

PRAVNI POLOŽAJ ZALOGOPRIMCA POSLOVNIH UDJELA U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

*Doc. dr. sc. Petar Miladin **

UDK 347.724:347.466

347.466:347.724

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: rujan 2007.

Zbog različite pravne dogmatike svakog pojedinog društva zalogoprimac poslovnog udjela i zalogoprimac dionice imaju bitno drukčiji pravni položaj. Zalogoprimac poslovnog udjela mora računati s time da je društvo s ograničenom odgovornošću, za razliku od dioničkog društva, snažno obilježeno pravnim rješenjima koja su karakteristična za društva osoba. Raspravlja se o tome može li se zalogoprimac poslovnog udjela zaštititi od odluka skupštine društva s ograničenom odgovornošću koje neposredno narušavaju, pa i dokidaju, njegovo založno pravo na poslovnom udjelu. Zauzima se stajalište po kojem zalogoprimac poslovnog udjela, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, uživa pravnu zaštitu s naslova čl. 335. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV). Nastoje se što preciznije postaviti pravila o zalagodavčevoj pravnoj zaštiti s tog naslova. S druge strane, raspravlja se o tome je li zalogoprimac poslovnog udjela treći iz čl. 408. st. 3. reč. 1. Zakona o trgovačkim društvima (ZTD) i primjenjuje li se shodno tome i na njega institut zajma koji nadomješta kapital odnosno pravila o unosu i očuvanju temeljnog kapitala iz čl. 406. ZTD. Zagovara se da je zalogoprimac poslovnog udjela podvrgnut institutu zajma kojim se nadomješta kapital samo ako dodatno poboljša svoj položaj tako da se u najvećoj mogućoj mjeri približi pravnom položaju člana društva na kojeg se ponajprije primjenjuju odredbe čl. 406. ZTD. Postavljaju se pretpostavke na temelju kojih zalogoprimac poslovnog udjela potpada pod primjenu čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD.

Ključne riječi: poslovni udio, založno pravo, pendentne odluke skupštine, zajam koji nadomješta kapital, dionica

* Dr. sc. Petar Miladin, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

I. UVOD

Društvo s ograničenom odgovornošću najbrojniji je ustrojbeni oblik preko kojeg se obavlja gospodarska djelatnost. Slobodan protok kapitala izraženog u poslovnim udjelima, ubrajajući pritom i njegovo zalaganje, značajno zaostaje za tom činjenicom. Osim što je članstvo, dionica je i vrijednosni papir pa je već po tome jasno da nije svejedno zalaže li se dionica, poslovni udio ili članstvo u nekom drugom društvu. Poslovni udio nije prometan, pa shodno tome ni založiv, poput dionice. Zalaganje poslovnog udjela povezano je, međutim, i s mnogobrojnim drugim pravnim problemima, a oni se mahom vežu uz činjenicu da takvo založno pravo zadire u područje prava društava. Poslovni udio označuje članstvo u društvu s ograničenom odgovornošću pa je već utoliko poseban predmet osiguranja. Zalaže se članstvo kao kompleksan skup pojedinih članskih prava, ali i članskih obveza prema društvu i prema ostalim članovima društva. Članstvo u društvu s ograničenom odgovornošću pravni je položaj osobe u privatnopravnoj zajednici oblikovanoj kao društvo s ograničenom odgovornošću na temelju pripadanja osobe toj zajednici. Upravo pripadanje društvu čini članstvo trajnim pravnim odnosom i subjektivnim pravom.¹ Pripadnost društvu s ograničenom odgovornošću je, dakle, i objekt založnoga prava.

Zalaganje poslovnog udjela jest slučaj raspolaganja stvarnopravnim ovlastima iz poslovnog udjela bez prijenosa članstva u društvu.² Založno pravo na

¹ Tako je članstvu u društvu s ograničenom odgovornošću odgovarajuće članstvo u dioničkom društvu - Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga druga: Društva kapitala, 3., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2005, str. 258-259. O pojmu poslovnog udjela člana društva s ograničenom odgovornošću v. i Porobija, B., *Raspolaganje udjelom u trgovačkom društvu*, PuG 1994, str. 492-493; Slakoper, Z., *Društvo s ograničenom odgovornošću*, Zagreb, 2001, str. 156-157.

² Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1124; Miladin, P./Markovinović, H., *Založno pravo na pravu*, PuG 4/2007, str. 123. Porobija, B., *Založno pravo na udjelu u društvu s ograničenom odgovornošću*, PuG 1993, str. 489, također, zauzima stajalište o tome da zalagodavcu i nadalje pripadaju članska prava iz založenog poslovnog udjela. Porobija, sa stajališta starog ZOO, jer tada još nije bio na snazi ni ZTD niti ZV, opravdava svoje stajalište zabranom ugovaranja *legis commissoriae*. Slakoper, Z., op. cit. u bilj. 1, str. 300, također, zauzima stajalište o tome da zalagodavcu i nadalje pripadaju članska prava iz založenog poslovnog udjela, no pri tome se poziva samo na odgovarajuću primjenu čl. 412. st. 5. ZTD te općenito na njemačku pravnu književnost i sudsku praksu. Za njemačko pravo v. primjera radi samo Wiegand, W., u: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs- und Nebengesetzen, §§ 1204-1296, 13. izd., Berlin, 1997, § 1274, Rbr. 55.

stvarima izvodi se iz prava vlasništva, a založno pravo na pravima, pa tako i na poslovnom udjelu, iz pripadnosti poslovnog udjela zalagodavcu. Kao što se založno pravo na stvarima osniva kao stvarnopravni teret prava vlasništva, tako se na odgovarajući način i zalog poslovnog udjela osniva kao stvarnopravni teret članstva kao zalagodavčeve pripadnosti društvu s ograničenom odgovornošću. Založno pravo na stvarima ne može dokinuti zalagodavčeva vlasnička prava, pa tako ni založno pravo na poslovnom udjelu ne može prijeći preko toga da založeni poslovni udio i nadalje pripada zalagodavcu.

Dogmatika prava društava podudara se u svojim rezultatima sa stvarnopravnom analogijom, ona, također, ne dopušta prijenos članstva založnom vjerovniku radi osiguranja tražbine prema založnom dužniku, članu društva ni u društvima osoba³ ni u društvima kapitala.⁴ Zalagodavac poslovnog udjela i nadalje je punopravan član društva. Zalagoprimec ni u kojem slučaju ne ostvaruje članska prava u društvu pa ni kao suovlaštenik poslovnog udjela u smislu čl. 417. ZTD. Založni vjerovnik, jednako tako, ne snosi ni članske obveze, pa ni druge obveze koje je član preuzeo prema društvu. Izričito je propisano da se na zalaganje poslovnog udjela ne primjenjuje pravilo da prema stjecatelju poslovnog udjela vrijede glede odnosa u društvu pravne radnje poduzete prema onome tko je taj udio prenio i radnje koje je on preuzeo prije nego što je društvu prijavljen prijenos poslovnog udjela.⁵

Zalagoprimec poslovnog udjela izvodi svoj pravni položaj iz zalagodavčeva pravnog položaja, ali ne translativno kao što bi to bio slučaj kod cesije, nego konstitutivno. Posao kojim se osniva založno pravo usmjeren je na osnivanje založnog prava na poslovnom udjelu, a ne na prijenos poslovnog udjela. Založno pravo na poslovnom udjelu ne osniva se stoga cesijom ili drugim poslom prijenosa, iako se pravila cesijskog prava primjenjuju u dijelu u kojem se odnose na oblik i druge formalnosti pravnog posla, ali ne i glede njegova sadržaja i svrhe.⁶ Na odgovarajući način primjenjuju se i pravila cesijskog prava koja štite cesusa, a to je u slučaju zalaganja poslovnog udjela društva s ograničenom odgovornošću.

³ Tako za upravljačka prava ortaka na obaviještenost i nadzor Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 111. V. i Miladin, P./Markovinović, H., op. cit. u bilj. 2, str. 122.

⁴ Za dioničko društvo v. izričite odredbe čl. 220. st. 6. ZTD i čl. 291. st. 5. ZTD. Tamo je izričito propisano da zalaganjem dionice dioničar ne gubi najvažnije upravljačko pravo, pravo glasa, ali ni najvažnije imovinsko pravo, pravo na podjelu bilančne dobiti.

⁵ V. čl. 412. st. 5. ZTD.

⁶ Općenito o zalaganju prava i tražbina po načelima konstitutivne sukcesije umjesto po načelima fiducijarne cesije v. Miladin, P./Markovinović, H., op. cit. u bilj. 2, str. 107.

Titulus i modus osnivanja založnog prava na poslovnom udjelu prilagođuju se na odgovarajući način članstvu kao svom objektu, zalogu.⁷ Ugovorom o davanju poslovnog udjela u zalog (titulus) i pravnim poslom zasnivanja založnog prava na poslovnom udjelu (modus) zalagoprimac stječe ovlast da svoj zalog sačuva u razdoblju osiguranja i ovlast da se o dospelosti namiri iz vrijednosti zaloga odnosno poslovnog udjela. Stvarnopravna ovlast na namirenje iz vrijednosti poslovnog udjela odvojiv je dio pripadnosti poslovnog udjela zalagodavcu. Zalagodavac njime može samostalno raspolagati zalažući ga, osnivajući u korist zalagoprimca novo stvarno pravo na poslovnom udjelu, a ono je kao stvarno pravo ograničeno jer založeni poslovni udio ne mijenja svog titulara, on i nadalje pripada zalagodavcu. ZV potvrđuje stvarnopravni položaj zalagoprimca i u razdoblju osiguranja jer mu pruža valjan pravni naslov prema svima trećima ako bi oni, posežući za objektom založnog prava, ugrozili njegovo pravo da se u razdoblju namirenja naplati iz vrijednosti zaloga.

II. PRAVNI POLOŽAJ ZALOGOPRIMCA POSLOVNOG UDJELA U RAZDOBLJU OSIGURANJA

2.1. Općenito

Pravni položaj zalagoprimca poslovnog udjela u razdoblju osiguranja temelji se na uravnoteženoj primjeni korporacijskih i stvarnopravnih pravila. Pogrešno je tražiti rješenja u prisilnopravnoj zabrani ugovaranja *legis commisoriae*.⁸ Upućivanje na zabranu ugovaranja *legis commisoriae* može pružiti odgovor na pitanje tko je imatelj založenog poslovnog udjela u razdoblju osiguranja i u razdoblju namirenja. Zabrana ugovaranja *legis commisoriae* ne može, međutim, pružiti odgovor na pitanje može li zalagoprimac poslovnog udjela i u razdoblju osiguranja štiti svoj zalog, posebice prema društvu čiji ga je član založio. U suprotnome bi svaki zalagoprimac izgubio svoje stvarnopravne ovlasti u razdoblju osiguranja. Jednostavno ne stoji da je jedini legitimni interes zalagoprimca namirenje iz vrijednosti zaloga, ako mu dužnik o dospelosti ne podmiri tražbinu.⁹ Stvarna

⁷ Općenito o zalaganju prava sa spomenutih pozicija Miladin, P./Markovinović, H., op. cit. u bilj. 2, str. 95-145.

⁸ Tako, međutim, Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 489.

⁹ Tako, međutim, Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 489.

prava založnog vjerovnika zaštićena su ne samo u razdoblju namirenja nego i u razdoblju osiguranja. Primjena nekih pravila koja inače vrijede za zalog drugih objekata založnog prava, napose pravila o dužnosti očuvanja zaloga i korištenja njime, u svakom je slučaju otežana glede zaloga poslovnog udjela, i to zbog pravne prirode članstva kao objekta založnog prava. Ona, međutim, nije isključena.¹⁰ Zalogoprimcu ne pripada poslovni udio, ali mu pripadaju određene, založnim pravom od pripadnosti odijeljene, ograničene stvarnopravne ovlasti iz poslovnog udjela kao pripadnosti. Iako nikada ne može postati članom društva s ograničenom odgovornošću, ne može se poreći da zalogoprimac poslovnog udjela ima ograničeno stvarno pravo na poslovnom udjelu.

S praktične strane ne dobiva se puno zauzme li se stajalište o tome da prilikom glasanja na skupštini založni dužnik mora postupati obazrivo prema interesima založnog vjerovnika. Založni dužnik u pravilu ne odgovara založnom vjerovniku za naknadu štete ako ostvarujući svoja upravljačka članska prava povrijedi njegove interese. Suprotno stajalište moguće je ako založni dužnik, koristeći se svojim većinskim utjecajem u društvu, odlučno izravno pridonese donošenju nemoralne odluke skupštine društva kojom se izigrava zalogoprimca. Tada je štoviše moguće utvrđivati da je odluka skupštine ništava jer je protivna moralu društva. Nema zapreke da zalogoprimac tužbom utvrđuje ništavnost takve odluke skupštine društva.¹¹ Založni vjerovnik u svakom slučaju ne dobiva puno veže li svoju pravnu zaštitu isključivo uz postupke založnog dužnika.

Postavlja se pitanje je li založni vjerovnik i prema društvu ovlašten poduzimati mjere koje su nužne za očuvanje vrijednosti založenog poslovnog udjela, a u krajnjoj liniji i za samu opstojnost poslovnog udjela.¹² Koliko god ogolili

¹⁰ Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 489, smatra da je potpuno isključena mogućnost primjene nekih pravila koja inače vrijede za zalog drugih objekata založnog prava, napose pravila o dužnosti očuvanja objekta založnog prava i korištenja njime od strane zalogoprimca.

¹¹ U tom smjeru i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 823. Barbić skreće pažnju na to da ZTD proširuje područje ništavnosti odluke glavne skupštine d.d. zbog protivnosti moralu, pa tako na odgovarajući način i skupštine d.o.o., u odnosu na njemačke propise koji su poslužili kao uzor prilikom izrade ZTD. Ono, naime, obuhvaća ne samo sadržaj nego i cilj donošenja odluka. I u njemačkom pravu, koje je u tom pogledu postavljeno uže u odnosu na ZTD, prevladava stajalište da zalogoprimac može pobijati takvu odluku skupštine. V. Damrau, J., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 4. izd., München, 2004, § 1274, RdN 60.

¹² V. čl. 335. ZV.

zalogoprimčev pravni položaj u društvu, ne možemo smetnuti s uma činjenicu da on ima stvarno pravo na poslovnom udjelu koje su svi dužni uvažavati, pa tako i društvo. Založeno pravo i tražbina u pravilu ne mogu prestati ili se, pak, neprimjereno pogoršati pravnim poslom ako se založni vjerovnik ne suglasi s tim pravnim poslom.¹³ Riječ je o načelnom pravilu založnog prava na tražbinama i pravima, iako naše pravo u tom pitanju nije izričito poput nekih drugih nama poredbenih prava.¹⁴ Založni vjerovnik ne može se unaprijed odreći tog svog prava. Društvo s ograničenom odgovornošću čiji je poslovni udio založen dužno je kao i svatko drugi voditi o tome računa; naruši li ono neprimjereno ili, pak, dokine, a da za to nema prijeke potrebe, zalogoprimčevo založno pravo na poslovnom udjelu, mora računati s tim da takva korporacijskoppravna disponiranja odnosno odluke skupštine društva neće proizvoditi pravne učinke prema zalogoprimcu poslovnog udjela sve dok se on s njima ne suglasi. Suglasnost je moguće dati i kao naknadno odobrenje. Takve nevaljane odluke skupštine društva mogu u krajnjoj liniji konvalidirati jer su interesi pravne i poslovne sigurnosti znatno naglašeniji u pravu društava nego u obveznom pravu.

Problem se paušalno pojednostavnjuje tumači li se da su interesi založnog vjerovnika povrijeđeni ako založni dužnik svojim glasom sam i neposredno pridonese padu vrijednosti založenih poslovnih udjela te da mu stoga samo tada treba pružiti pravnu zaštitu s naslova čl. 335. ZV.¹⁵ Stajalište zanemaruje činjenicu da odlukom skupštine dolazi do posebnog poslovnopravnog očitovanja volje skupštine kao organa društva tako da član društva, ujedno i založni dužnik, uvijek samo posredno može utjecati na pad vrijednosti poslovnih udjela. Problem je u tome što poslovni udio nije ovisan o običnom pravnom poslu, nego o odluci skupštine društva. One mogu ozbiljno ugroziti vrijednost založenog poslovnog udjela, mogu, štoviše, dovesti do prestanka poslovnog udjela, a time i do prestanka

¹³ Za primjenu tog pravila u domaćem založnom pravu zalažu se Miladin, P./Markovinović, H., op. cit. u bilj. 2, str. 113. Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 492, iznosi to pravilo, ali se ne izjašnjava o tome primjenjuje li se ono na odgovarajući način i u domaćem pravu. Rad je napisan prije nego što je na snagu stupio ZV te ZTD. Porobija, u svakom slučaju, smatra da spomenuto pravno pravilo ne treba primijeniti prema društvu s ograničenom odgovornošću čiji je poslovni udio zaštićen. Smatra da se zalogoprimčeva pravna zaštita u konačnici svodi samo na obveznopravnu razinu, ako se o tome zalogoprimac i zalogodavac poslovnog udjela uopće i dogovore. V. Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 493.

¹⁴ U tom pogledu v. izričitu odredbu § 1280 njemačkog BGB.

¹⁵ Tako i Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 60.

založnog prava.¹⁶ Odluka skupštine je višestrani pravni posao koji izražava volju društva.¹⁷ Članovi društva podvrgnuti su u pravilu volji društva neovisno o tome kako su se o njoj poslovnopravno očitovali odnosno glasovali. Uzimajući u zalag poslovni udio, i založni vjerovnik pristaje na to da se pokori korporativnoj volji.¹⁸ Poslovni udio je predmet osiguranja samo u mjeri u kojoj to proizlazi iz odnosa u društvu. Vjerovnik kojem je založen poslovni udio ne može stoga računati s tim da će štiteći svoj zalag postići bolji pravni položaj nego što ga ima založni dužnik kao član društva. Društvo provodi svoju volju i nije se pri tome u pravilu dužno obazirati na interese založnog vjerovnika. I član društva je, štoviše, ponajprije dužan lojalno postupati prema društvu i drugim članovima, a tek potom voditi brigu i o vjerovnikovim interesima. Pad vrijednosti poslovnih udjela može stoga biti i posljedica zalagodavčeva poštovanja obveze na lojalno postupanje prema cilju zbog kojega je osnovano društvo. Obveza založnog dužnika na lojalno postupanje u svakom slučaju ima prednost pred suprotstavljenoj obvezi uvažavanja interesa založnog vjerovnika. Ne samo da založni vjerovnik dijeli s dužnikom poduzetnički rizik koji je potonji preuzeo pristupivši društvu nego ulazi i u nov rizik koji proizlazi iz činjenice da je njegov interes za očuvanjem vrijednosti zaloga odnosno poslovnog udjela podređen korporativnim interesima.¹⁹

Činjenica je da korporativna pravila, na jednoj, te stvarna prava založnog vjerovnika, na drugoj strani, štite međusobno suprotstavljene interese. Primjena međusobno suprotstavljenih interesa ravna se po načelu snošljivosti, a ne po načelu isključivosti. O pravнополитички podređenim interesima vjerovnika kojem je založen poslovni udio treba voditi računa koliko god je to moguće primjereno ga podređujući prečim korporativnim interesima.

Nije, stoga, prihvatljiva teza po kojoj založni vjerovnik nema nikakvog utjecaja na odluku skupštine društva kojom se zadire u založeni poslovni udio.²⁰

¹⁶ Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 492-493, problematizira spomenuto pitanje.

¹⁷ V. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 807.

¹⁸ Na tome ustrajava, primjerice, Porobija B., op. cit. u bilj. 1, str. 492.

¹⁹ U tom smjeru i Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 493. Za njemačko pravo v. Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 61.

²⁰ Tako, međutim, Porobija, B., op. cit. u bilj. 1, str. 493. Smatra da je ta pitanja moguće rješavati isključivo na obveznopravnoj razini. I u njemačkom pravu je donedavno prevladavalo spomenuto stajalište koje se oslanja na odluku Reichsgerichta. V., primjerice, Wiegand, W., op. cit. u bilj. 1, § 1276, RdN 10.

U novije vrijeme i u njemačkom pravu prevladavaju drukčija stajališta po kojima založni vjerovnik uživa određenu zaštitu i prema odlukama skupštine kojima se zadire u njegova

Svako poslovnopravno očitovanje volje trpi ograničenja. Ni skupština društva ne smije zloupotrijebiti svoj formalnopravni položaj na štetu članova društva i vjerovnika kojima su založili njihove poslovne udjele. ZTD razrađuje primjenu spomenutog pravila i ne zadržava se tek na načelnoj razini. Konkretno, odluka skupštine društva o promjeni društvenog ugovora ovisi i o suglasnosti koju su članovi dužni dati u slučajevima propisanim čl. 455. st. 3. ZTD. Suglasnost člana potrebna je ako se odlukom skupštine o promjeni društvenog ugovora povećavaju njegove pojedinačne obveze prema društvu koje proizlaze iz društvenog ugovora te ako se tom odlukom pojedinom članu smanjuju prava koja ima na temelju društvenog ugovora.²¹ Član se, s druge strane, mora suglasiti i s takvim odlukama društva ako je to nužno za daljnje ostvarivanje zajedničkog cilja članova društva te ako pri tome nije narušeno načelo ravnopravnosti članova društva. Ako se član usprkos tome ne suglasi s odlukom skupštine društva o promjeni društvenog ugovora, njegov glas je ništav.²²

Odredba čl. 455. st. 3. ZTD odriče odluci skupštine o promjeni društvenog ugovora svojstvo korporativnog očitovanja volje umanjuje li skupština društva zluporabom svojih ovlasti stečena imovinska prava članova društva. Pravni učinci takve odluke društva svedeni su praktično sa statusnopravne razine, društvo-svi članovi, na obveznopravnu, relativnu razinu, društvo-pojedini član. Ona ne proizvodi pravne učinke ni prema kojem članu koji bi time bio pogođen sve dok se svaki pojedinac s njom ne suglasi. Utoliko je riječ o pendentnoj odluci skupštine društva.²³ Budući da ZTD iznimno otklanja primjenu korporativnih pravila u odnosu prema članu društva, u iznimnim slučajevima mogu otpasti i istovrsne zapreke koje daju prednost korporacijskim pravilima pred pravima vjerovnika kojem je založen poslovni udio prema društvu s naslova čl. 335. ZV. Suglasnost založnog dužnika i suglasnost založnog vjerovnika dvije su različite pretpostavke o kojima ovisi je li pojedina odluka skupštine valjana. Ako je član pogođen spomenutom odlukom založio svoj poslovni udio, odluka

prava na poslovnom udjelu. V. Roth, H., Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ZGR 2000, str. 216; Altmeyden, H., u: Altmeyden, H./Roth, G.H., GmbHG Kommentar, 4., izmijenjeno izdanje, München, 2003, § 15, RdN 62; Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 60; Winter, M., u: Scholz, F. (ured.), GmbHG Kommentar, 9. izdanje, 2000/2002, § 15, RdN 168; Michalsky, L., u: Westermann, H.P. (ured.), Erman BGB Kommentar, 11., izmijenjeno izdanje, Köln, 2004, § 1276, RdN 6.

²¹ V. čl. 455. st. 3. i st. 4. ZTD.

²² Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1196.

²³ Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1394.

skupštine društva pogađa i založnog vjerovnika pa je pendentna dok se i on s njom ne suglasi odnosno do prestanka založnog prava na poslovnom udjelu. Suglasnost založnog vjerovnika nije, međutim, potrebna ako je on dobio odgovarajuće zamjensko založno pravo zbog gubitka odnosno pada vrijednosti svoga zaloga. Odluka skupštine iznimno je valjana donese li je društvo mimo suglasnosti založnog vjerovnika ako društvo nije znalo niti je moralo znati da je član koji se s njom suglasio založio svoj poslovni udio. Vjerovnik kojem je založen poslovni udio može se samo iznimno pozivati na primjenu čl. 335. ZV jer to ne ovisi samo o pretpostavkama iz čl. 455. st. 3. ZTD-a. Teško je načelno reći kada sve odluka skupštine društva ovisi o suglasnosti založnog vjerovnika jer je posrijedi nerazmrsivo klupko korporacijskih, obveznopравnih i stvarnopравnih učinaka u trokutu založni dužnik, založni vjerovnik i društvo.²⁴ Problemu treba prići kazuistički ispitujući različita zadiranja skupštine društva u založeni poslovni udio. Ostvarivanje zalogodavčeva prava glasa u skupštini društva, ili izvan skupštine društva, samo iznimno treba vezati uz suglasnost založnog vjerovnika. Zadatak je što bliže utvrditi slučajeve u kojima založni vjerovnik na temelju odgovarajuće primjene čl. 335. ZV odnosno čl. 455. st. 3. ZTD nije izložen statusnopравnim učincima odluke skupštine društva usprkos tome što se založni dužnik s njome suglasio.

Prepaušalno je tvrditi da valjanost svih odluka skupštine društva o promjeni društvenog ugovora koje se odnose na slučajeve iz čl. 455. st. 3. ZTD ovisi o suglasnosti založnog vjerovnika.²⁵ Moguće je da se nakon zalaganja poslovnog udjela promijeni društveni ugovor i da se takva promjena neposredno odrazi na vrijednost založenog poslovnog udjela. Zalaganje poslovnog udjela ne isključuje, naime, naknadne promjene društvenog ugovora. Interesi društva nadmoćni su interesima založnog vjerovnika. Založni dužnik kao član društva slobodno daje svoj glas za promjenu društvenog ugovora. Za to mu ne treba nikakva zalogoprimčeva suglasnost. Suglasnost založnog vjerovnika jednostavno nije vezana samo uz zadiranje skupštine društva u poslovni udio odnosno u njegovu vrijednost. Pravni položaj vjerovnika kojem je založen poslovni udio mnogo je složeniji pa se o njegovu narušavanju ne može govoriti samo sa stajališta gubitka vrijednosti poslovnog udjela.

²⁴ U tom smjeru i Apfelbaum, S., *Die Verpfändung der Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft*, Berlin, 2005, str. 110, sumirajući trenutačno stanje vladajućih stajališta njemačke pravne književnosti o tom pitanju.

²⁵ U tom smjeru, međutim, Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 61.

2.2. Slučajevi u kojima odluka skupštine društva ovisi o suglasnosti založnog vjerovnika

Zalogoprimac je zaštićen utoliko što se društvenim ugovorom ne može retroaktivno propisati da nije moguće prenijeti ni založiti poslovne udjele.²⁶ Jednako tako društvenim ugovorom ne može se naknadno propisivati ugovorna kazna koja se provodi povlačenjem založenog poslovnog udjela. U odnosu prema založnom vjerovniku takva je odluka skupštine pendentna sve dok se on s njome ne suglasi odnosno do prestanka njegova založnog prava na poslovnom udjelu. Glas zalogodavca kao člana društva za ili protiv promjene društvenog ugovora ne ovisi stoga o suglasnosti zalogoprimca, nego odluka skupštine društva tada ne proizvodi učinke prema zalogoprimcu sve dok se on s njome ne suglasi.

Pretjerano je, stoga, tumačiti da je riječ o ništavoj odluci skupštine društva kojom se protuustavno umanjuju stečena prava i da tužbu može podnijeti svatko tko za to ima pravni interes, pa i zalogoprimac. Razlozi ništavosti taksativno su propisani čl. 355. ZTD. Retroaktivno ukidanje zalaganja poslovnih udjela ne može se podvesti ni pod jedan taksativno propisani razlog ništavosti odluke skupštine društva, ali to, dakako, ne znači da je takva odluka skupštine valjana, ona je manjkava, ima nedostatke. Upravo zbog pojačane potrebe za pravnom sigurnošću u pravu društava susrećemo odluke skupštine bez pravnoga učinka i prividne odluke, a ne samo pobojne i ništetne odluke kao u obveznom pravu.

Sporno je u kojoj mjeri založni vjerovnik može utjecati na donošenje odluke skupštine o prestanku društva. Založni dužnik u načelu je slobodan dati svoj glas za prestanak društva neovisno o tome je li takva odluka u interesu društva odnosno članova društva ili je pak u njegovu interesu. Založni dužnik, jednako tako, zalaganjem svoga poslovnog udjela ne gubi svoje pravo da tuži na prestanak društva sukladno čl. 468. ZTD. Ne gubi ni svoje pravo raskinuti društvo ako je ono propisano društvenim ugovorom. Sloboda ulaska u pravnu zajednicu i sloboda istupanja iz pravne zajednice temeljne su pretpostavke svakoga društva. Prestanak društva kao privatnopravne zajednice ne ovisi o tome je li se s tim suglasio založni vjerovnik. Nema, stoga, uporišta za to da se i u spomenutom slučaju na odgovarajući način primijeni odredba čl. 355. ZV.²⁷

²⁶ Tako i Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 61.

²⁷ Dobre argumente u prilog tom stajalištu daje u njemačkom pravu Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 118. Argumenti su na odgovarajući način primjenjivi i u hrvatskom

Jasno je da založni dužnik glasujući o prestanku društva ne smije šikanozno postupati odnosno ne smije zloupotrijebiti svoj pravni položaj u odnosu prema zalogoprimcu. Sankcije se, međutim, zadržavaju na razini odgovornosti za štetu ako založni dužnik umjesto poslovnog udjela dobiva odgovarajuće zamjensko založno pravo. Interesi založnog vjerovnika u pravilu su dovoljno zaštićeni jer on prestankom društva po samom zakonu stječe zamjensko založno pravo na dijelu ostatka likvidacijske mase koji pripada založnom dužniku. Ako članovi društva imaju na temelju društvenog ugovora pravo raskinuti društvo, preostali članovi najčešće nastavljaju društvo, a poslovne udjele članova koji su dali izjavu o raskidu stječe društvo, pojedini član ili pak svi preostali članovi. Dade li izjavu o raskidu član čiji je poslovni udio založen, spomenute osobe stječu njegov poslovni udio opterećen založnim pravom.²⁸

Poslovni udio moguće je povući samo na temelju društvenog ugovora.²⁹ Razlikuju se povlačenje poslovnog udjela s pristankom člana društva i povlačenje poslovnog udjela prisilnim putem.³⁰ Član društva čiji je poslovni udio založen ne može bez suglasnosti založnog vjerovnika pristati na povlačenje svoga poslovnog udjela.³¹ Povlačenjem poslovnog udjela založni vjerovnik često ne stječe zamjensko pravo jer član čiji je poslovni udio povučen ne može tražiti da mu društvo vrati ono što je uplatio kao temeljni ulog ako bi se time narušilo načelo unosa i održavanja temeljnog kapitala.³² Do dobrovoljnog povlačenja poslovnog udjela iznimno može doći i bez suglasnosti založnog vjerovnika ako društvo nije znalo niti je moralo znati za to da je založen poslovni udio.

Prisilno povlačenje poslovnog udjela provodi se mimo volje člana društva pa stoga po prirodi stvari otpada i potreba da se s takvim povlačenjem suglasi založni vjerovnik.³³ O tome odlučuje uprava po sili društvenog ugovora, a ne skupština društva. Odluke skupštine društva o promjeni društvenog ugovora i naknadnom uvođenju prava povlačenja poslovnog udjela, u načelu, nisu pendentne u odnosu

pravu. U njemačkom pravu ipak prevladava paušalno stajalište po kojem takva odluka skupštine općenito ovisi o suglasnosti založnog vjerovnika. V. Altmeyden, H., op. cit. u bilj. 20, § 15, RdN 62; Michalsky, L., op. cit. u bilj. 20, § 1277, RdN 6.

²⁸ Tako i Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 63.

²⁹ V. čl. 419. ZTD. Poblizje Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1132-1139.

³⁰ Poblizje Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1132 i nadalje.

³¹ Tako za njemačko pravo Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 66.

³² V. čl. 419. st. 3. ZTD.

³³ Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1135.

prema založnom vjerovniku.³⁴ Posrijedi su najčešće mjere putem kojih društvo nastoji ostvariti člansku disciplinu, primjerice ako je nad članom otvoren stečajni postupak ili se protiv njega vodi ovršni postupak. Suglasnost založnog vjerovnika iznimno je potrebna ako ga skupština šikanira naknadnim propisivanjem povlačenja poslovnog udjela. Prisilnim povlačenjem poslovnog udjela založni vjerovnik stječe zamjensko založno pravo na otpremnini koja članu društva odnosno založnom dužniku pripada s naslova povučenog poslovnog udjela.

Društvo može isključiti, kaducirati člana društva kasni li on s uplatom temeljnog uloga.³⁵ Za to nije potrebna suglasnost založnog vjerovnika jer se isključenje založnog dužnika provodi neposredno na temelju zakona, a ne na temelju odluke skupštine društva. Dvojbeno je odgovara li tada član svom založnom vjerovniku za naknadu štete odnosno ima li imovinskopравни zahtjev po nekom drugom obveznopravnom naslovu. Nije sporno da isključeni član odnosno založni dužnik odgovara založnom vjerovniku za naknadu štete obveže li se izričito na temelju ugovora da ga društvo neće kaducirati. Ako se strane založnog odnosa o tome nisu izričito dogovorile, pravno založnog vjerovnika na naknadu štete izvodi se, osim iz općih pravila o naknadi štete, i iz povrede obveza obazrivosti koje je založni dužnik preuzeo stupivši u poslovnopravni odnos sa založnim vjerovnikom.³⁶

Član društva gubi članstvo odnosno svoj poslovni udio istupi li iz društva.³⁷ Založni vjerovnik stječe tada zamjensko založno pravo na otpremnini koju je društvo dužno isplatiti članu društva odnosno založnom dužniku koji je zatražio da istupi iz društva. Društvo valjano ispunjava svoju obvezu isplati li otpremninu članu društva odnosno založnom dužniku samo ako nije znalo niti je moralo znati za to da je poslovni udio založen. Klauzula društvenog ugovora o otpremnini ništeta je ako iznos otpremnine utvrđen društvenim ugovorom grubo odudara od tržišne vrijednosti poslovnog udjela čiji imatelj istupa iz društva. Tada je društvo umjesto premale otpremnine dužno članu isplatiti primjerenu otpremninu. Dade li zalagodavac poslovnog udjela glas za takvu odluku skupštine o promjeni društvenog ugovora, odluka skupštine svejedno neće proizvoditi pravne učinke prema zalogoprimcu poslovnog udjela sve dok se i on s njome ne suglasi.

³⁴ Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. I, str. 1135.

³⁵ V. čl. 400. ZTD.

³⁶ Suprotno stajalište zauzima Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 67.

³⁷ V. čl. 420. i 421. ZTD.

III. ZALOŽNO PRAVO NA POSLOVNOM UDJELU I DODATNA PLAĆANJA DRUŠTVU³⁸

Ako društvenim ugovorom obveza dodatnog plaćanja nije ograničena određenim iznosom, član društva koji je u cijelosti uplatio temeljni ulog može se osloboditi obveze plaćanja koja otpada na njegov poslovni udio tako da u roku mjesec dana nakon što se od njega zahtijeva plaćanje društvu stavi svoj poslovni udio na raspolaganje.³⁹ Stavljanje poslovnog udjela na raspolaganje društvu nipošto ne ovisi o suglasnosti mogućeg založnog vjerovnika. Nema, međutim, zapreke da založni vjerovnik u tom roku društvu isplati iznos koji ono potražuje od člana društva odnosno založnog dužnika s naslova dodatnih plaćanja.⁴⁰ Računicu za to založni vjerovnik može pronaći u tome da je porasla vrijednost poslovnog udjela zbog takvog dodatnog plaćanja. Založni vjerovnik ima štoviše pravni interes isplatiti društvu spomenuta sredstva jer u suprotnome gubi poslovni udio kao predmet svoga založnog prava. Društvo ni u kojem slučaju nije dužno obavijestiti založnog vjerovnika o svojim zahtjevima s naslova dodatnih plaćanja prema članu društva odnosno založnom dužniku. Za društvo je odnos između člana kao založnog dužnika i založnog vjerovnika *res inter alios acta*, tako da nije ni u kakvoj obvezi prema založnom vjerovniku. Proda li društvo poslovni udio javnim nadmetanjem sukladno čl. 391. st. 4. ZTD, prestaje založno pravo na poslovnom udjelu. Mogući višak sredstava pripada članu društva, ali je opterećen založnim pravom u korist založnog vjerovnika jer založni vjerovnik neposredno na temelju čl. 301. st. 4. ZV stječe zamjensko založno pravo.⁴¹ Društvo valjano ispunjava svoju obvezu isplati li spomenuti višak članu društva odnosno založnom dužniku samo ako nije znalo niti je moralo znati za to da je poslovni udio založen.

Poslovni udio pripada društvu ne uspije li društvo podmiriti svoje tražbine prema članu s naslova dodatnih činidbi utrškom od prodaje poslovnog udjela javnim nadmetanjem.⁴² Tako zadržani poslovni udio služi društvu kao obeštećenje zbog neispunjenja dodatnih plaćanja. Zadrži li društvo sukladno čl. 391. st. 4. ZTD poslovni udio, ono ga stječe slobodnog od bilo kakvih prije zasnovanih

³⁸ O dodatnim plaćanjima društvu v. pobliže Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1185-1190.

³⁹ Tako čl. 391. st. 4. ZTD.

⁴⁰ Zaključak posredno proizlazi i iz čl. 391. st. 4. reč. 2. ZTD.

⁴¹ U tom smjeru ide i vladajuća njemačka pravna književnost. V. Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 64.

⁴² Tako čl. 391. st. 4. ZTD.

založnih prava jer bi u suprotnome izričita zakonska odredba o obeštećenju društva izgubila svaki smisao.⁴³ Založnim pravom nisu obuhvaćene tražbine koje nastanu na temelju odluke skupštine o tome da društvo vrati članovima ono što je uplaćeno s naslova dodatnih plaćanja sukladno čl. 391. st. 5. ZTD, osim ako založni vjerovnik iznimno nije podmirio društvu određene činidbe s naslova dodatnih plaćanja. Obveza na dodatna plaćanja strogo se razlikuje od obveze uplate temeljnog uloga⁴⁴ pa stoga i tražbine s tog naslova treba razgraničiti prema pravima iz poslovnog udjela koja su obuhvaćena zalogom poslovnog udjela.

Izlaganja o dodatnim plaćanjima koja nisu ograničena društvenim ugovorom vrijede na odgovarajući način i glede društvenim ugovorom ograničenih dodatnih plaćanja. Založno pravo na poslovnom udjelu u oba slučaja dodatnih plaćanja prestaje na temelju čl. 391. st. 3. ZTD isključenjem člana iz društva odnosno njegovim kaduciranjem, a ne tek prodajom poslovnog udjela javnim nadmetanjem. Razlika je u tome što kod društvenim ugovorom ograničenih dodatnih plaćanja mogući višak utrška pripada društvu tako da založni vjerovnik ne stječe nikakva zamjenska založna prava na tom višku kao kod dodatnih plaćanja koja nisu ograničena društvenim ugovorom.⁴⁵ Moguće je, međutim društvenim ugovorom propisati da taj višak i tada pripada članu društva odnosno založnom dužniku.⁴⁶ Tada, iznimno, založni vjerovnik stječe zamjensko založno pravo na tom višku i u slučaju dodatnih plaćanja koja su ograničena društvenim ugovorom.

IV. PRAVILA O ZAJMU KOJIM SE NADOMJEŠTA TEMELJNI KAPITAL⁴⁷ I ZALAGANJE POSLOVNOG UDJELA

4.1. Općenito

Društva s ograničenom odgovornošću spadaju među najbrojnije kreditoprimce. Banke, a potom i ostali kreditodavci nastoje što bolje osigurati svoje kredite.

⁴³ U tom smjeru, imajući u vidu ZV i odgovarajuće odredbe BGB, ide i vladajuća njemačka pravna književnost. V. Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 64.

⁴⁴ Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1184.

⁴⁵ Tako i vodeća njemačka pravna književnost. V. Damrau, J., op. cit. u bilj. 11, § 1274, RdN 65.

⁴⁶ Na to posredno upućuje čl. 391. st. 3. ZTD.

⁴⁷ Poblize o zajmu koji nadomješta kapital v. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1249 i nadalje.

Kreditodavci nastoje pribaviti dodatna sredstva osiguranja povrh onih koja im daje društvo kreditoprimac. Sve je češća praksa da i članovi društava pružaju osobna ili stvarnopravna osiguranja kreditodavcima društava s ograničenom odgovornošću čiji su oni članovi. Članovi društava s ograničenom odgovornošću često zalažu svoje poslovne udjele kao osiguranje da će društvo s ograničenom odgovornošću otplatiti kredite zalogoprimcu. Vraćanje manjih potrošačkih kredita uglavnom je potrošačeva briga. Otplata izdašnih komercijalnih kredita najčešće je zajednička briga kreditodavca i kreditoprimca. Uredna otplata kredita glavni je interes svakog ozbiljnog kreditodavca. Prirodno je stoga da kreditodavci u kreditne odnose s pojedinim društvom s ograničenom odgovornošću nastoje uvući i članove tog društva. Preko založnog prava na poslovnom udjelu kreditodavci pokušavaju daljnjim obveznopravnim pa i statusnopravnim pogodbama pribaviti što je moguće veći utjecaj u društvu koje kreditiraju.

Zalogoprimac poslovnog udjela snosi rizik hoće li se zajam koji je odobrio društvu protumačiti kao zajam kojim se nadomješta kapital društva. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja i on može biti treći iz čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD te se shodno tome i na njega daje primijeniti institut zajma kojim se nadomješta kapital odnosno pravila o unosu i očuvanju temeljnog kapitala iz čl. 406. ZTD. Takvo tumačenje izlaže kreditodavca mnogobrojnim rizicima. Kreditodavac može u stečajnom postupku koji se vodi protiv kreditoprimca odnosno društva s ograničenom odgovornošću ostvarivati svoju tražbinu s naslova otplate zajma samo kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda.⁴⁸ Isto propisuje i Stečajni zakon (SZ).⁴⁹ Pravno uređenje zajma kojim se nadomješta kapital treba *de lege ferenda* prepustiti isključivo za to mjerodavnom SZ pa bi utoliko sljedećom novelom ZTD trebalo brisati odredbu čl. 408. ZTD.⁵⁰ Istodobno treba izmijeniti čl. 133. t. 2. SZ⁵¹ jer je očito pogrešno preuzeta

⁴⁸ Tako čl. 408. st. 1. ZTD. V. i § 32a st. 1. njemačkog GmbHG po uzoru na koji je radena odredba čl. 408. st. 1. ZTD.

⁴⁹ Čl. 72. st. 1. t. 5. SZ.

⁵⁰ U tom smjeru v. za njemačko pravo Gesetzentwurf der Bundesregierung - Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sa stanjem 23. svibnja 2007. U obrazloženju Nacrta zakona navodi se da §§ 32a i 32b GmbHG treba brisati i prepustiti § 39 InsO. Čl. 72. st. 1. t. 5. SZ u cijelosti odgovara § 39 InsO. Savezni parlament vratio je MoMiG na doradu, no nije imao primjedbi na brisanje §§ 32a i 32b GmbHG.

⁵¹ Čl. 133. SZ nosi naziv: Zajam kojim se nadomješta kapital. Propisuje da je pobojna pravna radnja kojom se za tražbinu člana društva za vraćanje zajma kojim se nadomješta kapital ili za neku njemu odgovarajuću tražbinu:

odredba § 135. t. 2. njemačkog InsO po uzoru na koji je rađen. Iza točke 2. čl. 133. SZ umjesto “jamči namirenje” treba stajati “namiruje”.⁵² Očito je da se čl. 133. t. 2. SZ treba odnositi na namirenje jer je jamstvo vrsta osiguranja koja je ionako već obuhvaćena t. 1. čl. 133. SZ. Samo tako SZ može kao matičan pravni propis obuhvatiti materiju koja je *de lege lata* uređena čl. 408. st. 4. ZTD. Sudska praksa treba i *de lege lata* teleološkim tumačenjem zauzeti stajalište po kojem su jamstva društva za zajam kojim se nadomješta kapital pobojna ako su poduzeta u posljednjih pet godina prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka ili nakon toga.

Nakon što se u cijelosti podmire svi stečajni vjerovnici koji su društvo financirali svojim, a za društvo tuđim, kapitalom, članu društva iz čl. 408. st. 1. ZTD odnosno trećemu iz čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD preostaje samo tražbina na isplatu ostatka stečajne mase u visini zajma koji je odobrio društvu. Otplati li društvo zajam u posljednjoj godini prije otvaranja stečajnog postupka, zajmodavac je dužan vratiti primljena sredstva u masu stečajnog dužnika.⁵³ Odredba čl. 408. st. 1. ZTD u svakom slučaju nije prepreka zajmodavčevu namirenju iz vrijednosti založenog poslovnog udjela.⁵⁴ Podmirenjem tražbina prelazi na člana društva koji je založio svoj poslovni udio, a on se tada pojavljuje u stečaju kao vjerovnik s onim položajem koji je imao zajmodavac čija je tražbina prema društvu bila osigurana zalogom njegova poslovnog udjela.⁵⁵

Ključno je pitanje kad konkretno zalagoprirnac poslovnih udjela potpada pod režim zajma kojim se nadomješta kapital. Nedostatak domaće sudske prakse

1. daje osiguranje, i to ako je radnja poduzeta u posljednjih pet godina prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka ili nakon toga,

2. jamči namirenje, ako je radnja poduzeta u posljednjoj godini prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka ili nakon toga.

⁵² Ako je izraz iz § 135 InsO “*Sicherung gewährt hat*” preveden kao “dati osiguranja”, trebalo je i izraz “*Befriedigung gewährt hat*” prevesti kao “namiriti”.

⁵³ Tako čl. 408. st. 4. ZTD. V. i § 32b njemačkog GmbHG po uzoru na koji je rađena odredba čl. 408. st. 4. ZTD.

⁵⁴ Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1256. Na temelju činjenice da se s njegovim kreditom postupa kao s temeljnim kapitalom društva, Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 208, u njemačkom pravu, izvodi pogrešan zaključak da kreditodavac gubi svoje založno pravo na poslovnim udjelima jer je temeljni kapital rizični kapital i nije ga stoga moguće osigurati.

⁵⁵ Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1256, također upućuje na to da spomenuti režim vrijedi i za zajmodavce društava koji su svoje tražbine prema društvu osigurali založnim pravom na poslovnim udjelima.

treba nadomjestiti odgovarajućom primjenom njemačke sudske prakse jer je institut zajma kojim se nadomješta kapital uveden u domaće pravo po uzoru na odredbe §§ 32a i 32b njemačkog GmbHG.

4.2. Kad je zalogoprimalac poslovnih udjela u režimu zajma kojim se nadomješta temeljni kapital po praksi njemačkog BGH?

Stekne li zajmodavac društva u krizi u to vrijeme založno pravo na poslovnim udjelima u cilju da se prevlada krizno stanje, to nema za posljedicu da se pravila o nadomještanju kapitala primjenjuju i na njegove prethodne i na nove zajmove. Pravilo vrijedi i ako zajmodavac originarno stekne poslovne udjele društva u postupku povećanja temeljnog kapitala. To načelno pravilo primjenjuje se, štoviše, i kad u tim slučajevima zajmodavac fiducijarno stekne poslovne udjele s ciljem da se prevlada krizno stanje. ZTD, naime, općenito govori o stjecanju poslovnih udjela, a ono obuhvaća i fiducijaran prijenos poslovnih udjela.⁵⁶ Zalogoprimalci poslovnih udjela, a shodno tome i ovrhovoditelji koji iz vrijednosti poslovnih udjela nastoje ostvariti svoja prisilna založna prava na poslovnom udjelu, nisu u pravilu adresati čl. 408. st. 3. ZTD.

Zajmodavci uživaju spomenutu povlasticu ako je društvo podobno da ga se sanira i ako su za to podobne poduzete mjere financiranja društva.⁵⁷ Zajmodavac nije podvrgnut institutu zajma kojim se nadomješta kapital ako je sanacija društva dokazano gospodarski opravdana i ako se on neposredno u to uvjerio prethodno ispitavši stanje zajmoprimčeva poduzeća.⁵⁸ On, također, neće potpasti pod primjenu čl. 408. st. 3. ZTD ako mu je društvo lažno prikazalo svoje financijsko stanje.

Zaključak o tome da zalogoprimalci poslovnih udjela u načelu nisu izloženi institutu zajma kojim se nadomješta kapital temelji se i na činjenici da založno pravo na poslovnom udjelu ne pruža svom ovlašteniku u pravilu nikakav utjecaj na vođenje poslova društva odnosno zajmoprimca.⁵⁹ Ništa se bitno ne mijenja na stvari obveže li se zalogoprimalac založnim ugovorom na to da se suzdrži od svih poslovnopravnih očitovanja i pravnih radnji ako bi one mogle utjecati na pad vrijednosti založenog poslovnog udjela.

⁵⁶ V. čl. 408. st. 3. reč. 3. ZTD.

⁵⁷ Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1257.

⁵⁸ U tom smjeru i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1257-1258.

⁵⁹ V. BGHZ 119, 191, str. 194.

Zalogoprimac poslovnog udjela podliježe primjeni pravila o unosu i očuvanju temeljnog kapitala samo ako je obveznopravnim pogodbama ugovora o zalogu poslovnog udjela, ili s njim povezanih ugovora, pribavio pravni položaj koji je u gospodarskom smislu izjednačen, ili je bar tako u najvećoj mogućoj mjeri, s položajem koji ima član društva s ograničenom odgovornošću, budući da tada i on, jednako kao i članovi društva, odlučno utječe na sudbinu društva.⁶⁰ Utjecaj zalogoprimca poslovnog udjela na bitne odnose u društvu s ograničenom odgovornošću ima, dakle, svoju protutežu u tome da i on, poput člana društva s ograničenom odgovornošću, snosi odgovornost za financiranje društva. Članovi su obvezni pribaviti društvu vlastiti kapital prilikom njegova osnivanja i u krizi. Temeljna članska obveza uplate uloga podrazumijeva, dakle, i posebnu člansku odgovornost za financiranje društva u krizi.⁶¹ Članovi ne mogu igrati na to da će svoj članski financijski rizik raznim tehnikama financiranja društva prevaliti na njegove vjerovnike.⁶² Ubrizgavajući nova svježja sredstva u društvo, član ne smije stvoriti dojam o tome da sredstva plasira društvu koje je sposobno održati se u tržišnoj utakmici jer bi takav pristup u krajnjoj liniji potaknuo sve kreditodavce da nastave odobravati kredite takvom društvu.⁶³ Član društva zapravo snosi odgovornost jer je stvorio pravni privid o financijskom stanju društva ako su se u njega s povjerenjem pouzdali drugi zajmodavci nastavivši odobravati kredite društvu. Osnovavši društvo, članovi su vezali svoju pravnu sudbinu uz pravnu sudbinu društva. Ujedno su ograničili svoju obveznopravnu autonomiju jer su slobodni odlučiti samo o tome hoće li financirati društvo prilikom osnivanja i u krizi, a ne i o tome kako će ga financirati odnosno hoće li društvo financirati kao članovi, pribavljajući mu vlastiti kapital, ili kao vjerovnici, pribavljajući mu tuđi kapital. Članovima društva u krizi nije dopušteno kreditirati društvo jer oni ne mogu prijeći preko toga da pripadaju društvu. Institut zajma kojim se nadomješta kapital uvažava shvaćanje po kojem i zajmodavac društva u određenim slučajevima, poput člana društva, snosi odgovornost za financiranje društva upravo stoga jer se statusnopravno približio pravnom položaju člana društva.

Težište, dakle, treba prebaciti sa zaloga poslovnog udjela na obveznopravne, pa i statusnopravne klauzule založnog ugovora odnosno popratnih

⁶⁰ To je bit presude BGH objavljene u BGHZ 119, 191, str. 195.

⁶¹ Prijašnja njemačka sudska praksa pozivala se na načelo savjesnosti i poštenja odnosno na pravilo o *non venire contra factum proprium*. V., primjerice, BGHZ 31, 258, 272.

⁶² V. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1250.

⁶³ To je bit odluka objavljenih u BGHZ 81, 252, 256; 109, 55, 57.

ugovora koje dodatno poboljšavaju pravni položaj zalogoprimca poslovnih udjela. Zalogoprimčev utjecaj na korporacijske odnose ne počiva na njegovim stvarnopravnim ovlastima na založenom poslovnom udjelu, nego na tome da je on kreditodavac, dakle strana obveznopravnog ugovora. Samo se atipični zalogoprimci poslovnih udjela smatraju adresatima prisilnopravnih odredbi o zajmu kojim se nadomješta kapital. Treba pobliže odrediti kad treće osobe, koje, dakle, nisu članovi društva, pa tako i zajmodavci koji su ujedno i zalogoprimci poslovnih udjela, potpadaju pod primjenu zajma kojim se nadomješta kapital sukladno čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD.⁶⁴

BGH smatra da se zalogoprimčev pravni položaj približava odnosno izjednačava pravnom položaju člana društva kroz tri skupine obveznopravnih pogodbi ugovora o zajmu koji je osiguran založnim pravom na poslovnom udjelu ili popratnim ugovorima.⁶⁵

Prvom skupinom klauzula zalogoprimac pribavlja odlučan utjecaj na zalogodavčeva imovinska članska prava. Usporedo sa zalogom poslovnog udjela zalogodavac ustupa zalogoprimcu buduće tražbine s naslova isplate dividende, tražbine na isplatu otpremnine u slučaju da istupi iz društva, tražbinu s naslova isplate ostatka likvidacijske mase u slučaju prestanka društva te, naposljetku, tražbinu s naslova isplate cijene u slučaju da zalogodavac otuđi poslovni udio. Drugom skupinom klauzula zalogoprimac pribavlja odlučan utjecaj na zalogodavčeva upravljačka članska prava. Član društva obvezuje se ishoditi suglasnost zalogoprimca poslovnog udjela prije negoli glasuje o: uporabi dobiti, promjeni društvenog ugovora i o unosu poduzeća ili nekog njegova pogona u drugo društvo. Trećom skupinom klauzula zalogoprimac pribavlja odlučan utjecaj na vođenje poslova društva. Te klauzule uspostavljaju posebne savjetodavne komisije ili odbore koje faktično potiskuju dotadašnju upravu. Dolazi, dakle, do svojevrsnog prevrata jer te komisije ili odbori preuzimaju posloводство društva. Zalogoprimac stavlja upravu pred svršen čin, ili zajam odmah dopijeva na naplatu ili će uprava odmah prenijeti svoje ovlasti na krizni menadžment, a on već spreman čeka u susjednoj sobi. Pritisak na upravu u konačnici je samo

⁶⁴ Očito je da čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD izjednačuje pravni režim drugih pravnih radnji članova društva ili trećih osoba ako one u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma opisanog u st. 1. i st. 2. čl. 408. ZTD. Nije stoga riječ o pravnim radnjama između članova društva i trećih osoba, nego o pravnim radnjama trećih osoba koje su gospodarski izjednačene s kreditiranjem društva. Nema razlike između čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD i njemu odgovarajućeg § 32a st. 3. njemačkog GmbHG.

⁶⁵ V. BGHZ 119, 191, str. 196 i nadalje.

faktičan pa ga zalagoprimalac podupire pogodbama s članovima društva po kojima potonji preuzimaju obvezu opozvati dotadašnju upravu te imenovati novu po uputama spomenutih savjetodavnih komisija. Druga je varijanta da se članovi, a oni su u pravilu zalagodavci poslovnih udjela, obvežu osnovati poseban savjetodavni odbor sa zadaćama nadzornog odbora.

4.3. Dvojbe o primjeni prakse BGH na hrvatsko pravo

Presuda BGH ne nudi neposredan odgovor na pitanje je li za primjenu instituta zajma kojim se nadomješta kapital prijeko potrebno da kreditodavac, ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela, dodatno osnaži svoj položaj korporacijskopravno, a ne samo obveznopravno.⁶⁶ BGH se u obrazloženju presude poziva samo na obveznopravne klauzule, ali je na temelju činjenica slučaja jasno kako je zalagoprimalac poslovnog udjela pribavio i korporacijskopravni utjecaj na društvo. Ne raspravlja se o tome kakav konkretan utjecaj na odnose u društvu s ograničenom odgovornošću treba pribaviti kreditodavac, ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela. Ključno je odrediti kritičnu granicu, ili barem mjerila na temelju kojih je treba postaviti u svakom pojedinom slučaju, preko koje se uzima da kreditodavac društva koji je ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela prelazi iz obveznopravnog odnosa u statusnopravni odnos s društvom kojemu je odobrio kredit. Jasno je da treći ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela ne postaje članom društva, ali treba odrediti kad se on s gospodarskog stajališta u toj mjeri približio pravnom položaju člana društva da se više ne može braniti ističući puku činjenicu da nije član društva. Formalnopravni položaj ne smije se zloupotrebjavati, a upravo je to posrijedi poziva li se kreditodavac ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela na puku činjenicu da on nije član društva. Upravo stoga atipični kreditodavci ujedno i zalagoprimalci poslovnih udjela odgovaraju s naslova čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD, pitanje je samo što konkretno u ugovoru

⁶⁶ Umjesto da težište stavi na osnaženje kreditodavčeva korporacijskopavnog položaja odnosa, Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 211, neprecizno stavlja težište na posredno kreditodavčevo sudjelovanje u temeljnom kapitalu društva. Za primjenu materijalnog prava nisu odlučne gospodarske konstrukcije poput posrednog sudjelovanja u temeljnom kapitalu, nego pravna kvalifikacija kreditodavčeva položaja, a on može biti obveznopravni i korporacijskopravni. U svakom slučaju, dvojba se svodi na to veže li se primjena zajma kojim se nadomješta kapital uz korporacijskopravni položaj kreditodavca ili, pak, uz puke obveznopravne pogodbu ugovora o kreditu.

o kreditu presudno utječe na to da kreditodavci dijele sudbinu društva u krizi poput članova društva. Stvar se ne može svesti samo na pitanje obvezujućeg intenziteta pojedinih klauzula ugovora o kreditu⁶⁷ jer su obveznopravne klauzule u biti relativnog, dok su statusnopravne klauzule apsolutnog karaktera. Nema hibridnih klauzula koje bi stale na pola puta između obveznopravnih i statusnopravnih učinaka, u konačnici pojedina klauzula ugovora o kreditu mora imati ili obveznopravni ili statusnopravni odnosno korporacijskopravni učinak. Druga je stvar što pravo nije hermetično, nego živo, pa se obveznopravna sfera međusobno prožima s korporacijskopravnom i stečajnom sferom.⁶⁸

Problem ima veliko praktično značenje uzme li se u obzir da znatan broj kreditodavaca osigurava svoje tražbine za povratom kredita ponajprije na temelju tipiziranih obveznopravnih pogodbi ugovora o kreditu. Sve složenije tehnike financiranja snažno prodiru iz razvijene anglo-američke poslovne prakse koja prednjači u međunarodnim trgovačkim odnosima. Tehnike financiranja popraćene su ugovornim klauzulama koje su se ustalile u autonomnom trgovačkom pravu po uzoru na anglo-američku pravnu praksu. Prilikom kreditiranja društava kapitala ustalile su se stoga i u kontinentalnoeuropskoj poslovnoj praksi tipizirane obveznopravne pogodbe koje se označavaju kao *covenant*. Posrijedi su uglavci ugovora o kreditu, na temelju kojih kreditodavac ostvaruje utjecaj na vođenje poslova kreditoprimčeva poduzeća.⁶⁹ *Covenant* ima dvije temeljne zadaće: ojačati kreditoprimčevu financijsku disciplinu i pružiti kreditodavcu mehanizme kako bi u začetku otkrio kreditoprimčevu financijsku krizu.

⁶⁷ Apfelbaum S., op. cit. u bilj. 24, str. 222 i nadalje, zagovara tezu po kojoj primjena instituta kojim se nadomješta kapital ovisi o stupnju utjecaja koji kreditodavac pribavlja u društvu kojemu odobrava kredit na temelju pojedinih klauzula ugovora o kreditu.

⁶⁸ Nadahnuto o simbiozi ugovornog, korporacijskog i stečajnog prava na području *covenants* v. Köndgen, J., Financial Covenants - "Simbiotische" Finanzierungsverträge im Spannungsfeld von Vertrags-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht, u: Prütting, H.(ured.), Insolvenzrecht, 1996, str. 127-157.

⁶⁹ Good, R., Legal Problems of Credit and Security, 4. izdanje, London, 2003, str. 51, smatra da *negative pledge* klauzula kao tipičan *covenants* nije stvarnopravno osiguranje, nego samo obveznopravna pogodba (... *a mere contract not an equity or a full-blooded security interest*). V. i Thiessen, E.: Covenants; Durchsetzungsprobleme und die Folgen, u: Sadowski, D./Czap, H./Wächter, H.(ured.): Regulierung und Unternehmenspolitik, Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse, 1996, str. 144; Wittig, A., Financial Covenants im inländischen Kreditgeschäft, WM 1996, str. 1382.

U poslovnoj praksi pojavljuju se četiri skupine *covenants* klauzula.⁷⁰ Posrijedi su ponajprije *negative pledge* klauzule. Prvom skupinom klauzula obvezuju se kreditoprimci uskratiti svojim preostalim vjerovnicima svako sredstvo osiguranja ako bi to dovelo do toga da oni izgube svoju prednost pri namirivanju ili bi, pak, treći time pribavili osiguranje koje je jednakovrijedno (*pari passu*) njihovu osiguranju.⁷¹ Temeljnom varijantom *negative pledge* klauzule dužnik faktično garantira vjerovniku da neće opterećivati svoju buduću imovinu odnosno da će je opteretiti samo ako vjerovnik i nadalje zadrži svoje prvenstvene naplate. *Negative pledge* klauzule prilagođuju se okolnostima pojedinog slučaja pa su u praksi često ograničene tako da se odnose samo na stvarnopravna osiguranja ili, pak, na dugoročna novčana zaduženja. U svakom slučaju skopčane su s mnogim ograničenjima jer je teško očekivati da će se dužnik osloniti samo na to da ga financira vjerovnik čije su tražbine osigurane *negative pledge* klauzulom. Podvarijanta *negative pledge* klauzula jesu *pari passu* klauzule kojima dužnik garantira vjerovniku da će svoje tražbine u stečajnom postupku ili u izvansudskom sanacijskom postupku koji se vodi protiv njega naplatiti kao stečajni odnosno sanacijski vjerovnik čije su tražbine istoga ranga (*pari passu*) kao i tražbine ostalih privilegiranih stečajnih i sanacijskih vjerovnika.

Radi zaštite svoje solventnosti i likvidnosti, a, dakako, u interesu vjerovnika, dužnici se drugom skupinom *covenants* klauzula obvezuju vjerovnicima da će se u svom poslovanju držati određenih financijskih pokazatelja koji se ponajprije tiču visine prihoda ili dobiti, stupnja likvidnosti, stupnja zaduženosti, visine temeljnog kapitala i rezervi društva.⁷² Financijski pokazatelji nisu izraženi samo u apsolutnim vrijednostima, nego i u odnosu prema drugim bilančnim stavkama. Posebno je, pri tome, važan odnos između vlastitog i tuđeg kapitala, tzv. *debt-equity-ratio*. Na temelju spomenutih *covenants* klauzula društvima je zabranjeno isplaćivati dividendu sve dok se ne dosegnu određeni utanačeni uvjeti odnosno financijski pokazatelji. Za njih se zbog toga u pravnom i poslovnom prometu ustalio naziv *dividend restriction clauses*.

Namjera treće skupine *covenants* klauzula usmjerena je na to da radi zaštite vjerovnikovih interesa očuva indetetit dužnikova poduzeća. Sve odluke društva

⁷⁰ Tako i Köndgen, J., op. cit. u bilj. 68, str. 131. Ferran, E., *Company Law and Corporate Finance*, 1999, str. 470, razlikuje, primjerice, pet skupina *covenants* klauzula. Köndgenova podjela *covenants* klauzula trenutačno je najsustavnija u poredbenoj pravnoj književnosti.

⁷¹ V. Goode, R., op. cit. u bilj. 69, Rbr. 1-72.

⁷² V. Wittig, A., op. cit. u bilj. 69, str. 1382; Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 211.

odnosno kreditoprimca koje bitno mijenjaju strukturu njegova poduzeća ovisе o suglasnosti kreditodavca. *Covenants* klauzule u jednakoj mjeri vode računa o promjenama koje pogađaju sve tri ključne sastavnice dužnikova poduzeća: objektivnu, subjektivnu i ustrojbenu.⁷³ Suglasnost kreditodavca potrebna je shodno tome prilikom: prodaje i kupnje poduzeća, pogona ili neke manje, ali značajnije imovinske cjeline, svake promjene ključnog poslovdstvenog kadra, svake statusne promjene društva, preuzimanja drugih društava te svakog drugog povezivanja s drugim društvima, neovisno o tome je li pritom dužnikovo društvo ovisno ili vladajuće.

Naposljetku, *covenants* klauzule utanačuju kreditoprimčeve obveze koje se tiču vođenja poslovnih knjiga, sastavljanja i utvrđivanja financijskih izvješća te obavještavanja kreditodavca o financijskom stanju društva.

Povrijedi li kreditoprimac obveze koje je preuzeo *covenant* klauzulom, kreditodavčeva tražbina za povratom kredita u pravilu trenutačno dospijeva na naplatu.⁷⁴ Kršenje *covenant* klauzule ne povlači za sobom korporacijskopravne, nego samo obveznopravne sankcije. Pravni učinci iscrpljuju se u tome da, s jedne strane, pribave kreditodavcu povoljniji pravni položaj prilikom pregovora o daljnjem kreditiranju društva te da, s druge strane, utječući na vođenje kreditodavčeva poduzeća poboljšaju njegovu poslovnu strategiju, a samim time i povećavaju izgledе za urednom otplatom kredita. Očito je da *covenants* klauzule mogu teško narušiti poduzetničke slobode društva s ograničenom odgovornošću. Ovisno o okolnostima slučaja ugovor o zajmu zaštićen *covenants* klauzulama može se poništavati po pravilima iz čl. 329. ZOO o zelenaškim ugovorima odnosno po općim pravilima o nemoralnim poslovima ili pak po pravilima o sudskoj kontroli općih uvjeta poslovanja iz čl. 296. ZOO. *Covenants* klauzule mogu patiti od pravnih nedostataka kao i svi drugi obveznopravni poslovi i tu nema nikakve dvojbe.

Pitanje je, međutim, proizvode li *covenants* klauzule obveznopravne, korporacijskopravne ili pak nekakve mješovite učinke. Ako *covenants* klauzule povlače za sobom primjenu instituta zajma kojim se nadomješta kapital, neizbježno je zaključiti analogijom da istu pravnu sudbinu dijeli i kreditodavac koji je ujedno i zalogoprimac poslovnog udjela. Tvrdnja o “korporacijskopravno obojenim”

⁷³ O pojmu poduzeća i o sastavnicama poduzeća v. iscrpno Barbić, J., Pravo društava, knjiga prva: Opći dio, drugo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006, str. 219 i nadalje.

⁷⁴ Thiessen, E., op. cit. u bilj. 69, str. 21; Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 212.

klauzulama klasičnog obveznogpravnog ugovora o kreditu zvuči zgodno, ali je u svojoj biti kontradiktorna.⁷⁵ Korporacijskopravni odnosno statusnopravni učinci ne daju se natezati jer su učinci stranačkih dogovora uvijek ili obveznogpravni ili korporacijskopravni, nema međuučinaka.⁷⁶ Obveznogpravna pogodba ne može se premetnuti u korporacijskopravnu pogodbu na temelju tobožnje pretpostavljene volje ugovornih strana. Pravila o tumačenju ugovora⁷⁷ odnose se isključivo na tumačenje obveznogpravnih učinaka, ona nisu panacea koja može naknadno prometnuti obveznogpravni učinak u korporacijski učinak. Strane klasičnih obveznogpravnih odnosa jednostavno ne mogu prema svom nahodanju kreirati korporacijskopravne učinke jer su oni mogući samo na temelju korporacijskopravnih očitovanja volje. Društveni ugovor, odluka skupštine, pa i glas člana društva jesu korporacijski pravni poslovi društva s ograničenom odgovornošću. Tipične *covenants* klauzule pogađaju društvo, i kreditodavac, članovi društva u pravilu nisu uvučeni u takve dogovore. One su obveznogpravnog karaktera ponajprije stoga jer uprava ne smije preuzeti odgovornost za korporacijskopravna očitovanja volje koja se stvaraju u skupštini društva. Proturječno je uostalom nametnuti *covenant* vjerovniku veći financijski rizik nego što ga ima član društva s ograničenom odgovornošću na čiji udio u temeljnom kapitalu društva otpada desetina ili manji dio.

4.4. Stajalište o konkretnijim pretpostavkama za primjenu instituta kojim se nadomješta kapital

Zajmodavac ujedno i zalagoprimalac poslovnog udjela mora pribaviti znatan utjecaj na korporacijske odnose u društvu s ograničenom odgovornošću da bi se na njega primijenila odredba čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD.⁷⁸ Činjenica da je treći

⁷⁵ Tvrdnju, posebice, zagovara Fleischer, H., *Covenants und Kapitalersatz*, ZIP 1998, str. 315. Slijede ga Lutter, M./Hommelhoff, P., *GmbH-Gesetz Kommentar*, 15. izdanje, 2000, §§ 32a, b, Rbr. 55.

⁷⁶ Moguće im je pridodati i stvarnopravne učinke, no oni nisu predmet rasprave.

⁷⁷ V. čl. 319. ZOO.

⁷⁸ Tako, ponajprije, Habersack, M., *Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschaftskrediten*, ZGR 2000, str. 395. Slijedi ga i Apfelbaum, S., op. cit. u bilj. 24, str. 213. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1252, također, zauzima stajalište koje ide u tom smjeru. Zagovara, naime, stav po kojem založni vjerovnik poslovnog udjela spada u krug osoba podvrgnutih čl. 408. ZTD ako mu je, primjerice, dana punomoć da na skupštini društva zastupa zalagodavca.

faktično izjednačen s članom društva mora biti u neposrednoj vezi s time da je on odobrio društvu kredit. Uplete li se zajmodavac, ujedno i zalogoprimalac poslovnog udjela, u zamršeno klupko korporacijskih odnosa, smatrat će se sa stajališta zajma kojim se nadomješta kapital članom društva (*causa societatis*), koliko god se upirao dokazati da mu je jedina namjera bila dodatno osigurati povrat svojih tražbina prema društvu kojem je odobrio kredit. Da bi treće osobe, koje nisu članovi društva, potpale pod institut zajma kojim se nadomješta kapital, potrebno je da pribave kvazičlanski odnos u društvu koje kreditiraju ili da se njihov pravni položaj u društvu može s gospodarskog stajališta izjednačiti s pravnim položajem člana društva. Kvazičlanski odnos susrećemo kod atipičnog tajnog društva, okolnosti pod kojima ono nastaje ujedno su i okolnosti u kojima zajmodavac ujedno i zalogoprimalac poslovnog udjela potpada pod primjenu pravila o zajmu kojim se nadomješta kapital.⁷⁹ Ključno je da zajmodavac koji nije član društva pribavi mogućnost da u mjeri koja je značajna za vođenje poslova društva ostvaruje članska prava u društvu kojem je odobrio kredit. Za to je potrebno da se u kreditni odnos između društva i zajmodavca uvuku i članovi društva. Osim što su zalogodavci poslovnih udjela, članovi društva trebaju prenijeti zajmodavcima društva tražbine s naslova prodaje svojih poslovnih udjela odnosno tražbine koje imaju prema društvu kad ono prestane. Potrebno je da zajmodavci pribave upravljačka članska prava u mjeri koja je dovoljna za promjenu društvenog ugovora, ali i u mjeri koja je dovoljna za vođenje dnevnih poslova. Zalogoprimalac mora pribaviti zalogodavčevu punomoć kako bi na skupštini mogao glasovati kao da je član društva.⁸⁰ Bitno je i da pribavi pravo člana društva na uvid u poslovne knjige i dokumentaciju društva iz čl. 428. st. 3. ZTD.

Druga je varijanta da zajmodavac, ujedno i zalogoprimalac poslovnog udjela, stekne neposredno na temelju društvenog ugovora pravo imenovati člana uprave odnosno članove nadzornog odbora ili neke druge komisije ako je nadzorni odbor ili takva komisija ovlašten imenovati i opozivati upravu odnosno davati joj obvezujuće upute. Posrijedi je obvezujuća uputa upravi društva obeća li član s prevladavajućim utjecajem na vođenje poslova društva banci da će društvo

⁷⁹ O atipičnom tajnom društvu te detaljno o tome kako ono nastaje v. Barbić, J., Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba, Zagreb, 2002, str. 536-539. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1252, zauzima stajalište po kojem i takav atipični član tajnog društva spada u krug osoba podvrgnutih čl. 408. ZTD.

⁸⁰ Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 1252.

sklopiti ugovor o kreditu o kojem je on pregovarao s bankom, pa ga društvo naknadno i sklopi. Tada i taj član, glede sredstava osiguranja koja on ima prema društvu, potpada pod primjenu zajma kojim se nadomješta kapital neovisno o tome što formalno nije neposredno odobrio kredit društvu u krizi kako to inače zahtijeva čl. 408. st. 1. ZTD.

Zajmodavac, ujedno i zalagoprimec poslovnog udjela, mora u svakom slučaju faktično posegnuti za pravima koja je pribavio, mora doći do njegova utjecaja u korporacijske odnose, nije, dakle, dovoljno da on samo formalnopravno pribavi pravni položaj koji ga u najvećoj mogućoj mjeri izjednačuje s članom društva na kojega se inače primjenjuju odredbe čl. 408. ZTD. Na njemu je, međutim, teret dokaza o tome da se faktično nije koristio svojim očitim pravima da utječe na korporacijske odnose u društvu.

Ako su institutu zajma kojim se nadomješta kapital podvrgnuti samo članovi društva s ulozima u temeljnom kapitalu društva iznad desetine,⁸¹ treba uzeti da i zajmodavci, ujedno zalagoprimeci, poslovnih udjela potpadaju pod njega samo ako poslovni udjeli koje drže u zalogu čine najmanje desetinu temeljnih uloga društva. Pravilo se dakako odnosi na slučaj u kojem zajmodavac ostvaruje svoj utjecaj u društvu isključivo preko imatelja založenog poslovnog udjela čiji je udio u temeljnom kapitalu manji od 10%. On može potpasti pod primjenu čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD ostvaruje li svoj utjecaj u društvu preko drugih članova društva, sudjeluju li oni u temeljnom kapitalu iznad desetine, neovisno o tome što oni svoje poslovne udjele nisu dali u залог.

V. ZAKLJUČAK

Kreditiranje društava s ograničenom odgovornošću zahtjevan je pothvat. Pravni položaj člana ovisi o tome kojem tipu društva pripada pa nije svejedno zalaže li se dionica, poslovni udio ili članstvo u nekom drugom društvu. Stvarno pravo prilagođuje se korporacijskim pravilima općenito, a potom i posebnim pravilima koja vrijede za društvo s ograničenom odgovornošću.

Pravni položaj zalagoprimec poslovnog udjela nije jednoznačan. On, s jedne strane, nastoji obveznopravnim pa i stvarnopravnim pogodbama zaštititi vrijednost svog zaloga u razdoblju osiguranja pribavljajući što je moguće veći utjecaj na vođenje poslova društva s ograničenom odgovornošću čiji je poslovni

⁸¹ V. čl. 408. st. 3. reč. 2. ZTD.

udio založen, a, s druge strane, nastoji se ograditi od takvih tumačenja da ne bi potpao pod primjenu instituta zajma kojim se nadomješta kapital. Zalogoprimac poslovnog udjela istodobno se nastoji i uvući i izvući iz složenih korporacijskih odnosa društva s ograničenom odgovornošću i njegovih članova. Umijeće je u tome naći pravu mjeru. I korporacijskoppravna i obveznoppravna disponiranja nailaze na prisilnopravna ograničenja, pa shodno tome i korporacijskoppravna disponiranja društva čiji je poslovni udio založen te obveznoppravna disponiranja zalogoprimca poslovnog udjela. Zalogoprimac poslovnog udjela ne može izbjeći primjenu zajma kojim se nadomješta kapital pozivajući se na to da on nije član društva ako je radi zaštite svojih interesa pribavio pravni položaj koji ga u najvećoj mogućoj mjeri približava pravnom položaju zalogodavca kao člana društva s ograničenom odgovornošću. Korporacijskoppravna pozicija kreditodavca odlučna je za ocjenu treba li kredit koji je odobrio društvu tumačiti kao njegovo posredno sudjelovanje u temeljnom kapitalu, a ne kao puki tuđi kapital društva. On se ne može kriti iza pukog formalnopravnog položaja. Pravo ne štiti zlouporabe odnosno prijevarna zaobilaženja prava, pa tako ni formalnopravnih položaja. Jednako tako ni društvo čiji je poslovni udio založen ne može, zbog svojih korporativnih interesa koji su, dakako, nadređeni interesima zalogoprimca za povratom zajma, u potpunost zatrti stvarnopravni položaj zalogoprimca poslovnih udjela u razdoblju osiguranja. Skupština društva mora se pri tome rukovoditi načelima primjerenosti u postupanju i odmjerivanju međusobno suprotstavljenih interesa jer u suprotnom njezine odluke neće proizvoditi pravne učinke prema zalogoprimcu poslovnog udjela.

Summary

Petar Miladin *

LEGAL POSITION OF A PLEDGEE OF A SHARE AS EMBODIMENT OF MEMBERSHIP IN A LIMITED LIABILITY COMPANY

Because of the different legal dogmatic of every society, a pledgee of a share as embodiment of membership in a limited liability company and a pledgee of stocks in public limited company enjoy different legal positions. A pledgee of a share in a limited liability company must take into account that a limited liability company, as opposed to a public limited company, is largely characterised by the legal solutions typical for partnerships. This paper discusses whether a pledgee of a share can be protected from the decisions rendered by a limited liability company directly infringing and even annulling his or her right to pledge a share. The author holds that a pledge of a share, depending on the circumstances of each particular case, enjoys the legal protection provided for in Article 335 of the Act on Ownership and Other Substantive Rights (OA). Some very detailed rules are established on whether a pledgee of a share may constitute the third person referred to in Article 408, para 3, sentence 1 of the Companies Act (CA) and whether, accordingly, the institute of loan replacing the share capital is applied to him/her replacing the capital, or if the rules on the entry and safeguarding of the initial capital are applied as referred to in Article 406 of the CA. An argument is made for the institute of loan replacing the share capital to be applied to the pledgee. The initial capital may be replaced by a loan only if, in such a way, the pledgee's position is improved so as to come the closest to the legal position of a member of the company to whom the provisions of Article 406 of the CA are primarily applied. There are also some preconditions on the basis of which Article 408, para 3, sentence 1 of the CA is applied to a pledgee of a share as embodiment of membership in a limited liability company business.

Key words: share as embodiment of membership in a limited liability company, stock in public limited company, pledge, loan replacing the share capital

* Petar Miladin, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb