

Aleksandra D. Višekruna
Institut za uporedno pravo¹
Beograd

MIGRACIJE I NJIHOV UTICAJ NA (SPRO)VOĐENJE STEČAJNOG POSTUPKA²

Apstrakt: *Svaka zemlja ima osoben stečajni sistem koji odražava vrednosti i interese društva u kome se stečajni zakon donosi. U slučaju da se nad njim otvara stečajni postupak, svaki subjekt će težiti da to bude u pravnom sistemu koji je za njega najpovoljniji. Ta okolnost može navesti pojedinca ili kompaniju da nastoji da promeni pravni režim koji će se na njega primenjivati migracijom u neku drugu zemlju čije se stečajno pravo percipira kao povoljnije (forum shopping). Ovo pitanje je posebno interesantno u kontekstu prava EU gde ne postoji harmonizacija materijalnog stečajnog prava tako da evropski zakonodavac razvija mehanizme koji bi trebalo da spreče sve vidove migracija koje bi mogle predstavljati zloupotrebu prava (pre svega oštećenje poverilaca stečajnog dužnika). Pitanje je da li su mehanizmi kojima se ograničava forum shopping u konfliktu sa osnovnim slobodama na kojima počiva EU (posebno sloboda kretanja lica i sloboda osnivanja privrednih društava). Takođe, dilema je da li je forum shopping nužno negativna pojava, ili se mogu uočiti i određeni pozitivni aspekti ovog fenomena. Sve navedeno treba sagledati i u svetlu nove Uredbe o stečajnim postupcima koja stupa na snagu 2017. godine.*

Ključne reči: *migracije, stečaj, forum shopping, Uredba o stečajnim postupcima, centar glavnih interesa.*

Uvodna razmatranja

Finansijska kriza čije se posledice osećaju već godinama doprinela je većem broju finansijskih teškoća kako za pojedince, tako i za kompanije. Suočen sa finansijskim krahom, svaki subjekt nastoji da popravi svoj položaj pokušavajući da se stečajni postupak nad njim otvori tamo gde percipira da je za njega najpovoljnije.

¹ Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

² Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu Instituta za uporedno pravo „Srpsko i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje” (evidencioni broj: 179031), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

U EU entiteti mogu slobodno da se osnuju, trguju, prikupljaju kapital širom unutrašnjeg tržišta, oni mogu i, kako zapadaju u finansijske teškoće, da se sakriju iza nacionalnog prava – koristeći sve prednosti unutrašnjeg tržišta, uz mogućnost da izbegnu odgovornost izborom onog foruma koji im odgovara za otvaranje stečajnog postupka (Caneco, 2016: 10).³ Glavni faktori koji doprinose ovom fenomenu su: slobode EU, razlike u nacionalnim pravima, univerzalno dejstvo stečajnog postupka na nivou EU i način na koji je određen kriterijum za zasnivanje nadležnosti i njegova mobilnost (Walters and Smith, 2010: 184–188).

Razlike u nacionalnim pravima kao podsticaji subjekata na migraciju

Kako kompanije i pojedinci tokom svog postojanja mogu imati veze sa različitim državama – kroz poverioce, imovinu i poslovne aktivnosti koje obavljaju na određenoj teritoriji⁴ – postavilo se pitanje sud koje od tih država će imati nadležnost za sprovođenje stečajnog postupka. To je posebno značajno u kontekstu pravnog okvira stečajnog prava EU. Procesni aspekt stečaja je uređen na jedinstven način Uredbom o stečajnim postupcima i identičan je u svim državama članicama.⁵ Međutim, materijalno pravo država članica nije harmonizovano i odražava osobene vrednosti i specifičnosti svakog pravnog sistema. Zakoni svake članice će na različite načine uređivati pitanja redosleda namirenja poverilaca, odgovornosti članova uprave u stečaju, mogućnosti reorganizacije, zaštite zaposlenih i sl. Koji će se sistem posmatrati kao povoljniji, zavisice od toga ko pokreće stečajni postupak. Različiti nosioci interesa su zainteresovani da se stečajno pravo prilagodi njihovim individualnim željama (posebno uprava, poverioci, akcionari i zaposleni) i svaka grupa može potencijalno izabrati drugi režim (Szydło, 2010: 256). Uprava će se okrenuti ka onim pravima koja su najpovoljnija u pogledu odgovornosti i mogućnosti da ostane na čelu kompanije i u stečaju, dok će poverioci biti zainteresovani za sisteme koji im pružaju snažnu zaštitu, posebno u pogledu brzine i stepena namirenja. Akcionari i zaposleni mogu biti

³ To je posledica pojačane prekogranične mobilnosti nastale razvojem sloboda EU, koja se prvo ogledala u pokretljivosti fizičkih lica preko granice, a početkom XXI veka dobija svoj izraz i u slobodi osnivanja kompanija širom EU, drastično menjajući mapu evropskog korporativnog sveta. Ključni pomak u ovoj oblasti bila je odluka u slučaju *Centros*, koja je doprinela da se kompanije slobodno osnivaju u bilo kojoj zemlji članici EU i da vrše prekogranične delatnosti bez straha da će trpeti bilo kakva ograničenja ili posledice zbog svojih izbora. Ova odluka je višestruko povećala broj slučajeva prekogranične mobilnosti kompanija. Pre *Centrosa* se godišnje oko 4 400 kompanija osnivalo u EU, a nakon *Centrosa* broj je porastao na 28 000 (Lennarts, 2011: 50).

⁴ Procenjeno je da oko 5 miliona evropskih kompanija ima klijente, poverioce ili poslovne partnere u drugim zemljama članicama. Oko 50 000 kompanija godišnje biće dužnici i makar dvostruko više poverioci samo u prekograničnim stečajevima (European Commission, 2014 : 24)

⁵ Reč je o pitanjima poput određivanja nadležnog suda, merodavnog prava, priznanja odluka na nivou EU i sl.

zainteresovani za režim koji će omogućiti reorganizaciju kompanije tako da mogu da ostvare koristi od nastavka njenog poslovanja (Radović, 2013: 270–271; Szydło, 2010: 256). Za fizička lica – stečajne dužnike, pitanje u kom pravnom sistemu će se otvoriti stečajni postupak je od značaja zbog režima otpusta dugova, koji mogu drastično da se razlikuju.⁶

Najbolji primer pravnog sistema koji se u EU izdvojio kao najoptimalniji forum za vođenje stečajnog postupka je Engleska. Sa aspekta kompanija, ovo pravo se pokazalo kao povoljna destinacija za migraciju zbog osobenosti vezanih za planove reorganizacije, mogućnost *prepack* reorganizacije, režim privilegija i tretman akcionara koji daju zajam kompaniji (de Weijs and Breeman, 2014: 511).⁷ Banke i finansijeri iz SAD, kao česti poverioci, bolje su upoznati sa engleskim sistemom, koji vide kao dosta fleksibilan (McCormack, 2009: 185). Pojedinci se takođe često odlučuju za Englesku kao optimalni pravni režim. Glavne prednosti su velikodušan režim otpusta dugova (vremenski i predmetno), širok personalni domen primene i jednostavnost postupka (Walters and Smith, 2010: 191–192). Takođe, ovaj sistem ne preispituje tako duboko motive dužnika, kao neki drugi režimi, npr. Francuska (Tribe, 2016: 27).⁸ Pojedinci koji su najčešće koristili ove pogodnosti su profesionalci iz srednje klase ili poslovni ljudi, jer dužnici tog profila imaju sredstava i potrebno znanje da se upuste u ovaj poduhvat (Walters and Smith, 2010: 193). Najvećim delom reč je o državljanima Nemačke i Irske koji su po profesiji lekari i zubari (Tribe, 2016: 7). Takođe, irski građevinski preduzimači su često migrirali u Englesku zbog višemilionskih dugova (Lynch Fannon, 2013: 3).⁹

Postojanje ovakvog okvira doprinosi tome da se subjekti podstiču da taktiziraju – da uočavaju optimalnu nadležnost i manipulišu činjenicama za njeno zasnivanje da bi postigli primenu najpovoljnijeg procesnog i materijalnog stečajnog prava (Ringe, 2009: 72; Kurenkova, 2011: 5) – *forum shopping*. Ovaj fenomen se obično doživljava kao nešto negativno, ali se postepeno prepoznaje da ovakve radnje mogu imati i pozitivne efekte. Procena efekata zavisi od toga koji su ciljevi koji se žele postići stečajnim zakonodavstvom (Eidenmüller, 2009: 4).¹⁰ Kao osnovni kriterijum za razgraničavanje najčešće se uzima tretman poverilaca u stečaju, jer je stečajni postupak

⁶ Hoffmann raspoznaje pet različitih vrsta režima otpusta dugova (Hoffmann, 2012: 463–465).

⁷ Englesko pravo za razliku od npr. nemačkog ili španskog ne poznaje subordinaciju (niži rang) potraživanja akcionara za zajam koji su dali društvu.

⁸ Francuska takođe slovi za jednu od destinacija sa najpovoljnijim režimom za fizička lica. To posebno važi za oblast Alzasa.

⁹ Irski građani su bili podstaknuti na migracije u Englesku zbog toga što je režim otpusta dugova u njihovoj zemlji bio izuzetno strog – dužnik se donedavno oslobađao odgovornosti za neizmirene obaveze tek nakon 12 godina od završetka postupka, dok je u Engleskoj taj rok godinu dana. Stoga i ne čudi što je u Irskoj 2008. godine vođeno 8 stečajnih postupaka, a u UK 106 554 (Hoffmann, 2012: 463).

¹⁰ Autor izdvaja tri cilja: ostvarivanje maksimalne vrednosti imovine dostupne poveriocima, efikasnost ugovora o kreditu i zaštita nevoljnih i „neprikladljivih” poverilaca.

usmeren ka njihovoj zaštiti (Kurenkova, 2011: 11). U slučajevima kada taktiziranje doprinosi poboljšanju položaja poverilaca i zaštiti njihovih interesa, ono se ne može posmatrati kao nešto negativno. Međutim, kada se utvrdi da je jedini cilj bilo bežanje od poverilaca, prevara ili zloupotreba, ovaj fenomen ne nailazi na odobravanje.

Pristalice *forum shopping*-a ukazuju na pozitivne efekte na planu postizanja maksimalne vrednosti imovine kroz korišćenje najpovoljnijeg režima reorganizacije.¹¹ Podnosiocu predloga se takođe pruža mogućnost da odabere sistem u kome je sudija brz i stručan, a donete odluke predvidljive (Ringe, 2009: 92). Značajna prednost je i pozitivan uticaj na unapređenje stečajnih zakona i podsticanje inovativnosti u zakonodavnom procesu (de Weijs and Breeman, 2014: 527; McCormack, 2009: 179).¹² Potraga za najpovoljnijim stečajnim režimom može podstaći države da se unapređenjem zakonodavstva profilišu kao pravni sistemi koji nude najoptimalnija rešenja (Ringe, 2009: 93).

Protivnici fenomena kao glavni problem ističu da je neretko reč o vidu oportunističkog ponašanja podnosioca predloga usmerenog ka ostvarivanju sopstvenih interesa, a na štetu interesa drugih subjekata, najčešće poverilaca (McCormack, 2009: 184). Ako postupak pokreće dužnik, nastojeće da to bude u pravnom sistemu koji je za njega najpovoljniji, što često znači narušavanje interesa poverilaca (smanjenje stepena njihovog namirenja). Direktori će biti zainteresovani da se postupak vodi u sistemu koji ne poznaje ili poznaje blaži vid odgovornosti uprave u stečaju (Eidenmüller, 2013: 8), ili gde im se omogućava da ostanu na svojim položajima i u stečajnom postupku. Tako *forum shopping* postaje deo strategije oportunističkog ponašanja direktora u blizini stečaja, što najviše škodi interesima poverilaca (Latella, 2014: 6). Direktorima je možda i najlakše da manipulišu jer su insajderi – znaju kada se bliži stečaj i gde je sve moguće zasnovati nadležnost (Enriques and Gelter, 2008: 56). Međutim, ne treba zaboraviti da i poverioci često pokreću stečajni postupak ili se saglašavaju sa migracijom u cilju postizanja povoljnijih efekata stečaja (Ringe, 2009: 97). I tada može doći do oportunističkog ponašanja, odnosno oštećenja interesa pojedinih poverilaca. Najčešće je reč o „nevoljnim poveriocima” (poveriocima iz delikta) ili poveriocima koji nemaju snažnu pregovaračku moć prilikom nastanka pravnog odnosa sa dužnikom (npr. zaposleni). U takvim slučajevima postoji opasnost da će veliki i snažni poverioci (npr. banke) iskoristiti svoj položaj i nastojati da se postupak otvori tamo gde njima najviše odgovara, što ne mora nužno da bude sistem koji je najpovoljniji za druge poverioce (Radović, 2013: 271). Jasno je da uprkos tome

¹¹ Najbolji primeri su slučajevi *Deutsche Nickel* i *Schenfenacker*. Reč je o dve nemačke kompanije koje su uspele da zasnuju nadležnost engleskog suda i sprovedu postupak reorganizacije koji u Nemačkoj ne bi bio moguć.

¹² Tako su, na primer, Nemačka i Holandija po uzoru na englesko pravo uvele mehanizme koji će omogućiti restrukturisanje dužnika bez potrebe da se on seli u Englesku da bi ostvario pogodnosti prilikom sprovođenja stečaja (Zijderveld, 2016: 7).

što se insistira na zaštiti interesa svih poverilaca, to nije moguće uvek postići, jer su ti interesi često suprotstavljeni. Zato je potrebno uspostaviti određeni kriterijum na osnovu koga bi se napravila razlika između dobrog i lošeg *forum shopping*-a – glavno je dokazati da se većina poverilaca složila sa promenom, a da usled promene položaj manjinskih poverilaca nije gori (Tirado, 2015: 19).

Nadležnost suda kao podstrek za migracije

Bankrotstvo kompanije je suštinski nacionalno pitanje i država nastoji da kontroliše stečajni postupak motivisana javnim interesom (Maslin, 2010: 4), tako da je u osnovi najvažnije pred kojim sudom će se sprovoditi postupak. U kontekstu stečajnog prava EU, ovo je značajno zbog toga što postupak sprovodi sud koji ga prvi otvori, a ostali sudovi moraju da priznaju donetu odluku (univerzalno dejstvo postupka). Na taj način se države odriču dela svog suvereniteta, jer izvršavaju odluku koju je doneo strani sud uz ograničenu mogućnost odbijanja njenog izvršenja (u slučaju Uredbe jedina mogućnost je pozivanje na javni poredak – čl. 26) (de Weijs and Breeman, 2014: 502). Značajan činilac su i potencijalne finansijske koristi – prihodi od sudskih taksi, nagrada i naknada stečajnim upravniciima, advokatima, procenjivačima, računovođama itd. (Radović, 2013: 270-271; McCormack, 2009: 180).

Uredba je kao kriterijum zasnivanja nadležnosti odabrala specifičnu konstrukciju – centar glavnih interesa stečajnog dužnika (eng. *centre of main interest* – COMI). Ovaj kriterijum je definisan krajnje uopšteno i što je neobično samo u preambuli, a ne i u čl. 3 koji se bavi pitanjem nadležnosti. Kada se kriterijum za zasnivanje nadležnosti postavi u kontekst *forum shopping*-a, uočavaju se dva moguća načina zasnivanja nadležnosti stranog suda. Prvi je putem tumačenja COMI – nije došlo do premeštanja COMI, ali je podnosilac zahteva prikazao činjenice tako da izgleda da je do te promene došlo. Druga mogućnost je stvarna migracija COMI, npr. premeštanjem poslovnih aktivnosti ili preseljenjem u drugu zemlju (de Weijs and Breeman, 2014: 503; Ringe, 2009: 71–75; Zijderveld, 2016: 7).

COMI pravnih lica se definiše kao mesto odakle dužnik redovno upravlja svojim interesima i koje je kao takvo prepoznato od strane trećih lica. Osnovni elementi za utvrđivanje COMI vezani su za redovnost obavljanja poslova i za objektivnu uočljivost takvog poslovanja od strane trećih lica.¹³ Pretpostavka COMI ide u korist registrovanog sedišta, ali se ona može pobijati, tako da utvrđivanje COMI ima dva nivoa – pretpostavka da je COMI tamo gde je registrovano sedište i (eventualno)

¹³ Pod pojam „treća lica“ se najčešće podvode poverioci, ali postoje tumačenja da je moguć i širi obuhvat – npr. zaposleni dužnici (Mucciarelli 2005: 527). Tirado naglašava da tekst nove Uredbe pravi razliku između poverilaca i trećih lica, te da tu treba naći odgovor na ovu dilemu – treća lica je širi pojam od pojma poverioci (Tirado, 2015: 19). Sudska praksa je dala odgovor i na pitanje šta znači „prepoznatljivost“ – u slučaju *Stanford Bank International* rečeno je da „ono što je primećeno od strane trećih lica je ono što je u javnom domenu, i ono što bi oni saznali u toku redovnog poslovanja sa kompanijom“.

pružanje dokaza koji je pobijaju (Latella, 2014: 14). Suština pretpostavke je da ona određuje teret dokazivanja, prebacujući ga na lice koje tvrdi da je COMI na nekom drugom mestu (Mucciarelli, 2013: 7). Kako je kriterijum dosta neodređen, njegovo značenje se preciziralo kroz sudsku praksu, a najveći doprinos dao je Sud pravde Evropske unije.¹⁴

Posebno interesovanje je izazvalo pitanje određivanja COMI kod grupa društava. Sama grupa nije zaseban pravni subjekt, već svaka članica grupe ima svoj subjektivitet, ali su članice povezane putem ekonomskih interesa, kapital učešća i sl. (Wessels, 2010: 1). Pitanje je da li će se određivati COMI za svaku članicu ponaosob ili će se njihov COMI poistovetiti sa COMI društva majke. Pored toga što bi potonje tumačenje bilo suprotno pravilima kompanijskog prava o odvojenim pravnim subjektivitetima članova grupe, njegovo prihvatanje bi značilo da se postupak otvara u zemlji sa kojom je možda jedina veza sedište matičnog društva (Radović, 2013: 273). Sa druge strane, sprovođenje jednog stečajnog postupka u jednom sistemu za sve članice grupe značilo bi veću efikasnost, lakšu reorganizaciju i postizanje veće vrednosti imovine (Eidenmüller, 2005: 428; McCormack, 2009: 187). Kako Uredba po ovom pitanju ćuti, u praksi su nastajale zloupotrebe. Sudovi su, u pokušaju da prevuku nadležnost za celu grupu na svoju teritoriju, tumačili da je COMI društva kćeri tamo gde je COMI društva majke.¹⁵ Odlukom u slučaju *Eurofood* zauzet je stav da se COMI društva kćeri i majke ne poistovećuju, ali su engleski sudovi i nakon toga često prenebregavali tu činjenicu. To, naravno, ne znači da je nemoguće da se COMI zavisnog i matičnog društva poklapaju, posebno ako je reč o visoko integrisanim grupama (Van Calster, 2015: 11).

Premeštanje COMI se može ostvariti promenom registrovanog sedišta (uz posebnu proceduru u skladu sa X direktivom) ili putem promene dužnikove adrese, bez premeštanja registrovanog sedišta, na takav način da je trećim licima jasno da dužni-

¹⁴ Mogu se uočiti tri faze u razvoju pojma: (i) 2002–2006. (period pre slučaja *Eurofood*) – konfuzija u praksi i sudskim odlukama; (ii) 2006–2010. (od *Eurofood*-a do odluke u slučaju *Stanford Bank*); (iii) 2010–danas (treća runda u razvoju COMI – primena *Stanford* testa i uvođenje novih elemenata da bi se test usavršio) (Wessels, 2010:1). U slučaju *Eurofood* utvrđeno je da se pretpostavka COMI može pobijati samo ako faktori, koji su objektivni i uočljivi od strane trećih lica, ukazu da COMI nije tamo gde je registrovano sedište. Slučaj *Interdill* takođe naglašava značaj trećih lica, ukazujući da relevantni faktori moraju biti procenjeni na sveobuhvatan način. Takođe, ako se uprava i registrovano sedište nalaze u istom mestu, postoji neoboriva pretpostavka COMI.

¹⁵ U slučaju *Daisytek*, sud je našao da je COMI svih društava u Engleskoj, gde je bilo sedište holding kompanije koja je njima upravljala. *Enron Directo SA* – smatralo se da kompanija koja je osnovana i posluje u Španiji ima COMI u Engleskoj, jer su glavne upravljačke funkcije vršene u Londonu – strateške, izvršne i administrativne odluke u pogledu računovodstva, IT, marketinga i sl. U slučaju *Eurotunnel* francuski sud je zasnovao nadležnost nad 17 kompanija u grupi, na osnovu toga što su se u Francuskoj nalazili direktori; odatle se obavljalo računovodstvo, vršilo upravljanje finansijama; tu su vođeni pregovori za restrukturisanje dugova; predsednici većine kompanija su bili francuski državljani i tu su imali prebivalište. U ovom slučaju, Sud je primenio COMI koncept na način koji je funkcionalno ekvivalentan konsolidovanom stečaju grupa (McCormack, 2009: 187).

kov COMI (više) nije tamo gde je njegovo registrovano sedište – iznajmljivanjem poslovnog prostora, otvaranjem računa u banci, uzimanjem lokalnog telefonskog broja (Zijderveld, 2016: 12). Ova nova lokacija treba da se učini dostupnom javnosti putem interneta, telefonskih imenika, memoranduma (Latella, 2014: 12).

Uredbom iz 2002. godine nije uređeno pitanje gde je COMI fizičkih lica, ali je praksa ukazala na moguće osnove za njegovo određivanje. Kod preduzetnika reč je o mestu gde se redovno obavlja poslovna delatnost, dok je kod lica koja ne obavljaju privrednu delatnost (potrošači) relevantno uobičajeno boravište (Virgos and Schmit, 1996: 52). U tom slučaju su presudni činioци poput toga gde subjekt živi, gde mu je porodica, zaposlenje, lični kontakti (članstvo u lokalnim klubovima, udruženjima...) (Hoffmann, 2012: 468).¹⁶

Trenutak određivanja COMI

Imajući na umu da je za zasnivanje nadležnosti relevantna jedino vremenska dimenzija (kom sudu je prvom podnet predlog) i da je kriterijum za zasnivanje neodređen i podoban za različita tumačenja, da bi se izbegle zloupotrebe, bilo je potrebno ustanoviti u kom se trenutku određuje COMI. Potencijalni periodi su varirali od dana nastanka dugova do donošenja odluke o otvaranju stečajnog postupka. Najefikasnije rešenje bi bilo da se taj trenutak odredi što je ranije moguće, jer što se duže čeka, dužnik ima više vremena da manipuliše činjenicama (Szydło, 2010:262). Sudska praksa je rešila dilemu u slučaju *Staubniz*, ističući da je odlučujući trenutak dan podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Ovaj momenat se lako utvrđuje, a nastupa dovoljno rano da spreči zloupotrebe (Szydło, 2010: 263). Nakon tog trenutka, dolazi do tzv. „okamenjivanja nadležnosti” (*perpetuatio fori*) i svaka dalja promena COMI nema nikakvog uticaja na to koji sud će sprovesti postupak. Time se izbegavaju zloupotrebe nakon podnošenja predloga, ali se ništa ne rešava po pitanju mahinacija pre tog čina – ništa ne sprečava stečajnog dužnika da svoj COMI preseli pre pokretanja postupka u neki povoljniji režim (Walters and Smith, 2010: 190). Da li je reč o zloupotrebi procenjivaće se u svakom konkretnom slučaju, pri čemu će blizina trenutka promene COMI u odnosu na podnošenje predloga za pokretanje stečaja biti jedan od glavnih kriterijuma za procenu (Muciarelli, 2005: 532).¹⁷

¹⁶ U slučaju *Quinn*, sud je našao da je COMI dužnika u Irskoj na osnovu činjenice da je dužnik tamo plaćao porez, posedovao irski pasoš, tamo vršio pravo glasa, dugovi su mahom bili u toj zemlji. U slučaju *O'Donnell* presudno je bilo to što su dužnikova deca živela u Irskoj, dužnik je tamo vršio pravo glasa, nazivao kuću u Irskoj „domom”, registrovao kola u toj zemlji (Lynch Fannon, 2013: 7, 9).

¹⁷ Da je i ovaj kriterijum relativan dokazuje slučaj *PIN Group* gde su sve članice grupe premostile svoj COMI u Nemačku, gde je bilo sedište društva majke radi efikasnijeg sprovođenja stečajnog postupka. Iako je do promene došlo neposredno pre pokretanja stečajnog postupka, sud je smatrao da nije reč o zloupotrebi jer je krajnji cilj bio uspešno sprovođenje postupka reorganizacije.

Kod fizičkih lica pored vremenskog kriterijuma veliku ulogu će igrati i druge činjenice koje ukazuju da je nastupila stvarna, a ne iluzorna promena COMI – zaposlenje u navodnom mestu boravišta, smeštaj, plaćanje računa, lični kontakti, ekonomske koristi koje ima od preseljenja (porezi, zdravstvena zaštita, troškovi života i sl.), da li se režimi oslobođenja od dugova drastično razlikuju (Eidenmüller, 2009: 16). Ova praksa pojačanog ispitivanja dokaza *ex ante* ima prednost zbog toga što se izbegavaju *ex post* troškovi osporavanja nadležnosti suda putem postupka poništaja odluke (Walters and Smith, 2010: 198).

Procena efekata COMI principa

Dajući sudovima veliku slobodu sa relativno nepreciznim kriterijumom i imajući na umu činjenicu šta je „ulog“, Uredba otvara put dilemama u pogledu krajnjih efekata kriterijuma za zasnivanje nadležnosti i njegove opravdanosti.

Kao osnovni nedostatak prepoznaje se nedovoljna određenost kriterijuma koja ostavlja dosta prostora tumačenju i pruža mogućnost za strateške manipulacije standardom kroz manipulisanje činjenicama na kojima se on zasniva (Eidenmüller, 2005: 430–431). Nedovoljna jasnoća kriterijuma znači i veću nepredvidljivost, što može stvoriti probleme sa poveriocima. Poveriocima je bitno da u trenutku nastanka pravnog odnosa znaju prema kojim pravilima će se sprovesti namirenje i kakav će njihov položaj biti u slučaju eventualnog stečaja – zaštita razumnih očekivanja poverilaca (INSOL Europe, 2012: 42). Neizvesnost se direktno odražava na procenu rizika pre zaključenja ugovora i na cenu kredita koji se daje (Ringe, 2009: 82; Eidenmüller, 2005: 429). Viši stepen neizvesnosti znači veći rizik, što će poverioci nadoknaditi kroz više kamatne stope, sredstva obezbeđenja, unošenje restriktivnih klauzula u ugovor (Mucciarelli, 2013: 2; McCormack, 2009: 187). Ovaj argument treba uzeti sa dozom obzira, jer neizvesnost za poverioce postoji čak i u slučajevima kada nema naznaka finansijskih teškoća, jer dužnik može da promeni pravni režim koji se na njega primenjuje u skladu sa slobodama EU. Dok god postoje razlike u materijalnom stečajnom zakonodavstvu država članica, neizvesnost će postojati (Ringe, 2009: 92). Poverioci bi bili sigurni samo u slučajevima kada se dužnik uzdržava od bilo kog vida prekograničnih aktivnosti (Enriques and Gelter, 2008: 54). Restriktivno tumačenje COMI principa u cilju ograničavanja ili sprečavanja migracije se posmatra i kao vid kršenja osnovnih sloboda EU (slobode kretanja lica i nastanjanja) (Ringe, 2009: 106). Ipak, smatra se da vrednosti poput zaštite interesa poverilaca i zaposlenih, zavređuju da se ove slobode ograniče u pojedinim okolnostima (Eidenmüller, 2009: 10; Lennarts, 2011: 50), samo je pitanje kako pronaći pravi balans (Hoffmann, 2012: 470).

Iako zvuči paradoksalno, ono što se smatra najvećim nedostatkom COMI principa – neodređenost i fluidnost koncepta – istovremeno se prepoznaje kao njegova najveća prednost. Način definisanja kriterijuma je takav da se njime sprečavaju ili makar smanjuju mogućnosti za *forum shopping* (Szydło, 2010: 254). Insistiranje na trajnosti i prepoznatljivosti od strane trećih lica podrazumeva fundamentalne promene u načinu poslovanja dužnika da bi se promenila nadležnost, tako da promenu nije moguće izvršiti u kratkom roku (Ringe, 2009: 84; Radović, 2013: 268). Ujedno, smanjena predvidljivost zasnivanja nadležnosti umanjuje mogućnost *forum shopping*-a, jer je predvidljivost nužna pretpostavka za taktiziranje (Szydło, 2010: 258; Pottow, 2007: 789).

Krajnja procena efekata primene ovog kriterijuma zasnovana je na tome koji su ciljevi promene COMI. Ako je promena sprovedena radi efikasnijeg sprovođenja stečajnog postupka (npr. korišćenje povoljnijeg režima reorganizacije), smatra se da nema zloupotrebe, dok će se u slučaju migracija vezanih za raspodelu stečajne mase u korist dužnika na štetu poverilaca ili u korist nekih poverilaca na štetu drugih (distributivni razlozi), smatrati da zloupotreba postoji (Eidenmüller, 2009: 13).

Nova Uredba o stečajnim postupcima

Dalja borba protiv bilo kakvog vida zloupotrebe u zasnivanju nadležnosti u stečajnom postupku, nastavlja se kroz tekst izmena Uredbe koji se primenjuje od juna 2017. godine. Tekst pravi eksplicitnu razliku između dobrog i lošeg *forum shopping*-a i insistira na sprečavanju bilo kakvog vida zloupotrebe. U cilju borbe protiv negativnih efekata, Uredba osnažuje COMI princip kroz njegovo definisanje u tekstu akta (za fizička i pravna lica, ali ne i za grupe kompanija). Definicija je na tragu ranije prihvaćenih rešenja i kodifikuje odluke Suda pravde EU. Dosta pažnje se poklanja prepoznatljivosti od strane trećih lica.¹⁸ Takođe, uvodi se i period pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka u kome sprovedena promena COMI ne proizvodi pravno dejstvo (za potrošače je tri meseca, a za pravna lica i preduzetnike šest meseci).¹⁹ Uvodi se i obaveza suda da *ex officio* ispituje svoju nadležnost. Ipak, iako se Uredba protivi *forum shopping*-u i ima nameru da spreči zloupotrebe, ostaje i dalje dosta prostora za mahniacije (Caneco, 2016: 2).

¹⁸ Recital 28 sadrži mere koje dužnik može da preduzme da bi promena COMI bila prepoznata: „informisanje poverilaca o novoj lokaciji na kojoj dužnik vrši svoje aktivnosti u dogledno vreme skretanjem pažnje na promenu adrese u poslovnoj korespondenciji, ili objavljivanje nove lokacije kroz druga prikladna sredstva”.

¹⁹ Pojedini autori kritikuju ovu novinu, ističući da je reč o arbitrarnom kriterijumu koji predstavlja prepreku za slobodu kretanja i koji bi mogao da spreči razumne migracije koje bi dovele do primene povoljnijeg režima (Eidenmüller, 2013: 21–22; Latella, 2014: 28). Bilo je predloga da period iznosi godinu dana i da, ako dužnik ima neizmirene dugove u ranijoj nadležnosti, poverioci moraju da se saglase sa migracijom (INSOL Europe, 2010: 42).

Zaključna razmatranja

Razvoj fundamentalnih sloboda EU doprineo je većoj prekograničnoj mobilnosti i fizičkih i pravnih lica. Kako je moguće da su tokom svog postojanja oni vezani za više pravnih sistema, pruža im se mogućnost da manipulacijom činjenicama za zasnivanje nadležnosti obezbede da se njihov stečaj pokrene u onom režimu koji prepoznaju kao najpovoljniji. To može imati pozitivne posledice po efikasnost sprovođenja stečajnog postupka, ali je moguće i da izabrani sistem koristi samo onome ko je podneo predlog za pokretanje stečaja, a da ide na štetu ostalih zainteresovanih lica, posebno poverilaca. Evropski se zakonodavac prilikom određivanja kriterijuma našao u procepu između ideala slobode kretanja u EU i potrebe zaštite interesa poverilaca. Iako je nastojao da spreči zloupotrebu, zakonodavac je odabrao kriterijum koji je dosta neodređen i koji može da bude podoban za zloupotrebu, ali i da je sprečava. U krajnjoj liniji, sve se svodi na to kako sud bude tumačio konkretni kriterijum.

Literatura

- Caneco, J. A. (2016). *Insolvency Law and Attempts to Prevent Abuse and Forum Shopping in the EU*. Pristupljeno 25. avgusta 2016, URL: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1839&context=student_scholarship>.
- Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings* OJ L 160, 30.6.2000, p. 1–18.
- de Weijs, R. J. and Breeman, M. S. (2014). Comi-migration: Use or Abuse of European Insolvency Law?. *European Company and Financial Review*, 4: 495–530.
- Eidenmüller, H. (2005). Free Choice in International Company Insolvency Law in Europe. *European Business Organization Law Review*, 6(03): 423–447.
- Eidenmüller, H. (2009). *Abuse of law in the context of European Insolvency Law*. Pristupljeno 25. avgusta 2016, URL: <<http://ssrn.com/abstract=1353932>>.
- Eidenmüller, H. (2013). *A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*. Pristupljeno 19. oktobra 2016, URL: <http://ssrn.com/abstract_id=2230690>.
- Enriques, L. and Gelter, M. (2008). *How the old world encountered the new one: regulatory competition and cooperation in European corporate and bankruptcy law*. Pristupljeno 19. oktobra 2016, URL: <<https://ssrn.com/abstract=887164>>.

- European Commission. (2014). *Commission staff working document Impact assessment accompanying the document Commission recommendation on a new approach to business failure and insolvency*. Pristupljeno 25. avgusta 2016, URL: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/swd_2014_61_en.pdf>
- Hoffmann, T. (2012). The Phenomenon of “Consumer Insolvency Tourism” and its Challenges to European Legislation. *Journal of consumer policy*, 35(4): 461–475.
- INSOL Europe. (2012). *Revision of the European Insolvency Regulation*. Pristupljeno 30. oktobra 2016, URL: <<https://www.insol-europe.org/technical-content/revision-of-the-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe>>.
- Kurenkova, A. (2011). *Insolvency Law Matters: How to Prevent Forum hopping under EU Insolvency Regulation?*. Pristupljeno 25. avgusta 2016. URL: <<http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=339848>>
- Latella, D. (2014). *The ‘COMI’ Concept in the Revision of the European Insolvency Regulation*. Pristupljeno 28. avgusta 2016, URL: <<http://ssrn.com/abstract=2336470>>.
- Lennarts, L. (2011). *The Review of the EU Insolvency Regulation – Time to Recognize the Ties that Bind Company Law and Insolvency Law?*. Pristupljeno 17. oktobra 2016, URL: <<http://www.naciiil.org/uploads/files/preadvies-2011.pdf>>
- Lynch Fannon, I. (2013). *Bankruptcy Tourism in the UK: Why and How?*. Pristupljeno 25. avgusta 2016, URL: <<http://ssrn.com/abstract=2351850>>.
- Maslin, J. P. (2010). *European Cross-Border Insolvency Regulation as a Tool Against Forum-Shopping*. Pristupljeno 22. avgusta 2016, URL: <<https://ssrn.com/abstract=1539391>>
- McCormack, G. (2009). Jurisdictional competition and forum shopping in insolvency proceedings. *The Cambridge Law Journal*, 68(01): 169–197.
- Mucciarelli, F. M. (2005). The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy–Case Note on the Decision “B & C” of the Italian Corte di Cassazione. *European Company and Financial Law*, 2(4): 512–533.
- Mucciarelli, F. M. (2013). *The unavoidable persistence of forum shopping in European insolvency law*. Pristupljeno 28. avgusta 2016, URL <<https://ssrn.com/abstract=2375654>>.
- Pottow, J. A. (2007). The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency. *Brooklyn Journal of International Law*, 32(3): 785–817.
- Radović, V. (2013). Princip čiste univerzalnosti u međunarodnom stečaju. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 6: 261–278.
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings OJ L 141, 5.6.2015, p. 19–72.

- Ringe, W. G. (2009). Strategic Insolvency Migration and Community Law in: *Current issues in European financial and insolvency law: perspectives from France and the UK*, eds. W. G. Ringe, L. Gullifer and P. Théry. (Oxford/Portland: Hart Publishing): 71–111.
- Szydło, M. (2010). Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law. *European Business Organization Law Review*, 11(02): 253–272.
- Tirado, I. (2015). *An Evolution of COMI in the European Insolvency Regulation: From 'Insolvenzimperialismus' to the Recast*. Pristupljeno 25. avgusta 2016, URL: < <https://ssrn.com/abstract=2688169>>.
- Tribe, J. P. (2016). *Bankruptcy Tourism in the European Union: Myth or Reality?*. Pristupljeno 24. avgusta 2016, URL: < <https://ssrn.com/abstract=2781500>>.
- Van Calster, G. (2015). *COMIng, and Here to Stay*. Pristupljeno 19. oktobra 2016, URL: <<http://ssrn.com/abstract=2637003>>.
- Virgos, M. and Schmit, E. (1996). *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*. Pristupljeno 10. novembra 2016, URL: < http://globalinsolvency.com/sites/all/files/insolvency_report.pdf >
- Walters, A. and Smith, A. (2010). 'Bankruptcy tourism' under the EC regulation on insolvency proceedings: A view from England and Wales. *International Insolvency Review*, 19(3): 181–208.
- Wessels, B. (2010). *COMI: Round III*. Pristupljeno 3. novembra 2016, URL: <http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment_id=1295. >
- Zijderveld, C. (2016). *The European Insolvency Regulation after the First 10 Years*. Pristupljeno 31. avgusta 2016, URL: < <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/18282806v1%20-%20The%20European%20Insolvency%20Regulation%20after%20the%20First%2010%20Years%20-%20Christiaan%20Zijderveld.DOCX>>.

Aleksandra D. Višekruna

MIGRATIONS AND THEIR INFLUENCE ON INSOLVENCY PROCEEDINGS

Summary: *Each country has a unique insolvency regime that reflects values and interests of society in which the insolvency law is enacted. In case of insolvency, each entity will strive to take advantage of the most favourable insolvency law. That circumstance can instigate individual or company to change legal regime which would be applied to him/it by migrating to some other country which insolvency law is perceived*

as more favourable (forum shopping). This issue is particularly interesting in the EU context where there is no harmonization of substantive insolvency law so European legislators develop mechanisms to prevent migrations that could constitute abuse of law (especially damaging interest of creditors in insolvency). The question arises whether these mechanisms are in accordance with fundamental freedoms of the EU (especially freedom of movement of people and freedom of establishment). Also, there is a dilemma whether forum shopping is necessarily a negative phenomenon or it can have some positive aspects. All of the above should also be considered in the context of the new European Regulation on insolvency proceedings which enters into force in 2017.

Key words: *migration, insolvency, forum shopping, Regulation on insolvency proceedings, centre of main interests.*