације Комисије, стр. 8 и даље и Извештај групе стручњака, стр. 29–30.

53 R. Drury, *нав. дело*, стр. 743.

should go further in achieving satisfactory community protection of creditors by introducing modern rules of solvency, wrongful trading, common material rules applied in all Member States to insolvency procedures etc.

Key words: *creditor protection, ECJ cases, circumvention of law, minimum capital requirements, applicable law.*