

PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI S POSEBNIM OSVRTOM NA KOMPARATIVNU SUDSKU PRAKSU

Pregledni znanstveni rad

UDK 347.72.036

347.51:347.72

340.5

Primljeno: 1. lipnja 2023.

Jan Petričević *

Jedno od temeljnih pravila u pravu društava ističe da članovi društava ne odgovaraju osobno za obveze društva, nego da snose samo ograničeni poslovni rizik za poslovanje, tj. da mogu izgubiti samo ono što su u društvo i uložili. Cilj je ovoga rada otvaranje rasprave o nizu slučajeva u kojima je zbog zaustavljanja zloupotrebe nužno probiti pravnu osobnost te posljedično uspostaviti direktnu osobnu odgovornost članova društva za obveze samog društva. Tako u hrvatskom zakonodavstvu postoji posebna zakonska osnova za proboj pravne osobnosti u čl. 10. st. 3., koja eksplicitno spominje zloupotrebu kao temeljnu pretpostavku za uspostavu proboja. Ta činjenica tako stvara i potpuno drugačije pravno okruženje za razvoj toga instituta od onoga u drugim državama, kao što su Njemačka, Engleska ili SAD. Navedena zakonska osnova tako implicira širu ulogu instituta od one koja je zastupljena u stranim državama, ali istovremeno ostavlja cijeli niz pitanja, kao što su potreban stupanj krivnje, pravni doseg, a i druga, otvorenima. Kroz analizu strane i domaće sudske prakse postaje evidentna neujednačena sudačka praksa te, posljedično, pravna neujednačenost i nepredvidljivost. Iz toga je razloga velik izazov nametnut hrvatskim sucima, koji dobivaju zadaću daljnjeg razvoja primjene instituta proboja pravne osobnosti.

Ključne riječi: proboj pravne osobnosti, osobna odgovornost članova društva, ograničena odgovornost članova

1. UVOD

Društva kao privatnopravna udruženja osoba nastala pravnim poslom, a vezana zajedničkim ciljem, igraju jednu od glavnih uloga u modernome okruženju, čija se kolektivna aspiracija uvelike temelji na razvoju ekonomskih djelatnosti kojima se pokušava stvoriti profit.^{1 2}

U praksi se najčešće pojavljuju trgovačka društva kapitala, dioničko društvo te društvo s ograničenom odgovornošću. Ta činjenica proizlazi iz pravno-gospodarske logike, koja se temelji na privlačnim svojstvima koja se nude kako u tim tako i u svim drugim društvima kapitala: pravni subjektivitet i režim odgovornosti za obveze. Prvo svojstvo čini trgovačko

* Vježbenik u odvjetničkom društvu Marohnić, Tomek & Gjoić d.o.o.

¹ Petrović, Siniša; Ceronja, Petar, Osnove prava društva, Deveto, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2019, str. 1.

² Kapitalizam, dostupno na: <https://www.enciklopedija.hr/natuknica.aspx?id=30315> (21. 12. 2022.).

društvo kapitala posebnom pravnom osobom, čiji je pravni subjektivitet strogo odvojen od subjektiviteta osoba koje su njegovi članovi te osoba koje djeluju kao zastupnici društva (čak i u slučajevima kada su zastupnici/članovi tijela koje vode poslove također i članovi društva), dok se drugo svojstvo očituje u činjenici da društvo bez iznimke odgovara za svoje obveze neograničeno, cijelom svojom imovinom.³

Iz gore navedenoga proizlazi da članovi snose samo ograničen poslovni rizik za poslovanje društva, tj. da oni mogu izgubiti samo ono što su u društvo i uložili. Navedenim režimom odgovornosti postiže se disperzija rizika na strani člana koji osnivanjem više društava isključuje opasnost od posljedica lošeg poslovanja društva. Međutim, izostanak te odgovornosti ne pojavljuje se kao prepreka članovima da preuzmu odgovornost pravnim poslom, primjerice ugovorom o jamstvu, davanjem garancije, pristupanjem dugu ili preuzimanjem duga.

Uz to, ograničena odgovornost nije prepreka ni za zasnivanja zajedničke solidarne odgovornosti prema trećim osobama na temelju počinjene štete iako se tu radi o odgovornosti čija je osnova drugačija, tj. potječe iz određene radnje ili određenog propuštanja.⁴

Hrabra odrednica društva kapitala o ograničenoj odgovornosti članova vuče svoju osnovu i iz protuteže koja se ostvaruje (u nekim državama) činjenicom da su društva kapitala obvezna imati temeljni kapital, koji predstavlja svojevrsnu garanciju vjerovnicima, te stoga nije nužna osobna odgovornost članova. Ta se garancija bitno očituje u odredbama o načelu unosa i održanja temeljnog kapitala.⁵ Propisivanjem nužnosti temeljnog kapitala posljedično se, s jedne strane, ostvaruje protuteža okolnosti da članovi društva ne odgovaraju za obveze, dok se, s druge strane, pokazuje vjerovnicima kolika je u određenom trenutku bila imovina društva.⁶

Činjenica ograničene odgovornosti potiče poduzetničku slobodu ulaženja u rizičnije poslove, sve u cilju maksimiziranja profita. Ta se sklonost očituje i u činjenici da se društva, kako bi postigla željene ciljeve, kreditno zadužuju te započinju svoje poslovanje enormnim investicijama. Bitno je napomenuti da sve to predstavlja uobičajene poslovne odluke, koje članovi i uprava društva donose u nadi povrata uloženog proporcionalno visini rizika. Navedene prakse time čine samo dio redovitih i sastavnih aktivnosti društava kapitala kao ekonomski najmoćnijih tržišnih igrača te ne predstavljaju nužno nezakonita djelovanja.⁷

³ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 18.

⁴ Barbić. Jakša, *Odgovornost članova za obveze društva kapitala*, Računovodstvo, revizija i financije, 2009, str. 398–403.

⁵ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 11.

⁶ *Ibid.*, str. 33.

⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *O proboju pravne osobnosti, Liber amicorum Zvonimir Šeparović: od kaznenog prava do viktimologije*, 2009, str. 144–146.

Ograničenom odgovornošću članova poslovnom se svijetu nameće cijena koja se nužno mora platiti kako bi se opći gospodarski napredak i razvoj mogli ostvariti. Zabrana zahvata vjerovnika društava u imovinu članova time predstavlja eminentnu odrednicu u mogućnosti formiranja određenih gospodarskih odnosa uopće te se nameće kao neophodno svojstvo društava kapitala.

Naravno, navedena povlastica članova da ne odgovaraju za obveze ne smije imati za posljedicu zloupotrebu te okolnosti. Iz tog su razloga bitne ranije spomenute odredbe o načelima unosa i održanja temeljnog kapitala, ali i druge odredbe o pojačanoj odgovornosti uprave društva, odredbe o prestanku društva, a posebno i norme o stečaju i likvidaciji, ali i posebice institut proboja pravne osobnosti.⁸

Tako zaštitu vjerovnika te iznimku od načela odvojenosti društva od članova predstavlja čl. 10. st. 3. i 4. Zakona o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD). Njime se, radi pojačavanja intenziteta pravne sigurnosti, utvrđuje da se onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva ne može pozivati na to da to zakonu za te obveze ne odgovara. U ovome slučaju dolazi do proboja pravne osobnosti (engl. *lifting the corporate veil*), odnosno zida pravnog subjektiviteta trgovačkog društva. Time se zanemaruje, odnosno ne uzima se u obzir, okolnost da je trgovačko društvo odvojen pravni subjekt, različit od svojih članova. U st. 4. tako se i nabrajaju situacije u kojima se smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana, tj. situacije u kojima se pretpostavlja zloupotreba članova.⁹

Iz svega navedenoga evidentno je da, usprkos postavljanju odvažne odredbe iz koje proizlazi ograničena odgovornost članova društva, postoji i znatno nastojanje zakonodavca da u brojnim navedenim odredbama pokušava postaviti parametre odgovarajuće zaštite vjerovnika društva u slučajevima zlouporabe.

U tom nizu zakonskih odredaba u kojima se nudi zaštita vjerovnicima postavlja se i pitanje najpodobnijeg pravnog sredstva te uloge instituta proboja pravne osobnosti.

Kroz analizu komparativne i domaće sudske prakse i prava tako će se pokušati doći do razjašnjenja instituta proboja te utvrđenja njegova dosega.

U provođenju istraživanja velika će pozornost biti pridodana raznim čimbenicima proboja koji još uvijek stoje pod upitnikom te će se pokušati približiti mogućim odgovorima.

2. TERMIN PROBOJA PRAVNE OSOBNOSTI

Čitanjem čl. 10. ZTD-a postaje evidentno da u njemu nema izričitog pojma „proboj pravne osobnosti“, nego da se on izvodi iz sadržaja navedenog članka. U st. 4. navode se slučajevi u kojima je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva te on tako ističe samo

⁸ Brnabić, Ratko, Proboj pravne osobnosti i odgovornost za obveze, Doktorska disertacija, 2010, str. 9–11.

⁹ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 35–36.

neke od mogućih činjeničnih osnova na temelju kojih se može zasnivati zloupotreba povlastice neodgovornosti, a time i odgovornost članova društva.¹⁰ Istovremeno, zakonodavac čini očitim da se radi o institutu proboja pravne osobnosti bez korištenja tog izraza.

Izraz „proboja pravne osobnosti“ predstavlja prilagođeni prijevod stranog engleskog izraza na hrvatski jezik. Hrvatska inačica proizašla je iz termina *piercing the corporate veil*, ali se američki sudovi u praksi, kao i pravni teoretičari, često koriste i izrazima kao što su *lifting the corporate veil*, zatim *alter ego*, pa čak i izrazom *mere instrumentality*.¹¹

Tu je bitno napomenuti da treba biti pažljiv u korištenju tih raznih izraza, i to pogotovo u Hrvatskoj, u kojoj je zakonski predviđen te time i djelomično sistematiziran institut proboja pravne osobnosti. Razlog ovome leži u činjenici da su izrazi kao *alter ego* ili *mere instrumentality* zapravo samo slučajevi (uz to veoma bliski) u kojima je u SAD-u ispunjena pretpostavka za primjenu doktrine proboja pravne osobnosti. Tako se u prvome radi o situaciji kada se člana društva, temeljem činjenice da je nemoguće razdvojiti djelovanje njega samoga od djelovanja društva u pravnom smislu, identificira sa samim društvom, pa se i slijedom toga donosi zaključak da je on samo *alter ego* društva. U drugome se pak radi o situaciji u kojoj član društvo koristi kao paravan za ostvarivanje vlastitih interesa izbjegavajući na taj način osobnu odgovornost.¹² Kako će o činjeničnim osnovama biti više riječi u drugome odjeljku, u fokusu će sada biti isključivo terminološka odrednica vezana uz njih.

Izraz *piercing the corporate veil* prvi je put uopće upotrijebio profesor Maurice Wormster sa sveučilišta Illinois u svojem članku objavljenom 1912. godine. Od tada taj se izraz postupno prihvaćao za označavanje raznovrsnih situacija kada sud odlučuje zanemariti (*disregard*) princip ograničene odgovornosti članova za obveze društva kod društva kapitala, ponajprije u slučajevima kada se primjena načela o ograničenoj odgovornosti članova društava za obveze društva protivi načelu pravičnosti (*equity*).¹³

U njemačkom pravu, koje je Republika Hrvatska izabrala za uzor na području prava društava (a i drugdje), pravni teoretičari koriste izraz *Durchgriffshaftung*. Strana literatura izriče da ovdje nije riječ o zakonom reguliranim slučajevima odgovornosti članova, već o srodnom obliku *ultima ratio* pojedinog dioničara ili člana društva.¹⁴ Uz njega se koristi i izraz *existenzvernichtender Eingriff* (engl. *existence annihilating interference*). Navedeni izraz koristi se u novijim njemačkim presudama te je za njega sporno koliko se odnosi na izvornu doktrinu proboja pravne osobnosti, a koliko na novi princip, koji je evolucijom niknuo iz ranije njemačke prakse proboja (o tome više riječi u

¹⁰ Zakon o trgovačkim društvima, NN 114/22, čl. 10.

¹¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 152.

¹² *Ibid.*, str. 150–152.

¹³ *Ibid.*, str. 153.

¹⁴ *Ibid.*, str. 153–154.

poglavlju o Njemačkoj). Tu je bitno napomenuti da se radi o izrazu koji se koristi u obrazloženjima relevantnih presuda te također ne proizlazi iz izričite zakonske norme.¹⁵

Iz njemačkog prava proizlazi činjenica da se pod tim pojmom raspravlja o međusobno različitim pitanjima te stoga nema jedinstvenog nazivlja. Odgovornost za proboj zapravo je podgrupa višeg rodnog pojma proboja (*Durchgriff*) te iz opsega pojma najčešće i proizlazi podjela na proboj u širem i užem smislu.¹⁶

U *širem smislu*, proboj obuhvaća sve slučajeve kad je povodom obveze društva nastao pravni odnos između vjerovnika društva i njegovih članova, bez obzira na pravnu osnovu toga odnosa. Tu se zanemaruje neovisnost (*Selbstständigkeit*) pravne osobe prema njezinim članovima. Pravna narav proboja jest promjena na strani subjekta odgovornosti; njihova izmjena ili kumulacija. Bitno je istaknuti da tu spadaju i slučajevi kada je odgovornost člana u svezi s obvezom društva nastala prema općim pravilima građanskog prava.

S druge strane, proboj u užem smislu označava proširivanje pravnih učinaka norme s njezina adresata – pravne osobe – na pravne subjekte koji su njegovi članovi. Takva posljedica nastaje pripisivanjem pravnih učinaka normi drugim subjektima ili odgovornosti članova za obveze društva. Tu spadaju svi slučajevi kod kojih se pravna različitost pravne osobe i njezina člana zanemaruje te dolazi do proboja prema članu.

Uz tu imamo i podjelu na pravi (izvorni) i nepravi (lažni) proboj, koja se temelji na činjenici postojanja posebne pravne osnove. U prvome bi slučaju posebna pravna osnova odgovornosti bila npr. jamstvo, dok bi u drugome slučaju bez posebne pravne osnove došlo do osobne odgovornosti člana (npr. na temelju činjenične osnove miješanja imovine).

U literaturi se navode još neke podjele, od Schmidtove podjele na metodološka pitanja provedbe proboja i na konkretne slučajeve u kojima se raspravlja o proboju,¹⁷ pa sve do podjele termina proboja pravne osobnosti u slovenskom pravu na jamčevni te pripisni proboj.¹⁸

Bitno je istaknuti da je svaka od tih podjela zapravo veoma bliska drugoj te da sve imaju isti cilj – olakšanje snalaženja u mnoštvu nedovoljno konkretnih definicija.¹⁹ Iz količine ponuđenih podjela i izraza proizlazi i zaključak o kompliciranoj prirodi navedenog pravnog pojma te o nastojanju svakog pravnog sustava usmjerenom prema njegovu razjašnjavanju.

3. KOMPARATIVNO PRAVO I PRAKSA

¹⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, Piercing the corporate veil: historical, theoretical and comparative perspectives, E W Barker Centre for Law and Business, National university of Singapore, Berkeley Business Law Journal, vol. 16:1, 2019, str. 172, dostupno na: https://www.researchgate.net/publication/328469896_Piercing_the_Corporate_Veil_Historical_Theoretical_and_Comparative_Perspectives.

¹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8) str. 14.

¹⁷ *Ibid.*, str. 16–17.

¹⁸ Mayr, Vida, Proboj pravne osobnosti u slovenskom pravu, Pravo u gospodarstvu, 2009, str. 1226–1227.

¹⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 16.

3.1. Engleska

U pravu i praksi Engleske najvažniji temelj za otvaranje diskusije o proboju pravne osobnosti uopće pronalazimo u poznatom slučaju *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*

Naime, u navedenom je slučaju uspostavljena stroga odvojenost subjektiviteta članova društva i društva kao takva. Međutim, zanimljivo je napomenuti dio izjave suca *Lorda Watsona* u obrazloženju presude, u kojoj on izričito naglašava činjenicu da načelo odvojenosti društva od njegovih članova ne može biti prošireno izvan razuma i namjere zakonodavca. Kasnije se o istoj tvrdnji široko govori u presudi *Glazer v. Comm'n on Ethics for Public Employees* te se ističe već ranije spomenuta tvrdnja da je nužno odvojeni pravni subjektivitet usmjeriti u korist promocije razvoja gospodarstva i industrijskog napretka te ga spriječiti u preuzimanju svrhe koja nije u skladu s ciljevima kako pravne države tako i javnih interesa.²⁰ Činjenica da je navedena presuda donesena rane 1897. godine govori o iznimno naprednom toku razmišljanja engleskih pravnih teoretičara i sudaca.²¹ U obrazloženju presude ne spominje se doslovni izraz *piercing the corporate veil*, ali se već naziru skilske intrikacije primjene načela odvojenosti društva u svijetu u kojem zloupotreba pravno generiranih povlastica nije strana.

Glavno pitanje koje se pojavljuje u engleskim slučajevima vrti se oko činjenice je li došlo do zloupotrebe „korporativne forme“. Prije se u presudama Engleske više pozornosti davalo izrazima kao što su *sham* ili *façade* te se na njihovu pronalasku u činjeničnim osnovama slučaja temeljila uspostava proboja pravne osobnosti.

Pitanje od kojeg proizlazi najveća problematika u engleskoj praksi (poslije ćemo vidjeti, i drugdje) jest pitanje dosega doktrine proboja pravne osobnosti.

Engleski sudac *Lord Sumption* otišao je čak tako daleko da je u presudi *Prest v. Petrodel* (2013. godine) iznio mišljenje da bi se doktrina trebala ograničiti isključivo na slučajeve izbjegavanja plaćanja poreza (*evasion cases*).²² U njoj navodi i mišljenje kako se u proboju pravne osobnosti radi o ograničenoj doktrini iz razloga što će u slučajevima gdje je „test“ za proboj ispunjen najčešće zbog drugih okolnosti biti potpuno nepotrebno probijati pravnu osobnost. Na temelju toga izvodi i argument da će u slučajevima gdje iz činjeničnih okolnosti proizlazi preklapanje dvaju područja prava prednost biti dana rješenjima drugačijim od probijanja pravne osobnosti.²³

U konkretnom slučaju radilo se o osobi koja je bila samostalni vlasnik više *off-shore* društava u čijem se vlasništvu nalazio niz nekretnina, a čija je žena, od koje se razvodio, polagala prava na te nekretnine te je tvrdila da su nekretnine u prikrivenom vlasništvu njezina muža. Bitno je istaknuti da se u konkretnom slučaju radilo o primjeni posebnog

²⁰ Cheng-Han,; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 151.

²¹ Legal Case Summary *Salomon v. A. Salomon Co. Ltd.*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/salomon-v-salomon.php> (26. 12. 2022.).

²² Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 158–159.

²³ *Ibid.*, str. 154–155.

engleskog pravnog principa *concealment principle* te da je na temelju njega i donesena presuda u kojoj probijanje pravne osobnosti nije bilo nužno iz razloga što je navedeni princip već ponudio validno rješenje. Princip se praktički temelji na „gledanju iza društva te identificiranju pravog aktera koji se skriva iza društva“. Uz to se radilo i o rješenju koje je bilo moguće isključivo zbog posebnosti engleskog prava konstituiranog u postojanju instituta trusta i principa vezanih uz taj trust.²⁴

Iz svega navedenoga očita je konstatacija da u Engleskoj postoji velika pozornost pri primjeni doktrine proboja pravne osobnosti te da je praksa usmjerena na traženje alternativnih pravnih putova u cilju dolaska do istih rezultata. Međutim, evidentno je da se razlozi za navedeno pronalaze točno u posebitostima engleske pravne prakse i prava, koji često nude alternativna pravna sredstva kojima se mogu postići zadovoljavajući pravni rezultati.

U engleskoj sudskoj praksi u vezi s pitanjem proboja može se govoriti o tri moguća tumačenja, odnosno rješenja (argumenta): a) društvo kao zastupnik člana (*agency*), b) učenje o društvu kao fasadi (argument društvenog vela) i c) društvo kao zasebna gospodarska cjelina (*single economic unit*). Uz to je bitno pridodati i jednu opću kategoriju slučajeva, u kojima je nužna zaštita interesa pravednosti.²⁵

Iz prvog tumačenja proizlazi činjenica da društvo može biti nečiji zastupnik. Društvo u tom slučaju preuzima obveze u ime i za račun člana koji je obveznik iz tog pravnog odnosa i subjekt odgovornosti. Tako je, prema pravnoj konstrukciji zastupstva, društvo kći samostalan pravni subjekt, koji sveobuhvatno i trajno kontrolira društvo majka (ili vladajući član društva) radi ostvarenja vlastitih ciljeva. U toj konstrukciji društvo majka odgovara za obveze koje je preuzelo društvo kći kao njegov zastupnik, pod pretpostavkom da je ono postupalo po uputama „zastupanog“ društva. Radi se o jednom labavom tumačenju, koje je više uspjeha pronašlo u ranijim engleskim presudama te kojemu se u novijoj sudskoj praksi pristupa s rezervom. U presudi *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade & Industry* ističe se, primjerice, činjenica da vladajući položaj nije dostatan za priznanje odnosa zastupstva te da se u brojnim ranijim presudama radilo uistinu o atipičnim činjenicama, na temelju kojih je teško konstituirati široko tumačenje.²⁶

U kontekstu drugog tumačenja relevantan je predmet *Adams v. Cape Industries plc.*, u kojemu se ono izričito spominje kao mogući pravni temelj proboja, ali u kojemu nije i primijenjen. U obrazloženju je navedeno da se pravni veo ne može podizati u slučaju tuženog društva koje je član holdinga samo zbog toga što se tuženik njime koristio kako bi se izbjegla odgovornost vladajućeg društva iz razloga što je zakonski dopušteno organiziranje grupne strukture u tu svrhu. S druge strane, istaknuto je da je proboj moguć

²⁴ *Prest v. Petrodel Resources Ltd. & Others*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/prest-v-petrodel-resources.php> (26. 12. 2022.).

²⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 45–46.

²⁶ *Ibid.*, str. 47–48.

u slučaju dokazivanja izbjegavanja moguće odgovornosti za štetu.²⁷ U predmetu *Jones v. Lipman* ipak dolazi do posljedice solidarne odgovornosti tuženika za obveze iz ugovora o kupoprodaji. Tuženi je član u navedenom slučaju prenio svoju imovinu na društvo te je time izbjegao odgovornost. U samom trenutku prijenosa imovine društvo je imalo registrirano sjedište u odvjetničkom uredu i temeljni kapital od sto funti te uz to nije imalo voditelja poslova.

Korisno je istaknuti i presudu *Gencor ACP Ltd. and others v Dalby and others*, u kojoj dolazi do tzv. obrnutog proboja. Naime, član uprave koncerna prisvojio je poslovnu priliku društva te je dobit usmjerio na račun drugoga društva, koje je neposredno prije toga osnovao. To novoosnovano društvo nije imalo zaposlenike, a nije bilo ni poduzetnički aktivno.²⁸ U toj se presudi može govoriti i o činjeničnoj osnovi *alter ega*.²⁹

Zadnje tumačenje *single economic unit* jest pravna konstrukcija koja vrijedi samo za povezana društva. Prema njemu sud može zanemariti pravnu odvojenost društava koja čine koncern i time ih smatrati jednom gospodarskom cjelinom. Taj se zaključak mora temeljiti na činjenici da se radi o jednoj pravnoj i gospodarskoj cjelini, potkrijepljenoj i sa strane ekonomskih razmatranja. Sudovi su u početku prihvaćali takvu praksu (npr. u presudi *DHN v. Tower Hamlets LBC*, 1976. godine)³⁰ ali su je ubrzo počeli napuštati (npr. *Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon*).³¹

Od svih tumačenja možda se kao najzanimljivije predstavlja tumačenje na temelju interesa pravednosti, za čiji je razvoj zaslužan sudac *Denning* u predmetima *Littlewoods Mail Order Stores Ltd v. Inland Revenue Commissioners* i *Wallersteiner v. Moir*. Međutim, takvo široko tumačenje bilo je odbijeno u ranije spomenutoj presudi *Adams v. Cape*, ali i u presudi *Ord. v. Belhavens Pubs Ltd*.³² Očito je da interes pravednosti predstavlja široko tumačenje, koje se može predstaviti kao ogromna zamka za primjenu instituta proboja te otvoriti vrata opasnostima pravne nesigurnosti. S druge strane, iz njega se može izvesti plemenito razmišljanje suca *Denninga*, koji je tim tumačenjem potencijalno htio istaknuti činjenicu da je bitno svaki slučaj procjenjivati zasebno te da će se teško doći do rigidne predodređene strukture tog pravnog instituta.

Englesku pravnu praksu bitno je promatrati sa sviješću o razlikama pravnog okruženja, ali istovremeno iz nje izvući i pouku o ustrajnom traženju najpodobnijeg pravnog sredstva za sprječavanje zloupotrebe. Uz to, neophodno je istaknuti i veliku pozornost koja se

²⁷*Adams v Cape Industries*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/adams-v-cape.php> (27. 12. 2022.).

²⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 50–52.

²⁹ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 160.

³⁰ *DHN Food v Tower Hamlets*, dostupno na: <https://www.lawteacher.net/cases/dhn-v-tower-hamlets.php> (27. 12. 2022.).

³¹ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 152–153.

³² *Ibid.*, str. 53–54.

zahtijeva pri kazuističkom tumačenju svakog slučaja te žustrom lovu na cijeli niz atipičnih činjenica, koje mogu presuditi u određenom slučaju.

Nakon izvođenja navedenih primjera sudske prakse nameće se zaključak o diskutabilno neujednačenoj sudskoj praksi, koja se temelji na različitim inačicama obrazloženja presuda, u kojima na kraju prevladava slobodna ocjena suca, uvjetovana s jedne strane činjeničnim okolnostima, a s druge strane vlastitim tumačenjem ranijih obrazloženja presuda.

3.2. SAD

Institut proboja pravne osobnosti, diskutabilno, najrazvijeniji je i najzastupljeniji u američkom pravu i praksi, što to pravo i praksu ujedno čini i potencijalno najreferentnijim izvorom analize. Američki se sudovi njime bave od početka 20. stoljeća, a sporadično se mogu pronaći i ranije presude. Postoji cijeli niz sudskih odluka u čijim se obrazloženjima može pronaći gotovo neiscrpan izvor analiza i rasvjetljavanja pitanja kada je pravno opravdano podići pravni veo te posegnuti za osobnom odgovornosti člana društva. Jedna od najvažnijih naznaka pri analizi tog pitanja u praksi i pravu SAD-a jest činjenica da američki federalni propisi ne reguliraju taj institut te da je iz tog razloga primjena instituta ovisna o slobodnoj ocjeni suda te dostupnoj sudskoj praksi.³³

Američko zakonodavstvo, jednako tako, za razliku od, recimo, njemačkog, pa tako i hrvatskog, pravno ne regulira odnose između povezanih društva te se, sukladno tome, institut proboja pravne osobnosti predstavlja kao jedan od osnovnih pravnih instrumenata za zaštitu vjerovnika u slučajevima potkapitalizacije društva kćeri ili korištenja društva kćeri u cilju izigravanja vjerovnika, ali mu se velika pozornost posvećuje općenito u slučajevima povezanih društava.³⁴

Uz to, bitno je napomenuti i činjenicu da se u velikom broju američkih država zakonski ne propisuje najniži iznos temeljnog kapitala potreban za osnivanje trgovačkog društva te da će se iz istog razloga u navedenim situacijama potkapitalizacije često posezati za instrumentom proboja pravne osobnosti. Međutim, dokazana činjenica potkapitalizacije, tj. u slučajevima gdje je utvrđeno da društvo s obzirom na svoj kapital nije imalo realnu šansu za opstanak (tako se često tumači pojam potkapitalizacije u američkom pravu), neće biti dovoljna za uspostavu temelja proboja. Za uspostavu će tako biti potrebni i drugi čimbenici.³⁵

U SAD-u se kao dva najvažnija tumačenja i doktrine proboja pravne osobnosti pojavljuju *instrumentality doctrine* i *alter ego doctrine*.³⁶

³³ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 146–147.

³⁴ *Ibid.*, str. 156–157.

³⁵ *Ibid.*, str. 160–161.

³⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 160.

Prva je doktrina najbolje prikazana u slučaju *Lowendahl v. Baltimore & O. R. Co.* Naime, u navedenom je slučaju istaknuto kako je bitno uspostaviti „potpunu kontrolu (*domination*)“, i to ne samo financija, nego i poslovnih praksi, koje sve upućuju na činjenicu da pravni entitet uopće nije imao vlastitu volju. Uz to, bitno je da se ta „potpuna kontrola“ koristila u svrhu počinjenja „prijevare pozitivne pravne dužnosti – zloupotrebe (*fraud or wrong, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty*)“. Na kraju, uz tu potpunu kontrolu usmjerenu na počinjenje prijevare, bitan je i posljedičan nastanak određenog oštećenja ili gubitka.

Doktrina *alter ego* bliska je prvoj te stoga postoji i argument da između njih dvije ne postoji prava značajna razlika kako obje vode do istih pravnih rezultata. Iz istog se razloga ističe i činjenica da su njih dvije praktički izmjenjive.³⁷

Od ta dva gore navedena elementa potpune kontrole i zloupotrebe drugi se, pravnom logikom, nameće kao važniji, ali je zanimljivo istaknuti da se u praksi SAD-a zapravo puno veća pozornost posvećuje uspostavljanju indikatora potpune kontrole.

Naime, indikatori za kojima se traga u uspostavljanju tog elementa svode se na širok raznovrstan popis nedostatka raznih formalnih zahtjeva: zajednički uredi, nedostatak izbora direktora, vođenja korporativne dokumentacije, ali jednako tako i preklapanje direktora, zaposlenika, vlasništva društava, adresa i telefonskih brojeva, znatna potkapitalizacija, postupanje pojedinih članova s imovinom korporacije kao vlastitom, upitna količina poslovne diskrecije u društvu pod potpunom kontrolom, korištenje imovine drugog društva te, generalno, propusti u organiziranju društva.³⁸

Dok se u nekim člancima govori o vrlo kvalitetnom i iscrpnom američkom modelu,³⁹ u drugima se postavlja i provokativno pitanje o njegovim brojnim manjkavostima.⁴⁰

Cijeli niz odrednica za kojima američki suci tragaju (od kojih ranije nisu spomenuti: iznošenje lažnih činjenica ili lažnog predstavljanja, utvrđivanje činjenične osnove *alter ego*, korištenje društva kao *pukog sredstva*) svodi se na diskutabilno neiscrpan popis, koji k tome još nije ni zatvoren.⁴¹

Iz ovoga razloga nameće se zaključak o već prije spomenutom, opetovanom prijeko potrebnom vaganju interesa važnosti zaštite ograničene odgovornosti članova te zaštite nastavka razvoja gospodarstva i formiranja kapitala.

Suci bi se u tim okolnostima, po mišljenju profesora prava na Kalifornijskom sveučilištu u Los Angelesu (UCLA) *Stephena Bainbridgea*, počeli oslanjati na prije spomenuti popis te

³⁷ *Ibid.*, str. 160–161.

³⁸ *Ibid.*, str. 161–162

³⁹ Lazarušić, Marko, *Proboj pravne osobnosti, Računovodstvo, revizija i financije*, 2010, str. 132.

⁴⁰ Bainbridge, Stephen M., *Abolishing LLC veil piercing*, University of California, Los Angeles (UCLA) – School of Law, 2004, str. 99–102, dostupno na: <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2005/1/Bainbridge.pdf>.

⁴¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 159–160.

bi posljedično tražili raznorazne testove i prečace kojima bi provjeravali postojanje osnove za probijanje pravne osobnosti. Međutim, kako rigidni i provjereni, a konkretni testovi koji bi ujednačili pravnu praksu u SAD-u ne postoje, okrenuli bi se vlastitoj maglovitoj intuiciji, koja bi katkad nužno donijela i krive rezultate, te time otvorila vrata pravnoj nesigurnosti.⁴²

Tako se u presudi *Bonner v. Bruson* naglašava arbitrarnost svih odrednica koje suci traže. Na kraju se potraga svela na ispitivanje bilo kakvih dokaza koji upućuju na to da je tuženik *Bruson* zloupotrijebio pravni subjektivitet društva bilo miješanjem vlastite imovine s imovinom društva bilo miješanjem sfere poslovanja društva s vlastitim poslovima. U ovoj je presudi, prema mišljenju profesora *Bainbridgea*, naglašena i pretjerana „fetišizacija“ američke sudske prakse u potrazi za nedostatkom zakonskih formalnosti.⁴³

Još neki od poznatih „testova“ za uspostavu pretpostavke proboja pravne osobnosti na koje su se oslanjali američki suci mogu se pronaći u slučajevima *Laya v. Erin Homes, Inc.* te *Van Dorn Co. v. Future Chemical and Oil Corp.*

U prvom slučaju sud navodi dva ponovno granično definirana zahtjeva: postojanje jedinstva osobe i društva, koje rezultira zanemarivanjem odvojenog subjektiviteta, te uvjet da se njime uzrokuje nepravda, odnosno čini prijevara. U drugom se pak slučaju naglašava uvjet pojačane potkapitalizacije u kombinaciji s prije spomenutim zanemarivanjem zakonskih formalnosti u osnivanju i provođenju poslova društva. Isti su testovi bili primijenjeni, a po sudskoj prosudbi i ispunjeni, i u slučajevima *Kinney Shoe Corp. v. Polan* i *Sea – Land services, Inc. v. The Pepper source*.⁴⁴

Nakon analize navedenih testova nameće se zaključak da svaki od njih predstavlja pokušaj američkih sudaca da olakšaju primjenu doktrine proboja pravne osobnosti, ali istovremeno, činjenično, vodi do nesigurne polivalentnosti.

O problematici primjene doktrine proboja pravne osobnosti u američkoj praksi svjedoči i jedan od najpoznatijih slučajeva *Walkovszky v. Carlton*. U navedenom je slučaju tužitelj kao oštećenik stradao u prometnoj nezgodi koju je prouzročio taksist. On ustaje tužbom i traži naknadu štete od taksi-kompanije, koja je osnovana s neznatnim temeljnim kapitalom, a bila je osigurana u slučaju nezgode samo do visine 10 000 američkih dolara. S obzirom na utvrđenu činjenicu da ne postoji imovina iz koje bi se oštećeni mogao namiriti, tužitelj pred sud iznosi tvrdnju u kojoj navodi da je tuženo taksi-društvo kao štetnik jedno od čak 10 trgovačkih društava čiji je osnivač jedna te ista osoba *William Carlton*. Oštećenik također navodi da je osnivač sve to učinio s namjerom izbjegavanja odgovornosti za moguću štetu. Slijedom navedenog tužitelj traži od suda da probije pravnu osobnost te da mu se pretrpljena šteta nadoknadi iz imovine svih društava koja

⁴² Bainbridge, Stephen M., *op. cit.* (bilj. 40), str. 97–98.

⁴³ *Ibid.*, str. 88

⁴⁴ Allen, William T.; Kraakman, Reinier, *Commentaries and cases on the law of business organization*, Fifth edition, 2016, str. 124, 129.

su, po njegovu sudu, zapravo jedan poslovni subjekt.⁴⁵ Navedeni slučaj završava odbijanjem tužbenog zahtjeva s obrazloženjem da tužitelj nije uspješno uspostavio odrednice na temelju kojih bi se opravdano zaključilo da su *William Carlton* i njegovi suradnici vodili svoje poslovanje na način da su zanemarivali pravni subjektivitet društva vađenjem i umetanjem imovine društva ili vlastite imovine. Iskazano je da su istaknuti samo argumenti potkapitalizacije i oskudnog miješanja, koji se nisu predstavili kao dovoljni. Ističe se da nije prijevarno postupanje osiguravanje taksi-vozila na minimalni iznos od 10 000 dolara te da bi drugačija presuda pokrenula domino-efekt presuda u sličnim situacijama. Bitno je istaknuti da sud izričito napominje da bi odgovornost bilo koga drugoga osim samog vlasnika vozila mogla proizaći jedino na temelju principa *respondeat superior* te da bi jedino po toj osnovi oštećenik mogao držati odgovornim cijeli poslovni subjekt.⁴⁶

Iz ovoga proizlazi da sud praktički odbija argumentaciju za proboj pravne osobnosti, ali istovremeno upućuje na drugo pravno sredstvo kojim bi se postigao isti cilj.

U kontekstu navedenog slučaja korisno je spomenuti i mišljenje suca *Keatinga*, koji se žestoko protivi presudi te navodi da se radi o jasnoj zloupotrebi odvojene pravne osobnosti društva te tuženikovu skrivanju iza te osobnosti. Također ističe da bi svi članovi trebali biti osobno odgovorni za počinjenu štetu te naglašava da odredba o minimalnom osiguranju taksi-vozila sigurno nije svoj *ratio* pronalazila u zaštiti pojedinaca koji bi namjerno osnivali bezbroj društava kako bi izbjegli odgovornost za štetu.⁴⁷

U navedenom se slučaju radi o situaciji u kojoj je zahtjev za probojem pravne osobnosti proizašao s naslova izvanugovorne odgovornosti te stoga i predstavlja poseban primjer, koji otvara široku raspravu o dosegu i ulozi navedene pravne doktrine. Očito je da je sud ovom presudom htio poslati poruku tužitelju da je korištenje pravnog sredstva proboja pravne osobnosti sklizak teritorij te da iste rezultate može polučiti i alternativnim pravnim putem.

Međutim, ono što je definitivno sporno u konkretnoj presudi jest činjenica da sud nije smatrao da se tvrdnja o zloupotrebi korporativne forme konkretno dokazala, usprkos svim navedenim okolnostima, koje jasno upućuju na vještu manipulaciju zakonski postavljenih ograničenja. Navedena se presuda iz tih razloga može smatrati upitno utemeljenom te, diskutabilno, još jednim proizvodom oskudne maglovite intuicije sudaca.

U ovom kontekstu potrebno je spomenuti i neke od američkih presuda u kojima je pak došlo do posljedice osobne odgovornosti, i to putem proboja pravne osobnosti, ali za koje je upitno je li točno taj put bio i najpodobniji.

⁴⁵ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 157–158.

⁴⁶ Klein, William A.; Ramseyer, J. Mark; Bainbridge, Stephen A., *Business associations – cases and materials on agency, partnerships, LLCs, and corporations*, Tenth Edition, 2018, str. 200–201.

⁴⁷ *Ibid.*, str. 201–203.

Tako se, primjerice, u presudi *Gorill v. Icelandair/Flugleider* probija pravna osobnost na temelju doktrine *instrumentality* (doktrina pukog sredstva) te se istovremeno navodi da se odrednica zloupotrebe ispunjava protupravnim raskidom radnih odnosa. Tim bi se tumačenjem doseg doktrine proboja pravne osobnosti ponovno pretjerano proširio te bi se zanemarilo drugo pravno rješenje. Isti problem širokog tumačenja pojavljuje se i u presudama *Carte Blanche Pte. Ltd. v. Diners Club International* i *Sabine Towing & Transp. Co., Inc. v. Merit Venture, Inc* (obje vezane uz kršenje/povredu ugovora).⁴⁸

Iz navedenoga se nameće zaključak kako se u američkoj pravnoj praksi vodi duga i iscrpna polemika o ulozi i dosegu doktrine proboja pravne osobnosti. Primjenjuje se cijeli niz različitih testova, na temelju kojih se pokušava uspostaviti temelj za probijanje pravne osobnosti, ali se istovremeno, zbog nejasnoća i manjka specifičnosti u tim testovima, velik dio slučajeva svodi na subjektivnu procjenu sudaca. Kao rezultat se, s jedne strane, pojavljuje neujednačena sudska praksa, ali, s druge strane, i rudnik zlata analize primjene doktrine proboja. Kako je već spomenuto u početku samog odlomka, doktrina proboja pravne osobnosti ne temelji se na zakonsko propisanoj osnovi, a iz toga logično proizlazi i dinamična i raznolika sudska praksa, koja još uvijek pokušava pobliže definirati doktrinu.

Praksu SAD-a iz tog razloga treba tumačiti pedantno i specifično te svaku presudu uzimati sa zrnom soli. Međutim, u njoj treba biti sposoban pronaći veliku vrijednost u različitim pristupima te raznovrsnim pokušajima definiranja testova na temelju kojih bi se utvrdile pretpostavke proboja pravne osobnosti.

3.3. Njemačka

3.3.1. Učenja o proboju pravne osobnosti

Njemačka se sudska praksa s probojem pravne osobnosti prvi put susrela 1920-ih godina, dok je prva sustavna obrada pojma u literaturi izvršena tek 1955. godine od strane *Sericka*. U njemačkoj se pravnoj znanosti razvio ogroman broj dogmatskih i metodoloških pokušaja objašnjenja pojma proboja sve dok se sudska praksa u brojnim presudama hrvala sa samim pojmom.⁴⁹

Jedna od najznačajnijih podjela učenja o proboju svodi se na tri najzastupljenija učenja: a) učenje o zloupotrebi, b) učenje o primjeni norme, tj. o cilju ili svrsi norme, te c) mješovita učenja.

Njemački autor *Serick*, osim za prvu sistematizaciju sudske prakse o proboju, zaslužan je i za uspostavu prvog učenja na temelju kojeg se proboj treba dopustiti ako se pravna osoba zloupotrijebi da bi se izigrao zakon, povrijedila ugovorna obveza ili pak prijevarno

⁴⁸ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 164–167.

⁴⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 35–36.

oštetili treći. Uz to, on zahtijeva i namjeru osobe da se zloupotrijebi pravna osoba. Time se i konstituiralo učenje o subjektivnoj zloupotrebi, ali je brzo kao odgovor nastalo i učenje o objektivnoj zloupotrebi, koje je pak teret dokaza prebacilo na samog počinitelja.⁵⁰ Iz obje varijante proizlazi posljedično zanemarivanje pravne samostalnosti društva prema njegovim članovima te stoga predstavlja teorijski upitno prekoračenje postavaka ograničene odgovornosti.

Učenje o cilju, odnosno primjeni pravne norme koje razvija *Muller-Feienfels* temelji se na rješenju koje se traži u ciljnom, tj. teleološkom tumačenju norme, koja odgovara konkretnim okolnostima slučaja. Time se pitanje proboja praktički svodi na primjenu konkretne pravne norme. To se tumačenje naziva i izvornim tumačenjem zato što se radi o antitezi prema proboju te se stoga problemi slučajeva na koje bi se primjenjivala neka „posebna metoda proboja“ rješavaju samo primjenom činjenično i pravno relevantne norme u skladu s njezinim ciljem.⁵¹ Na taj se način izbjegava nužnost formiranja posebnih i novih osnova odgovornosti te se rješenje traži u postojećem pravnom okviru.

Neki autori (*Ehricke, Altmeyen, Schmidt i Wilhelm*) u novije vrijeme negiraju potrebu za posebnim učenjem o proboju te umjesto toga predlažu odgovarajuću primjenu propisa o odgovornosti za štetu. Od posebnih autora mješovitih tumačenja bitno je istaknuti i njemačkog pravnog teoretičara *Schanze*, koji se među prvima usprotivio stajalištu o potrebi posebnog učenja zastupajući učenje o cilju, ali uz malenu izmjenu. Naime, *Schanze* se zalagao za pripisivanje odvojeno od proboja, na temelju kojeg bi se tumačili pozitivnopravni propisi prema svojem cilju, ali sve to bez zadiranja u pravnu osobnost društva.⁵² Na taj bi se način izbjegla teorijska polemika o prekoračenju jedne od najtemeljnijih postavki prava društva konstituirane u činjenici ograničene odgovornosti članova društva.

Iz proučavanja njemačke sudske prakse proizlazi činjenica o važnosti svih tih tumačenja te o različitim odgovorima vezanim uz primjenu proboja pravne osobnosti. Bitno ih je navesti prije izlaganja prakse iz razloga što će u praksi biti vidljiv smjer razvoja tumačenja proboja.

3.3.2. Pravo i praksa

Njemačko pravo, kao i hrvatsko, a za razliku od prava SAD-a i Engleske, za registraciju društva s ograničenom odgovornošću *GmbH* zahtijeva temeljni kapital. To je jedna od važnijih naznaka i općih razlika između navedenih prava, iz koje proizlazi činjenica da će u državama s cijelim nizom odredaba vezanih uz načela unosa i održanja temeljnog kapitala, od zahtijevanja temeljnog kapitala pa sve do odredaba o nedopuštenim primanjima i isplatama, biti znatno manje potrebna alternativna i dopunska zaštita

⁵⁰ *Ibid.*, str. 36–37.

⁵¹ *Ibid.*, str. 37–38.

⁵² *Ibid.*, str. 39.

vjerovnika društva.⁵³ To, naravno, ne isključuje potrebu za doktrinom proboja pravne osobnost, ali je reducira u određenim slučajevima potkapitalizacije društva.

Zanimljivo je napomenuti da je starija njemačka sudska praksa u slučajevima potkapitalizacije neusklađena te da je u raznim, poprilično sličnim predmetima donosila diskutabilno različite presude. Ono što je sigurno jest to da je čak i u tim starijim presudama bilo istaknuto da ispunjenje jedino pretpostavke potkapitalizacije nije dovoljno za primjenu doktrine proboja.⁵⁴ Novija će pak sudska praksa biti iskazana u sljedećim paragrafima.

Druga naznaka vezana uz njemačko pravo odnosi se na to da se radi o kontinentalnom pravnom sustavu, u kojem sudovi nisu vezani svojim prethodnim presudama, ali za koji je, s druge strane, sudska praksa više nego bitna za razvoj pravnih instituta te za formiranje pravnog okruženja ujednačene sudske prakse.

Važnost sudske prakse pronalazi se i u činjenici da institut proboja pravne osobnosti u Njemačkoj ne pronalazi konkretnu zakonsku osnovu u obliku odredbe slične onoj u Hrvatskoj, nego u puno apstraktnijim i više nego općim odredbama. Iz ovoga je razloga veliku pozornost bitno posvetiti obrazloženjima njemačkih sudskih presuda.⁵⁵

U Njemačkoj su najrelevantnije činjenične osnove u kojima se otvara rasprava o mogućnosti proboja pravne osobnosti: potkapitalizacija društva, vladajući položaj te miješanje imovine člana s imovinom društva. Bitno je napomenuti da nijedna nije odvojena cjelina te da se stoga sve moraju tumačiti skupno.

Jedna od najrelevantnijih ranih presuda njemačkog Vrhovnog suda jest presuda *Autokran*, u kojoj se radi o tuženiku koji je jedini član sedam društava s ograničenom odgovornošću, kojima i sam upravlja. Naime, tužitelj je s tim društvima sklopio ugovor o *leasingu* 39 autodizalica te je, sukladno tome, tražio isplatu dospjelih obroka naknada za *leasing* u ukupnom iznosu od 700 000 DEM. Ovrha se nije mogla provesti jer su društva bila bez imovine te je tužitelj stoga od jedinog člana tih društava zahtijevao isplatu dugovanog iznosa.⁵⁶ U ovoj presudi II. građansko vijeće njemačkog Vrhovnog suda zauzima stajalište da se odgovornost za proboj (shvaćena kao osobna odgovornost člana društva) u društvu s ograničenom odgovornošću treba rješavati u sklopu prava koncerna, tj. konstrukcijom odgovornosti člana koji se izjednačava s poduzećem. Na taj se način na člana društva primjenjuju odredbe o dužnosti pokrivanja gubitaka ovisnog društva te iz toga proizlazi osobna vanjska odgovornost člana temeljem analogije u primjeni odredbe o dužnosti vladajućeg društva da pruži osiguranje vjerovnicima ovisnog društva, odnosno da podmiri obvezu ovisnog društva kad je očito da je ono više ne može ispuniti.⁵⁷ Navedena presuda svjedoči o širini stvaralačke interpretacije njemačkih sudova putem analogije te

⁵³ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 173–175.

⁵⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 163–165.

⁵⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 176.

⁵⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 192.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 194.

pokazuje samo jednu pravnu osnovu pod koju bi se proboj pravne osobnosti takvim tumačenjem mogao podvesti.

Sljedeća relevantna presuda u razvoju njemačke sudske prakse jest presuda *Video* iz 1991. godine, u kojoj se znatno proširuje mogućnost primjene konstrukcije odgovornosti u kvalificiranom faktičnom koncernu. U toj se presudi formira postojanje oborive pretpostavke da vladajuće društvo ne vodi računa o interesima ovisnog društva ako je većinski ili jedini član društva istovremeno i jedini član uprave. Ta se presuda žestoko kritizira u literaturi iz razloga što olako dovodi do zanemarivanja načela odvojenosti člana i društva.⁵⁸ Iz toga razloga predstavlja promašeni pokušaj olakšavanja tereta dokaza u sličnim slučajevima.

Međutim, zanimljivo rješenje olakšavanja tereta dokaza tužitelju pruža presuda *TBB*, u kojoj se u području presuda kvalificiranog faktičnog koncerna pojavljuje načelo premještanja tereta dokaza s tužitelja na tuženika. Prema tom načelu, kada tuženik ne može potkrijepiti svoje tvrdnje, olakšava se teret dokaza tužitelju ako postoje i dodatne činjenice, tj. dodatni pokazatelji iz kojih se može zaključiti da je ovisno društvo oštećeno mjerama vladajućeg društva. Dokazivanjem dodatnih pokazatelja efektivno se prebacuje teret dokaza na tuženika.⁵⁹ Navedena je presuda bitna i zato što se tuženikovu suprugu utvrdilo kao povjerenika tuženika te se na temelju toga zaključilo da je tuženik jedini faktički član društva.⁶⁰ Presuda je prikazala zanimljivo rješenje olakšanja tereta dokaza koje se spominje u literaturi, ali je uz nju nužno i postaviti pitanje mogućnosti primjene takva prebacivanja u drugim slučajevima s različitim činjeničnim supstratom.

Bitno je istaknuti i činjenicu da je pretpostavka trajne i sveobuhvatne kontrole „vladajućeg društva“ u presudama *Video* i *TBB* bila utjelovljena u fizičkoj osobi koja je posjedovala tu kontrolu te da se stoga, uz minimalne dodatke, obje mogu podvesti pod grupu slučajeva kvalificiranog faktičnog koncerna.⁶¹

Sljedeća značajna etapa u razvoju njemačke sudske prakse u kontekstu proboja pravne osobnosti aktivirala se presudom *Bremer Vulkan* 2001. godine. Na temelju nje formirala se odgovornost za nedopušteni zahvat u imovinu društva, koji za posljedicu ima propast društva, tj. već spomenuti *existenzvernichtender Eingriff* (engl. *existence annihilating interference*). Ovime se mijenja i dotadašnji smjer sudske prakse u svezi s odgovornošću u koncernu. Vrhovni sud navodi novo polazište – zaštitu ovisnog društva protiv zahvata njegova jedinog člana ne proizlazi iz sustava odgovornosti u d. d. koncernu, već je ograničena na održavanje temeljnog kapitala i zaštitu opstojnosti društva, što uvažava i samostalni interes ovisnog društva.⁶² Tu je bitno istaknuti činjenicu da će se novi

⁵⁸ *Ibid.*, str. 196–197.

⁵⁹ *Ibid.*, str. 111–112.

⁶⁰ *Ibid.*, str. 197.

⁶¹ Ahl, Bjorn; Zhen Qu, Charles, Lowering of the corporate veil in Germany: a case note on BH 16 July 2007 (Trihotel), Oxford University Comparative Law Forum, 2008, str. 5, dostupno na: <https://research-repository.griffith.edu.au/handle/10072/42148>.

⁶² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 210, 212.

konstrukt odgovornosti primjenjivati isključivo supsidijarno, tj. samo ako se učinci vraćanja zahvaćene imovine ne budu mogli postići primjenom odredaba vezanih uz unos i održanje temeljnog kapitala (prvenstveno odredbe o nedopuštenim primanjima).⁶³

U predmetu *L – Kosmetik* dodatno se razvija spomenuta odgovornost time što se negira nužnost ispunjenja subjektivnih pretpostavaka odgovornosti (krivnja člana). U njemu se u kombinaciji primjenjuju odgovornost za nedopuštene isplate za jedan dio tražbine te odgovornost za zahvat za drugi dio tražbine.⁶⁴

Za uvod u sljedeću veću etapu korisno je spomenuti i predmet *KBV*, u kojem je sud odgovornost članova temeljio ne samo na ranije spomenutoj odgovornosti za nedopušteni zahvat nego i na novom temelju – čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika. U navedenom predmetu tužitelj je protiv društva *KBV GmbH* presudom zbog izostanka stekao zahtjev za isplatu 82 000 DEM. To su isto društvo dva člana (udjeli 60 % i 40 %) odlučila okončati bez provođenja likvidacije te su potom osnovali novo društvo, koje preuzima prava i obveze prvog društva u iznosu 822 000 DEM, ali ne preuzima i obveze prema tužitelju. Oba društva ostaju bez imovine te se stoga ne može provesti stečajni postupak, a tužitelj ustaje s tužbom usmjerenom na članove. Iz obrazloženja navedene sudske presude kao pravni temelj odgovornosti proizlazi zlouporaba oblika društva, koja ima za posljedicu gubitak povlastice neodgovornosti članova za obveze.⁶⁵ Međutim, ono što je najzanimljivije istaknuti jest činjenica da sud presudu temelji i na spomenutom čl. 826., koji se uspostavlja kao iznimno važan za sljedeću etapu.

Tako dolazimo do presude *Trihotel* iz 2007. godine, u kojoj Vrhovni sud Njemačke ponovno uvodi novi temelj odgovornosti. Vrhovni je sud u obrazloženju naveo da ranije presude smatra upitnima s doktrinarne perspektive zato što su rezultirale direktnom osobnom vanjskom odgovornošću članova. Sud iskazuje mišljenje da je to neopravdano zato što su sve dužnosti bile prekršene u odnosu na samo društvo te da su gubici vjerovnika bili isključivo reflektivne prirode.⁶⁶ U ranijim presudama, u kojima su se pokušavale kombinirati odredbe o načelu unosa i održanja kapitala i primjeni odgovornosti za nedopušteni zahvat u imovinu društva koji za posljedicu ima propast društva, tako je, po mišljenju suda, bila sakrivena doktrinarna kontradikcija. Prvo spomenuto sredstvo za posljedicu je imalo unutarnju odgovornost, dok je drugo za posljedicu imalo vanjsku.

Iz novog rješenja proizlazi činjenica da će se time aktivirati unutarnja odgovornost, tj. odgovornost člana prema društvu, a ne direktna odgovornost člana prema vjerovniku, te da će se na taj način pomiriti dva sredstva i razriješiti navedene nejasnoće. U praksi to bi značilo da će u slučajevima stečaja društva zahtjeve postavljati stečajni upravitelji, a ne

⁶³ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 61), str. 4.

⁶⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 214.

⁶⁵ *Ibid.*, str. 215–216.

⁶⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 175–176.

vjerovnici izravno.⁶⁷ Na temelju uspostave unutarnje odgovornosti rješava se problematika „utrke vjerovnika“ te se i uspostavlja ravnomjerno namirenje svih vjerovnika.⁶⁸ Bitno je ponovno napomenuti da se u navedenom rješenju ne radi o deliktu počinjenom prema vjerovniku, koji bi onda aktivirao vanjsku odgovornost (a tako i problem „utrke vjerovnika“), nego o deliktu počinjenom prema društvu, a samo posljedično reflektivnu štetu počinjenu vjerovniku.

Vrhovni sud na taj način nije isključio odgovornost koja je vladala u prethodnoj etapi, nego je istaknuo činjenicu da će članovi još uvijek moći odgovarati za *annihilating interference*, ali na temelju deliktne odgovornosti, koja proizlazi iz ranije spomenutog čl. 826.

Čl. 826. Njemačkog građanskog zakona odnosi se na *namjerno oštećenje suprotno javnom poretku/javnom moralu (contrary to public policy)* te iz njega proizlazi da će *osoba koja na način suprotan javnom poretku drugome namjerno nanese štetu odgovarati toj drugoj osobi za naknadu štete*.⁶⁹ Radi se o apstraktnoj klauzuli, koja ima široki spektar primjene – od slučajeva zlorporabe prava, korištenja moći monopola, pa do dobivanja sudskih presuda putem prijevare. Za uspostavu odgovornosti na temelju navedenog članka tužitelj mora dokazati četiri elementa: da je pretrpio štetu, da je šteta uzrokovana od strane tuženika, da je šteta počinjena *contra bonos mores* (protivnost moralu) te da je tuženik namjerno htio prouzročiti navedenu štetu.⁷⁰ Bitno je napomenuti da je sud u presudi *Trihotel* naveo da će biti dovoljno dokazati i samo *dolus eventualis*, odnosno neizravnu namjeru, iz koje proizlazi da je član bio svjestan da je njegovo ponašanje bilo detrimentalno za financijsko stanje društva, tj. da je bio svjestan da će njegovo ponašanje onemogućiti društvo u ispunjavanju obveza prema vjerovnicima.⁷¹

Na temelju te novouspostavljene odgovornosti član bi stoga odgovarao u slučajevima kada član oduzme imovinu društva bez primjerene protučinidbe, što ima za posljedicu insolventnost društva.⁷²

Neki autori opravdano kritiziraju navedenu novu konstrukciju odgovornosti ističući da se njome efektivno oduzima vjerovnicima aktivna legitimacija te da se posljedično, nakon razdoblja jačanja zaštite vjerovnika i veće spremnosti sudova u zanemarivanju povlastice neodgovornosti članova za obveze društva, nameće razdoblje u kojemu će zaobilaženje načela odvojenosti društva od člana opet predstavljati rijetku iznimku, a ne pravilo. Također se iskazuje i gruba naznaka da ta najnovija konstrukcija odgovornosti zasigurno neće biti široko prihvaćena ni u sudskoj praksi ni u literaturi.⁷³ S druge strane, pojavljuju se i autori koji smatraju da nova konstrukcija odgovornosti pruža sigurniji i stabilniji oblik

⁶⁷ *Ibid.*, str. 177.

⁶⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 158–159.

⁶⁹ German civil code section 826. BGB, dostupno na: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ (2. 1. 2023.).

⁷⁰ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 70), str. 5.

⁷¹ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 178.

⁷² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 224–225.

⁷³ *Ibid.*, str. 225.

doktrinarnog integriteta iz razloga što se raščičavaju prethodne nejasnoće te se istovremeno uspostavlja odgovornost članova, a da se ne narušava princip ograničene odgovornosti. Isti autori govore o novom smjeru prava društava, u kojemu će ti temeljni principi biti zanemareni isključivo u situacijama u kojim je apsolutno nemoguće pronaći rješenje alternativnim pravnim putovima. Uz to, navode i zanimljivu naznaku o tome kako se čl. 826. generalno smatra sposobnim zaštititi ne samo interese društva nego i interese vjerovnika te da se čak može otvoriti diskusija o činjenici da vjerovnici na temelju tog članka mogu i direktno tužiti društvo.⁷⁴

Zadnja naznaka predstavlja i savršen uvod za zadnju njemačku presudu koja će biti izložena u ovom poglavlju – presudu *GAMMA* iz 2008. godine. U navedenoj presudi radilo se o „društvu pepeljuzi“, tj. društvu u kojemu su članovi svoj utjecaj koristili na načine pogubne za interese vjerovnika te su stoga i prouzročili insolventnost društva. Uz to, članovi društva uvjerali su cijeli niz radnika zaposlenih u drugim povezanim društvima da se prebace u društvo koje je ostalo bez imovine, što se pokazalo temeljnom činjenicom u navedenom predmetu.

Naime, u presudi *Trihotel* bila je prethodno naglašena unutarnja odgovornost članova, ali je u toj presudi sud na temelju čl. 826. utvrdio vanjsku odgovornost članova prema vjerovnicima društva (u ovom slučaju zaposlenicima) te ju je obrazložio na način da je iskazao kao najbitniju činjenicu da su članovi društva počinili delikt, direktno prema zaposlenicima, tako što su ih naveli da promijene društvo zaposlenja, a da ih nisu upoznali s financijskom situacijom društva u koje se sele.⁷⁵

Na temelju toga se i opravdava ranije navedena naznaka da se na temelju čl. 826. može uspostaviti i direktna zaštita vjerovnika društva te se na temelju toga uspostavlja i zaštita vjerovnika koja je prividno bila reducirana presudom *Trihotel*. Iz te presude proizlazi zaključak da direktni zahtjev vjerovnika na temelju vanjske odgovornosti može biti iskorišten, ali samo u slučajevima gdje je delikt počinjen direktno prema vjerovnicima društva.⁷⁶

Međutim, bitno je napomenuti da činjenica postojanja opcije aktivacije direktne vanjske odgovornosti članova društva putem čl. 826. još uvijek, diskutabilno, ne uspostavlja onakvu zaštitu kakva je postojala u ranijim etapama razvoja njemačkog prava.

Naime, njemački *Sittenwidrigkeit* (protivnost moralu, koja se zahtijeva u čl. 826.) u njemačkoj se sudskoj praksi tumači široko (već npr. uspostavom da je osoba zahvatila u imovinu društva koja je mogla biti iskorištena za namirenje vjerovnika), ali je bitno napomenuti činjenicu teškog dokaza namjere, tj. neizravne namjere, koju članak također zahtijeva te koja se, sukladno tome, nameće kao najveća zapreka u ostvarivanju direktne zaštite vjerovnika. Uz to je bitno napomenuti i činjenicu da će kroz ranije spomenutu

⁷⁴ Bjorn, Ahl; Zhen Qu, Charles, *op. cit.* (bilj. 70), str. 8–9.

⁷⁵ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 179.

⁷⁶ *Ibid.*, 180.

reflektivnu štetu vjerovnici moći doći samo do dijela naknade za koju su zakinuti, kako će se ona odnositi samo na štetu društvu koja je prouzročila ili barem produbila insolventnost.⁷⁷

3.3.3. Zaključak o njemačkom pravu i praksi

Kao što je već navedeno, njemački su sudovi već od rane 1920. godine preispitali mogućnosti osobne odgovornosti članova u situacijama u kojima je društvo postalo insolventno kao posljedica djelovanja tih istih članova. Međutim, pretpostavke za navedenu odgovornost mijenjale su se kroz etape razvoja njemačkog prava i prakse. Tako je razdoblje između 1980-ih i 2000-ih bilo ispunjeno nadom za nezadovoljne vjerovnike koji su zahtijevali osobnu odgovornost članova, ali je ubrzo uslijedilo i novo razdoblje, koje je ponovno otvorilo pitanje adekvatne zaštite vjerovnika društva.⁷⁸

U njemačkoj sudskoj praksi evidentna je snažna tendencija prema pronalasku najpodobnijeg temelja za prouzročenje odgovornosti člana društva. Zanimljiv je razvoj prakse, koji je nakon navedene presude *Trihotel* uzeo i pomalo neočekivani smjer te je napustio prethodnu struju u kojoj su vjerovnici društva pronalazili sigurno utočište od svakojakih zlouporaba članova društva. Prikazana je široka i iznimno stvaralačka praksa Njemačke, koja je raščesljala cijeli niz raznoraznih rješenja u kontekstu proboja pravne osobnosti.

Krenula je od presude *Autokran*, u kojoj je započeta praksa širokog analogijskog tumačenja i primjene odredaba o koncernu. Zatim je preko presuda *Video* i *TBB* nastavila ojačavati doseg primjene doktrine proboja pravne osobnosti uspostavom konstrukcije oborive pretpostavke da vladajuće društvo ne vodi računa o interesima ovisnog u slučajevima u kojima je većinski ili jedini član društva istovremeno i jedini član uprave, ali i uspostavom načela prebacivanja tereta dokaza s tužitelja na tuženika, koji je znatno olakšao dokazivanje relevantnih činjenica.

Međutim, onda je presudom *Bremer Vulkan* implementirala supsidijarnu ulogu novog konstrukta odgovornosti u odnosu na načela unosa i održanja temeljnog kapitala, ali istovremeno ga nije u potpunosti oslabila time što je još uvijek bila negirana nužnost uspostave subjektivne pretpostavke.

Na kraju je presudama *Trihotel* i *Gamma* praksa zauzela ponovno novi smjer, kojim je zaštita vjerovnika uhvaćena na prepad iz razloga što se novi temelj odgovornosti uvelike odnosio na članak koji sustavno uređuje širok broj slučajeva deliktne odgovornosti te koji za uvjet provedbe traži i *dolus*, tj. *dolus eventualis*, a time i znatno otežava dokazivanje.

⁷⁷ Jonkers, A. L., Insider guarantees in corporate finance, PhD thesis, Centre for the Study of European Contract Law, 2020, str. 264–265, dostupno na: <https://dare.uva.nl/search?identifier=87b16503-8c17-4540-b629-46173d806889> (5. 1. 2023.).

⁷⁸ Cheng-Han, Tan; Wang, Jianguy; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 175.

Prikazani razvoj njemačke prakse govori o dubini i silnim mogućnostima ranije spomenutog tumačenja o cilju i svrsi norme, o cijelom nizu rješenja koja se mogu pronaći teleološkim, ali i granično stvaralačkim načinom interpretacije navedenih zakonskih okvira. S druge strane, priča i priču o mogućim opasnostima u konstantnom nastojanju razvoja primjene određene doktrine, koje posljedično uzrokuje i široke promjene u konstrukcijama raznih osnova, a time, diskutabilno, i nepostojanje pravne sigurnosti.

Hrvatska iz bogate njemačke sudske prakse može izvući dug popis pouka, od kojih je interesantno ponovno istaknuti i inicijalno traženje rješenja u drugim pravnim sredstvima. Međutim, kako hrvatsko zakonodavstvo nudi zakonsku osnovu za proboj, postavlja se i pitanje primjerenog stupnja preuzimanja njemačke prakse i prava, koje je u tom pitanju potpuno drugačije te ne nudi tu zakonsku osnovu.

Uz to, nužno je izvući i pouku o širokom spektru atipičnih činjenica, koje mogu biti presudne u odluci o primjerenom pravnom sredstvu za zaštitu te o inspirativnim metodama olakšavanja tereta dokaza.

4. HRVATSKA

4.1. Zakonska osnova

Kao što je već navedeno, Hrvatska u čl. 10. ZTD-a nudi izričitu zakonsku osnovu na temelju koje dolazi do proboja pravne osobnosti. U st. 2. prvo se navodi da članovi d. o. o.-a, d. d.-a i komanditori u komanditnom društvu ne odgovaraju za obveze izuzev kada je to određeno zakonom te se zatim u st. 3. navodi da se *onaj tko zloupotrebljava okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva ne može pozivati na to da po zakonu ne odgovara za te obveze.*⁷⁹ Zatim se u st. 4. navodi da se *smatra da je ispunjena pretpostavka za odgovornost člana društva iz st. 3. naročito u situacijama gdje se 1) koristi društvo za to da bi se postigao cilj koji mu je inače zabranjen, 2) koristi društvo da bi se oštetilo vjerovnike, 3) protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina te 4) u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.* Na kraju se u st. 5. navodi da *će u slučajevima u kojima je otvoren stečajni postupak, zahtjeve protiv osoba iz stavka 3. za vrijeme trajanja stečajnog postupka moći ostvarivati samo stečajni upravitelj.*⁸⁰

Evidentno je da je Hrvatska tom odredbom napravila hrabar iskorak u primjeni doktrine proboja pravne osobnosti time što joj je ponudila direktnu zakonsku osnovu te je njome i stvorila konturu ovog pravnog instituta. Njemačka, kao i druge prije spomenute države, doktrinu proboja različitim su tumačenjima vukle iz drugih pravnih osnova i općenito sudske prakse te se na taj način Hrvatska znatno izdvaja od njih. Međutim, Hrvatska je na taj način preuzela određene zaključke njemačke sudske prakse i dijela njemačke literature

⁷⁹ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 10. st. 2, 3.

⁸⁰ *Ibid.*, st. 4, 5.

te je dala općenitu definiciju odgovornosti za proboj.⁸¹ Bitno je, doduše, napomenuti kako je hrvatsko zakonodavstvo na taj način otvorilo vrata sudskoj praksi koja se u bitnome razlikuje od njemačke sudske prakse, koja svoj hir uzima nakon presuda *Trihotel* i *Gamma*, a koja se i nameće kao najnovija.

Iz ovoga proizlazi naznaka da je hrvatski zakonodavac smatrao potrebnim proširiti zaštitu vjerovnika te da je procijenio da već postojeće odredbe o načelima unosa i održanja kapitala, o pojačanoj odgovornosti uprave, propisima o prestanku društva, o stečaju i o likvidaciji,⁸² jednako kao i alternativni putovi deliktne odgovornosti, ne pružaju adekvatnu zaštitu vjerovnicima društva.

Na taj se način Hrvatska kao takva, uz još neke države (Slovenija,⁸³ Kina⁸⁴ itd.), izdvojila u manjinsku grupu, koja je procijenila da uvrštavanje posebne zakonske osnove za provedbu proboja ne znači prekomjerno narušavanje temeljnih principa prava društava te da je ono potrebno.

Uz to je Hrvatska zaknutim vjerovnicima provođenje doktrine proboja omogućila jednom širokom otvorenom klauzulom, iz koje se kao temelj nameće „zloupotreba neodgovornosti za obveze društva“ te u kojoj su navedene prije spomenute četiri točke samo primjeri u kojima se taj temelj i ispunjava.

Gore navedena činjenica nameće se kao još hrabriji istup hrvatskog zakonodavstva u odnosu npr. na Sloveniju, koja je slučajeve proboja ograničila taksativnim nabranjem točaka uvelike sličnih gore spomenutim hrvatskim.⁸⁵

Iz istog se razloga izdvaja i kao hrabrija od kineske odredbe, iz koje proizlazi svojevrsni test koji se mora zadovoljiti da se institut proboja može primijeniti. Naime, radi se o četverodijelnom testu, koji se sastoji od uspostave 1) zlouporabe društva kao pravne osobe, 2) činjenica da je svrha zlouporabe da se izbjegne vraćanje dugova vjerovnicima društva, 3) da mora doći do ozbiljnog oštećenja interesa vjerovnika te 4) da postoji kauzalna veza između djelovanja člana i oštećenja.⁸⁶ Evidentno je da je Kina na taj način pokušala specificirati područje primjene instituta, ali opet na jedan vrlo apstraktan i granično definiran način.

Uz to, iz uvida u st. 4. proizlazi i namjera hrvatskog zakonodavca u vezi sa smjerom u kojem bi se primjena instituta proboja trebala kretati. Vidljiv je pokušaj apstraktnog normiranja slučajeva u kojima je prije navedena strana sudska praksa pronalazila osnovu za probijanje pravne osobnosti.

⁸¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 258.

⁸² *Ibid.*, str. 287.

⁸³ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1231.

⁸⁴ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 186.

⁸⁵ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1233, 1235.

⁸⁶ Cheng-Han, Tan; Wang, Jiangyu; Hofmann, Christian, *op. cit.* (bilj. 15), str. 186–187.

Tako se, primjerice, u četvrtoj točki tog stavka nameće usporedba s njemačkom presudom *Trihotel* i s konstrukcijom odgovornosti o prije spomenutom egzistencijalnom uništenju društva, tj. odgovornosti za nedopušteni zahvat u imovinu društva koji je prouzročio propast društva.⁸⁷

S druge strane, iz analize zakonske odredbe ne proizlazi točan smjer predviđen za razvoj hrvatske sudske prakse iz razloga što se na mnoga pitanja ne daje konkretan odgovor.

Iz toga je vidljiva činjenica da je Hrvatska svojom zakonskom odredbom ostavila širok prostor za tumačenje dosega navedene pravne doktrine te je iz istog razloga i postavila najveći izazov pravosudnom sustavu.

4.2. Pravna narav odgovornosti člana

Najvažnije je istaknuti da pravni odnos iz kojega nastaje obveza za koju član odgovara ne postoji između vjerovnika i člana društva, nego između vjerovnika i društva, da društvo, preuzimajući obvezu, ne djeluje u ime člana, nego u svoje ime, te da je stoga riječ o odgovornosti člana društva za tuđu, a ne za vlastitu obvezu.⁸⁸

Iz istog se razloga na tu odgovornost primjenjuju odredbe o solidarnom jamstvu iz ZOO-a (a ne o solidarnim dužnicima). Jedina je razlika u tome što je odgovornost propisana zakonom, a ne preuzeta pravnim poslom, te činjenica da se određene odredbe po svojoj naravi (kao npr. ugovorni nastanak jamstva, odredbe o pisanom obliku izjave kojom se jamstvo preuzima itd.) jednostavno neće primjenjivati.⁸⁹

S obzirom na okolnost da član društva odgovara vjerovnicima društva, a ne samom društvu, radi se o vanjskoj odgovornosti.

Uz to, radi se o akcesornoj odgovornosti, koja prestaje ako je prestala i obveza društva. Članovi odgovaraju primarno, a ne supsidijarno, što se očituje i u činjenici da članovi ne mogu prigovoriti da je vjerovnik dužan prvo od društva zahtijevati ispunjenje obveze (stoga nije potrebno bezuspješno pokušati provesti ovrhu nad imovinom društva). Što se tiče drugih prigovora, članovi društva mogu isticati sve prigovore društva koji nisu strogo osobne naravi (npr. nedospjelost, prestanak, obveza nije valjana nastala, vjerovnik nije ispunio svoju obvezu itd.), ali i svoje osobne prigovore (npr. prigovor prijeboja vlastite tražbine s tražbinom za koju vjerovnik zahtijeva da se podmiri itd.).⁹⁰

Što se tiče pitanja tko je točno subjekt odgovornosti za proboj, odgovor se nalazi u zakonu te se iščitava kao onaj tko zlouporabi okolnost da po zakonu ne odgovara za obveze društva. To se stoga odnosi na članove gore navedenih društava te je bitno dokazati

⁸⁷ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1237.

⁸⁸ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 430–431.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 430–432.

⁹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 262–264.

njihovu zlouporabu. Malo je spornije pitanje u vezi s članovima koji su „pristali“ na takvu zlouporabu i neizravnim članovima društva koji su posredno, preko trećeg (povjerenika, npr. supruga), u faktičnom članskom položaju. U literaturi se ističe to da bi i oni trebali odgovarati iz razloga što se šutnja s obzirom na pravne posljedice zloupotrebe može smatrati pristankom (član je mogao npr. podići *actio pro socio*) te iz razloga što je fokus pravno logički pridodan faktičnom članskom položaju, a ne formalnopravnom shvaćanju članstva.⁹¹ Uz to, bitno je napomenuti da će za obveze društva moći odgovarati i pravne osobe, tj. da će trgovačko društvo majka, ako je zlouporabila propis da ne odgovara za obveze društva kćeri, odgovarati za obveze društva kćeri.⁹² Također se navodi i to da zakonom nije određeno u koje vrijeme netko mora biti članom društva te da iz toga proizlazi i zaključak da se tužiti može i osoba koja je bila član prije podizanja tužbe, ali više nije u vrijeme kada se tužba podizala.⁹³

Što se tiče toga tko može postaviti zahtjev s naslova odgovornosti za proboj, odgovor je da ga mogu postaviti svi vjerovnici društva, osim onih koji su znali ili su mogli znati za okolnost da društvo najvjerojatnije neće moći ispuniti svoje obveze, ali su svjesno preuzeli taj rizik.⁹⁴

Uz to je bitno ponovno spomenuti i stavak peti, u kojemu se za vrijeme trajanja stečajnog postupka aktivna legitimacija za postavljanje zahtjeva daje isključivo stečajnom upravitelju. Na taj se način eliminiraju opasnosti „utrke vjerovnika“, koja bi sigurno nastupila s obzirom na to da se radi o vanjskoj odgovornosti, a ne o unutarnjoj odgovornosti, koja se zadnja nametnula kao pravno rješenje u Njemačkoj te se time na jedan način približava tom rješenju.

Zanimljivo je napomenuti kako se u komparativnoj sudskoj praksi, koja također predviđa izričitu zakonsku osnovu za proboj, točnije u Sloveniji, sudska praksa jasno ogradila od mogućnosti postavljanja zahtjeva od strane stečajnog upravitelja te je to opravdala izričajem da bi ostvarivanje proboja preko stečajnog vjerovnika značilo djelovanje proboja u korist svih vjerovnika, a da bi se onda potpuno ukinula nužnost individualne prosudbe njegovih pretpostavaka.⁹⁵

Bitno je dalje istaknuti to da će član društva odgovarati za sve obveze društva bez obzira na njihovu vrstu i pravni temelj. Odgovarat će za obveze društva koje proizlaze iz pravnog posla, ali i na temelju zakona, za javnopravne i za privatnopravne obveze, uključujući i porezne obveze društva (o kojima će još riječi biti u posebnom odjeljku).⁹⁶ Ta zadnja

⁹¹ *Ibid.*, str. 258–259.

⁹² Kos, Josip, Proboj pravne osobnosti – odgovornost članova društava kapitala za obveze društva, *Pravo i porezi*, 9, 2000, str. 217.

⁹³ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 428.

⁹⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 261.

⁹⁵ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1239–1240.

⁹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 261.

odrednica, uz činjenicu o pretpostavkama koje se moraju dokazati (tj. postojanje zloupotrebe), čine institut proboja pravne osobnosti iznimno specifičnim.

4.3. Teret dokaza i pitanje o potrebnom stupnju krivnje

Teret dokaza da je riječ o zloupotrebi jest na vjerovniku – tužitelju. On mora dokazati činjenice na kojima se temelji odgovornost člana društva, tj. činjenice na kojima se temelji zloupotreba člana društva da ne odgovara za obveze društva. O samim činjenicama koje će potencijalno upućivati na zloupotrebu više riječi bit će u sljedećem odjeljku.

U literaturi se govori kako će dokazivanje tih činjenica biti puno teže u dioničkom društvu nego u društvu s ograničenom odgovornošću (posebice onima koja imaju samo jednog člana ili mali broj članova i u kojima se podudara svojstvo člana društva i člana/predsjednika uprave), što je bilo evidentno i u navedenoj stranoj sudskoj praksi. To, naravno, proizlazi iz činjenice da je mogućnost utjecaja dioničara na donošenje poslovnih odluka u d. d.-u formalno neusporedivo manja nego u d. o. o.-u, u kojemu skupština može neposredno utjecati na poslovne odluke uprave, koja mora postupati po uputama skupštine.⁹⁷

Također se navode i razni putovi u dokazivanju zloupotrebe. Tako se navodi da će se do uspostave zloupotrebe doći uvidom u ugovore među društvima koja u tome sudjeluju, ili pak uvidom u druge postupke društva, posebice ako se radi o poslovnim konstrukcijama bez opravdane poslovne logike i prividnim poslovima iza kojih se krije namjera ugovornih strana da izigraju vjerovnike. Navodi se da te činjenice nije lako utvrditi te da se u svrhu ostvarivanja zloupotrebe koriste brojne sofisticirane metode, pa čak i odluke sudova koje se ishode ishitrenim parnicama, sudske nagodbe, sporazumi sklopljeni u obliku javnobilježničke isprave i sl.⁹⁸

U kontekstu tereta dokaza nameće se i pitanje potrebnog stupnja krivnje, tj. uopće pitanje o tome radi li se o subjektivnoj ili objektivnoj odgovornosti člana.

U dijelu literature ističe se da bi se uvjetovanjem dokazivanja zloupotrebe postojanjem namjere u potpunosti onemogućilo vjerovnike u probijanju pravne osobnosti iz razloga što bi taj dokaz bilo nemoguće izvesti. Tako se nudi rješenje da se usvoji pravilo da član društva odgovara vjerovniku za obveze društva ako je društvo postupalo običnom nepažnjom.⁹⁹

Uz to se nudi i još strože rješenje, po kojemu bi član odgovarao za obveze društva po pravilu objektivne ili kauzalne odgovornosti, tj. na temelju činjenice da vjerovnik ne može naplatiti dospjelu tražbinu od društva. To bi aktiviralo odgovornost člana društva u svim

⁹⁷ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 426–427.

⁹⁸ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, Društva kapitala, Sedmo, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, 2020, str. 21.

⁹⁹ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), str. 214.

slučajevima u kojima društvo ne podmiri dospjele obveze svojim vjerovnicima. Navodi se da zloupotreba i objektivna odgovornost člana društva koji zlouporabi okolnost neodgovornosti nisu u kontradikciji.¹⁰⁰ Za to je rješenje, međutim, bitno napomenuti da bi ono efektivno pretvorilo odgovornost člana u supsidijarnu obvezu, ali i da bi navedeni institut (kao i prvo rješenje) otvorilo široj primjeni te ga zasigurno usmjerilo pri češćoj upotrebi.

U drugom se pak dijelu literature, uz oslanjanje na stranu (točnije, njemačku) praksu, dolazi do zaključka da bi se ispunjavanje subjektivne pretpostavke dokazivanja zloupotrebe temeljilo na uspostavi namjere ili barem eventualne/neizravne namjere (*dolus eventualis*). To je već prije spomenuta konstrukcija psihičkog stanja štetnika (člana društva) kada on ne želi uzrokovati štetu, već olako drži da će se izbjeći predvidive opasnosti poslovanja društva te stoga on zna da može nastati šteta i na nju pristaje.¹⁰¹ Priklanjanjem tome rješenju otežalo bi se dokazivanje zloupotrebe u odnosu na prije spomenuta rješenja te bi ono stoga iziskivalo i dodatnu nadopunu. Iz toga se razloga i predlaže sistem olakšavanja tereta dokaza gdje bi vjerovnik morao samo učiniti vjerojatnim postojanje pretpostavki odgovornosti, pa bi onda tuženik morao dokazati i pokazati sve činjenice i okolnosti od značaja za odgovornost koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate.¹⁰²

Navedeno se rješenje temelji na prije spomenutoj njemačkoj presudi *TBB*, u kojoj je to prebacivanje tereta dokaza bilo i primijenjeno. U literaturi se navodi i primjer takva dokaza u obliku dokaza o prijenosu imovine društva članu npr. iskazom člana uprave. Član bi, za razliku od vjerovnika društva, u pravilu mogao dokazati da nije došlo do prijenosa dijelova imovine društva u imovinu člana.¹⁰³

Bitno je napomenuti da se tu radilo o predmetu vezanom uz područje kvalificiranog faktičnog koncerna, čija bi se presuda, diskutabilno, znatno promijenila u kasnijoj etapi razvoja njemačke sudske prakse.

S druge strane, navedenim bi se rješenjem otklonila nužnost priklanjanju prije spomenutim ekstremnijim alternativama te bi se ostvarila više nego potrebna ravnoteža u dokazivanju zloupotrebe.

Kada bi se hrvatska praksa priklonila rješenjima njemačkog predmeta *TBB*, navedeni rezultat svakako bi bio uvjetovan daljnjim razvojem prakse u pogledu traženja podobnih „dodatnih pokazatelja“, na temelju kojih bi se prebacio teret dokaza, te razvojem individualizacije i sposobnosti prepoznavanja tih pokazatelja u svakom zasebnom predmetu, koji bi se znatno razlikovali u pogledu temelja na kojima bi počivale činjenice zloupotrebe.

¹⁰⁰ *Ibid.*, str. 215.

¹⁰¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 260.

¹⁰² *Ibid.*, str. 260.

¹⁰³ *Ibid.*, str. 111–112.

Alternativno, diskutabilno jednako kvalitetno rješenje, bilo bi da se uspostavom određenih činjenica aktivira objektivna odgovornost¹⁰⁴ članova te da se na taj način izbjegne nužnost dokazivanja stupnja krivnje. Dokazane bi činjenice trebale nesporno upućivati na zloupotrebu te bi se radilo o kombinaciji raznih činjeničnih osnova. Tu je, doduše, bitno napomenuti da bi se tim konstruktom diskutabilno dokazala i prije navedena neizravna namjera s obzirom na to da bi se radilo o poprilično jasnim okolnostima.

4.4. Zloupotreba neodgovornosti za obveze društva

4.4.1. Općenito o zloupotrebi

Spomenuta odredba čl. 10., na temelju koje se i konstituira proboj pravne osobnosti, zapravo je primjena načela o zabrani zloupotrebe prava iz čl. 6. Zakona o obveznim odnosima na pitanje odgovornosti za obveze društava kapitala.¹⁰⁵ U teoriji se govori o dvije osnovne i pretežno prihvaćene vrste zloupotrebe. Jedna je tzv. institucionalna te se u njoj radi o izvršavanju prava protivno cilju koji je zakonom ustanovljen ili priznat, a druga je individualna, po kojoj ostvarivanje prava nije izašlo izvan okvira samog instituta, ali u okvirima tog instituta predstavlja povredu moralnog pravila, najčešće načela savjesnosti i poštenja.¹⁰⁶

Jednako se tako govori i o subjektivnoj zloupotrebi, o kojoj je riječ kada se društvo koristi s namjerom da se postignu ciljevi koje članovi inače ne bi sami mogli postići i koji su im redovito zabranjeni, te o objektivnoj zloupotrebi, o kojoj je pak riječ kada se pravna osoba objektivno koristi suprotno njezinu cilju (tu se, međutim, moraju ispuniti pretpostavke koje bi u objektivnom smislu upućivale na to da se radi o takvoj primjeni pravne osobe).¹⁰⁷

U literaturi se govori i o stvarnom problemu zloupotrebe prava, koji je više nego istaknut u primjeni instituta proboja pravne osobnosti. Naime, navodi se da je taj problem pronalaženje ispravnih kriterija, pri čijoj prisutnosti pravni poredak mora uskratiti svoju zaštitu izvršavanja prava (u ovom slučaju neodgovornost članova za obveze društva) te se naglašava činjenica da točno zbog tog postavljenog zahtjeva pravo temelji pronalazak zloupotrebe na generalizirajućim i apstraktnim opisima u zakonskim normama.¹⁰⁸ Iz ovoga i proizlazi bitna uloga suda, koja se iskazuje u pomnom i upornom nastojanju pronalaska zloupotrebe u pravu.

¹⁰⁴ *Ibid.*, str. 115.

¹⁰⁵ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, Opći dio, Treće, izmijenjeno izdanje, Organizator, 2008, str. 299–300.

¹⁰⁶ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), str. 210.

¹⁰⁷ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 300.

¹⁰⁸ Kos, Josip, *op. cit.* (bilj. 92), Josip Kos, str. 209.

Bitno je napomenuti i činjenicu da zloupotreba prava često počiva na objektivnoj povredi određenih mjerila te da ta povreda ne mora imati karakter protupravnosti, mada se protupravnost često pojavljuje.¹⁰⁹

Iz gore navedenih teorija napokon se nameće i pitanje o kojoj se točno vrsti zloupotrebe tu radi te, naravno, koje će biti temeljne pretpostavke za njezino dokazivanje.

Zanimljivo je napomenuti da njemački pravni teoretičar *Karsten Schmidt* zaključuje kako se sistematika odgovornosti za proboj temelji na pretpostavkama odgovornosti za svaku skupinu slučajeva te da se u taj sustav ne uklapa zloupotreba instituta kao opći dogmatski temelj odgovornosti.¹¹⁰

Međutim, kako se u srcu hrvatske zakonske odredbe, iz koje i proizlazi institut proboja pravne osobnosti, nalazi točno termin „zloupotreba“, ističe se kako bi sistematika odgovornosti za proboj pravno logički trebala biti podložna točno tom terminu. Iz toga proizlazi da će svaka činjenična osnova praktički biti usmjerena dokazivanju postojanja navedene zloupotrebe.

Iz toga se razloga pri tumačenju i analizi cijelog niza činjeničnih osnova velika pozornost treba posvetiti tome da su te određene činjenične osnove u tim drugim stranim pravnim sustavima bile podložne jednoj drugoj potrazi, tj. da su sudovi u njima tražili druge ranije navedene pretpostavke, a da stoga nisu najveću pozornost davali mjerilu zloupotrebe.

Iz istoga razloga ne treba pretjerano i nepažljivo tražiti uzor u stranim sudskim presudama. Međutim, istovremeno treba imati na umu da se u određenim predmetima potencijalno mogu pronaći činjenične osnove koje bi konstituirale i hrvatski postavljenu pretpostavku zloupotrebe.

4.4.2. Potkapitalizacija kao moguća činjenična osnova na kojoj se temelji zloupotreba

U početku dodatne razrade činjeničnih osnova koje bi mogle predstavljati osnovu za probijanje pravne osobnosti u Hrvatskoj bitno je istaknuti činjenicu kako je doslovna „podjela“ činjeničnih osnova diskutabilno i nepotrebna s obzirom na to da će se u svakom slučaju za dokazivanje zloupotrebe gledati na kombinaciju svih činjenica te će se stoga najčešće raditi o međusobnom isprepletanju.

Kao što je već prije uspostavljeno, čimbenik potkapitalizacije u kontekstu proboja pravne osobnosti od puno je veće važnosti u državama kao što je SAD nego, primjerice, u Njemačkoj ili Hrvatskoj. To proizlazi iz prije spomenute činjenice da SAD, za razliku od većine europskih država, ne propisuje najniži zakonski iznos temeljnog kapitala potreban

¹⁰⁹ *Ibid.*, str. 212.

¹¹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 278.

za osnivanje trgovačkog društva te se stoga doktrina proboja nameće kao više nego potrebno sredstvo zaštite vjerovnika.¹¹¹

S potkapitalizacijom društva ne treba miješati insolventnost, tj. nesposobnost plaćanja, gdje društvo ne može ispunjavati svoje dospjele novčane obveze (što može biti razlog za otvaranje stečaja),¹¹² ali ni prezaduženost, tj. situaciju kada imovina društva ne pokriva njegove postojeće obveze (što također može biti razlog za otvaranje stečaja).¹¹³

Što se tiče samog pojma potkapitalizacije, valja razlikovati nominalnu i materijalnu. O prvoj je riječ kada se potreba za vlastitim kapitalom zadovoljava uzimanjem kredita. Međutim, tu zakon putem članaka 217. (zabrana povrata plaćenog i plaćanja kamata na ulog te povrat zajma kojim se nadomješta kapital) i 408. (zajam kojim se nadomješta kapital)¹¹⁴ postavlja zaštitu vjerovnika tako što sprječava da članovi na ime povrata kredita izvuku sredstva iz društva dajući tako prednost podmirenju vjerovnika.¹¹⁵

O materijalnoj potkapitalizaciji riječ je kada članovi uopće nisu pokrili financijske potrebe društva, tj. društvo nema nijedan izvor financiranja, uključujući i vanjski kapital (a ne samo vlastiti). Društvo se tako smatra materijalno potkapitaliziranim ako je njegov kapital nedostatan za pokrivanje srednjoročnih ili dugoročnih financijskih obveza društva (a društvo ne može dobiti ni kredit), s obzirom na vrstu i opseg očekivane ili stvarne poslovne aktivnosti te metode financiranja društva.¹¹⁶

Kao što je već navedeno u odjeljku o komparativnoj sudskoj praksi, prema dominantnom stajalištu američkih sudova smatrat će se da društvo nije potkapitalizirano u slučaju kada je društvo s obzirom na osnivački kapital kojim je raspolagalo imalo realne šanse za opstanak (*gives a business a reasonable chance*).¹¹⁷

Tako dolazimo i do središnjeg pitanja uređenja materijalne potkapitalizacije, koje se ostvaruje u činjenici da nije jednostavno odrediti pretpostavke takva stanja imovine društva. Naime, u literaturi se navodi cijeli niz metoda, koje uključuju kombinaciju procjene kreditne sposobnosti, pa posljedično i utiliziranje stava kreditnih institucija, s postavkama mikroekonomije, pomoću kojih se traga za „optimalno kapitaliziranim“ društvom te se na taj način dolazi bliže konkretnoj definiciji potkapitaliziranog društva. Nažalost, dolazi se do zaključka da se ni kombinacijom navedenih metoda ne može doći do jedinstvene pravne definicije, koja nudi adekvatne standarde određenosti.¹¹⁸

¹¹¹ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 161.

¹¹² Stečajni zakon, NN 36/22, čl. 4.

¹¹³ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹¹⁴ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 217., 408.

¹¹⁵ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹¹⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 126–127.

¹¹⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 161.

¹¹⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 129, 132, 136, 138.

Također se postavljaju i pitanja o tome bi li se u slučaju potkapitalizacije trebalo raditi o unutarnjoj ili vanjskoj odgovornosti člana budući da je dužnost unosa primjerenog kapitala obveza člana prema društvu, a ne člana prema vjerovniku.¹¹⁹

Najvažnije je možda istaknuti prije spomenuti st. 4. čl. 10., koji se diskutabilno može klasificirati u slučajeve materijalne potkapitalizacije iz razloga što se u njemu predviđa odgovornost članova za obveze društva ako su u svoju korist ili u korist nekog drugog umanjili imovinu društva iako su znali ili su morali znati da društvo neće moći podmiriti svoje obveze.¹²⁰ Međutim, diskutabilno je bi li se pravnoteorijski taj stavak mogao podvući pod pojam materijalne potkapitalizacije ili pak pod slučaj u kojemu se jednostavno traži pretpostavka prouzrokovanja insolventnosti društva (ranije je navedena nužnost razlikovanja insolventnosti i potkapitalizacije).¹²¹ Usprkos tome, nedopušteni zahvati u imovinu društva na temelju kojih se potencijalno može uspostaviti pretpostavka zloupotrebe, a tako i otvoriti vrata proboju, bit će analizirani u sklopu činjenične osnove potkapitalizacije.

Zahvatom se smatra svako ponašanje člana kojim se izvlači imovina društva bez protučinidbe ili uz nedostatnu protučinidbu.¹²² Umanjenje imovine društva u pravilu nije dopušteno kada dovodi do pasivnog izvješća o financijskom položaju društva te će stoga od velikog značaja biti financijska izvješća o položaju društva.¹²³

Pojavni oblici nedopuštenog zahvata u imovinu društva mogu se podijeliti na izravne i na neizravne. Tako se od izravnih ističu primjeri poduzimanja rizičnih poslova (samo kada članovi prelaze zamišljenu granicu odgovornog upravljanja društvom), ali i zahvati u poslovne mogućnosti društva (samo one poslovne prilike koje s visokom vjerojatnošću dovode do dobitka pošto se jedino one mogu izjednačiti sa slučajem kada se bez primjerene protučinidbe preuzima zahtjev koji društvo ima prema trećima). Uz njih se navode i primjeri prijenosa klijentele društva (kako se radi o utjecaju na tržišnu vrijednost društva) te prijenos na društvo poslova koji donose gubitak (koji se mogu izjednačiti s prijenosom obveza na društvo).

Od neizravnih se ističu bilančno neutralne mjere (neutralne promjene u aktivi društva), koje su osobito štetne jer nisu obuhvaćene odredbama o zabrani nedopuštenih primanja članova društva. Tu se radi o situacijama u kojima društvo daje zajam članu kojemu je bilanca negativna (a stoga i ne može vratiti zajam) te situacijama zasnivanja osiguranja u korist članova društva (gdje predmet osiguranja društvo više ne može koristiti).¹²⁴

¹¹⁹ *Ibid.*, str. 146.

¹²⁰ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 305.

¹²¹ Mayr, Vida, *op. cit.* (bilj. 18), str. 1240.

¹²² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 229.

¹²³ Širola, Nina, *Odgovornost članova društva s ograničenom odgovornošću za nedopušten zahvat u imovinu društva*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, no. 5, 2011, str. 1690.

¹²⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 230–237.

Uz to se mogu navesti i drugi primjeri prijenosa za poslovanje društva važnih patenata na člana, nelojalno konkuriranje društva, izvlačenje iz društva ključne radne snage,¹²⁵ besplatno korištenje dijelova imovine društva, traženje zaposlenika da uklone određeni kvar u privatnom stanu itd.¹²⁶

U literaturi se navodi kako zahvat može dovesti do gubitka privilegija načelne neodgovornosti člana za obveze društva samo ako predstavlja težak slučaj zloupotrebe osobne neodgovornosti članova za obveze društva te se ističe kako će jedino taj nedopušteni zahvat koji sud ocijeni kao zloupotrebu prouzročiti proboj pravne osobnosti. Ranije spomenuti st. 4. navodi jedine slučajeve u kojima se neće morati dokazivati zloupotreba, nego u kojima će ona biti pretpostavljena. Međutim, tu je bitno navesti da će još uvijek biti govora o dokazivanju uzročno-posljedične veze. Također se navodi i to da će se vjerovnici za proboj u slučajevima nedopuštenog zahvata u pravilu odlučiti samo u iznimnim situacijama iz razloga što je dokazivanje te zloupotrebe teško.¹²⁷ Tu veliku pozornost treba ponovno posvetiti odlučnoj ulozi suda u procjeni ispunjenja pretpostavke zloupotrebe. Naravno, postavlja se i samo pitanje najpodobnijeg pravnog sredstva za zaštitu vjerovnika. S druge strane, u literaturi se navodi čak i to da se u slučajevima u kojima se traži subjektivna pretpostavka namjere ne bi radilo o nesavladivoj preprieci, već da bi se samo trebale ispitati sve činjenice zloupotrebe te istaknuti one indicije koje upućuju na namjeru člana.¹²⁸

Uz to je bitno napomenuti da bi navedeni argument o teškoćama dokazivanja zloupotrebe bio znatno reduciran kada bi sudska praksa pristala na prije spomenutu konstrukciju prebacivanja tereta dokaza ili kada bi usvojila neko drugo, još blaže rješenje, u kontekstu dokazivanja subjektivne pretpostavke. Kako ZTD ne daje eksplicitni odgovor o potrebnim subjektivnim pretpostavkama u odnosu na stupanj krivnje, pitanje o najpodobnijem pravnom sredstvu u slučaju zahvata u imovinu društva, ali i u drugim činjeničnim osnovama, ostaje otvoreno.

Iz svega proizlazi kako se proboj pravne osobnosti može temeljiti na potkapitalizaciji društva, posebice u slučajevima nedopuštenog zahvata u imovinu društva (po uzoru na njemačku sudska praksu). Međutim, kako u navedenim slučajevima postoji cijeli niz alternativnih pravnih sredstava te kako na problem o teškoćama u dokazivanju zloupotrebe ne postoji jedinstven i konkretan odgovor, pravni doseg instituta proboja pravne osobnosti ostaje u potpunoj kontroli sudaca.

¹²⁵ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), 1689–1691.

¹²⁶ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 99, 104.

¹²⁷ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1719–1720.

¹²⁸ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 247.

4.4.3. Vladajuće i ovisno društvo

Kao što je već navedeno, problem proboja pravne osobnosti razmatra se i u slučajevima gdje je član i samo društvo, tj. pravna osoba koja može imati posredno ili neposredno prevladavajući utjecaj na pravno samostalno (ovisno) društvo. Odmah je na početku bitno napomenuti da samostalna činjenica da je riječ o vladajućem društvu ne daje oslonca za proboj pravne osobnosti. Kao i u svakoj drugoj činjeničnoj osnovi, za odgovornost člana koji ima vladajući položaj u društvu za obveze društva potrebno će biti da on taj položaj i zloupotrebljava.

Vladajuće društvo može utjecati, pa i presudno, na vođenje poslova ovisnog društva ako su među njima sklopljeni ugovor o vođenju poslova društva ili ugovor o prijenosu dobiti, ili ako nema takvih ugovora, a radi se o tzv. kvalificiranom faktičnom koncernu, u kojemu se ostvaruje stalan prevladavajući utjecaj na vođenje poslova ovisnoga društva. Za te se slučajeve propisuje obveza pokrivanja gubitaka (i to bez nužnosti ispunjavanja subjektivne pretpostavke), ali ne i odgovornost vladajućeg društva (a kamoli samih članova) prema vjerovnicima ovisnog društva.¹²⁹ Tu zakon propisuje odgovornost u unutarnjem odnosu, a ne prema trećima, te se stoga razlikuje od odgovornosti za proboj.¹³⁰

Prevladavajući utjecaj može se ostvariti i na temelju društvenog ugovora (pravo na imenovanje uprave, imenovanje člana nadzornog odbora, pravo na davanje uputa kod vođenja poslova društva i sl.), zatim međusobnom povezanošću osoba koje su imenovane u organima vladajućeg i ovisnog društva, ugovorima o vezivanju glasova i sl. Uz to se govori i o posrednom utjecaju kad jedno vladajuće društvo ima većinsko sudjelovanje u ovisnom društvu, a to ovisno društvo ima većinski položaj u nekom drugom ovisnom društvu.¹³¹

Iznimka od pravila da vladajuće društvo ne odgovara vjerovnicima ovisnog društva za obveze ovisnog društva u nas je propisana glede priključenog društva, u kojemu glavno društvo odgovara vjerovnicima priključenog kao solidarni dužnik s ovisnim društvom, i to za obveze toga društva nastale prije i nakon priključenja.¹³² Doduše, nije riječ o proboju kako se ponovno ne traži ispunjenje subjektivne pretpostavke te je dovoljna okolnost da je posrijedi priključenje.¹³³

Ako je sklopljen ugovor o vođenju poslova, temeljno je pravo vladajućeg društva davanje upravi ovisnog društva upute glede tog vođenja poslova društva te se stoga zaštita vjerovnika nameće kao ozbiljna briga. Upravi se mogu davati i upute koje su štetne za ovisno društvo ako služe interesima vladajućeg društva ili društava koja su s njime i s ovisnim povezana u koncern. Uz to, uprava ne smije odbiti postupiti po dobivenim

¹²⁹ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 479, čl. 475.

¹³⁰ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 303–304.

¹³¹ *Ibid.*, str. 177–178.

¹³² Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 506.

¹³³ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 413.

uputama ako smatra da one ne služe tim interesima, osim ako je očito da te upute uistinu ne služe tim interesima. Kao protuteža tome, propisuje se obveza vladajućeg društva da pokrije svaki godišnji gubitak ako ga ono ne pokrije iz ostalih rezervi u koje se unosila dobit. Tako je i u kvalificiranom faktičnom koncernu, u kojemu moć podvrgavanja vođenja poslova ovisnog društva vladajućem proizlazi iz samog položaja vladajućeg u odnosu prema ovisnom (koncern nastaje faktičnim putem, a ne putem ugovora).¹³⁴

Kako hrvatska sudska praksa nije bila toliko odvažna, poput njemačke, u širokom analogijskom tumačenju odredaba o dužnosti vladajućeg društva da pruži osiguranje vjerovnicima ovisnog društva te kako na temelju toga nije nastojala uspostaviti vanjsku odgovornost člana, u ovom će se kontekstu kao potrebna nametnuti zaštita putem instituta proboja pravne osobnosti. Ponovno će u središtu pozornosti, naravno, biti uspostava subjektivne pretpostavke zloupotrebe.

Iz svega navedenog proizlazi da će za odgovornost člana morati nastati povreda interesa ovisnog društva, na temelju koje će se uspostaviti ta zloupotreba. Tako se u literaturi navode potencijalni primjeri u situacijama kada vladajuće društvo utječe na ovisno društvo koje je ostalo bez imovine tako da ne ističe dospjeli zahtjev prema drugom ovisnom društvu, što za posljedicu ima da prvo spomenuto društvo više ne može ispuniti svoje obveze prema vjerovnicima. Zatim primjer provođenja restrukturiranja ovisnog društva, kojim se ono dovodi u kompletno ovisan položaj, iz kojeg proizlazi da više neće moći opstati nakon prestanka koncerna. To se može postići i prepuštanjem uspješnog proizvoda drugom društvu koncerna bez primjerene naknade, ali i sklapanjem ugovora koji je štetan za ovisno društvo (npr. višegodišnji ugovor o opskrbi ili ugovor o prijenosu poslova koji dugoročno donosi gubitak ovisnom društvu). U tom je kontekstu, naravno, bitan i indicij vođenja kadrovske politike u koncernu, iz koje može biti evidentna povreda interesa npr. otpuštanjem radne snage, koja je nužna za ostvarenje nekog projekta kojim bi ovisno društvo ostvarilo dobit, ili pak prepuštanjem visokokvalificiranih radnika vladajućem društvu.¹³⁵

Iz navedenih je primjera očita i povezanost činjeničnih osnova te njihovo isprepletanje. Tako će se u primjerima gdje će se zloupotreba temeljiti na prevladavajućem utjecaju najčešće pojavljivati i elementi drugih činjeničnih osnova.

To je možda najbolje vidljivo u slučajevima kada su društvu već pri osnivanju pridodani svi poslovni rizici, dok dobit pripada drugom društvu (tzv. društvo pepeljuga, npr. prije spomenuta presuda *GAMMA*). Takva raspodjela rizika, naravno, najčešće nastaje u koncernu. Time je navedeno ovisno društvo osuđeno na propast budući da, s jedne strane, snosi poslovni rizik svih društava koncerna, a s druge strane, ne ostvaruje dobit, pa ne može pokriti nastali gubitak. Situacija izvlačenja sredstava društva, u kombinaciji s

¹³⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 181–184.

¹³⁵ *Ibid.*, str. 204–206.

oduzimanjem poslovnih mogućnosti i prevladavajućim utjecajem, naziva se još i „d. o. o. štafeta“.¹³⁶

Valja spomenuti i slučajeve tzv. vlastite blokade računa društva, u kojima se vrši namjerna blokada računa društva kako bi se onemogućilo namirenje njegovih vjerovnika. Naime, jedno društvo dogovorno blokira račun drugoga u visini iznosa koji omogućuje stalan odljev sredstava s blokiranog računa u drugo društvo i poslovanje društva kojeg je račun blokiran tako da ostali vjerovnici ne mogu podmiriti svoje tražbine čak i kada pravnoj osobi koja obavlja poslove platnog prometa dostave valjane naloge za plaćanje. Tu se sredstva koja tako pritječu koriste za podmirenje onih obveza društva kojeg je račun blokiran za koje se oba društva dogovore.¹³⁷

Poveznica s nedopuštenim zahvatom, a u kojoj je također riječ o zloupotrebi, pronalazi se u primjerima izvlačenja sredstava iz društva tako da se iz njega „isisa“ imovina i dovede ga se u stanje da se vjerovnici nemaju iz čega namiriti ili to jedva mogu učiniti. U praksi je to poznato kao „tuneliranje“ te se obično događa u društvima unutar koncerna, kao što je to prije i spomenuto. Tu se radi o situacijama gdje se sredstva jednog društva koriste za potrebe drugog; pokretnine ili nekretnine, pa čak i tražbine jednog društva, koriste se radi osiguranja za podmirenje obveza drugog, a da za to nema gospodarskog opravdanja ni odštete. Tako se navodi i primjer kada se sredstva jednog društva koriste za stjecanje udjela njegova člana u drugome društvu.¹³⁸ U svemu navedenome prisutno je i miješanje imovine o kojemu će više riječi biti u sljedećem odjeljku.

Bitno je napomenuti da je izvlačenje sredstava iz društva moguće i u situacijama kada nije riječ o koncernu. Koriste se društva iz inozemstva, tj. *off shore* društva, za koja se praktično ne može utvrditi (ili se iznimno teško može utvrditi) tko je u njima član. Tu se spominju uobičajene metode naručivanja poslova koji se obično ne obave ili se samo prividno obave, kao što su marketinška istraživanja, izrada studija i dr., ali se zato uredno plate.¹³⁹ Na taj se način efektivno vadi imovina iz jednog društva, sve uz privid primjerene protučinidbe, koja uopće nije stvarna. Kako je u tim situacijama iznimno teško dokazati da se radi o istim članovima, samo će se iznimno najpodobnije pravno sredstvo pronaći u institutu proboja.

Kao što je navedeno, kao eminentna se nameće uspostava zloupotrebe na navedenim indicijama. U kontekstu toga korisno je inspiraciju tražiti u brojnim navedenim stranim presudama, u kojima se u raznim testovima (*Laya*, *Van Dorn* i sl.) i doktrinama (*alter ego* i *mere instrumentality*) može pronaći cijeli niz potencijalnih indicija koji su iščekivanju sudačke prosudbe o postojanju zloupotrebe. Iz toga se razloga bitno na stranu praksu fokusirati kao na bogat izvor tih mogućih indicija, na kojima se može temeljiti zloupotreba,

¹³⁶ *Ibid.*, str. 205, 237–238.

¹³⁷ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 414–415.

¹³⁸ *Ibid.*, str. 416.

¹³⁹ *Ibid.*, str. 416–417.

ali je istovremeno bitno zloupotrebu tražiti i u drugim kombinacijama činjeničnih okolnosti.

4.4.4. Miješanje imovine društva i imovine člana društva

O miješanju imovine člana i društva govori se tada kad se za pojedine ili za sve predmete koji ulaze u imovinsku masu ne može jasno i sigurno odrediti pripada li pravo glede njih u imovinu društva ili u imovinu člana. To su slučajevi kada se, u poslovnim knjigama ili inače, imovina društva jasno ne prikazuje tako da se točno odvaja od imovine člana.¹⁴⁰

U navedenoj zakonskoj odredbi čl. 10. kao primjerena se izdvaja t. 3. st. 4., u kojoj se navodi: „upravljanje imovinom društva od strane člana kao da je to njegova imovina“. Međutim, bitno je napomenuti da je miješanje imovina kao skupina slučajeva proboja u bliskoj vezi sa svim primjerima zloupotrebe navedenima u Zakonu, a tako i s onima koji nisu nužno navedeni u zakonu.¹⁴¹

Bitno je razlikovati vertikalno miješanje, tj. miješanje imovina između društva i člana, kao i između društva majke i društva kćeri, te horizontalno miješanje, gdje se više ne može odvojiti imovina dvaju društava sestara.¹⁴²

Jedan od glavnijih uzroka sveobuhvatnog i konačnog miješanja imovina jest neuredno knjigovodstvo, iz kojeg proizlazi da stručna treća osoba uvidom u poslovne knjige ne može zaključiti o poslovnim događajima i položaju društva za određeno vremensko razdoblje, a sukladno tome ni koji imovinski objekti pripadaju društvu.¹⁴³ Tu je bitno istaknuti i razliku između knjigovodstvenog i stvarnog razgraničenja, iz razloga što prvo ne uvjetuje drugo, tj. činjenica da imovina nije knjigovodstveno razgraničena ne znači nužno da nije stvarno razgraničena. Iz zadnje naznake proizlazi činjenica da neuredno knjigovodstvo nije dostatan dokaz o miješanju imovina te da stoga ono ne može biti samostalan uzrok odgovornosti za proboj. To je bitno i iz razloga što neuredno knjigovodstvo kao takvo može prouzročiti i odgovornost članova uprave za povredu dužne pozornosti i odgovornosti članova uprave, o čemu će poslije još biti riječi.¹⁴⁴

Dalje, bitno je napomenuti i bliskost s ranije spomenutim izvlačenjem sredstava društva od strane njegovih članova, na temelju kojeg dolazi do izostanka konkretnog razgraničenja imovine stvarnim prijenosom dijelova imovine društva. Izvlačenje sredstava društva ne mora nužno značiti da je došlo do miješanja imovine zato što se često može raditi o knjigovodstveno neutralnim radnjama, ili jednostavno o tome da se knjigovodstvo uredno vodilo te da stoga nema miješanja (u tom će se slučaju točno zbog

¹⁴⁰ Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga prva, *op. cit.* (bilj. 105), str. 300–301.

¹⁴¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 73.

¹⁴² *Ibid.*, str. 78.

¹⁴³ *Ibid.*, str. 92–93.

¹⁴⁴ *Ibid.*, str. 94–96.

urednog knjigovodstva moći istaknuti precizan zahtjev za povratom nedopuštenih isplata).¹⁴⁵

Tako se kao primjeri miješanja u literaturi navode situacije u kojima članovi društva sredstvima društva plate troškove obnove svojih kuća, a da to nije knjigovodstveno evidentirano, zatim kada član koji vodi poslove društva povodom obveza društva optereti imovinu društva i svoju privatnu imovinu, a da ne navede je li riječ o njegovoj privatnoj imovini ili o imovini društva, onda kada se, primjerice, dizalicom koristi više društava u koncernu, a da za to ne plaćaju naknadu itd.¹⁴⁶

Iz analizom odjeljka u kojem se detaljnije govorilo o izvlačenju sredstava iz imovine društva evidentna je prije spomenuta bliska povezanost svih činjeničnih osnova te nužnost za skupno tumačenje u pronalasku zloupotrebe.

Iz navedenoga proizlazi da će se za uspostavu proboja u slučajevima stvarnog miješanja imovine najčešće raditi o činjenici da je neuredno vođeno knjigovodstvo, ali i da je došlo do određenog prijenosa imovine društva.¹⁴⁷

Uz to se u literaturi navodi i to da će biti potrebno uspostaviti i činjenicu da društvo, zbog toga što je član izvlačio sredstva iz društva, više nema dostatnih sredstava za podmirenje neke svoje obveze prema vjerovniku.¹⁴⁸

Tu je bitno istaknuti da nužnost spomenutog dokaza proizlazi isključivo iz analize strane sudske prakse u slučajevima miješanja imovine te da zakonska osnova za njega u hrvatskom pravu ne postoji. Taj bi dokaz uz to znatno otežao dokazivanje te bi ograničio institut proboja na slučajeve u kojima je nastupila insolventnost društva. Uz to, otvorila bi se vrata drugim malverzacijama, koje bi precizno ciljale sprječavanje uzrokovanja stečaja, ali bi istovremeno produbile nerazmjerne obveze društva te time oštetile samo društvo. Iz tih bi razloga rješavanje problema teškog dokazivanja uzročne veze prebacivanjem tereta dokaza, a ostavljanje nužnosti dokaza o nastanku stečajnog razloga, u ovim slučajevima bilo diskutabilno.

Odgovornost člana prema vjerovnicima mogla bi se zasnovati i miješanjem sfera društva i člana tako da se odvojenost tih dvaju subjekata dovoljno jasno ne istakne. Tako se, primjerice, netko (kao trgovac pojedinac ili inače) tko je jedini član društva i njegov član uprave, služeći se istom adresom, poslovnim pismom, pa i imenom u tvrtki društva, obavljajući isti predmet poslovanja kao i društvo, ne bi mogao jednom pozivati na to da je sklopio posao u svoje ime, a drugi put da je to učinio u ime društva.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 96, 102.

¹⁴⁶ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 420–421.

¹⁴⁷ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 76–77.

¹⁴⁸ *Ibid.*, str. 105.

¹⁴⁹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 419.

U ovom je kontekstu bitno i povući paralelu s prije spomenutim slučajevima „društva pepeljuge“, ali i drugim prije spomenutim primjerima u kojima se izigravaju vjerovnici raznim metodama prebacivanja sredstava ili dogovaranja nerazumnih poslovno neopravdanih posredovanja.¹⁵⁰

Bitno je naznačiti da i samo zastiranje, tj. zamagljivanje konkretnog razgraničenja imovina društva i člana, dovodi do miješanja imovina, koje bi moglo biti pretpostavka proboja. Međutim, tu treba paziti na situacije u kojima društvo nema izravan posjed te je određeni dio imovine (npr. stroj) u posjedu člana, ali na valjanom pravnom temelju (npr. ugovor o zakupu).¹⁵¹ Tu će biti od velike važnosti utvrđivanje plaćanja zakupnine te će presudno biti utvrđenje jednakosti činidbi (umjesto da ispadne da je npr. zakupnina očito niža).

Kako proces miješanja imovine društva s privatnom imovinom člana ima očite ozbiljne imovinskopravne posljedice za društvo i njegove vjerovnike, koje se očituju u narušavanju poslovnog razvoja društva, ali i općenito u smanjivanju sposobnosti društva za ekonomski napredak, nužno je postaviti odgovarajuće okvire za zaštitu vjerovnika, a posljedično i samog društva. Institut proboja pravne osobnosti u ovim primjerima može dosegnuti i slučajeve koji nisu obuhvaćeni u sklopu zaštite drugih pravnih sredstava te se stoga i nameće kao potreban.¹⁵² Međutim, zbog određenih otvorenih pitanja, slično kao i u drugim činjeničnim osnovama, on se predstavlja kao znatno zagonetan, a stoga i diskutabilno pravno nepredvidljiv. Iz tog bi se razloga i u tim okolnostima, usprkos tome što hrvatski pravni sustav ne nameće hijerarhiju pravnih sredstava, prvo trebalo posegnuti za alternativnim pravnim sredstvima te bi se trebalo posezati za probojem samo u određenim teškim slučajevima, ili pak u slučajevima u kojima se adekvatna zaštita ne može postići tim drugim sredstvima.

4.5. Alternativna pravna sredstva

Institut proboja pravne osobnosti nije jedino pravno sredstvo za zaštitu vjerovnika društva u navedenim različitim činjeničnim okolnostima. Kako detaljna obrada svakog zasebnog alternativnog pravnog sredstva nije tema ovoga rada, cilj će biti usmjeren na kratak prikaz ostalih putova te potencijalnih izazova koje bi svaki mogao postaviti, a time će se i ponuditi djelomično razgraničenje u pogledu pravnog dosega u odnosu na institut proboja.

Jedno od alternativnih pravnih sredstava koja se nameću jest zaštita vjerovnika putem čl. 273. ZTD-a, kojim se propisuje odgovornost za štetu na temelju iskorištavanja utjecaja u društvu.¹⁵³ Navedeni će članak biti bitan u okolnostima u kojima dolazi do nedopuštenog zahvata u imovinu društva. Međutim, vjerovnici mogu sa zahtjevom protiv člana ustati jedino u slučajevima kada ne mogu podmiriti svoju tražbinu od društva te se na taj način

¹⁵⁰ *Ibid.*, str. 420.

¹⁵¹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 89–90.

¹⁵² *Ibid.*, str. 80–82.

¹⁵³ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 273.

u startu ograničava ponuđena zaštita. Iz tog se razloga radi o zahtjevu koji se izvodi iz zahtjeva društva za naknadu štete, a ne o samostalnom zahtjevu, kao što je to u slučaju proboja.¹⁵⁴ Uz to, naknada štete u navedenom slučaju ovisi o konkretnoj šteti koju je zahvat nanio društvu, tj. o šteti koju je društvo pretrpjelo. Tako opseg naknade ovisi o tome u kojoj je mjeri nastala šteta mjerljiva ili utvrdiva te se i na taj način znatno ograničava zaštita vjerovnika u odnosu na prije spomenuti široki opseg naknade u slučaju provedenog proboja. Jednako tako, u slučaju iskorištavanja utjecaja nesporno se traži ispunjenje subjektivne pretpostavke krivnje (izravna ili neizravna namjera)¹⁵⁵ te se ne nudi nikakav potencijalni oblik prije spomenutog olakšavanja tereta dokaza. Uz to se ne nude ni zakonski navedeni slučajevi, za koje se navodi da se smatra da je subjektivna pretpostavka ispunjena.

Bitno je spomenuti i čl. 217. i 408., kojima se zabranjuje povrat uplaćenog uloga i povrat zajma kojim se nadomješta kapital, te čl. 407., kojim se zabranjuju isplate članovima društva iz imovine društva vrijednosti koja odgovara iznosu temeljnog kapitala.¹⁵⁶ U svakom navedenom članku radi se o ograničenoj zaštiti s obzirom na to da se štiti samo određeni dio imovine društva. Primjerice, zabranjene su isplate kada imovina (aktiva) više ne pokriva obveze, rezervacije i temeljni kapital te ako bi dovele do prezaduženja društva, ili bi već prezaduženo društvo dodatno iscrpile.¹⁵⁷ Jednako tako, zahtjev za povrat nedopušteno primljenog (čl. 407.) ide za povrat one imovine koja je iz društva nedopušteno izvučena¹⁵⁸ te je stoga ponovno znatno ograničena u odnosu na opseg povrata. Navedeni članci stoga ponovno predstavljaju samo ograničenu zaštitu vjerovnika. Uz to, odredbe o održanju kapitala ne štite društvo, a posredno i vjerovnike, od sekundarnih šteta koje nastaju kod stečaja društva.¹⁵⁹

U literaturi se spominje i zaobilazno ostvarenje tražbina vjerovnika društva putem čl. 224. st. 2., na temelju kojeg vjerovnici dioničkog društva mogu od dioničara tražiti da vrati društvu sve isplate koje je od njega primio protivno odredbama tog zakona i tako postići plaćanja društvu.¹⁶⁰ Na taj bi način vjerovnici mogli tražbinu društva prema članu koju ono ima iz spomenutog naslova zahvatiti u ovrsi koju vode protiv društva radi prisilnog ostvarenja svojih tražbina prema društvu te bi tako ostvarili naplatu zaobilaznim putem. Tu bi se u određenim okolnostima trebali koristiti i dvjema tužbama i jednom ovrhom, ali bi zapravo efektivno postigli ostvarenje tražbine protiv društva od samih dioničara.¹⁶¹ U navedenoj se odredbi ne traži dokazivanje zloupotrebe, ali je put ostvarenja evidentno isprepleten i zahtjevan u odnosu na proboj. Uz to, ponovno se traži uvjet ovrhe te se stoga zaštita opet ograničava. Okolnost koja još dodatno može otežati situaciju jest činjenica da knjigovodstvo društva nije uredno. Zbog toga ne bi bilo jasno na koje se oduzimanje

¹⁵⁴ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 413.

¹⁵⁵ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1715–1716.

¹⁵⁶ Zakon o trgovačkim društvima, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 217., 407., 408.

¹⁵⁷ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1699.

¹⁵⁸ *Ibid.*, str. 1700.

¹⁵⁹ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 241.

¹⁶⁰ Zakon o trgovačkom društvu, *op. cit.* (bilj. 10), čl. 224.

¹⁶¹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 419.

imovine, tj. na koje se točno to pojedinačne isplate odnosi zahtjev za povratom te se stoga on ne bi mogao ni isticati.¹⁶²

U svezi s iskorištavanjem utjecaja u društvu vrijedi spomenuti i obvezu lojalnog postupanja. Tako društvu, primjerice, u slučajevima nedopuštenog zahvata u imovinu društva na raspolaganju stoje dvije pravne osnove s naslova odgovornosti za naknadu štete – pored iskorištavanja utjecaja stoji i povreda obveze lojalnosti. U literaturi se čak spominje i to da posebno zakonsko propisivanje odgovornosti za iskorištavanje utjecaja nije bilo prijeko potrebno s obzirom na to da su članovi društva mogli za štetu odgovarati i s naslova povrede članske obveze lojalnog postupanja. Navodi se i to da je konkurencija pravnih temelja bez prave praktične važnosti jer zahtjev s naslova povrede obveze lojalnosti nije moguće primijeniti šire od zahtjeva s naslova čl. 273. te da se pretpostavke odgovornosti predviđene u tom članku trebaju primjenjivati i pri odlučivanju o zahtjevu zbog povrede lojalnog postupanja.¹⁶³

Dalje je bitno spomenuti i čl. 252., kojim se određuje da su članovi uprave dužni voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te kojim se uspostavlja pravilo poslovne prosudbe (*business judgment rule*), na temelju kojeg ne dolazi do kršenja navedenog članka ako član uprave pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno pretpostaviti da djeluje za dobrobit društva. Bitno je istaknuti da je teret dokaza primjene dužne pozornosti na članovima uprave, ali se istovremeno propisuje to da vjerovnici ponovno mogu postaviti zahtjev jedino ako ne mogu svoje tražbine podmiriti od društva.¹⁶⁴ Tu se ponovno radi o unutarnjoj odgovornosti te tek o refleksnoj šteti prema vjerovnicima te bi tako čak i dokazivanjem povrede pravila poslovne prosudbe, koje se često predstavlja kao izazovan zadatak, vjerovnici imali opet samo zaobilazan put, a ne izravan zahtjev prema članovima. Uz to, radi se i o članku koji se prvenstveno odnosi na članove uprave te za koji je mogućnost primjene odredaba o odgovornosti člana uprave na člana društva dvojben.¹⁶⁵

Valja istaknuti da se zaštita vjerovnika ostvaruje i kroz stečajni postupak, odnosno kroz dužnost prijave nastanka stečajnih razloga, iz koje proizlazi da je član uprave dužan podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka jer je nastao stečajni razlog (najkasnije dvadeset i jedan dan nakon nastanka nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti). Tu je zaštita najviše istaknuta prema novim vjerovnicima, kojima je član uprave dužan nadoknaditi stvarnu štetu u punom iznosu. Međutim, usprkos tome što se iz navedene odgovornosti smanjuje potreba za korištenjem pravnog sredstva proboja kod primjera materijalne potkapitalizacije društva, zaštita se pruža samo u teoriji. Iz tog je

¹⁶² Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 108–109.

¹⁶³ Širola, Nina, *op. cit.* (bilj. 123), str. 1711–1712.

¹⁶⁴ Zakon o trgovačkim društvima, čl. 252.

¹⁶⁵ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 153.

razloga bitno istaknuti da će se u stečajnom postupku vjerovnici uspjeti samo djelomično namiriti.¹⁶⁶

Na kraju je bitno spomenuti već prije navedenu činjenicu da u hrvatskom pravu ne postoji hijerarhija pravnih sredstava te da je iz tog razloga bilo kakav odnos supsidijarnosti sredstava negiran. U njemačkom pravu postoji odnos konkurencije između odgovornosti za proboj i odgovornosti za izvanugovorno nanošenje štete koja proizlazi iz činjenice da ne postoji konkretna zakonska odredba kojom se određuje mogućnost proboja (kao čl. 10. u RH).¹⁶⁷

Jednako tako, kao što je već prije istaknuto, u hrvatskom pravu ne postoji odredba o izvanugovornoj naknadi štete slična onoj iz čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika, koja pomiruje oba čimbenika odgovornosti za naknadu štete i odgovornosti članova prema vjerovnicima društva te na temelju koje može doći do unutarne, ali i vanjske odgovornosti prema vjerovnicima.¹⁶⁸ Točno iz tog razloga uključivanje čl. 10. u ZTD bilo je razborita odluka hrvatskog zakonodavca.

4.6. Opći porezni zakon

Do odgovornosti članova društva za obveze društva može doći i na temelju Općeg poreznog zakona, po kojemu članovi ispunjenjem određenih zakonski propisanih pretpostavki postaju porezni jamci u slučaju nemogućnosti plaćanja obveze društva iz porezno-dužničkog odnosa. U Zakonu se tako postavlja i pravilo da za podmirenje obveza društva, ali najviše do visine ostvarene koristi, supsidijarno odgovaraju i povezane osobe u čiju je korist poduzeto raspolaganje na štetu društva, što ima kao posljedicu neispunjavanje obveze iz porezno-dužničkog odnosa.¹⁶⁹ Tako se prvo u čl. 30. diskutabilno nepotrebno ponavljaju odredbe čl. 10. ZTD-a te se onda u čl. 31. posebno navode dodatni slučajevi, za koje se smatra da su u njima ispunjene pretpostavke odgovornosti.¹⁷⁰ Ponovno se radi o odredbi koja slučajeve navodi primjerno, a ne taksativno, te se tako spominje: prividno ili besplatno prenošenje imovine na trgovačko društvo koje su osnovali sami ili s drugim osobama, ili na drugi način cijelu ili dio imovine prividno prodaju, opterete bez odgovarajuće protučinidbe, ili je besplatno ustupe povezanim osobama, oštete je, unište ili učine neupotrebljivom, zatim zakluče prividni pravni posao, ili priznaju nepostojeću tražbinu osobama iz gore navedene točke, te kada u suprotnosti s urednim i savjesnim gospodarenjem umanje imovinu ili prikriju imovinsko stanje, ne podnesu zakonom propisana godišnja izvješća, bez odgađanja najkasnije dvadeset i jedan

¹⁶⁶ *Ibid.*, str. 160–162.

¹⁶⁷ *Ibid.*, str. 245.

¹⁶⁸ *Ibid.*, str. 249.

¹⁶⁹ Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 26.

¹⁷⁰ Opći porezni zakon, NN 114/22, čl. 30–31.

dan od nastanka razloga koji poseban zakon određuje kao razlog za pokretanje stečajnog postupka ne zatraže da se takav postupak pokrene.^{171 172}

Navedene osobe odgovaraju kao porezni jamci tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje njihove odgovornosti te se donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje. Postupak utvrđivanja zloupotrebe uređen je odredbama čl. 172.-177. OPZ-a te se provodi po službenoj dužnosti.¹⁷³ Cilj je postupka provjera i utvrđivanje činjenica koje upućuju na postupanje koje ima obilježje zloupotrebe prava, a koje za posljedicu ima nemogućnost podmirenja obveza. Tako se postupak provodi jedino u slučaju nemogućnosti naplate poreznog duga od poreznog obveznika primjenom svih mjera prisilne naplate.¹⁷⁴

U postupku se utvrđuje zloupotreba pronalaskom prije navedenih činjenica, ali i činjenica oštećenja poreznog tijela. Zakonom se propisuje i to da postupak može obuhvaćati i one činjenice koje nisu u vezi s gospodarskom djelatnošću osobe nad kojom se postupak provodi, jednako kao i provjeru odnosa bitnih za oporezivanje između člana društva i samog društva.¹⁷⁵

Kako do poreznog jamstva dioničara dolazi i u slučaju povezanih društava, čl. 46. OPZ-a ponavlja rješenja iz ZTD-a te određuje što su povezana društva, a čl. 47. određuje i što su ovisna i vladajuća društva.¹⁷⁶ Zanimljivo je spomenuti i čl. 48., kojim se određuje pojam „kontrole“, koji je u smislu Zakona definiran kao odnos vladajućeg i ovisnog društva ili odnos između fizičke i pravne osobe kojim se ostvaruje isti ili sličan utjecaj kakav postoji u odnosu između vladajućeg i ovisnog. Zatim se navode i uvjeti od kojih barem jedan mora biti ispunjen kako bi se smatralo da kontrola postoji.¹⁷⁷ Uza sve to, Zakonom se određuju i povezane osobe na temelju kojih može posredno doći do odgovornosti člana društva.¹⁷⁸

Iz svega navedenog proizlaze i temeljna razgraničenja u odnosu na proboj po ZTD-u. Prvo je u činjenici da se za nastupanje poreznog jamstva mora ispuniti pretpostavka nemogućnosti namirenja poreznih obveza od strane društva, a drugo u činjenici da se radi o odgovornosti za obveze isključivo iz porezno-dužničkog odnosa društva (a ne za sve obveze – ugovorne, izvanugovorne i dr.).¹⁷⁹

Evidentan je pokušaj detaljnijeg i konkretnijeg normiranja navođenjem dodatnih specifičnih okolnosti (čl. 31.), ali je neophodan zaključak o pravnom sredstvu koje pruža

¹⁷¹ Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 26–27.

¹⁷² Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 31.

¹⁷³ Gadžo, Stjepan; Žunić Kovačević, Nataša, Retroaktivna primjena pravila o proboju pravne osobnosti u poreznim stvarima: analiza upravnosudske i ustavnosudske prakse, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 40, br. 1, 2019, str. 351.

¹⁷⁴ Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 172.

¹⁷⁵ *Ibid.*, čl. 175.

¹⁷⁶ Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 27.

¹⁷⁷ Opći porezni zakon, *op. cit.* (bilj. 169), čl. 48.

¹⁷⁸ Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, *op. cit.* (bilj. 98), str. 28.

¹⁷⁹ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 428.

ograničenu i specifičnu pravnu zaštitu vjerovnicima društva te koje ne doseže do svih relevantnih pravnih situacija. Dalje je bitno napomenuti da su slučajevi navedeni u čl. 31. teleološki obuhvaćeni u čl. 30., koji je identičan čl. 10. ZTD-a te se stoga otvara i pitanje nepotrebnog dodatnog propisivanja. Namjera se zakonodavca tako u donošenju OPZ-a te propisivanju, tj. graničnom prepisivanju odredbi o proboju pravne osobnosti, može protumačiti jedino kao pokušaj dodatnog privlačenja pozornosti na važnost sprječavanja zloupotrebe u slučajevima u kojima određeni članovi društva izbjegavaju plaćanje poreza. Tim se načinom uspostavlja i izvor prava u kojemu se sve relevantne odredbe nalaze na jednom mjestu.

Međutim, kako se gotovo identične odredbe nalaze u ZTD-u, i to u uvodnim odredbama Zakona, iz čega proizlazi njihova važnost, nameće se zaključak o suvišnom dodatnom propisivanju već postojećih odredaba.

4.7. Pravna praksa RH

Evidentno je iz prikazanoga da određeni dijelovi primjene instituta proboja pravne osobnosti, od kojih se posebice moraju naglasiti specifičnosti tereta dokazivanja (pitanje stupnja krivnje), ali i opća problematika potrebnih pretpostavaka na temelju kojih se dokazuje zloupotreba, još uvijek ostaju pod upitnikom.

Za početak je možda najkorisnije pozornost posvetiti presudama kojima se pokušavaju pobliže definirati specifičnosti tereta dokazivanja. Tu se kao interesantna nameće presuda Visokog trgovačkog suda RH (dalje: VTSRH) iz koje proizlazi sentenca da se „za odgovornost zbog navedene zloupotrebe odgovara po kriteriju dokazane krivnje, osim u zakonski navedenim slučajevima (čl. 10. st. 4), u kojima se presumira krivnja člana“.¹⁸⁰ Jednako se tako i u novijoj presudi (2021.) Županijskog suda u Varaždinu navodi da „direktor trgovačkog društva zbog zloupotrebe odgovara osobno po kriteriju dokazane krivnje“.¹⁸¹ Za suprotno stajalište u pogledu prirode tereta dokaza interesantno je istaknuti presudu Visokog trgovačkog suda iz 2021. godine, u kojoj sud ističe da, „suprotno žalbenim navodima, odgovornost na temelju čl. 10. nije odgovornost za štetu i krivnja člana društva nije relevantna“, te se izričito ističe da je „zloupotreba prava (čl. 6. ZOO-a) neovisna o krivnji ovlaštenika prava, jer je riječ o objektivnoj povredi interesa drugoga“, te da „ne mora postojati nakana ili neki stupanj neopreznosti da se drugom nanese šteta“.¹⁸²

¹⁸⁰ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 23. 9. 2003., donesenoj u predmetu Pž-1522/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B1522S03D20030923?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸¹ Županijski sud u Varaždinu u odluci od 28. 9. 2021., donesenoj u predmetu Gž 328/2021-2, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE716B328S2021P2D20210928?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸² Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 19. 11. 2021., donesenoj u predmetu Pž 1820/2020-3, dostupno na:

U spomenutim je presudama prisutna neusklađenost sudske prakse u navedenom pravnom pitanju te se nameće zaključak da pitanje konkretnih odrednica tereta dokaza ostaje otvoreno.

Dalje je bitno istaknuti i presude iz kojih proizlazi da određene činjenice kao jedina osnova za proboj, kao što su neisplata plaće radniku od strane društva,¹⁸³ ili činjenica postojanja odnosa ovisnog i vladajućeg društva,¹⁸⁴ jednostavno neće biti dovoljne za dokazivanje zloupotrebe, pa tako ni za aktivaciju instituta proboja pravne osobnosti.

U kontekstu dokazivanja zloupotrebe bitno je istaknuti i nekoliko presuda u kojima je, usprkos prilaganju nekoliko dokaza te njihovu kombiniranju, bila odbijena primjena instituta proboja pravne osobnosti.

Tu se tako ističe presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, u kojoj se navodi da činjenica „da je tuženik kao član trgovačkog društva osnovao novo društvo koje je djelomično registrirano za jednake djelatnosti te posluje s nekim istim dobavljačima i kupcima“ nije dovoljna za uspostavu temelja za proboj. U istoj se presudi ističe i to da nije zabranjeno osnivanje novog trgovačkog društva te da tužiteljjev navod o blokiranom računu spomenutog društva za vrijeme osnivanja novog nije istinit (blokiran je sedam dana nakon osnivanja društva).¹⁸⁵

Zanimljivo je istaknuti i još jednu presudu istoga suda, u kojoj se, usprkos činjenicama da je društvo u trenutku sklapanja ugovora o djelu s tužiteljem bilo nelikvidno te da je prezaduženost nastupila početkom godine sklapanja ugovora (2010.), i to uslijed ovršnih postupaka koji su počeli još i godinu prije, nije odlučio probijati pravnu osobnost. U istom je predmetu prvotuženik u početku bio jedini član i direktor društva te ga je tuženik optužio, zajedno s drugotuženikom, za olako preuzimanje obveza u ime i za račun društva usprkos očitim okolnostima nemogućnosti njihova namirenja. Sud je ovdje naveo kako nije istaknuto dovoljno dokaza te da činjenica oštećenja tužitelja neplaćanjem računa nije dovoljna.¹⁸⁶

Probijanje pravne osobnosti jednako tako nije dopušteno, tj. potvrđena je presuda prvostupanjškog suda, i u predmetu u kojemu je bilo uspostavljeno da je tuženik za

<https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80c82c12&q=67+P%C5%BE-1820%2F2020-3>.

¹⁸³ Županijski sud u Splitu u odluci od 4. 12. 2019., donesenoj u predmetu Gž R 805/2019-2, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE714B805S2019P2D20191204?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸⁴ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 15. 4. 2003., donesenoj u predmetu Pž-1760/02, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B1760S02D20030415?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁸⁵ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 17. 2. 2020., donesenoj u predmetu Pž 3950/2017-4, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B3950S2017P4D20200217>.

¹⁸⁶ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 9. 6. 2022., donesenoj u predmetu 81 Pž-2083/2022-2, dostupno na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80d4e9eb&q=81+P%C5%BE-7668%2F2016-3>.

direktora društva postavio osobu koja je prethodno radila kod njega, zatim da su sjedišta tuženika i društva bila na identičnoj lokaciji, da je tuženik faktično vodio knjigovodstvo relevantnog društva, da je tuženik osnovao to drugo društvo s minimalnim kapitalom te da je u vrijeme osnivanja tog drugog društva tuženik imao blokiran račun. Bitno je napomenuti i da je prvostupanjski sud inicijalnu tužbu odbacio kao nedopuštenu te je time utvrdio da u slučajevima proboja tužbeni zahtjev mora glasiti na utvrđivanje činjenica zloupotrebe.¹⁸⁷

Interesantna je i presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, u kojoj je definirano da dokaz postojanja naloga društva majke društvu kćeri „da prihod od najamnine po svim osnovama distribuira na njezin žiroračun odakle bi se trebala vršiti prioritetna plaćanja prema uputama Upravnog odbora”, budući da nije dokazano da to iz tih novčanih sredstava nije učinjeno, ne predstavlja sam po sebi zadovoljavajući dokaz zloupotrebe na temelju kojega se može provesti proboj. Isti je sud u drugoj presudi istaknuo da, kada tuženik kao jedini član društva poslodavca tužiteljice i kao jedini osnivač tog društva raspoređuje radnike na rad u novoosnovano društvo na koje nije prenio imovinu, to ne znači da je utvrđeno na strani tuženika postojanje svijesti o zloupotrebi okolnosti da kao član društva ne odgovara za svoje obveze. Objе su presude donesene 2011. godine.¹⁸⁸ Iz navedenih presuda, pogotovo zadnje, proizlazi strogo stajalište po pitanju proboja pravne osobnosti.

Međutim, rezervirano stajalište u probijanju pravne osobnosti iskazano u gore navedenim presudama nije apsolutno. Tako je, primjerice, u jednoj presudi VTSRH utvrđena zloupotreba, a time i dopušten proboj temeljem činjenice da je tuženik osnovao šesnaest trgovačkih društava u sklopu tuženika kao holdinga u odnosu majke i kćeri, nad kojima je tuženik zadržao potpunu ingerenciju u poslovanju, da je sve zaposlenike, uključujući i tužiteljicu, rasporedio na rad u jedno od novoosnovanih društava, da je na ta društva prenio imovinu u neznatnom iznosu, kao i da je tužiteljicu, bez njezine suglasnosti, rasporedio na novo radno mjesto.¹⁸⁹ Tu se radi o presudi od naročitog značaja zato što su radnici takvih društava te njima ovisnih društava dio kruga vjerovnika koji su u posebice nepovoljnom položaju jer najčešće nemaju pregovaračku snagu kakvu imaju ostali pravni subjekti koji posluju s tim društvima.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 268–269.

¹⁸⁸ Barbić, Jakša, *op. cit.* (bilj. 4), str. 412.

¹⁸⁹ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 14. 2. 2006., donesenoj u predmetu Pž-9137/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudska-praksa/SE500B9137S03D20060214?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 272.

Zatim, u jednoj drugoj presudi isti je sud utvrdio postojanje zloupotrebe na činjenici da je član trgovačkog društva naručivao robu od istog prodavatelja koristeći pečat društva i pečat istoimenog obrta. Tu sud ističe važnost potpisa na ugovorima, a ne samog pečata.¹⁹¹

U sljedećoj je presudi VTSRH utvrdio postojanje odgovornosti člana društva (društva osnivača) za obveze društva koje je ono osnovalo (društva kćeri) za obveze prema vjerovnicima na temelju toga što je došlo do miješanja imovine dvaju društava te se za pojedine predmete i prava nije moglo utvrditi u čiju imovinu pripadaju. Do utvrđenja miješanja imovine došlo je u poslovanju društava u stečaju jer su iste osobe vodile poslove oba društva, u istim poslovnim prostorijama, imale su ista sredstva rada, bili su u blokadi žiro-računi oba društva te ni knjigovodstvena evidencija imovine društva nije bila uredna i čista.¹⁹²

Dalje, u ranije spomenutoj presudi, u kojoj je istaknuto da krivnja člana društva nije relevantna u kontekstu čl. 10., VTSRH je također utvrdio zloupotrebu te je dopustio proboj. To je učinjeno na temelju činjenice da je tuženik umanjio imovinu društva iako je znao ili je morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze. Naime, prijenosom imovine (poslovnih udjela u društvu I. R. d. o. o. K.) društva I. d. o. o. K. na tuženikovu kćer N. B. na način da je naknada za poslovne udjele nominalne vrijednosti 15 447 400,00 kn utvrđena u visini od 3 905 872,57 kuna i da je takva niža cijena eventualno podmirena zatvaranjem dijela obveze društva I. d. o. o. K. prema I. R. d. o. o. K. upućuje na to da je iz društva I. d. o. o. K., i to novog društva gotovo identične tvrtke koja obavlja isti predmet poslovanja i prebacivanjem cjelokupnog poslovanja na to novo društvo, po mišljenju suda, poslovanje prebačeno radi zloupotrebe prava i sprječavanja da dužnik I. d. o. o. K. poslovanjem prikupi sredstva potrebna za podmirenje dugova.¹⁹³ U navedenoj presudi vidi se i značaj prije spomenute činjenične osnove izvlačenja sredstava iz društva u kontekstu proboja.

U presudi Vrhovnog suda od 12. ožujka 2007. navodi se pak kako prvostupanjski sud nije ispravno zaključio kako u konkretnom slučaju nema mjesta proboju pravne osobnosti prema drugotuženici. Odluku o ukidanju presude i vraćanju predmeta prvostupanjskom sudu temelji na činjenici da je tužitelj upozorio na zloupotrebu koja proizlazi iz činjenice da je drugotuženica dopisom tražila od tužitelja izdavanje garancije uz njezinu obvezu naknadnog dostavljanja dokumentacije o instrumentima osiguranja, što nakon izdavanja garancije nije učinila. Istaknula je kako joj je to potrebno iz razloga što joj je za zasnivanje

¹⁹¹ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 7. 4. 1998., donesenoj u predmetu Pž-1008/98, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudskapraksa/SE500B1008S98D19980407?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹² Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 17. 2. 2004., donesenoj u predmetu Pž-6369/03, dostupno na: <https://www.iusinfo.hr/sudskapraksa/SE500B6369S03D20040217?HighlightQuery=proboj+pravne+osobnosti>.

¹⁹³ Visoki trgovački sud Republike Hrvatske u odluci od 19. 11. 2021., donesenoj u predmetu Pž 1820/2020-3, dostupno na: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionView?id=090216ba80c82c12&q=67+P%C5%BE-1820%2F2020-3>.

hipoteke na obiteljskoj kući roditelja drugotuženice te za cesiju tražbine temeljem veleprodaje potrebna navedena garancija. Po mišljenju suda, točno iz tog razloga ima govora o zloupotrebi.¹⁹⁴

Posebno je interesantna i presuda VTSRH od 11. rujna 2007. godine u kojoj je zloupotreba utvrđena prema jedinom osnivaču i jedinom članu uprave društva S d. o. o. na temelju toga što je tužitelj predlagao promjenu (odgodu) roka plaćanja duga od 549 000 kuna te sklapanje aneksa, ali da navedeni dug nije platio ni nakon tog prolongiranog roka.¹⁹⁵ U toj je presudi vidljivo iznimno strože postupanje prema članovima društva koji su jedini osnivač te jedini član uprave, iz čega proizlazi zaključak da je za dokazivanje zloupotrebe u tim slučajevima potrebno puno manje indicija.

Za kraj se ističe i presuda VTSRH u kojoj je, još jednom, utvrđena zloupotreba u odnosu na tuženika, društvo M d. d., te je određeno da je ono dužno platiti tužitelju MCP d. d. iznos od 324 587,86 kuna sa zakonskom zateznom kamatom. Navodi se kako je tuženik osnovao društvo M – J d. o. o. koje je organiziralo proizvodnju za inozemne naručitelje pod nazivom projekt “E” te koji je bio uređen Protokolom kojim je određen način poslovanja iz kojeg proizlazi da su svi računi dolazili na društvo M – J d. o. o., a da ih je podmirivalo društvo M d. d. Sud navodi da iz toga proizlazi da se član koristio poslovanjem društva M – J d. o. o. da bi mogao postići koristi stvarajući obveze za to društvo, a prihode za sebe. Tako je društvo M – J d. o. o. bilo terećeno troškovima projekta, koje je onda tuženik podmirivao sa šifre projekta nakon što su bili potpisani računi od strane odgovornih osoba. Sve navedeno proizlazi iz iskaza direktora M – J d. o. o.-a, S. M.-a.¹⁹⁶ U navedenoj je presudi vidljiva i spremnost suda da dopusti proboj prema članu u višečlanim društvima.

U kontekstu raznih presuda u Hrvatskoj zanimljivo je spomenuti i one slučajeve koji se nisu pojavili u domaćoj pravnoj praksi, nego u stranoj, a za koje je upitno kako bi bili riješeni u tuzemstvu. Tako bi bilo zanimljivo analizirati hrvatsko sudsko rješenje, npr. u predmetu *Walkovszky v. Carlton*, koje bi zasigurno uvelike definiralo smjer razvoja prakse instituta proboja. Usporedni bi primjer bio i u pomorskoj pravnoj praksi i poslovanju brodarskih društava koja posjeduju više brodova, s tim da se za operativno korištenje svakog broda osniva posebno trgovačko društvo po sistemu „jedan brod – jedno društvo“ (*one ship companies*).¹⁹⁷ Na taj se način stvaraju brojna brodarska društva koja su „papirnati vlasnici“ samo po jednog broda, dok je zapravo cjelokupna kontrola nad poslovanjem, odnosno iskorištavanjem svih brodova tih društava, u rukama društva majke, koja drži 100 % udjela u svakom od društava kćeri. Takvo poslovanje uzrokuje znatne teškoće vjerovnicima tih malih društava iz razloga što je jedno od najbitnijih sredstava zaštite vjerovnika privremena mjera zaustavljanja broda, koja može zahvatiti

¹⁹⁴ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 274.

¹⁹⁵ *Ibid.*, str. 275

¹⁹⁶ *Ibid.*, str. 276.

¹⁹⁷ Jelinić, Srećko; Akšamović, Dubravka, *op. cit.* (bilj. 7), str. 158.

isključivo one brodove koji su u vlasništvu dužnika.¹⁹⁸ Iz tog bi razloga i u takvim slučajevima, kao i u prije navedenom, bila iznimno važna odluka hrvatskih sudova o postojanju, tj. nepostojanju zloupotrebe.

U svim priloženim presudama evidentna je jedna promjenjiva i granično nepredvidljiva sudska praksa u vezi s pitanjem proboja. Očito je da su sudovi spremni probijati pravnu osobnost, ali doseg primjene instituta, kao i njegove specifične pretpostavke te priroda dokazivanja tih pretpostavki, još uvijek nisu razjašnjeni. Tako se u dokazivanju zloupotrebe koristi raznim kombinacijama činjeničnih okolnosti, koje su na kraju podložne slobodnoj ocjeni suda, koja je nekada različita čak i u gotovo jednakim činjeničnim osnovama.

5. ZAKLJUČAK

Trgovačka se društva u modernom svijetu nameću kao jedni od najvažnijih gospodarskih aktera, koji time posljedično uvjetuju i ekonomski razvoj kako poduzetništva tako i samih država. Bit privlačnih svojstava društava objedinjuje se u ograničenoj odgovornosti članova tih društava, koja omogućuje rizične poduzetničke pothvate, a time i nekad prividno nedostižni gospodarski cilj.¹⁹⁹

Međutim, povlastica članova da ne odgovaraju za obveze ne smije imati za posljedicu zloupotrebu te okolnosti te je stoga bitno uspostaviti primjerenu zaštitu tih istih vjerovnika, a tako i protutežu ograničenoj odgovornosti članova.²⁰⁰

Zaštita vjerovnika tako se postiže cijelim nizom prije spomenutih odredbi načela unosa i održanja kapitala, zatim generalno odredbama o izvanugovornoj odgovornosti, o pojačanoj odgovornosti uprave, ali i odredbama o stečaju i likvidaciji.²⁰¹ Iz analize je evidentno da alternativna sredstva pružaju zaštitu vjerovnicima, ali da je ta zaštita ograničena i specifična te stoga i proširena (najviše s obzirom na opseg naknade) uključivanjem instituta proboja. Tu se nameće i proboj propisan Općim poreznim zakonom, koji, međutim, opet pruža samo specifičnu i ograničenu zaštitu, a i kod kojeg je upitna potreba propisivanja. Tako se kao posebno pravno sredstvo zaštite ističe institut proboja pravne osobnosti propisan ZTD-om, koji time u Hrvatskoj ima i vlastitu zakonsku osnovu. Propisivanjem te iste osnove zakonodavac je napravio hrabar iskorak u odnosu na većinu stranih država (čast iznimkama) te je otvorio vrata diskutabilno češćem probijanju pravne osobnosti. U zakonu se kao temeljna nameće subjektivna pretpostavka zloupotrebe neodgovornosti članova, oko koje se pojavljuju brojne nejasnoće u dokazivanju, te se zatim otvorenom klauzulom navode i slučajevi u kojima se pretpostavlja zloupotreba (ali ne i uzročno-posljedična veza). Međutim, kako se u tim

¹⁹⁸ Marin, Jasenko; Proboj pravne osobnosti u pomorskom pravu, Poredbeno pomorsko pravo, 40, 2001, str. 91-92.

¹⁹⁹ Petrović; Ceronja, *op. cit.* (bilj. 1), str. 18.

²⁰⁰ Brnabić, Ratko, *op. cit.* (bilj. 8), str. 9.

²⁰¹ *Ibid.*, str. 10.

točkama navode pojmovi koji imaju nekonkretizirane definicije, pa tako nemaju ni jasne konture postojanja, pronalazak tih slučajeva ograničen je na slobodnu ocjenu suda, uvjetovanu kombinacijom pravno relevantnih činjenica te njihove vlastite intuicije. Time je efektivno i pronalazak zloupotrebe u činjeničnim okolnostima svakog pojedinog slučaja također u ruci sudaca.

Činjenične osnove iz kojih potencijalno proizlazi zloupotreba mogu se ugrubo svesti na situacije miješanja imovine, vladajućeg i ovisnog položaja, te situacije potkapitalizacije društva. Tu je bitno napomenuti da je ta podjela ograničena u tome što će se uspostava zloupotrebe temeljiti na različitim isprepletenim kombinacijama brojnih atipičnih činjenica. Usprkos tome, određene činjenice, kao što su mogućnost provođenja utjecaja u društvu, nedopušteni zahvat u imovinu društva, neuredno knjigovodstvo, uspostava „društva pepeljuge“ te brojne druge prije navedene, nametnut će se kao bitni indiciji usmjereni prema uspostavi zloupotrebe. U hrvatskim je presudama tako vidljiva spremnost suda da probija pravnu osobnost, ali s obzirom na različite presude donesene u sličnim činjeničnim okolnostima doseg primjene instituta na određene činjenične supstrate ostaje pod upitnikom.

U kontekstu zloupotrebe pojavljuju se upitnici i u odnosu na prirodu tereta dokaza te nužnost postojanja određenog stupnja krivnje. Tako se u literaturi javlja cijeli niz mogućih rješenja, od kojih se najviše ističu model odgovornosti na temelju dokazane krivnje, tj. namjere/neizravne namjere, uz mogućnost prebacivanja tereta dokaza (po uzoru na predmet *TBB* iz njemačke sudske prakse),²⁰² ili pak bez, te model objektivne odgovornosti, u kojemu se navodi da je zloupotreba prava neovisna o krivnji ovlaštenika prava jer je riječ o objektivnoj povredi interesa drugoga. Radi se o diskutabilno polarnim rješenjima, iz kojih proizlaze različiti budući smjerovi razvoja sudske prakse. Za prvi se model kao presudno nameće uključivanje olakšavanja tereta dokaza s obzirom na to da bi alternativa uzrokovala ogromne teškoće u dokazivanju. Na taj bi se način balansiralo između olakog dokazivanja u drugom modelu te teškog dokazivanja u prvom (bez prebacivanja tereta dokaza). Drugi bi model potencijalno rezultirao uvelike neujednačenom sudskom praksom, koja bi bila pretjerano podložna upitnoj intuiciji sudaca, ali koja bi jednako tako postavila i stroži odnos sudstva prema zloupotrebi društva kao ekonomskih aktera. U izloženim je presudama evidentno da će smjer razvoja prakse, koja je trenutačno neujednačena, i po tom pitanju tek biti određen.

Po pitanju aktivne legitimacije u središtu je pozornosti vjerovnik društva s obzirom na to da se radi o vanjskoj odgovornosti. Međutim, u slučajevima trajanja stečajnog postupka zakon aktivnu legitimaciju daje isključivo stečajnom upravitelju te se na taj način rješava negativnih posljedica vanjske odgovornosti u pogledu različitih neujednačenih pozicija vjerovnika.

²⁰² *Ibid.*, str. 260.

Iz analize komparativne sudske prakse proizlazi i zaključak o znatno različitom pravnom okruženju (čak i u Njemačkoj), u kojemu se kao najbitnija razlika ističe nepostojanje zakonske osnove za proboj te koja stoga aktivira još veće polemike o njegovoj ulozi. Dok je u SAD-u proboj nešto češći, u Engleskoj i Njemačkoj sustavno se približava iznimnoj primjeni instituta te ustrajnom traženju alternativnih pravnih sredstava. Praksa SAD-a tako se nameće kao bogat izvor činjeničnih okolnosti specifičnih slučajeva, u kojima se potencijalno može pronaći i hrvatska pretpostavka zloupotrebe, ali i kao izvor cijelog niza različitih testova i potencijalnih pokazatelja koji su u potrazi za situacijama u kojima je zaštita vjerovnika nužna.

U Njemačkoj je vidljiv razvoj prakse koji je nakon presude *Trihotel* uzeo i pomalo neočekivani smjer napuštajući prethodnu struju u kojoj su vjerovnici društva pronalazili sigurno utočište od svakojakih zloupotreba članova društva.²⁰³ Prikazana je široka i iznimno stvaralačka praksa Njemačke, koja je raščesljala cijeli niz raznoraznih rješenja u kontekstu proboja pravne osobnosti te na kraju utočište pronašla u čl. 826. Njemačkog građanskog zakonika, koji pomiruje oba čimbenika odgovornosti za naknadu štete i odgovornosti članova prema vjerovnicima društva, na temelju kojih može doći do unutarne, ali i vanjske odgovornosti prema vjerovnicima društva.²⁰⁴

Kako slične odredbe u hrvatskom zakonodavstvu nema te kako je teško očekivati da će hrvatska sudska praksa preuzeti široka tumačenja njemačke stoljetne prakse i preskočiti godine razvoja, zakonodavac je bio primoran tražiti rješenje u propisivanju novog instituta.²⁰⁵ Sudbina tog instituta, bilo u vezi s potrebnim stupnjem krivnje bilo u vezi s dosegom primjene na određene činjenične osnove, nameće se kao upitna i granično jasna. Smjer razvoja sudske prakse, učestalost probijanja pravne osobnosti te uspostava pretpostavke zloupotrebe ostaje u rukama sudaca, kojima se na taj način nameće velika odgovornost u slobodnoj ocjeni, koja iziskuje velik napor u kazuističkoj procjeni cijelog niza atipičnih činjenica.

²⁰³ *Ibid.*, str. 225.

²⁰⁴ *Ibid.*, str. 249.

²⁰⁵ *Ibid.*, str. 299.

SUMMARY

A Breakthrough of Legal Personality with Special Reference to Comparative Case Law

The general rule of corporate law states that the members of capital commercial companies are not personally liable for the obligations of the said company. Their accountability is usually limited by the stakes they are obliged to invest in the company. This article opens a discussion of cases where the corporate veil of the company is pierced and, consequently, the members themselves become personally liable for the debts of the company. There is a specific statutory provision for the piercing of the corporate veil in the Commercial Companies Act of Croatia in Article 10 Section 3 that mentions abuse of law (or “abuse of corporate form”) as the number one legal requirement for such piercing to commence. This creates a substantially different legal environment than that created by other foreign law and judicial practices such as those in Germany, England or the USA. The said provision implies a broader role for the doctrine but also fails to answer significant open questions regarding the legal reach and the required nature of burden of proof that would then constitute the grounds for veil piercing. The analysed foreign and domestic judicial cases paint a picture of questionably unreliable judicial practice which results in legal uncertainty. Given that there are many unanswered questions in the application of the institute in Croatia, great responsibility is given directly to the judicial system, explicitly to the judges themselves. Hence, they are called upon to undertake the great task of piercing the corporate veil.

Keywords: piercing the corporate veil, personal shareholder liability, limited liability

Jan Petričević, Associate at the Law Firm Marohnić, Tomek & Gjoić LLC