

UZ NACRT STEČAJNOG ZAKONA: TREBA LI ONEMOGUĆITI PRIPAJANJE TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA KOJA SU NA „PRAGU STEČAJA“

Izv. prof. dr. sc. Dejan Bodul*

UDK 347.736(497.5)

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.43.3.19>

Ur.: 28. siječnja 2022.

Pr.: 11. veljače 2022.

Pregledni rad

Sažetak

U modernim demokratskim državama poduzetnička i tržišna sloboda, odnosno tržište, tržišno gospodarstvo, smatraju se temeljom gospodarskog ustroja, ali i kao ljudsko pravo i temeljna sloboda koja uživa ustavnopravnu zaštitu. Ipak empirijska analiza i doktrina potvrđuju kako nema ekonomskog sustava, pa ni tržišta, koje nije više ili manje uređeno. Također, upozoravaju kako uvjeti na tržištu bitno utječu na ostvarivanje i razvoj poduzetništva. Stoga i nije pravo pitanje je li uloga države u reguliranju poduzetništva nužna. Pravo je pitanje kada, gdje i kako u pravno-ekonomskoj sferi država treba usmjeriti i regulirati poduzetnička kretanja i razvoj te kada je potrebno njeno izravno angažiranje. Polazeći od teze kako se država ne može u potpunosti temeljiti na načelu laissez-faire, jer zakonodavac mora moći ispraviti nepoželjne učinke djelovanja mehanizma tržišnog gospodarstva, postavlja se pitanje - treba li onemogućiti pripajanje trgovačkim društvima kod kojih postoji stečajni razlog, odnosno nad kojima je pokrenut stečajni postupak? Namjera je autora upozoriti na prazninu koja predstavlja rizik, bez obzira na postojeće i u velikoj mjeri kvalitetne mehanizme koji postoje za sprječavanje zloupotreba.

Ključne riječi: *trgovačko društvo; stečajni razlog; pripajanje; legislativna izmjena.*

1. OKVIR ZA RASPRAVU

Reformama starog Stečajnog zakona (njih osam)¹ kao i provedbom Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (s pet izmjena),² čija je primjena počela 2012., hrvatsko insolventno zakonodavstvo znatno je izmijenjeno. Ipak, indikativna metoda utvrđivanja činjenica pokazuje kako su stečajni i predstečajni

* Dr. sc. Dejan Bodul, izvanredni profesor, Sveučilište u Rijeci, Pravni Fakultet; dbodul@pravri.hr ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5923-7200>.

Ovaj rad sufinanciran je sredstvima projekta ZIP UNIRI-130-7-20 Sveučilišta u Rijeci.

1 Narodne novine, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.

2 Narodne novine, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15.

postupci u odnosu na druge države u okruženju nešto kraći, ali su skuplji i s nižim stupanjem namirenja vjerovnika. Naravno, u odnosu na zemlje s razvijenim (stečajnim) sustavom, ti su pokazatelji bili relativno lošiji.³

Uzimajući u obzir da na takve podatke pored samih zakonskih rješenja utječu i brojni izvansudski (institucionalni) čimbenici, zakonodavac je 2015.⁴ napravio još jednu funkcionalizaciju Stečajnog zakona preuzimajući, nakon trogodišnjeg eksperimentiranja, iz Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, odredbe o predstečajnoj nagodbi kroz odredbe o predstečajnom postupku.

Iako je cilj Novelom SZ 2017. primarno olakšati predstečajni postupak propisivanjem realnih rokova za poduzimanje određenih radnji u postupku, ispravljaju se uočene pogreške i propusti učinjeni u SZ-u te se otklanjaju dvojbe oko primjene pojedinih odredaba.

Ponovni je cilj Nacrta SZ 2022. osigurati djelotvorno, jednostavno i fleksibilno upravljanje postupkom, s precizno određenim rokovima i jasnim posljedicama poduzetih radnji, ali i usklađivanje SZ-a s europskom pravnom stečevinom. Iako se domet Nacrta SZ 2022. još uvijek ne može procijeniti, bitne novine u odnosu na prijašnje stečajno zakonodavstvo ogledaju se u svim modelima insolventijskih postupka. Ipak možda je najbitnije spomenuti redefiniranje položaja stečajnog upravitelja kao i provođenje Direktive o restrukturiranju i nesolventnosti.⁵ Naime, u skladu s Direktivom, Nacrt osigurava pristup sustavima ranog upozoravanja jer što prije dužnik može otkriti svoje financijske poteškoće i poduzeti odgovarajuće radnje, to je veća vjerojatnost izbjegavanja predstojeće nesolventnosti ili, u slučaju poslovanja čija je održivost trajno narušena, uređenijeg i učinkovitijeg procesa likvidacije. Direktiva nalaže i kako je primjenom najnovijih informacijskih tehnologija za obavijesti i komunikaciju nužno osigurati jasne, ažurirane i sažete informacije prilagođene korisnicima o dostupnim postupcima preventivnog restrukturiranja te da dužnici imaju pristup jednom kvalitetnom alatu ranog upozoravanja ili više njih, kojima se mogu otkriti okolnosti koje bi mogle dovesti do vjerojatnosti nesolventnosti i kojima im se može signalizirati da je potrebno djelovati bez odgode (čl. 3. st. 1. Direktive). Stoga je u Nacrtu SZ-a obveza Ministarstva financija, Porezne uprave i revizora da upozore dužnika na negativni razvoj u njegovu plaćanju koji su uočili pri obavljanju svojih djelatnosti. Takva su rješenja rezultat činjenice da je čak i letimičnim uvidom u pokrenute stečajne postupke vidljivo da gotovo nijedan slučaj stečaja nije prijavljen u roku 21 dana od dana nastanka stečajnog razloga.⁶

3 Bodul Dejan i Jakob Nakić, „Završna bilanca postupaka predstečajnih nagodbi“, *Pravo u gospodarstvu* 57, br. 4 (2018): 651-675.

4 Narodne novine, br. 71/15. i 104/17.

5 Puni naziv: Direktiva (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti), SL L 172, 26. lipnja 2019., 18-55.

6 U prilog tom razmišljanju govori i situacija koja se pojavila donošenjem Stečajnog zakona 2015. kad je uveden institut u skladu s kojim je FINA obvezna podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnoga postupka, ako pravna osoba u Očevidniku redosljeda osnova za plaćanje ima

Nacrt SZ-a obuhvaća i brojne, čak i bitne izmjene u odnosu na prijašnji zakonodavni okvir. Ipak kada sve upozorava da će uskoro doći do stečaja i kada treba zaštititi interese vjerovnika, jer još nema posljedica stečaja (nije otvoren postupak), pravila se Nacrta SZ-a ne čine dostatnima.

2. PREGLED DOSADAŠNJE LITERATURE

U Republici je Hrvatskoj objavljeno stotinjak znanstvenih radova koji se bave opsežnom i složenom problematikom stečajne regulative. Štoviše, skroman je broj i monografija iz područja stečaja,⁷ za razliku od pravnih kapitalnih djela i znanstvenih članaka objavljenih, primjerice, u SAD-u i u Njemačkoj. Ipak posljednjih godina, sve veći broj studija analizira ekonomske i pravne učinke likvidacijskih i reorganizacijskih stečajnih postupaka. Najveći broj ekonomskih, najčešće, empirijskih istraživanja u području stečaja bavi se ključnim pokazateljima stečajnog postupka (dakle, troškovima stečajnog postupka, vremenom trajanja stečajnih postupaka te stupnjem namirenja vjerovnika) te se poredbeno-pravno analiziraju i razmatraju odnosi intenziteta korištenja stečaja i niza varijabli.⁸ U cilju otklanjanja slabosti postojeće stečajne regulative te kako bi se stečajni postupak učinio učinkovitijim, pravna doktrina,⁹ ali i struka¹⁰ analizirala je brojne procese mjere, što je i pridonijelo i rezultiralo nizom izmjena stečajnog zakonodavstva. Autori se bave analizom procesnih radnji,

- evidentirane neizvršene osnove za plaćanje u neprekinutom razdoblju od 120 dana i dulje.
- 7 Mihajlo Dika, *Insolventijsko pravo* (Zagreb: Pravni fakultet, 1998.); Andrija Eraković, *Stečajni zakon s komentarom i primjerima* (Zagreb: RRIF Plus, 1997.); Jelena Čuveljak, *Komentar Stečajnog zakona* (Zagreb: Narodne novine, 2018.).
 - 8 Pri usporedbi učinkovitosti stečajnog sustava već je uobičajeno da se prihvaćaju posljednji raspoloživi podaci *Doing business* studije Svjetske banke, što čine i autori u ovom radu. Ipak doktrina upozorava da se zbog korištene metodologije takve studije imaju znatna ograničenja jer se temelje na percepciji o vjerojatnosti ishoda, a ne na pokazateljima koji su utemeljeni na točnim podatcima.
 - 9 Alan Uzelac, Je li uređenje predstečajnog postupka bilo sukladno s Ustavom? *Post festum* analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema, http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/E18_Predstečajni_%20postupak_ustavnost.pdf; Mihajlo Dika, „Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage,“ u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi* (Narodne novine, br. 108/12.), ur. Ivica Crnić (Zagreb: Organizator, 2012.), 54; Jasnica Garašić, „Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012.“, u: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, Liber amicorum Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike*, ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić i Aleksandra Maganić, 469-493 (Zagreb: Pravni fakultet, 2013.); Jasnica Garašić, „Završna dioba u stečajnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 28, br. 1 (2007): 157-188; Dejan Bodul, Ante Vuković, „Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja,“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 49, br. 3 (2012): 633-661; Branko Radulović, „Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji“, u: ur. V. Radović, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (Beograd: Pravni fakultet, 2011.), 146-183.
 - 10 Ljiljana Hrastinski Jurčec, „Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima“, *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse* (Zagreb: Inženjerski biro, 2007.).

njihovim prednostima i manama, posljedicama i preduvjetima za njihovu uspješn(ij) u primjenu. U konačnici većina se istraživanja bavi pozitivnim efektima dosadašnjih reformi SZ-a, ali i o problemima i ograničenjima funkcioniranja postojećega stečajno pravnog sustava (Dika, Barbić, Kunštek, Jurić, Garašić, Čuveljak, Šimić). Pritom autori ističu kako se nalazimo u vremenu snažnijih društvenih preobražaja pa stari problemi sustižu nove i zajedno s njima otvaraju iznimno složene izazove pri kojima država treba pružiti zaštitu povrijeđenih i ugroženih prava.¹¹ Govoreći o stečajnoj problematici navode da je to složeno (i političko) pitanje, pa je uvijek aktualan zaključak o krizi u smislu potrebe za uvođenjem promjena u postojeću praksu.¹² U tom se kontekstu dosta često analizira zloupotreba prava u okviru stečajnog postupka.¹³ Iz literature je vidljivo kako je na jednoj doktrinarnoj razini zloupotreba prava sukob samoga prava, dakle pisane norme i svrhe Zakona, do kojeg dolazi u određenom trenutku kada korištenje tim pravom, koje je do nekoga trenutka bilo procesno i materijalno opravdano, dolazi u sukob sa svrhom i ciljem zakonskog uređenja prava na način da se negativno odražava na prava i obveze trećih i prava i obveze drugih sudionika i obveze tijela vlasti u smislu ispunjavanja njihovih zadaća. Tako Dika,¹⁴ navodi da je zloupotreba prava korištenje pravnih ovlaštenja kako bi se drugome nanijela šteta; ili s ciljem koji je protivan dobrim običajima, savjesnosti i poštenju u prometu. Pritom navodi da je kod utvrđivanja zloupotrebe prava potrebno cijeniti sve činjenice i okolnosti slučaja kako bi se utemeljila odluka o postojanju ili nepostojanju zloupotrebe prava. Ipak doktrinarne rasprave pokazuju kako su razlozi koji upućuju na zloupotrebu prava višestruki i različiti pa zakoni i doktrina daju samo

- 11 Isto vidi Ronald Shrieves i Donald Stevens, „Bankruptcy Avoidance as a Motive for Merger,” *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 14, br. 3 (1979): 501-515.
- 12 Složenost predmeta istraživanja kao i opseg rada autora su ograničile u detaljnijoj analizi, međutim nužno je istaknuti da su sva rješenja ZTD-a i SZ-a u ovom području usklađena s direktivama EU-a.
- 13 Naime, upozorava se kako se u stečajnom postupku, kao posebnoj vrsti izvanparničnog postupka, odgovarajući primjenjuju pravila parničnog postupka u postupku pred trgovačkim sudovima. Pritom Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 70/19. (dalje: ZPP) u čl. 10. detaljno regulira posljedice zloupotrebe u sudskom postupku, premda ju ne definira, već u st. 1. nalaže sudu da postupak provede bez odugovlačenja, u razumnom roku i sa što manje troškova, te onemogućiti svaku zloupotrebu prava u postupku. Ipak tako proklamirana nulta tolerancija na zloupotrebu nije podržana odgovarajućim provedbenim instrumentima jer joj proturječi već odredba st. 2. istog članka, prema kojoj će sud kazniti novčanom kaznom osobu koja teže zloupotrebi prava koja joj pripadaju. Dakle, samo teže, a ne sve zloupotrebe, mogu biti sankcionirane pa postavljaju pitanje kako onda, u skladu s dužnošću iz čl. 10. st. 1. ZPP-a onemogućiti preostale, lakše zloupotrebe koje, ako se u pojedinim parničnim predmetima ponavljaju, u svojoj ukupnosti mogu naštetiti brzoi i ekonomičnoj provedbi postupka? Osim odredbi ZPP-a, o zloupotrebi prava govore i tri osnovna načela iz Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 126/21., 1.) načelo savjesnosti i poštenja; 2.) načelo zabrana zloupotrebe prava te 3.) načelo zabrana prouzročenja štete propisujući da je zabranjeno ostvarivanje prava iz obveznog odnosa suprotno svrsi zbog koje je ono propisom uspostavljeno ili priznato. Matija Stokić, „Onemogućavanje zlouporaba procesnih prava - budući normativni razvoj”, *Informator* br. 6654 (2020): 1 *et seq.*
- 14 Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo* (Zagreb: Narodne novine, 2004.), 201 *et seq.*

temeljne smjernice o tomu koje okolnosti sud treba imati u vidu pri donošenju odluke zloupotrebljava li određeni sudionik pravo. Pritom razumljivo, ne razrađuje dodatne kriterije koje treba uzeti u obzir kako bi se moglo ocijeniti da je došlo do zloupotrebe prava, ostavljajući rješavanje tog pitanja praksi i uspostavljanju odgovarajućega pravnog standarda što nije uvijek jednostavan zadatak.¹⁵

- 15 *Exempli gratia*, radi naplate potraživanja vjerovnici koriste različita pravna oružja prema dužniku. Za stečaj nad dužnikom bez imovine, vjerovnici nisu zainteresirani. S druge strane, dužnik s imovinom potencijalno je zanimljiv svakom vjerovniku jer se ima iz čega naplatiti. Do novele Stečajnog zakona iz 2012., Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 133/12. (dalje: ZIDSZ/12), ubojito pravno sredstvo u vjerovnikovim rukama, učinkovitije i od ovrhe, bilo je predlaganje otvaranja stečajnog postupka nad osobnim i insolventnim dužnikom koji ima imovinu. Bilo je dostatno da se nadležnom trgovačkom sudu u Republici Hrvatskoj podnese uredan prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. Primitkom prijedloga dužnik nije imao puno izbora: ili platiti tražbinu vjerovnika ili se složiti s otvaranjem stečajnog postupka. Plaćanjem obveze dužnik priznaje postojanje tražbine vjerovnika, nakon čega predlagatelj povlači prijedlog te se obustavlja započeti stečajni postupak. Je li vjerovnik prijedlogom za otvaranjem stečajnog postupka nad dužnikom, te povlačenjem toga prijedloga nakon što mu dužnik izmiri obvezu, rabio procesne ovlasti pa ga je, zakonodavac morao, zajedno s dužnikom i drugim ovlaštenim osobama nakon desetljeća primjene Stečajnog zakona, kazniti ukidanjem toga prava. Prema čl. 3. ZPP-a, stranke mogu slobodno raspolagati zahtjevima koji su stavljeni u postupku pa se mogu odreći svoga zahtjeva, priznati zahtjev protivnika i nagoditi se, a sud neće uvažiti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s prisilnim propisima i pravilima javnog morala. Znači, temeljno je načelo *dispozitivnosti* kojim građanskopravni odnos nastaje, mijenja se i prestaje. Iznimka su ograničenja subjektivnog prava koje tom pravu izvana postavljaju pravila javnog poretka, tj. *kogentne* pravne norme i pravila morala društva. Dakle, autonomija volje i dispozicija stranaka imaju svoje granice u parničnom postupku, jer sud neće dopustiti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti s prisilnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala te dobrim običajima. Stečajni zakon na predlaganje otvaranja stečajnog postupka obvezuje isključivo dužnika koji je obvezan podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka u određenim situacijama. Za razliku od dužnika, vjerovnik ima slobodu izbora, može, ali i ne mora (*fakultativna* odredba), podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka, ovisno o postojanju pravnog interesa. Međutim, činjenica da ovaj institut u okviru stečajnog prava nije definiran, ne znači da u domaćoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi, nije podrobno razrađen. Štoviše, načela iz teorije parničnog postupka, mogu se, na temelju supsidijarne primjene ZPP-a u stečajnom postupku (čl. 6. SZ-a), primijeniti i na stečajni postupak. To, međutim, ne samo da je potrebno nego je čak i nužno, s obzirom na to da u SZ-u institut pravnog interesa nije definiran. Konkretno, u stečajnom postupku svaka od četiri kategorije vjerovnika (izlučni, razlučni, vjerovnici stečajne mase te stečajni vjerovnici), koji se u njemu mogu pojaviti, imaju isti interes: zaštitu prava. Međutim, s obzirom na interes, svaka od ovih kategorija ima različiti zakonom utvrđen način njegova ostvarenja te položaj s kojeg djeluje. U svakom slučaju ZIDSZ/12 je odredio, naime, nova pravila u svezi s povlačenjem prijedloga za otvaranje stečajnog postupka. Od Novele 2012. jednom podnesen prijedlog za otvaranje stečajnog postupka više se ne može povući. Vlada RH, kao predlagatelj izmjena Stečajnog zakona, obrazložila je prijedlog Hrvatskom saboru na sljedeći način: *Predloženom se izmjenom onemogućava već »uhodano« postupanje određenih vjerovnika. Naime, u praksi je izrazito naglašena zloupotreba dosadašnje mogućnosti povlačenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka. Vjerovnik podnosi prijedlog isključivo s ciljem da dužnik samo njemu namiri tražbinu. Nakon što dužnik to učini, vjerovnik povlači podneseni prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. S obzirom na to da takvo postupanje predstavlja zloupotrebu procesnih ovlaštenja neophodno ju je onemogućiti.* Čl. 40. Stečajnog zakona tada je glasilo: *Prijedlog za*

S druge strane, ne treba izgubiti iz vida da je stečajna regulativa samo jedan od elemenata pravnog sustava koji utječe na poslovanje trgovačkih društava. Naime, zakonsko reguliranje stečajnog postupka nije dostatno da osigura nesmetano djelovanje ekonomskih kretanja u jednoj zemlji budući da je neophodna i primjena zakonskih rješenja iz područja primarnog statusnog prava, dakle Zakona o trgovačkim društvima.¹⁶ Analizom literature iz područja statusnih promjena stječe se dojam da su tvorci ZTD-a imali ideju da je ZTD temeljni sistemski zakon te da je izbor ključnih rješenja na njemu i da je druge povezane propise, kao što je SZ, nužno uskladiti s rješenjima koje je usvojio ZTD.¹⁷ Doktrinarno, to je točno, ali na praktičnoj i empirijskoj razini poslovne prakse statusnih promjena i normalnog djelovanja pravnog sustava, situacija se bitno mijenja. Svi modusi statusnih promjena imaju za cilj uspostavljanje racionalnije ravnoteže između vlasničke i upravljačke funkcije, s jedne strane, i jačanja na tržištu, s druge.¹⁸

otvaranje stečajnog postupka ne može se povući. To znači da prijedlog za otvaranje stečajnog postupka više ne može povući niti vjerovnik, niti dužnik, niti druga osoba, određena posebnim zakonom. Tek je Novelom SZa 2017. mijenjano pravilo prema kojemu se prijedlog za otvaranje stečajnog i predstečajnog postupka ne mogu povući, tako da je sada određeno da se prijedlog za otvaranje predstečajnog postupka može povući do donošenja rješenja o otvaranju predstečajnog postupka, odnosno donošenja rješenja o odbacivanju prijedloga. U tom slučaju sud donosi rješenje o obustavi predstečajnog postupka koje se objavljuje na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova. Nastale troškove postupka snosi predlagatelj. Prijedlog za otvaranje stečajnog postupka može se povući do donošenja rješenja o otvaranju stečajnog postupka, odnosno donošenja rješenja o odbacivanju ili odbijanju prijedloga. U tom slučaju sud donosi rješenje o obustavi stečajnog postupka koje se objavljuje na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova. Nastale troškove postupka snosi predlagatelj. Dakle, zakonodavac je odustao od zabrane povlačenja prijedloga za otvaranje predstečajnog i stečajnog postupka. Vidi, Dejan Bodul i Ante Vuković, „O zabrani zlorabe pravnih ovlasti vjerovnika u stečajnom postupku“, *Informator* br. 6260 (2014): 1 *et seq.*

- 16 Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93. i 40/19. (dalje: ZTD).
- 17 Jakša Barbić, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala* (Zagreb: Organizator, 2010.); Šime Ivanjko i Marijan Kocbek, *Pravo družb - statusno gospodarsko pravo* (Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1996.); Jakša Barbić, Vesna Buljan i Branko Porobija, *Organi dioničkog društva* (Zagreb: Organizator, 1996.); Andrija Eraković, Komentar Zakona o trgovačkim društvima (Zagreb: Organizator, 2008.); Vilim Gorenc, *Trgovačko pravo – društva* (Zagreb: Školska knjiga, 1996.); Zvonimir Slakoper, *Društvo s ograničenom odgovornošću*, (Zagreb: Organizator, 2009.) te Dragan Zlatović *et al.*, *Društvo s ograničenom odgovornošću - pravni praktikum* (Zagreb: Vizura, 2011.).
- 18 Dionis Jurić, „Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 27, br. 2 (2006); Dragutin Ledić, *Pravo društava i trgovačko pravo - ogledi* (Rijeka: Pravni fakultet, 2002.); Ljiljana Maurović, „Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 21, br. 2 (2000); Zoran Parać, „Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava“, *Pravo u gospodarstvu* 42, br. 4 (2003); Zoran Parać, „Podjela društava kapitala“, u: *Novine u Zakonu o trgovačkim društvima i novi uvjeti poslovanja Jakša Barbić et al.* (Zagreb: Inženjerski biro, 2004.); Siniša Petrović i Petar Ceronja, *Osnove prava društava* (Zagreb: Pravni fakultet, 2010.); Siniša Petrović, „Preuzimanje dioničkih društava“, *Pravo u gospodarstvu* 38, (1999); Boris Porobija, „Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava – Neke temeljne nedoumice“, *Pravo u gospodarstvu* 37, (1998); Antonija Zubović, „Preuzimanje dioničkih društava u Europskoj uniji i usporednom pravu“, *Pravo i*

Analizirajući navedene teze iz hrvatske perspektive, može se zaključiti da se model, tzv. stečajnog plana, odnosno predstečajnoga postupka nije pokazao uspješnim kao u europskom okružju, odnosno da u praktičnoj primjeni nije uvijek jednostavan izbor između pravnih posljedica otvaranja (pred)stečajnog postupka i ulaska u statusne promjene. Dakle, iako je nesporno kako se ZTD te SZ, oboje s pratećim propisima, odlikuju modernim rješenjima, ne smije se zaboraviti da sustav, u zakonskom smislu, ni izdaleka nije dovršen. Javna rasprava koja se vodi o nekim aspektima pravnog reguliranja tržišta, ali i nedorečenosti koje su nastale u primjeni postojećih propisa o stečaju, jasno pokazuju područja i pitanja koja bi žurno trebalo regulirati i/ili reformirati. U konačnici, za ovaj rad važniji tekstovi, koji analiziraju (ne)mogućnosti preoblikovanja u etapi postojanja stečajnog razloga iznimno su skromni.¹⁹ To je neobično jer izvor ovih kontroverzi u pravnoj teoriji proizlazi ponajprije iz činjenice da to pitanje nije nedvosmisleno riješeno u regulativi, što posljedično vodi i različitim sudskim odlukama i stavovima sudova (vidi *infra*).

3. MOGUĆNOSTI OGRANIČENJA PODUZETNIČKE SLOBODE I VLASNIČKIH PRAVA

Mnoge su studije ekonometrijskim metodama razvoja poslovnih subjekata u odnosu na poslovno okružje pokušale predvidjeti nastupanje stečajnih razloga, a posljedično i pokretanje stečajnog postupka.²⁰ Međutim, stečajni postupak samo je jedna mogućnost koju subjekt ima ako uđe u poslovne probleme. Alternativa može biti neka od statusnih promjena. To je, kao i postupak reorganizacije, odnosno predstečajni postupak, način da se preostala aktiva upotrebi na produktivniji način, odnosno za nove poslovne poduhvate. Razlozi zašto stečajni plan, tj. zašto je statusna promjena različita, kao i čimbenici koji na to utječu, ali se može tvrditi da je cilj jedinstven – nastavak poslovanja. Štoviše, to su danas i aktualna pitanja modernih tržišnih gospodarstava.

Ako težimo ograničavanju takve poduzetničke i tržišne slobode nužno je ponajprije razmotriti sastajališta ustavnog jamstva poduzetničke slobode i nepovredivosti vlasništva. Naime, Ustav RH određuje da se *poduzetnička sloboda i vlasnička prava*²¹ mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti

porezi br. 6 (2003): 20-24; Antonija Zubović, „Preuzimanje dioničkih društava u hrvatskom pravu“, *Pravo i porezi*, br. 5 (2003): 6-14.

19 *Exempli gratia*, Dejan Bodul, „Trebalo li onemogućiti pripajanje trgovačkog društva kod kojeg postoji stečajni ili predstečajni razlog?“, *Informator* br. 6697 (2021): 7-8.

20 Primjerice, Hubert Ooghe i Sofie De Prijcker, “Failure processes and causes of company bankruptcy: a typology”, *Department of Accountancy & Corporate Finance*, Ghent University, Working Paper, br. 388 (2006); Oliver Lukason i Richard C. Hoffman, “Firm Bankruptcy Probability and Causes – An Integrated Study”, *International Journal of Business and Management* 9, br. 11 (2014): 80; Félix J. López Iturriaga i Iván Pastor Sanz, “Bankruptcy Visualization and Prediction Using Neural Networks – A Study of U.S. Commercial Banks”, *Expert Systems with Applications* br. 42 (2015): 2857-2869.

21 Ustaljeno je stajalište Ustavnog suda RH da se vlasništvo u smislu čl. 48. st. 1. Ustava mora vrlo široko tumačiti, jer obuhvaća načelno sva imovinska prava (primjerice, odluka Ustavnog Suda, br.: U-III-72/95 od 11. travnja 2000.

Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi, a da svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (čl. 50. st. 2., čl. 16.).

Iako je najstariji i najučinkovitiji sustav za zaštitu ljudskih prava, Konvencija²² se ne bavi izravno poduzetništvom kao temeljnim pravom, već primjerice, posredno kroz zaštitu prava na mirno uživanje imovine.²³ Dakle, nepovredivost vlasništva/imovine temeljno je ustavno jamstvo koje osigurava obavljanje gospodarske (poduzetničke) djelatnosti.

Nadalje, u čl. 16. Europske povelje o temeljnim pravima²⁴ priznata je sloboda poduzetništva u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom, ali i da su *...ograničenja moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba* (čl. 52.).

4. POSTAVLJANJE TEZE

Pravni standard razmjernosti nalaže da se slobode i prava mogu ograničiti samo onoliko koliko je potrebno za dostizanje cilja koji se želi njime postići. Stoga je pitanje, je li predmetno rješenje razmjerno, odnosno je li moguće i dopušteno ograničavanje poduzetnička slobode na način da se onemogući pripajanje trgovačkim društvima kod kojih postoji stečajni razlog, odnosno trgovačkim društvima nad kojima je pokrenut stečajni postupak.

5. TEST RAZMJERNOSTI

Načelo razmjernosti (engl. *general principle of proportionality*) danas je prihvaćeno kao pravno načelo koje primjenjuju nacionalni i međunarodni sudovi i sudišta te je prisutan i u državama *common law* sustava i u državama kontinentalnog prava (engl. *civil law states*). Ono je primjer sjedinjavanja tih dvaju prava u „globalni jedinstveni *ius communae*“, koji u kontinentalno pravo unosi elemente *common law* sustava obvezujuću sudsku praksu zajedno s koncepcijom temeljnih prava i na njemu se temelji cjelokupna suvremena pravna misao.²⁵ Primijeni li se test razmjernosti na

22 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, 18/97., 2/10. (dalje: Konvencija).

23 Općenito, udio u društvu koji ima ekonomsku vrijednost, zajedno s različitim pravima koji se uz njega vežu, a koja dioničaru omogućuju da utječe na društvo, može se smatrati „vlasništvom“ (ECHR, *Olczak protiv Poljske* (odl.), br. 30417/96, ECHR 2002-X (izvadc), st. 60.; *Sovtransavto Holding protiv Ukrajine*, br. 48553/99, ECHR 2002-VII, st. 91.; *Shesti Mai Engineering OOD i drugi protiv Bugarske*, br. 17854/04, 20. rujna 2011., st. 77.). Time je obuhvaćeno i neizravno potraživanje imovine društva, uključujući pravo na udio u toj imovini u slučaju likvidacije društva, ali i druga odgovarajuća prava, posebice prava glasa i pravo utjecaja na postupanje i politiku društva (*Društvo S. i T. protiv Švedske*, odluka Komisije, br. 11189/84, odluka Komisije od 11. prosinca 1986., OI 50, st. 138.; *Reisner protiv Turske*, br. 46815/09, 21. srpnja 2015. st. 45.; *Marini protiv Albanije*, br. 3738/02; 18. prosinca 2007., st. 165.).

24 Sl. list EU, C 202, 7. lipnja 2016., 289-405.

25 Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda u praksi Europskog suda za*

navedeno rješenje, tj. na mjeru ograničenja, nužno je pritom odgovoriti na četiri važna pitanja.

5.1. Prvo pitanje

ZTD, kao temeljni propis trgovačkog prava, određuje kako svako trgovačko društvo, neovisno o temeljima udruživanja (kapital, osobe) posluju i djeluje radi ostvarenja ciljeva koje su mu postavili njegovi osnivači i u općim aktima odredili djelovanje društva u organizacijskom obliku koji mu pravni poredak priznaje (u društvima osoba za odnose članova mjerodavan je društveni ugovor, za dioničko društvo statut, a za društvo s ograničenom odgovornošću društveni ugovor ili izjava). Općenito gledajući, najčešći osnovni cilj poslovanja bilo kojega TD-a stjecanje je dobiti na tržištu, pa ako ono pritom ne izmiruju svoje obveze, bez obzira na razloge, ne ostvaruju niti tu svrhu. Poteškoće u poslovanju poduzeća svakodnevna su pojava u našem poslovnom okruženju, kao posljedica tržišnih i financijskih kriza te ubrzanih i često turbulentnih promjena u društvu. To nerijetko dovodi do toga da poduzeća ne mogu pratiti takve promjene i sve teže izvršavaju svoje obveze. Posljedica takvog stanja je nanošenje štete gospodarstvu u cjelini. Različiti su razlozi i čimbenici koji utječu na stečaj, tj. statusne promjene. Stoga je nužno odgovoriti na pitanje - pridonosi li ograničenje kojim se onemogućuje pripajanje trgovačkim društvima kod kojih postoji stečajni razlog odnosno trgovačkim društvima nad kojima je pokrenut stečajni postupak, postizanju cilja prema kojem se stremi (engl. *test of suitability*). Cilj bi takvog rješenja bio spriječiti zloupotrebe koje se događaju na način da trgovačka društva posežu za mogućnošću koju ZTD poznaje. Tako putem statusne promjene u vidu pripajanja drugom društvu kao preuzimatelju *de facto* u etapi postojanja stečajnog razloga izbjegavaju otvaranje stečajnog postupka, time zaobilazeći suprotstavljene interese pojedinih vjerovnika, uključujući i predstavnike iz redova države. Sintagma „zloupotreba“ pojam je koji obuhvaća raspon različitih aktivnosti s različitim pojavnim oblicima. Premda aktualna iskustva obiluju primjerima zloupotreba, njihova bi analiza zahtijevala posebnu studiju, pa se u ovom radu neće ulaziti u nju (vidi *supra*).^{26, 27} U svakom slučaju spomenuti oblik nesavršenosti tržišta i tržišnoga zakonodavstva dovodi do zloupotreba pa se javlja državna intervencija, ili bolje rečeno opravdanje za državnu intervenciju koja počinje nastupanjem materijalno-financijski uvjeta, koji za pravnu posljedicu imaju ili bi trebali imati, pokretanje stečajnog postupka

ljudska prava – Strasbourški acquis (Zagreb: Novi informator, 2013.), 1253 *et seq.*

- 26 Razgraničenje kad u ostvarivanju zadanih ciljeva počinje kaznena odgovornost, a kad ponašanje koje pripada samo lošoj ili pametnoj poslovnoj prosudbi, koja ne utemeljuje kažnjivost, nego vodi samo, npr. civilnoj tužbi, često nije nimalo lak zadatak.
- 27 Zanimljivo je vidjeti iskustva u drugim granama prava. Primjerice, Zakonom o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona (Narodne novine, br. 78/12.), promijenjene su odredbe o odgovornosti te je proširen krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezane osobe ako se utvrdi da su zloupotrebom prava i ovlasti prouzročena nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao poreznog dužnika. U odlukama u kojima je meritorno odlučivao Ustavni sud, isti je našao kako su presude Visokog upravnog suda obrazložene na ustavnopravno prihvatljiv način, a u primjeni i tumačenju mjerodavnog prava nije našao arbitrarnosti ili samovoljnosti.

(stečajni razlozi, okidači). Dakle, posljedica je stanja platežne nesposobnosti zbog odsustva financijske discipline poduzeća da izmiruje svoje obveze, je neostvarivanje očekivanih poslovnih rezultata. Stoga zakonodavac intervenira nametanjem provedbe stečajnog postupka, kao zakonitoga načina izlaska s tržišta neefikasnih poduzeća. Time pridonosi nesmetanom funkcioniranju tržišnog načina privređivanja što je i cilj kojem to ograničenje teži. Protivnici prethodnoga stajališta istaknut će kako je društvo preuzimatelj sveopći pravni slijednik pripojenoga društva. Time stupa u sve pravne odnose pripojenog društva, odnosno narušen je javni interes poduzetničke slobode. No, on je u tom slučaju zagovaran jer su se našli pojedinci u čiju je opravdanost on ušao kao argument, tj. takvi koji su u realizaciji tog javnog interesa našli svoj za njih presudno važan pojedinačni interes.

5.2. Drugo pitanje

Drugo je pitanje, postoji li alternativna mjera koja je realno dostupna, a koja bi zaštitila legitime interese poslovnih subjekata jednako učinkovito, ali bi bila manje ograničavajuća za slobodno tržište (engl. *necessity of the measure*).

Na ono se mora odgovoriti pozitivno budući da stečajno zakonodavstvo pruža svim subjektima mogućnost rehabilitacije kroz tri modela insolventijskoga postupka i neke druge mogućnosti.

Prvi, predstečajni postupak ima za cilj urediti pravni položaj dužnika i održati njegovu djelatnost (čl. 2. st. 1. SZ). Time se poslovnim subjektima koji su u poslovanju iskazali negativan financijski rezultat omogućuje brzo i učinkovito saniranje bilance, računa dobiti i gubitka te računa novčanih tijekom restrukturiranjem kako bi postali likvidni i solventni. Predstečajni postupak ima i drugi cilj, da se dužnikovim vjerovnicima omoguće povoljniji uvjeti namirenja njihovih tražbina od uvjeta koje bi imali kod pokretanja stečajnoga postupka protiv dužnika. Dakle, riječ je o subjektima koji su u biti financijski zdravi i imaju poslovnu perspektivu, ali im je glavna prepreka za daljnji napredak nepovoljan odnos u bilanci.

Drugi je model stečajni plan s mnogobrojnim mjerama ekonomske, financijske, pravne i organizacijske prirode (glava VII. SZ-a). Naime, SZ nabroja mjere koje se mogu provesti pojedinačno i kolektivno. Pritom nabrojanje nije taksativno, jer se dopuštaju i druge mjere ako su bitne za ostvarivanje stečajnog plana i ako nisu u suprotnosti s *ius cogens* propisima. Pravni položaj vjerovnika prema sanacijskom planu ne bi smjela biti lošija od one u kojoj bi se nalazio da se provodi stečajni postupak bez stečajnog plana.²⁸

Treći je model osobna uprava (glava VIII. SZ-a). Osobna uprava stečajni je postupak koji se odvija po posebnim pravilima pa se opće odredbe SZ-a primjenjuju tek supsidijarno. To znači da nad insolventnim dužnikom mora biti otvoren stečajni postupak da bi se mogao primjenjivati institut osobne uprave. Sud će osobnu upravu odrediti ako su kumulativno ispunjene sljedeće pravne pretpostavke: 1.) ako to dužnik predloži, 2.) ako se s time suglasio vjerovnik koji je predložio otvaranje stečajnog

28 Jasnica Garašić, „Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe“, u: *Hrvatsko insolventijsko pravo*, ur. Barbić, Jakša (Zagreb: HAZU, 2014.), 50 *et seq.*

postupka te 3.) ako se prema okolnostima slučaja može očekivati da određivanje osobne uprave neće dovesti do odugovlačenja postupka ili do oštećenja prava i interesa vjerovnika.

Kada se govori o drugim načinima postoji mogućnost pristupanju dugu. Naime, tijekom trajanja prethodnog postupka treća osoba može pristupiti dugu stečajnog dužnika. Nakon što sud odobri pristupanje dugu, pristupatelj dugu i njegovi eventualni jamci imaju solidarnu odgovornost s dužnikom za njegove obveze koje su nastale do davanja izjave o pristupanju dugu. Rješenjem kojim se odobrava pristupanje dugu, sud će obustaviti stečajni postupak (čl. 124. st. 5. SZ).

5.3. Treće pitanje

Treće je pitanje, je li predmetno rješenje u legitimnom interesu države, te je li razmjerno sa stupnjem uplitanja u pravo na slobodu poduzetništva (engl. *proportionality stricto sensu*).

Višedimenzionalnost pojma „legitimni interes države“ nesumnjivo znači da bi u našoj pravnoj stvarnosti svaki interes države mogao biti proglašen legitimnim ako tako odluči Sabor.

Mišljenje je autora kako je rješenje i razmjerno. Naime, značajka je ZTD-a veliki broj dispozitivnih odredbi kojima je članovima društva ostavljena mogućnost da upravljanje društvom prilagode svojim potrebama sve do trenutka insolventnosti. Tada i ZTD nalaže obvezu pokretanja stečajnog postupka. Štoviše, kazneno djelo nepokretanja stečajnoga postupka uvedeno je kao *delicta propria* u hrvatsko kazneno zakonodavstvo Zakonom o trgovačkim društvima donesenim u prosincu 1993., koji se primjenjuje od 1. siječnja 1995.²⁹ Kao uzroke dužnikovoga nepovoljnog financijskog stanja, koji mogu biti vrlo različiti i složeni, doktrina navodi one koji su objektivne i subjektivne prirode. Ipak sam stečajni razlog, kao financijsko stanje dužnika koje pokreće i vodi stečajni postupak, pravno je relevantna činjenica da dužnik ne može izvršavati svoje dospjele zakonske obveze. Pitanje, kada se dolazi u stanje insolventnosti nije jedinstveno uređeno u praksi. Naime, kriteriji kojima se utvrđuje insolventnost, stečajni razlozi i otvaranje stečajnog postupka razlikuju se među zakonodavstvima. Štoviše, niti MMF,³⁰ Svjetska banka,³¹ UNCITRAL³² ALI ili UNIDROIT³³ koji se bave stečajnom regulativom, nemaju jasno stajalište koji je od financijsko pravnih pokazatelja najprimjereniji za praktičnu primjenu. Stoga se kao opći i najčešći stečajni razlog za pokretanje stečajnog postupka uzima dužnikova

29 U praksi se najviše postavlja pitanje praktičnog ostvarivanja te norme uzevši u obzir broj otvorenih stečajeva u odnosu prema broju podnesenih kaznenih prijava, podignutih optužnih prijedloga i posebice pravomoćnih presuda. Vidi Damir Majstorović, „Stečajna kaznena djela“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 14, br. 2 (2007): 643-671.

30 Vidi, IMF, *Orderly and Effective Insolvency Procedures* (Washington, DC, 1999.).

31 Vidi, *World Bank, Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* (Washington, 2001.).

32 Vidi, UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004.

33 Vidi, AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), *Transnational Insolvency Project, Principal of Cooperation in International Insolvency Cases among members of the North America Free Trade Agreement, Report to ALI*, 2012.

trajnije nesposobnost za plaćanje koja se očituje u njegovoj obustavi plaćanja dospjelih tražbina. Slično je rješenje primijenio i naš zakonodavac što je mišljenju autora i ključna novina modernoga hrvatskog SZ-a, budući da je stečajni razlog jedan pouzdani kriterij na temelju kojeg se odlučuje o otvaranju stečajnog postupka.

5.4. Četvrto pitanje

Na četvrto pitanje je li predmetno rješenje u kontekstu ograničenja poduzetničkih sloboda sredstvo arbitrarne diskriminacije (engl. *arbitrar discrimination*) odgovor je negativan. Naime, mjera je na jednak način usmjerena prema svim poduzetnicima koji se u poslovanju suoče s nepremostivim financijskim poteškoćama usporedno ostvarujući temeljne funkcije i načela pravnog poretka, a posebice načelo jednakosti pred zakonom.

6. POGLED NA JUDIKATURU

Posebno je važna uloga viših sudova koji moraju biti izvor sigurnosti izbjegavajući razilaženja u primjeni zakona. Navedeni prikaz upozorava na trendove sudske prakse u rješavanju predmetnoga problema.

U postupku pred VTS-om *..iz stanja spisa proizlazi da je registarski sud po prijedlogu predlagatelja.. proveo upis zabilježbe i pripajanja tog društva društvu...na temelju odluke skupštine.* U registarskom postupku kao formalnom izvanparničnom postupku prvostupanjski sud obvezan je ispitati je li udovoljeno pretpostavkama za utemeljenost prijave i zahtjeva za upis skladu s odredbom čl. 453., st. 3. i 4. Zakona o sudskom registru. Postupak za upis u sudski registar pokreće se u skladu s čl. 39. ZSR-a prilaganjem odgovarajućih isprava (čl. 40. ZSR). Statusna promjena pripajanja jedan je od podataka koji se na temelju zakona upisuju u sudski registar (čl. 31.c., st. 1. t.8. ZSR), zajedno s odlukama koje su povezane s pripajanjem (arg. iz čl. 540.-541. ZTD-a, Narodne novine, br. 152/11., 110/15.). Postupak upisa te statusne promjene propisane su odredbom čl. 73. ZSR-a: *s obzirom na navedene zakonske odredbe iz podataka u spisu proizlazi da su bile ispunjenje sve pretpostavke za donošenje rješenja o upisu predloženog pripajanja i zabilježbe u sudski registar. S druge strane, prema odredbi čl. 541., st. 2. ZTD-a upisom pripajanja u sudski registar suda sjedišta društva preuzimatelja, imovina pripojenog društva i njegov obveze prelaze na društvo preuzimatelja. Prema tomu, društvo preuzimatelj preuzima sva prava i obveze pripojenog društva, pa tako i obveze prema vjerovnicima, što znači da oni ne dolaze u nepovoljniji položaj jer im za obveze više ne odgovara samo pripojeno društvo nego i društvo preuzimatelj svojom imovinom. Nadalje, čl. 542. ZTD-a propisana je zaštita vjerovnika, a čl. 544. i čl. 545. tog Zakona i odgovornost za štetu koja pripajanjem može nastati vjerovnicima društva. Stoga su neosnovani žalbeni navodi da pripajanje nije moguće jer subjekt upisa ima neplaćene obveze prema žalitelju. Na pravilnost i zakonitost pobijanog rješenja ne utječe okolnost što je u vrijeme donošenja odluke o upisu pripajanja u sudski registar bio podnesen prijedlog za otvaranje stečajnog*

*postupka nad subjektom upisa.*³⁴

U postupku pred VTS-om protiv rješenja o upisu u sudski registar zabilježbe i pripajanja društva, žalbu je podnijela osoba koja protiv predmetnog društva ima potraživanje te koja je podnijela prijedlog za otvaranje stečajnog postupka tražeći da se preinači pobijano rješenje te da se odbije rješenje o pripajanju. Takva je žalba odbijena budući da za pripajanje nije prevladavajuća činjenica podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka niti izostanak suglasnosti privremenoga stečajnog upravitelja.³⁵

Daljnja presuda navodi da je odredbom čl. 121. SZ-a propisano da se ako je riječ o povredi ograničenja raspolaganja iz čl. 118. SZ-a odgovarajući primjenjuju odredbe SZ-a o pravnim posljedicama povrede zabrane raspolaganja nakon otvaranja stečajnoga postupka. Naime, u skladu s odredbom čl. 161. SZ-a, bez pravnoga su učinka raspolaganja prijašnjih osoba ovlaštenih za zastupanje dužnika po zakonu, odnosno dužnika pojedinca nakon otvaranja stečajnoga postupka predmetima iz stečajne mase, osim onih za koja vrijede opća pravila o zaštiti povjerenja u javne knjige. Dakle, uvjet za valjanost ugovora o pripajanju, osim onih propisanih ZTD-om (čl. 536 i 537. ZTD), jest i taj da je privremeni stečajni upravitelj društva predlagatelja dao suglasnost za pripajanje, odnosno za sklapanje ugovora o pripajanju. Prema tomu, bez suglasnosti privremenoga stečajnog upravitelja ne može se provesti pripajanje budući da se pripajanjem vrši prijenos imovine predlagatelja na društvo preuzimatelja.³⁶

Nadalje, s obzirom na predanu prijavu za upis pripajanja dužnika drugom društvu, po ocjeni suda postoji potreba za određivanjem mjere osiguranja iz čl. 118. st. 1. SZ-a. Time bi se spriječilo da do donošenja odluke o prijedlogu za otvaranje stečajnog postupka ne nastupe takve promjene imovinskog položaja dužnika koje bi za vjerovnike mogle biti nepovoljne. To stoga jer je odredbom čl. 541. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93., 40/19. (dalje: ZTD) propisano da pripojeno društvo prestaje s danom upisa pripajanja u sudski registar u kojem je upisano društvo preuzimatelj. Pripajanjem drugom društvu dužnik bi prestao postojati i ovaj bi se postupak obustavio, što bi za vjerovnike dužnika bilo nepovoljno. Kako sud, na temelju odredbe čl. 118. st. 2. SZ-a, može odrediti mjere osiguranja koje su, primjerice navedene, ali i druge mjere koje smatra potrebnim, sud je ocijenio nužnim zabraniti dužniku provođenje statusnih promjena te raspolaganje imovinom društva bez prethodne suglasnosti privremenoga stečajnog upravitelja.³⁷

Takvo je rješenje i potvrđeno odlukom višeg suda, odnosno VTS-a. Naime, prema obrazloženju pobijanog rješenja prvostupanjski sud je na temelju odredbi čl. 118. st. 1. i 2. Stečajnog zakona, Narodne novine, br. 71 /15. i 104/17. (dalje: SZ) i nakon što je prethodno 7. listopada 2021. donio rješenje o otvaranju prethodnog postupka utvrdio da je dužnik 7. listopada 2021. poslao prijavu za upis u sudski registar pripajanja dužnik društvu... Upisom pripajanja u sudski registar u kojem je upisan preuzimatelj dužnik bi prema odredbi čl. 541. st. 3. Zakona o trgovačkim društvima, Narodne novine,

34 Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 12 Pž-6889/2017-2 od 15. studenog 2017.

35 Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 76 Pž-1103/2021-4 od 18. ožujka 2021.

36 Tako i Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 53 Pž-831/2019-2 od 13. veljače 2019.

37 Rješenje Trgovačkog suda u Bjelovaru, posl. br. St-252/2021-7 od 12. listopada 2021.

br. 152/11., 40/19. (dalje: ZTD) prestao postojati i stečajni postupak bi se obustavio što bi za vjerovnike dužnika bilo nepovoljno. Sud je pravilno tijekom prethodnog postupka utvrdio da je potrebno odrediti mjere osiguranja kako bi se spriječilo da do donošenja odluke o prijedlogu za otvaranje stečajnog postupka ne nastupe takve promjene imovinskog položaja dužnika koje bi za vjerovnike mogle biti nepovoljne. Iz preslike spisa stečajnog predmeta i iz izvješća privremenoga stečajnog upravitelja od 28. listopada 2021., proizlazi da je nad dužnikom, pravomoćnim rješenjem od 7. siječnja 2021., obustavljen predstečajni postupak (drugostupanjski sud rješenjem Pž-3048/21 odbio je žalbu protiv rješenja o obustavi predstečajnog postupka) i da je FINA 10. svibnja 2021. podnijela prijedlog za otvaranje stečajnog postupka. Pritom je prvostupanjski sud 7. listopada 2021. donio rješenje o pokretanju prethodnog postupka, a pobijano rješenje o mjerama osiguranja donio je 12. listopada 2021. Naime, dužnik je upravo 7. listopada 2021. podnio prijavu za upis u sudski registar spornoag pripajanja stečajnog dužnika trećoj osobi u kojoj je dužnikov zastupnik po zakonu i jedini član društva i uprave. Ugovor o pripajanju je od 27. rujna 2021., a Odluka skupštine dužnika je od 28. rujna 2021. Dakle, sve radnje u vezi s pripajanjem poduzete su nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka i nakon što je prethodno obustavljen predstečajni postupak. Stečajni postupak hitni je postupak po samom zakonu. Iako je zakonskom odredbom čl. 542. ZTD-a propisana zaštita vjerovnika, posljedica pripajanja, koje točno navodi prvostupanjski sud, odnosno brisanja nakon upisa pripajanja u sudski registar sjedišta društva preuzimatelja, su i prelazak imovine pripojenog društva, u ovom slučaju dužnika, na preuzimatelja te obustava ovoga stečajnog postupka i znatno otežana mogućnost namirenja vjerovnika stečajnog dužnika. To stoga što je potrebno pokrenuti novi postupak radi naplate potraživanja protiv preuzimatelja ili pokrenuti novi stečajni postupak, a preuzimatelj se i po žaliteljevim navodima nalazi u sličnoj financijskoj situaciji kao i dužnik. Stoga se suprotno žalbenim navodima pripajanje ne provodi u svrhu zaštite vjerovnika, već radi ostvarivanja vlastitih interesa dužnika i otežavanja ostvarivanja tražbina dužnikovih vjerovnika. U tu se svrhu može odrediti i neka od mjera osiguranja propisanih čl. 118. st. 2. SZ-a, pa tako i zabrana raspolaganja imovinom dužnika bez suglasnosti privremenoga stečajnog upravitelja. O zabrani provođenja statusnih promjena, odnosno upisu pripajanja odlučit će registarski sud kojem se dostavlja i ovo rješenje. Protiv odluka suda u registarskom postupku dopuštene su žalbe.³⁸

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iz doktrinarne perspektive u trgovačkom pravu čini se da je prevladavajuća formula da je zaštitni subjekt samo trgovačko društvo kao pravni entitet. Takva „formula“ u doktrini ostaje izgleda važeća i za situaciju sive zone trgovačkog i stečajnog prava, dakle u situacijama trgovačkih društava na „pragu stečaja“, ali s jasnom namjerom unaprjeđivanja specijaliziranih instituta koji osiguravaju promicanje vjerovnika kao zaštitnoga subjekta. Naime, institut pobijanja pravnih radnji stečajnoga dužnika s retroaktivnim učincima prije otvaranja stečaja (dužina

38 Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 52 Pž-5334/2021-2 od 15. studenog 2021.

roka ovisi o osnovi poboynosti), s aktivnom legitimacijom stečajnog upravitelja i individualnih vjerovnika, najbolji je dokaz da su tijela trgovačkog društva dužna, posebno u rokovima poboynne tužbe s retroaktivnim učinkom na pravne poslove i radnje prije nastupanja učinaka stečaja (dakle „na pragu stečaja“), raditi „u interesu i trgovačkog društva i vjerovnika“, s obzirom na pravne učinke ove tužbe. No, pored relativno kvalitetnog stečajnog pravnog okvira, predmetni je problem i dalje široko rasprostranjena pojava. Stoga se otvaraju pitanja koja zahtijevaju prikladne i argumentirane odgovore kako bi se isti zaključak odnosio na hrvatsko stečajno pravo u cjelini – i zakonodavstvo i posebno praksu. Stoga smo na praktičnoj i empirijskoj razini svjedoci kako postojeće iskustvo sa zakašnjenjem, dvojabama i raspravama u pripremama i izmjenama propisa kojima se regulira tržište pokazuju da je opasno u odnosu na usvojenu kodifikaciju zauzeti „tvrd“ i „neelastičan“ stav. Zakonodavac bi trebao biti otvoren za proces prilagodbe potrebama tržišta, a posebno ako je riječ o pitanjima kojim se promiče ideja integriteta državnih tijela i zaštite legitimnih interesa vjerovnika. Štoviše, iznoseći *ab ovo* vidljivo je objektivno i razumno opravdanje zbog kojeg treba odstupiti od određene sudske prakse, odnosno kako treba izbjeći neujednačenu sudsku praksu primjenjujući rješenje koje bi onemogućilo pripajanja trgovačkog društva kod kojeg postoji stečajni razlog, odnosno trgovačkog društva nad kojim je pokrenut stečajni postupak. Dakle, za točnu i dosljednu primjenu sudova bit će neophodno u narednom razdoblju otkloniti neujednačenost sudske prakse. Tomu u prilog ide i primjena testa razmjernosti naznačujući kako ograničenje slobode poduzetništva koje bi onemogućilo pripajanje trgovačkog društva kod kojeg postoji stečajni razlog, odnosno trgovačkog društva kod kojeg je pokrenut stečajni postupak, ne bi bilo nerazmjerno u odnosu na interese koji se namjeravaju zaštititi i u odnosu na pravo koje se ograničava, pa bi stoga bilo opravdano i dopušteno.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI). *Transnational Insolvency Project, Principal of Cooperation in International Insolvency Cases among members of the North America Free Trade Agreement*, Report to ALI.
2. Barbić, Jakša. *Pravo društava. Knjiga druga. Društva kapitala*. Zagreb: Organizator, 2010.
3. Barbić, Jakša, Vesna Buljan i Branko Porobija. *Organi dioničkog društva*. Zagreb: Organizator, 1996.
4. Bodul, Dejan. „Trebalo li onemogućiti pripajanje trgovačkog društva kod kojeg postoji stečajni ili predstečajni razlog?“. *Informator*, br. 6697 (2021): 7-8.
5. Bodul, Dejan i Ante Vuković. „O zabrani zloporabe pravnih ovlasti vjerovnika u stečajnom postupku“. *Informator* br. 6260 (2014): 1.
6. Bodul, Dejan i Ante Vuković. „Stečajno zakonodavstvo u tranziciji - komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja“. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 49, br. 3 (2012): 633- 661.
7. Bodul, Dejan i Jakob Nakić. „Završna bilanca postupaka predstečajnih nagodbi“, *Pravo u gospodarstvu* 57, br. 4 (2018): 651-675.
8. Čuveljak, Jelena. *Komentar Stečajnog zakona*. Zagreb: Narodne novine, 2018.

9. Dika, Mihajlo. *Gradansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2004.
10. Dika, Mihajlo. *Insolventijsko pravo*. Zagreb: Pravni fakultet, 1998.
11. Dika, Mihajlo. „Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage“. U: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/12.)*, ur. Ivica Crnić, Zagreb: Organizator, 2012.
12. Eraković, Andrija. *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*. Zagreb: Organizator, 2008.
13. Eraković, Andrija. *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*. Zagreb: RRIF Plus, 1997.
14. Garašić, Jasnica. „Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. motivirane institutom predstečajne nagodbe“. U: *Hrvatsko insolventijsko pravo*, ur. Jakša Barbić. Zagreb: HAZU, 2014.
15. Garašić, Jasnica. „Stečajni plan nakon izmjena i dopuna Stečajnog zakona 2012.“. U: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku - Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Europe, Liber amicorum Mihajlo Dika, Zbornik radova u čast 70. rođendana prof. dr. sc. Mihajla Dike*, ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić i Aleksandra Maganić, 469-493. Zagreb: Pravni fakultet, 2013.
16. Garašić, Jasnica. „Završna dioba u stečajnom postupku“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 28, (2007): 11-32.
17. Gorenc, Vilim. *Trgovačko pravo - društva*. Zagreb: Školska knjiga, 1996.
18. Hrastinski Jurčec, Ljiljana. Pravni položaj stečajnog upravitelja u stečajnim postupcima“. *Zbornik radova: Ovrha i stečaj – aktualnosti zakonodavstva i sudske prakse*. Zagreb: Inženjerski biro, 2007. članak dostupan na web stranicama Visokog trgovačkog suda.
19. IMF. *Orderly and Effective Insolvency Procedures*. Washington, DC: IMF, 1999.
20. Iturriaga, Félix J. López i Iván Pastor Sanz. “Bankruptcy Visualization and Prediction Using Neural Networks – A Study of U.S. Commercial Banks“. *Expert Systems with Applications* br. 42 (2015): 2857-2869.
21. Ivanjko, Šime i Marijan Kocbek. *Pravo družb - statusno gospodarsko pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 1996.
22. Jurić, Dionis. „Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 27, br. 2 (2006): 939-984.
23. Ledić, Dragutin. *Pravo društava i trgovačko pravo - ogled*. Rijeka: Pravni fakultet, 2002.
24. Lukason, Oliver i Richard C. Hoffman. „Firm Bankruptcy Probability and Causes – An Integrated Study“. *International Journal of Business and Management* 9, br. 11 (2014): 80-91.
25. Majstorović, Damir. „Stečajna kaznena djela“. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 14, br. 2 (2007): 643-671.
26. Maurović, Ljiljana. „Zaštita manjinskih dioničara u postupku preuzimanja dioničkih društava prema hrvatskom pravu i pravu EU“. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 21, br. 2 (2000): 741-762.
27. Omejec, Jasna. *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava – Strasbourški acquis*. Zagreb: Novi informator, 2013.
28. Ooghe, Hubert i Sofie De Prijcker. „Failure processes and causes of company bankruptcy: a typology“. *Department of Accountancy & Corporate Finance, Ghent University, Working Paper* br. 388 (2006): 1-47.
29. Parać, Zoran. „Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava“. *Pravo u gospodarstvu* 42, br. 4 (2003): 36-56.
30. Parać, Zoran. „Podjela društava kapitala. U: *Novine u Zakonu o trgovačkim društvima i novi uvjeti poslovanja*, Jakša Barbić et al. Zagreb: Inženjerski biro, 2004.
31. Petrović, Siniša. „Preuzimanje dioničkih društava“. *Pravo u gospodarstvu* 38, (1999).
32. Petrović, Siniša i Petar Ceronja. *Osnove prava društava*. Zagreb: Pravni fakultet, 2010.

33. Porobija, Boris. „Zakon o postupku preuzimanja dioničkih društava – Neke temeljne nedoumice“. *Pravo u gospodarstvu* 37, (1998): 499-521.
34. Radulović, Branko. „Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji“. U: *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije*, ur. V. Radović, 146-183. Beograd: Pravni fakultet, 2011.
35. Shrieves, Ronald i Donald Stevens. „Bankruptcy Avoidance as a Motive for Merger“. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 14, b.r 3. (1979): 501-515.
36. Slakoper, Zvonimir. *Društvo s ograničenom odgovornošću*. Zagreb: Organizator, 2009.
37. Stokić, Matija. „Onemogućavanja zlouporaba procesnih prava - budući normativni razvoj“. *Informator* br. 6654 (2020): 2-4.
38. UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004.
39. Uzelac, Alan. „Je li uređenje predstečajnog postupka bilo sukladno s Ustavom? Post festum analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema“, [http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/E18_Predstečajni %20postupak_ustavnost.pdf](http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/E18_Predstečajni%20postupak_ustavnost.pdf)
40. World Bank. *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*. Washington: World Bank, 2001.
41. Zlatović, Dragan *et al.* *Društvo s ograničenom odgovornošću - pravni praktikum*. Zagreb: Vizura, 2011.
42. Zubović, Antonija. „Preuzimanje dioničkih društava u Europskoj uniji i usporednom pravu“. *Pravo i porezi* br. 6 (2003): 20-24.
43. Zubović, Antonija. „Preuzimanje dioničkih društava u hrvatskom pravu“. *Pravo i porezi* br. 5 (2003): 6-14.

Pravni propisi:

1. Direktiva (EU) 2019/1023 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti), SL L 172, 26. lipnja 2019., 18-55.
2. Europska povelja o temeljnim pravima, Sl. list EU, C 202, 7. lipnja 2016., 289-405.
3. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine - Međunarodni ugovori, 18/97., 2/10.
4. Stečajni zakon, Narodne novine, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12. (izvan snage)
5. Stečajni zakon, Narodne novine, br. 71/15. i 104/17.
6. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, Narodne novine, br. 108/12., 144/12., 81/13., 112/13., 71/15. i 78/15.
7. Zakon o parničnom postupku, Narodne novine, br. 53/91., 70/19.
8. Zakon o trgovačkim društvima, Narodne novine, br. 111/93., 40/19.
9. Zakonom o izmjenama i dopunama Općeg poreznog zakona, Narodne novine, br. 78/12.

Sudska praksa:

1. ECHR, *Društvo S. i T. protiv Švedske, odluka Komisije*, br. 11189/84, odluka Komisije od 11. prosinca 1986., OI 50, st. 138.
2. ECHR, *Marini protiv Albanije*, br. 3738/02; 18. prosinca 2007., st. 165.
3. ECHR, *Olczak protiv Poljske (odl.)*, br. 30417/96, ECHR 2002-X (izvadci), st. 60.
4. ECHR, *Reisner protiv Turske*, br. 46815/09, 21. srpnja 2015. st. 45.
5. ECHR, *Šesti Mai Engineering OOD i drugi protiv Bugarske*, br. 17854/04, 20. rujna 2011., st. 77.
6. ECHR, *Sovtransavto Holding protiv Ukrajine*, br. 48553/99, ECHR 2002-VII, st. 91.

7. Odluka Ustavnog Suda Republike Hrvatske, br. U-III-72/95 od 11. travnja 2000.
8. Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 12 Pž-6889/2017-2 od 15. studenog 2017.
9. Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 53 Pž-831/2019-2 od 13. veljače 2019.
10. Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 76 Pž-1103/2021-4 od 18. ožujka 2021.
11. Rješenje Trgovačkog suda u Bjelovaru, posl. br. St-252/2021-7 od 12. listopada 2021.
Rješenje Visokog trgovačkog suda, posl. br. 52 Pž-5334/2021-2 od 15. studenog 2021.

Dejan Bodul*

Summary

**CONCERNING THE DRAFT BANKRUPTCY LAW:
SHOULD MERGERS BE PREVENTED
ON THE “THRESHOLD OF BANKRUPTCY”**

In modern democracies, entrepreneurial and market freedom, i.e. the market, the market economy, are considered the foundation of the economic structure, but also as a human right and a fundamental freedom that enjoys constitutional protection. Yet empirical analysis as well as doctrine confirm that there is no economic system, not even a market, which is not in one way or another, more or less regulated. They also point out that market conditions significantly affect the realization and development of entrepreneurship. Therefore, it is not a real question whether the role of the state in regulating entrepreneurship is necessary. The real question is when, where and how in the legal-economic sphere the state should direct and regulate entrepreneurial movements and development and when its direct engagement is needed. Starting from the thesis that the state cannot be completely based on the principle of *laissez-faire*, because the legislator must be able to correct the undesirable effects of the market economy mechanism, we ask the question - Should the merger of a company with a bankruptcy reason or if bankruptcy proceedings have been initiated be prevented? The intention is to use to point out the systemic gap that poses a risk, regardless of the existing and largely high-quality mechanisms that exist to prevent abuse.

Keywords: *company; bankruptcy reason; merger; legislative change.*

* Dejan Bodul, Ph.D., Associate Professor, University of Rijeka, Faculty of Law; dbodul@pravri.hr ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5923-7200>.
This paper was funded under the project line *ZIP UNIRI* of the University of Rijeka, for the project *ZIP-UNIRI-130-7-20*.

