

RAZPRAVA O DOPUSTNOSTI ČEZMEJNEGA PRENOSA DEJANSKEGA SEDEŽA DRUŽBE

Petra Weingerl,

univerzitetna diplomirana pravnica, diplomirana ekonomistka (UN), Magister Juris (Oxon), doktorska kandidatka na Pravni fakulteti Univerze v Oxfordu in na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Prispevek obravnava vprašanje dopustnosti čezmejnega prenosa dejanskega sedeža slovenske¹ družbe. Pri takem prenosu sedeža je ključno vprašanje, kateremu pravnemu redu pripada družba, ki spremeni svoj sedež in ki prenese poslovanje v drugo državo. Gre za eno najspornejših vprašanj v evropskem pravu družb, ki je tesno povezano z vprašanjem svobode ustanavljanja, zagotovljene s Pogodbo o delovanju EU (PDEU).² Vprašanje čezmejnega prenosa sedeža se nanaša tako na dejanski sedež kot tudi na statutarni sedež. V zvezi s prenosom dejanskega sedeža lahko govorimo o *fizični* mobilnosti (sprememba države poslovanja), pri prenosu statutarnega sedeža pa gre za *pravno* mobilnost (sprememba statusnopravne pripadnosti).^{3, 4} Ta prispevek se omejuje zgolj na prenos dejanskega sedeža, ki je v praksi aktualnejši.⁵ S prispevkom želim prikazati, da je na podlagi razlage veljavnih pravil in sodne prakse mogoče sklepati, da je čezmejni prenos dejanskega sedeža slovenske družbe (že) dopusten.

¹ Izraza »slovenske družbe« in »domače družbe« uporabljam za družbe, ki so ustanovljene z vpisom v register v Sloveniji.

² UL C 326 z dne 26. oktobra 2012.

³ B. Rajgelj, nav. delo (2008), str. 50.

⁴ O. Mörsdorf, nav. delo, str. 630.

⁵ Za razpravo o prenosu statutarnega sedeža glej, na primer, S. Prelič in J. Prostor, nav. delo (2016).

Slovenska pravna teorija zavzema stališče, da slovenska zakonodaja domačim družbam čezmejnega prenosa dejanskega sedeža ne dopušča.⁶ To je podkrepljeno z razlago, da slovensko pravo za domače družbe sprejema teorijo dejanskega sedeža kot navezno okoliščino za presojo pripadnosti družbe slovenskemu pravnemu redu.⁷ Teorija dejanskega sedeža zahteva teritorialno skladnost statutarne in dejanskega sedeža družbe, prenos enega ali drugega (ali morda obeh) pa vodi do izgube pravne subjektivitete družbe.⁸ Ta teorija je tako domnevno glavni razlog, da domače družbe ne morejo biti tako mobilne kot na primer družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve. S tem prispevkom želim nadgraditi dosedanje razprave o prenosu dejanskega sedeža družbe. V ta namen bom predstavila tezo, da z materialnimi pravili v Zakonu o gospodarskih družbah (ZGD-1)⁹ zakonodajalec za domače družbe ni sprejel teorije dejanskega sedeža, vsaj v taki obliki ne, da bi jim s tem preprečil čezmejni prenos dejanskega sedeža, saj lakonične zakonske določbe ne napeljujejo na sklep, da se zahteva teritorialna skladnost statutarne in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarne in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje njihovo razdružitev, bi morala biti izrecno določena, če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Materialne določbe v ZGD-1 so skladne s teorijo ustanovitve in ne pomenijo (bistvenega) odmika od nje.

Tezo, da v slovenskem pravnem redu ni »čiste« teorije dejanskega sedeža, bom predstavila v treh delih. Razprava najprej obravnava vprašanja, povezana z zakonodajno konkurenco, sedežem družbe in svobodo ustanavljanja v EU. Namen tega poglavja je prikazati, da se na ravni prava EU pri čezmejni mobilnosti razlikujeta vstopna in izstopna situacija. Svoboda ustanovitve je (za zdaj) relevantna le za vstopne situacije, saj morajo države članice tolerirati obstoj družb, ki prenesejo dejanski sedež na njihovo ozemlje. Pri izstopnih situacijah pa so države članice ustanovitve tiste, ki določajo pogoje za nastanek, obstoj in prenehanje družb, ustanovljenih na njihovem ozemlju – s tem pa tudi o dopustnosti čezmejnega prenosa sedeža teh družb. Temu sledi poglavje, v katerem z razlago relevantnih določb v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)¹⁰ in ZGD-1 zavrnem obstoj »čiste« teorije dejanskega

⁶ Glej B. Rajgelj, nav. delo (2006). Glej tudi J. Prostor, nav. delo (2014).

⁷ Obe teoriji, ki se v mednarodnem zasebnem pravu najpogosteje uporabljata za določitev merodajnega prava, teorija ustanovitve in teorija dejanskega sedeža, sta predstavljeni v razdelku 2.2.

⁸ Glej B. Rajgelj, nav. delo (2006). Glej tudi J. Prostor, nav. delo (2014).

⁹ Ur. l. RS, št. 42/06 s spremembami.

¹⁰ Ur. l. RS, št. 56/99 in 45/08.

sedeža v slovenskem pravu. V tretjem delu razprave bom osvetlila nekatere terminološke in pojmovne zagate v pravni teoriji in praksi.

2. O SEDEŽU DRUŽBE

2.1. Zakonodajna konkurenca

Vprašanje sedeža družbe je zanimivo predvsem v luči zakonodajne konkurence (tudi konkurence med pravnimi redi). Pri zakonodajni konkurenci gre za oblikovanje zakonodaje na več ravneh, na ravni več posameznih držav (horizontalna zakonodajna konkurenca) ali na nadnacionalni oziroma federalni ravni in na ravni posameznih držav (vertikalna zakonodajna konkurenca), tako da imajo družbe možnost izbire, kje želijo biti ustanovljene. Pomemben element zakonodajne konkurence je, da družbe to možnost izbire uporabljajo v praksi.¹¹ Gre za t. i. zakonodajno arbitražo, ki je predpogoj za obstoj zakonodajne konkurence. Drug pomemben predpogoj za zakonodajno konkurenco je, da države na trgu prava družb tekmujejo med seboj ali z nadnacionalnimi entitetami v oblikovanju najprivlačnejše zakonodaje, da bi si čim več družb za ustanovitev izbralo njihov pravni red. Kadar države oblikujejo in prilagajajo zakonodajo z namenom, da bi privlačile re/inkorporacije družb, je pravo, ki ga ponujajo družbam, produkt na trgu prava, ki je poseben trg, na katerem države ponujajo javne dobrine v obliki korporacijskih zakonodaj.¹²

Še nedavno vprašanju zakonodajne konkurence v EU ni bilo namenjene večje pozornosti, saj kljub načelni svobodi ustanavljanja na podlagi primarnega prava EU ni pogosto prihajalo do čezmejne mobilnosti družb, ker je bilo to na podlagi nacionalnih pravil številnih držav članic praktično nemogoče. Zakonodajna konkurenca je bila predmet številnih razprav predvsem v ZDA, kjer je to že dobro uveljavljen koncept. Tam obstaja jasni zmagovalec tekme na ravni posameznih držav, to je majhna zvezna država Delaware, v kateri je ustanovljenih večina ameriških družb kot posledica številnih konkurenčnih prednosti, ki jih Delaware ponuja in ki jih druge države lahko le s težavo posnemajo.¹³ Ta pojav je poimenovan kot »učinek Delawara« (angl. *Delaware effect*).

Zaradi vse bolj jasnih in poenostavljenih pravil na področju čezmejne mobilnosti družb v EU, k čemur pripomore predvsem sodna praksa Sodišča EU, je vprašanje zakonodajne konkurence čedalje pomembnejše tudi v EU in gospodarstvu ponuja različne možnosti za optimizacijo organizacijske strukture. Po-

¹¹ R. Kraakman in drugi, nav. delo, str. 25.

¹² Glej A. Saydé, nav. delo, str. 20.

¹³ E. Kamar, nav. delo.

sledica načela proste izbire sedeža v povezavi s pravico do svobodnega ustanavljanja v EU je večja elastičnost pri odločanju o določitvi sedeža družbe, s tem pa tudi pravnega režima, ki je v skladu s splošnimi pravili vezan na ta kraj, prav tako pa pri čezmejnem poslovanju, ki v praksi pomeni na primer le čezmejni prenos kraja poslovanja ali opravljanja dejavnosti. Možnost za ustanovitev družbe v katerikoli drugi državi članici ali pa ustanovitev njene podružnice, prenos sedeža ali preoblikovanje v tujo družbo odpira pot tekmi med državami za ponujanje čim privlačnejšega korporacijskega okolja za čim številčnejše ustanovitve družb na svojem ozemlju.¹⁴

Vendar pa lahko družbe prenesejo sedež zgolj, če jim to dopuščajo tako kolizijska pravila obeh držav – države izselitve in države priselitve oziroma gostiteljice – kot tudi materialnopravne zahteve v eni in drugi državi. Od teh pravil bo namreč odvisna nacionalna pripadnost družbe – po katerem pravu se bo presojalo, ali družba obstaja, torej osebni statut družbe. Ta se v kolizijskem pravu določi glede na navezno okoliščino v skladu s teorijo ustanovitve ali s teorijo dejanskega sedeža. Pri tem je teorija dejanskega sedeža, ki je uveljavljena v večini kontinentalnih držav, dejanska ovira pri čezmejnem prenosu sedeža družbe.

2.2. Navezni okoliščini v kolizijskem pravu družb: teorija ustanovitve in teorija dejanskega sedeža

Temeljni nalogi kolizijskega prava družb sta začrtanje kroga vprašanj, ki se presojajo po merodajnem pravu (osebni statut), in izbira navezne okoliščine, ki je odločilna za določitev merodajnega prava.¹⁵ V osebni statut družbe na splošno spadajo vprašanja nastanka, delovanja in prenehanja družbe – torej tudi vprašanja postopka in pogojev ustanovitve – ter vprašanja pravne in poslovne sposobnosti družbe.¹⁶ V zvezi z določitvijo merodajnega prava države sprejemajo bodisi teorijo ustanovitve bodisi teorijo dejanskega sedeža.¹⁷

Skladno s teorijo ustanovitve se statut družbe presoja po pravu tiste države, po katerem je bila družba ustanovljena. Ta teorija se uporablja v državah s tradicijo *common law* in na Nizozemskem, v Švici, v Lihtenštajnu in v skandinavskih državah.¹⁸ Določitev navezne okoliščine po tej teoriji v praksi ne predstavlja te-

¹⁴ Eden od ciljev harmonizacije prava družb v EU naj bi bila prav preprečitev konkurenice sistemov evropskega prava družb. Glej B. Rajglej, nav. delo (2007), str. 26.

¹⁵ B. Rajglej, nav. delo (2006), str. 5.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ V teoriji se je poleg statutarne in dejanskega sedeža (predvsem v davčnem pravu) uveljavil tudi koncept t. i. sedeža izkoriščanja (angl. *seat of exploitation*), kjer družba opravlja svojo dejavnost.

¹⁸ M. Gelter, nav. delo, str. 2; Baelz in Baldwin, nav. delo.

žav, saj države, ki jo sprejemajo, za ustanovitev in obravnavo po svojem pravu od družb zahtevajo le statutarne sedež na svojem ozemlju.¹⁹ Tako lahko družba opravlja svojo dejavnost oziroma lahko to družbo poslovodstvo upravlja kjerkoli.²⁰ Podobno velja glede vprašanja priznavanja družb, ki so ustanovljene po tujem pravu – pravna sposobnost jim je priznana, če so veljavno ustanovljene po pravu države ustanovitve.²¹ Če taka tuja družba prenese svoj dejanski sedež v državo, ki sprejema teorijo ustanovitve, to nima nikakršnih pravnih posledic za njeno pravno subjektiviteto.

Po teoriji dejanskega sedeža pa se statut družbe presoja po pravu države, v kateri ima ta družba svoj dejanski sedež. Tradicionalno se uporablja na primer v Avstriji, Belgiji, Franciji, Nemčiji, Italiji in Luksemburgu.²² Ta teorija je manj objektivizirana in stabilna navezna okoliščina v primerjavi s teorijo ustanovitve, hkrati pa je pomembna ovira za čezmejno mobilnost.²³ Če družba, ki je ustanovljena v državi, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža, prenese svoj dejanski sedež v drugo državo, ji država ustanovitve po navadi več ne priznava pravne subjektivitete, saj se praviloma zahteva, da sta tako statutarne kot tudi dejanski sedež v isti državi. Podobno velja glede družb, ki so ustanovljene v drugi državi, pa prenesejo svoj dejanski sedež v državo gostiteljico, ki sprejema teorijo dejanskega sedeža. Država gostiteljica ji po »klasični« teoriji dejanskega sedeža v takem primeru ne bo priznala pravne subjektivitete. Prav ta dva vidika teorije dejanskega sedeža, torej izguba pravne subjektivitete družbe bodisi pri izselitvi bodisi pri priselitvi dejanskega sedeža, sta problematična v luči svobode ustanavljanja in pomenita oviro čezmejni mobilnosti družb.

2.3. Poskus razmejitve med dejanskim sedežem in lokacijami poslovanja ter opravljanja dejavnosti

Dejanski sedež načeloma nima posebnega pomena v materialnem pravu, temveč le v kolizijskem pravu družb, torej v razmerjih z mednarodnim elementom. Temu sledi tudi slovenska ureditev. Tako ga ZGD-1 izrecno ne ureja, najdemo pa ga v tretjem odstavku 17. člena ZMZPP. Ker je dejanski sedež okoliščina, po kateri se presoja pripadnost družbe v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, sta ključni vprašanji, kaj je s tem konceptom sploh mišljeno in ali ga slovenska ureditev zares uzakonja. Podrobneje se bom teh vprašanj dotaknila v nadaljevanju v 3. poglavju. Za zdaj naj zadostuje podatek, da ZGD-1 ureja

¹⁹ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54; M. Siems, nav. delo, str. 48.

²⁰ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 54; J. Prostor, nav. delo (2014).

²¹ B. Rajgelj, nav. delo (2006).

²² M. Gelter, nav. delo, str. 2; Baelz in Baldwin, nav. delo.

²³ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 198.

»sedež« v 29. in 30. členu.²⁴ Člen 29 določa, da je sedež družbe »kraj, ki je kot sedež vpisan v register«. Člen 30 pa to določbo konkretizira z navedbo treh možnih lokacij, ki se lahko kot sedež družbe vpišejo v register – te lokacije se v teoriji razlagajo kot določitev dejanskega sedeža družbe.²⁵

Ima potemtako družba lahko več »dejanskih sedežev« in ali ima prenos vseh teh sedežev enake posledice za navezno okoliščino in s tem pravno subjektiviteto družbe? V luči dejstva, da ZGD-1 določa tri različne lokacije kot kraj, kjer je družba vpisana v register, je že iz same določbe mogoče sklepati, da lahko družba v praksi opravlja del svojih poslov in dejavnosti na različnih lokacijah. Povedano drugače, družba lahko ima več lokacij, ki ustrezajo enemu ali več alternativno določenim krajem v 30. členu ZGD-1.

Dejanski sedež je navezna okoliščina, ki se težko presoja v praksi, sploh v času, ko družbe čedalje pogosteje poslujejo na globalni ravni in imajo svojo dejavnost razpršeno po različnih krajih in celo državah. Tako ni presenečenje, da je pojem »dejanski sedež« težko opredeliti, še težje pa preverjati v praksi. Za potrebe te razprave bom uporabljala izraz »dejanski sedež«, da s tem označim prenos kraja poslovanja oziroma dejavnosti družbe. Ni pa nujno, da s tem mislim na glavno upravo družbe (angl. *head office*), ki se v tujini navadno uporablja kot sopomenka za »dejanski sedež« (angl. *real seat*), v ZGD-1 pa ni niti izrecno omenjena med alternativnimi lokacijami za določitev statutarnega sedeža.

2.4 Kratko o razvoju svobode ustanavljanja v pravu EU – teorija dejanskega sedeža kot ovira svobodi ustanavljanja

Vzpostavitev območja brez notranjih meja, na katerem je zagotovljen prost pretok blaga, oseb, storitev in kapitala, je eden pglavitnih ciljev EU.²⁶ Mobilnost družb v EU se zagotavlja s svobodo ustanavljanja, ki je urejena v 49. in 54. členu PDEU. Člen 49 PDEU določa, da se:

»omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.«

Ta člen nadalje določa, da pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in

²⁴ Ti določbi sta podrobneje predstavljeni v nadaljevanju, glej razdelek 3.2.

²⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35.

²⁶ Glej 26. člen PDEU.

vodenja podjetij.²⁷ PDEU tako ureja primarno in sekundarno ustanovitev. Pri primarni ustanovitvi gre za pravico, da se ustanovi družba ali druga pravna oseba v državi gostiteljici, pri sekundarni ustanovitvi pa za pravico, da se odstranijo vse ovire za vzpostavljanje in organiziranje podružnic v gostujočih državah članicah.²⁸ Na podlagi teh določb je Sodišče EU razvilo sodno prakso, ki je družbam olajšala čezmejno mobilnost, svoboda ustanavljanja pa v EU še vedno ni popolnoma uveljavljena. Države članice nimajo vzpostavljenega enotnega režima za čezmejno mobilnost družb in uporabljajo različne teorije za določitev navezne okoliščine. Tako danes še vedno obstajajo pravila na ravni držav članic, ki ovirajo čezmejno mobilnost družb.

EU je začela projekt harmonizacije na področju prava družb že v šestdesetih letih prejšnjega stoletja, vendar so rezultati skromni.²⁹ Kako težko je doseči soglasje na tem področju, priča dejstvo, da se je Uredba o statutu evropske delniške družbe (SE)³⁰ sprejemala celih trideset let, delo na številnih projektih pa se je končalo brez sprejetih zakonodajnih aktov, na primer v zvezi z direktivo o čezmejnem prenosu sedeža³¹ ali statutom evropske zasebne družbe (SPE – *Societas Privata Europaea*).³² Ta počasni in vsebinsko omejen proces harmonizacije ter kolizijska pravila držav članic naj bi bila neposredno pove-

²⁷ Prvi odstavek 49. člena PDEU.

²⁸ Točka 57 sodbe v zadevi C-438/05, *Viking Line*, ECLI:EU:C:2007:772. Glej J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 390.

²⁹ Več o harmonizaciji na področju prava družb v EU glej B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 25.

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

³¹ Glej s tem povezane dokumente na spletni strani Komisije <http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm> (1. 4. 2016). Komisija je že leta 2004 odprla javno razpravo o 14. direktivi na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb. Po oceni učinka v letu 2007 je Komisija odločila, da preneha aktivnosti na tem področju, saj naj ne bi bilo potrebe po sprejetju zakonodajnega akta. Več o tem glej J. Prostor, nav. delo (2011), ki meni, da je stanje na tem področju nevzdržno in se zato zavzema za urgenten sprejem navedene direktive. Glej tudi S. Rammeloo, nav. delo. Leta 2013 pa je Komisija vnovič sprožila javno razpravo na to temo, na katero je prejela 86 odgovorov, od tega zgolj 28 od gospodarskih družb (glej <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/docs/summary-of-responses_en.pdf> (1. 4. 2016)). Največ jih je bilo iz Nemčije, iz Slovenije pa ni bilo nobenega. Po tej javni razpravi so aktivnosti Komisije na tem področju spet zamlrle.

³² Predlog statuta za evropsko zasebno družbo je bil uradno umaknjen iz programa dela Komisije v oktobru 2013. Glej Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, COM(2013) 685 final, str. 9.

zana – od šestih držav članic ustanoviteljic EU³³ je le Nizozemska sprejemala teorijo ustanovitve kot navezno okoliščino za določitev merodajnega prava.³⁴

V nadaljevanju bo na kratko predstavljen razvoj pravil na tem področju skozi sodno prakso Sodišča EU, ki je glavni motor napredka ob odsotnosti harmonizacije.³⁵ Zdi se, da sodna praksa Sodišča EU daje prednost teoriji ustanovitve, vendar kljub vsemu upošteva in spoštuje obstoj teorije dejanskega sedeža, ki je glavna ovira čezmejni mobilnosti. Sodna praksa razlikuje med dvema situacijama – med »vstopno« situacijo oziroma »imigracijo« družb v državo članico gostiteljico ter »izstopno« situacijo oziroma »emigracijo« iz države članice ustanovitve. Čeprav je Sodišču EU s sodno prakso uspelo doseči, da teorija dejanskega sedeža ni več ovira družbam, ki »imigrirajo« v državo, ki uporablja to teorijo kot navezno okoliščino, pa še vedno obstajajo ovire za družbe, ki bi iz take države želele »emigrirati«. Tako Sodišče EU pravico do ustanavljanja razlaga kot relevantno zgolj glede »priznavanja« tujih družb (oziroma njihove pravne subjektivitete) na ozemlju drugih držav članic, torej v državah gostiteljicah. Pravica do »zapustitve« ozemlja države članice ustanovitve brez poprejšnje likvidacije pa (še?) ne spada pod okrilje te svoboščine notranjega trga.

Sodišče EU je zaoralo ledino na področju mobilnosti družb v zadevi *Daily Mail*, ki je bila v osnovi pravzaprav davčna zadeva, vendar se je razlagala kot zadeva s področja prava družb.³⁶ Ta sodba se nanaša na razmerje med državo članico ustanovitve in družbo, ki želi to državo zapustiti in ob tem ohraniti pravno osebnost, ki ji jo je podelila zakonodaja navedene države, torej gre za »izstopno« situacijo oziroma za »emigracijo« družbe. Sodišče EU je odločilo, da svoboda ustanavljanja družbam ne daje pravice do prenosa dejanskega sedeža v drugo državo članico, če želi družba ohraniti svoj status po pravilih države ustanovitve. Sodišče EU je navedlo, da so družbe – drugače kot fizične osebe – pravna fikcija, ustanovljena na podlagi zakonodaje države članice, in obstajajo le na podlagi te nacionalne zakonodaje, ki določa njihovo ustanovitev in delovanje.

S to sodbo je Sodišče EU podalo zelo restriktivno razlago določb o svobodi ustanavljanja, saj je potrdilo veljavnost teorije dejanskega sedeža in s tem tudi prepovedi prenosa dejanskega sedeža v drugo državo. Sodišče EU pa v

³³ Te države članice ustanoviteljice so Belgija, Francija, Italija, Luksemburg, Nemčija in Nizozemska.

³⁴ M. Gelter, nav. delo, str. 7.

³⁵ Podrobneje o razvoju v pravu EU in o sodni praksi na tem področju glej J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 390 in nasl. Za predstavitev navedenih sodb glej tudi J. Prostor, nav. delo (2013), in B. Rajgelj, nav. delo (2007).

³⁶ Zadeva 81/87, *Daily Mail*, 27. september 1988, ECLI:EU:C:1988:456.

tej zadevi ni obravnavalo vprašanja, ali bi morala država članica gostiteljica priznati družbo, ki je veljavno ustanovljena po pravu druge države članice, torej o »vstopnih« situacijah. O tem je Sodišče EU odločalo v zadevah, ki so predstavljene v nadaljevanju.

Desetletje po sodbi v zadevi *Daily Mail* je Sodišče EU v znameniti zadevi *Centros*³⁷ odločalo prav o tem vprašanju. Družba Centros je bila registrirana v Združenem kraljestvu, kjer je uveljavljena teorija ustanovitve, vendar od svoje ustanovitve tam ni nikoli opravljala dejavnosti. Bila je v lasti danskega para, ki je želel ustanoviti podružnico na Danskem, da bi tam izvajal vse svoje poslovne dejavnosti. Danske oblasti so zavrnille njun poskus ustanovitve podružnice, saj so menile, da je njun cilj na Dansko prenesti dejanski sedež družbe, ki naj bi jo ustanovila v Združenem kraljestvu z namenom izogniti se danski zakonodaji, ki zahteva vplačilo minimalnega osnovnega kapitala. Sodišču EU se taka praksa ni zdela sporna, saj je navedlo, da:

»dejstvo, da državljani države članice, ki želi ustanoviti družbo, to ustanovi v državi članici, katere pravila prava družb se mu zdijo manj strožja, in v drugih državah članicah odpre podružnice, samo po sebi ne more pomeniti zlorabe pravice ustanavljanja. Pravica ustanoviti družbo v skladu z zakonodajo države članice in odpreti podružnice v drugih državah članicah je neločljivo povezana z izvrševanjem svobode ustanavljanja na enotnem trgu, kot to zagotavlja Pogodba.«³⁸

Sodišče EU meni, da »družbe nabiralniki« (angl. *letterbox companies*) same po sebi niso v nasprotju s pravom EU,³⁹ morebitne zlorabe ali goljufije pa se lahko poskušajo preprečiti tudi z ukrepi, ki ne kršijo pravice do svobodne ustanovitve sedeža, pa kljub temu dosežejo cilj, ki mu sledi na primer minimalni osnovni kapital, ki naj bi bil po stališču danskih oblasti glavni mehanizem za varstvo upnikov.

Na podlagi sodbe v zadevi *Centros* so ovire držav članic gostiteljic zoper družbe, ustanovljene v drugi državi, ki želijo na ozemlju države gostiteljice

³⁷ Zadeva C-212/97, *Centros*, 9. marec 1999, ECLI:EU:C:1999:126.

³⁸ Glej točko 27 sodbe v zadevi *Centros*.

³⁹ Glej sicer točko 55 sodbe v zadevi C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECLI:EU:C:2006:544: »Torej mora biti za to, da bi se omejitev svobode ustanavljanja lahko upravičila z razlogi boja proti zlorabam, poseben namen take omejitve oviranje ravnanj, ki vsebujejo ustvarjanje povsem umetnih konstruktov, brez gospodarske resničnosti, z namenom, da se obide davek na dobiček, ustvarjen z dejavnostjo na nacionalnem ozemlju, ki bi ga bilo običajno treba plačati.« Pri tem ni jasno, kaj je imelo Sodišče EU v mislih z besedno zvezo »povsem umetnimi konstruktmi«, predvsem v luči sodbe v zadevi *Centros*. O zlorabi prava v luči svobode ustanavljanja glej W. G. Ringe, nav. delo (2011). Glej tudi Roth, nav. delo, str. 607–611.

ustanoviti podružnico (t. i. sekundarna ustanovitev), prepovedane. Tak »liberalni« pristop Sodišča EU do koncepta »zlorabe prava« je odprl pot zakonodajni konkurenci v EU, s tem pa tudi večji čezmejni mobilnosti družb.⁴⁰

V teoriji in praksi je bilo veliko razprave o tem, ali velja zadeva *Centros* za vse »vstopne« situacije ali zgolj takrat, ko želijo družbe prenesti dejanski sedež v državo gostiteljico, ki kot navezno okoliščino sprejema teorijo ustanovitve (Danska, ki je bila država gostiteljica, namreč sprejema teorijo ustanovitve).⁴¹ Odgovor je bil podan v zadevi *Überseering*.⁴² Ta zadeva se je prav tako nanašala na obravnavo, ki naj jo država članica gostiteljica zagotovi družbi, ustanovljeni po pravu druge države članice, ki izvršuje svojo pravico do ustanavljanja. Šlo je za družbo z omejeno odgovornostjo, ki je želela prenesti dejanski sedež iz Nizozemske (teorija ustanovitve) v Nemčijo (teorija dejanskega sedeža), tako da bi še naprej veljala za nizozemsko družbo in bi se njen pravni status še naprej presojal po nizozemskem pravu. Družba *Überseering* je v Nemčiji vložila tožbo proti drugi družbi, sodišče pa je tožbo zavrglo, saj je ugotovilo, da je svoj dejanski sedež prenesla v Nemčijo. S tem kot družba nizozemskega prava v Nemčiji ni imela pravne sposobnosti in zato tudi ne procesne sposobnosti. Sodišče EU je ugotovilo, da tako odrekanje pravne sposobnosti pomeni omejitev svobode ustanavljanja. Odločilo je, da izvrševanje svobode ustanavljanja nujno predvideva priznavanje družb v vseh državah članicah, v kateri želijo izvrševati svojo pravico do sekundarne ustanovitve.⁴³

V zadevah *Centros* in *Überseering* je šlo za situaciji, v katerih sta zadevni državi članici gostiteljici preprečevali (in ne le omejevali) tujim družbam sekundarno ustanovitev na njunem ozemlju. Naslednja pomembna sodba na področju čezmejne mobilnosti družb je bila izdana v zadevi *Inspire Art*.⁴⁴ V tej zadevi Nizozemska sicer ni preprečevala tuji družbi sekundarne ustanovitve, temveč je bila taka ustanovitev zaradi ovir v obliki pogojev, ki jih je predpisovala nizozemska zakonodaja, manj privlačna.⁴⁵ *Inspire Art* je bila družba s sedežem v Veliki Britaniji, ki je poslovala izključno prek svoje nizozemske podružnice. Nizozemska je želela, da ta družba upošteva nekatere materialne določbe, ki

⁴⁰ W. G. Ringe, nav. delo (2011), str. 108. V praksi v EU prihaja večinoma do »defenzivne« zakonodajne konkurence, saj države prilagajajo svojo zakonodajo, da ne bi že ustanovljene družbe pobegnile čez mejo v državo članico s privlačnejšo zakonodajo. Redko pa je razlog za prilagajanje zakonodaje želja, da bi bil pravni red države čim bolj privlačen za nove ustanovitve. Za več o tem glej na primer M. Gelter, nav. delo.

⁴¹ Glej na primer Lehmann, nav. delo, str. 816–823.

⁴² Zadeva C-208/00, *Überseering*, 5. november 2002, ECLI:EU:C:2002:632.

⁴³ Točka 59 sodbe v zadevi *Überseering*.

⁴⁴ Zadeva C-167/01, *Inspire Art*, 30. september 2003, ECLI:EU:C:2003:512.

⁴⁵ A. Johnston in P. Syrpis, nav. delo, str. 385.

veljajo za družbe, ustanovljene po nizozemskem pravu, predvsem v zvezi z varstvom upnikov. Sodišče EU je odločilo, da so take zahteve načeloma nezdržljive s svobodo ustanavljanja.

Trojček zadev *Centros*, *Überseering* in *Inspire Art* se je nanašal na »vstopne« situacije oziroma imigracije (angl. *entry*), ko družba, ki je zakonito ustanovljena po pravu ene države članice, svoj dejanski sedež prenese v drugo državo članico. Na podlagi sodne prakse Sodišča EU so države članice gostiteljice v takem primeru dolžne tem družbam priznavati pravno subjektiviteto, hkrati pa načeloma niso upravičene, da od njih zahtevajo, da izpolnjujejo njihove materialne pogoje, na primer o minimalnem osnovnem kapitalu. Tako je teorija dejanskega sedeža za družbe, ki »imigrirajo«, pravzaprav izgubila pomen. Vendar pa so države, ki sprejemajo to teorijo, na podlagi sodbe v zadevi *Daily Mail* še vedno »upravičene«, da ovirajo mobilnost družbam, ustanovljenim na njihovem ozemlju, ko želijo te »emigrirati« v drugo državo članico (angl. *exit*).⁴⁶ Sodišče EU je o čezmejni mobilnosti družb, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, odločalo v zadevi *Cartesio*.⁴⁷

Cartesio je madžarsko podjetje, ki želi prenesti svoj dejanski sedež v Italijo, vendar želi ostati subjekt madžarskega prava. Po madžarskem pravu to ni bilo mogoče, saj je to zahtevalo, da družba najprej preneha obstajati na Madžarskem in se nato vnovič ustanovi po italijanskem pravu. Kljub velikim pričakovanjem pravne teorije je Sodišče EU odločilo, da bo sledilo sodbi v zadevi *Daily Mail*, s tem pa državam članicam še nadalje dopuščalo, da družbam, ki so ustanovljene po njihovem pravu, preprečujejo čezmejno mobilnost. Odločilo je, da:

»Glede na trenutno stanje prava Skupnosti [zdaj EU] je treba člena 43 in 48 PES [zdaj člena 49 in 54 PDEU] razlagati tako, da ne nasprotujeta predpisom države članice, ki družbi, ustanovljeni na podlagi nacionalnega prava te države članice, preprečujejo prenos njenega sedeža v drugo državo članico, pri čemer bi ohranila subjektiviteto družbe nacionalnega prava države članice, v skladu z zakonodajo katere je bila ustanovljena.«⁴⁸

Tako je teorija dejanskega sedeža preteklost le za družbe, ki vstopajo na ozemlje določene države članice, ne pa za tiste družbe, ki želijo emigrirati v drugo državo članico.⁴⁹ Tako je svoboda ustanovitve zares »svobodna« le za tiste

⁴⁶ Podrobneje o tem glej na primer F. M. Mucciarelli, nav. delo; W. G. Ringe, nav. delo (2005).

⁴⁷ Zadeva C-210/06, *Cartesio*, 16. december 2008, ECLI:EU:C:2008:723. Za podrobno analizo sodbe v tej zadevi glej na primer J. Hojnik in R. Knez, nav. delo, str. 405; J. Prostor, nav. delo (2013), str. 30.

⁴⁸ Točka 124 sodbe v zadevi *Cartesio*.

⁴⁹ Za kritiko takega razlikovanja glej na primer W. G. Ringe, nav. delo (2005).

družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve. Družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa svojega sedeža še vedno ne morejo prenesti čez mejo brez predhodne likvidacije družbe.

Vendar je Sodišče EU v zadevi *Cartesio* vendarle šlo korak dlje, s tem ko je odločilo, da mora država članica ustanovitve družbi dovoliti, da prenese dejanski sedež v drugo državo članico, če se pri tem preoblikuje v pravno osebo države članice gostiteljice.⁵⁰ Države ustanovitve morajo torej dopuščati »pravno« mobilnost. V zadevi *VALE* je Sodišče EU odločilo, da morajo tako preoblikovanje tolerirati tudi države članice gostiteljice.⁵¹ Tako je Sodišče EU vsaj delno pripomoglo k čezmejni mobilnosti družb, ki so ustanovljene v državah teorije dejanskega sedeža, s tem, ko je prepovedala diskriminacijo med »notranjimi« in »čezmejnimi« situacijami v primeru preoblikovanj družb, torej v primeru alternativnih oblik mobilnosti.⁵² Že v zadevi *SEVIC* je odločilo, da tako:

»kot druge vrste preoblikovanja družb čezmejne združitve izhajajo iz potrebe po sodelovanju in konsolidaciji med družbami s sedežem v različnih državah članicah. So poseben način izvrševanja pravice do ustanavljanja, ki je pomemben za pravilno delovanje notranjega trga, in so torej del gospodarskih dejavnosti, v zvezi s katerimi so države članice dolžne spoštovati pravico do ustanavljanja.«⁵³

⁵⁰ Točka 111 sodbe v zadevi *Cartesio*: »Vendar je treba tak primer prenosa sedeža družbe, ustanovljene po pravu države članice, v drugo državo članico – brez menjave prava, ki se uporabi zanjo, – razlikovati od primera, ki se nanaša na preselitev družbe prava ene države članice v drugo državo članico z menjavo nacionalnega prava, ki se uporabi zanjo, ker se družba preoblikuje v družbo, za katero se uporabi nacionalno pravo države članice, v katero se je preselila.« Več o tem glej M. Gelter, nav. delo, str. 27–28; J. Prostor, nav. delo (2014), poglavji 3 in 4.

⁵¹ Zadeva C-378/10, *VALE*, 12. julij 2012, ECLI:EU:C:2012:440. Za predstavitev sodbe glej J. Prostor, nav. delo (2013a). Podobno je Sodišče EU odločilo tudi v zadevi C-411/03, *SEVIC*, 13. december 2005, ECLI:EU:C:2005:762, v kateri je država članica (Nemčija) razlikovala med čezmejnimi in notranjimi združitvami družb. Sodišče EU je odločilo, da svoboda ustanavljanja nasprotuje temu, »da se v državi članici vpis v nacionalni trgovinski register združitve s prenehanjem ene družbe, ne da bi bila pri tem opravljena njena likvidacija, in s prenosom celotnega premoženja te družbe na drugo družbo na splošno zavrne, če ima ena od dveh družb sedež v drugi državi članici, medtem ko je tak vpis ob spoštovanju določenih pogojev mogoč, če imata obe družbi, ki se združujeta, sedež na ozemlju prve države članice«. Glej tudi W.-H. Roth, nav. delo (2013), str. 965–995.

⁵² Rajgljeva navaja, da so čezmejne združitve pravzaprav podvrsta čezmejnega prenosa statutarne sedeža, saj gre za hkratno združitev in spremembo merodajnega prava ene od udeleženih strank. B. Rajgelj, nav. delo (2008), str. 50–53.

⁵³ Točka 19 sodbe v zadevi *SEVIC*.

2.5. Primerjava dometa svobode ustanavljanja s preostalimi svoboščinami notranjega trga

Primerjava svobode ustanavljanja z drugimi svoboščinami notranjega trga kaže, da so preostale svoboščine zasnovane širše, saj njihov domet načeloma zajema tako situacije prostega pretoka »v« kot tudi »iz« držav članic. Najočitnejši primer je prost pretok blaga.⁵⁴ Člen 28 PDEU določa, da:

»Unija vključuje carinsko unijo, ki zajema vso blagovno menjavo in med državami članicami prepoveduje carine pri uvozu in izvozu ter vse dajatve z enakim učinkom, poleg tega pa uvaja skupno carinsko tarifo v odnosih s tretjimi državami.«

Tako že iz samega besedila izhaja, da so carine in dajatve z enakim učinkom prepovedane tako pri uvozu kot tudi izvozu. Podobno lahko sklepamo v zvezi s prostim pretokom kapitala, saj prvi odstavek 63. člena PDEU določa, da so prepovedane vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami. V zvezi s pravico delavcev do prostega pretoka je Sodišče EU že večkrat poudarilo, da imajo

»državljeni držav članic zlasti pravico, ki jo pridobijo neposredno na podlagi Pogodbe, in sicer da zapustijo svojo državo izvora, da gredo na ozemlje druge države članice in tam prebivajo zaradi opravljanja gospodarske dejavnosti«.⁵⁵

Druge svoboščine notranjega trga tako zagotavljajo »dvojno« varstvo – tako »navznoter« (angl. *inbound*) kot tudi »navzven« (angl. *outbound*).⁵⁶ Bi se lahko taka logika uporabila tudi pri svobodi ustanavljanja? Sodišče EU je v zadevi *Gebhard* poudarilo, da bi bilo treba vse temeljne svoboščine notranjega trga podobno razlagati. Pri tem je odločilo, da nacionalni ukrepi:

»ki bi lahko ovirali izvajanje temeljnih svobod, ki jih zagotavlja Pogodba, ali bi naredili to izvajanje za manj privlačno, morajo izpolnjevati štiri pogoje: da se uporabljajo nediskriminatorno, da jih upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu, da so primerni za zagotovitev cilja, ki ga zasledujejo, in da ne presegajo tega, kar je nujno potrebno za uresničitev tega cilja«.⁵⁷

Gre za t. i. štiristopenjski test opravičljivosti ovir prostemu pretoku. Sodišče EU je sicer imelo v mislih, da je treba vse temeljne svoboščine enako obravna-

⁵⁴ Za podrobno primerjavo svobode ustanovitve s preostalimi svoboščinami notranjega trga glej W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 635.

⁵⁵ Točka 95 sodbe v zadevi C-415/93, *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463.

⁵⁶ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 639.

⁵⁷ Točka 39 sodbe v zadevi C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411.

vati z vidika opravičljivosti njihovih ovir, vendar bi bilo mogoče tako sklepanje analogno uporabiti tudi za vsebino svoboščin.⁵⁸ Toda s strogo jezikovno razlago ne moremo priti do takega sklepa. Besedilo 49. člena PDEU, ki ureja svobodo ustanavljanja, namreč implicitno nakazuje na razlikovanje v razmerju do drugih svoboščin, saj izrecno omenja državljane ene države članice na ozemlju druge države članice,⁵⁹ torej zgolj varstvo »navznoter«.

Tako je razlikovanje med enimi in drugimi situacijami v zvezi s svobodo ustanavljanja v sodni praksi Sodišča EU posledica takega domnevnega razlikovanja na ravni primarnega prava EU, v PDEU. Ringe tako razlikovanje kritizira kot umetno, arbitrarno in zelo nelogično.⁶⁰ Morebitna rešitev bi lahko bila sekundarna zakonodaja, vendar so aktivnosti na področju sprejemanja 14. direktive na področju prava družb o čezmejnih prenosih sedežev družb zamrle že pred skoraj celim desetletjem.⁶¹ Tako bodo morale družbe, ki so ustanovljene v državi članici s teorijo dejanskega sedeža, še nadalje uporabljati druge mehanizme za doseg podobnega cilja (na primer čezmejno združitev ali možnosti, ki jih ponuja SE, ali pa se podvreči postopku prenehanja in vnovične ustanovitve v drugi državi), ki so zelo kompleksni in družbam povzročajo nesorazmerne stroške.⁶²

3. ZAVRNITEV OBSTOJA TEORIJE DEJANSKEGA SEDEŽA V SLOVENSKEM PRAVU IN POSLEDIČNA DOPUSTNOST ČEZMEJNEGA PRENOSA SEDEŽA

3.1. Teorija ustanovitve v ZMZPP

V slovenskem pravu najdemo temeljna kolizijska pravila, ki odkazujejo na uporabo merodajnega prava za presojo pravnega položaja tako fizične kot tudi pravne osebe, v ZMZPP. Za presojo statusa družbe pa so poleg kolizijskih pravil v ZMZPP pomembna tudi materialna pravila v ZGD-1, ki bodo predstavljena v nadaljevanju. ZMZPP v prvem odstavku 17. člena določa, da se za »pravni položaj pravne osebe uporabi pravo države, ki ji pravna oseba pripada«. Pripadnost pravne osebe se po drugem odstavku 17. člena ZMZPP določi »po pravu države, po katerem je bila ustanovljena«. S tem slovensko pravo sprejema teorijo ustanovitve in ne teorije dejanskega sedeža.⁶³ Tako je

⁵⁸ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 639.

⁵⁹ »V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo.«

⁶⁰ W. G. Ringe, nav. delo (2005), str. 640.

⁶¹ Glej opombo 31.

⁶² J. Prostor, nav. delo (2011).

⁶³ Tako tudi B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 214; J. Dolžan, nav. delo, str. 737.

navezna okoliščina za določitev osebnega statuta družbe kraj, v katerem ima družba statutarni sedež.

V tretjem odstavku 17. člena ZMZPP najdemo določbo, ki je razumljena kot izjema od teorije ustanovitve, saj naj bi v nekaterih primerih uzakonjala teorijo dejanskega sedeža.⁶⁴ Ta odstavek namreč določa, da če:

»ima pravna oseba svoj dejanski sedež v drugi državi, ne pa v tisti, kjer je bila ustanovljena, in ima po pravu te druge države tudi njeno pripadnost, se šteje, da pripada tej drugi državi.«

Rajgljeva meni, da ta določba »ne upošteva nekaterih osnovnih zakonitosti mednarodnega kolizijskega prava družb in je zato nesmiselna in odvečna«.⁶⁵ Težko si je namreč zamisliti praktični primer, v katerem bi lahko prišlo do take situacije. Težko si je tudi zamisliti, kakšen je bil namen zakonodajalca pri uzakonitvi takega pravila. Če je bil namen te določbe preprečiti ustanavljanje in delovanje slamnatih podjetij, potem je sredstvo za doseg tega namena izbrano dokaj nepremišljeno. V praksi si lahko namreč zamislimo alternativne scenarije, v katerih je ta določba lahko le redko, če sploh, uporabna. Mero-dajno pravo bo namreč odvisno od vprašanja, ali država dejanskega sedeža to družbo šteje za »svojo«. Če družba prenese svoj dejanski sedež v državo, v kateri je uzakonjena teorija ustanovitve, ta država te družbe ne bo štela za svojo. Če družba prenese svoj dejanski sedež v državo, v kateri je uzakonjena teorija dejanskega sedeža, je tudi ta država skoraj gotovo ne bo štela za svojo, saj bo najverjetneje zahtevala, da ima družba v tej državi tudi svoj statutarni sedež. S tem je vprašanje o smiselnosti take določbe popolnoma na mestu.

Kot izjemo od teorije ustanovitve lahko razlagamo tudi določbo prvega odstavka 2. člena ZMZPP, ki določa, da se pravo:

»na katerega napotujejo določbe tega zakona, izjemoma ne uporabi, kadar je glede na vse okoliščine primera očitno, da razmerje s tem pravom nima pomembnejše zveze, obstoji pa bistveno tesnejša zveza z nekim drugim pravom.«

Gre torej za izjemo najtesnejše zveze, ki je splošna izjema slovenskega kolizijskega prava, urejena v splošnih določbah ZMZPP. Ta izjema bi lahko v praksi pripeljala do *de facto* teorije dejanskega sedeža, vendar se v praksi ne uporablja.

Glede na ugotovitve, da je izjema iz tretjega odstavka 17. člena ZMZPP praktično neuporabna, izjema iz prvega odstavka 2. člena ZMZPP pa se kljub

⁶⁴ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 213, M. Ilešič, A. Polajnar-Pavčnik, D. Wedam-Lukić, nav. delo, str. 43.

⁶⁵ B. Rajgelj, nav. delo (2007), str. 214.

morebitni uporabnosti dejansko ne uporablja v praksi, lahko trdimo, da je v slovenskem kolizijskem pravu učinkovito uveljavljena čista teorija ustanovitve. Navezna okoliščina je torej kraj statutarnega sedeža.

S teorijo ustanovitve so skladne tudi materialne določbe, ki se nanašajo na tuja podjetja v ZGD-1. V poglavju o tujih podjetjih je v 674. členu ZGD-1 določeno, da je tuje podjetje fizična ali pravna oseba:

»ki opravlja pridobitno dejavnost in ima prebivališče ali sedež zunaj Republike Slovenije v državi članici (v nadaljnjem besedilu: tuje podjetje iz ES) ali v državi, ki ni država članica (v nadaljnjem besedilu: tuje podjetje iz tretje države)«.

Ta določba govori zgolj o »sedežu«, na podlagi splošnega pravila o sedežu, ki je podano v 29. členu ZGD-1, pa izhaja, da gre za statutarni sedež.⁶⁶ Taka ureitev je skladna s teorijo ustanovitve – če ima družba statutarni sedež v drugi državi, je torej »tuja«, njen položaj pa se presoja po tistem pravu, kjer ima statutarni sedež. Pri tem kraj dejanskega sedeža ni pomemben, niti ni omenjen v ZGD-1 ali (v tem kontekstu) v ZMZPP.⁶⁷ Temu pritrjujeta tudi Knez in Prostorjeva, ko trdita, da bo – če bo dejanski sedež podjetja v Sloveniji, statutarni pa zunaj Slovenije –, še vedno šlo za tuje podjetje.⁶⁸

3.2. Skladnost materialnopravnih določb o sedežu družbe v ZGD-1 s teorijo ustanovitve

V teoriji se pojavlja stališče, da je za tuje družbe v slovenskem pravu sicer sprejeta teorija ustanovitve, vendar pa je zaradi materialnih določb v ZGD-1 za domače družbe sprejeta teorija dejanskega sedeža.⁶⁹ Do takega sklepa naj bi napeljevali določbi 29. in 30. člena ZGD-1, ki vsebujeta splošna pravila o sedežu družbe.⁷⁰ Ti določbi naj bi zahtevali teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža, posledično pa domačim družbam ni omogočeno, da bi prenesle dejanski sedež čez mejo. Teorija dejanskega sedeža je tako domnevno glavni razlog, da domače družbe ne morejo biti tako mobilne kot na primer družbe, ki so ustanovljene v državah, ki sprejemajo teorijo ustanovitve.

⁶⁶ Tako tudi R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767.

⁶⁷ ZGD-1 ne govori izrecno o dejanskem sedežu. Ta pojem se uporabi v izjemi od teorije ustanovitve v tretjem odstavku 17. člena ZMZPP.

⁶⁸ R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767.

⁶⁹ B. Rajgelj, nav. delo (2006). Rajgljeva zavzema stališče, da je teorija ustanovitve sprejeta kot pravilo, teorija dejanskega sedeža pa je »(ne tako redka) izjema«.

⁷⁰ B. Rajgelj, nav. delo (2006); B. Rajgelj, nav. delo (2007).

Ob analizi zakonskih določil in sodne prakse se zdi, da slovensko materialno pravo ne zahteva, da ima družba tako statutarne kot tudi dejanski sedež v Sloveniji – s tem pa tudi ne uzakonja teorije dejanskega sedeža za domače družbe, vsaj v taki obliki ne, da bi jim s tem preprečilo čezmejni prenos dejanskega sedeža.

Sedež je opredeljen v 29. členu ZGD-1, ki določa, da je sedež »kraj, ki je kot sedež družbe vpisan v register«. Tako je imel zakonodajalec v mislih statutarne sedež.⁷¹ Člen 30 ZGD-1 pa določa, kaj se lahko določi kot (statutarne) sedež – kot sedež družbe je **mogoče**⁷² določiti kraj:

1. kjer družba opravlja dejavnost, ali
2. kjer se v glavnem vodijo njeni posli, ali
3. kjer deluje poslovodstvo družbe.

Nekateri menijo, da se s tem določi dejanski sedež družbe.⁷³ Družba ima lahko v praksi več takih »dejanskih sedežev«, kot (statutarne) sedež družbe pa mora določiti enega od njih. Če so te lokacije na različnih mestih, naj bi se kot dejanski sedež upošteval kraj sedeža glavne uprave družbe,⁷⁴ vendar to ni izrecno zakonsko opredeljeno.⁷⁵

Za tak sklep ni zakonske podlage, saj nas do tega ne pripeljeta niti jezikovna niti teleološka razlaga. Če bi zakonodajalec želel poudariti sedež glavne uprave

⁷¹ Tako tudi na primer R. Knez in J. Prostor, nav. delo, str. 767; B. Rajgelj, nav. delo (2006). ZGD-1 nikjer ne določa, da mora biti sedež na ozemlju Slovenije. To je sicer mogoče domnevati (za statutarne sedeži!), ker je v slovenski sodni register mogoče vpisati le družbe s sedežem v Sloveniji (glej B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35). Primerjaj z nemško ureditvijo. Sedež delniške družbe je urejen v § 5 nemškega zakona, ki ureja delniške družbe (*Aktiengesetz* – AktG). Ta določa, da je sedež družbe kraj v državi (nem. *Inland*), kot je določeno s statutom (»Sitz der Gesellschaft ist der Ort im Inland, den die Satzung bestimmt.«). Tudi nemška družba z omejeno odgovornostjo mora imeti sedež v državi (§ 4a *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, GmbHG). Nemška ureditev torej izrecno določa (v nasprotju z ZGD-1), da mora biti sedež nemške družbe na ozemlju Nemčije.

⁷² Na tem mestu želim opozoriti na dvoumen jezik v ZGD-1. Slovenska teorija meni, da ta določba določa, da je kot sedež družbe mogoče določiti zgolj te tri kraje. Temu stališču ne oporekam, vendar bi bilo morda v prihodnje dobro premisliti o smiselosti uporabe besede »mogoče« v primeru kogentne norme. Besede, kot sta »mogoče« in »lahko«, bolj kažejo na primeroma naštetih alternative. Primerneje bi bilo uporabiti besedo »mora« ali poved oblikovati tako, da iz nje jasno izhaja, da gre za kogentno normo (v tem primeru na primer: »Za sedež se **določi** kraj ...« namesto »Za sedež **je mogoče** določiti kraj ...«).

⁷³ B. Rajgelj, nav. delo (2006), str. 16; J. Prostor, nav. delo (2014), str. 35.

⁷⁴ B. Rajgelj, nav. delo (2005), str. 59; J. Prostor, nav. delo (2014). Sklicuje se na Š. Ivanjko, v: M. Kocbek, nav. delo (2002), str. 1286. V slovenski sodni praksi je dejanski sedež opredeljen kot kraj, kjer deluje uprava ali kraj, kjer se opravlja pglavitna dejavnost pravne osebe. Odločba VS RS, št. III Ips 123/2006 z dne 22. aprila 2008

⁷⁵ Tako tudi J. Prostor, nav. delo (2014), str. 37.

kot primarni kraj, ki ga je treba določiti kot sedež družbe, zakaj ne bi tega storil izrecno? Še več, v takem primeru ne bi ponudil treh alternativnih možnosti za določitev sedeža družbe, pri čemer nobeni od njih ni dana prednost, izbira pa je prepuščena ustanoviteljem družbe. Pri tem pa kot prvo alternativno lokacijo, ki se lahko določi kot statutarni sedež, določa kraj, v katerem družba opravlja svojo dejavnost. Taka ureditev se bistveno razlikuje od ureditve v Uredbi o statutu evropske delniške družbe (Uredba o statutu SE),⁷⁶ ki v 7. členu določa, da je statutarni sedež evropske delniške družbe (SE):

»v isti državi članici, v kateri je tudi njena glavna uprava. Država članica lahko poleg tega SE, ki je registrirana na njenem ozemlju, naloži obveznost imeti statutarni sedež in glavno upravo v istem kraju.«

Tako Uredba o statutu SE izrecno določa, da je sedež SE tam, kjer je njena »glavna uprava«. Hkrati določa tudi, da lahko zakonodajalec taki družbi »naloži obveznost imeti statutarni sedež in glavno upravo v istem kraju«. Slovenski zakonodajalec z ZGD-1 take obveznosti družbam ni naložil.

Na podlagi dikcije v ZGD-1 ne moremo govoriti o tem, da je uzakonjena zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje razdružitev le-teh, bi morala biti v ZGD-1 izrecno določena (tako kot je izrecno določena v 7. členu Uredbe o statutu evropske delniške družbe), če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Sklepanje na tako prepoved na podlagi ohlapnih členov o sedežu, ki jih najdemo v 29. in 30. členu ZGD-1, presega meje teleološke razlage.

V Sloveniji torej 30. člen ZGD-1 alternativno določa tri lokacije, ki lahko predstavljajo sedež slovenske družbe, ki bo vpisan v register, torej statutarni sedež. Če družba v matični državi zadrži le eno lokacijo, in sicer katerokoli od alternativno navedenih, se lahko sklicuje, da je njen dejanski sedež še vedno v državi statutarnega sedeža.⁷⁷ Do takega sklepa je prišla tudi Rajgljeva, ki sicer meni, da je za domače družbe sprejeta teorija dejanskega sedeža:

»To pomeni, da ob izselitvi dejanskega sedeža slovenske družbe v drugo državo članico družba izgubi pravno sposobnost. [...] Pri tem je treba upoštevati, da je kraj dejanskega sedeža v 30. členu ZGD določen alternativno, zato bo za ohranitev pravne sposobnosti družbe dovolj, da bo družba v RS

⁷⁶ UL L 294 z dne 10. novembra 2001.

⁷⁷ Tako tudi J. Prostor, nav. delo (2014). Kot je opozorila Prostorjeva, taka dikcija vzbuja pomisleke v zvezi z razlikovanjem med krajem, v katerem se v glavnem vodijo posli družbe, in krajem, v katerem deluje posloводство družbe, pri prvem kriteriju pa vprašanje obsega opravljanja dejavnosti na eni lokaciji. Ti pomisleki so še posebej pomembni pri presoji, ali je družba prenesla dejanski sedež v tujino.

še naprej bodisi opravljala dejavnost bodisi pretežno vodila svoje posle. Za odvzem pravne sposobnosti torej ne zadostuje, da se v tujino prenese sedež uprave oziroma drugega poslovodečega organa.«⁷⁸

Na podlagi takih zaključkov slovensko pravo za domače družbe ne sprejema teorije dejanskega sedeža, ki bi zahtevala, da je statutarni in dejanski sedež znotraj države, ker bi sicer to pripeljalo do izgube pravne subjektivitete. Če se zahteva po teritorialni skladnosti vzame v obzir zgolj hipotetično za potrebe razprave, pa menim, da bo domača družba z lahkoto zadostila pogoju, da bo vsaj ena od treh alternativno določenih lokacij v 30. členu ZGD-1 na slovenskem ozemlju.

S tako ureditvijo je »volk sit, koza pa cela«, saj je bil najverjetneje zakonodajalčev namen, da se z izbiro ene od navedenih lokacij za statutarni sedež družbe poskuša preprečiti ustanavljanje slamnatih podjetij – s čimer je volk sit. Koza pa je cela, ker po drugi strani taka široka opredelitev sedeža družbam omogoča, da preselijo svoj dejanski sedež v tujino, če jim tako ustreza – potencialno ob predpostavki, da ne preselijo kraja, ki je vpisan v register kot sedež družbe. Tako bi lahko rekli, da imamo v slovenskem pravu – največ – hibridno ureditev. Ključno za gospodarstvo je, da družbam ta ureditev v praksi ne onemogoča čezmejnega prenosa dejanskega sedeža. Dopustnost takega prenosa je dobrodošla, saj lahko tako družbe čezmejno optimizirajo svoje poslovanje, pri čemer ohranijo statutarni sedež in s tem status rezidentke v Sloveniji ter s povečanjem svetovnih dohodkov še vedno polnijo slovenski proračun.⁷⁹

3.3. Poštni nabiralnik kot dokaz »poslovanja« po ZFPPIPP

Kot izhaja iz tega prispevka, pravilna razlaga pravnih pravil ne vodi do sklepanja, da slovenska zakonodaja zahteva teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža. Vendar pa prenos dejanskega sedeža tudi na podlagi take razlage določb o sedežu ni popolnoma »brezpogojni«, saj je treba upoštevati tudi materialne določbe v drugih področnih zakonih. Ključna zahteva v tem kontekstu je v 427. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), ki ureja postopke prisilnega prenehanja družb.⁸⁰ Ta med drugim določa, da se družba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije, če ne posluje na poslovnem naslovu, ki je vpisan v

⁷⁸ B. Rajgelj, nav. delo (2006).

⁷⁹ J. Prostor, nav. delo (2014), str. 42. Kot je opozorila Prostorjeva, »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.«

⁸⁰ Ur. l. RS, št. 13/14 in nasl.

sodni register. Ta določba, ki se nanaša na poslovni naslov družbe, na prvi pogled morda ni neposredno relevantna za prenos dejanskega sedeža družbe. Vendar je pomembna za to razpravo, saj ta določba kaže na to, da mora družba kljub prenosu sedeža družbe ohraniti vsaj minimalni stik z državo ustanovitve, torej Slovenijo, in sicer v obliki »poslovanja na poslovnem naslovu«. Temu pa je zadoščeno že s »sprejemanjem pošte« na tem poslovnem naslovu. Posledično prenos vse preostale aktivnosti oziroma poslovanja družbe, in tudi sedeža glavne uprave, ne predstavlja neskladnosti s 427. členom ZFPPIPP in s tem ne predstavlja tveganja za izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije. Razlago, ki me pripelje do tega sklepa, podajam v nadaljevanju.

Poslovni naslov je urejen v Zakonu o sodnem registru (ZSReg).⁸¹ Ta v 4. členu določa, da se pri subjektih vpisa v sodni register vpiše tudi podatek o sedežu (kraju) in poslovnem naslovu v kraju sedeža. Poslovni naslov mora torej biti v istem kraju, kot je kraj sedeža družbe, pri čemer je mišljen statutarni sedež družbe (glej 29. člen ZGD-1). Prenos dejanskega sedeža torej sam po sebi ne vpliva na poslovni naslov, ki mora biti določen v kraju statutarnega sedeža (kraju, ki je kot sedež družbe vpisan v register). Kljub vsemu pa bi lahko prenos dejanskega sedeža družbe vplival na izpolnjevanje pogojev za izbris družbe iz registra brez likvidacije, če bi tak prenos zajemal prav vse aktivnosti družbe, torej tudi sprejemanje pošte na poslovnem naslovu.

ZFPPIPP v prvem odstavku 427. člena ureja, da se pravna oseba izbriše iz sodnega registra brez likvidacije v naslednjih primerih:

- »1. če je prenehala poslovati, nima premoženja in je izpolnila svoje obveznosti, ali 2. če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, ali 3. če obstajajo drugi zakonski pogoji za izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije«.

Ti izbrisni razlogi so samostojni in med seboj neodvisni.⁸² Iz izbrisnega razloga, urejenega v 2. točki te določbe, izhaja, da je poslovanje družbe na registriranem sedežu tako pomembna okoliščina z vidika poslovanja in varnosti pravnega prometa, da je zakonodajalec določil, da je neposlovanje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register, samostojni (in neodvisni) izbrisni razlog za izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije.⁸³

Pri tem se postavi vprašanje, kaj pomeni »poslovati«, torej kakšne vrste dejavnosti mora družba opravljati na poslovnem naslovu, da zadosti zahtevam varnosti pravnega prometa in s tem ni v nasprotju z namenom te določbe?

⁸¹ Ur. l. RS, št. 54/07 in nasl.

⁸² Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Kopru št. Cpg 292/2013 z dne 16. januarja 2014.

⁸³ Prav tam.

Če družba izpolni obveznosti po tej določbi že s tem, da ima kot poslovni naslov naveden kraj, v katerem opravlja le del dejavnosti, čezmejni prenos sedeža ne bi smel biti sporen. Vendar je ureditev v ZFPPIPP v resnici še veliko bolj »permisivna«. V drugem odstavku 427. člena ZFPPIPP najdemo (izpodbojno) domnevo, da izbrisni razlog iz 2. točke te določbe obstaja, če je kot družbin poslovni naslov v sodni register vpisan naslov:

1. na katerem ne sprejema uradnih poštinih pošiljk ali je na tem naslovu neznana;
2. na katerem je objekt, katerega lastnik je druga oseba, ki ji ni dala dovoljenja za poslovanje na tem naslovu, ali
3. ki ne obstaja.

Zdi se, da je bil zakonodajalčev namen, da se izbrišejo tiste družbe, ki so dejansko fiktivne – torej tiste, katerih poslovni naslov ne obstaja ali pa ga družba ne »uporablja« niti toliko, da bi na njem (vsaj občasno) sprejemala poštne pošiljke. Višje sodišče v Ljubljani je na primer odločilo:

»Družba je že s prevzemom sklepa, s katerim je registrsko sodišče ugotovilo, da obstaja razlog za izbris subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije, izkazala, da na poslovnem naslovu, ki je vpisan v sodni register, ni neznana in da na njem sprejema uradne pošiljke. Iz podpisane vročilnice, pripete k sklepu je razvidno, da je družba na tem naslovu sklep prevzela dne 16. 12. 2010, kar kaže, da ne obstaja razlog za izbris subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije iz 2. točke 1. odstavka 427. člena ZFPPIPP.«⁸⁴

Na podlagi tega lahko domnevamo, da naša zakonodaja ne nasprotuje ustanovitvi družbe po modelu v zadevi *Centros* – t. i. poštnege nabiralnika⁸⁵ (angl. *letterbox company*). Kot je navedlo Sodišče EU v tej sodbi, je pravica ustanoviti družbo:

»v skladu z zakonodajo države članice in odpreti podružnice v drugih državah članicah je neločljivo povezana z izvrševanjem svobode ustanavljanja na enotnem trgu, kot to zagotavlja Pogodba. [...] Dalje iz točke 16 zgoraj navedene sodbe Segers izhaja, da dejstvo, da družba ne opravlja nobene dejavnosti v državi članici, v kateri ima sedež, a opravlja dejavnosti samo v državi članici, v kateri ima podružnico, še ni zadosten dokaz o obstoju zlorabnega

⁸⁴ Odločba Višjega sodišča v Ljubljani št. IV Cpg 197/2011 z dne 25. maja 2011; glej tudi odločbi istega sodišča št. IV Cpg 1422/2010 z dne 22. decembra 2010 in IV Cpg 1300/2011 z dne 30. novembra 2011 ter odločbo Višjega sodišča v Kopru št. Cpg 77/2014 z dne 10. aprila 2014.

⁸⁵ Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Ljubljani št. II Cp 2520/2013 z dne 2. oktobra 2013.

ali goljufivega ravnanja, da bi v tej drugi državi članici lahko tej družbi zavrnilo uporabo določb Skupnosti v zvezi s pravico ustanavljanja.«⁸⁶

Če je družba ustanovljena v Sloveniji, v drugi državi članici EU pa ustanovi podružnico, pri čemer je »namen podružnice družbi omogočiti opravljanje vseh njenih poslovnih dejavnosti v državi gostiteljici«, bi tako poslovanje moralo biti skladno s slovensko zakonodajo, ob predpostavki, da bo družba poskrbela, da bo redno praznila svoj poštni nabiralnik v Sloveniji.

4. POZIV K TERMINOLOŠKI IN POJMOVNI DOSLEDNOSTI

V tem delu razprave se bom dotaknila terminološke zagate, na podlagi katere je v tujih dokumentih mogoče zaslediti, da je v slovenskem pravnem redu sprejeta teorija dejanskega sedeža.⁸⁷ Kot sem prikazala v prejšnjem poglavju, menim, da je v slovenskem kolizijskem pravu sprejeta teorija ustanovitve. Dejstvo, da so v materialnem zakonu (pri nas potencialno v ZGD-1) določene zahteve za domače družbe, ki vplivajo na status družbe in s tem njeno pravno subjektiviteto, ne vpliva na dejstvo, da je sprejeta teorija ustanovitve. Pri tem se ne zanika, da je treba pri presoji statusa domačih družb ob prenosu dejanskega sedeža upoštevati tako kolizijsko kot tudi materialno pravo, vendar je za potrebe terminološke in pojmovne doslednosti ter natančnosti nujno, da se pojmi ne mešajo.

To nedoslednost pri uporabi relevantnih pojmov lahko ponazorim z odsekom iz predloga ZGD-1. V njem je navedeno:

»Vprašanje je povezano s pravili mednarodnega zasebnega prava in z vprašanjem uporabe različnih teorij glede pripadnosti pravnih oseb ali gospodarskih družb – teorije inkorporacije ali teorije sedeža. Slednjo uporablja tudi ZGD za gospodarske družbe, medtem ko so splošna pravila za pravne osebe nekoliko drugačna.«⁸⁸

Ta odsek je primer terminološke in pojmovne nedoslednosti v slovenskem pravu družb, ki vodi do zmede tudi v mednarodnem prostoru.

Prvič, v tem besedilu predlagatelj zakona najprej pravilno poudari, da je vprašanje možnosti prenosa sedeža (zapis se nanaša na SE) povezano s pravili med-

⁸⁶ Točki 27 in 29 sodbe v zadevi *Centros*.

⁸⁷ Glej na primer dokument Komisije, dostopen na <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf> (1. 4. 2016), posebej opombo 18.

⁸⁸ Predlog ZGD-1, str. 10, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/katalog/pred_predpisov/predlog_zgd1.doc> (1. 4. 2016).

narodnega zasebnega prava, vendar v nadaljevanju ugotovi, da ZGD uporablja »teorijo sedeža«. Niti stari ZGD niti ZGD-1 ne vsebujeta kolizijskih pravil, ta so vsebovana v ZMZPP. Predlagatelj je verjetno želel izraziti, da materialne določbe v ZGD (oziroma danes ZGD-1) zahtevajo teritorialno skladnost statutarnega in dejanskega sedeža, vendar tega ni podkrepil s konkretno pravno podlago. Kot želim prikazati v tem prispevku, pravilna razlaga veljavnih pravil ne vodi do takega sklepa.

Drugič, do nedoslednosti prihaja pri uporabi besedne zveze »teorija sedeža«, ki se včasih uporablja za statutarni sedež, torej teorijo ustanovitve, včasih pa za teorijo dejanskega sedeža. Iz navedenega odseka predloga ZGD-1 lahko sklepamo, da ima predlagatelj v mislih »teorijo dejanskega sedeža«. Kot primer uporabe besedne zveze »teorija sedeža« za teorijo ustanovitve pa navajam sodno prakso s področja denacionalizacije. V tem kontekstu je Upravno sodišče odločilo, da je »teorija sedeža podjetja« uveljavljena v »559. členu zdaj veljavnega Zakona o gospodarskih družbah.«⁸⁹ Gre za določbo iz poglavja o tujih družbah, zato se zdi, da ima sodišče v mislih teorijo »statutarnega« sedeža, torej teorijo ustanovitve.⁹⁰

5. SKLEP

S to razpravo sem želela predstaviti tezo, da slovensko pravo za domače družbe ne sprejema teorije dejanskega sedeža, ki bi zahtevala, da je statutarni in dejanski sedež znotraj države, ker bi sicer to pripeljalo do izgube pravne subjektivitete družbe. Kot je bilo predstavljeno v članku, na podlagi dikcije v ZGD-1 ne moremo govoriti o tem, da je uzakonjena zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža. Ker je zahteva po teritorialni skladnosti statutarnega in dejanskega sedeža v svojem bistvu prepovedna določba, saj prepoveduje razdružitev le-teh, bi morala biti v ZGD-1 izrecno določena (tako kot je izrecno določena v 7. členu Uredbe o statutu evropske delniške družbe), če bi jo zakonodajalec v resnici želel uzakoniti. Sklepanje na tako prepoved na podlagi ohlapnih členov o sedežu, ki jih najdemo v 29. in 30. členu ZGD-1, po

⁸⁹ Odločbo Vrhovnega sodišča RS št. I Up 633/2003 z dne 6. oktobra 2005 in odločbi Upravnega sodišča RS št. U 108/2001 z dne 15. januarja 2003 in št. U 1926/2001 z dne 20. novembra 2001.

⁹⁰ Glej tudi odločbo v zadevi Upravnega sodišča RS, št. U 1926/2001 z dne 20. novembra 2001: »Ker po teritorialnem principu predpisi Republike Slovenije veljajo le na območju Republike Slovenije, se določbe ZDen o vračanju v naravi po mnenju sodišča lahko nanašajo le na vračanje podržavljenega premoženja, ki je v sredstvih domačih pravnih oseb, ki se do uveljavitve ZDen še niso v celoti lastninile, to pa so po prej veljavnem Zakonu o podjetjih (Ur. l. SFRJ, št. 77/88, 40/89, 46/90 in 61/90), le pravne osebe, ki imajo sedež na območju Republike Slovenije.«

mojem mnenju presega meje teleološke razlage. Na podlagi zaključkov menim, da je največ, kar lahko trdimo, da imamo v slovenskem pravu pravzaprav hibridno ureditev. Ključno za gospodarstvo pa je, da družbam ta hibridna ureditev v praksi ne onemogoča čezmejnega prenosa dejanskega sedeža.

Družbe, ki so ustanovljene v državah članicah, ki tudi v praksi sprejemajo teorijo dejanskega sedeža, pa se bodo morale tudi v prihodnje odločati za alternativne možnosti za čezmejno mobilnost. Na dejstvo, da na področju »izselitve« sedeža družbe v EU ni niti zakonodajne iniciative niti sodne prakse, ki bi bila ugodna za družbe, ki si želijo čezmejne mobilnosti, lahko pogledamo tudi skozi bolj optimistična očala. To je lahko priložnost za razvoj nacionalnih ureditev, ki bodo privlačne za ustanovitve družb, s tem pa tudi za zakonodajno konkurenco na področju prava družb. Tako pa bi lahko sčasoma prišlo tudi do spontane harmonizacije ključnih vidikov, če bi države članice prilagajale svojo zakonodajo tisti, ki je najuspešnejša pri pritegovanju družb. Kot primer lahko navedemo težnje k odpravi pravil ali k zmanjšanju zahtevanega minimalnega osnovnega kapitala družb. Pri tem bi zakonodajna konkurenca lahko vodila do oblikovanja bolj funkcionalnih pravil na področju prava družb. To vprašanje bo še zlasti aktualno v primeru morebitnega »brexita«, izstopa Združenega kraljestva iz EU, ki ga je napovedal referendum junija 2016. V tem primeru bodo številne družbe, ustanovljene v Združenem kraljestvu, iskale alternativne pravne rede za svojo reinkorporacijo.

Literatura

Kilian Baelz in Theresa Baldwin: The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie): the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law, v: German Law Journal, 3 (2002), <http://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56bacf1407eaa040332cbaa8/1455083284392/GLJ_Vol_03_No_12_Baldwin.pdf> (20. 4. 2016).

Jurij Dolžan: Republic of Slovenia, v: Dirk Van Gerven (ur.): Capital Directive in Europe: The Rules on Incorporation and Capital of Limited Liability Companies. CUP, Cambridge 2014, str. 735–783.

Martin Gelter: Centros, the Freedom of Establishment for Companies, and the Court's Accidental Vision for Corporate Law, v: ECGI – Law Working Paper No. 287/2015, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564765> (20. 4. 2016).

Janja Hojnik in Rajko Knez: Svoboščine notranjega trga EU. GV Založba, Ljubljana 2015.

- Marko Ilešič, Ada Polajnar-Pavčnik in Dragica Wedam-Lukić: Mednarodno zasebno pravo, komentar zakona. II. dopolnjena izdaja. Časopisni zavod Uradni list SRS, Ljubljana 1992.
- Andrew Johnston in Phil Syrpis: Regulatory Competition in European Company Law After Cartesio, v: *European Law Review*, 34 (2009) 3, str. 378–404.
- Ehud Kamar: A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law, v: *Columbia Law Review*, 98 (1998), str. 1908–1959.
- Reiner Kraakman in drugi: *The Anatomy of Corporate Law*. Druga izdaja. Oxford University Press, Oxford 2009.
- Rajko Knez in Jerneja Prostor, v: Marijan Kocbek (ur.): *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah*, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2014.
- Marijan Kocbek (ur.): *Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) s komentarjem*, Druga dopolnjena in spremenjena izdaja, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2002.
- Matthias Lehmann: Fällt die Sitztheorie jetzt auch international? – Zur Vereinbarkeit der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an den Gesellschaftssitz mit dem GATS, v: *Recht der internationalen Wirtschaft* (2004), str. 816–823.
- Oliver Mörsdorf: The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-Border Conversion, v: *Common Market Law Review*, 49 (2012) 2, str. 629–270.
- Federico M. Mucciarelli: Company ‘Emigration’ and EC Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited, v: *European Business Organization Law Review*, 9 (2008) 2, str. 267–303.
- Saša Prelič in Jerneja Prostor: Čezmejni prenos sedeža gospodarske družbe, v: *Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij.*, 37 (2016) 1, str. 449–466.
- Jerneja Prostor: Dopustnost čezmejnega prenosa sedeža ter razdružitve statutarnega in dejanskega sedeža družbe v Evropski uniji. Magistrska naloga. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2013.
- Jerneja Prostor: Razdružitev statutarnega in dejanskega sedeža slovenske družbe, v: *Pravnik*, 69 (2014) 1-2, str. 33–60.
- Jerneja Prostor: Sodišče EU odločalo o čezmejnem prenosu statutarnega sedeža družbe: zadeva VALE, v: *Podjetje in delo*, 39 (2013a) 3-4, str. 458–472.
- Jerneja Prostor: Za normativno ureditev čezmejnega prenosa sedeža na ravni EU, v: *Podjetje in delo*, (2011) 8, str. 1706–1719.
- Barbara Rajgelj: Mobilnost gospodarskih družb v sodni praksi Sodišča ES, v: *Pravna praksa*, (2008) 12, str. 50–53.
- Barbara Rajgelj: *Pravo gospodarskih družb v Evropski uniji*. GV Založba, Ljubljana 2007.

- Barbara Rajgelj: Slovensko mednarodno zasebno pravo družb, v: Podjetje in delo, (2006) 1, str. 5–24.
- Barbara Rajgelj: Vloga prostega prenosa sedeža in Societas Europaea pri harmonizaciji in konkurenci sistemov prava družb v EU. Doktorska disertacija. Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor 2005.
- Barbara Rajgelj: Vpliv evropske delniške družbe na razvoj regulatorne konkurence evropskega prava družb, v: Pravna praksa, (2010) 12, str. 41–43.
- Stephan Rammeloo: The 14th Company Law Directive on the cross-border transfer of the registered office of limited liability companies: now or never?, v: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 15 (2008) 3, str. 359–394.
- Wolf-Georg Ringe: No Freedom of Emigration for Companies?, v: European Business Law Review, 16 (2005) 3, str. 621–642.
- Wolf-Georg Ringe: Sparking Regulatory Competition in European Company Law: The Impact of the Centros Line of Case Law and its Concept of 'Abuse of Law', v: Rita de la Feria in Stefan Vogenauer (ur.): Prohibition of Abuse of Law: A New Principle of EU Law?. Hart Publishing, Oxford 2011, str. 107–125.
- Wulf-Henning Roth: From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law, v: ICLQ, 52 (2003) 177, str. 180–186.
- Wulf-Henning Roth: Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach VALE, v: Festschrift für Michael Hoffmann-Becking. C. H. Beck, München 2013.
- Günter H. Roth: Die Bedeutung von Cadbury-Schweppes für die Centros-Judikatur des EuGH, v: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, (2010), str. 607–611.
- Alexandre Saydé, Abuses of European Law, Regulatory Mobility and the Law of the Internal Market. CELS Paper.
- Mathias Siems: Convergence, competition, "Centros" and conflicts of law: European company law in the 21st century, v: European Law Review, 27 (2002) 48, str. 47–59.

AN ESSAY ON THE CROSS-BORDER TRANSFER OF A COMPANY'S REAL SEAT

Petra Weingerl,

Bachelor of Laws, BSc (Econ), Magister Juris (Oxon), DPhil Candidate at the Faculty of Law, University of Oxford, and the Faculty of Law, University of Ljubljana

The paper addresses the issue of the admissibility of the cross-border transfer of a real seat of a Slovenian company. It argues that laconic statutory provisions governing the seat of a company do not require that the company's statutory seat and real seat coincide, i.e. that the principle of coincidence between the statutory seat and the real seat is not applicable to domestic companies.

Slovene legal scholarship takes the position that the cross-border transfer of the real seat of domestic companies is not admissible under the Slovene regulation. This is reinforced by the interpretation that the theory of real seat applies to domestic companies as a connecting factor for the determination of rules applicable to them. This theory is also the main reason that domestic companies are not, allegedly, as mobile as the companies which are established in countries that accept the theory of incorporation. In contrast, this paper offers an original interpretation of the existing rules and case law that points to a conclusion that the cross-border transfer of the real seat of a Slovenian company is (already) admissible and does not lead to the loss of legal personality of the company. To substantiate this claim, I will demonstrate that the substantive rules in the Companies Act do not govern the real seat theory, at least not in the form that would prevent companies to transfer their real seats abroad. The substantive provisions of the Companies Act are consistent with the theory of incorporation and do not constitute a (substantial) deviation from it.

The key issue in discussing the cross-border transfer of the real seat is the determination of the domicile of the company that moved its headquarters and/or transferred operations to another country. This is one of the most contentious issues in European company law, closely linked to the freedom of establishment guaranteed by the Treaty on the Functioning of the EU.

The paper is structured as follows. Firstly, I examine issues pertaining to regulatory competition, the seat of a company, and the freedom of establishment within the EU. EU law treats entry and exit situations in the cross-border mobility context differently. Freedom of establishment is (currently) only relevant for the entry situations, since the Member States have a duty to tolerate the existence of companies that transferred their real seat to their territory. As regards exit situations, the Member State of establishment are those that define the conditions for the creation (incorporation), existence and functioning of companies, established in their territory - and hence the admissibility of the cross-border transfer of the seat of these companies. This is followed by a subsection in which the new interpretation of the relevant provisions of the Act on Private International Law and Procedure and the Companies Act rejects the existence of a 'pure' theory of real seat in Slovene company law. In the third part of the discussion I highlight some terminological and conceptual dilemmas in Slovene legal theory and practice, especially the inconsistent use of notions 'real seat theory' and 'incorporation theory'.

The issue of cross-border transfer of the seat concerns both the real seat and the statutory seat (registered office). In connection with the transfer of the real seat we can talk about *physical* mobility (change of a state in which the company operates its business activities), while the transfer of the registered office amounts to *legal* mobility (change in legal status). This contribution is limited to examination of transfer of the real seat transfer, which is more pertinent in practice.

General rules on conflict of laws determining the law applicable to companies in Slovenia are found in the Private International Law and Procedure Act. Article 17 of the Private International Law and Procedure Act provides that the law of the country to which a legal entity belongs (in this context, this is a country in which the company is registered) shall be used in matters concerning the legal status of this entity. Similar provision is found in Article 674(2) of the Companies Act, which provides that the status of a foreign-incorporated company shall be considered under the law of the country under which the company is initially registered, unless otherwise provided by the law. Furthermore, article 17(2) of the Private International Law and Procedure Act provides that 'to whom a legal entity belongs shall be determined under the law of the country in which this entity was founded'. Consequently, the Slovene legal order applies the theory of incorporation, as the country of incorporation is the main connecting factor for determining the applicable company law. Thus, the Slovene regulation is generally in accordance with the right of establishment jurisprudence of the Court of Justice of the EU.

The primary connecting factor is only exceptionally not to be used, if it is clear that the relation with that law is not the most important one and there is an

essentially closer link to some other law. The latter exception is governed by Article 2 of the Private International Law and Procedure Act. Thus, it is a 'general' conflict of laws exception, governed under the heading 'Basic Provisions'. Hitherto, there is no case law that would rely on this exception in this context (apart from being mentioned in a judgment).

There is an additional exception to the incorporation theory in cases of *de facto* domicile governed by Article 17(3) of the Private International Law and Procedure Act. It provides that 'if the actual head office of a legal entity is in a country other than the country in which it was founded, and under the law of this other country also belongs to it, it shall be considered that it belongs to this other country'. This provision engages the real seat theory also in cases of foreign companies. However, this option has been rightly dismissed by some academics as pointless and not applicable in practice, since it does not take into account some of the crucial conflict of laws principles.¹

Regarding companies that are incorporated in Slovenia, the Companies Act provides that companies need to have their registered office (in Slovenian *statutarni sedež*) in Slovenia. Article 29 of the Companies Act defines registered office as 'the place entered in the register as its registered office'. Article 30 of the Companies Act provides that a company's registered office may be the 'location where a company pursues its activity or the location where it predominantly carries out its operations, or where its management operates, may be determined as its registered office.'

Based on Articles 29 and 30 of the Companies Act, the traditional position of the Slovene legal scholarships is that also the real seat or head office (in Slovenian *dejanski sedež*) has to be in Slovenia. According to this view, a cross-border transfer of the real seat is not possible for domestic companies because of a substantive rule providing the duty for Slovene companies to keep their 'real seat' on the Slovenian territory. However, it is submitted in this article that there is no rule that would require the headquarters to be situated at the same place as the registered office. The Companies Act governs such an arrangement only as an alternative option in Article 30.

Thus, this article offers an alternative interpretation of legislation and the case law, which demonstrates that there is no substantial requirement of the 'real seat' or 'headquarters' to be in Slovenia. It needs to be stressed that the Companies Act does not contain the same substantial requirement as the one found in Article 7 of the SE Regulation, providing that the 'registered office of an SE shall be located within the Community, in the same Member State as its head

¹ Barbara Rajgelj, 'Slovensko mednarodno zasebno pravo družb' (2006) *Podjetje in delo* 1.

office. A Member State may in addition impose on SEs registered in its territory the obligation of locating their head office and their registered office in the same place'. This is in contrast with the Companies Act's approach, since Article 30 merely sets out three alternative options that may be chosen for determination of the registered seat and it is at founder's discretion to decide which of these three options will be entered in the register as the registered seat. Thus, companies should be allowed to freely transfer their headquarters (also to another jurisdiction) if some other location is entered into the register – one out of other two possibilities listed in Article 30 of the Companies Act. At the same time, it is believed that the location where a company pursues its activity or the location where it predominantly carries out its operations can be transferred abroad. Transferring the seat of the management abroad should not automatically lead to non-recognition of the legal capacity of this company in the domicile country. Moreover, even if it is accepted that headquarters need to be in Slovenia as well, it is doubtful whether the registration body will ever scrutinise whether the place of the headquarters of the (domestic) company is in fact in the territory of Slovenia, as such activity seems to be difficult to be carried out in practice.

Nevertheless, this interpretation still implies that the company is required to carry out *some* operations at the registered office (or be managed from that place). Article 427(2) of the Financial Operations, Insolvency Proceedings and Compulsory Dissolution Act provides that a company shall be deleted from the register without liquidation if it does not carry out business activities at the 'business address' entered into the register. However, well-established case law shows that the simple fact that mail is being regularly received at that address suffices to fulfil the requirement of 'carrying out business activities at the 'business address' entered into the register'. In relation to the fact that there are three different locations that can be chosen to be entered in the register as the registered office (Article 30 of the Companies Act), and based on the generous interpretation of what amounts to a company 'pursuing its activity', it is submitted that letterbox companies do not violate the Slovene regulation.

In contrast to the situation in Slovenia, companies that are established in Member States which in practice accept the real seat theory still need to consider alternative options for cross-border mobility. This could be seen as an opportunity for the development of national laws to attract companies' (re)incorporations, and thus also for regulatory competition between company laws. The latter will be especially relevant in case of 'Brexit' (the United Kingdom leaving the EU), which has been upheld by the referendum in June 2016. Arguably, a number of companies established in the UK would sought alternative legal systems for their reincorporation.