

NEUSKLADENOST PRAVA PRIPAJANJA I SPAJANJA NA UNUTARNJEM TRŽIŠTU EU KAO PREPREKA SLOBODI POSLOVNOG NASTANA

SAŽETAK

U radu se analiziraju odredbe Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima u kontekstu ostvarenja slobode poslovnog nastana. Postojeći koncept upućuje na primjenu nacionalnog prava kao mjerodavnog prava za velik broj materijalno-pravnih i procesno-pravnih pitanja. Dosadašnja iskustva u primjeni nacionalnih implementacijskih mjera su ukazala na postojanje poteškoća. Iste proizlaze iz pod-harmonizacije prava pripajanja i spajanja EU. Na osnovi analize dostupne literature, dokumenata Europske komisije i prakse Suda EU, autori postavljaju tezu da je nastupio trenutak za uvođenje integracijskog koncepta u pravu pripajanja i spajanja EU nasuprot nacionalno orijentiranom konceptu. Cilj rada je dokazati kako se u nedostatku harmoniziranih pravila o prekograničnim pripajanjima i spajanjima na razini EU rješenja za praktična pitanja nalaze u izravnoj primjeni primarnog prava i smislenoj primjeni prakse Suda EU. Integracijski koncept pozicionira prekogranična pripajanja i spajanja u kontekst slobode poslovnog nastana, slobode kretanja kapitala i slobode kretanja radnika.

1. UVOD

Pravo prekograničnog pripajanja i spajanja Europske unije¹ razvija se kao integralni dio europskog prava društava.² U presudi Suda EU u predmetu SEVIC Systems³ ovaj oblik korporativnog restrukturiranja potvrđen je kao način ostvarenja slobode poslovnog nastana te predstavlja oblik gospodarske aktivnosti koji nalaže državama članicama da usklade nacionalna prava s odredbama⁴ primarnog prava⁵ o slobodi poslovnog nastana. U predmetu se razmatralo pitanje upisa

¹ Dalje u tekstu kao: EU.

² Unapređenje pravnog okvira za prekogranična spajanja i pripajanja ističe se kao jedan od triju elemenata za unapređenje europskog prava društava i korporativnog upravljanja. V. pobliže Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru te Odboru regija Akcijski plan: Europsko pravo društava i korporativno upravljanje – moderan pravni okvir za veću uključenost članova društva i održiva trgovačka društva, COM/2012/0740 final, str. 5, 12-13. Dalje u tekstu kao: Akcijski plan.

³ Presuda SEVIC Systems AG, C – 411/03, ECLI:EU:C:2005:762, t. 19.

⁴ Presuda SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:762, t. 19.

⁵ Ugovor o funkcioniranju EU (konsolidirani tekst, SL C 326, 26/10/2012), čl. 49. – 55. Dalje u tekstu kao: UFEU.

prekogranichnog pripajanja društva osnovanog po pravu jedne države članice društvu preuzimatelju u drugoj državi članici u situaciji u kojoj nacionalno pravo države preuzimatelja dopušta isključivo nacionalna pripajanja. U vrijeme nastanka spora nisu postojala harmonizirana pravila o prekograničnim pripajanjima u EU. To se isticalo kao jedan od argumenata u prilog tezi da nije moguće izvršiti prekogranično povezivanje društava.⁶ Donošenje navedene presude koincidiralo je s usvajanjem Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala⁷ koja je trebala omogućiti ostvarenje onoga što je Sud EU ranije potvrdio. Usvajanje Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima naglašava se kao „važan korak naprijed glede prekogranične mobilnosti trgovačkih društava u EU.“⁸ Ubrzo se pokazalo⁹ da usvajanje ovog instrumenta nije otklonilo poteškoće prilikom provođenja prekograničnih pripajanja i spajanja i da postoje praznine u pravu pripajanja i spajanja EU. Otvorena je javna rasprava¹⁰ o funkcioniranju aktualnog pravnog okvira za prekogranično poslovanje trgovačkih društava radi utvrđenja potrebe za izmjenom postojećih pravila.¹¹ Nedostaci Direktive o pripajanjima i spajanjima se mogu podvesti pod zajednički nazivnik neusklađenosti nacionalnih prava pripajanja i spajanja. Rad se bavi analizom onih odredaba Direktive o pripajanjima i spajanjima koje u sadašnjem izričaju predstavljaju prepreku ostvarenju slobode poslovnog nastana. U radu se posebno ne analiziraju odredbe o pravima radnika, vjerovnika i manjinskih dioničara jer one zbog svoje opsežnosti i specifičnosti prelaze okvire rada. Analizirajući dostupnu domaću¹² i stranu¹³ literaturu u području pripajanja i spajanja, praksu Suda

⁶ Mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG od 7. srpnja 2005., ECLI:EU:C:2005:437, t. 67.

⁷ Direktiva 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 2005. o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala (tekst važan za Europski gospodarski prostor)(SL L 310, 25/11/2005). Dalje u tekstu kao: Direktiva o pripajanjima i spajanjima. Razvoj prava pripajanja i spajanja EU počeo je 1972. s prijedlogom Konvencije o međunarodnim pripajanjima i spajanjima. Prijedlog zbog bojazni nekih država, posebice Njemačke, nije zaživio. Godine 1978. usvojena je Treća direktiva Vijeća br. 78/855/EEZ od 9. listopada 1978. na osnovi članka 54(3)g Ugovora u pogledu pripajanja i spajanja dioničkih društava. Ista se ticala unutarnjih pripajanja i spajanja dioničkih društava. U prosincu 1984. Komisija je usvojila prijedlog Desete direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima koji je dugo vremena bio na čekanju zbog straha da će trgovačka društva koristiti prekogranične transakcije radi izbjegavanja obveza koje proizlaze iz pravila o sudjelovanju radnika. Godine 2001. Komisija je iznijela „osvježeni“ prijedlog direktive koji je više odgovarao vremenu i promjenama koje su uslijedile u pravu EU.

⁸ Akcijski plan, str. 12.

⁹ V. Studiju o primjeni Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima, Bech - Bruun & Lexidale, rujan 2013. Dalje u tekstu kao: Studija. Dostupno na <http://ec.europa.eu/internal_market/company/mergers/index_en.htm>, datum zadnjeg pristupa: 21/1/2015.

¹⁰ Javna rasprava nastavlja se na Akcijski plan koji je najavio mogućnost amandmana na Direktivu o pripajanjima i spajanjima. Europska komisija je uputila zainteresiranoj javnosti upitnik sa preko 60 pitanja s ciljem prikupljanja podataka o unapređenju postojećeg pravnog okvira prekograničnog pripajanja i spajanja te prekograničnih podjela.

¹¹ Detaljnije o javnoj raspravi v. na <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2014/cross-border-mergers-divisions/index_en.htm>, datum zadnjeg pristupa: 22/1/2015.

¹² Barbić, J., Pravo društava. Knjiga druga: Društva kapitala, sv. 1. Dioničko društvo, 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010.; Horak, H. et al., Uvod u europsko pravo društava, Zagreb, 2010; Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava u pravu Europske unije, Zagreb, 2013; Maurović, Lj., Preuzimanje određenja Smjernice EU o prekograničnom pripajanju i spajanju 2005/56/EC u Zakon o trgovačkim društvima RH, Hrvatska pravna revija, 8 (5) 2008., str. 67-71; Babić, D. A., Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Poseban broj (56) 2006, str. 225-251.

¹³ Siems, M. M., The European directive on cross-border mergers: an international model?, Columbia Journal of European Law, Vol. 11 (2005), str. 167-185; Zaman, N., Cross-border Mergers in Europe, European Journal of Law

EU i dokumente Europske komisije,¹⁴ autori zaključuju kako uočene poteškoće proizlaze iz činjenice kako Direktiva o pripajanjima i spajanjima na mnogim mjestima upućuje na primjenu nacionalnih prava društava. Takvo kompromisno rješenje dodatno ističe razlike koje postoje između 28 nacionalnih prava društava. U radu se iznosu teza kako Direktiva o prekograničnim pripajanjima i spajanjima u ovakvom izričaju nije instrument harmonizacije prava društava već koordinacije. Cilj rada je dokazati kako se u nedostatku harmoniziranih pravila o prekograničnim pripajanjima i spajanjima na razini EU rješenja za praktična pitanja nalaze u izravnoj primjeni primarnog prava i smislenoj primjeni prakse Suda EU kao izvora prava EU (*non-harmonised merger*¹⁵) od strane nacionalnih sudova odnosno drugih nadležnih tijela.¹⁶ Sud EU nije specijalizirani sud već je njegova temeljna zadaća interpretirati pravo EU.¹⁷ Nacionalni trgovački sudovi su visokospecijalizirani sudovi koji se bave materijom upisa prekograničnih pripajanja i spajanja te u tom smislu primjenjuju nacionalne implementacijske mjere, uzimajući u obzir nacionalne specifičnosti.¹⁸ Nakon uvoda, u drugom dijelu rada prikazuju se odredbe Direktive o pripajanjima i spajanjima koje autori vide kao sporne s aspekta harmonizacije prava pripajanja i spajanja. U trećem dijelu rada analizira se stanje u Republici Hrvatskoj.¹⁹ S obzirom da je RH dio unutarnjeg tržišta, mogu se očekivati problemi s kakvima se suočavaju druge države članice. Pripajanje je oblik ostvarenja sekundarnog poslovnog nastana.²⁰ Razlike u nacionalnim pravima te praksi pripajanja i spajanja mogle bi dovesti do stvaranja prepreka ostvarenju navedene slobode. Time se dovode u pitanje gospodarski učinci prekograničnog pripajanja ili spajanja poput povećanja društva i povećanja njegove poslovne efikasnosti uz smanjenje troškova.²¹ Budući da rješenja velikog broja pitanja ne postoje u nacionalnim implementacijskim propisima, kao posljedica nedostataka u

Reform, Vol. 8 (1) 2007, str. 123-136; Vancea, M., Mergers and acquisitions waves from the European Union perspective, *Annals of the University of Oradea, Economic Science Series*, Vol. 22 (2) 2013, str. 272-283; Van Gerven, D. (ur.), *Cross-border Mergers in Europe*, Cambridge, 2010; Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers: Exercising the Right of Establishment, *European Law Review*, (1) 2011, str. 71-97; Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive, *European Business Law Review*, str. Vol. 23 (2012) 4, 517-546; Profkola, K., Cross-border mergers between companies: Remaining practical problems after the 10th Council Directive of the European Union, str. 1-37, dostupno na <<http://ssrn.com/abstract=2444078>>, datum zadnjeg pristupa: 16/1/2015.

¹⁴ Dalje u tekstu kao: EK.

¹⁵ Engl. *non harmonised merger* jedna je od tri metode prekograničnog pripajanja i spajanja. Prije usvajanja Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima bilo je moguće postići učinak pripajanja ili spajanja putem osnivanja Europskog društva (SE) ili pak putem prijenosa sjedišta i nastavnog unutarnjeg spajanja ili pripajanja. Obje metode su međutim imale uporište u europskom ili nacionalnom propisu dok klasično prekogranično spajanje ili pripajanje nije. Presudom u predmetu SEVIC Systems otvoren je treći put koji se temelji na praksi Suda EU. Ta metoda svoje uporište ima u kasnijim presudama u predmetima Vale Építési kft., C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 i Cartesio Oktató és Szolgáltatás bt., C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723. U nedostatku propisa, tumačenja odredbi prava EU i stavovi izneseni u izrekama presuda Suda EU mogu poslužiti kao sredstvo argumentacije i analogno se primjenjivati na neke buduće slične slučajeve koji uključuju prekogranični EU element. V. Studija, str. 35 i 45.

¹⁶ Npr. javnih bilježnika koji u nekim zemljama (Češka) sudjeluju u tzv. prethodnom postupku pripajanja ili spajanja.

¹⁷ Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana..., str. 15.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Dalje u tekstu kao: RH.

²⁰ Tako i nezavisni odvjetnik Tizzano u predmetu SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:437, t. 35-36.

²¹ Maurović, op. cit., u bilj. 12, str. 68. V. Studija, str. 6.

harmonizaciji na razini EU, valja imati na umu da je praksa Suda EU izvor prava. Rad završava zaključkom kako nedostatak harmoniziranih pravila i pratećih nacionalnih implementacijskih mjera ne smije predstavljati prepreku upisu prekograničnih pripajanja i spajanja. Razlike u nacionalnim pravilima, koje proizlaze iz pravnih praznina, trebaju se rješavati izravnom primjenom odredaba UFEU o slobodi poslovnog nastana te primjenom prakse Suda EU.

2. NACIONALNO ORIJENTIRANI KONCEPT DIREKTIVE O PRIPAJANJIMA I SPAJANJIMA

Pojava eura, globalizacija²², deregulacija, privatizacija, niske kamate te rast financijskih tržišta uz povećanu likvidnost su potaknuli rast broja pripajanja i spajanja na unutarnjem tržištu EU.²³ Pripajanje i spajanje kao oblici korporativnog restrukturiranja²⁴ predstavljaju aktivnosti koje imaju za cilj ukinuće prepreka unutarnjem tržištu i bolju alokaciju resursa.²⁵ Pripajanje i spajanje može imati za cilj stvaranje jačeg gospodarskog subjekta, stvaranje ili dokidanje holdinga i korištenje poreznih pogodnosti.²⁶ U takvom gospodarskom okruženju, Direktiva o pripajanjima i spajanjima doprinosi ostvarenju slobode poslovnog nastana.²⁷ U primjeni Direktive o pripajanjima i spajanjima uočeno je nekoliko nedostataka.²⁸ Premda pitanja zaštite vjerovnika, zaštite manjinskih dioničara, procjene vrijednosti prenesene imovine i dr. svako ponaosob zaslužuju pažnju, treba reći kako takav pristup polazi od posljedice, a ne od uzroka. Pod-harmonizacija je uočena kao jedan od osnovnih prepreka u uređenju prava prekograničnog pripajanja i spajanja.²⁹ Velik dio pravila Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima upućuje na primjenu nacionalnih pravila, tj. onih koja se primjenjuju na unutarnja pripajanja i spajanja.³⁰ Stvaranjem autonomnog seta pravila, koja neće ostavljati puno mjesta za primjenu nacionalnih prava, mogu se postići željeni učinci. Postojeći koncept je „nacionalno orijentiran“ zbog nekoliko razloga. Direktivom o pripajanjima i spajanjima zauzima se pristup da se na trgovačko društvo koje sudjeluje u postupku pripajanja i spajanja, u nedostatku posebnih pravila Direktive o pripajanjima i spajanjima, primjenjuju nacionalna pravila i formalnosti koje bi se primjenjivale u slučaju unutarnjeg pripajanja i spajanja.³¹ Prekogranična pripajanja i spajanja dopuštena su isključivo između trgovačkih društava koja se mogu pripajati i

²² Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers..., str. 25.

²³ Vancea, op. cit., u bilj. 13, str. 278.

²⁴ Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers..., str. 4.

²⁵ Ibid., str. 3.

²⁶ Barbić, op. cit., u bilj. 12, str. 1406-1407.

²⁷ Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms..., str. 518; Profkola, op. cit., u bilj. 13, str. 21-22.

²⁸ Studijom je utvrđeno da glavni nedostaci proizlaze iz nedovoljne harmonizacije pravila, nedostatka jasnih standarda u komunikaciji između nadležnih tijela, nedostatka zaštitnih mjera za pripadnike zainteresirane javnosti (engl. *stakeholders*), nedostatka ubrzanog postupka pripajanja i spajanja te praznine i moguće nekonzistentnosti u samoj Direktivi o pripajanjima i spajanjima. V. Studija, str. 4.

²⁹ Ibid.

³⁰ Maurović, op. cit., u bilj. 12, str. 69.

³¹ Preambula Direktive o pripajanjima i spajanjima, t. 3. Riječ je o načelu jednakog tretmana. V. Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms..., str. 531-532.

spajati temeljem nacionalnog prava država u pitanju.³² Stoga svako društvo mora udovoljavati dvostrukim zahtjevima dopustivosti pripajanja i spajanja – onima vlastitog prava i prava druge države.³³ Trgovačka društva koje sudjeluju u prekograničnom pripajanju i spajanju moraju se uskladiti s odredbama i formalnostima nacionalnog prava koje se na to društvo primjenjuje.³⁴ Zakoni države članice koji nacionalnoj vlasti dopušta da se usprotivi unutarnjem pripajanju ili spajanju pozivanjem na zaštitu javnog interesa će se primjenjivati na slučajeve prekograničnog pripajanja ili spajanja kada najmanje jedno od trgovačkih društava koje sudjeluje u postupku podliježe primjeni prava te države članice.³⁵ Sam postupak prekograničnog pripajanja i spajanja pravno je „rascijepan“ na barem dva nacionalna prava društava. U prethodnom postupku sud, javni bilježnik ili drugo tijelo javne vlasti dužno je ispitati zakonitost prekograničnog pripajanja ili spajanja u pogledu onog dijela postupka koji se tiče svakog pojedinog trgovačkog društva koje sudjeluje u postupku³⁶ i izdati ispravu kojom se utvrđuje dovršetak prethodnih radnji sukladno zakonu.³⁷ Drugi dio postupka sastoji se u ispitivanju zakonitosti prekograničnog pripajanja ili spajanja u pogledu onog dijela postupka koji se odnosi na dovršetak prekograničnog pripajanja ili spajanja te eventualno zakonitost osnivanja novog trgovačkog društva.³⁸ Te radnje ispituje sud ili drugo nadležno tijelo one države članice u kojoj je upisano društvo preuzimatelj ili novoosnovano društvo ako je ono subjekt prava države tog tijela. Nastup pravnog učinka prekograničnog pripajanja i spajanja određuje se po pravu države članice pod čiju nadležnost pripada društvo preuzimatelj ili novoosnovano društvo.³⁹ Pravo svake od država članica pod čiju su nadležnost spadala trgovačka društva koja su sudjelovala u postupku prekograničnog pripajanja ili spajanja mjerodavna su prava za objavu dovršetka postupka pripajanja ili spajanja u javnim registrima u koje svako od tih društava dostavlja isprave.⁴⁰ Zaključuje se kako prema sadašnjem izričaju Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima citirane odredbe predstavljaju kolizijska pravila koja upućuju na nacionalna prava kao mjerodavna prava za ocjenu dopustivosti i zakonitosti prekograničnog pripajanja ili spajanja. Pritom će se na isti postupak kumulativno primjenjivati najmanje dva personalna statuta trgovačkih društava, s time da će na kraju postupka samo personalni statut društva preuzimatelja ili novoosnovanog društva biti mjerodavan za ocjenu zakonitosti radnji u glavnom postupku.⁴¹ Jedan od mogućih problema s kojima bi se mogla suočiti inozemna društva sastoji se u tome što Direktiva o pripajanjima i spajanjima nije jasno propisala da

³² Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 4. st. 1 (a)

³³ Tako i Papadopoulos, T., *The Magnitude of EU Fundamental Freedoms...*, str. 532.

³⁴ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 4. st. 1 (b)

³⁵ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 4. st. 1 (b)

³⁶ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 10. st. 1.

³⁷ Engl. *pre-merger certificate*. Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 10. st. 2.

³⁸ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 11.

³⁹ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 12.

⁴⁰ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 13.

⁴¹ Radi se o tzv. mješovitosti teoriji. Siems, op. cit., u bilj. 13, str. 168.

li nadležno tijelo koje provjerava zakonitost postupka treba provjeriti samo zakonitost postupka u odnosu na trgovačko društvo koje spada pod njegovu nadležnost ili u odnosu na sva trgovačka društva koja sudjeluju u postupku. U drugoj situaciji pripojeno društvo ili inozemno društvo koje se spaja s tuzemnim društvom će se morati uskladiti sa zahtjevima koje njegovo zakonodavstvo ne poznaje. Takav pristup bi mogao obeshrabriti uprave pripojenog ili spojenog inozemnog društva da pokrenu postupak prekograničnog restrukturiranja. Određenje trgovačkog društva kao inozemnog, a time i postojanje „prekograničnog“ elementa, determiniran je načinom na koji će se odrediti pripadnost društva.⁴² Postavlja se pitanje kako odrediti personalni statut trgovačkog društva. Pravo društava država članica počiva na razlikama dva temeljna koncepta – teoriji osnivanja (inkorporacije) i teoriji stvarnog sjedišta.⁴³ Poseban problem nastaje u slučaju da u postupku sudjeluju društva iz država članica koje primjenjuju različite teorije.⁴⁴ Može se zamisliti slučaj u kojem je društvo preuzimatelj registrirano u Češkoj koja primjenjuje teoriju osnivanja. Društvo koje se pripaja registrirano je u Austriji, ali sa stvarnim sjedištem u Češkoj. Ako je središnje mjesto upravljanja još uvijek u Austriji, društvo neće biti likvidirano u Austriji već samo ako to mjesto prenese u Češku. U tom slučaju bi se društvo u Češkoj moralo ponovno osnovati pa bi se radilo o nacionalnom pripajanju dva češka društva. Da bi društvo ostalo austrijsko društvo, a što je pretpostavka za prekogranično pripajanje, ono mora zadržati središnje mjesto upravljanja u Austriji. Time se izravno ograničava sloboda poslovnog nastana. Direktivom o pripajanjima i spajanjima trgovačkim društvima koja sudjeluju u pripajanjima i spajanjima dopušteno⁴⁵ je da imaju registrirano sjedište, središnje mjesto upravljanja ili glavno mjesto poslovanja unutar Zajednice.⁴⁶ Takav izričaj upućuje da se središnje mjesto upravljanja može nalaziti bilo gdje unutar EU.⁴⁷ Primjena teorije stvarnog sjedišta kod utvrđivanja pripadnosti društva radi utvrđivanja nacionalnog prava mjerodavnog za ocjenu dopustivosti i zakonitosti prethodnog postupka pripajanja društva sužava polje primjene Direktive o pripajanjima i spajanjima. Po teoriji stvarnog sjedišta izlazno društvo mora biti likvidirano.⁴⁸ Treba uzeti da se puna sloboda izbora mjerodavnog prava može ostvariti samo ako osnivači mogu društvo osnovati gdje žele bez obzira u kojoj će državi članici ono

⁴² Ibid.

⁴³ Detaljno o primjeni dviju teorija v. Horak, H. et al., Uvod u europsko pravo društava..., str. 111-115 i tamo obrađenu sudsku praksu.

⁴⁴ Profkola, K., Cross-border mergers between companies..., str. 4, 32.

⁴⁵ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 1.

⁴⁶ Problem bi mogao nastati i zbog činjenice da sam izričaj Direktive o pripajanju i spajanju „pravo kojem je društvo podvrgnuto“ ne govori ništa o tome da li se radi o pravu mjerodavnom prema registriranom sjedištu, glavnom sjedištu ili glavnom mjestu poslovanja. To znači da jedno te isto društvo može biti podvrgnuto pravu registriranog sjedišta u državi koja primjenjuje inkorporacijsku teoriju i pravu države stvarnog sjedišta u državi koja primjenjuje teoriju stvarnog sjedišta. Tako Van Gerven, op. cit., u bilj. 13, str. 15-16.

⁴⁷ Takav izričaj je omogućio da društva sa glavnim sjedištem (engl. *head office*) u državi ne-članici, a stvarnim sjedištem u tuzemstvu, postanu sudionici prekograničnih pripajanja i spajanja prema odredbama Direktive o pripajanjima i spajanjima (tzv. pseudo-inozemna društva ili *letter-box company*). Isto Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers..., str. 18.

⁴⁸ Detaljnije v. Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana..., str. 11.

imati stvarno sjedište.⁴⁹ To implicira slobodan naknadni izbor mjerodavnog prava koji se ostvaruje putem pripajanja i spajanja⁵⁰ time što društvo u gospodarskom smislu i dalje „djeluje“ u okviru društva preuzimatelja,⁵¹ ali pod novim pravnim režimom. Tehnička pitanja glede sadržaja zajedničkog plana pripajanja i spajanja,⁵² njegove objave,⁵³ izvješća uprave ili upravnog odbora⁵⁴ i neovisnog stručnog izvješća⁵⁵ su uređena samom Direktivom o pripajanjima i spajanjima.

Može se zaključiti kako Direktiva o prekograničnim pripajanjima i spajanjima harmonizira u prvom redu tehnička pravila dok su pitanja ocjene zakonitosti i dopustivosti postupka pripajanja i spajanja ostavljena nacionalnim pravima. To dovodi do razlika u postupanju između država članica poput primjene različitih rokova, što vodi do poskupljenja troškova postupka i otežava njegovu provedbu.⁵⁶ Od gore opisane situacije treba razlikovati problem suženog polja primjene Direktive o pripajanjima i spajanjima *ratione materiae*. U takvoj situaciji postoji autonomno pravilo za pojedino pitanje, ali ne obuhvaća sve moguće situacije. Najočitiiji primjer takvog pristupa vidljiv je u odredbi⁵⁷ po kojoj se za potrebe ove direktive pod „društvom u kojem članovi odgovaraju ograničeno“ tj. društvom u smislu Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima, uzimaju društva kako su navedena u članku 1. Direktive 68/151/EEZ o zaštiti interesa članova društva i trećih⁵⁸ ili društva pravne osobe koja imaju temeljni kapital i vlastitu imovinu kojom odgovaraju za pokriće svojih obveza te koja prema nacionalnom pravu, koje se primjenjuje na to društvo, podliježu pravilima o jamstvu⁵⁹ kakva su predviđena Direktivom o zaštiti interesa članova društva i trećih. U državama članicama⁶⁰ postoje društva kod kojih članovi odgovaraju ograničeno, ali nisu društva kapitala, pa će situacije u kojima bi se takva društva trebala pripojiti ili spojiti sa stranim društvom biti isključene iz polja primjene Direktive o pripajanjima i spajanjima.⁶¹ Iz presude SEVIC Systems izvodi se zaključak kako je sloboda poslovnog nastana primjenjiva na sve oblike

⁴⁹ Babić, op. cit., u bilj. 12, str. 229.

⁵⁰ Ibid., str. 237.

⁵¹ Tako Barbić, op. cit., u bilj. 12., str. 1408.

⁵² Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 5.

⁵³ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 6.

⁵⁴ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 7.

⁵⁵ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 9.

⁵⁶ Studija, str. 10.

⁵⁷ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, čl. 2. st. 1.

⁵⁸ Prva direktiva Vijeća 68/151/EEZ od 9. ožujka 1968. o usklađivanju zaštitnih mjera koje su radi zaštite interesa njihovih članova i ostalih predviđene u državama članicama za društva u smislu članka 58. drugog stavka Ugovora, a s ciljem izjednačavanja takvih zaštitnih mjera širom Zajednice (SL L 65, 14/3/1968). Direktiva kako je zadnje izmijenjena Aktom o pristupanju 2003. Dalje u tekstu kao: Direktiva o zaštiti interesa članova i trećih osoba.

⁵⁹ U teoriji nije jasno na što se sve misli. V. Papadopoulos, T., *The Magnitude of EU Fundamental Freedoms...*, str. 530. Treba uzeti da se radi o jamstvima koja štite članove društva i treće poput obveze objave određenih dokumenata, osnivanje registara u koje će se društva upisivati i njihove registracije, pravila o zastupanju, pravila o razlozima ništetnosti društva.

⁶⁰ Npr. u Ujedinjenom Kraljevstvu postoje društva čiji članovi odgovaraju ograničeno, no nemaju temeljni kapital. Riječ je o *Limited Liability Partnerships, Industrial Societies, Provident Societies, Community Interests Companies*. Prema sadašnjima pravilima, takva društva su isključena iz polja primjene Direktive o pripajanjima i spajanjima.

⁶¹ Isto Profkola, op. cit., u bilj. 13, str. 23.

pravnih osoba, a ne samo na društva kapitala.⁶² Isključujući pristup Direktive o pripajanjima i spajanjima nije u skladu sa slobodom poslovnog nastana.⁶³ Ima slučajeva da su prilikom same implementacije države članice odlučile proširiti polje primjene implementacijskih mjera na druge oblike društava.⁶⁴ Neki autori smatraju da se doseg Direktive o pripajanjima i spajanjima može proširiti i na društva u kojima članovi odgovaraju neograničeno.⁶⁵ Upućivanje na norme nacionalnih prava društava za ocjenu zakonitosti i dopustivosti prekograničnog pripajanja i spajanja skopčano je s rizikom (pre)čestih promjena procesnih i materijalno-pravnih pravila od strane nacionalnog zakonodavca. Takva praksa smanjuje pravnu sigurnost i predvidivost postupaka prekograničnog pripajanja i spajanja. Posebice imajući u vidu kako se procesni propisi primjenjuju na postupke u tijeku (*tempore acti*). Postojanje autonomnih materijalno-pravnih i procesno-pravnih pravila u budućoj Direktivi o pripajanjima i spajanjima bi doprinijelo smanjenju takve prakse. Nacionalne implementacijske mjere u većini slučajeva bi se mijenjale ako bi se prethodno mijenjala harmonizirana pravila sadržana u sekundarnom zakonodavstvu. Iz supra navedenog se zaključuje kako poteškoće u primjeni Direktive o pripajanjima i spajanjima proizlaze iz razlika u nacionalnim pravima, što je posljedica nacionalno orijentiranog koncepta. Takav koncept koordinira nacionalna prava, tj. autonomna nacionalna prava pokušava približiti oko nekih tehničkih pitanja. Promatrajući iz kuta političkog kompromisa, takav pristup jest legitiman, no ne znači da je dobar za funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Postavlja se pitanje da li je nakon desetljeća primjene ovakvog koncepta došlo vrijeme za inauguraciju *integracijskog koncepta*. Takav koncept polazio bi od integracijskog karaktera prava pripajanja ili spajanja, tj. imao bi u vidu cjelinu unutarnjeg tržišta⁶⁶ i tretirao bi pripajanja i spajanja ne kao pomoćno sredstvo za ostvarenje slobode poslovnog nastana već kao oblik ostvarenja sekundarnog poslovnog nastana i ostalih tržišnih sloboda.⁶⁷ Ostvarenje sekundarnog poslovnog nastana u obliku pripajanja i spajanja implicira slobodu kretanja kapitala⁶⁸ i radnika, s obzirom na činjenicu kako oni postaju radnici društva preuzimatelja ili novoosnovanog

⁶² Isto Zaman, op. cit., u bilj. 13, str. 135-136. V. i Profkola, op. cit., u bilj. 13, str. 12.

⁶³ Tako i Papadopoulos, T., *The Magnitude of EU Fundamental Freedoms...*, str. 545.

⁶⁴ Takav trend prisutan je u gotovo ¼ država članica i poznat je pod nazivom engleskim pojmom *gold-plating*. *Gold-plating* se javlja u situacijama u kojima države članice dobrovoljno propisuju obveze koje prelaze minimum zadan direktivom i time šire polje primjene. Ovaj fenomen neke države članice poput Ujedinjenog Kraljevstva ili Nizozemske vide kao negativan zbog pojave „pre-implementacije“. V. više u Studiji, str. 98 et seq.

⁶⁵ Van Gerven, op. cit., u bilj. 13, str. 7.

⁶⁶ U prilog tezi govori stav artikuliran tijekom rasprave oko budućnosti prava društava 2012. da „prekogranična pripajanja i spajanja trebaju biti prilagođena promjenjivim potrebama unutarnjeg tržišta“ što jasno ukazuje da postojeći sustav pravila ne odgovara onome što trgovačka društva očekuju od prava pripajanja i spajanja.

⁶⁷ V. mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:437, t. 35.

⁶⁸ Kretanje kapitala je redovito sastavni dio prekograničnih pripajanja ili spajanja. V. mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:437, t. 76. U Aneksu I. uz Direktivu Vijeća br. 88/361/EEZ od 24. lipnja 1988. za provedbu članka 67. Ugovora (SL L 178/5, 24/6/1988) u poglavlju I. – Izravna ulaganja „potpuno preuzimanje poduzeća“ smatra se oblikom izravnog ulaganja, kretanjem kapitala. Za članove pripojenog društva relevantan je trenutak od kojeg mogu sudjelovati u dobiti društva preuzimatelja odnosno novoosnovanog društva, što ima reperkusije na ostvarenje prava na prekograničnu isplatu dividende kao oblika kretanja kapitala.

društva u kojima ostvaruju posebna prava suodlučivanja.⁶⁹ Prekogranično pripajanje i spajanje se razlikuje od unutarnjeg ne samo po tome što dioničari odnosno drugi imatelji članskih prava u društvu, vjerovnici te radnici pripojenog ili spojenog društva stupaju u statusnopravni, obveznopravni i radnopravni odnos sa novim društvom već se na to društvo, a posljedično i na njihova prava, počinje primjenjivati novi pravni režim.⁷⁰ Usvajanje integracijskog koncepta može dovesti do promjene pravnog koncepta koji će prepoznati da integracija tržišta podrazumijeva jaču integraciju prava. Presuda u predmetu SEVIC Systems potvrdila je kako pitanje registarskog upisa prekograničnog pripajanja spada u polje primjene slobode poslovnog nastana. U predmetu su njemačka i nizozemska vlada problematizirale situaciju u kojoj bi se na jedinstvenu prekograničnu transakciju primjenjivalo više mjerodavnih prava i problem nedostatka bilo kakvih harmonizacijskih pravila.⁷¹ Treba se složiti s mišljenjem nezavisnog odvjetnika Tizzana kako društvo preuzimatelj ili novoosnovano društvo, upravo kao posljedicu prekograničnog pripajanja ili spajanja, nastavlja poslovati na trajnoj osnovi koristeći imovinu pripojenog društva, koja se fizički i dalje nalazi u drugoj državi članici, te time ostvaruje slobodu sekundarnog poslovnog nastana.⁷² Umjesto više nacionalnih prava potrebno je stvoriti set⁷³ harmoniziranih pravila za jedinstvenu transakciju. Na ograničenja koja proizlaze iz nacionalnih prava treba gledati kao na ograničenja tuzemnog društva da kroz pripajanje društva iz druge države članice ostvari sekundarni poslovni nastan. Primjena nacionalnih pravila je nespojiva s „integracijskom“ prirodom prekograničnih pripajanja ili spajanja. Prekogranična pripajanja ili spajanja zbog drukčijeg pravno-ekonomskog konteksta ne mogu biti podložna istim obrascima kao nacionalna, unutarnja pripajanja i spajanja kod kojih se ne postavljaju pitanja sukoba zakona te slobode poslovnog nastana. Unatoč dobro argumentiranom stavu o samostalnoj prirodi prekograničnog pripajanja ili spajanja u predmetu SEVIC Systems, u Direktivi o prekograničnim pripajanjima i spajanjima EU se ističe da su takve transakcije *pomoćno sredstvo*⁷⁴ za provedbu prekograničnih restrukturiranja između različitih oblika društava kapitala iz različitih država članica. „Dvostruki teret“ koji se nameće društvima po načelu jednakog tretmana nije u skladu s stavovima iznesenim u presudi SEVIC Systems.⁷⁵ Isti može dovesti do onemogućavanja prekograničnog pripajanja ili spajanja u slučaju da inozemno društvo ne udovolji (i) zahtjevima nacionalnog prava drugog društva sudionika u postupku. Struktura

⁶⁹ Profkola, op. cit., u bilj. 13, str. 7. O pravima radnika u slučaju prekograničnih pripajanja ili spajanja v. Bodiroga, Vukobrat, N; Horak, H., Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 24 (1) 2003, str. 393-412.

⁷⁰ Maurović, op. cit., u bilj. 12, str. 68.

⁷¹ V. mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:437, t. 53, 58 i 62.

⁷² Mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG, ECLI:EU:C:2005:437, t. 35. V. Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers..., str. 12-13.

⁷³ Suprotno Siems, op. cit., u bilj. 13, str. 174. Siems tvrdi da unificirani set pravila nije potreban i da proturječi načelu supsidijarnosti. U radu se zauzima stav da je otvaranje javne rasprave o nizu pitanja koja tek treba harmonizirati najbolji dokaz neosnovanosti takve teze i o potrebi da se EU uključi u uređenje prava pripajanja i spajanja.

⁷⁴ Arg. ex. preambule Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima, t. 1 i 3.

⁷⁵ Tako i Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms..., str. 532.

pitanja u upitniku⁷⁶ postavljenih tijekom rasprave o izmjeni Direktive o pripajanjima i spajanjima⁷⁷ ukazuje na pod-harmoniziranost prekograničnog pripajanja i spajanja. Buduća harmonizacija mogla bi voditi u tri smjera:⁷⁸ smjeru potpune harmonizacije (*full harmonization*), opcijske harmonizacije (*fixed menu*) kod koje bi države članice mogle birati između više unaprijed propisanih alternativa ili pak harmonizacije otvorenog tipa koja bi dopuštala državama da biraju i kombiniraju različita rješenja propisana Direktivom o pripajanjima i spajanjima (*open menu*). Treće rješenje je najmanje prihvatljivo jer bi omogućilo stvaranje različitih kombinacija nacionalnih pravila, a ne bi otklonilo problem složenosti postupka. Potpuna harmonizacija, premda najbolje rješenje za popunjavanje praznina, čini se radikalnom u ovoj fazi razvitka prava pripajanja i spajanja. Sustav opcijske harmonizacije se čini plauzibilnim rješenjem. Spomenuti sustav sadrži pripremljeni set pravila i države mogu birati između onog što je unaprijed poznato. Na taj način se reducira rizik neusklađenosti nacionalnih pravila uz istovremeno uvođenje kompromisa.

3. PRAVNI OKVIR ZA UREĐENJE PREKOGRANIČNOG PRIPAJANJA I SPAJANJA U RH

Prekogranična pripajanja i spajanja uređena su člancima 549. a do 549. k Zakona o trgovačkim društvima.⁷⁹ Novelom ZTD-a⁸⁰ iz 2007. RH je implementirala Direktivu o prekograničnim pripajanjima i spajanjima. Navedeni članci stupili su na snagu⁸¹ danom ulaska RH u EU. Hrvatsko pravo nema ulaznih restrikcija kada su u pitanju prekogranična pripajanja i spajanja ako je riječ o

⁷⁶ Tekst upitnika dostupan na <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2014/cross-border-mergers-divisions/index_en.htm>, datum zadnjeg pristupa: 23/1/2015.

⁷⁷ Tako se postavlja pitanje trebaju li prava vjerovnika u slučaju prekograničnog pripajanja ili spajanja biti harmonizirana i koju metodu harmonizacije primijeniti; da li bi tijekom trajanja razdoblja zaštite vjerovnika zahtjevi koji se nameću društvima trebali biti harmonizirani (davanje jamstava, održavanje skupština vjerovnika itd.); treba li datum od kojeg se počinje računati zaštita vjerovnika biti harmoniziran; da li prava manjinskih dioničara u slučaju prekograničnog pripajanja ili spajanja trebaju biti harmonizirana i koju metodu harmonizacije primijeniti; da li datum od kojeg se počinje računati razdoblje ostvarivanja prava manjinskih dioničara treba biti harmoniziran; da li trajanje samog razdoblja kroz koje manjinski dioničari mogu izvršavati svoja prava treba biti harmoniziran; trebaju li za sve države članice biti propisana zajednička pravila o primjeni metode procjene vrijednosti imovine i obveza; da li bi datum, od kojeg se poslovi društava koja sudjeluju u prekograničnim pripajanjima ili spajanjima smatraju, za računovodstvene potrebe, poslovima društva preuzimatelja ili novoosnovanog društva, trebao biti harmoniziran; da li bi datum objave zajedničkog plana pripajanja ili spajanja, u slučajevima kada nije nužno održati skupštinu društva koje sudjeluje u pripajanju ili spajanju, trebao biti harmoniziran; da li bi trebalo uvesti harmonizirani ubrzani prekogranični postupak pripajanja ili spajanja te naposljetku da li bi svako nadležno tijelo koje sudjeluje u postupku ispitivanja prekograničnog pripajanja ili spajanja trebalo provjeravati usklađenost sa vlastitim nacionalnim zahtjevima države tog tijela.

⁷⁸ Studija, str. 10. O različitim metodama harmonizacije v. detaljno Josipović, T., Izazovi harmonizacije građanskog prava putem direktiva, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu. Izbor radova i analiza, knjiga 1., Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010., Beograd, 2010.

⁷⁹ Zakon o trgovačkim društvima, (NN, br. 111/93, 34/99, 121/99 – vjerodostojno tumačenje, 52/00 – Odluka USRH, 118/03, 107/07, 146/2008, 137/09, 152/11 – pročišćeni tekst, 111/12, 68/13). Dalje u tekstu kao: ZTD.

⁸⁰ Zakon o izmjenama i dopunama ZTD-a, (NN, br. 107/07). Dalje u tekstu kao: ZIDZTD 07.

⁸¹ ZIDZTD 07, čl. 148.

društvima kapitala koja su valjano osnovana po pravu neke države članice EU ili Europskog gospodarskog prostora.⁸² U prosincu 2013. godine izmjenama i dopunama Zakona o sudskom registru⁸³ pobliže su uređena registarska pravila o provedbi upisa prekograničnog pripajanja i spajanja. Zaključuje se kako je RH stvorila materijalno-pravni i procesno-pravni okvir za provedbu upisa prekograničnih pripajanja i spajanja. U narednom periodu predstoji izgradnja informatičke infrastrukture koja će omogućiti efikasnu pravosudnu suradnju u registarskim stvarima.⁸⁴ Razvoj domaće sudske praksa tek slijedi.⁸⁵ U slučajevima prekograničnog pripajanja primjenjuje se više prava. To dopušta Direktiva o pripajanjima i spajanjima. Isto rezultira sukobom pravila i praksi. Sama Direktiva ne propisuje rješenja u slučaju da se pojave proturječnosti. Rješenja treba tražiti u izravnoj primjeni odredaba primarnog prava o slobodi poslovnog nastana,⁸⁶ i smislenoj primjeni shvaćanja Suda EU iznesenih u predmetima SEVIC Systems, Cartesio i Vale. Navedena tri predmeta usko su povezana sa problematikom prekograničnog pripajanja i spajanja.⁸⁷ Nema razloga da sudovi u RH ne počnu primjenjivati izvore prava EU. Izmjenama i dopunama Ustava RH iz 2010. g.⁸⁸ omogućena je primjena „drugih važećih izvora prava“. To uključuje primjenu izvora prava EU. Izreke sadržane u presudama Suda EU su izvor sekundarnog prava EU. Nema ustavnopravne zapreke izravnom pozivanju na praksu Suda EU u području prekograničnih pripajanja i spajanja. Treba uzeti da sudska praksa kao izvor prava, u nedostatku zadovoljavajućih zakonodavnih rješenja, može nadomjestiti zakonska rješenja, ostavljajući po strani nacionalno pravo.⁸⁹ Sud EU preciziranjem granica slobode poslovnog nastana u pojedinačnim slučajevima

⁸² Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana..., str. 44.

⁸³ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudskom registru (NN, br. 148/13).

⁸⁴ Kao rezultat višegodišnjih razmatranja usvojena je Direktiva 2012/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. lipnja 2012. o izmjeni Direktive Vijeća 89/666/EEZ te Direktiva 2005/56/EZ i 2009/101/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u vezi s povezivanjem središnjih registara, trgovačkih registara i registara trgovačkih društava (SL L 156, 16/6/2012). Dalje u tekstu kao: Direktiva o povezivanju poslovnih registara. U srpnju 2014. države članice EU započele su s postupkom implementacije Direktive o povezivanju poslovnih registara u nacionalna prava. U srpnju 2014. Hrvatski sabor je usvojio Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudskom registru (NN, br. 93/14). Implementirajući odredbu Direktive o povezivanju poslovnih registara, hrvatski je zakonodavac propisao obvezu da registar putem sustava povezivanja registara bez odgađanja osigura dostupnost podataka o određenim postupcima. Činjenica visoke prisutnosti inozemnog kapitala dovoljno govori o važnosti pravilne i smislene implementacije odredbi o prekograničnom umrežavanju registara trgovačkih društava. U tom smislu implementaciju Direktive o povezivanju poslovnih registara treba promatrati kao svojevrsni nastavak harmonizacije prava društava RH u pogledu registarskih pravila o prekograničnim spajanjima i pripajanjima iz prosinca 2013. RH već sada treba početi sa tehničkim i financijskim pripremama za uključivanje u sustav budući da je rok za punu implementaciju srpanj 2015. g. Eventualna nespremnost ne bi značila samo tehnički propust već bi predstavljala ozbiljnu prepreku pravosudnoj suradnji koja je osnova za upis prekograničnih transakcija kao oblika sekundarnog poslovnog nastana.

⁸⁵ Pretragom sudske prakse dostupne na Portalu IUS-INFO na dan 25. siječanj 2015. autori nisu naišli niti na jedan predmet koji bi se bavio pitanjem prekograničnog spajanja i pripajanja s EU obilježjem.

⁸⁶ UFEU, članak 49. zabranjuje ograničenja, dakle, svako ograničenje slobode poslovnog nastana, neovisno da li ono proizlazi iz norme ili prakse. U UFEU, čl. 50 st. 2. (c) prepoznat je problem prakse postupanja koja proizlazi iz nacionalnih pravila koja može djelovati štetno po slobodu poslovnog nastana.

⁸⁷ Detaljnije o trima presudama v. Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana..., str. 26-27, 30-38; Horak, H. et al., European Market Law: Handbook Vol. I, Zagreb/Voronezh, 2014. Dostupno u elektronskom obliku na <<http://www.efzg.unizg.hr/default.aspx?id=12418>>, datum zadnjeg pristupa: 25/1/ 2015.

⁸⁸ Promjena Ustava RH, (NN, br. 76/10), čl. 18.

⁸⁹ Tako Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms..., str. 527.

supstituiru u određenom trenutku nepostojeće sekundarno pravo,⁹⁰ a, treba uzeti, i manjkave odredbe sekundarnog prava. Po Direktivi o pripajanjima i spajanjima eventualne nacionalne iznimke od slobode poslovnog nastana također moraju biti opravdane, inter alia, praksom Suda EU, što dovoljno govori o ulozi sudske prakse u primjeni pravila o prekograničnim pripajanjima i spajanjima.⁹¹ Ako ostvarenje slobode poslovnog nastana ne ovisi o usvajanju harmonizacijske direktive,⁹² arg. a maiori ad minus, niti ostvarenje pripajanja ili spajanja kao oblika sekundarnog poslovnog nastana ne bi trebalo ovisiti o harmonizaciji, tj. činjenici da nedostaje dio harmoniziranih pravila u Direktivi o pripajanjima i spajanjima.⁹³ Riječ je o institutu *non-harmonised merger* kao trećoj metodi popunjavanja praznina u pravu pripajanja EU. Poznavanje prakse Suda EU te dostupnih baza podataka⁹⁴ u kojima se ista nalazi predstavlja komparativnu prednost za pravnike i alat u pronalaženju rješenja u izmijenjenom pravnom kontekstu.

4. ZAKLJUČAK

Direktiva o pripajanjima i spajanjima predstavlja korak naprijed u razvoju prava pripajanja i spajanja EU. Primjena implementacijskih mjera pokazala je nedostatke koji se mogu pripisati podharmonizaciji pravila o pitanjima zaštite vjerovnika, manjinskih dioničara, rokovima za poduzimanje radnji u postupku i sl. U nedostatku autonomnih pravila upućuje se na primjenu pravila koja se primjenjuju na unutarnja pripajanja i spajanja. Takav koncept ne odgovara prekograničnoj prirodi pripajanja i spajanja. Razlike koje proizlaze iz primjene barem dva osobna statuta na jedinstveni prekogranični postupak stvaraju prepreke ostvarenju pripajanja odnosno spajanja kao oblika sekundarnog poslovnog nastana. Dualizam u postojanju i kumulacija u primjeni nacionalnih prava društava predstavlja izazov u uvjetima primjene različitih teorija određivanja pripadnosti društva. Teorija stvarnog sjedišta pokazala se kao ograničavajuća za ostvarenje slobode poslovnog nastana. Postojeći nacionalno orijentirani koncept treba zamijeniti novim integracijskim konceptom. On bi polazio od prekograničnog pripajanja i spajanja kao samostalnog pravnog posla koji doprinosi ostvarenju slobode sekundarnog poslovnog nastana, slobode kretanja kapitala i radnika. Prvi koraci se deklarativno poduzimaju u aktualnoj raspravi o izmjeni Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima. Harmonizacija nije nužna pretpostavka implementacije

⁹⁰ Tako Horak, H. et al., Uvod u europsko pravo društava..., str. 106.

⁹¹ Direktiva o pripajanjima i spajanjima, recital 3. Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers..., str. 3.

⁹² V. presude u predmetima Jean Thieffry protiv Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, 71-76, ECLI:EU:C:1977:65, t. 17 i 27; Dieter Kraus protiv Land Baden-Württemberg, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125, t. 30; Überseering BV protiv Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), C- 208/00, ECLI:EU:C:2002:632, t. 55.

⁹³ V. Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms..., str. 527.

⁹⁴ Npr. Curia, Eur-lex.

slobode poslovnog nastana. U slučaju da nacionalne implementacijske mjere ne odgovaraju na praktična pitanja oko upisa prekograničnih pripajanja ili spajanja, odgovore treba tražiti u izravnoj primjeni odredaba UFEU i smislenoj interpretaciji prakse Suda EU. U tom pogledu odgovornost leži na sucima registarskih sudova te odvjetnicima i korporativnim pravnicima, kojima dobro poznavanje prakse Suda EU može biti komparativna prednost i alat u pronalaženju praktičnih rješenja.

REFERENCE

LITERATURA:

- Babić, D. A., Sloboda kretanja trgovačkih društava u Europskoj uniji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Poseban broj (56) 2006, str. 225-251
- Barbić, J., Pravo društava. Knjiga druga: Društva kapitala, sv. 1. Dioničko društvo, 5. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2010.
- Horak, H. et al., Sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava u pravu Europske unije, Zagreb, 2013.
- Horak, H. et al., Uvod u europsko pravo društava, Zagreb, 2010.
- Maurović, Lj., Preuzimanje određenja Smjernice EU o prekograničnom pripajanju i spajanju 2005/56/EC u Zakon o trgovačkim društvima RH, Hrvatska pravna revija, 8 (5) 2008., str. 67-71.
- Papadopoulos, T., EU Regulatory Approaches to Cross Border Mergers: Exercising the Right of Establishment, European Law Review, (1) 2011, str. 71-97
- Papadopoulos, T., The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive, European Business Law Review, str. Vol. 23 (2012) 4, 517–546
- Profkola, K., Cross-border mergers between companies: Remaining practical problems after the 10th Council Directive of the European Union, str. 1-37, <<http://ssrn.com/abstract=2444078>>
- Siems, M. M., The European directive on cross-border mergers: an international model?, Columbia Journal of European Law, Vol. 11 (2005), str. 167-185
- Vancea, M., Mergers and acquisitions waves from the European Union perspective, Annals of the University of Oradea, Economic Science Series, Vol. 22 (2) 2013, str. 272-283
- Van Gerven, D. (ur.), Cross-border Mergers in Europe, Cambridge, 2010

- Zaman, N., Cross-border Mergers in Europe, European Journal of Law Reform, Vol. 8 (1) 2007, str. 123-136

PRAVNI IZVORI:

- Direktiva Vijeća br. 88/361/EEZ od 24. lipnja 1988. za provedbu članka 67. Ugovora (SL L 178/5, 24/6/1988)
- Direktiva 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 2005. o prekograničnim pripajanjima i spajanjima društava kapitala (tekst važan za Europski gospodarski prostor)(SL L 310, 25/11/2005)
- Direktiva 2012/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 13. lipnja 2012. o izmjeni Direktive Vijeća 89/666/EEZ te Direktiva 2005/56/EZ i 2009/101/EZ Europskog parlamenta i Vijeća u vezi s povezivanjem središnjih registara, trgovačkih registara i registara trgovačkih društava (SL L 156, 16/6/2012)
- Prva direktiva Vijeća 68/151/EEZ od 9. ožujka 1968. o usklađivanju zaštitnih mjera koje su radi zaštite interesa njihovih članova i ostalih predviđene u državama članicama za društva u smislu članka 58. drugog stavka Ugovora, a s ciljem izjednačivanja takvih zaštitnih mjera širom Zajednice (SL L 65, 14/3/1968)
- Priopćenje Komisije Europskom parlamentu, Vijeću, Europskom ekonomskom i socijalnom odboru te Odboru regija Akcijski plan: Europsko pravo društava i korporativno upravljanje – moderan pravni okvir za veću uključenost članova društva i održiva trgovačka društva, COM/2012/0740 final
- Promjena Ustava RH, (NN, br. 76/10)
- Ugovor o funkcioniranju EU (konsolidirani tekst, SL C 326, 26/10/2012)
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudskom registru (NN, br. 148/13)
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o sudskom registru (NN, br. 93/14)
- Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima (NN, br. 107/07)
- Zakon o trgovačkim društvima, (NN, br. 111/93, 34/99, 121/99 – vjerodostojno tumačenje, 52/00 – Odluka USRH, 118/03, 107/07, 146/2008, 137/09, 152/11 – pročišćeni tekst, 111/12, 68/13)

PRAKSA SUDA EU

- Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723
- Dieter Kraus protiv Land Baden-Württemberg, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125

- Jean Thieffry protiv Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, 71-76, ECLI:EU:C:1977:65
- Mišljenje nezavisnog odvjetnika Tizzana u predmetu SEVIC Systems AG od 7. srpnja 2005., ECLI:EU:C:2005:437
- SEVIC Systems AG, C – 411/03, ECLI:EU:C:2005:762
- Überseering BV protiv Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632
- Vale Építési kft., C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440

STUDIJE

- Studiju o primjeni Direktive o prekograničnim pripajanjima i spajanjima, Bech - Bruun & Lexidale, rujan 2013.

WEB STRANICE

- <http://ec.europa.eu/internal_market/company/mergers/index_en.htm>
- <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2014/cross-border-mergers-divisions/index_en.htm>