

ZAŠTITA OVISNOG DRUŠTVA – NEDAVNI JUDIKATI VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE SLOVENIJE

Doc. dr. sc. Jerneja Prostor*

UDK: 347.72.04

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.40.1.21>

Ur.: 9. siječnja 2019.

Pr.: 25. veljače 2019.

Stručni rad

Sažetak

U ovom se radu obrađuju primjeri sudske prakse u kojima su članovi društva prekršili zabranu vraćanja uloga. Radi se o zabrani koja omogućava očuvanje temeljnoga kapitala u društvu kapitala. Institut temeljnoga kapitala razvio se u cilju pružanja sigurnosti vjerovnicima društava kapitala, jer članovi društva ne odgovaraju za obveze tih društava svojom imovinom. Ako članovi društva ne poštuju pravila koje je zakonodavac odredio u cilju održavanja temeljnoga kapitala i pritom iz imovine društva isplaćuju nedopuštena primanja koja se mogu izolirati i procijeniti, dužni su to vratiti društvu. U analiziranim primjerima sudske prakse riječ je o društvima koja su povezana u koncern, a sud je na najvišoj instanci u svima njima pronašao povredu pravila o nedopuštenim primanjima. Posljedice takvih postupanja utječu i na uključene treće osobe (npr. banke koje su za osiguranje svojih tražbina prema članovima društva primile, tzv. uzlazna sredstva osiguranja društva), ako su znale da se s tim pravnim poslovima vrijeđa zabrana vraćanja uloga.

Ključne riječi: temeljni kapital; zabrana vraćanja uloga; koncern; osiguranje; dobra vjera.

1. UVOD

U društvima osoba članovi odgovaraju za obveze društva cijelom svojom imovinom. U društvima kapitala njihov je rizik obično ograničen visinom njihovog udjela u kapitalu društva. Iznimka je prihvatljiva u društvima s ograničenom odgovornošću, s obzirom na činjenicu da se u tom pravnom obliku društva miješaju elementi društva osoba i društva kapitala. U društvu kapitala, dakle, institut temeljnoga kapitala preuzima funkciju pružanja sigurnosti vjerovnicima društva, dok, članovi zbog postojanja te povlastice nepreuzimanja odgovornosti društva moraju preuzeti određene druge obveze. One moraju biti ispunjene, inače, u krajnjem slučaju, kada nastupe okolnosti, odnosno kada se ispune uvjeti za proboj pravne osobnosti,

* Dr. sc. Jerneja Prostor, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, viši sudski savjetnik na Vrhovnom sudu Republike Slovenije; jerneja.prostor@um.si.

neograničeno odgovaraju za obveze društva kapitala. Međutim, ovaj rad ne ulazi u te detalje, nego se bavi podređenim pitanjima, tj. pitanjima odgovornosti članova društva, primjerice pri kršenju zabrane nedopuštenih isplata. U tim primjerima članovi društva utječu na imovinu društva na način kojeg je moguće prepoznati i ocijeniti, stoga društvo ima na temelju korporacijskog regresnog zahtjeva pravo zahtijevati isplaćene koristi.

Za lakše razumijevanje ovoga rada bitno je poznavati institut temeljnoga kapitala koji štiti interese vjerovnika. Iako, treba naglasiti da je temeljni kapital stavka u pasivi društva, što znači da se njime ne odgovara za obveze društva, već društvo za obveze odgovara svojom imovinom, dakle onime što je u aktivni društva. U posljednjih nekoliko godina razmjerno gledano minimalni iznosi temeljnoga kapitala za osnivanje društva se umanjuju, i sve češće je moguće čuti misao, da temeljni kapital nema toliko važnu ulogu za zaštitu vjerovnika.¹ Uistinu, nekoliko tisuća eura vjerovnicima ne znače mnogo ako ih društvo ne može namiriti vjerovnicima. Međutim, valja istaknuti da se vjerovnicima pruža odgovarajuća zaštita posebnim pravilima kojima se osigurava obveza održavanja temeljnoga kapitala u društvu, tijekom njegova postojanja. Ta se zaštita pruža također u i slučaju stečaja koji je posljedica nedopuštenih isplata članovima društva, ako su vjerovnici upoznati s tim pravilima i koriste zaštitu koju im pruža zakonodavac.

U ovom će radu biti prikazani primjeri sudske prakse u kojima su članovi društva i društvo prekršili zabranu vraćanja uloga zajedno s pravnim posljedicama isplaćivanja nedopuštenih isplata.

U poslovnoj se praksi, a radi namjere prikrivanja imovinskog tijeka iz imovine društva u imovinu člana društva u transakcije često uključuju treće nepovezane osobe, a zadatak sudstva je prepoznati sve neizravne oblike zabranjenog vraćanja uloga. Iz tih razloga pravne se posljedice u tim primjerima mogu razlikovati. U ovom razmatranju će biti, između ostalog, osvijetljena problematika povezanih društava u koncernu pa se slijedom toga stremi zaključku, da su i sva pravna pravila tako povezanih društava u funkciji održavanja temeljnoga kapitala društva.

S obzirom na sve nedavne slučajeve koje je razmatrao Vrhovni sud Republike Slovenije i koji su vezani za nedopuštene isplate u dioničkom društvu, u ovom se radu neće posebno razmatrati kako to pitanje funkcionira u društvu s ograničenom odgovornošću, jer se način uređenja tih pitanja u dioničkom društvu od društva s ograničenom odgovornošću u određenoj mjeri razlikuje.

2. NEDOPUŠTENA PRIMANJA

Iz članka 227. *Zakona o gospodarskih družbah* (dalje u tekstu: ZGD-1),² koji nosi naslov „Zabrana povrata plaćenog i plaćanja kamata na ulog“ izričito proizlazi, da povrat plaćenog i plaćanje kamata na ulog dioničaru nije dopušten (st. 1.), pri čemu

1 Vidi npr. Ho, J. K. S., *Revisiting the Legal Capital Regime in Modern Company Law*, *The Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1/2017, str. 2, 9, 13-20.

2 *Zakon o gospodarskih družbah*, Ur. l. RS, br. 65/09 – UPB, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 82/13 in 55/15, 15/17.

se povratom uplaćenog uloga ne smatraju: (1) isplate udjela u bilančnoj dobiti i (2) isplate kod dopuštenog stjecanja vlastitih dionica (st. 2.). Uz te dvije iznimke možemo u Zakonu na nekoliko mjesta pronaći još neke (npr. isplate na temelju umanjenja temeljnoga kapitala, isplate otpremnina kod nekih od oblika preoblikovanja društva). Pritom je važno, da su one Zakonom određene. Zacijelo je dopustivo, da dioničko društvo sa svojim dioničarima sklapa obveznopravne poslove, pod uvjetom da su sklopljeni isto kao s trećim osobama.

U dioničkim društvima, dakle, nedopustiva je svaka isplata, koja ne označava: (1) zakonitu dividendu, (2) isplate kod dopuštenog stjecanja vlastitih dionica, (3) neke od drugih zakonskih iznimaka, koje dopuštaju isplate dioničarima te (4) isplate na pravno-poslovnoj osnovi i prema tržišnim uvjetima. U teoriji razlikujemo otkrivene i prikrivene isplate (povrat uloga). Otkrivene isplate su one koje su očigledne i one u poslovnoj praksi uzrokuju manje poteškoća, naime:

- isplata dividendi, ako je godišnji financijski izvještaj ništetan,
- isplata dividendi bez odluke skupštine o upotrebi bilančne dobiti ili ako je ta odluka ništetna ili ako odluka ne predviđa isplate dioničarima,
- isplata prijelaznih dividendi koja je protivna prisilnim propisima,
- podjela imovine društva među dioničarima u postupku likvidacije protivno pravilima o zaštiti vjerovnika, odnosno
- podjela imovine između dioničara koja nije proporcionalna s njihovim udjelom u temeljnom kapitalu.³

U članku 227. stavku 3. ZGD-1 određena je i izričito nedopustiva prikrivena isplata dobiti – prikrivena isplata koja zabranjuje potcijenjene transakcije između društva i dioničara u korist dioničara (također *disguised distributions*).⁴ Izraz proizlazi iz poreznog prava, a inače se radi o prikrivenom prijenosu imovine društva na njegove dioničare.⁵ Zabel prema odredbi članka 227. stavka 3. ZGD-1 zaključuje, da zabrana važi za svaki posao „bez odgovarajuće naknadne protučinidbe/usluge“ (njem. *ohne angemessene Gegenleistung*).⁶ Premda izloženo znači tek „isplatu za potraživanja ili usluge dioničara“ pravilo važi za svako potraživanje, pravo ili uslugu koje društvo daje dioničaru.⁷ Dakle, suprotna obveza dioničara mora odgovarati standardu „prave vrijednosti“ koja obično znači tržišnu vrijednost (npr. uobičajene komercijalne kamate za zajam).

Prikriveni oblik zabrane vraćanje uloga Vrhovni sud Republike Slovenije prepoznao je u sudskoj praksi VSRS III Ips 79/2017, 12. 2. 2018. godine, u kojoj je dioničko društvo osiguralo solidarno jamstvo za tražbinu, koju je banka imala prema

3 Više Kobal, A., Varstvo premoženja delniške – korporacijskopравни vidiki prikritih prenosov premoženja (prikritih izplačil dobička), Podjetje in delo 1/2008, str. 15-17.

4 Armour, J., Hertig, G., Kanda, H., u Kraakman, R., i dr., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Second Edition, New York, Oxford, Oxford University Press, 2009, str. 132.

5 Kobal, A., Varstvo ..., cit., str. 21. Usp. Podgorelec, P., Ohranjanje osnovnega kapitala pri d.o.o., Podjetje in delo 8/2006, str. 1678.

6 Zabel, B., Prikrivo izplačilo dobička v delniški družbi, *Pravnik*, 1-2/2012, str. 81; osvrće se na Schmidta.

7 Loc. cit.

trećoj osobi. Banka je imala ulogu dioničara u društvu. Davanjem jamstva od strane društva, za banku se smanjio rizik nenamirenja tražbine prema trećoj osobi. Taj je rizik umjesto banke preuzelo društvo, čime je imovinu društva dovelo u lošiji položaj. Naime, sud je ustanovio da preuzeto jamstvo nije bilo osigurano odnosno da društvo za preuzimanje toga solidarnog jamstva nije primilo odgovarajuću novčanu naknadu. Da banka nije bila dioničar društva, svakako ne bi primila takvo osiguranje tražbina prema trećoj osobi.

Sud je u tom primjeru utvrdio, da je zbog davanja jamstva prekršena zabrana isplate (jer je zabranjeno i samo davanje, a ne samo unovčenje osiguranja), stoga je davanje osiguranja ništetno.

3. POSLJEDICE PRIKRIVENOGA VRAĆANJA ULOGA

U slovenskoj, njemačkoj pa i u austrijskoj pravnoj literaturi autori jednoglasno smatraju, kada je u pitanju otkriveno vraćanje uloga u dioničkom društvu, da je pravni posao ništetan u cijelosti, što znači, da je ništetan i obveznopravni posao i posao raspolaganja.⁸ Određivanje pravnih posljedica prikrivenih vraćanja uloga je zahtjevnije, stoga se rad ne upušta u detaljniju raspravu o tomu pitanju.⁹ Nije sporno da se već sklopljen pravni posao koji ima značajke kršenja zabrane isplaćivanja ne smije ispuniti, premda mora posloводство društva odbiti ispunjenje takvog posla, upućujući na zabranu vraćanja uloga.¹⁰ Društvo može svoju obvezu ispuniti samo ako će se suglasnom promjenom pravnog posla dioničkom društvu moći naknaditi gubitak od umanjena vrijednosti.¹¹ Ako je takav pravni posao već ispunjen (i pritom nije bio odgovarajuće promijenjen), članovi upravnog i nadzornog odbora društva odgovaraju za naknadu štete. Posloводство je odgovorno unatoč tomu, ako se zabranjena isplata izvela na osnovi odluke skupštine, takva je odluka prema članku 390. ZGD-1 ništetna,¹² jer odredba članka 263. st. 3. ZGD-1 ne štiti članove posloводства.¹³ Zbog sklapanja nedopuštenog pravnog posla dioničar može odgovarati za naknadu štete društvu zbog

8 Kopal, A., Pravna narava zahtevka delniške družbe za vračilo prepovedanega vračila vložka, Podjetje in delo, 2/2008, str. 213. Kocbek, M., u: Ivanjko, Š., Kocbek, M., Prelič, S., Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov, 2. dopunjeno i izmijenjeno izd., GV Založba, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2009., str. 469, koji se osvrće na Hüfferja. Bayer, W., u: Goette, W., Habersack, M., Kalss, S., Bayer, W., Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., Bd. 1, München, Beck, 2016., § 57, r. br. 222. Koppensteiner, H. G., Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge?, u: Hainz, B., Krejci, H. (urednici), Festschrift Reich-Rohrwig, Wien, MANZ Verlag, 2014., str. 119.

9 Više Prostor, J., Korporacijska kondicija: varstvo upnikov kapitalskih družb s pravili o vezanem kapitalu, Doktorska disertacija, Ljubljana, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2018., str. 57-77.

10 Bayer, W., Scholz, P., Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei verbotener Einlagerückgewähr, Die Aktiengesellschaft, 11/2013, str. 429, Koch, J., u: Hüffer, U., Koch, J., Aktiengesetz, München Beck, München, Beck-Online, 2016., § 57, r. br. 32.

11 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 231. Bayer in Scholz mjere na uklanjanje nedostatka pravnog posla (*quasi »heilen«*). Bayer, W., Scholz, P., op. cit., str. 428.

12 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 221.

13 Usp. Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 32.

iskorištavanja svog utjecaja, ako su ispunjeni uvjeti prema članku 264. ZGD-1.¹⁴

Ako je takav pravni posao već ispunjen (i pritom nije bio odgovarajuće promijenjen – prilagođen tržišnim uvjetima), društvo ima pravo na korporacijski zahtjev na povrat prema članku 233. ZGD-1.¹⁵ Sankcija ništetnosti u tim primjerima nije izričito predviđena zakonom. Drukčije je određeno u članku 6. stavku 4. Zakona o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskoga pomena za Republiku Sloveniju (ZICUDSP) (*lex Mercator*),¹⁶ prema kojem su jamstva u društvu sistemskog značenja za Republiku Sloveniju, većinskim članovima društva ili s njima povezanim društvima, garancije, zajmovi, jamstva ili slične obveze ništetni, ako je većinski član društva ili s njime povezana osoba u postupcima zbog insolventnosti, odnosno točnije, ako su bili ispunjeni uvjeti, da je bio u upravi društva od sistemskog značenja imenovan izvanredan član, koji nije dao suglasnost za sklapanje takvog pravnog posla (to važi i prema čl. 5. st. 5. ZICUDSP-a).

4. UKLJUČIVANJE TREĆIH (NEPOVEZANIH) OSOBA U POSLOVE PRIKRIVENIH ISPLATA

Dioničar i društvo su u međusobnom korporacijskom odnosu. Iz tog razloga društvo može od dioničara na temelju korporacijskog zahtjeva zahtijevati povrat nedopuštenih isplata, a taj je zahtjev zbog zaštite vjerovnika jači od obveznopravnoga zahtjeva.

Primarni adresati zabranjenih vraćanja uloga su društvo i njegov dioničar, pri čemu je vraćanje nedopustivih isplata prvenstveno obveza dioničara. Rizik kršenja zabrane vraćanja uloga dioničaru isto tako postoji ako:

- društvo sklapa pravni posao s trećom osobom, a pritom je dioničar onaj koji je na temelju takvog posla primio neku korist ili
- umjesto društva nastupa treća osoba, ispunjenje koje obveze dioničaru se smatra kao zabranjeno vraćanje uloga.¹⁷

Premda u tim primjerima formalno ne dolazi do vraćanja uloga, možemo i takve primjere ubrajati među nedopustive isplate, ako se utvrdi, da se ekonomski učinci takvoga pravnog posla lako pripisuju u korist dioničaru na račun društva.¹⁸ Učinkovita zaštita imovine društva je moguća samo, ako su zabranjeni i svi oblici vraćanja uloga, to su »poslovi koji uključujući treće osobe doista pokušavaju prikriti postojeći tok kapitala« od imovine društva prema njegovom dioničaru.¹⁹

Pitanje, kada postoji zabranjeno vraćanje uloga, potrebno je odvojiti od pitanja

14 Usp. Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 32.

15 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 231.

16 Zakon o pogojih imenovanja izrednoga člana uprave v družbah sistemskoga pomena za Republiku Sloveniju, Ur. l. RS, br. 23/17.

17 Kopal, A., Varstvo..., cit., str. 30. Više Koch, J., op. cit., § 57, r. br. 17. O nedopuštenim isplatama možemo govoriti kada treća osoba djeluje za račun društva. Isto tako nedopuštene se isplate pripisuju društvu, ako ima treća osoba manjinski udio (bar 25 %) i može im dati povod za nedopuštene isplate. Loc. cit.

18 Usp. Kopal, A., Varstvo..., cit., str. 14, 30.

19 Ibid., str. 29.

protiv koga je moguće postaviti korporacijski regresni zahtjev. Vraćanje nedopustive isplate moguće je od treće osobe zahtijevati samo u iznimnim slučajevima, i to samo ako tu osobu možemo izjednačiti s dioničarom. Ako je, npr. primatelj isplate – treća osoba bivši, budući ili de facto dioničar ili od dioničara ovisno društvo, društvo može ostvarivati zahtjev za povrat i od te osobe, analognom primjenom odredbe članka 233. ZGD-1.²⁰ Kada se nedopustiva isplata može samo pripisati dioničaru (onda, kada treće osobe ne izjednačavamo s dioničarem) – npr. isplata se izvrši trećoj osobi, a zapravo je prima dioničar, ili je prima treća osoba po nalogu dioničara, ili je primatelj član obitelji dioničara, ili druga s njim povezana osoba, ili društvo daje osiguranje za dioničarev zajam – onda je dioničar (a ne i treća osoba) onaj, koji je dužan društvu vratiti takve nedopustive isplate, jer je on primatelj nedopustivih isplata. Isto tako će biti i ako nedopustiva isplata uistinu ostaje u rukama treće osobe.²¹

U poslovnoj praksi pogotovo su aktualni primjeri, u kojima društvo trećim osobama daje osiguranje za zajam ili kredit, kojeg je s tom osobom sklopio njegov dioničar. Osiguranja, koja društvo daje vjerovniku svog dioničara za zaštitu vjerovnikove tražbine prema dioničaru, sporna su sama po sebi. Dioničar se obraća društvu da mu ono pribavi osiguranje za tražbinu koju treća osoba ima prema dioničaru, bilo zbog toga jer sam nije sposoban ishoditi osiguranje, s kojim bi mogao zaštititi svoju obvezu prema vjerovniku ili zbog mogućnosti da mu društvo pribavi takvo osiguranje pod uvjetima koji su povoljniji od tržišnih.²²

Dakle, takva su osiguranja sklopljena pod uvjetima, koji su povoljniji od tržišnih, i koje društvo u suprotnom slučaju pod tim uvjetima (ili uopće) ne bi sklopilo u svrhu zaštite obveza trećih, nepovezanih osoba. Stoga u tim pravnim poslovima obično dolazi do povrede zabrane vraćanja uloga. Bez ikakve sumnje, društvo koje daje jamstvo za plaćanje neke obveze, bez obzira na to da se pritom obvezuje kao jamac ili kao sredstvo osiguranja nudi neku svoju imovinu, zbog toga u ekonomskom smislu vrijedi manje prije nego što je pružilo jamstvo, što dodatno utvrđuje tezu o nedopustivim isplatama. Unatoč izloženom, u poslovnoj praksi takve vrste pravnih poslova obično su dopuštene i u poredbenim pravnim porecima kao i u Republici Sloveniji.

Prevladavajući je stav, prema kojem u sličnim primjerima govorimo o zabrani vraćanja uloga, izvršenog poticajem dioničara pod uvjetom da postoji konkretan rizik, da će se osiguranje unovčiti, a pored toga nije uređeno odgovarajuće osiguranje regresnog zahtjeva prema dioničaru ili ako za osiguranje nije bila uplaćena tržišna provizija. U tim primjerima društvo protiv zajma, odnosno zajmodavaca u slučaju unovčenja osiguranja, ne može uvažiti neusklađenost s pravilima o očuvanju temeljnoga kapitala, jer se već zasnivanjem osiguranja nazire, da je došlo do nedopustive isplate dioničaru.²³ Isto tako, kad se unovči osiguranje koje je dalo društvo, ono prema

20 Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 126, 232, § 62, r. br. 18-19, 22 i 24.

21 Kobal, A., Pravna..., cit., str. 233-234. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 123. Vidi također OGH 6 Ob 14/14y, 15. 12. 2014 (Humanitas).

22 Usp. Bilić, A., Uzlazna sredstava osiguranja (*upstream guarantees*), Zbornik Susreta pravnika Opatija, 2018., str. 192.

23 Habersack, M., u: Ulmer, P., Habersack, M., Löbbe, M., GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II, 29-52, Tübingen, Mohr

trećoj osobi ne može istaknuti korporacijski regresni zahtjev, jer nedopuštena isplata obvezuje poslovodstvo društva i zabranjuje mu isplate iz imovine društva, u odnosu prema dioničaru, ali i s njime izjednačene treće osobe²⁴ (a ne i prema nepovezanim trećim osobama).

U poslovnoj je praksi dioničar, čije je obveze prema trećoj osobi osiguralo „njegovo“ društvo, najčešće u slabom financijskom položaju. Drugim riječima: dioničar, prema kojem bi moglo društvo istaknuti korporacijski regresni zahtjev, često nije sposoban osloboditi društvo obveze koju je to društvo preuzelo za njegove dugove prema trećim osobama, odnosno društvu nije sposoban dati osiguranje u slučaju da dođe do unovčavanja tog jamstva.²⁵ Društva su stoga sklona tomu da se sama rasterete obveza koje su preuzela prema trećim osobama. U poredbenim pravnim sustavima u se tim primjerima ustalilo rješenje, kojim, društvo protiv primatelja osiguranja koji je znao za povredu zabrane isplate, odnosno kojem ta povreda nije mogla ostati nepoznata, ima pravo isticati prigovor zloupotrebe ovlasti za zastupanje, zbog kojeg se poslovodstvo društva pri davanju navedenog osiguranja nije valjano obvezalo. Povreda pravila o nedopuštenim isplatama mora biti očita. Tako, primjerice, u Njemačkoj očita nemarnost treće osobe zbog koje ista nije znala za povredu pravila, nije dostatna.²⁶ U Austriji društvo može istaknuti prigovor protiv unovčenja osiguranja s naslova zloupotrebe ovlasti za zastupanje, ako treća osoba to nije znala zbog očite nemarnosti.²⁷ Ne zahtijeva se da treća osoba mora u trenutku sklapanja pravnog posla s društvom s kojim to društvo vrijeđa pravilo o nedopuštenim isplatama, sudjelovati s namjerom oštetiti druge vjerovnike društva – dovoljno je, da to zna ili da je to očito.²⁸ Ako bi treća osoba (primatelj osiguranja tražbine), znala za nedopuštene isplate, odnosno te joj isplate ne bi mogle ostati nepoznate, htjela pozvati se na neograničene ovlasti za zastupanje poslovodstva, to bi značilo zloupotrebu njenih prava,²⁹ odnosno to bi značilo povredu načela savjesnosti i poštenja.³⁰ Pravni posao između društva i treće osobe zbog zloupotrebe ovlasti za zastupanje poslovodstva zastupanog (društva) ne obvezuje,³¹ osim ako treća osoba nije znala za nedopuštene isplate i isplata nije bila očita. U suprotnom, ako je osoba koja je primila osiguranje tražbine u dobroj

Siebeck, 2014., § 30, r. br. 96.

24 Ibid., r. br. 121. Poseban režim tih pitanja u društvu sistemskog značenja za Republiku Sloveniju prema ZIČUDSP (*lex Mercator*).

25 S obzirom na mogućnost društva Usp. Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 192, upućuje se na Altmepena.

26 Altmepfen, H., u: Roth, G. H., Altmepfen, H., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 8. Aufl., München, Beck-Online, Beck, 2015., § 30, r. br. 165, međutim to stajalište nije jedinstveno prihvaćeno.

27 OGH 6 Ob 14/14y, 15. 12. 2014 (Humanitas), OGH 4 Ob 2078/96h, 25. 6. 1996 (Fehringer), OGH 6 Ob 29/11, 14. 9. 2011 (Almassi/Stade).

28 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 237.

29 Altmepfen, H., op. cit., § 30, r. br. 165. Torggler, U., Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014., str. 100, za austrijski pravni sistem.

30 Podgorelec, P., Dopustnost posojil in finančne pomoči med družbeniki, delničarji in njihovo gospodarsko družbo, Podjetje in delo, 6-7/2014., str. 1313.

31 Bayer, W., op. cit., § 57, r. br. 237.

vjeri, onda je potrebno pravni posao održati kao valjan, a društvo može svoje interese zaštititi samo putem isticanja korporacijskoga regresnog zahtjeva prema dioničaru, a u čemu zbog nedostatnih financijskih sredstava dioničara najčešće neće moći uspjeti. Za treću osobu koja je primila osiguranje tražbine nije štetno, ako tek kasnije sazna da je sa sklopljenim pravnim poslom povrijeđeno načelo očuvanja kapitala, a također se od nje ne zahtijeva da bi morala o tim okolnostima posebno istraživati.³²

5. VRHOVNI SUD REPUBLIKE SLOVENIJE O OSIGURANJU ZA VLADAJUĆE DRUŠTVO

U 2018. godini Vrhovni sud Republike Slovenije odlučivao je u dva predmeta u kojima je ovisno društvo osiguralo obveze dioničara – vladajućeg društva prema banci. U oba su primjera postojale okolnosti faktičnog koncerna, u kojem po slovenskom pravu vladajuće društvo može iznimno utjecati štetno na ovisno društvo, ako mu naknadi štetu (čl. 545. st. 1. ZGD-1). Taj, tzv. koncernski privilegij smije vladajuće društvo ostvariti samo, ako je to u interesu koncerna³³ i samo u opsegu, koji omogućava naknadu pojedinačne štete. Kvalificirana šteta je, naime, u faktičnom koncernu zabranjena, jer nju nije moguće izolirati, izmjeriti i posljedično tomu namiriti.³⁴ Izvršavanje prevladajućeg utjecaja na način koji nije u skladu sa sustavom pojedinačne naknade, znači okolnost kvalificiranog faktičnog koncerna, koja je protupravna.³⁵ Pojedinačnu štetu vladajuće društvo može naknaditi: (1) jednokratno tijekom poslovne godine u kojoj je nastala šteta, ako određena pogodnost prijeđe u imovinu vladajućeg društva do zaključnoga datuma bilance³⁶ ili (2) na kraju poslovne godine u suglasnosti s vladajućim društvom sa sklapanjem ugovora iz kojega proizlazi pravo zahtijevati naknadu štete.³⁷ Pojedinačno osiguranje za obveze vladajućeg društva prema banci svakako je šteta, koju je moguće izolirati, izmjeriti i namiriti, stoga se pitanje protupravnosti kvalificiranog koncerna na ovom mjestu obično ne pojavljuje. Štetan utjecaj vladajućeg društva je uzrokovan, ako ovisno društvo daje osiguranje u okolnostima u kojima postoji konkretan rizik, da će osiguranje ovisnog

32 Altmepfen, H., op. cit., § 30, r. br. 166. Tako o istraživanju također Torggler, U., op. cit., str. 100, u austrijskom pravnom sustavu; vidi tamo citiranu sudsku odluku OGH 4 Ob 2078/96h, 25. 6. 1996 (Fehring). Sud je zahtijevao istraživanje u slučaju u kojem je sumnja na postojanje zabranjenog vraćanja uloga bila tako očigledna, da je bila gotovo nedvojbeno. Već na početku sumnjivi primjeri zahtijevaju daljnje istraživanje. Zajmodavac je morao sudionika upitati o suprotnoj obvezi, a pritom se nije smio osloniti na očito pogrešne informacije. Torggler smatra, da bi bilo potrebno zahtijevati daljnje istraživanje, ako je zajmodavac ima neke naznake, da je došlo do nedopustivih isplata ili to očito proizlazi iz jednostavno dostupnih podataka. Ibid., str. 102. Slično Karollus, M., Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr. Der Gesellschafter 2/2015, str. 134. Vidi također OGH 6 Ob 29/11, 14. 9. 2011 (Almassi/Stade).

33 Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 43.

34 Ibid., r. br. 42.

35 Podgorelec, P., Sodobni trendi v razvoju prava d.o.o. in izzivi za ZGD-1, Podjetje in delo, 3-4/2009, str. 571, Kocbek, M., Odškodninski in drugi zahtevki znotraj povezanih družb v dejanskem ter pogodbenem koncernu, Podjetje in delo, 6-7/2010, str. 999.

36 Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 41, 44.

37 Kocbek, M., op. cit., str. 992; Koch, J., op. cit., § 311, r. br. 46.

društva biti unovčeno i pritom ne postoji odgovarajuće osiguranje regresnog zahtjeva prema vladajućem društvu ili ako svrhom osiguranja nije plaćena tržišna provizija. Uglavnom, vladajuće društvo bi moglo plaćanje tržišne provizije za osiguranje izvršiti kasnije, moglo bi i ovisnom društvu kasnije dati osiguranje ako dođe do realizacije osiguranja tražbine, ali bi zato moralo u skladu sa koncernskim privilegijem to učiniti najkasnije krajem poslovne godine, u kojem je osiguranje omogućeno. Ako se šteta ovisnom društvu ne nadoknadi pravodobno, to se, u okolnostima faktičnoga koncerna, ako je došlo do davanja osiguranja ovisnog društva za obveze vladajućeg društva prema banci, smatra povredom načela očuvanja kapitala.

U tom slučaju ovisno društvo može postaviti korporacijski regresni zahtjev prema vladajućem društvu, što u pravilu ne bi urodilo plodom (vidi prethodni odjeljak). Zbog toga je ovisno društvo zainteresirano, da se rastereti od davanja jamstva banci kao trećoj, nepovezanoj osobi. Budući da banke nije moguće izjednačiti s dioničarima društva, ovisno društvo protiv banke ne može istaknuti zahtjev analognom primjenom odredbe članka 233. ZGD-1. Vrhovni sud Republike Slovenije u sudskom postupku pod oznakom III Ips 115/2016, od 13. lipnja 2018. godine, zauzeo je stajalište da je banka u tom slučaju „pasivno stvarno legitimirana tek prema općim pravilima obveznog prava, koja određuju ništetnost pravnih poslova“. Međutim, sklapanje ugovora o osiguranju zajma s kojim ovisno društvo i vladajuće društvo krše načelo očuvanja kapitala, banci kao trećoj osobi nije zabranjeno, jer ugovor sam po sebi i prema članku 86 stavku. 2. slovenskoga Obligacijskog zakonika (dalje u tekstu: OZ),³⁸ nije ništetan. Iako se ugovaranjem osiguranja povrjeđuje načelo očuvanja kapitala, to, međutim, znači da je pravni posao između ovisnog društva i banke obično valjan.

Drukčija je pravna posljedica u situaciji, ako je banka znala da „je sklapanje takvog pravnog posla nedopušteno i ono znači vraćanje uloga dioničaru“ i unatoč tomu je sklopila ugovor o osiguranju tražbina. U takvom primjeru je Vrhovni sud Republike Slovenije odlučio, da banka i sama krši kogentna pravila ZGD-1. Zbog postupanja banke u lošoj vjeri ugovor bi bio ništetan zbog suprotnosti prisilnim propisima prema članku 86. stavku 1. OZ-a.³⁹

Iz razloga jer se dobra vjera predmnijeva, ovisno društvo koje prigovara nepostojanje dobre vjere banci to bi moralo bi dokazati, odnosno da je banka znala ili morala znati za nedopušteno vraćanje uloga. Sud je dodao još: „U situaciji u kojoj bi postojale okolnosti, zbog kojih bi se dovela u pitanje prihvatljivost sklapanja ugovora o osiguranju tražbine, tada bi morao tuženik (banka – op. a.) provjeriti, je li ugovor o osiguranju tražbine, kojeg je tužitelj (ovisno društvo – op. a.) sklopilo u korist vladajućeg društva nedozvoljen pravni posao u smislu čl. 227. ZGD-1. A to zbog toga jer tuženik obavlja djelatnost financiranja profesionalno, pa je potrebno zbog ovakve sumnje provesti daljnje istraživanje. Postojanje faktičnog koncerna kod ovakve sumnje samo po sebi nije dovoljno.“

38 Obligacijski zakonik, Ur. l. RS, br. 97/07 – UPB. Ta određuje: „Ako je sklapanje ugovora zabranjeno samo jednoj stranci, ugovor ostaje važeći, osim ako je zakonom u pojedinačnom primjeru drukčije određeno, stranku koja je prekršila zakon, pogadaju pravne posljedice.“

39 Ta određuje: „Ugovor, koji je suprotan ustavu, prisilnim propisima ili načelu morale, ništetan je, ako svrha kršenog pravila ne upućuje na kakvu drugu sankciju ili zakon u pojedinačnom primjeru ne određuje nešto drugo.“

Na temelju jednakih očitovanja Vrhovni sud je u trećem stupnju u predmetu pod oznakom III Ips 6/2017, od 24. srpnja 2018., dodao još smjernice kako utvrditi dobru, odnosno lošu vjeru treće, nepovezane osobe: „Vezano na lošu vjeru tuženika (banke – op. a.) nije dovoljno poznavanje okolnosti o povezanosti tužitelja (ovisnog društva – op. a.) i njegova vladajućeg društva i da bi danim jamstvom moglo doći do zabranjenog vraćanja uloga. Dobra vjera se predmnijeva, zato banci kao trećoj osobi za osiguranje svakog odobrenog zajma nije moguće nametnuti teret istraživanja o tome, dolazi li u pojedinačnim slučajevima do nedopuštenog vraćanja uloga“. Banka mora svoju dobru vjeru dokazati samo, ako bi u dokaznom postupku bilo ustanovljeno, da su u trenutku primanja osiguranja postojale takve okolnosti, koje bi očito značile zabranjeno vraćanje uloga.« Konkretno okolnosti slučaja su bile, naime takve, da je povreda zabrane isplate bila očigledna. Banci, uz dobro poznavanje okolnosti u svezi s ovisnim društvom i njegovim vladajućim društvom, nije mogla ostati nepoznata činjenica, da ovisno društvo za sklopljena jamstva nije primilo nadoknade. Znala je da vladajuće društvo nije uspijevalo ispuniti svoje obveze plaćanja zajma, stoga ih je reprogramirala i pritom zahtijevala osiguranje od ovisnog društva. Banka svoju dobru vjeru nije uspjela dokazati pozivajući se na izjavu o naknadi štete preuzetu iz izvješća ovisnosti, koje se uključuje u poslovno izvješće kao sastavni dio godišnjeg izvješća ovisnog društva. Vrhovni sud Republike Slovenije je pojasnio: „Tuženik (banka – op. a.) nije mogla izvesti zaključak, da je tužitelj od vladajućeg društva primio osiguranje za dana jamstva, ako u izvješću ne piše ništa o nadoknadama za jamstva, odnosno o bilo kakvim poslovima sklopljenima s trećim osobama.“

Pored toga, spomenuto godišnje izvješće bilo je izdano nakon isteka poslovne godine, u kojem je bilo dano osiguranje, pa se banka u trenutku prihvaćenja osiguranja već s pojmovnog aspekta nije mogla pouzdati u njega.

6. ZAKLJUČAK

U trenutku osnivanja društva kapitala potrebno je osigurati imovinu u iznosu temeljnoga kapitala koji je potrebno u društvu održavati na način, da ne dolazi do nedopuštene podjele članovima društva. U dioničkom je društvu dioničarima dopuštena isplata zakonitih dividendi, a sve ostale imovinske koristi dobivene iz imovine društva za dioničara uglavnom su nedopušteno vraćanje uloga. Jednako važi za osiguranja koje društvo pribavi radi osiguranja dioničarskih obveza prema trećim osobama, ako postoji konkretan rizik, da dioničar neće ispuniti svoje obveze, i ako pritom regresni zahtjev, koji bi mogao biti istaknut prema dioničaru, nije osiguran. Isto tako radit će se o nedopuštenom vraćanju uloga, ako društvo za pribavljanje takvog osiguranja ne primi tržišnu proviziju. Premda u tim primjerima društvo prema zajmodavcu ne može postaviti korporacijski regresni zahtjev, nego samo zahtjev za utvrđenje ništetnosti prema općim pravilima obveznog prava, ako dokaže da je zajmodavac postupao u lošoj vjeri. Takvo postupanje postoji ako je kod zajmodavca postojala svijest, odnosno ako je bio dužan imati svijest o tomu da je društvo danim osiguranjem povrijedilo pravila o očuvanju temeljnoga kapitala društva. Praktički isto vrijedi i u okolnostima fiktivnoga koncerna u kojem pravila o načelnoj zabrani štetnog utjecaja vladajućeg

društva i regulative za naknadu štete, u prvom redu i upravo služe tomu da osiguraju primjerenu kapitalnu opremljenost ovisnog društva u koncernu i time zaštitu vjerovnika tog društva. Kada dolazi do nedopuštenih davanja osiguranja ovisnog društva u korist vladajućeg društva, vjerovnici nisu dovoljno zaštićeni od mogućnosti pobijanja dužnikovih pravnih radnji (*actio Pauliana*).⁴⁰ Društvo se osniva sa svrhom ostvarenja dobiti, a ne radi toga da služi interesima vladajućeg društva. Postavlja se pitanje je li stvarno moralno da vladajuće društvo iscrpljuje ovisno društvo za svoje namjere, premda te radnje ne poduzima kako bi naštetilo vjerovnicima ovisnog društva, ali je pritom svjesno, da interesi tih vjerovnika ipak u konačnici mogu biti povrijeđeni? Nemoralno ili ne, Vrhovni sud Republike Slovenije zaključio je, da je pravni posao, kod kojeg je zajmodavac u trenutku primanja osiguranja od ovisnog društva svjestan, da se time povređuje zabrana isplata, ništetan zbog suprotnosti prisilnim propisima. Samo tako je moguće osigurati učinkovitu zaštitu interesa ovisnog društva i njegovih vjerovnika.

LITERATURA

1. Bayer, Walter, Scholz, Philipp, Wirksamkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft bei verbotener Einlagerückgewähr, *Die Aktiengesellschaft*, 11/2013, str. 426-429.
2. Bilić, Antun, Uzlazna sredstava osiguranja (*upstream guarantees*), *Zbornik Susreta pravnika Opatija*, 2018., str. 187-229.
3. Goette, Wulf, Habersack, Mathias, Kalss, Susanne, Bayer, Walter, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., Bd. 1, München, Beck, 2016.
4. Ho, John Kong Shan, Revisiting the Legal Capital Regime in Modern Company Law, *The Journal of Comparative Law*, vol. 12, 1/2017, str. 1-21.
5. Hüffer, Uwe, Koch, Jens, *Aktiengesetz*, München, München Beck, Beck-Online, 2016.
6. Ivanjko Šime, Kocbek, Marijan, Prelič, Saša, *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov*, Druga, dopolnjena in predelana izdaja, Ljubljana, GV Založba, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2009.
7. Karollus, Martin, Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, *Der Gesellschafter*, 2/2015, str. 130-136.
8. Kopal, Aleš, Varstvo premoženja delniške družbe – korporacijskopравни vidiki prikritih prenosov premoženja (prikritih izplačil dobička), *Podjetje in delo*, 1/2008, str. 5-40.
9. Kopal, Aleš, Pravna narava zahtevka delniške družbe za vračilo prepovedanega vračila vložka, *Podjetje in delo*, 2/2008, str. 210-244.
10. Kocbek, Marijan, Odškodninski in drugi zahtevki znotraj povezanih družb v dejanskem ter pogodbenem koncernu, *Podjetje in delo*, 6-7/2010, str. 987-999.
11. Koppensteiner, Hans-Georg, Nichtigkeit wegen Einlagenrückgewähr verbotswidriger Verträge?, u: Hainz, Bernhard, Krejci, Heinz (Urednika), *Festschrift Reich-Rohrwig*, Wien, MANZ Verlag, 2014, str. 117-129.
12. Kraakman, Reiner i dr., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Second Edition, Oxford, New York, Oxford University Press, 2009.
13. Podgorelec, Peter, Ohranjanje osnovnega kapitala pri d.o.o., *Podjetje in delo*, 8/2006, str. 1669-1698.
14. Podgorelec, Peter, Sodobni trendi v razvoju prava d.o.o. in izzivi za ZGD-1, *Podjetje in delo*, 3-4/2009, str. 545-578.

40 Drukčije Bilić, A., op. cit., str. 198 i tamo navedeni radovi.

15. Podgorelec, Peter, Dopustnost posojil in finančne pomoči med družbeniki, delničarji in njihovo gospodarsko družbo, Podjetje in delo, 6-7/2014, str. 1308-1319.
16. Roth, Günter H., Altmeyen, Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 8. Aufl., München, Beck-Online, Beck, 2015.
17. Torggler, Ulrich, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2014, str. 89-105.
18. Ulmer, Peter, Habersack Mathias, Löbke Marc, GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II, 29-52, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.
19. Zabel, Bojan, Prikrilo izplačilo dobička v delniški družbi, Pravniki, 1-2/2012, str. 79-88.

Jerneja Prostor*

Summary

THE PROTECTION OF THE CONTROLLED COMPANY – RECENT JUDGEMENTS OF THE SUPREME COURT OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA

The article deals with a few court cases in which the shareholders violated the prohibition on the return of the contribution. This ban ensures the maintenance of the share capital in a company with share capital, which is primarily intended to protect the creditors of the company. Namely, the share capital has primarily developed with the aim of providing alternative creditor protection in companies with share capital, in which shareholders are not liable for the obligations of these companies with their assets. If shareholders do not comply with the rules laid down by the legislator in order to maintain the share capital and unjustified benefits (which can be isolated and evaluated) are paid to them out of the assets of the company, these benefits must be returned to the company. In some recent cases with affiliated companies, the Slovenian Supreme Court recognized the violation of the prohibition on returning contributions. The consequences of such practices also apply to involved third parties (for example, to banks that accept the insurance provided by the subsidiary company to insure the claim against the parent company), if they knew for the violation of the prohibition of returning contributions.

Keywords: *share capital; the prohibition on returning contributions; affiliated enterprises; insurance; good faith.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DER ABHÄNGIGEN GESELLSCHAFT – DIE JÜNGSTE RECHTSPRECHUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS DER REPUBLIK SLOWENIEN

Dieser Beitrag wird die Beispiele aus der Rechtsprechung bezüglich der Verletzung des Verbots der Einlagenrückerstattung vonseiten der Gesellschaftsmitglieder darstellen. Es handelt sich dabei um ein Verbot, welches die Erhaltung des zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienenden Stammkapitals in einer Kapitalgesellschaft ermöglicht. Das Stammkapital entwickelte sich mit dem Ziel, den Gläubigern der

* Jerneja Prostor, Ph.D., Assistant Professor, University of Maribor, Faculty of Law; Senior Judicial Advisor at the Supreme Court of the Republic of Slovenia: jerneja.prostor@um.si.

Kapitalgesellschaften eine Sicherheit anzubieten, denn die Gesellschaftsmitglieder haften nicht für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaften mit ihrem Vermögen. Wenn sich die Gesellschaftsmitglieder nicht im Einklang mit den vom Gesetzgeber zu Zwecken der Erhaltung des Stammkapitals auferlegten Regeln benehmen und dabei aus dem Gesellschaftsvermögen unerlaubte Einnahmen (welche isoliert und bewertet werden können) auszahlen, müssen sie diese der Gesellschaft zurückzahlen. In den in diesem Beitrag analysierten Beispielen aus der Rechtsprechung handelt es sich um Konzerngesellschaften. Der Gerichtshof hat letztinstanzlich in allen drei Beispielen die Verletzung der Regel über unzulässige Einnahmen erkannt. Die Folgen solcher Handlungen wirken sich auch auf Dritte aus (z.B. auf Banken, die wegen Sicherung ihrer Mittel den Gesellschaftsmitgliedern gegenüber die Bürgschaft der Tochtergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Muttergesellschaft erhalten haben), falls sie wussten, dass durch solche Rechtsgeschäfte das Verbot der Einlagenrückerstattung verletzt wird.

***Schlüsselwörter:** Stammkapital; Verbot der Einlagenrückerstattung; Konzern; Sicherung; guter Glauben.*

Riassunto

LA TUTELA DELLA SOCIETÀ CONTROLLATA – GIURISPRUDENZA RECENTE DELLA CORTE SUPREMA DELLA REPUBBLICA DI SLOVENIA

Nel presente lavoro verranno illustrati casi giurisprudenziali nei quali i soci della società hanno violato il divieto di restituzione del capitale versato. Si tratta di un divieto che serve a proteggere il capitale sociale nella società di capitali che in primo luogo serve alla tutela dei creditori della società. Il capitale sociale s'è anzi tutto sviluppato quale istituto con l'intento di offrire sicurezza ai creditori della società, posto che i soci della società non rispondono delle obbligazioni di tali società con il proprio patrimonio personale. Se i soci della società non rispettano le regole che il legislatore ha statuito con l'intento di mantenere il capitale sociale e per aggiunta si accreditano somme che non si possono individuare e valutare, hanno l'obbligo di restituire un tanto alla società. Nella giurisprudenza in esame si trattava di società collegate di un gruppo societario e la corte nella sua somma istanza in tutti e tre i casi ha riconosciuto la violazione delle regole di entrate non ammesse. Le conseguenze di tali operazioni raggiungono pure soggetti terzi (ad esempio le banche che per la garanzia dei propri crediti nei confronti dei soci della società hanno ricevuto somme a garanzia della società), nel caso fossero a conoscenza del fatto che con tali attività giuridiche si violi il divieto di restituzione del capitale versato.

***Parole chiave:** Capitale sociale; divieto di restituzione del capitale versato; gruppi societari; garanzia; buona fede.*