



RAZDRUŽITEV STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE*

Jerneja Prostor,

*univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica znanosti s področja
gospodarskega prava, asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru*

1. UVOD

Prispevek obravnava vprašanja, ki se nanašajo na obstoj oziroma priznavanje družbe, ki posluje mednarodno, oziroma vprašanja, povezana s selitvijo družbe v drugo državo. V teh primerih je namreč zaradi udeležnosti več pravnih redov treba odgovoriti na vprašanje, kateremu pravu družba pripada, povedano drugače, po katerem pravu družba obstaja oziroma se presoja personalni statut družbe (*lex societatis*). Ta se določi glede na navezno okoliščino v skladu s teorijo ustanovitve ali s teorijo dejanskega sedeža. Po teoriji ustanovitve, ki se je razvila v Veliki Britaniji in se uporablja v anglo-ameriških pravnih sistemih ter v nekaterih drugih pravnih redih (npr. Švica, Nizozemska, Irska, Danska, Finska),¹ se statut družbe presoja po pravu tiste države, po katerem je bila družba ustanovljena. Določitev navezne okoliščine po tej teoriji ni problematična, saj države, ki jo sprejemajo, za ustanovitev in obravnavo po svojem pravu od

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom Dopustnost čezmejnega prenosa sedeža ter razdružitve statutarne in dejanskega sedeža družbe v Evropski uniji, ki jo je avtorica pod mentorstvom red. prof. dr. Marijana Kocbeka uspešno zagovarjala 26. 2. 2013 na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

V prispevku se le manjši del besedila prekriva z besedilom v magistrski nalogi, saj je nastal ob pripravi na ustni zagovor. Na mestih, kjer se teksta ujemata, gre večinoma za sklepne misli v nalogi. Dodan je nov vir:

Luca Cerioni: The »Place of Effective Management« as a Connecting Factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: the Need for a Rethinking?, v: German Law Journal, št. 13/2012, str. 1095–1130, dostopen na spletni strani <www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No9/PDF_Vol_13_No_09_1095-1130_Articles_Cerioni.pdf> (26. 11. 2013).

¹ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 313.

družb zahtevajo le statutarne sedeže na svojem ozemlju.² Druge povezave z ozemljem te države niso nujne, zato lahko družba opravlja svojo dejavnost oziroma lahko poslovodstvo to družbo upravlja kjerkoli.³ Statutarni sedež družbe je v državi, po pravu katere se presoja personalni statut družbe. Torej ne pomeni le sedeža, ki je kot sedež družbe naveden v aktu o ustanovitvi družbe in v registru družb,⁴ temveč je pomembno, da določa pripadnost družbe posameznemu pravnemu redu. Po teoriji dejanskega sedeža, ki se je uveljavila v kontinentalnem evropskem prostoru (npr. Avstrija, Belgija, Luksemburg, Španija),⁵ pa se statut družbe presoja po pravu države, kjer ima ta družba dejanski sedež.⁶ Splošno velja, da je dejanski sedež lahko kraj, kjer (1) je glavna uprava družbe, (2) so locirani glavni organi družbe, (3) se opravljajo glavni posli družbe ali (4) se opravlja najpomembnejša dejavnost družbe.⁷ V primeru, da so te alternativno navedene določilne lokacije za dejanski sedež na različnih krajih, se po mnenju večine upošteva kraj sedeža glavne uprave družbe.⁸

Države, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, dopustijo ustanovitev, obstoj in priznavajo svoje družbe le, če so ustanovljene v skladu z njihovo zakonodajo in imajo na njihovem ozemlju tudi dejanski sedež. Te države torej zahtevajo izpolnjevanje teritorialne skladnosti sedeža družbe – prekrivanje statutarnega in dejanskega sedeža družbe (v isti državi). Če ima družba v državi, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, zgolj dejanski sedež, je ta država ne bo sprejemala za svojo, saj je bila ustanovljena po pravu druge države. Družba torej pripada drugi državi – državi svojega statutarnega sedeža. Da bi bil tej družbi priznan obstoj, mora država ustanovitve, tj. država statutarnega sedeža družbe, sprejemati teorijo ustanovitve. Samo te države namreč svojim družbam dopuščajo čezmejno preselitev zgolj dejanskega sedeža družbe. Država, v kateri ima družba dejanski sedež, te družbe torej ne bo sprejemala za svojo, če so udeležene države članice EU (EGP) (odslej država članica), pa ji bo v skladu s pravico do svobodnega ustanavljanja in skladno s sodno prakso Sodišča EU (zadeve *Centros*,⁹ *Übersee-*

² B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54.

³ Prav tam.

⁴ Prav tam, str. 59.

⁵ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 313.

⁶ M. Geč Korošec, nav. delo, str. 38.

⁷ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 59.

⁸ Prav tam, sklicuje se na Š. Ivanjko, v: M. Kocbek (redaktor): Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem, Druga dopolnjena in spremenjena izdaja, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2002, str. 1286.

⁹ Zadeva C-212/97, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, 9. marec 1999, ZOdl. 1999, str. I-1459.

*ring*¹⁰ in *Inspire Art*¹¹) morala priznati pravno subjektiviteto. Slovenski zakonodajalec je za vse družbe s statutarним sedežem zunaj Slovenije v 17. členu Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)¹² sprejel teorijo ustanovitve, torej je naša ureditev usklajena s sodno prakso Sodišča EU.¹³

»Sedež družbe je kraj, ki je kot sedež družbe vpisan v register,« je določeno v 29. členu Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).¹⁴ Gre za opredelitev statutarnega sedeža družbe.¹⁵ Navedba sedeža družbe se z namenom varnosti v pravnem prometu vpisuje v sodni register,¹⁶ vanj pa je treba vpisati tudi spremembo tega podatka.¹⁷ Družba mora v skladu z določbami 30. člena ZGD-1 kot svoj sedež določiti kraj: (1) kjer družba opravlja dejavnost, ali (2) kjer se v glavnem vodijo njeni posli, ali (3) kjer deluje poslovodstvo družbe.¹⁸ Gre za določitev dejanskega sedeža družbe,¹⁹ katerega spremembo je torej treba vpisati v sodni register. Le družba, ki ima dejanski sedež v Sloveniji, je lahko vpisana v sodni register v Sloveniji. Določbi 29. in 30. člena ZGD-1 se »nanašata zgolj na sedež slovenskih družb, saj slovenski zakonodajalec lahko pravila o tem, kateri kraj se lahko kot (statutarni) sedež vpiše v sodni register, določi le za slovenski sodni register, v katerega se vpisujejo zgolj slovenske družbe«. ²⁰ Pravilo ima tudi kolizijskopravne učinke – če slovenska družba preseli dejanski sedež v drugo državo in je statutarni sedež lahko le kraj v Sloveniji, sankcija za razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža pa je odvzem pravne sposobnosti družbe, potem je zakonodajalec za slovenske družbe sprejel teorijo dejanskega sedeža.²¹ Sprejemljivost te teorije je potrdilo tudi Sodišče EU v zadevi *Cartesio*.²²

¹⁰ Zadeva C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC), 5. november 2002, ZOdl. 2002, str. I-9919.

¹¹ Zadeva C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*, 30. september 2003, ZOdl. 2003, str. I-10155.

¹² Ur. l. RS, št. 56/99, 45/08.

¹³ Glej več B. Rajgelj (2006), nav. delo, str. 15–16 in 21.

¹⁴ Ur. l. RS, št. 42/06 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 82/13).

¹⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 14.

¹⁶ Glej prvi odstavek 47. člena ZGD-1 in 4. člen Zakona o sodnem registru (ZSReg, Ur. l. RS, št. 13/94 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 82/13)).

¹⁷ Glej 48. člen ZGD-1 in 6. člen ZSReg.

¹⁸ Pomisleke vzbuja razlikovanje med krajem, kjer se večinoma vodijo posli družbe, in krajem, kjer deluje poslovodstvo družbe, pri prvem kriteriju pa vprašanje obsega opravljanje dejavnosti na eni lokaciji.

¹⁹ Tako tudi B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16.

²⁰ Prav tam, str. 15.

²¹ Prav tam.

²² Zadeva C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltatató bt*, 16. december 2008, ZOdl. 2008, str. 9641.

Družba, ustanovljena po slovenskem pravu in vpisana v sodni register v Sloveniji, ne glede na kraj svojega dejanskega sedeža znotraj državnih meja pripada slovenskemu pravu. Njen statutarni sedež je torej v Sloveniji.

V prispevku so obravnavana vprašanja dopustnosti in posledic teh primerov:

- a) slovenska družba se seli čez mejo (preseli svoj statutarni in dejanski sedež) in
- b) slovenska družba razdruži statutarni in dejanski sedež, tako da čez mejo preseli zgolj:
 - 1) dejanski sedež (glede na določbe 30. člena ZGD-1 poenostavljeno: preseli poslovno aktivnost oziroma kraj vodenja poslov družbe) ali
 - 2) statutarni sedež (spremeni pravni red, ki mu pripada).

Po teoriji ustanovitve je torej razdružitve statutarne in dejanskega sedeža družbe dopustna, saj je relevantna le okoliščina ustanovitve družbe v skladu z zakonodajo države ustanovitve ne glede na izvrševanje poslovne aktivnosti oziroma sedež posloводства družbe v tej državi. Po teoriji dejanskega sedeža pa so posledice neizpolnjevanja načela teritorialne skladnosti sedeža za družbo usodne: če se dejanski in statutarni sedež družbe »razcepita na dve različni državi, družba izgubi pravno osebnost. [...] Prenos čez mejo po teoriji dejanskega sedeža za slovensko družbo pomeni odvzem pravne osebnosti (ker se status družbe od meje dalje presoja po tujem pravu, v njem pa družba ne obstaja).«²³

Na lokacijo dejanskega in statutarne sedeža družbe vpliva prisotnost usposobljenega kadra, prednosti z logističnega vidika, infrastruktura in zakonodaja države,²⁴ predvsem s korporacijskega in davčnega področja. Prav tako sta lahko merili pri izbiri države sedeža družbe stopnja pravne varnosti in hitrost odločanja v upravnih in sodnih postopkih. Na lokacijo statutarne sedeža družbe bi lahko vplival tudi morebiten večji ugled države, ki ima strožjo ureditev.²⁵ Največja pomanjkljivost, ki družbe odvrča od selitve sedeža v določeno državo oziroma jih sili k iskanju priložnosti v drugih državah, pa naj bi bila kompleksnost in nepriročnost zakonodaje.²⁶

²³ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 10.

²⁴ J. Cremers in E. Wolters, nav. delo, str. 5.

²⁵ Npr. združena družba Daimler-Chrysler se je registrirala v Nemčiji (lahko pa bi se tudi v ZDA). Tako N. Kubat Erk, nav. delo, str. 440, ki se sklicuje na M. Siems: Convergence, competition, Centros and conflicts of law: European company law in the 21st century, v: European Law Review, št. 27/1/2002, str. 47–59, str. 54 (opomba 186).

²⁶ J. Cremers in E. Wolters, nav. delo, str. 5.

2. DEJANSKI SEDEŽ SLOVENSKE DRUŽBE V DRUGI DRŽAVI

V poslovni praksi bi lahko našli primer, ko bi se slovenska družba, ki posluje mednarodno, prilagodila razmeram na trgu na tak način, da bi sčasoma večino svojih poslovnih aktivnosti opravljala v drugi državi, njene preostale aktivnosti bi bile razpršene po več različnih državah, pri čemer niti poslovodstvo družbe svoje funkcije ne bi več opravljalo v Sloveniji. Prav tako si je mogoče zamisliti primer novoustanovljene družbe, ki opravlja dejavnost računalniškega programiranja, v kateri sta dva družbenika hkrati tudi poslovodji družbe, ki sta se odpravila pridobivat posle in širit svoje znanje v drugo državo. Četudi v navedenih primerih ni nujno, da sta družbi povsem izgubili stik z matično državo, sta v obeh primerih glede na opredelitev dejanskega sedeža družbe v skladu s 30. členom ZGD-1 dejanski sedež nedvomno prenesli v drugo državo in s tem razdružili svoj statutarni in dejanski sedež, zato jima po slovenskem pravu zaradi sprejemanja teorije dejanskega sedeža za domače družbe ni več priznana pravna subjektiviteta. Prav tako teh družb ne bi priznavale druge države, saj po pravu ustanovitve ne obstajata več. Ob tem se vzbujajo pomisleki, kaj bi to pomenilo v praksi.

V praksi teorija dejanskega sedeža povzroča veliko težav pri določanju dejanskega sedeža družbe. Kraj dejanskega sedeža družbe je namreč »precej manj objektivizirana in stabilna navezna okoliščina kot kraj ustanovitve«. ²⁷ Med družbami, ki poslujejo mednarodno, se najdejo družbe, katerih dejanski sedež zaradi več odločilnih okoliščin, ki opredeljujejo dejanski sedež, ni nujno gotovo izkazan. Prav tako razmere pogosto niso tako jasne kot v navedenih dveh primerih in je manj takih družb, za katere bi se lahko nedvomno ugotovil prenos dejanskega sedeža v drugo državo. V Sloveniji torej 30. člen ZGD-1 alternativno določa tri lokacije, ki lahko predstavljajo sedež slovenske družbe. Če družba v matični državi zadrži le eno, in sicer katerokoli od navedenih, lahko po mojem mnenju zatrjuje, da je njen dejanski sedež še vedno v državi statutarnega sedeža. Le v teoriji namreč velja, da se v primeru različnih lokacij v 30. členu ZGD-1 navedenih treh možnosti za določitev dejanskega sedeža družbe upošteva kraj sedeža glavne uprave družbe, ²⁸ ni pa to posebej zakonsko opredeljeno. Če npr. slovenska družba prenese kraj, v katerem deluje poslovodstvo družbe, vendar družba v Sloveniji še vedno opravlja dejavnost (zakon niti ne določa, v kolikšnem obsegu bi bilo to nujno), še vedno izpolnjuje zahteve načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Nobenega dvoma pa ni, da je družba prenesla svoj dejanski sedež v drugo državo in s tem izgubila pravno

²⁷ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 60.

²⁸ Prav tam, str. 59, sklicuje se na Š. Ivanjko, glej opombo 8.

subjektiviteto, ko z matično državo izgubi vsak dejanski stik, pa tudi tedaj, ko na ozemlju države statutarne sedeža ne opravlja več svoje dejavnosti, posli družbe se ne vodijo več v tej državi oziroma je tudi poslovodstvo spremenilo državo svojega delovanja, četudi ima družba v matični državi še vedno nepremično premoženje, skladišče ipd.

V skladu s teorijo dejanskega sedeža torej slovenska družba, ki nima dejanskega sedeža v Sloveniji, nima več priznane pravne osebnosti. To ni relevantno le pri čezmejnem prenosu dejanskega sedeža slovenske družbe, temveč tudi v primeru, ko se v Sloveniji ustanovi nova družba, ki izide iz čezmejne spojitve, oziroma ko ima prevzemna družba, ki izide iz čezmejne pripojitve, sedež v Sloveniji. V uvodnih pojasnilih Desete direktive²⁹ je v točki 11 določeno, da »ta direktiva ne posega v zakonodajo držav članic, s katero se zahtevajo informacije o predlaganem kraju glavne uprave ali opravljanja glavne dejavnosti družbe, nastale s čezmejno združitvijo«. To pomeni, da mora imeti slovenska družba, ki izide iz čezmejne združitve, dejanski sedež v Sloveniji. V državi članici prevzete družbe lahko prevzemna oziroma novoustanovljena družba ohrani poslovno enoto družbe, ne sme pa imeti tam svojega dejanskega sedeža. Kljub temu si lahko v poslovni praksi zamislimo primer, ko slovenska družba prevzame družbo iz druge države članice ravno s ciljem, da v državo članico gostiteljico prenese dejanski sedež. Vprašanje je, ali se v praksi ob vpisu čezmejne združitve v sodni register dejansko preverja, kje ima oziroma bo imela družba dejanski sedež. V zvezi s čezmejnimi transakcijami gospodarskih družb je ta zahteva poudarjena pri evropski delniški družbi (SE), ki prav tako kot vse druge slovenske družbe ne sme razdružiti statutarne in dejanskega sedeža, oziroma natančneje: statutarni sedež mora imeti v isti državi članici, v kateri je njena glavna uprava (glej člen 7 Uredbe SE).³⁰ Pomisleke pa vzbuja tudi način, kako registrski organ preverja lokacijo dejanskega sedeža družbe.

Navedba sedeža družbe je tudi obvezna sestavina ustanovitvenega akta kapitalne družbe.³¹ Za spremembo statuta delniške družbe je potreben sklep skupščine, ki mora biti sprejet z večino najmanj treh četrtin pri sklepanju zastopane osnovnega kapitala.³² Poslovodstvo mora spremembo statuta prijaviti za vpis v register, sprememba statuta pa začne veljati z vpisom v sodni register.³³

²⁹ Deseta direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. 10. 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, UL L 310, 25. november 2005, str. 1–9.

³⁰ Uredba Sveta (ES) št. 2157/2001 z dne 8. 10. 2001 o statutu evropske družbe (SE), UL L 294, 10. november 2001, str. 1–21.

³¹ Glej npr. prvi odstavek 183. člena ZGD-1 za statut delniške družbe in tretji odstavek 474. člena ZGD-1 za družbeno pogodbo družbe z omejeno odgovornostjo.

³² Glej prvi in drugi odstavek 329. člena ZGD-1.

³³ Glej prvi in tretji odstavek 332. člena ZGD-1.

Pri družbi z omejeno odgovornostjo je podobno. O spremembi družbene pogodbe odločajo družbeniki na skupščini s tričetrtinsko večino glasov vseh družbenikov, poslovodja mora spremembo družbene pogodbe prijaviti za vpis v sodni register, sprememba družbene pogodbe pa začne veljati z vpisom v sodni register.³⁴ Vprašanje sedeža družbe oziroma njegove spremembe je torej zelo pomembno za družbenike družbe, na kar kaže zahteva po kvalificirani večini, ki je potrebna za sprejem te odločitve. Prav tako je podatek o dejanskem sedežu družbe zelo pomemben za upnike družbe, zato ga je treba vpisati v sodni register, vpis pa ima konstitutivni učinek. Vprašanje je, kaj se zgodi, če poslovodstvo kot poslovno odločitev čezmejno prenese del poslovnih aktivnosti in navsezadnje (sčasoma) s tem spremeni dejanski sedež družbe. Četudi bi se za spremembo dejanskega sedeža družbe odločili njeni družbeniki, se postavlja vprašanje posledic neizpolnitve zahteve po prijavi spremembe tega podatka v sodni register oziroma kršitve načela teritorialne skladnosti sedeža slovenske družbe. Zgolj v kazenskih določbah ZGD-1 je določeno, da se z globo od 16.000 do 62.000 evrov za prekršek kaznuje družba, če ne prijavi za vpis v sodni register podatkov, ki se po določbah ZGD-1 vpisujejo vanj, z globo od 1.000 do 4.000 evrov pa se kaznuje tudi odgovorna oseba družbe, ki stori tak prekršek.³⁵ A te določbe pridejo v poštev samo v primeru, ko so družbeniki sprejeli sklep o spremembi sedeža družbe, pa ta ni bil predložen sodnemu registru oziroma ni bil podan predlog za spremembo vpisa sedeža družbe v sodnem registru.³⁶ V skladu s šestim odstavkom 684. člena ZGD-1 je za nadzor nad izvajanjem navedenih določb ZGD-1 pristojno Ministrstvo za gospodarstvo.

Vprašanje je torej, ali (naj) (in kateri) slovenski oblastni organi preverjajo oziroma na kakšen način (naj) preverjajo, ali domača družba (še) izpolnjuje načelo teritorialne skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža, kot določa ZGD-1. Predvsem pa je zanimivo vprašanje, kako ravnati, če se ugotovi, da slovenska družba nima več dejanskega sedeža v Sloveniji. V pravni teoriji je mogoče najti stališče, da določila člena 11 Prve direktive³⁷ matičnim državam članicam ne dopuščajo, da za tak primer določijo ničnost družbe.³⁸ Ničnostni

³⁴ Glej prvi, četrti in šesti odstavek 516. člena ZGD-1.

³⁵ Glej 685. člen ZGD-1.

³⁶ Glej 27. in 28. člen ZSReg, glej opombo št. 16, ter 9. in 36. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, Ur. l. RS, št. 43/07, 5/10.

³⁷ Prva direktiva Sveta 68/151/EGS z dne 9. 3. 1968 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim odstavkom člena 58 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti, UL L 65, 14. marec 1968, str. 8–12.

³⁸ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 604.

razlogi v direktivi so namreč taksativno naštet, razloga razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža pa ni med njimi.³⁹ Tudi Sodišče EU ni nikoli izrecno dopustilo takojšnjega prenehanja družbe zaradi razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža družbe, pri čemer taka sankcija niti ne bi prestala testa upravičenosti⁴⁰ (nediskriminatornost, opravičljivost, primernost in sorazmernost omejitve svobode ustanavljanja). Sprejemljivo je stališče, v skladu s katerim država članica družbe ne sme obravnavati kot neobstoječe, dokler ni izveden postopek njene likvidacije.⁴¹ Ustanovitev družbe je sicer lahko izključno rezultat prava države članice ustanovitve, a navezne okoliščine iz člena 54 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU)⁴² so namenjene vzpostavitvi vezi med družbo in EU.⁴³ Odtlej gre za družbo po pravu EU, pri čemer je za izgubo njene pravne subjektivitete treba upoštevati tudi pravo EU – to pa načeloma varuje kontinuiran obstoj družb (glej člen 22 Tretje direktive,⁴⁴ člen 19 Šeste direktive⁴⁵ in člen 17 Desete direktive).⁴⁶ Ne glede na to, ali slovenska družba prenese svoj dejanski sedež na ozemlje EU ali v tretjo državo, bi bilo po mojem mnenju treba sprejeti enako rešitev, po kateri odtlej ne bi šlo za neobstoječo družbo oziroma se družbi ne bi brez kakršnegakoli postopka odrekla pravna subjektiviteta. Takojšen izbris družbe iz sodnega registra brez izvedenega likvidacijskega postopka bi namreč povzročil številna nerešena vprašanja, predvsem bi bili s tem ogroženi interesi upnikov in družbenikov družb.⁴⁷

Če je že treba vztrajati pri teoriji dejanskega sedeža, bi se pridružila stališču, da bi bila (torej ne glede na prenos dejanskega sedeža družbe v državo članico ali nečlanico) najboljša rešitev ureditev, ki bi bila primerljiva z rešitvijo v primeru kršitve teritorialne skladnosti sedeža SE – družbo bi moral registrski organ pozvati, da v primernem roku ponovno vzpostavi dejanski sedež v Sloveniji oziroma v državo gostiteljico preseli tudi svoj statutarni sedež. Če je to država članica, bi lahko družba statutarni sedež prenesla v skladu z odločitvama

³⁹ Prav tam.

⁴⁰ Prav tam, str. 603.

⁴¹ Prav tam, str. 607.

⁴² Prečiščena različica Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 83, 30. marec 2010, str. 47.

⁴³ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 606.

⁴⁴ Tretja direktiva Sveta 78/855/EGS z dne 9. 10. 1978 o združitvi delniških družb v državah članicah, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, UL L 295, 20. oktober 1978, str. 36–43.

⁴⁵ Šesta direktiva Sveta 82/891/EGS z dne 17. 12. 1982 o delitvi delniških družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe, UL L 378, 31. december 1982, str. 47–54.

⁴⁶ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 607 in 610.

⁴⁷ Tako v zvezi z ugotovitvijo ničnosti družbe (a velja na tem mestu po mojem mnenju smiselno enako) Š. Ivanjko in M. Kocbek, v: M. Kocbek (redaktor), nav. delo, str. 756.

Sodišča EU v zadevah *Cartesio* in *VALE*⁴⁸ – družba bi se zgolj preoblikovala (prilagodila) v skladu z določili države članice gostiteljice.⁴⁹ Pri prenosu statutarnega sedeža slovenske družbe v tretjo državo pa bi družba ob taki zahtevi izvedla prostovoljno likvidacijo in se potem ponovno ustanovila v državi gostiteljici. Ugodnost prenosa statutarnega sedeža s preoblikovanjem v družbo po pravu države gostiteljice (brez izvedbe postopka likvidacije v matični državi in ponovne ustanovitve v državi gostiteljici) namreč v tretjih državah ne pride v poštev, saj ne velja pravica do svobodnega ustanavljanja po pravu EU, slovenski zakonodajalec pa tega postopka ni posebej uredil. Četudi bi imela tretja država z zakonom urejen postopek priselitve statutarnega sedeža tuje družbe na njeno ozemlje,⁵⁰ se ta postopek ne bi uporabil, saj v Sloveniji ni urejen postopek izselitve statutarnega sedeža domače družbe v tretjo državo. V tem primeru bi bil po mojem mnenju ključnega pomena poziv družbi, da v matični državi ponovno vzpostavi dejanski sedež družbe. Če družba v primeren roku ne bi ponovno vzpostavila dejanskega sedeža v Sloveniji oziroma po prej omenjenih postopkih ne bi prenesla (tudi statutarnega) sedeža v državo (članico) gostiteljico, bi registrski organ izdal sklep o prenehanju in o začetku likvidacije družbe.

Registrski organ bi torej v primeru, da družba po pozivu tega organa v matični državi ne bi ponovno vzpostavila svojega dejanskega sedeža oziroma v državo gostiteljico ne bi prenesla tudi svojega statutarnega sedeža (torej se ne bi preoblikovala v družbo po pravu države članice gostiteljice oziroma v primeru prenosa sedeža v tretjo državo ne bi izvedla prostovoljne likvidacije), ugotovil kršitev načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Na podlagi tega razloga za prenehanje delniške družbe oziroma družbe z omejeno odgovornostjo (na podlagi sodne odločbe)⁵¹ bi registrski organ v skladu z določili tretjega odstavka 403. člena ZGD-1 sprejel sklep o likvidaciji družbe. Po določbah drugega odstavka 404. člena ZGD-1 bi postopek likvidacije izvedlo sodišče, in

⁴⁸ Zadeva C-378/10, *VALE Építési kft*, 12. julij 2012, še neobjavljeno.

⁴⁹ A. W. Wiśniewski in A. Opalski, nav. delo, str. 611. Glej člen 64 Uredbe SE in drugi odstavki 433. člena ZGD-1.

⁵⁰ Tak postopek je npr. podrobno urejen v Švici. Za prenos sedeža tuje družbe v Švico je treba uporabiti 161. in 162. člen švicarskega zveznega zakona o mednarodnem zasebnem pravu (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht – IPRG, 18. december 1987, 291 s spremembami; dostopen je na spletni strani <www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/201307010000/291.pdf> (26. 11. 2013)) in 126. člen švicarske uredbe o trgovinskem registru (Handelsregisterverordnung – HRegV, 17. oktober 2007, 221.411 s spremembami, dostopna je na spletni strani <www.admin.ch/ch/d/sr/2/221.411.de.pdf> (26. 11. 2013)).

⁵¹ Glej 6. alinejo prvega odstavka 402. člena ZGD-1 in za družbo z omejeno odgovornostjo 522. člen ZGD-1.

sicer postopek prisilne likvidacije, kot je predvideno v 419. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).⁵² Ob tem se vzbudi pomislek, kdo je zavezan oziroma upravičen registrski organ obveščati o razdružitvi statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe (tudi SE). Glede na navedeno zakonsko (ne)urejenost primera razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe se vsiljuje tudi pomislek, da morda družba nosi zgolj posledice, ki bi jo lahko »prizadele« v državi (članici) gostiteljici, če ji ta zaradi neizpolnjevanja pogojev po (slovenskem) pravu ustanovitve ne bi priznavała pravne subjektivitete.

Kljub odločitvam Sodišča EU v zadevah *Daily Mail*⁵³ in *Cartesio* o sprejemljivosti teorije dejanskega sedeža in s tem o njeni skladnosti s pravom EU bi bilo po mojem mnenju dobrodošlo, če bi se slovenskim družbam dopuščal prenos zgolj dejanskega sedeža v drugo državo. Družbe bi namreč na ta način lahko čezmejno optimizirale svoje poslovanje, pri čemer bi ohranile statutarni sedež in s tem status rezidentke v Sloveniji ter bi s povečanjem svetovnih dohodkov lahko še vedno polnile slovenski proračun. Predvsem pa bi se lahko neomejeno gibale v drugih državah in se po potrebi neovirano tudi vrstile v matično državo. V tej luči bi bilo treba v Sloveniji za domače družbe odpraviti teorijo dejanskega sedeža, saj bi lahko nedopustnost čezmejnega prenosa zgolj dejanskega sedeža sprožila njihov odhod iz matične države ali pa bi ob ohranitvi dejanskega sedeža družbe v Sloveniji povzročila njihov slabši konkurenčni položaj na trgu oziroma celo propad.

3. ČEZMEJNI PRENOS STATUTARNEGA IN DEJANSKEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE

Zgolj nekaj držav izrecno normativno ureja čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, med njimi npr. Luksemburg, Ciper in Španija,⁵⁴ med nečlanici pa tudi Švica,⁵⁵ večina pravnih redov pa te transakcije ne predvideva. Ali se ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe zahteva tudi prenos njenega dejanskega sedeža, je določeno v posamezni nacionalni ureditvi države gostiteljice. V tem poglavju sem izhajala iz predpostavke, da država za prenos statutarnega sedeža družbe na svoje ozemlje zahteva tudi sočasen prenos dejanskega sedeža te družbe, zato ta okoliščina v nadaljevanju ni posebej poudarjena.

⁵² Ur. l. RS, št. 126/07 s spremembami (zadnja upoštevana je št. 47/13).

⁵³ Zadeva 81/87, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, 27. september 1988, ZOdl. 1988, str. 5483.

⁵⁴ T. Biermeyer in T. Holtrichter, nav. delo.

⁵⁵ Glej opombo 50.

Kljub le redkim ureditvam čezmejnega prenosa sedeža družbe je Sodišče EU v zadevi *Cartesio (obiter dictum)* in v zadevi *VALE*⁵⁶ sprejelo stališče, da je treba družbam na podlagi določb členov 49 in 54 PDEU dopuščati prenos statutarnega sedeža v drugo državo članico, če se ob tem preoblikujejo v družbo po pravu države članice gostiteljice. Matična država članica in država članica gostiteljica ob tem ne smeta zahtevati prenehanja družbe v matični državi članici in njene ponovne ustanovitve v državi članici gostiteljici.⁵⁷ S tem se družbam ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža omogoči kontinuirano poslovanje. A to velja le v primeru prenosa statutarnega sedeža iz države članice v drugo državo članico. Kadar je v transakciji kot država gostiteljica udeležena tretja država, mora domača družba v Sloveniji izvesti likvidacijski postopek, v državi gostiteljici pa se mora ponovno ustanoviti. Prenos statutarnega sedeža se torej v takih primerih izvede po splošnih pravilih korporacijskega in obligacijskega prava, ki ne omogočajo kontinuiranega obstoja družbe in povzročajo nemalo težav zaradi kompleksnih, zamudnih in cenovno neugodnih postopkov, ki jih je treba izvesti. Premoženje družbe se namreč ob uporabi splošnih pravil (ko torej ni preoblikovanja in ohranjanja identitete družbe, ki svoj statutarni sedež prenese čez mejo, v družbo po pravu države gostiteljice) na novo družbo v državi gostiteljici prenese po poti singularne sukcesije, ki predpostavlja prenos po načelu *cum titulus et modus acquirendi*. Na ta način je treba prenesti statutarni sedež slovenske družbe v tretjo državo ne glede na to, ali država gostiteljica transakcijo čezmejnega prenosa statutarnega sedeža normativno ureja ali ne, saj je ne ureja slovenska zakonodaja. Enako velja v primeru, ko bi se Slovenija znašla v vlogi države gostiteljice – od družbe iz tretje države, ki bi želela na njeno ozemlje prenesti svoj statutarni sedež, bi smela zahtevati, da se v Sloveniji ponovno ustanovi v skladu z nacionalno zakonodajo, zgolj preoblikovanja v družbo po slovenskem pravu po načelu ohranjanja identitete družbe pa ji ne bi bilo treba dopuščati.

Glede čezmejnih prenosov sedežev družb v državah članicah je Sodišče EU ob zapovedi dopuščanja čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe vnaprej predvidelo dve dopustni omejitvi: (1) matična država članica lahko omejuje čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe, če je to upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu⁵⁸ (npr. varstvo upnikov, delavcev, manjšinskih družbenikov, davčnih interesov in pravnega prometa), in (2) čezmejni prenos sta-

⁵⁶ Podrobno o tej zadevi glej J. Prostor, nav. delo.

⁵⁷ Glej točke 111 do 113 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41 in 50 sodbe v zadevi *VALE*.

⁵⁸ Glej točki 112 in 113 sodbe v zadevi *Cartesio*.

tutarnega sedeža družbe je dopusten le, če je dopusten po pravu države članice gostiteljice.⁵⁹

Država članica gostiteljica torej v zvezi z dopustitvijo čezmejnega prenosa statutarne sedeža nima možnosti izbire, ima pa nekaj manevrskega prostora pri določanju pogojev in samega postopka za priselitev statutarne sedeža družbe iz druge države članice.⁶⁰ Lahko npr. določi, v kolikšnem času je treba registru družb predložiti ustrezno dokumentacijo, prav tako lahko določi, da mora družba v drugi državi članici počakati z izbrisom iz registra družb vse do preoblikovanja v pravnoorganizacijsko obliko družbe oziroma do vpisa družbe v register v državi članici gostiteljici.⁶¹ Država članica gostiteljica lahko določi, da ima vpis v njen register družb konstitutivni učinek za čezmejni prenos statutarne sedeža družbe, saj bo šele od tega trenutka naprej za preseljeno družbo merodajno pravo države članice gostiteljice.⁶²

Za dopustnost čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe ni treba poprej sprejeti (in v nacionalne zakonodaje držav članic implementirati) Štirinajste direktive s področja prava družb, ki bi uskladila ureditve držav članic glede čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe. Sekundarni akt na ravni EU namreč ni pogoj za to, da bi se na tej podlagi omogočal čezmejni prenos statutarne sedeža. Štirinajsta direktiva bi to transakcijo zgolj olajšala, dopuščati pa jo je treba že na podlagi določb PDEU o pravici do svobodnega ustanavljanja.⁶³ Podobno stališče je Sodišče EU sprejelo v zadevi *SEVIC*⁶⁴ v zvezi z Deseto direktivo.⁶⁵ Dopustne omejitve tega vidika svobode ustanavljanja v skladu s sodno prakso Sodišča EU pa utegnejo družbe odvrčati od čezmejnega prenosa statutarne sedeža, pri čemer bi tudi države članice lahko imele nemalo težav pri izvedbi teh preoblikovanj. Zaradi zagotovitve pravne varnosti na področju pravice do svobodnega ustanavljanja po poti čezmejnega prenosa statutarne sedeža družbe se je treba še naprej odločno zavzemati za sprejem Štirinajste direktive.⁶⁶ Direktiva bi poenostavila in pospešila postopek čezmejnega

⁵⁹ Glej točko 112 sodbe v zadevi *Cartesio* in točke 32, 33, 36, 41, 50 in 56 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶⁰ L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 328.

⁶¹ Glej tudi točke 52, 54, 55 in 59 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶² L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 330.

⁶³ Glej točko 38 sodbe v zadevi *VALE*.

⁶⁴ Zadeva C-411/O3, *SEVIC Systems* AG, 13. december 2005, ZOdl. 2005, str. I-10805, točka 26.

⁶⁵ Glej točke 24 do 31 sodbe v zadevi *VALE*. Tako tudi L. Cerioni, nav. delo (2010), str. 326-327.

⁶⁶ Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU so se v pravni literaturi med drugimi zavzeli: J. E. Antunes in drugi, nav. delo, str. 18, W. Cains, nav. delo,

prenosa statutarnega sedeža ter znižala stroške družbam, ki ta cilj dosegajo z ustanovitvijo SE ali po poti čezmejnih združitvev. Evropska komisija je za leto 2013 napovedala, da bo opravila posvetovanja in posodobila oceno o iniciativi za ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe.⁶⁷

V sedanjih okoliščinah bi morala slovenska družba z namero po čezmejnem prenosu statutarnega sedeža oziroma slovenski registrski organ pri izvedbi vpisa te transakcije v sodni register v skladu z odločbo Sodišča EU v zadevi *Cartesio* za vprašanja izvedbe prenosa sedeža smiselno uporabiti določbe Uredbe SE (člen 8)⁶⁸ o prenosu sedeža SE oziroma določbe od 434. do 443. člena ZGD-1, ki jih dopolnjujejo. Še posebej ob preoblikovanju v drugo pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice (npr. pri preoblikovanju slovenske delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo v skladu z ureditvijo v državi članici gostiteljici)⁶⁹ pa bi bilo treba v skladu z odločitvijo Sodišča EU v zadevi *VALE* za preoblikovanje slovenske družbe v pravnoorganizacijsko obliko družbe države članice gostiteljice uporabiti tudi nacionalno ureditev formalnih statusnih preoblikovanj obeh udeleženih držav članic (ob predpostavki, da so ta za njihove domače družbe urejena tudi v državi članici gostiteljici).⁷⁰ Najprej bi bilo torej treba izpolniti vse zahteve, ki se po slovenskem pravu zahtevajo za preoblikovanje slovenske delniške družbe v slovensko družbo z omejeno odgovornostjo, upoštevati določila za prenos sedeža v matični državi članici in v državi članici gostiteljici, nato pa bi bilo treba izpolniti še vse pogoje, ki jih za preoblikovanje iz delniške družbe v družbo z omejeno odgovornostjo določa država članica gostiteljica.

Pri čezmejnem prenosu statutarnega sedeža slovenske delniške družbe v drugo državo članico, pri čemer bi družba ohranila to pravnoorganizacijsko obliko, bi morala družba v Sloveniji izpolniti vse zakonske pogoje za prenos sedeža v

str. 578, C. Winkler, nav. delo, str. I-297 in 298, A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 53 in 55, A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 401, J. Hojnik, nav. delo, str. 29.

⁶⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740/2, Bruselj, 12. december 2012, str. 12.

⁶⁸ V zadevi *Cartesio* je namreč Sodišče EU v primeru odsotnosti nacionalnih ureditev čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe napotilo na smiselno uporabo (med drugim) določil Uredbe SE o prenosu sedeža SE (točka 120 sodbe v zadevi *Cartesio*).

⁶⁹ Pomisleke za dopustnost take transakcije vzbuja prepoved sočasnega čezmejnega prenosa sedeža družbe in preoblikovanja v SE (določbe tretjega odstavka člena 37 Uredbe SE).

⁷⁰ Glej točko 43 sodbe v zadevi *VALE*. Več J. Prostor, nav. delo.

skladu s členom 8 Uredbe SE in omenjenimi določili ZGD-1.⁷¹ Organ vodenja družbe bi moral tako pripraviti predlog prenosa sedeža in ga objaviti, prav tako bi moral pripraviti poročilo z utemeljitvijo o pravnih in ekonomskih vidikih prenosa statutarnega sedeža družbe ter pojasniti o posledicah za delničarje, upnike in zaposlene v družbi. Primernost višine denarne odpravnine (za delničarje, ki se ne strinjajo s prenosom sedeža družbe), ki jo je treba v skladu s slovenskim pravom ponuditi v predlogu prenosa statutarnega sedeža družbe, bi moral pregledati revizor. Tudi nadzorni organ družbe bi moral pregledati nameravani prenos sedeža in o tem pripraviti pisno poročilo. Upnikom bi bilo treba zagotoviti zavarovanje za njihove nezapadle, negotove ali pogojne terjatve, če bi tako zavarovanje zahtevali v enem mesecu po sprejetju sklepa skupščine o soglasju za prenos sedeža družbe,⁷² a le, če bi verjetno izkazali ogroženost izpolnitve svojih terjatev zaradi prenosa sedeža družbe. Organ vodenja delniške družbe bi moral predlagati vpis namere prenosa sedeža družbe v slovenski sodni register. Registrski organ bi moral preizkusiti, ali so bila v zvezi s čezmejnimi prenosom sedeža družbe pravilno opravljena vsa predpisana pravna opravila, ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice delničarjev zahtevati prevzem delnic za plačilo denarne odpravnine oziroma je dokazano, da so se vsi delničarji veljavno odpovedali tej pravici, in ali so bile izpolnjene predpostavke za uveljavitev pravice upnikov zahtevati zavarovanje. Opozoriti velja, da v skladu z določili Uredbe SE družba ne sme prenesti statutarnega sedeža, če se je proti njej uvedel postopek prenehanja ali prisilne poravnave. Ob ugotovitvi, da so bile pravilno izpolnjene vse zahteve, ki so za čezmejni prenos statutarnega sedeža družbe določene v slovenski zakonodaji, bi registrski organ vpisal namero prenosa sedeža te delniške družbe in izdal *potrdilo o izvedenih dejanjih in formalnostih, ki jih je treba opraviti pred prenosom*. Prav tako bi bilo treba v register vpisati novi sedež družbe in register, pri katerem bi bila družba vpisana v državi članici gostiteljici. Organ vodenja slovenske delniške družbe bi moral nato predlagati vpis čezmejnega prenosa statutarnega sedeža te družbe v državi članici gostiteljici. Registrski organ v državi članici gostiteljici bi na podlagi omenjenega potrdila matične države članice in po preučitvi, ali so bile tudi v državi članici gostiteljici izpolnjene zahteve za vpis v register, vpisal prenos sedeža družbe ter po vpisu po uradni dolžnosti o tem vpisu obvestil registrski organ matične države članice (v tem primeru torej slovenski registrski organ).⁷³ Ta bi moral po prejemu obvestila o

⁷¹ Glej tudi 94. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register.

⁷² O potrebni večini za sprejem sklepa skupščine za čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža SE glej pri S. Prelič in J. Prostor, nav. delo, str. 54–56.

⁷³ Tako bi moral postopati tudi slovenski registrski organ v primeru prijave čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe iz druge države članice v Slovenijo (glej 444. člen ZGD-1 in 95. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register).

vpisu čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v register v državi članici gostiteljici po uradni dolžnosti vpisati izbris družbe iz registra.

Ob tem naj dodam, da bi moralo biti pri čezmejnem prenosu sedeža družbe tudi delavcem zagotovljeno ustrezno varstvo, in sicer v skladu z Direktivo SE,⁷⁴ katere določbe so v slovenski pravni red implementirane z Zakonom o sodelovanju delavcev pri upravljanju evropske delniške družbe (SE) (ZSDUEDD).⁷⁵ Ureditev zaščite delavcev pri tovrstnih čezmejnih transakcijah stremi predvsem k zagotovitvi njihovega enakega položaja pred uresničeno pravico družbe do prostega ustanavljanja in po njej (*before and after principle*) (glej točko 18 uvodnih določb k direktivi).

4. ČEZMEJNI PRENOS ZGOLJ STATUTARNEGA SEDEŽA SLOVENSKE DRUŽBE

Pomislike vzbujajo izvedba čezmejne transakcije, ko bi si družba izbrala najbolj ugodno pravno ureditev in bi v to državo prenesla svoj statutarni sedež (torej bi odtelej pripadala pravu države gostiteljice), ne pa tudi dejanskega.⁷⁶ Po mnenju večine avtorjev pravica do svobodnega ustanavljanja v državah članicah ne pokriva prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁷⁷ Načelu teritorialne skladnosti sedeža družbe sicer sledi tudi Uredba SE (člen 7), v zvezi z morebitno spremembo ureditve in splošnim stališčem glede tega vprašanja na ravni EU pa razprave segajo v obe skrajni točki – že vrsto let v resolucijah, normativnih predlogih in aktih ni soglasja glede načela teritorialne skladnosti sedeža družbe. Prvi predlog Štirinajste direktive iz leta 1997 je dopuščal le sočasen čezmejni prenos statutarnega in dejanskega sedeža družbe.⁷⁸ Nato je Evropski parla-

⁷⁴ Direktiva Sveta 2001/86/ES z dne 8. 10. 2001 o dopolnitvi Statuta evropske družbe glede udeležbe delavcev, UL L 294, 10. november 2001, str. 22–32.

⁷⁵ Ur. l. RS, št. 28/06.

⁷⁶ Vprašanje ni relevantno le v primeru prenosa statutarnega sedeža slovenske družbe v državo gostiteljico, ki je država članica, čeprav v tretjo državo slovenska družba ne more prenesti statutarnega sedeža po poti preoblikovanja v družbo po pravu države gostiteljice, kot je bilo razloženo. Lahko pa družba ustanovi drugo družbo v tretji državi, pri čemer ima ta tuja družba potem dejanski sedež še vedno na ozemlju Slovenije. Če tretja država sprejema teorijo ustanovitve in svoji družbi priznava pravno subjektiviteto, čeprav na njenem ozemlju nima dejanskega sedeža, bo morala tudi Slovenija priznavati tako družbo, saj za tuje družbe sprejema teorijo ustanovitve. A v nadaljevanju sem se usmerila na razmere v državah članicah.

⁷⁷ C. Winkler, nav. delo (2010), str. I-296, in tam navedena dela.

⁷⁸ M. Szydło, nav. delo, str. 441, kjer se sklicuje na R. R. Drury: Migrating companies, v: European Law Review, št. 24/1999, str. 363 in naslednje (opomba 64).

ment v resoluciji o čezmejnih prenosih sedežev družb iz leta 2009⁷⁹ navedel drzno (diametralno nasprotno) stališče, da pravilo, po katerem mora družba ohraniti svoj dejanski in statutarni sedež v isti državi članici, nasprotuje sodni praksi Sodišča EU o svobodi ustanavljanja in zato krši pravo EU (točka G). Konec leta 2011 so se z navedbami v osnutku zamisli o ureditvi obravnavane problematike vrnile k prvotnemu strogemu predlogu o teritorialni skladnosti sedeža družbe.

Navsezadnje Resolucija o Štirinajsti direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb z dne 2. februarja 2012⁸⁰ dilemo »rešuje« na tak način, da jo prepušča ureditvi držav članic. V pravni literaturi je zaslediti stališče, da je vztrajanje pri načelu teritorialne skladnosti sedeža (sicer za evropsko zasebno družbo – SPE) »skrajno zastarelo (če ne absurdno)« za enotni trg EU, ki je bil vendarle oblikovan z namenom omogočanja svobodne čezmejne mobilnosti družb.⁸¹ Sodišče EU se o tem vprašanju še ni izreklo, vendar je v pravni literaturi zaslediti stališče, da zadeva *Cartesio* nakazuje na dopustnost čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža družbe.⁸²

Pri čezmejnem prenosu zgolj statutarnega sedeža družbe se z vidika matične države članice, ki bi družbi želela preprečiti tak prenos, vzbudi pomislek, na kakšen način bi ta preverjala, ali bo družba ob čezmejnem prenosu statutarnega sedeža na ozemlje države članice gostiteljice prenesla tudi svoj dejanski sedež. Ko bi bil prenos statutarnega sedeža v državi članici gostiteljici že vpisan v register, pa matična država članica (izselitve) ne bi imela več nobenih ugovorov – družba iz druge države članice bi namreč imela na njenem ozemlju zgolj dejanski sedež. V tem primeru bi šlo za enak položaj kot v zadevah *Centros*, *Überseering* in *Inspire Art*, tj. za priselitev dejanskega sedeža družbe, ki ga morajo vse države članice gostiteljice (v tem primeru je to prejšnja matična država članica) tolerirati.⁸³ V skladu z navedenim bi morala Slovenija domačim družbam dopuščati čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža, ne glede na to, da za domače družbe sprejema teorijo dejanskega sedeža. Tako bi družba v Sloveniji ohranila dejanski sedež, sicer pa bi odtlej pripadala državi članici gostiteljici.

⁷⁹ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 10. 3. 2009 s priporočili Komisije o čezmejnih prenosih sedežev družb (2008/2196(INI)), P6_TA(2009)0086, UL C 87E, 1. april 2010, str. 5.

⁸⁰ Resolucija Evropskega parlamenta z dne 2. 2. 2012 s priporočili Komisiji o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb, 2011/2046(INI), dostopna je na spletni strani <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0019&language=SL&ring=A7-2012-0008> (26. 11. 2013).

⁸¹ C. Winkler, nav. delo (2012), str. 35.

⁸² L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1099.

⁸³ A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 58.

Samo ta je, npr. ob sprejemanju teorije dejanskega sedeža za domače družbe, upravičena od slovenske družbe zahtevati, da poleg statutarnega sedeža na nje-
no ozemlje prenese tudi dejanski sedež.

Pomislike o dopustnosti čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža druž-
be vzbujajo zadeva *Cadbury Schweppes*,⁸⁴ v kateri je Sodišče EU obrazložilo, da
pojem ustanavljanja predpostavlja resnično namestitev družbe v državi članici
gostiteljici in opravljanje dejanske ekonomske aktivnosti v tej državi.⁸⁵ Z vidika
omenjene odločitve Sodišča EU so torej vprašljivi primeri, ko družba v drugo
državo članico prenese statutarni sedež, a je v državi članici gostiteljici prisot-
na samo z naslovom oziroma poštanim nabiralnikom ali telefonskim priključ-
kom (s preusmeritvijo klicev v državo članico dejanskega sedeža družbe).⁸⁶
To namreč ne kaže na dejansko (stalno in kontinuirano) ekonomsko integra-
cijo družbe v državo članico gostiteljico.⁸⁷ Sodna praksa Sodišča EU je glede
upravičenosti sklicevanja na določila o svobodi ustanavljanja precej nejasna.
Medtem ko je Sodišče EU s sodbami v zadevah *Segers*,⁸⁸ *Centros*⁸⁹ in *Inspire
Art*⁹⁰ to svoboščino razlagalo ekstenzivno, je z odločitvijo v zadevi *Cadbury
Schweppes*⁹¹ stopilo korak nazaj. Zato ni povsem jasno razlikovanje med nedo-
pustnim izogibanjem nacionalni zakonodaji in zakonito izbiro med različnimi
pravnimi ureditvami v državah članicah.⁹²

Vprašanje je torej, ali mora matična država članica zaradi svobode ustanavljanja
res brezpogojno tolerirati umetno dodelitev družbe državi članici gostiteljici in
njenemu pravu.⁹³ Sprejemljivo je stališče, da se je v zadevi *Cadbury Schweppes*
na svobodo ustanavljanja sklicevala družba zoper matično državo članico, pri
čemer v državi članici gostiteljici ni uresničevala pravice do svobodnega usta-
navljanja, zato je bila matična država članica upravičena omejevati to pravico.⁹⁴

⁸⁴ Zadeva C-196/04, *Cadbury Schweppes plc in Cadbury Schweppes Overseas Ltd proti Commissioners of Inland Revenue*, 12. september 2006, ZOdl. 2006, str. I-7995.

⁸⁵ Glej točki 51 in 54 sodbe v zadevi *Cadbury Schweppes*.

⁸⁶ M. Szydło, nav. delo, str. 423, ki se sklicuje na K. Hailbronner in G. Jochum: *Euro-
parecht II, Binnenmarkt und Grundfreiheiten*. W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2006, str.
186 (opomba 28).

⁸⁷ Prav tam.

⁸⁸ Zadeva 79/85, *D. H. M. Segers v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank*, 10. julij
1986, ZOdl. 1986, str. 2375. Glej točko 16.

⁸⁹ Glej točke 18, 25 in 29.

⁹⁰ Glej točke 95, 96 in 105.

⁹¹ Glej točke 51, 52 in 54.

⁹² A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 389.

⁹³ G. H. Roth, nav. delo, str. 611.

⁹⁴ Primerjaj L. Cerioni, nav. delo (2012), str. 1105–1106.

Okoliščine v zadevah *Centros* in *Inspire Art* pa so bile ravno obratne – na svobodo ustanavljanja sta se sklicevali družbi zoper državo članico gostiteljico, pri čemer sta v tej državi članici uresničevali pravico do svobodnega ustanavljanja in jima je ta zato ni bila upravičena omejevat. ⁹⁵

Pridružujem se stališču, da je družba s tem, ko je dejanski sedež ohranila v matični državi članici, statutarne pa prenesla v državo članico gostiteljico, s slednjo vzpostavila pomembno vez in pridobila čezmejno dimenzijo, zato je v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Centros* in *Inspire Art* treba ta položaj presojudi v luči pravice do svobodnega ustanavljanja. ⁹⁶ Njen doseg namreč ne predpostavlja opravljanja ekonomskih aktivnosti v vsaj dveh državah članicah. ⁹⁷ Če bi sprejeli stališče, da lahko matične države članice prepovejo prenos zgolj statutarne sedeža družbe v primeru, ko ta nima namena vzpostaviti nobene ekonomske vezi z državo članico gostiteljico in torej glede na zadevo *Cadbury Schweppes* morebiti ne gre za uresničevanje svobode ustanavljanja, se spet vzbudi pomislek, kako naj matična država članica to preverja. Poleg tega iz citiranih razprav o zadevi *Cadbury Schweppes* v pravni literaturi izhaja, da lahko pravico do svobodnega ustanavljanja zaradi odsotnosti ekonomske integracije družbe omejuje zgolj matična država članica (to je po prenosu statutarne sedeža država članica gostiteljica).

Ob nadaljnjem razmisleku si lahko zamislimo primer, ko ima družba cilj čez mejo prenesti statutarni sedež ob hkratnem namenu opravljanja dela svojih poslovnih dejavnosti v državi članici gostiteljici, vendar želi ohraniti dejanski sedež v matični državi članici (izselitve). ⁹⁸ Opravljanje ekonomske dejavnosti v državi članici gostiteljici, pri čemer sicer ne gre za dejanski sedež družbe, po mojem mnenju pomeni (zadostno) dejansko ekonomsko vez z državo članico gostiteljico. Poleg tega menim, da čezmejni prenos zgolj statutarne sedeža družbe ne bi smel biti problematičen v primeru, ko država članica gostiteljica sprejema teorijo ustanovitve, še posebej, če jo sprejema tudi matična država članica. Slovenija bi torej morala slovenski družbi dopustiti čezmejni prenos zgolj statutarne sedeža, razen če bi omejitev svobode ustanavljanja upravičevali nujni razlogi v splošnem interesu. Država članica gostiteljica pa bi lahko od slovenske družbe v skladu z odločitvama Sodišča EU v zadevah *Daily Mail* ⁹⁹ in *Cartesio* (torej prav tako v primeru podanih nujnih razlogov v splošnem

⁹⁵ Primerjaj prav tam.

⁹⁶ M. Szydło, nav. delo, str. 423.

⁹⁷ Prav tam, str. 424.

⁹⁸ Tudi A. Frada de Sousa, nav. delo, str. 72.

⁹⁹ Glej točko 19.

interesu) zahtevala sočasno priselitev dejanskega sedeža družbe na svoje ozemlje.

5. SKLEP

V slovenski poslovni praksi so sicer zamisli o širitvi in tudi selitvi poslovanja družbe v druge države prisotne, vendar se praviloma izvajajo ob uporabi splošnih korporacijskih institutov (prenehanja in ustanovitve družbe), pa tudi prevzemne zakonodaje, medtem ko so v drugih državah članicah transakcije čezmejnih združitvev, prenosov sedežev in delovanje v pravnoorganizacijski obliki SE bolj pogosti. Družbe v drugih državah članicah torej pogosteje izrabljajo prednosti pravice do svobodnega ustanavljanja. Glede na neugodno poslovno okolje v Sloveniji in nezadostno gospodarsko rast je morda čas, da tovrstne transakcije ne bi bile več zgolj abstraktne možnosti za izboljšanje poslovanja družbe oziroma le redko uresničene pravice. Slovenske družbe so pri tem sicer nekoliko omejene zaradi teorije dejanskega sedeža, ki je pri nas sprejeta za domače družbe. Vendar se v praksi vzbujajo pomisleki, v čigavi pristojnosti je preverjanje, ali družba v času svojega poslovanja, pa tudi že ob ustanovitvi, izpolnjuje načelo teritorialne skladnosti sedeža. Dileme se prav tako porajajo v zvezi s posledicami ugotovitve, da je slovenska družba razdružila statutarni in dejanski sedež.

Četudi je treba čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža slovenske družbe s preoblikovanjem te v pravnoorganizacijsko obliko družbe po pravu države članice gostiteljice dopuščati na podlagi določb PDEU, utegne praktično izvedbo tovrstnih prestrukturiranj spodbuditi šele v prihodnosti (po mnogih letih) morebiti sprejeta Štirinajsta direktiva s področja prava družb. Ta bi lahko dala odgovor na vprašanje, ali naj države članice dopuščajo tudi čezmejni prenos zgolj statutarnega sedeža družbe, in s tem omilila doseg teorije dejanskega sedeža. Vendar se bo zaradi moči držav članic, ki tradicionalno sprejemajo to teorijo, vprašanje verjetno še naprej urejalo v skladu z nacionalno zakonodajo držav članic.

Ne glede na sprejem Štirinajste direktive bi v Sloveniji veljalo razmisliti o normativni ureditvi čezmejnega prenosa statutarnega sedeža družbe v drugo (državo članico ali tretjo) državo, pa tudi o ureditvi priselitve statutarnega sedeža družbe iz druge (države članice ali tretje) države, morebiti po vzoru švicarske zakonodaje. Izrecna ureditev tovrstnih transakcij, ki bi temeljila na načelu ohranjanja identitete družbe, bi lahko poleg pravne varnosti zagotavljala tudi precejšnjo poenostavitev, pospešitev in pocenitev postopka tovrstne čezmejne mobilnosti družb.

Literatura

- José Engrácia Antunes in drugi: Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law. European Commission, Internal Market and Services, Brussels, 5. 4. 2011, dostopno na spletni strani <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf> (26. 11. 2013).
- Thomas Biermeyer in Thore Holtrichter: Opinion of Advocate General Jääskinen in Case C-378/10 VALE, delivered on 15 December 2011, not yet reported. The missing puzzle in judge-made European law on corporate migration, v: The Columbia Journal of European Law, št. 52/2011, dostopen na spletni strani <www.cjel.net/online/18_1-biermeyer/> (26. 11. 2013).
- Walter Cains: Case Note on Cartesio Decision by the European Court of Justice, Case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató, v: European Review of Private Law, št. 3/2010, str. 569–578.
- Luca Cerioni: The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ, v: Journal of Business Law, št. 4/2010, str. 311–337.
- Luca Cerioni: The »Place of Effective Management« as a Connecting Factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: the Need for a Rethinking?, v: German Law Journal, št. 13/2012, str. 1095–1130, dostopen na spletni strani <www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol13-No9/PDF_Vol_13_No_09_1095-1130_Articles_Cerioni.pdf> (26. 11. 2013).
- Jan Cremers in Elwin Wolters: EU and national company law – fixation on attractiveness, Report 120. European Trade Union Institute, Bruselj 2011, dostopen na spletni strani <<http://dare.uva.nl/document/496390>> (26. 11. 2013).
- António Frada de Sousa: Company's Cross-border Transfer of Seat in the EU after Cartesio, Jean Monnet Working Paper 07/09. NYU School of Law, New York 2009, dostopen na spletni strani <www.jeanmonnetprogram.org/Papers/09/090701.pdf> (26. 11. 2013).
- Miroslava Geč-Korošec: Mednarodno zasebno pravo, Druga knjiga – Posebni del. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2002.
- Janja Hojnik: Nadaljevanje zgodbe o svobodi gibanja gospodarskih družb v EU, v: Davčno-finančna praksa, št. 10/2012, str. 25–29.
- Andrew Johnston in Philip Syrpis: Regulatory competition in European company law after Cartesio, v: European Law Review, št. 34/2009, str. 378–404.

- Marijan Kocbek (redaktor) in drugi: Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2007.
- Nadja Kubat Erk: The Cross-Border Transfer of Seat in European Company Law: A Deliberation about the Status Quo and the Fate of the Real Seat Doctrine, v: *European Business Law Review*, 21 (2010) 3, str. 413–450.
- Saša Prelič in Jerneja Prostor: Evropska delniška družba. GV Založba, Ljubljana 2009.
- Jerneja Prostor: Sodišče EU odločalo o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe – zadeva VALE, v: *Podjetje in delo*, št. 3-4/2013, str. 458–472.
- Barbara Rajgelj: Slovensko mednarodno zasebno pravo družb, v: *Podjetje in delo*, št. 1/2006, str. 5–24.
- Barbara Rajgelj: Vloga prostega prenosa sedeža in Societas Europaea pri harmonizaciji in konkurenci sistemov prava družb v EU, Doktorska disertacija. Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2005.
- Günter H. Roth: Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, v: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, št. 16/2010, str. 607–611.
- Marek Szydło: The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment, v: *European Company and Financial Law Review*, št. 3/2010, str. 414–443.
- Claudia Winkler: The need for a European Private Company (SPE) in the light of the Cartesio Ruling, v: *The European Legal Forum*, št. 5-6/2010, str. I-293–298.
- Claudia Winkler: *The Societas Privata Europaea, The Myth of Regulatory Competition in European Corporate Law*. Springer-Verlag, Dunaj, New York 2012.
- Andrzej W. Wiśniewski in Adam Opalski: Companies' Freedom of Establishment after the ECJ Cartesio Judgment, v: *European Business Organization Law Review*, št. 10/2009, str. 595–625.

TRENNUNG DES SATZUNGSMÄSSIGEN UND TATSÄCHLICHEN SITZES EINER SLOWENISCHEN GESELLSCHAFT

Jerneja Prostor,

Juristin, Magister des Wirtschaftsrechts, Univ.-Assistentin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Maribor

In der Republik Slowenien wird das Personalstatut für einheimische Gesellschaften gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes beurteilt, für ausländische Gesellschaften wird die Gründungstheorie akzeptiert (B. Rajgelj, gen. Arbeit (2006), S. 15–16). Somit darf eine slowenische Gesellschaft den tatsächlichen und satzungsmäßigen Sitz nicht durch die Verlegung des tatsächlichen Sitzes in einen anderen Staat trennen, während in der Republik Slowenien die Verlegung nur des tatsächlichen Sitzes eine ausländischen Gesellschaft in ihr Hoheitsgebiet toleriert wird. Diese Regelung stimmt mit dem EU-Recht überein – mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und der Rechtsprechung des EU-Gerichts im Bereich des Rechts der Niederlassungsfreiheit (ibidem, S. 21). Alle Mitgliedstaaten haben nämlich das Recht, die Anforderungen, die für die Gründung und Tätigkeit einer Gesellschaft gemäß ihrer Gesetzgebung erfüllt werden müssen, festzulegen, wie das EU-Gericht 1988 in der Rechtssache *Daily Mail* beschlossen hat. Gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes ist es also für einheimische Gesellschaften zulässig, die Erfüllung der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft – die Deckung des satzungsmäßigen und des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft (im selben Staat) – zu verlangen. Gemäß den späteren Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* müssen alle Mitgliedstaaten die Geschäftstätigkeit von Gesellschaften, die rechtlich einem anderen Mitgliedstaat zugehören, in Ihrem Hoheitsgebiet anerkennen und zulassen. Eben im Lichte dieser Entscheidungen haben mehrere Autoren erwartet, dass unter der Entscheidung des EU-Gerichts in der Rechtssache *Cartesio* die Theorie des tatsächlichen Sitzes als überlebt gelten (z.B. W. Cains, gen. Arbeit, S. 574) und die Verwirklichung des Rechts auf die Nieder-

lassungsfreiheit in einem möglichst weitem Umfang ermöglicht werden würde. Aber das EU-Gericht hat mit der Entscheidung in der Rechtssache *Cartesio* im Wesentlichen die Entscheidung in der Rechtssache *Daily Mail* bestätigt und damit die Übereinstimmung der Theorie des tatsächlichen Sitzes mit dem EU-Recht ausgewiesen. Es ist verständlich, dass sich das EU-Gericht damals nicht gegen die Beurteilung des Personalstatuts der Gesellschaft gemäß der Theorie des tatsächlichen Sitzes ausgesprochen hat, da diese schließlich auch von der Regelung der europäischen Gesellschaft (*Societas Europaea* – SE) in der SE-Verordnung akzeptiert wird. Diese Tatsache weist insbesondere darauf hin, dass einige Mitgliedstaaten nicht bereit sind, zu Gunsten des Rechts auf Niederlassungsfreiheit darauf zu verzichten.

Die Theorie des tatsächlichen Sitzes verursacht in der Geschäftspraxis einige Schwierigkeiten. Das slowenische Recht legt fest, dass der Ort, an dem die Gesellschaft die Tätigkeit ausübt, oder der Ort, an dem hauptsächlich ihre Geschäfte geführt werden, oder der Ort, an dem die Geschäftsführung tätig ist, als Sitz der Gesellschaft bestimmt werden kann. Diese Bestimmung des Artikels 30 des Gesetzes über die Wirtschaftsgesellschaften (HGB-1) ist aus mehreren Gründen problematisch. Die Anführung »an dem die Gesellschaft die Tätigkeit ausübt« definiert nicht, welcher Umfang der Ausübung der Tätigkeit für die Erfüllung der Bedingung ausreicht, dass gelten kann, dass die Gesellschaft die Tätigkeit im Hoheitsgebiet der Republik Slowenien ausübt. Die Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des tatsächlichen Sitzes werden alternativ genannt, wobei auch die Frage ist, wodurch in der Praxis die Bedingungen »an die hauptsächlich ihre Geschäfte geführt« und »an dem die Geschäftsführung der Gesellschaft tätig ist« zu unterscheiden sind. Eine der wichtigeren Schwächen der Theorie des tatsächlichen Sitzes ist nämlich gerade die Schwierigkeit der Definierung des tatsächlichen Sitzes bei Gesellschaften, deren Geschäftstätigkeit international eingebunden ist (N. Kubat Erk, gen. Arbeit, S. 417, der sich auf H. C. Hirt und G. Borges beruft), was die Stufe der Rechtssicherheit für die Gesellschaften herabsetzt. Die Autorin problematisiert im Beitrag die Annahme der Theorie des tatsächlichen Sitzes für einheimische Gesellschaften auch aus dem Grund, da eigentlich nirgends geregelt ist, wie zu prüfen wäre, ob die Gesellschaft ihren Sitz richtig zur Eintragung ins Register anmeldet und ob sie die ganze Zeit ihres Bestehens das Prinzip der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft erfüllt.

Bedenken wecken grenzüberschreitende Verschmelzungen – eine slowenische Gesellschaft, die eine grenzüberschreitende Verschmelzung durchführt, muss nämlich gemäß den allgemeinen Bestimmungen des HGB-1 den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien haben. Im Mitgliedstaat der übernommenen Gesellschaft kann die übernehmende beziehungsweise die neu gegründete slo-

wenische Gesellschaft die Geschäftseinheit der Gesellschaft beibehalten, darf dort aber nicht ihren tatsächlichen Sitz haben. Dennoch kann man sich in der Geschäftspraxis den Fall erdenken, wo die slowenische Gesellschaft gerade mit dem Ziel, ihren tatsächlichen Sitz in einen Aufnahmemitgliedstaat zu verlegen, eine Gesellschaft aus diesem anderen Mitgliedstaat übernimmt. Es ist die Frage, ob in der Praxis bei der Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung ins Handelsregister tatsächlich nachgeprüft wird, wo die Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat oder haben wird. In Verbindung mit den grenzüberschreitenden Transaktionen von Wirtschaftsgesellschaften wird dieser Anspruch bei der SE, die ebenso wie alle slowenischen Gesellschaften den statutenmäßigen und den tatsächlichen Sitz nicht trennen darf, hervorgehoben, beziehungsweise genauer: sie muss den statutenmäßigen Sitz in demselben Mitgliedstaat, in dem ihre Hauptverwaltung ist, haben (Artikel 7 SE-Verordnung).

Im Beitrag wird die Frage der Folgen der Feststellung der Nichterfüllung des Prinzips der territorialen Übereinstimmung des Sitzes einer slowenischen Gesellschaft noch als besonders strittig behandelt – in der Rechtsdoktrin gilt nämlich: werden der tatsächliche und der statutenmäßige Sitz der Gesellschaft »auf zwei verschiedene Staaten verteilt, verliert die Gesellschaft ihre Rechtssubjektivität. [...] Nach der Theorie des tatsächlichen Sitzes bedeutet die Grenzübertragung für die slowenische Gesellschaft den Entzug der Rechtssubjektivität (da der Status der Gesellschaft ab der Grenze nach ausländischem Recht beurteilt wird, die Gesellschaft dort aber nicht existiert)« (B. Rajgelj, gen. Arbeit (2006), S. 10). Es ist die Frage, was passiert, wenn die Geschäftsführung einen Teil der Geschäftstätigkeit als Geschäftsentscheidung grenzüberträgt und schließlich (mit der Zeit) damit den tatsächlichen Sitz der Gesellschaft ändert. Obwohl sich die Gesellschafter für eine Änderung des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft entscheiden würden, stellt sich weiterhin die Frage der Folgen der Nichterfüllung des Anspruchs zur Meldung der Änderung dieser Angabe dem Handelsregister beziehungsweise der Verletzung des Prinzips der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der slowenischen Gesellschaft. Es wird nur in den Strafbestimmungen des HGB-1 festgelegt, dass die Gesellschaft mit einer Strafe von 16.000 bis 62.000 Euro für das Vergehen bestraft wird, wenn sie die Eintragung von Angaben, die nach dem HGB-1 dort einzutragen sind, nicht meldet, und mit einer Strafe von 1.000 bis 4.000 Euro wird die verantwortliche Person der Gesellschaft, die dieses Vergehen begeht, bestraft. Für die Aufsicht der Durchführung der genannten Bestimmungen des HGB-1 ist das Wirtschaftsministerium zuständig.

Es ist somit die Frage, ob (und welche) slowenischen Behörden, beziehungsweise auf welche Art und Weise sie prüfen (sollen), ob eine einheimische Gesellschaft (noch) das Prinzip der Übereinstimmung des statutenmäßigen und

des tatsächlichen Sitzes erfüllt, wie es das HGB-1 festlegt. Vor allem die Frage, wie vorzugehen ist, sofern es vorkommt, dass die slowenische Gesellschaft in der Republik Slowenien keinen tatsächlichen Sitz mehr hat, ist interessant. In der Rechtslehre ist der Standpunkt zu finden, dass die Bestimmungen des Artikel 11 der Ersten Direktive im Bereich der Gesellschaftsrechts den Matrikelmitgliedstaaten nicht erlauben, für diesen Fall die Nichtigkeit der Gesellschaft festzulegen (A. W. Wiśniewski und A. Opalski, gen. Arbeit, S. 604). Die Nichtigkeitsgründe in der Direktive werden nämlich genau aufgezählt, darunter befindet sich kein Grund der Trennung von statutenmäßigem und tatsächlichem Sitz (ibidem). Die Autorin nimmt im Beitrag den Standpunkt ein, dass es unangebracht wäre, die Gesellschaft wegen der Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes als nicht existent zu erachten, beziehungsweise ihr ohne irgendein Verfahren die Rechtssubjektivität abzuspochen. Die sofortige Streichung der Gesellschaft aus dem Handelsregister ohne Durchführung eines Liquidationsverfahrens würde nämlich zahlreiche ungelöste Fragen hervorrufen, vor allem wären dadurch die Interessen der Gläubiger und Gesellschafter der Gesellschaften gefährdet (so in Verbindung mit der Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft Š. Ivanjko und M. Kocbek, in: M. Kocbek (Redakteur), gen. Arbeit, S. 756).

Richtiger wäre die mit der Lösung im Fall der Verletzung der territorialen Übereinstimmung des Sitzes der SE vergleichbare Regelung – die Gesellschaft müsste von der Registerbehörde aufgerufen werden, in einer angemessenen Frist erneut den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien zu errichten, beziehungsweise auch ihren statutenmäßigen Sitz in den Aufnahmestaat zu verlegen. Ist die ein Mitgliedstaat, könnte die Gesellschaft ihren statutenmäßigen Sitz gemäß den Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Cartesio* und *VALE* übertragen – die Gesellschaft würde sich lediglich dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats anpassen, ohne Durchführung des Liquidationsverfahrens im Heimatstaat und erneute Gründung im Aufnahmemitgliedstaats (A. W. Wiśniewski und A. Opalski, gen. Arbeit, S. 611). Im Beitrag wird diese Transaktion genauer behandelt, wobei erläutert wird, wie unter den derzeitigen Umständen – also unter Abwesenheit einer sekundären Regelung auf der EU-Ebene und einer nationalen Regelung – der grenzüberschreitende Statutenwechsel der Gesellschaft unter sinngemäßer Anwendung des Artikels 8 der SE-Verordnung über den Statutenwechsel der SE und der diese Regelung ergänzenden nationalen Bestimmungen zu vollziehen wäre.

Die Registerbehörde würde, falls die Gesellschaft nach ihrem Aufruf den tatsächlichen Sitz in der Republik Slowenien nicht wiederherstellen beziehungsweise auch ihren statutenmäßigen Sitz nicht in den Aufnahmestaat übertragen würde (also nicht in eine Gesellschaft nach dem Recht des Aufnahmemitglied-

staats umgebildet würde, beziehungsweise im Fall des Statutenwechsels in einen Drittstaat keine freiwillige Liquidation durchführen würde), die Verletzung des Prinzips der Übereinstimmung des Sitzes der Gesellschaft feststellen und den Bescheid über die Beendigung sowie den Beginn der Liquidation der Gesellschaft erlassen. Folglich würde das Gericht das Zwangsliquidationsverfahren, das im Gesetz über die Finanzgebarung, die Verfahren wegen der Insolvenz und der Zwangsbeendigung (ZFPPIPP) geregelt wird, durchführen. Dabei werden Bedenken wach, wer verpflichtet beziehungsweise berechtigt ist, die Registerbehörde über die Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft (auch der SE) zu informieren. Hinsichtlich der angeführten gesetzlichen (Nicht)Regelung des Falls der Trennung des statutenmäßigen und des tatsächlichen Sitzes einer slowenischen Gesellschaft drängt sich weiter auch das Bedenken auf, dass die Gesellschaft vielleicht nur die Folgen, die sie im Aufnahme(Mitglied)Staat »treffen« könnten, trägt, falls ihr dieser wegen der Nichterfüllung der Bedingungen nach dem (slowenischen) Gründungsrecht die Rechtssubjektivität nicht anerkennen würde.

Die Autorin kommt im Beitrag zum Schluss, dass trotz der Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio* über die Akzeptanz der Theorie des tatsächlichen Sitzes und ihrer Übereinstimmung mit dem EU-Recht willkommen wäre, wenn den slowenischen Gesellschaften der Wechsel nur des tatsächlichen Sitzes in einen anderen Staat erlaubt werden würde. Die Gesellschaften könnten nämlich auf diese Weise ihre Geschäftstätigkeit grenzüberschreitend optimieren, wobei sie den statutenmäßigen Sitz in der Republik Slowenien beibehalten und bei Bedarf auch in den Heimatstaat zurückkehren könnten. Sie tritt somit für die Abschaffung der Theorie des tatsächlichen Sitzes im slowenischen recht auch für einheimische Gesellschaften ein.

Hinsichtlich der Bedenken, die durch das Urteil des EU-Gerichts in der Rechtssache *Cadbury Schweppes* geweckt werden, wird im Beitrag die Frage der Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Statutenwechsels der Gesellschaft – also der Fall, wenn die Gesellschaft nur die Rechtszugehörigkeit, nicht aber die tatsächlichen Umstände der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ändert – genauer behandelt. Bei dieser Transaktion bestehen vom Gesichtspunkt des Heimatmitgliedstaats, welcher der Gesellschaft diesen Wechsel verwehren möchte, aus Bedenken, auf welche Weise er prüfen könnte, ob die Gesellschaft mit dem grenzüberschreitenden Statutenwechsel ins Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats nicht auch ihren tatsächlichen Sitz übertragen wird. Wäre der Statutenwechsel bereits im Aufnahmemitgliedstaat ins Register eingetragen, hätte der ehemalige Heimat(Auswanderungs-)Mitgliedstaat keine

Einreden mehr – die Gesellschaft aus dem anderen Mitgliedstaat hätte in seinem Hoheitsgebiet nämlich nur den tatsächlichen Sitz. In diesem Fall würde es sich um dieselbe Situation handeln, wie in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*, d.h. um die Ansiedlung des tatsächlichen Sitzes der Gesellschaft, die von allen Aufnahmemitgliedstaaten (in diesem Fall ist das der vorige Heimatmitgliedstaat) tolerieren müssen (A. Frada de Sousa, gen. Arbeit, S. 58). Gemäß dem Genannten müsste die Republik Slowenien den einheimischen Gesellschaften den grenzüberschreitenden Statutenwechsel in den Aufnahmemitgliedstaat erlauben, ungeachtet dessen, dass sie für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptiert. So würde die Gesellschaft in der Republik Slowenien den tatsächlichen Sitz behalten, ansonsten würde die von nun an dem Aufnahmemitgliedstaat angehören. Nur dieser ist gemäß den Entscheidungen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Daily Mail* und *Cartesio*, z. B. bei der Akzeptierung der Theorie des tatsächlichen Sitzes für einheimische Gesellschaften, berechtigt, von der slowenischen Gesellschaft zu verlangen, neben dem statutenmäßigen Sitz auch den tatsächlichen Sitz in ihr Hoheitsgebiet zu übertragen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beitrag nicht nur auf die Regelung im Verhältnis zur EU bezieht, sondern es werden auch Lösungen beim Statutenwechsel und/oder dem Wechsel des tatsächlichen Sitzes der slowenischen Gesellschaft in Drittstaaten genannt. Die Ausführungen im Beitrag sind nicht nur für die slowenische Regelung aktuell, sondern für alle Regelungen, die für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptieren.

Es kann geschlossen werden, dass die Autorin im Beitrag folgende Standpunkte einnimmt: (1) es ist nicht sinnvoll, dass die Staaten die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptieren und die einheimischen Gesellschaften bei der grenzüberschreitenden unternehmerischen Umstrukturierung behindern, (2) aufgrund der Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und gemäß den Urteilen des EU-Gerichts in den Rechtssachen *Cartesio* und *VALE* ist der grenzüberschreitende Statutenwechsel der Gesellschaft in der EU in der Regel zuzulassen, ohne dass die Gesellschaft im Heimatmitgliedstaat das Liquidationsverfahren durchführen und sich daraufhin im Aufnahmemitgliedstaat erneut gründen müsste, (3) im Fall der Abwesenheit nationaler Regelungen sind für solche Transaktionen sinngemäß die Bestimmungen der SE-Verordnung über die Verlegung des Sitzes der SE anzuwenden (4) wegen des Erreichens einer höheren Stufe der Rechtssicherheit sollte die Vierzehnte Richtlinie im Bereich des Gesellschaftsrechts über den grenzüberschreitenden Statutenwechsel, die auch das Dilemma über die Zulässigkeit der Verlegung nur des statutenmäßigen Sitzes lösen würde, verabschiedet werden und (5) die Republik Slowenien müsste den einheimischen

Gesellschaften die grenzüberschreitende Verlegung nur des statutenmäßigen Sitzes in den Aufnahmemitgliedstaat erlauben, ungeachtet dessen, dass sie für einheimische Gesellschaften die Theorie des tatsächlichen Sitzes akzeptiert.

Aus dem Genannten geht hervor, dass die Autorin für die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in einem möglichst weiten Umfang eintritt. Nur mit einer solchen Auslegung könnten die Gesellschaften nur den unternehmerischen Interessen folgen und bei der sich bietenden Gelegenheit auf einem ausländischen Markt nicht unnötig Mittel und Zeit mit der Überwindung von rechtlichen Hindernissen verlieren. Die Risiken und Missbräuche, vor denen die Theorie des tatsächlichen Sitzes zwar schützt, sollten auf andere Arten und Weisen verhindert werden. Die Interessen der Arbeitnehmer, Gläubiger, der Umweltschutz, die Steuerbehörden und die Minderheitengesellschaften sollten mit verschiedenen Maßnahmen geschützt werden – von der Ausbildung aller Stakeholder, mit der ein Bewusstsein über die Notwendigkeit einer nachhaltigeren Tätigkeit der Gesellschaft erreicht werden könnte, bis zu einzelnen Vorkehrungen in der Regelung der grenzüberschreitenden Mobilität der Gesellschaften.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 347.72.028

PROSTOR, Jerneja: Razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131), št. 1-2**

V prispevku avtorica obravnava vprašanje posledic teorije dejanskega sedeža, ki je v slovenskem pravu sprejeta za domače družbe. Slovenska družba (s statutarim sedežem v Sloveniji) mora izpolnjevati načelo teritorialne skladnosti sedeža družbe. Če to načelo prekrši in v Sloveniji nima (več) dejanskega sedeža, ji po slovenskem pravu, tj. pravu njene ustanovitve, ni več priznana pravna subjektiviteta. Pomisleke vzbujata morebitna dolžnost in način preverjanja lokacije dejanskega sedeža družbe s strani registrskih organov. Ob tem avtorica zaradi vrste praktičnih razlogov in ekonomskih vzgibov zaključi, da bi bilo treba za slovenske družbe teorijo dejanskega sedeža odpraviti in jim s tem dopustiti čezmejni prenos zgolj dejanskega sedeža. V prispevku je ob sklicevanju na sodno prakso Sodišča EU poudarjeno, da obstaja pravna podlaga za čezmejni prenos statutarnega (in dejanskega) sedeža družbe v določbah Pogodbe o delovanju EU, vendar je treba v luči zagotavljanja pravne varnosti kljub temu čim prej sprejeti Štirinajsto direktivo s področja prava družb. Avtorica prav tako ob sklicevanju na sodno prakso Sodišča EU sprejme stališče, da Slovenija ne glede na teorijo dejanskega sedeža slovenskim družbam praviloma ne bi smela preprečevati čezmejnega prenosa zgolj statutarnega sedeža.

Original Scientific Article

UDC: 347.72.028

PROSTOR, Jerneja: The Separation of the Registered Office and the Real Seat of the Slovenian Company**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 1-2**

The authoress raises the question of the consequences of the real seat theory, which is accepted in Slovenian law for domestic companies. Slovenian company must comply with the principle of territorial coincide of the company's seat. The breach of this principle with the cross-border transfer of the company's real seat causes the company to lose a legal personality under the Slovenian law. The authoress opens up the question of the eventual duty and method of verification of the company's real seat by the registration authorities. For the practical reasons and economic motives she suggests the real seat theory to be abolished and thereby Slovenian companies to be allowed to transfer solely their real seat to another Member State. In the light of the relevant case law of The Court of Justice of the EU the authoress emphasizes that the cross-border transfer of company's registered office must be permitted on the basis of the Treaty on the Functioning of the EU. Nevertheless, the Fourteenth Company law Directive should be adopted for the reasons of legal certainty. Furthermore, the authoress referring to the relevant case law of The Court of Justice of the EU from the viewpoint of the home Member State concludes that irrespective of the real seat theory Slovenian companies should be allowed to transfer merely their registered office to another Member State.