

*Проф. др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

УТИЦАЈ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА НА НАЦИОНАЛНО МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО – ОДАБРАНА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

***Сажетак:** У раду се разматра питање примене и дејства комуни-тарног права на национална колизиона правила држава чланица. С обзи-ром на то да је Амстердамски уговор (1997) о изменама Уговора о уста-новљењу Европске заједнице установио правни основ за уобличавање међународног приватног права ЕЗ, односно ЕУ отворен је простор за уни-фикацију и/или хармонизацију правила о сукобу закона (колизионих норми) држава чланица. Став 1/6 члана 65, међутим, има ограничен домаћај: ко-мунитарним колизионим нормама ће бити места само у грађанским ства-рима које имају прекограничне последице и у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта. Последица тога јесте да ће неке материје остати ван домаћаја комунитарног права. У том домену остаје реалност да национално колизионо право буде тумачено у складу са циљевима комунитарног права што се у пракси Европ-ског суда правде и поводом ње већ одразило у националним правилима ме-ђународног приватног права држава чланица.*

***Кључне речи:** међународно приватно право Европске заједнице, уни-фикација и хармонизација колизионих норми, држављанство бипатрида, меродавно право за способност правних лица*

1. Увод

Амстердамски уговор о установљењу Европске заједнице из 1997. године створио је експлицитни правни основ за усвајање секундарних извора комунитарног права који, с обзиром на материју на коју се односе, оформљују Међународно приватно право Европске заједнице, одоносно Европске уније. Тај основ се налази у одредбама члана 61/ц¹, односно члана 65² Наслова IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица) Трећег дела (Политике Заједнице). Од ступања на снагу УЕЗ (1999) усвојено је више регулатива³ у погледу којих је Европски суд правде, на основу одредаба члана 68⁴, надлежан да доноси

¹ Члан 61: “У циљу постепеног успостављања простора слободе, безбедности и правде, Савет доноси:

.....

с) мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима, у складу са чланом 65;”.

² Члан 65: “Мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима које имају прекограничне последице и које се усвајају по процедури предвиђеној у члану 67, у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта, обухватају:

- а) побољшање и поједностављење:
 - система прекограничног достављања и нотификовања судских и вансудских докумената;
 - сарадњу у области добијања доказа;
 - признање и извршење пресуда у грађанским и трговинским стварима, укључујући и случајеве вансудских одлука;
- б) унапређење усклађености правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и на сукоб судских надлежности;
- с) укидање препрека за добро функционисање грађанских поступака, уколико је то потребно подстицањем усклађености правила о грађанском судском поступку која важе у државама чланицама.”

³ Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 1346/2000 о стечајном поступку, Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 1347/2000 о надлежности и о прознању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба брачна партнера, Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 1348/2000 о достављању у Државу чланице судских и вансудских докумената у грађанским и трговинским стварима, Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 44/2001 о надлежности и о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима, Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 1206/2001 о сарадњи међу судовима у извођењу доказа у грађанским и трговинским стварима, Регулотива Савета (ЕЗ) Но. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулотива бр. 13477/2000, Регулотива Европског парламента и Савета (ЕЗ) Но. 805/2004 о стварању Европске извршне наредбе.

⁴ Члан 68: “1. Члан 234 се примењује на овај наслов под следећим околностима и условима: када се неко питање тумачења овог наслова или ваљаности или тумачења аката органа Заједнице заснованих на овом наслову постави у неком поступку који је у току пред правосудним органом једне од Држава чланица, против чије одлуке по националном праву

одлуке о претходним питањима (члан 234 УЕЗ). Примена ових извора од стране националних судова држава чланица наметнуће и потребу њиховог тумачења у складу са њиховим циљевима и начелима и циљевима самог Уговора о установљењу Европске заједнице. За сада, таквих пресуда нема много.⁵

Предмет овог рада, међутим, није пракса Европског суда правде која би се односила на тумачење секундарних извора комунитарног права који чине Међународно приватно право ЕЗ, већ пракса поводом спорова са страним елементом који се везују за две или више држава чланица, по свом предмету спадају у међународно приватно право (најчешће у сукоб закона) и у неком свом аспекту спадају и под поље примене комунитарног права. Овде је, дакле реч о ситуацијама које имају следеће карактеристике:

- чињенично стање са елементом иностраности, с тим да се везује за две или више држава чланица ЕЗ; то су односи са страним елементом унутар ЕЗ, а искључују односе који показују повезаност само са једном државом чланицом, који су чисто унутрашњи односи;
- спорови из таквих односа са елементом иностраности унутар ЕЗ спадају у међународну надлежност правосуђа или других органа неке од држава чланица;

не постоји могућност изјављивања правног лека, тај правосудни орган подноси Суду правде захтев за прелиминарно мишљење, уколико сматра да је одлука по том питању неопходна како би донео своју пресуду.

2. У сваком случају Суд правде није надлежан да донесе одлуку о било којој мери или одлуци која је предузета у складу са чланом 62(1) а која се односи на одржавање јавног реда и очување унутрашње безбедности.

3. Савет, комисија или нека од Држава чланица могу затражити од Суда правде да донесе пресуду о неком питању тумачења овог наслова или аката органа Заједнице заснованих на овом наслову. Пресуда Суда правде као одговор на тај захтев неће се примењивати на одлуке правосудних органа Држава чланица које су постале *res iudicata*.”

⁵ Видети, на пример Case C-555/03, 2004 ECR 6041, OJ C 228, стр. 19; *Warbecq v Ryanair Ltd.*, on the interpretation of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Order of the Court (Fourth Chamber), 10 June 2004, Court or tribunal having the power under Article 68 EC to request the Court to give a preliminary ruling – Court lacking jurisdiction to give a preliminary ruling: par. 14 – It is not disputed in the present case that decisions taken by the Tribunal du travail de Charleroi in proceedings such as the main proceedings are amenable to appeal under national law. Par. 15 – Therefore, as the reference to the court has not been made by a court or tribunal as referred to in Article 68 EC, the Court has no jurisdiction to give preliminary ruling on the interpretation of Regulation No 44/2001.”, видети такође, Case C-443/03 *Götz Leffler v Berlin Chemie AG*, Judgment of the Court of Justice, 8 November 2005, поводом тумачења Council Regulation (EC) No 1348/2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters; Press release, <http://curia.eu.int/en/actu/communiques/index.htm>, посећене 14.11.2005.g.

- међународно надлежан суд или други орган неке од држава чланица примениће норме свог међународног приватног права да би одредио меродавно супстанцијално право за спорни однос;
- конкретна норма међународног приватног права на основу које се примењује супстанцијално право може да има за резултат решење које није у складу са комунитарним правом;
- Европски суд правде је у поступку по претходном питању надлежан да донесе одлуку у вези тумачења комунитарног права (било Уговора, било других извора које су донели органи Заједнице) када се оно постави пред судовима држава чланица;
- Одлука Европског суда правде о тумачењу комунитарног права поводом односа са елементом иностраности (односа регулисаног нормама међународног приватног права) може да промени решење до кога би се дошло применом националног права, што је последица тумачења норми националног права у духу комунитарног права, тј. с обзиром на циљеве комунитарног права.

Европски суд правде је у току последње деценије донео више одлука које су, могло би се рећи, уздрмале, одређена врло широко прихваћена правила међународног приватног права с обзиром да је њихово тумачење са аспекта комунитарног права наметнуло решења до којих национално међународно приватно право и меродавно супстанцијално право не би довело. Имајући ово у виду поставило се и питање да ли одређена правила међународног приватног права треба преиспитати и променити, бар уколико је реч о државама чланицама ЕЗ.

2. Одабрани случајеви из праксе Европског суда правде

2.1. Случај *García Avello*: *lex nationalis* као меродавно право за одређивање личног имена и одређивање држављанства бипатрида

Европски суд правде је у поступку по претходном питању на основу члана 234 УЕЗ донео пресуду у случају *García Avello v. Belgian State*⁶ која се сматра нарочито значајном због тога што је чињенице које имају међу-

⁶ *Carlos Garcia Avello v Belgian State*, case C-148/02, ECR 2003, I-11613.

народно-приватноправне импликације подвео под комунитарно право, са резултатом који установљава супротност и непримењивост правила међународног приватног права Белгије на случај са елементом иностраности.

Чињенице случаја су следеће: господин *García Avello*, шпански држављанин и госпођица *I. Weber*, белгијска држављанка, обоје резиденти Белгије, закључили су брак 1986. године, такође у Белгији. Њихова деца, Есмалда и Диего имају држављанство и Белгије, и Шпаније. Презиме деце је у складу са белгијским прописима⁷ уписано у изводе у матичне књиге рођених као *García Avello*. *Gospodin García Avello* и његова супруга, у својству законских заступника своје деце поднели су 1995. године захтев Минстру правде Белгије да им одобри промену презимена деце у *García Weber*, пошто по шпанском праву и традицији⁸ деца рођена у браку носе презиме које је састављено од првог презимена оца после којег се додаје прво презиме мајке. Под тим презименом су деца уведена у књиге конзуларног одељења Амбасаде Шпаније у Бриселу. Промена презимена би значила да би деца могла да носе исто презиме и у Белгији, и у Шпанији. Белгијске власти су 1997. године сугерисали подносиоцима захтева да презиме деце промене у *García*, али су они сугестију одбили. Министар правде је после овог обавестио госп. *García Avello*-у о одбијању захтева с образложењем да не постоје оправдани разлози за промену презимена деце у *García Weber*, пошто у Белгији деца носе очево презиме.

Овај случај са елементом иностраности је јасан са аспекта примене правила међународног приватног права Белгије: право меродавно за одређивање презимена неког лица је *lex nationalis* с обзиром да је реч о статусном питању. Пошто је овде реч о лицима која имају два држављанства, белгијско право одређује критеријум на основу кога ће се утврдити чији држављани су ова лица у поступку који се води пред белгијским органом. Белгијско међународно приватно право за овакве случајеве има правило да се бипатриди сматрају држављанима Белгије, уколико је једно од њихових држављанстава белгијско.⁹ Одбијање захтева законских заступника деце Есмалде и Диега за променом њиховог презимена у *García Weber* је у складу са белгијским правом које је одређено као меродавно.

Међутим, са аспекта комунитарног права овај случај и његови чињенични елементи добијају сасвим другачији значај. Подносиоц захтева је поднео приговор и истакао да је одлуком, између осталог, повређен белгијски Устав као и члан 18 УЕЗ због тога што су различите ситуације (деце

⁷ Члан 335 Грађанског законика Белгије.

⁸ Чланови 108-109 Грађанског законика Шпаније.

⁹ Члан 3 Хашке конвенције о одређеним питањима која се односе на сукоб закона о држављанству од 12. априла 1930. године; видети тачку 32. Мишљења општег правобраниоца *Jacobs*-а од 22. маја 2003. године.

која имају само белгијско држављанство и деце која имају двоструко држављанство) третиране на исти начин без оправданог разлога, те је Државни савет Белгије упутио Европском суду правде претходно питање, које се у суштини своди на следеће: да ли се принципи комунитарног права који се односе на грађанство ЕУ и на слободу кретања садржани у члановима 17¹⁰ и 18¹¹ УЕЗ могу тумачити на начин да, у конкретним околностима случаја, спрече белгијске органе управе у томе да одбију захтев да се дозволи промена презимена деце, која имају белгијско и шпанско држављанство, да би она носила презиме одређено у складу са шпанским правом и традицијом.

Општи правобранилац је у свом Мишљењу најпре заузео став да ситуација није чисто интерна, већ спада под поље примене права Заједнице на основу тога да је García Avello шпански држављанин који је дошао у Белгију да ради и живи користећи право на слободно кретање, те су околности у којима су се нашла деца последица тога да се њихов отац користио правом које је гарантовано Уговором о ЕЗ: он је истакао да деца, иако белгијски држављани, «такође имају и држављанство једне друге државе чланице. Та чињеница је неодвојива од права њиховог оца, који их издржава, на слободно кретање.... Са аспекта (комунитарног) права, чињеница да имају држављанство двеју држава чланица јесте релевантна и не може да се прихвати да једно држављанство прекрије друго у зависности од тога где се они баш налазе.»¹² У погледу питања да ли је повређено право које је гарантовано у праву ЕЗ, у Мишљењу је најпре истакнуто да «нема сумње да сâмо комунитарно право не регулише регистрацију или промене у регистрацији имена у матичним књигама рођених, венчаних, умрлих или у књигама грађанског стања. Ту материју, начелно, регулишу државе чланице, у складу са одредбама које уређују међународно-приватноправне аспекте, *под условом да поступајући тако не делују на начин који је некомпатибилан са њиховим обавезама по комунитарном праву.*»¹³ Правобранилац се сложио са ставом Комисије да установљавање права грађанства Уније, заједно са уживањем свих припадајућих права на основу УЕЗ, укључујући и право на недискриминацију, створило нову ситуацију у којој «члан 17 чини јаснијим примену принципа недискрими-

¹⁰ Члан 17/1 УЕЗ: “Установљава се право грађанства Уније. Грађанин Уније је свако лице које има држављанство неке од држава чланица. Грађанство Уније комплетира, а не замењује национално држављанство.”

¹¹ Члан 18/1 УЕЗ: Сви грађани Уније имају право да се слободно крећу и бораве на територији држава чланица, уз поштовање ограничења и услова предвиђених овим Уговором и мерама за његово спровођење.”

¹² Тачка 52. Мишљења; видети, такође, тачку 29 Пресуде.

¹³ Тачка 57 Мишљења.

нације у свим ситуацијама које спадају под домашај права Заједнице, а да при том није потребно установити постојање везе са неком специфичном економском слободом.»¹⁴ Даље је истакнуто да комунитарно право означава као дискриминацију *третман објективно сличних ситуација на различит начин или објективно различитих ситуација на исти начин*: с обзиром да по белгијском праву промена презимена може да буде дозвољена из озбиљних разлога, «систематско одбијање да се дозволи промена када су разлози за то недовољиви од поседовања другог држављанства, мора се сматрати дискриминацијом по основу држављанства»¹⁵ јер би се тиме поступало на исти начин са онима који, следствено томе да имају и неко друго држављанство осим белгијског а носе презиме или један њихов родитељ носи презиме које није формирано у складу са белгијским правом, и онима који имају само белгијско држављанство и носе презиме формирано у складу са наведеним правилима, упркос томе да су њихове ситуације различите.¹⁶ Суд је у својој пресуди од 2. октобра 2003. године изрекао да постоји повреда одредаба чланова 12¹⁷ и 17 УЕЗ и да, следствено, надлежни орган државе чланице у конкретној ситуацији *не може да одбије захтев* за промену презимена деце која живе у тој држави, имају држављанство те државе и једне друге државе чланице, а захтевом се тражи дозвола да деца носе презиме одређено по праву и традицији те друге државе чланице.¹⁸

¹⁴ Тачка 61 Мишљења.

¹⁵ Тачка 63 Мишљења; видети, такође, тачке 34-35 Пресуде.

¹⁶ Видети , такође, тачку 65 Мишљења и тачку 43 Пресуде: «Одбијање дозволе да презиме г-дина Garcia Avello буде пренесено у складу са начином на који је формирано последица је што се користио правом на слободно кретање, јер да то право није користио, не би настала ситуација која је довела до тог одбијања. Постојање административне праксе која систематски доводи до таквих одбијања, стога, чини коришћење таквог права мање атрактивним.»

¹⁷ Члан 12/1 УЕЗ: “У оквиру примене овог Уговора и уз поштовање свих његових посебних одредби, забрањује се свака дискриминација по основу држављанства.”

¹⁸ Видети тачку 45 Пресуде.

2.2. Случајеви *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* и *Inspire Art*: *lex societatis* по месту инкорпорације или по месту стварног седишта

2.2.1. Претходне напомене поводом случајева *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* и *Inspire Art*

Ова четири случаја из праксе Европског суда правде поставила су питање да ли колизионе норме националног међународног приватног права која се односе на способност правних лица (*lex societatis*) ограничавају слободу настањивања из чланова 43 и 48 УЕЗ. Проблем је формулисан од стране једног од многих немачких правних писаца¹⁹ о овој теми као «примена начела слободе настањивања на правила сукоба закона» због тога што примена комунитарног права, оличеног у овом случају у начелу слободе настањивања, доводи у питање функцију и применљивост националне колизионе норме неке од држава чланица на чињенично стање са страним елементом у области компанијског права. Овај проблем се јавља из два разлога: један је у одредбама наведених чланова УЕЗ, а други у појму и својству правних лица – у овом контексту компанија и фирми²⁰ – као адресата слободе настањивања.

Слобода настањивања – Слобода настањивања из чланова 43 и 48 Уговора о установљењу Европске заједнице једна је од основних слобода путем чијег остваривања се реализује циљ ЕЗ, односно ЕУ. На основу одредби члана 43 *забрањено је ограничење*: (1) слободе настањивања држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице, и (2) оснивања агенција, огранака и филијала од стране држављана једне државе чланице који су настањени на територији друге државе чланице. Ограничења су дозвољена само на основу «законских и административних прописа, који на различит начин уређују положај странаца, из разлога јавног поретка, јавне безбедности и здравља»²¹. Слобода настањивања обухвата право да се оснује и обавља самостална делатност личним радом, с једне стране и *право да се оснује и управља предузећем* – нарочито компанијама или фирмама – под условима који се односе на држављане државе чланице у којој се остварује право на настањивање (став 3 члана 43),

¹⁹ W.-H. Roth, Case C-217/97, *Centros*, 37 *Common Market Law Review* 147 (2000).

²⁰ Према ставу 2 члана 48 УЕЗ “Под ‘компанијама или фирмама’ се подразумевају компаније или фирме грађанског или трговачког права, укључујући и задружна друштва и друга правна лица јавног или приватног права, осим оних која не послују ради стицања добити.”

²¹ Видети члан 46 УЕЗ.

с друге стране. Став 1 члана 48 садржи одредбу која одређује положај правних лица - компанија или фирми – у контексту примене одредби УЕЗ о праву настањивања по основу члана 43. Према овој одредби, компаније и фирме које су основане у складу са прописима једне државе чланице и које имају: (i) своје регистровано седиште, (ii) своју главну управу или (iii) главно место пословања унутар Заједнице, изједначене су са физичким лицима држава чланица. Ово изједначење значи да компаније и фирме повезане са државама чланицама било на основу закона оснивања, било на основу три наведена показатеља овлашћене да се користе слободом настањивања из члана 43 и у оквиру те слободе оснивају компаније или фирме на територији Заједнице (друге државе чланице) – што се назива примарном слободом настањивања (став 3 члана 43) и да оснивају агенције, филијале и огранке – што се назива секундарном слободом настањивања (став 2 члана 43).

Lex personalis правних лица и слобода настањивања - Остваривање ове слободе у Европској заједници, односно унији доводи до проблема међународног приватног права. За разлику од физичких лица, компаније и фирме су, као правна лица, фикција, творевина права одређене државе и она постоје на основу и у границама тог права. Право одређене државе, на основу кога је правно лице настало и које му даје субјективитет одређује настанак, унутрашњу организацију, деловање, положај према трећим лицима, престанак те на тај начин представља персонално право – *lex societatis* – тог лица. У случајевима када правна лица наступају у међународном правном саобраћају, дакле изван граница држава чије право им је дало то својство (субјективитет), то њихово својство мора да буде прихваћено, тј. признато од стране других држава. Да ли ће својство правног лица бити признато у некој другој држави у којој оно није основано представља колизиони проблем националног међународног приватног права. Меродавно право за решење овог проблема је *lex personalis* који се одређује помоћу две основне тачке везивања: места седишта²² и места инкорпорације²³ правног лица. С обзиром на то да обе тачке везивања имају слабости (место седишта се може мењати, а правно лице може да има и више седишта; инкорпорација истог правног лица може да се изврши у више држава, или правно лице уопште не мора да буде инкорпорисано; место седишта, од-

²² Место седишта, под којим се најчешће подразумева место главне управе, усвојено је као тачка везивања, на пример, у Аустрији, Грчкој, Немачкој, Француској, Белгији, Луксембургу, Пољској.

²³ Према месту инкорпорације (регистрације) се одређује *lex societatis*, на пример, Уједињеном Краљевству, Ирској, САД, Данској, Холандији, Португалији, Шведској, Норвешкој, Финској, cf. E. Werlauff, *Using a Foreign Company for Domestic Activities*, www.rws-verlag.de/volltext/#BM_1

носно инкорпорације правног лица често може да буде различито од места пословања правног лица) ове две тачке везивања се могу и комбиновати²⁴.²⁵ Активности компанија и фирми које прелазе границе државе у којој су основане (инкорпорисане), поред премештања места стварног седишта - под којим се подразумева место главног управљања - и места статутарног седишта из једне државе у другу, обухватају отварање огранака, филијала, агенција, спајање компанија, стварање конзерна, куповину иностраних правних субјеката, односно прелаз својине у руке иностраних правних субјеката, итд. Свака од наведених промена доводи до сложених последица које имају и колизионоправни аспект.²⁶ У излагањима која следе задржаћемо се само на колизионоправним последицама премештања седишта из једне у другу земљу, имајући у виду праксу Европског суда правде у случајевима из овог поднаслова. Практика суда је, наиме, признала предност теорије инкорпорације у овом домену који је остао изван унификације и хармонизације у границама Европске заједнице²⁷.

По теорији *инкорпорације* персонално право (*lex societatis*) правног лица је право оне државе у којој и по чијем праву је оно основано и у којој има своје регистровано, односно статутарно седиште. Чињеница да инкорпорисано правно лице има стварно седиште (место главне управе) у некој другој држави, или да премешта стварно седиште у неку другу државу не утиче на правни субјективитет у држави инкорпорације. Са аспекта државе у којој је извршена инкорпорација компанија или фирма остаје домаћи правни субјект, све док статутарно седиште остане исто, тј. док се не

²⁴ На пример, Швајцарска, Италија, Мађарска, СЦГ.

²⁵ Видети шире, на пример, код Е. Wymeersch, *The Transfer of the Company Seat in European Company Law*, 40 *Common Market Law Review* 2003, 661-695.

²⁶ Видети Р. Behrens, *Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht*, 55 *RabelsZ* 498-525 (1988); Grossfeld/Jaspers, *Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland*, 53 *RabelsZ* 52 (1989).

²⁷ Римски Уговор о установљену ЕЕЗ је члану 220 (чл. 293 по Амстердамском уговору: «Државе чланице воде међусобне преговоре, ако је то потребно да би обезбедиле следеће погодности својим држављанима: - узајамно признање трговачких друштава и предузећа у смислу става 2 члана 48, задржавање правног субјективитета у случају премештања седишта из једне у другу државу чланицу, као и могућност удруживања трговачких друштава или предузећа на која се примењују правни прописи различитих држава;») прописао правни основ за регулисање проблематике узајамног признања компанија у смислу става 2 члана 58 (чл. 48) у циљу задржавања својства правног лица у случају премештања седишта из једне у другу државу чланицу, дајући овлашћење државама чланицама да воде преговоре и закључе по овом предмету међународне споразуме. Државе чланице су и усвојиле Конвенцију о признању компанија и корпорација 1968. године, али она никада није ступила на снагу (CELEX 41968A 000(01) *Convention on the mutual recognition of companies and bodies corporate*, *Bulletin of European Communities*, suppl. No. 2-1969, p. 7-14, 29/02/1968) из разлога што није ратификована у Холандији.

премести у другу државу. Међутим, колизионоправна последица промене стварног седишта се мора сагледати и из перспективе државе у коју се оно премешта. Ту су могуће две ситуације: (а) уколико је реч о држави која такође усваја теорију инкорпорације у погледу персоналног права правних лица, компанија или фирма остаје подвргнута праву државе у којој је инкорпорисана и постоји као инострано правно лице; (б) уколико држава у коју се премешта седиште главне управе примењује теорију стварног седишта, мења се персонално право (*lex societatis*) компаније или фирме са одговарајућим последицама које одређује (ново) меродавно супстанцијално право, без обзира на то што држава инкорпорације по свом праву не ускраћује субјективитет дотичном правном лицу.

По теорији *стварног седишта* персонално право правног лица се одређује према праву оне државе у којој се налази седиште главне управе, без обзира на то у којој држави је обављена инкорпорација и где се налази статутарно седиште. Колизионоправна последица премештања стварног седишта из једне државе у другу јесте промена персоналног права компаније или фирме. С обзиром на то да ова теорија даје правни субјективитет само оним облицима организовања (ентитетима) који су инкорпорисани у држави у којој имају не само статутарно већ и стварно седиште, оба ова показатеља морају да се стекну у истој држави. Стога, премештање стварног седишта има различите последице: (а) ако се стварно седиште премешта из државе која такође прихвата ову теорију, компанија или фирма аутоматски губи свој ранији (државни) идентитет и са инкорпорацијом у држави новог стварног седишта добија припадност те државе; (б) ако се стварно седиште премешта из државе која је на позицијама теорије инкорпорације у државу у чијем је праву прихваћена теорија стварног седишта, компанија или фирма по новом персоналном праву неће бити призната као субјект права све док се не региструје у држави у коју премешта седиште, без обзира на то да јој право државе у којој је инкорпорисана и у којој има статутарно седиште (раније персонално право) не ускраћује својство правног лица.

Имајући у виду овакво – веома упрошћено описано - стање упоредне колизионе регулативе и непостојање комунитарних колизионих правила за решење питања премештања стварног седишта из једне у другу државу чланицу, четири случаја из праксе Европског суда правде су дала повода да се поново нагласи стварна потреба за стварањем комунитарних извора права у овој материји, али исто тако и за то да се преиспита одрживост теорије стварног седишта с обзиром на остваривање слободе настањивања из УЕЗ.

2.2.2. *Daily Mail*

Случај *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.*²⁸ је почетни случај поводом кога се поставило питање утицаја слободе настањивања на колизионе норме које одређују персонално право правних лица, тј. компанија и фирми у смислу става 2 члана 48 (ex 58) УЕЗ.

Једно од питања које је упућено Европском суду правде у поступку по претходном питању било је: да ли је на основу одредаба члана 43 и 48 (ex 52 и 58) УЕЗ држави чланици ускраћено право да компанијама, које имају своју главну управу у тим државама, забране трансфер стварног седишта (центра главне управе) у другу државу чланицу без претходне сагласности или одобрења, а без чијег прибављања би дошло до избегавања плаћања пореза на добит.²⁹ Питања упућена Суду су проистекла из чињенице да је *Daily Mail and General Trust PLC*, као деоничарско друштво са статутарним седиштем у Уједињеном Краљевству, намеравао да премести центар своје главне управе у Холандију, а да би издејствовао пореске погодности на снази у овој последњој држави и избегао порезе у Енглеској. Надлежне пореске власти Енглеске су, међутим, одбиле да издају дозволу потребну за реализацију трансфера стварног седишта, те је поводом поступка пред *Queen's Bench Division of High Court of Justice* упућено питање Европском суду правде о томе да ли су одредбе енглеског компанијског права у складу са слободом настањивања из УЕЗ, тј. *да ли компанија инкорпорисана у једној држави чланици и са статутарним седиштем на њеној територији има право, на основу чланова 52 и 58 УЕЗ*³⁰, *да премести своје стварно седиште у другу државу чланицу.*³¹ Суд је ово питање разматрао у контексту неунификованог међународног приватног права држава чланица у материји трансфера стварног седишта, и разлика не само у колизионим решењима већ и у супстанцијалном праву које је меродавно као *lex societatis*.³²

²⁸ Case 81/87, ECR 1988, p. 5483.

²⁹ Видети тачку 9 пресуде Суда.

³⁰ Садашњи чл. 43 и 48.

³¹ Видети тачку 11. Пресуде.

³² Суд се у тачци 14 Пресуде позвао на ставове Комисије према којима «услови под којима нека компанија може да премести своју главну управу из једне државе чланице у другу су још увек регулисани националним правом државе у којој је компанија инкорпорисана и државе у коју се седиште премешта. У том погледу Комисија упућује на разлике које постоје међу националним системима компанијског права. Неки од њих допуштају трансфер главне управе компаније и у кругу ових система неки не приписују никакве правне последице трансферу, чак ни у погледу опорезивања. У неким другим системима трансфер управе и центра одлучивања компаније из државе чланице у којој је она инкор-

Колизии проблем овог случаја, не узимајући у обзир контекст комунитарног права, био би, да ли Daily Mail, као компанија инкорпорисана у Енглеској, по премештању главне управе у Холандију има припадност УК или Холандије. С обзиром да холандско право прихвата теорију инкорпорације за одређивање *lex societatis*, исто као и право Уједињеног Краљевства, Daily Mail би остао под домашајем тог права без обзира на трансфер главне управе у Холандију, нити би холандско право тражило његову нову регистрацију. Daily Mail је, дакле, са тог аспекта могао да буде школски пример теорије инкорпорације као критеријума за одређивање меродавног права за припадност правног лица и за трансфер главне управе из једне државе у другу када обе стоје на истим колизионим позицијама. Невоља је била, међутим, у одредбама националног супстанцијалног права (Енглеске) и то не компанијског, већ пореског, које одређују услове под којима компанија може да напусти правни поредак државе која јој је дала својство правног лица³³. Дакле, питање међународног приватног права би се у овом случају поставило пред *холандским* надлежним властима и то у односу на признање или непризнање страног субјективитета Daily Mail-а. Питање упућено Европском суду правде се тичало остваривања слободе настањивања с обзиром на одредбе *lex societatis* правног лица, које поставља услове под којима оно може из државе чланице у којој је инкорпорисано да трансферише главну управу у другу државу чланицу. Правобранилац Драмон је у Мишљењу од 7. јуна 1988. године предложио став «(2) Држава чланица, према комунитарном праву не може захтевати да, компанија, која путем трансфера своје главне управе жели да се настани у другој држави чланици, прибави претходно овлашћење за такав трансфер; (3) Комунитарно право, међутим, не забрањује да држава чланица постави захтев компанији која има свој настан на њеној територији да, након настањења у другој држави чланици путем трансфера своје главне управе, уреди своје пореске обавезе у погледу дела имовине која је погођена трансфером...»³⁴. Суд је, међутим, у пресуди размотрио горе наведено шире питање и заузео став да «чланови 52 и 58 Уговора не дају право компанији која је инкорпорисана по праву једне државе чланице, у којој има и своје статутарно

порисана има за последицу губитак правног субјективитета. Међутим, сваки систем допушта да се компанија ликвидира у једној држави чланици и да се поново инкорпорише у другој. Комисија сматра да у случајевима у којима је трансфер главне управе омогућен по националном праву, право на премештање у другу државу чланицу јесте право које је заштићено одредбом члана 52 Уговора.»

³³ Видети, на пр. код W.-H. Roth, *From Centros to Uberseering: free movement of companies, private international law and community law* 52 *The International and Comparative Law Quarterly* 2003, 177.

³⁴ Видети тачку 15 Мишљења.

седиште, да премести своју главну управу у другу државу чланицу» и да при том задржи својство правног лица по праву државе инкорпорације. Став суда следи из чињенице да комунитарно право не регулише ситуације које спадају у супстанцијално компанијско право а настају као последица остваривања права на настањивање из члана 43 (ex 52) и 48 (ex 58) УЕЗ, те их оставља у контексту међународног приватног права држава чланица. Суд је истакао да су компаније креација права, и то различитих националних – а не комунитарног - права, која одређују њихову инкорпорацију и функционисање³⁵; национална права се знатно разликују како по томе која чињеница чини одговарајућу везу са националном територијом да би се компанија могла инкорпорисати по праву те државе, тако и по томе да ли «компанија инкорпорисана по праву неке државе чланице може накнадно да измени ту везу»³⁶. Суд је, дакле, констатујући да су национална права држава по питањима одређивања персоналног права компанија и фирми различита, и да не постоје комунитарна правила која би регулисала трансфер стварног седишта из једне у другу државу чланицу, који се одвија на основу и у оквирима слободе настањивања из чл. 43 и 48 УЕЗ, препустио решење проблема колизионом праву, тј. међународном приватном праву држава чланица, не дајући предност ни теорији инкорпорације, ни теорији стварног седишта.³⁷,³⁸

³⁵ Тачка 19 Пресуде.

³⁶ Тачка 20 Пресуде, у којој се, такоше, каже: “Неке државе захтевају не само то да на њиховој територији буде статутарно седиште, већ и стварно седиште, тј. место главне управе компаније, те измештање главне управе са те територије претпоставља ликвидацију компаније са свим последицама које она има по компанијском и пореском праву. Право других држава дозвољавају компанијама да преместе главну управу у другу државу, али неке од њих, као на пример Уједињено Краљевство, то право подвргавају одређеним ограничењима и правне последице премештања се, нарочито у погледу опорезивања, разликују од државе до државе.”

³⁷ Две кључне тачке Пресуде гласе: “23. Следи да, разлике у националним правима које се тичу постојања одговарајуће везе и питања да ли – и уколико је одговор потврдан, када – регистровано седиште или стварно седиште компаније која је инкорпорисана по националном праву неке државе чланице може да буде премештено у другу државу чланицу, Уговор (о установљењу ЕЕЗ) третира као проблеме који нису решени правилима која се односе на право настањивања, већ да се они морају уредити у будућности законским мерама или конвенцијама.

24. Под таквим околностима, чланови 52 и 58 Уговора се не могу тумачити на начин да дају право компанијама које су инкорпорисане по праву једне од држава чланица да преместе своју главну управу у другу државу чланицу и да при том задрже статус као компанија која је инкорпорисана по праву прве државе чланице.”

³⁸ Cf. закључак са E. Micheler, Recognition of companies incorporated in other member states, 52 ICLQ 2003, 521.

2.2.3. Centros

Пресуда у случају Centros³⁹ је прва која је отворено поставила питање одрживости теорије реалног седишта као колизионог принципа националних међународних приватних права држава чланица и дала предност теорији инкорпорације. Centros је постао незаобилазан у разматрању проблематике и изазвао је небројене коментаре⁴⁰, нарочито у немачкој литератури због директног утицаја на став немачког права, тј. праксе у овом домену.

Брачни пар Bryde, дански држављани са домицилом у Данској, основали су у Енглеској Centros, друштво са ограниченом одговорношћу

³⁹ Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, 1999 ECR I-1459.

⁴⁰ Наводимо само један веома мали број који смо консултовали приликом овог истраживања: A. Looijestin-Clearie, Centros Ltd – A Complete U-turn in the Right of Establishment for Companies? 49 ICLQ 2000, 621; B. Trefil, European Company Law: Comments and Meta-comments on Centros, 2 German Law Journal 2001, 18.; E. Micheler, Recognition of Companies Incorporated in Other Member States, 52 ICLQ 2003, 521; E. Wymeersch, The Transfer of the Company's Seat in European Company Law, 40 Common Market Law Review, 2003, 661; F. Woolridge, Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed, European Business Law Review, 2003, 227; H.C. Hirt, Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd, European Business Law Review, 2004, 1189; I. Thoma, ECJ, 5 November 2002, case C-208/00 Überseering BV v NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, European Review of Private Law, 2003, 545; J. Winter, EU Company Law on the Move, 31 Legal Issues of Economic Integration 2004, 97; L. Vékás, Uniós alapvető szabadságok és közösségi nemzetközi kollíziós jog., Európai jog, 2005/1, 3; Werlauff, Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität, 20 Zeitschrift für Wirtschaftrecht, 1999, 867, engleski tekst videti na www.rws-verlag.de/volltext/centros4.htm ;

M. Ebers, Company Law in Member States Against the Background of Legal Harmonisation and Competition Between Legal Systems, European Review of Private Law 2003, 509; M.V. Benedettelli, Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law matters Within the EU 'Market for Corporate Models': Brussels I and Rome I after Centros, European Business Law Review, 2005, 55; P. Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax, 1999, 323; R.R. Drury, The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: responses to the "Delaware Syndrome", 57 Cambridge Law Journal 1998, 165; S. Lombardo, Conflict of Law Rules in Company Law After Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy in the European Union, 4 European Business Organization Law Review, 2003, 301; T. Schürle, E. Huber-Sorge, ECJ Loosens Incorporation Law, International Financial Law Review, 2004, Supplement, 115; W.F. Ebke, The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond, 38 The International Lawyer 2004, 812; W.F. Ebke, Centros – Some Realities and Some Mysteries, 48 American Journal of Comparative Law 2001, 623; W-H. Roth, Case Law, Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, Judgment of 9 March 1999. Full Court, 37 Common Market Law Review, 2000, 147; W-H. Roth, From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law, 52 The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 2003, 17.

(private limited company) које је инкорпорисано у Енглеској и Велсу, са статутарним седиштем у Уједињеном Краљевству, на адреси неких пријатеља. Centros ниједан дан није пословао у држави инкорпорације и статутарног седишта, нити је то била намера оснивача. Напротив, намера је била да се оснивањем предузећа у УК, по компанијском праву које предвиђа оснивачки улог од 100 фунти (отприлике 1000 данских круна), избегну дански прописи који су у то доба прописивали висину минималног капитала од 200 000 круна, а да касније, користећи се слободом настањивања из члана 43 УЕЗ (ex 52), послују као огранак Centrosa – дакле, инострано предузеће - искључиво у Данској. Надлежни органи у Данској су одбили захтев госпође Bryde за регистрацију огранка Centrosa, са образложењем да се уствари жели преместити стварно седиште иностране компаније да би се избегли (изиграли) национални прописи о висини минималног капитала, стога правни проблем није остваривање права на оснивање огранка, већ трансфер седишта који инволвира признање иностраних правних лица. У првостепеном поступку је потврђена одлука о одбијању регистрације, те се Врховни суд у поступку по жалби обратио Европском суду правде ради тумачења комунитарног права са питањем чија је суштина у следећем: да ли је у складу са одредбама члана 43 (ex 52) УЕЗ, имајући у виду одредбе чланова 46 (ex 56) и 48 (ex 58), одбијање регистрације огранка компаније која има своје статутарно седиште у другој држави чланици, где је пуноважно основана и где постоји у складу са правом те државе, али где не обавља никакво пословање, већ намерава да послује у држави у којој жели да региструје огранак и на тај начин избегне доплату до висине минималног капитала у овој последњој који износ је прописан за оснивање компанија?

Другим речима речено Европском суду правде је *имплицитно* постављено питање⁴¹ да ли Centros, као страном правно лице инкорпорисано у УК, може да отвори огранак у Данској преко кога ће искључиво обављати своје пословање. Да би Centros-у, без обзира на разлоге који су определили његово оснивање у УК, било омогућено да отвори огранак, требало је проверити, по праву меродавном на основу данског међународног приватног права, да ли он постоји, тј. требало га је *признати*. Данска по овом питању стоји на позицијама теорије инкорпорације, исто као и УК, одакле следи несумњив закључак: Centros постоји по прописима УК и данско право га признаје као страном правно лице, без обзира на то где би било његово стварно седиште и место пословања. Једино што данске власти нису биле спремне да признају Centros због тога што је он основан по страном праву

⁴¹ Cf. L. Vékás, *Úniós alapvető szabadságok és közösségi kollíziós jog*, Európai Jog, 2005/1, 6-7.

као резултат *fraus legis*, на шта указује чињеница да компанија не обавља никакву делатност у УК, већ жели искључиво да послује преко огранка у Данској, да би на тај начин избегла данске прописе о минималном оснивачком улогу. Стога се са аспекта комунитарног права поставило питање како одредбе о слободи настањивања УЕЗ утичу на признање Centrosa као иностраног правног лица, односно да ли ће у погледу његовог признања бити примењено међународно приватно право Данске или чланови 43 и 48 УЕЗ.

Суд је на експлицитно питање одговорио да је *супротно* одредбама чланова 43 и 48 УЕЗ када једна држава чланица одбије регистрацију огранка компаније која је основана и има статутарно седиште у другој држави чланици, али у којој не обавља пословање, већ је намера да компанија у питању преко огранка који би се основао у првој држави обавља своју целокупну делатност и тако, избегавајући потребу да тамо оснује компанију (примарно настањење) избегла примену прописа о оснивању компаније који су у тој држави строжи што се тиче висине оснивачког капитала.⁴² Суд је такође изрекао да овакво тумачење не спречава власти дотичне државе чланице да усвоји одговарајуће мере путем којих би се спречило или санкционисало то, да се оснивањем компаније, у некој другој држави чланици, избегну обавезе према повериоцима настањеним на територији дотичне државе чланице, али је у конкретном случају нашао да мере данских власти нису у складу са комунитарним правом⁴³.

Суд се у образложењу одлуке није дотицао питања утицаја, тј. односа слободе настањивања и националног међународног приватног права, али су коментари⁴⁴ на основу њега извукли одређене закључке од значаја за колизионе принципе на којима се у државама чланицама заснивају решења која одређују националну припадност правних лица, односно компанија и фирми.

Подводећи чињенице случаја под комунитарно право Суд је најпре утврдио персонално поље примене слободе настањивања. На основу члана

⁴² Видети тачку 39 и изреку Пресуде.

⁴³ Видети тачку 38, као и 24-27, 30-34; у тачци 34 наведено је следеће: “према пракси Суда, националне мере које спречавају или чине мање атрактивним вршење фундаменталних слобода гарантованих Уговором морају задовољити следећа четири критеријума: морају да буду примењиване на недискриминаторски начин; морају да буду оправдане императивним захтевима општег интереса; морају одговарати томе да обезбеде постизање циља због којих се доносе; не смеју прећи меру која је неопходна да бисе тај циљ постигао.” – тзв. Gebhard test, Case C-55/94 Gebhard v Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (1995) ECR I-4165, par. 37.

⁴⁴ Видети белешку бр. 40.

43 под домашај слободе настањивања спадају: држављани држава чланица, а на основу става 1 члана 48 *компаније или фирме које су основане у складу са правом неке државе чланице и које имају своје статутарно седиште, главну управу или главно место пословања унутар Заједнице* (за разлику од компанија и фирми које нису на овакав начин везане за Заједницу). Компаније или фирме које испуњавају ове критеријуме изједначене су у третману са физичким лицима у погледу остваривања слободе настањивања (став 1 члан 48), одакле следи да су на основу става 2 члана 43 овлашћене да обављају своје пословање у некој другој држави чланици и то путем оснивања агенције, огранка или филијале⁴⁵, као што имају право на оснивање и управљање компанија или фирми (став 3 члан 43). Суд је такође изрекао да место статутарног седишта, главне управе или главно место пословања служе као чињенице које компаније везују за правни систем одређене државе на исти начин као што је то случај са држављанством физичких лица.⁴⁶ У тачци 21 Пресуде такође је изражен став из кога се извлачи посредан закључак од значаја за међународно приватно право држава чланица: «Ако је у некој држави чланици пракса да се, у одређеним околностима, одбије регистрација огранка *компаније која има статутарно седиште у некој другој држави чланици*, то ће имати резултат да ће *компаније основане у складу са правом те друге државе чланице* бити спречене у остваривању слободе настањивања која им је дата одредбама чланова 52 и 58 Уговора.», и та пракса представља *препреку* остваривању слобода које те одредбе гарантују.⁴⁷

Из оваквог резонавања извлачи се посредан закључак да је теорија инкорпорације та која кроз остваривање слободе настањивања унапређује реализацију циљева ЕЗ, пошто се пресуда у случају *Sentros* чита на начин да су *државе чланице дужне да признају постојање иностране компаније које испуњавају услове из става 1 члана 48*. Овакво читање за национално

⁴⁵ Тачке 26. и 27. Пресуде истичу: "... Одредбе Уговора о слободи настањивања намењене су специјално томе да омогуће компанијама, које су основане у складу са правом неке државе чланице и које имају своје статутарно седиште, главну управу или главно место пословања унутар Заједнице, *обављају пословање у другим државама чланицама путем својих агенција, огранака или филијала*.

27. Стога, чињеница да држављанин неке државе чланице који намерава да оснује компанију бира да је оснује у држави чланици чија правила компанијског права му се чине најмање строгим, те да оснује огранке у другој држави чланици не може, сама за себе представљати злоупотребу права на настањивање. Право на оснивање компаније у складу са правом неке државе чланице и на оснивање огранака у другој држави чланици инхерентно је остваривању, на јединственом тржишту - слободе настањивања – која је гарантована Уговором."

⁴⁶ Видети тачке 19-20 Пресуде.

⁴⁷ Тачка 22 Пресуде.

међународно приватно право држава чланица значи да теорија стварног седишта није подобна тачка везивања за признање правних лица пошто би, у околностима случаја Centros, непризнањем компаније довела до одбијања регистрације огранка у другој држави чланици, а то је у супротности са слободом настањивања.⁴⁸

2.2.4. *Überseering*

Иако случај Centros није директно поставио питање примене слободе настањивања на *lex societatis* правних лица, тј. компанија или фирми, он је ипак навео теоретичаре и практичаре⁴⁹ на посредан закључак да је теорија стварног седишта тешко одржива уколико се посматра из тог угла. С обзиром да ово питање највише заокупља немачку праксу и ауторе – због примене теорије стварног седишта – Врховни суд Немачке је у случају *Überseering*⁵⁰ упутио Европском суду правде претходно питање о односу слободе настањивања и теорије стварног седишта.

Претходно питање је произашло из следећих чињеница: *Überseering*, компанија регистрована у Холандији, прибавила је 1990. године је одређени пословни објект у немачком граду Диселдорфу, ради чије обнове је закључила уговор са *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC). Ова је обавила уговорене послове, али *Überseering* није био задовољан са обављеним радовима. Пре него што је покренуо судски поступак пред немачким судом, све деонице *Überseeringa* су, 1994. године, прешле у својину двојице немачких држављана из Диселдорфа, који су управљали компанијом из свог града. Две године касније компанија је тужила NCC немачком суду ради накнаде штете. Првостепени и другостепени судови су одбацили тужбу због недостатка страначке способности *Überseeringa*. Судови су применили теорију стварног седишта као правило немачког међународног приватног права да би одредили припадност, односно да би признали *Überseering* као компанију која је основана у Холандији, али има своје стварно седиште у Немачкој. Према теорији стварног седишта, *Überseering* нема холандску припадност иако је основан у Холандији где има и статутарно седиште, али нема ни немачку припадност, пошто није основан у Немачкој иако тамо има стварно седиште, односно главну управу. Да би *Überseering* могао да се појави као странка пред немачким судом, требало је да се обави његова регистрација у Немачкој, на основу немачког права.

⁴⁸ Cf. W-H Roth, *beleška* br. 40, kao i Case C-212/97 Centros, 37 Common Market Law Review 2000, 147.

⁴⁹ Idem, као и код Vékás, *op. cit.*, 8-9.

⁵⁰ Case C-208/00, *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC), 2002 ECR 9919.

Врховни суд Немачке је у поступку поводом жалбе упутио Европском суду правде два питања: (1) да ли је у ситуацији у којој компанија основана у складу са правом неке државе чланице (А) у којој има своје статутарно седиште, друга држава чланица (Б) - чије право сматра да је компанија преместила своју главну управу у државу чланицу Б – спречена одредбама чланова 43 и 48 у томе да таквој компанији ускрати правну способност и на тај начин и способност да покрене судски поступак ради остваривања својих права из уговора закљученог са компанијом која је основана у држави Б? и (2) да ли слобода настањивања компанија из чланова 43 и 48 УЕЗ намеће да се правна способност неке компаније и њена способност да буде странка у поступку одреди по праву државе у којој је компанија инкорпорисана?

Суд је на оба питања дао потврдан одговор⁵¹. Са аспекта националног међународног приватног права држава чланица постало је јасно да директан ефекат одредби чланова 43 и 48 УЕЗ⁵² обавезује државе чланице да за циљеве остваривања слободе настањивања – које се може састојати у трансферу седишта из једне у другу државу чланицу - признају све компаније или фирме којима је правни субјективитет дала држава инкорпорације, без обзира на то да (међународно приватно) право те државе настањивања, постојање и престанак правних лица процењује по праву места главне управе. Упркос могућој дилеми о домаћају пресуде уколико се посматра из колизионоправног угла⁵³ мађарски аутор Vékás констатује: «признање и процена правних лица (компанија) у државама чланицама Уније врши се у

⁵¹ Упоредљујући чињенично стање са оним из случаја Daily Mail утолико што је у оба случаја реч о *емиграцији* компанија, тј. о премештању главне управе из једне у другу државу чланицу, с тим да је у Daily Mail-у трансфер уз задржавање правног субјективитета спречен пореским законима државе инкорпорације, а код Überseering-а задржавање правног субјективитета стеченог по праву државе инкорпорације стоји на путу немачко колизионо правило које као тачку везивања користи стварно седиште, тј. место главне управе.

⁵² Видети тачке 56-60 Пресуде; у тачци 59 констатовано је “Неопходан предуслов за вршење слободе настањивања јесте признање тих компанија (из става 1 члана 48, прим. аутора) од стране било које државе чланице у којој оне желе да се настане.”

⁵³ Међутим, правни писци у овој области поводом пресуде Überseering разликују две међународно-приватноправне ситуације: (i) прва је ова из случаја, у којој се стварно седиште компаније из државе која примењује теорију инкорпорације премешта у државу која усваја теорију стварног седишта; (ii) друга ситуација, на коју Überseering не даје одговор је она, у којој се стварно седиште компаније из државе која примењује теорију стварног седишта премешта у другу државу која, такође, стоји на позицијама стварног седишта. У овом другом контексту се тачка 79 Пресуде чита тако да би доследна примена теорије стварног седишта довела свакако до тога компанија која премешта своје стварно седиште не би могла да сачува свој ранији правни субјективитет, већ да би морала поново да буде основана у држави новог стварног седишта; cf. Vékás, *op. cit.*, 10.

свакој држави чланица, тако и у држави свог стварног седишта, по праву државе у којој су инкорпорисана. Ово опште одређење значи да се у *европском компанијском праву, независно од колизионих правила држава чланица, свуда афирмисао принцип инкорпорације.*⁵⁴

Европски суд правде се и у овом случају изјаснио о томе да ли директан ефекат права загарантованог Уговором о ЕЗ *може да буде ограничен националним прописима држава чланица*, како је у поступку по претходном питању Немачка аргументовала у корист меродавности теорије стварног седишта у погледу трансфера главне управе из једне у другу државу чланицу. Суд је констатовао да «није незамисливо да примарни захтеви општег интереса, као што су заштита интереса поверилаца, мањинских деоничара, запослених или, чак, пореских власти могу, у извесним околностима и под одређеним условима оправдати ограничење слободе настањивања»⁵⁵, али да «такви циљеви не могу да правдају ускраћивање правног субјективитета неке компаније која је правилно инкорпорисана у другој држави чланица у којој има статутарно седиште. Таква мера је једнака отвореној негацији слободе настањивања која је дата компанијама одредбама чланова 43 и 48 Уговора о ЕЗ.»⁵⁶

2.2.5. *Inspire Art*

После признања у *Überseering*-у да примена слободе настањивања на националне колизионе норме држава чланица захтева да се *lex societatis* правних лица одреди по начелу инкорпорације, а не стварног седишта⁵⁷, у случају *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art*⁵⁸ поставило се питање примене слободе настањивања на начело стварног седишта које би довело до меродавности супстанцијалног права те државе чланице у погледу компаније чији је правни субјективитет (и страначка способност) признат на основу начела инкорпорације.

⁵⁴ Ibidem; Видети, међутим, секундарне изворе комунитарног права, на пример Council Regulation (EC) No 2137/85 on the European Economic Interest Grouping, OJ L 199/1, 1985, и Council Regulation (EC) No 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294/1, 2001, уместо свих *W-H Roth*, 52 ICLQ 2003, 190 et seqq.

⁵⁵ Тачка 92 Пресуде.

⁵⁶ Тачка 93 Пресуде.

⁵⁷ Тачка 2 изреке на енглеском језику гласи: "Where a company formed in accordance with the law of a Member State ('A') in which it has its registered office exercises its freedom of establishment in another Member State ('B'), Articles 43 EC and 48 EC require Member State B to recognise the legal capacity and, consequently, the capacity to be a party to a legal proceedings which the company enjoys under the law of its State of incorporation ('A')."

⁵⁸ Case C-167/01, 2003 ECR, I-10155.

Inspire Art је, као и Centros, компанија основана и инкорпорисана у УК, али је ради обављања трговине уметнинама као своје делатности основала огранак у Амстердаму користећи се правом на слободно настањивање из чланова 43 и 48 УЕЗ. С обзиром да се у Холандији примењује место инкорпорације као критеријум за *lex societatis*, није било спорно признање Inspire Art-а као иностране компаније, те је извршена регистрација огранка у складу са важећим правом код Трговинске коморе Амстердама. Испоставило се, међутим, да је та регистрација била мањкава са аспекта холандског закона из 1997. године који се односи на регистрацију формално иностраних компанија, који прописује посебне услове уколико компанија, основана у иностранству, послује искључиво у Холандији. Ти услови захтевају да се у регистру назначи да је реч о формално иностраној компанији, да компанија има одговарајући минимални капитал, да подноси посебне годишње извештаје, и сл., а пропуштање овога повлачи за собом посебне казне и строжу одговорност директора⁵⁹ - што све чини да су те компаније у тежем положају од компанија које имају холандску припадност и послују у Холандији. Холандске власти су захтевале да Inspire Art региструје огранак у складу са прописом из 1997. године што је компанија одбила. Са аспекта националног међународног приватног права дотични пропис би могао да се квалификује као императивни пропис у међународном смислу, односно *lois d'application immédiate*, *Eingriffsnormen*, који у овом случају припада праву државе у којој је главна управа компаније и која је и место пословања компаније, те би било места његовој примени управо из разлога што штити одређене вредности домаћег поретка које би иначе примена меродавног страног права (државе инкорпорације) отклонила од примене. Међутим, примена комунитарног права ће довести до другачијег резултата.

Пошто је надлежни суд прогласио Inspire Art формално иностраном компанијом у Холандији, покренут је поступак по претходном питању пред Евроспким судом правде о усклађености холандског закона из 1997. године са комунитарним правом. Суд је позван да да одговор на питање да ли чланови 43 и 48 спречавају Холандију да националним прописом постави посебне услове за настањивање огранка у Холандији једне компаније која је основана по праву неке друге државе чланице са јединим циљем да се обезбеде предности које право те друге државе чланице пружа у поређењу са инкорпорацијом која би била извршена по холандском праву, имајући у виду да су дотични холандски прописи о оснивању компанија строжи када дотична компанија обавља своје пословање (скоро) искључиво у Холандији и нема никакву стварну везу са државом чланицом у

⁵⁹ Видети тачке 22-33 Пресуде.

којој је инкорпорисана. Постављено је и питање да ли се оваква евентуална ограничења слободе настањивања могу правдати разлозима заштите јавног поретка из члана 46 УЕЗ или неким другим разлозима.

Суд је у погледу примене слободе настањивања на теорију инкорпорације и теорију стварног седишта поновио ставове из *Centrosa*.⁶⁰ Анализу усклађености холандског закона из 1997. године са комунитарним правом, односно анализу примене слободе настањивања на примену права места стварног седишта у случају када комунитарно право налаже да право места инкорпорације чини *lex societatis* компаније, Суд је обавио не само с обзиром на чланове 43 и 48 УЕЗ, већ и с обзиром на директиве из области компанијског права, нарочито Једанаесте и Прве⁶¹ које прописују обавезу регистрације и на тај начин обезбеђују јавност података ограда иностраних компанија у држави чланици у којој остварују право на слободу настањивања. Свака одредба националног права која је изван поља примене дотичних директива, као и чланова 43 и 48 УЕЗ представља ограничење слободе настањивања и сметњу у реализацији циљева ЕЗ, односно ЕУ. С обзиром на то да члан 1 дотичног холандског закона узима у обзир место у коме компанија, иначе призната као инострана по праву места инкорпорације, обавља своју делатност да би је на основу тога подвргла мандаторним одредбама на снази у тој држави чланици, Суд је прихватио став Владе УК и Комисије да је «употреба места активности као тачке везивања, која се не уклапа ни у један показатељ предвиђен у члану 48 УЕЗ, представља сметњу слободи настањивања у мери у којој ту слободу чини мање атрактивном за компаније које су основане у иностранству а намеравају касније да обављају активност у Холандији, на основу тога што се, уз прописе државе у којој је компанија основана, меродавним сматрају и други прописи.»⁶² Суд је истакао да се ефекат холандског прописа из 1997. године огледа у томе да се норме холандског компанијског права о минималном капиталу и о одговорности директора примењују као мандаторне у погледу иностраних компанија попут *Inspire Art*-а када оне своју активност обављају искључиво, или скоро искључиво у Холандији.⁶³ Стога, захтев да се у погледу огранка компаније, која је основана у складу са правом неке државе чланице, примене правила државе настањења о минималном капиталу и о одговорности директора има дејство сметњи у остваривању слободе настањивања од стране тих компанија.⁶⁴ Из овога је Суд извео закључак да се у односу на компанију која је

⁶⁰ Видети тачке 95-98.

⁶¹ Eleventh Directive 89/666/EEC i First Directive 68/151/EEC, видети тачку 51. Пресуде.

⁶² Видети тачку 92 Пресуде.

⁶³ Видети тачку 100 Пресуде.

⁶⁴ Видети тачку 101 Пресуде.

основана по праву неке државе чланице али која обавља своје пословање у некој другој држави чланици, не може применити право ове друге⁶⁵. У коментарима⁶⁶ се истиче да је Суд у случају Inspire Art потврдио да се у државама чланицама ЕЗ *lex societatis* компанија одређује по месту инкорпорације и да је право места инкорпорације меродавно како у погледу настанка и престанка, тако и у погледу активности компанија, без обзира на то где се та активност одвија. У погледу питања да ли се право места седишта може применити по основу члана 46 УЕЗ, позивом на заштиту јавног поретка, јавне безбедности или здравља, поред права места инкорпорације, Суд је потврдио став да се оправданост те могућности процењује по условима који су потврђени у његовој пракси⁶⁷.

3. Уместо закључка: Могуће последице примене комунитарног права на национално међународно приватно право држава чланица

О међународном приватном праву Европске уније, односно Европске заједнице као о посебној области комунитарног права може да се размишља тек од усвајања Амстердамског уговора 1997. године. Ове измене Римског уговора о успостављању ЕЕЗ из 1957. године уврстиле су у делатности Европске заједнице мере које се односе на улазак и кретање лица у складу са насловом IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица), а међу које спадају и мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима у складу са чланом 65.

Члан 65 служи као правни основ за усвајање мера комунитарног права ради осигурања доброг функционисања унутрашњег тржишта, које

⁶⁵ Видети тачку 62 Пресуде *Überseering*.

⁶⁶ Cf. D. Zimmer, Case C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amstredam v. Inspire Art Ltd.*, judgment of 30 September 2003, 41 *Common Market Law Review*, 2004, 1127; Ch. Kersting, Ph. Schindler, *The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice*, 4 *German Law Journal*, 2003, 1277; C. Kirchner, R. Painter, W. Kaal, *Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe*, University of Illinois, College of Law, Law and Economics Working Paper Series, Working Paper No. LE04-001, Electronic Paper Collection <http://ssrn.com-abstract=617681> ; H.C. Hirt, *Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law System after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd.*, 2004 *European Business Law Review*, 1190.

⁶⁷ Тачка 133 Пресуде *Inspire Art*.

обухватају, између осталих, оне којима се *унапређује усклађеност правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и на сукоб надлежности*. Ова одредба се може сматрати резултатом препознавања да неусклађена правила сукоба закона, односно колизионе норме могу у великој мери да утичу на остваривање делатности Заједнице из чланова 3 и 4 УЕЗ које су прописане ради постизања циљева из члана 2. Једна од тих делатности је успостављање унутрашњег тржишта које се карактерише укидањем препрека за слободно кретање лица и проток роба, услуга и капитала између држава чланица. Из дефиниције унутрашњег тржишта која је дата у ставу 2 члана 14 као «подручје без унутрашњих граница на коме су обезбеђени слободно кретање лица и промет робе, услуга и капитала» може се видети да правно окружење у коме се одвија остваривање политика Заједнице, и посебно четири основне слободе, не може да буде искључиво комунитарно право, већ исто тако и право држава чланица. У недостатку унификованих и/или хармонизованих правила супстанцијалних права држава чланица, национално међународно приватно право сваке од њих је позвано да одреди меродавно право када се пред међународно надлежним правосуђем нађе приватноправни однос са елементом иностраности, који би, додуше, требало да буде везан, у првом реду за територију ЕЗ. Неусклађена колизиона правила држава чланица носе у себи све недостатке колизионог метода, од којих важно место припада непостојању међународне хармоније у одлучивању. У овом простору и ради обезбеђивања међународне хармоније у одлучивању има места усклађивању правила о сукобу закона у ЕЗ на основу члана 65. Уговора о ЕЗ. Као што то наводи један од аутора који се баве овим проблемом, уколико већ не постоје унификована или хармонизована комунитарна правила, субјекти комунитарног права би морали у најмању руку да буду заштићени од шепатућих односа тако што ће применом унификованих колизионих норми бити обезбеђена примена истог меродавног права⁶⁸. Овакву улогу има Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године. Из реченог произлази да међународно приватно право ЕЗ има своје место у комунитарном праву и има свој основ у Уговору о ЕЗ, али ће његов предмет бити *ограничен* циљевима и задацима Европске заједнице, односно Европске уније.

⁶⁸ Cf. T. Pfeiffer, A nemzetközi magán- és eljárási jog közösségiesedése, Európai Jog, 2004/1, 10; kao i J. Basedow, The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 Common Market Law Review 2000, 687; O. Remien, European Private International Law, The European community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, 38 Common Market Law Review 2001, 53; K. Kreuzer, Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, in: P.-C. Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 457.

Национална међународна приватна права држава чланица су имала своју улогу у оквиру и поводом примене комунитарног права и досад⁶⁹, као што ће је имати и у будућности све док, и у мери у којој, међународно приватно право ЕЗ, односно ЕУ не буде створено. Имајући ово у виду, за овај рад је одабрано неколико примера из скорашње праксе Европског суда правде да би се указало на утицај примене и тумачења комунитарног права на правила о сукобу закона, односно на колизионе норме међународног приватног права држава чланица.

Случај *Garcia Avello* изабран је због тога што за предмет има статусно питање појединца које као такво не спада у поље примене комунитарног права, али је повезано са остваривањем слободе кретања *грађана Уније* из члана 17. и 18 УЕЗ. Применом тих одредби на *lex nationalis* и на правило белгијског међународног приватног права о одређивању држављанства бипатрида, Европски суд правде је донео пресуду која по меродавном супстанцијалном праву не би могла да буде донесена. Нови Закон о међународном приватном праву Белгије који је усвојен 16. јула 2004. године садржи у погледу промене имена и презимена и признања иностраних одлука о промени одредбу која регулише ово питање уколико је реч о држављанима који поред белгијског, имају и држављанство неке од држава чланица ЕЗ⁷⁰.

Остала четири случаја – *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* и *Inspire Art* – одабрана су из разлога што ове пресуде Европског суда правде недвосмислено указују да ће под њиховим утицајем уследити уједначавање колизионих норми за способност правних лица, односно компанија и фирми.

⁶⁹ Видети, на пример, неке од основних извора ове проблематике, као што су W-H. Roth, *Der Einfluss der Europäischen Gemeinshaftrecht auf das internationale Privatrecht*, 91 *RabelsZ* 1990, 623; J. Basedow, *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktionsfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*, 95 *RabelsZ* 1995, 59; L. Radicati di Brozolo, *L'influence sur les conflit de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, 82 *Revue critique de droit international privé* 1993, 82; J. D. González Campos, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé*, *Festschrift Erik Jayme*, 2005, 263; M. Fallon, *Les conflits de lois et le jurisdictions dans un espace économique intégré*, *Recueil des Cours* t. 253, 1995, 38.

⁷⁰ Упркос томе што аутор не располаже информацијом о разлогу усвајања овакве одредбе, не би се могла искључити претпоставка да је управо одлука Европског суда правде могла да има утицаја на ову формулацију: "Détermination ou changement de nom ou de prénoms intervenu à l'étranger. Art. 39. Une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25: 1° en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'Etat membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité." Видети www.juridat.be/cgi_loi/#hit1

Ривалитет националних колизионих норми оличен у супротстављању теорије инкорпорације и теорије стварног седишта, по којима се одређује тачка везивања, и следствена правна несигурност код признања страних правних лица могли би да буду окончани по овим питањима у односима који се везују за државе чланице и за остваривање слободе настањивања по основу чланова 43 и 48 УЕЗ. На ово указује не само изванредно богата литература посвећена овим пресудама, већ и пракса националних судова Немачке и Аустрије по објављивању пресуда у случајевима *Centros* и *Überseering*⁷¹. Ова пракса Европског суда правде је значајна и због тога, што је превазишла нерешиве тешкоће у стварању одговарајућег извора комунитарног права: Конвенција о узајамном признању компанија и правних лица из 1968. године никада није ступила на снагу, пошто је Холандија одбила да је ратификује; Нацрт 14. директиве из области компанијског права из 1997. године који је предложила Комисија није прихваћен од стране држава чланица. Упркос томе што пракса Суда оставља дилеме, она ће свакако имати утицаја на примену и усвајање теорије инкорпорације у међународном компанијском праву држава чланица ЕУ у случајевима који спадају под поље примене комунитарног права.

⁷¹ Наведени код Vékás, *op. cit.*, по P.Behrens, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem *Überseering* –Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 23 (2003) 193.

*Bernadet Bordaš, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law*

The Effect of Community Law on National Private International Law – Selected Case Law of the European Court of Justice

The adoption of the Amsterdam Treaty on the Establishment of the European Community in 1997 made it possible to think about the private international law of the EU, i.e. EC as a particular and separate area of community law. The modifications introduced to the Treaty of Rome on the Establishment of the European Economic Community categorized as activities of the EC the measures to be adopted under Title IV (Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons) which include measures of judicial cooperation in civil matters as provided for in article 65.

Article 65 is the legal basis for the adoption of instruments of community law in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, insofar as necessary for the proper functioning of the internal market, and they include, inter alia, those “promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and jurisdictions”⁷². This provision could be understood as the result of recognizing that incompatible conflict-of-law rules might produce significant effect on the realization of Community activities referred to in Articles 3 and 4 of the TEC which aim the achieving of goals and objectives set in Article 2. One of these activities is the establishment of an internal market characterized by the abolition of obstacles to the free movement of persons, goods, services and capital between the Member States. On the basis of Article 14/2 which gives the definition of the internal market as the “area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty”⁷³ it could be concluded that the legal framework for the enforcement of the Community policies, and particu-

⁷² Article 65/b of the TEC.

⁷³ Article 14/2 of the TEC.

larly the four fundamental freedoms, is not exclusively community law, but as well the domestic law of the Member States. If there are no unified and/or harmonized substantive rules of the Member States, the national private international law of each of them would apply in order to determine the law applicable by the court seized with a dispute containing a foreign element (which connects the relationship to the territory of the EC). Incompatible conflicts-of-law rules have all the weaknesses of the method itself, one of them being the lack of international decisional harmony. Within these limits and for the sake of ensuring the decisional harmony could be found the place and the task of the measures promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws on the basis of Article 65 of TEC. As it one of the scholars in this field states, if there are no unified or harmonized rules of community law, natural and legal persons who are subjected to community law, should be at least protected against limping relationships by the application of unified conflicts-of-law rules, that could ensure the application of the same applicable substantive law⁷⁴. That is exactly the role and the significance of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. It follows, that the private international law of the EC has its place within community law, as it has its legal basis in the Treaty of EC, but its subject-matter will be limited by the objectives and the tasks of the European Community, i.e. the European Union.

National private international laws of the Member States have had so far their role within the enforcement of community law⁷⁵, as it would have it in the future, as long as a private international law of the EC, i.e. EU would not be drawn up, reserved the subject-matter that is determined by the objectives and goals of the EC/EU.

⁷⁴ Cf. T. Pfeiffer, A nemzetközi magán- és eljárásjog közösségiesedése, *Európai Jog*, 2004/1, 10; kao i J. Basedow, The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 *Common Market Law Review* 2000, 687; O. Remien, European Private International Law, The European community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, 38 *Common Market Law Review* 2001, 53; K. Kreuzer, Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, in: P-C. Müller-Graff, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1999, 457.

⁷⁵ Cf., for example, W-H. Roth, Der Einfluss der Europäischen Gemenischaftsrecht auf das internationale Privatrecht, 91 *RabelsZ* 1990, 623; J. Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktionsfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, 95 *RabelsZ* 1995, 59; L. Radicati di Brozolo, L'influence sur les conflit de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, 82 *Revue critique de droit international privé* 1993, 82; J. D. González Campos, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé, *Festschrift Erik Jayme*, 2005, 263; M. Fallon, Les conflits de lois et le jurisdictions dans un espace économique intégré, *Recueil des Cours* t. 253, 1995, 38.

Taking account of the character of the private international law of the EC/EU, the enforcement of community law by the courts of the Member States, the relationship between community law and national law, this paper deals with a few cases which have been before the European Court of Justice recently. The goal is to show the effects of the application and the interpretation of the community law on the conflicts-of-law rules of the national private international laws of the Member States.

The *García Avello* case is selected because it deals with a question of status of an individual which falls outside the scope of application of community law, but it is connected with the enforcement of the right to freedom of movement of Union citizens under Articles 17 and 18 of the TEC. The application of these provisions to the *lex nationalis* and to the rule of the Belgian private international law on the determination of the nationality of persons who have the nationalities of two states, the ECJ reached a judgment which could not have been reached if had been based on the applicable substantive law provisions. The new Belgian Code on Private International Law, adopted on 16 July 2004, has a special rule on the change of names and forenames and on the recognition of foreign judgments on these changes, if they concern nationals of Belgium who also have the nationality of some other Member State of the EC⁷⁶.

The four other cases – *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* and *Inspire Art* – are chosen because these judgements of the ECJ undoubtedly show that their effect would be the unification of conflicts-of-law rules regarding the legal capacity of legal persons, i.e. companies or firms. The competition between the national conflicts-of-law rules seen as the rivalry of the theory of incorporation and the theory of the real seat which make the connecting factors, and the legal uncertainty that follows in the area of the recognition of foreign legal persons could come to an end, as far as it concerns the relationships connected to the Member States and to the exercise of the freedom of establishment based on Articles 43 and 48 of the TEC. This is witnessed not only by the abundant scholarly papers on the judgments of the ECJ, but also the case law of the national courts of Germany and Austria which followed after the *Centros* and *Überse-*

⁷⁶ Although the author does not have information on the reason of the adoption of the following provision, it could not be excluded that it was found exactly in the effect of the Judgement of the ECJ in the Case *García Avello*. The provision reads as follows: “Détermination ou changement de nom ou de prénoms intervenu à l'étranger. Art. 39. Une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25 : 1° en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'Etat membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité.” Cf. www.juridat.be/cgi_loi/#hit1 .

ering judgments⁷⁷. The case law of the European Court of Justice is significant also because of the reason that it has eliminated the irresolvable difficulties in the drawing up of a community source of law: the 1968 Convention on the Mutual Recognition of Companies and Legal Persons has never entered into force because the Netherlands rejected to ratify it; the 1997 draft of the 14th Company directive of the Commission was not adopted by the Member States. Despite the dilemma the ECJ case law generates, it will nevertheless have considerable effect in the application and the adoption of the incorporation theory in the international company law of the EU Member States in cases covered by the scope of application of the community law.

⁷⁷ Cited by Vékás, *op. cit.*, cf. P.Behrens, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering –Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 23 (2003) 193