

ODVJETNIČKI URED dr.sc. ANA HOLJAR

Odvjetnica dr.sc. Ana Holjar, dipl.iur.
Andrea Kunac, mag.iur., odvjetnička vježbenica
Ivana Nekić, mag.iur., odvjetnička vježbenica

Tel. 051/315-056 Fax. 051/587-226 Mob. 098/575-502
e-mail: ana.holjar@ri.t-com.hr
ana@odvjetnik-holjar.hr

VISOKOM TRGOVAČKOM SUDU

REPUBLIKE HRVATSKE

putem

TRGOVAČKOG SUDA U PAZINU

Na posl.br. St-397/19-41

Žalitelj: **DANILO KOVAČIĆ**, Slovenija, Komen, Tomačevica 11, OIB:87535321511
zastupan po punomoćnici dr.sc. Ani Holjar, odvjetnici u Rijeci

ŽALBA

- **protiv rješenja Trgovačkog suda u Pazinu posl.br. St-397/19-41 od dana 01. travnja 2020. godine**

I Rješenjem Trgovačkog suda u Pazinu posl.br. St-397/19-41 od dana 01. travnja 2020. godine u točki I. odbacuje se tražbina vjerovnika Danila Kovačića, Ledine 139, nova Gorica, Slovenija, OIB:64986092093 u iznosu od 5.682.003,80 kuna, te se u točki II. utvrđuju tražbine prema stečajnom dužniku – stečajnoj masi iza FLAMMA d.o.o. u stečaju, Pula, Koparska 37, OIB:26963932302 – tražbine vjerovnika drugog višeg isplasnog reda 1. MLADEN LONČAR iz Rijeke, Veslarska 3, OIB:43630073905, u iznosu od 68.480,41 kuna.

II Žalitelj je dana 01. travnja 2020. godine zaprimio rješenje citirano u točki I. ove žalbe te isto u zakonskom roku od 8 dana od dana isteka osmog dana od dana objave rješenja na

Odvjetnički ured dr.sc. Ana Holjar, Korzo 4, 51 000 Rijeka

MB: 0608977365056, OIB: 46976172185

Žiro-račun IBAN broj: HR6623600001102113958 otvoren kod Zagrebačke banke d.d.

www.odvjetnik-holjar.hr

mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova, **pobija u cijelosti kao nezakonito**, iz svih razloga koji se u ovoj žalbi nastavno redom obrazlažu.

Presuda iz točke I. ove žalbe pobija se zbog svih žalbenih razloga navedenih u članku 353. Zakona o parničnom postupku (NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, u daljnjem tekstu: ZPP), pa tako zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka temeljem odredbe članka 354. ZPP-a, zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja temeljem odredbe članka 355. ZPP-a, te zbog pogrešne primjene materijalnog prava temeljem odredbe članka 356. istog Zakona.

III Pobijano rješenje trpi od **bitne povrede odredaba parničnog postupka iz članka 354. stavak 2. točka 11. Zakona o parničnom postupku**, obzirom da isto ima nedostataka zbog kojih se ne može ispitati, a osobito iz razloga što je izreka rješenja nerazumljiva i proturječna razlozima koji se navode u obrazloženju pobijanog rješenja te o odlučnim činjenicama postoji proturječnost između onoga što se u razlozima rješenja navodi o sadržaju isprava ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika.

Naime, u obrazloženju pobijanog rješenja prvostupanjski sud navodi kako Danilo Kovačić u vrijeme davanja zajma nije bio član društva, ali je to postao naknadno, odnosno kako je u odnosu na dužnika, izvjesno bez stručnih i dubinskih analiza (?), da dužnik u vrijeme kada je sklopljen prvi ugovor sa Danilom Kovačićem ne bi mogao ostvariti nikakvo financiranje od strane banaka jer njegovo stanje nije bilo spojivo sa načelima redovitog financiranja poduzeća (dužnik je osnovan nekoliko mjeseci prije, nije imao imovine, nije poslovao i nije ostvarivao prihode).

Na temelju prethodno navedenoga obrazloženja prvostupanjskog suda jasno proizlazi kako su razlozi o odlučnim činjenicama na kojim prvostupanjski sud temelji pobijano rješenje u cijelosti kontradiktorni i kao takvi upućuju na činjenicu kako prvostupanjski sud o odlučnoj činjenici koja je bitna za ovosudno rješenje nije dao razloga.

Naime, predmetna odlučna činjenica koju prvostupanjski sud nije uzeo u obzir se odnosi na činjenicu kako u vrijeme davanja zajma dužniku, žalitelj nije bio član društva (!) i predmetni zajam nije zajam kojim se nadomješta kapital već isključivo tuđi kapital, budući u trenutku davanja istoga, dužnik nije bio u krizi, i koja je kao takva jedina mjerodavna za utvrđivanje tražbine žalitelja kao tražbine višeg isplatnog reda.

Dakle, navodi prvostupanjskog suda kako dužnik u trenutka davanja predmetnog zajma nije imao imovine ili nije poslovao, su suprotni sa svim dokazima u ovom postupku te kao takvi u cijelosti nebitni za utvrđivanje činjenice kako je žalitelj dao dužniku zajam na temelju Ugovora o dugoročnom kreditu od dana 31. listopada 2007. godine u iznosu od 400.000,00 EUR-a, a za koji zajam žalitelj nije dobio osiguranje za povrat istoga, a koji zajam nije dan kao nadomještaj kapitalu društvu u krizi (jer dužnik tada nije bio u krizi), već isključivo kao investicija.

Slijedom prethodno navedenoga, nesporno je kako u obrazloženju pobijanog rješenja postoji proturječnost o odlučnim činjenicama između onoga što se u razlozima rješenja

Odvjetnički ured dr.sc. Ana Holjar, Korzo 4, 51 000 Rijeka

MB: 0608977365056, OIB: 46976172185

Žiro-račun IBAN broj: HR6623600001102113958 otvoren kod Zagrebačke banke d.d.

www.odvjetnik-holjar.hr

navodi o sadržaju isprava ili zapisnika o iskazima danim u postupku i samih tih isprava ili zapisnika, sve budući je žalitelj tokom ovosudnog postupka, ali i na ispitnom ročištu pred prvostupanskim sudom dana 14. veljače 2020. godine, jasno dokazao kako zajmovi koje je dao dužniku ne predstavljaju nadomještaj kapitala, odnosno kako za predmetne zajmove nije dobio nikakvo osiguranje, sukladno čemu je jasno kako pobijano rješenje trpi od bitne povrede odredaba parničnog postupka iz članka 354. stavak 2. točka 11. Zakona o parničnom postupku.

IV Nadalje, ističe se kako pobijano rješenje trpi od **pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz članka 355. Zakona o parničnom postupku**, a sve iz razloga koji se podredno obrazlažu.

Naime, u ovosudnoj pravnoj stvari prvostupanski sud uopće nije utvrdio odlučnu činjenicu koja je bila od značaja za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja, a to je da žaliteljeva tražbina predstavlja tražbinu višeg isplatnog reda, sve budući se na žalitelja nema primijeniti odredba članka 408. stavka 1. i stavka 2. Zakona o trgovačkim društvima (NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, dalje u tekstu: ZTD), **sve budući se u ovosudnoj pravnoj stvari ne radi o zajmu kojim se nadomješta kapital, već se radi o zajmu koji predstavlja tuđi kapital**, sve kako se to redom obrazlaže.

Na temelju odredbe članka 408. stavka 1. ZTD-a je određeno da član koji društvu u **vrijeme kad je ono u krizi umjesto da mu pribavi vlastiti kapital**, kada bi mu ga inače uredni gospodarstvenici trebali pribaviti, dade zajam, može u stečajnom postupku ostvarivati zahtjev za povrat zajma samo kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda. Dakle, da bi se prethodno citirana odredba primijenila u ovosudnom postupku nužno je da se radi o situaciju u kojoj je dužnik u krizi te mu je potrebno nadomjestiti kapital kako bi mu se omogućio nastavak poslovanja, a slijedom koje krize mu član društva ili treća osoba daje zajam.

Međutim, prvostupanski sud u ovosudnoj pravnoj stvari uopće nije utvrdio kako se u konkretnoj pravnoj situaciji ne radi o zajmu kojim se nadomješta kapital već da se radi samo o tuđem kapitalu koji se financira poslovanje društva. Naime, dužnik FLAMMA d.o.o. jeste osnovano Izjavom o osnivanju društva dana 21. ožujka 2007.godine, dok je žalitelj dana 31. listopada 2007. godine pozajmio iznos od 400.000,00 EUR-a dužniku. **U trenutku davanja predmetnog zajma dužnik nije bio u krizi, a što je odlučna činjenica koju prvostupanski sud nije utvrdio.**

Naime, kao pretpostavka davanja zajma kojim se nadomješta kapital Zakon o trgovačkim društvima određuje izraz „kada je društvo u krizi“, odnosno kada postoji potkapitaliziranost društva tako da vlastiti kapital društva nije dostatan za njegovo poslovanje.¹ Međutim, u trenutku davanja zajma dužniku, Ugovor o kreditu od dana 31. listopada 2007. godine, dužnik nije bio u krizi niti mu je predmetni zajam dan kao nadomještaj kapitala, budući za isti nisu

¹ Gorenc, Česić, Buljan, Brkanić, Komentar Zakona o trgovačkim društvima, IV. Izmijenjena i nadopunjena naklada, Zagreb, 2008. godine, str. 951.

ispunjene pretpostavke iz odredbe članka 408. ZTD-a, već je predmetni zajam žalitelj dao kao priliku za investiciju u određeni posao.

Dakle, predmetni zajam u konkretnoj pravnoj situaciji predstavlja tuđi kapital, a ne zajam kojim se nadomješta kapital koji se daje društvu u krizi, sve budući u vremenskom razdoblju davanja predmetnog zajma dužnik uopće nije bio u krizi, čak štoviše isti je tek krenuo sa svojim poslovanjem što je razvidno iz činjenice kako je društvo osnovano 2007. godine, i svega nekoliko mjeseci nakon osnivanja, žalitelj je donio vlastiti kapital, tzv. tuđi kapital radi ulaganja u društvo, a ne radi spašavanja poslovanja dužnika, budući dužnik tada nije bio u krizi.

Činjenica što je 2010. godine žalitelj preuzeo društvo dužnika, te što je društvo dužnika tada bilo u krizi, ne utječe na odlučnu činjenicu u ovosudnom postupku **kako u trenutku davanja predmetnog zajma – Ugovora o kreditu od dana 31. listopada 2007. godine, dužnik nije bio u krizi i kako je predmetni zajam predstavljao investiciju, tuđi kapital radi ulaganja u posao dužnika, a ne spašavanja dužnika, koji tada nesporno nije bio u krizi.**

Nadalje, pored prethodno navedene činjenice kako prvostupanjski sud ne utvrđuje kako tražbina žalitelja ne predstavlja zajam kojim se nadomješta kapital, već isključivo zajam kao tuđi kapital kojim je žalitelj investirao u društvo dužnika koje nije bilo tada u krizi (već godinama nakon), žalitelj navodi sve i kada predmetni zajam ne bi predstavljao tuđi kapital (iako to jeste), kako bi i u tom pogledu prvostupanjski sud pogrešno utvrdio činjenično stanje.

Naime, odredbom članka 408. stavka 2. ZTD-a je određeno kako treća osoba koja društvu u vrijeme iz stavka 1. ovoga članka daje zajam umjesto da mu članovi pod tamo navedenim uvjetima pribave vlastiti kapital i kojoj član društva daje **neko osiguranje** za povrat zajma ili joj to jamči može u stečajnom postupku ostvarivati zahtjev za povrat zajma samo za onaj iznos za koji se nije uspjela namiriti iz dobivenog osiguranja odnosno jamstva.

Budući žalitelj u trenutku sklapanja Ugovora o kreditu od dana 31. listopada 2007. godine nije bio član društva, odnosno nije dobio ikakvo osiguranje za povrat zajma to je nesporno kako se **žalitelj ne može promatrati kroz prethodno citirane odredbe kojima se nadomješta kapital**, a koju činjenicu prvostupanjski sud u pobijanoj presudi uopće ne utvrđuje.

Dakle, prvostupanjski sud u pobijanom rješenju uopće nije utvrdio odlučnu činjenicu kako je žalitelj u trenutku davanja zajma – Ugovora o kreditu od dana 31. listopada 2007. godine bio treća osoba koja je društvu dala zajam, a koji za to nije dobio osiguranje za povrat zajma, sukladno čemu prvostupanjski pogrešno utvrdio kako je tražbina žalitelja (kada bi predstavljala tražbinu s osnova zajma kojim se nadomješta kapital) zapravo tražbina nižeg isplatnog reda, a što je u cijelosti pogrešno.

Da je prethodno navedeno točno, jasno proizlazi iz sudske prakse, točnije rješenja Visokog trgovačkog suda posl.br. PŽ-6527/2017-2 od dana 08. studenog 2017. godine u identičnoj pravnoj situaciji u kojoj je jasno utvrđeno kako se vjerovnika koji nema osiguranje za povrat zajma

ne može promatrati kroz odredbe članka 408. ZTD-a kojom se nadomješta kapital, kao što je slučaj žalitelja, a koje rješenje, iako je dostavljeno prvostupanjskom sudu uopće nije uzeto u obzir.

Nadalje, ističe se kako je utvrđenje prvostupanjskog suda kako bi se zajam žalitelja imao smatrati zajmom člana društva, sve budući je žalitelj postao član društva NAKON što je dao zajam društvu jeste u cijelosti pogrešno. Prvotno, prvostupanjski sud se na prethodno navedeno poziva isključivo na knjigu Barbić J., Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, 2013. str. 309. u kojoj je navedeno kako se u prethodno navedenom slučaju takva vrsta zajma valja (!) smatrati zajmom člana društva. Dakle, prvostupanjski sud se u pobijanom rješenju poziva na knjigu u kojoj je navedeno kako se valja pozvati na određenu, u ovom slučaju odlučnu činjenicu, iako prethodno navedena konstatacija uopće nije primjenjiva u konkretnom slučaju.

Naime, u predmetnoj konstataciji na koju se prvostupanjski sud poziva, navodi se da ako netko da zajam društvu PRIJE nego postane njegovo član. Žalitelj je dao predmetni zajam 2007. godine, da bi žalitelj tek 2010. godine postao član društva. Ono što je odlučno u ovoj pravnoj stvari jeste činjenica kako se ne radi o zajmu kojim se nadomješta kapital, već o zajmu kojim se financiralo društvo tuđim kapitalom, slijedom čega je prvostupanjski sud pogrešno odlučio kako tražbina žalitelja ne predstavlja tražbinu višeg isplatnog reda.

Slijedom svega prethodno navedenoga, nesporno je kako pobijano rješenje trpi od pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja iz članka 355. Zakona o parničnom postupku, sve budući prvostupanjski sud uopće nije utvrdio odlučnu činjenicu kako prijavljena tražbina žalitelja zapravo predstavlja tražbinu višeg isplatnog reda, sve budući zajam koji je žalitelj dao dužniku ne predstavlja zajam kojim se nadomješta kapital, već isključivo tuđi kapital, kapital koji je žalitelj investirao u društvo dužnika koji u trenutku davanja zajma nije bio u krizi.

V Nadalje, ističe se kako pobijano rješenje **trpi od pogrešne primjene materijalnog prava iz članka 356. Zakona o parničnom postupku**, sve budući je prvostupanjski sud prilikom donošenja pobijane presude pogrešno primijenio materijalno pravo, točnije primijenio je odredbu članka 408. stavka 1., stavka 2. i stavka 3. ZTD-a, a koja se odredba nema primijeniti u ovoj pravnoj stvari,

Naime, odredba članka 408. ZTD-a se odnosi na zajam kojim se nadomješta kapital. Budući je žalitelj u točki IV. ove žalbe jasno naveo i dokazao razloge temeljem kojih se ima smatrati kako se zajam žalitelja ne odnosi na zajam kojim se nadomješta kapital, već isključivo na zajam kao tuđi kapital (investiciju) te kako u trenutku davanja predmetnog zajma (Ugovora o kreditu od dana 31. listopada 2007. godine) dužnik NIJE bio u krizi, to je nesporno kako se prethodno citirana odredba nema primijeniti u ovosudnoj pravnoj stvari.

Nadalje, prvostupanjski sud je pogrešno primijenio i odredbu članka 263. Stečajnog zakona (NN 71/15, 104/17) kojom je određeno *kako se tražbina smatra utvrđenom ako je na ispitnom ročištu prizna stečajni upravitelj i ne ospori stečajni vjerovnik, odnosno ako izjavljeno osporavanje bude otklonjeno.*

Budući je nesporno kako je žalitelj stečajni vjerovnik, a istome nije omogućeno da se očituje o predmetnoj tražbini, to je nesporno kako je prvostupanjski sud povrijedio prethodno citiranu odredbu.

Naime, prvostupanjski sud je u cijelosti pogrešno utvrdio kako bi tražbina vjerovnika MLADENA LONČARA predstavljala tražbinu vjerovnika višeg isplatnog reda. Naime, prethodno navedeno utvrđuje činjenicom kako je isti dostavio ugovor o pružanju odvjetničkih usluga i računa po osnovi kojih potražuje tražbine.

Međutim, u odnosu na prethodno navedeno, prvostupanjski sud nije omogućio žalitelja, na temelju odredbe članka 263. Stečajnog zakona, da se o tome očituje, budući je upravo žalitelj kao tadašnji član društva i član uprave društva dužnika angažirao odvjetnika MLADENA LONČARA i točno znao koje je usluge izvršio, a koje nije, odnosno koje je račune neosnovano izdao za radnje kojima je prouzročio štetu društvu dužnika. Upravo je iz prethodno navedenoga razloga bilo nužno omogućiti žalitelja, sukladno odredbi članka 263. Stečajnog zakona da se očituje o predmetnoj tražbini vjerovnika MLADENA LONČARA, a koju odredbu prvostupanjski sud nije primijenio, slijedom čega je neosnovano donio rješenje kojim je spornu tražbinu vjerovnika MLADENA LONČARA svrstao u tražbinu vjerovnika drugog isplatnog reda.

Slijedom prethodno navedenoga, nesporno je kako pobijano rješenje trpi od pogrešne primjene materijalnog prava iz članka 356. Zakona o parničnom postupku, sve budući je prvostupanjski sud u ovosudnom postupku pogrešno primijenio odredbu članka 408. ZTD-a, koja se nije imala primijeniti u ovosudnom postupku budući tražbina žalitelja predstavlja zajam kao tuđi kapital (investiciju), a ne zajam kojim se nadomješta kapital društvu u krizi jer dužnik tada nije bio u krizi, odnosno kako je prvostupanjski sud nije primijenio odredbu članka 263. Stečajnog zakona, odnosno nije omogućio žalitelju da se očituje u pogledu neosnovane tražbine vjerovnika MLADENA LONČARA.

VI Slijedom svega prethodno navedenog, predlaže se Naslovljenom sudu usvojiti žalbu žalitelja u cijelosti te preinačiti pobijano rješenje prvostupanjskog suda na način da se utvrdi tražbina žalitelja kao tražbina vjerovnika drugog višeg isplatnog reda u iznosu od 5.682.003,80 kuna, te odbaci tražbinu vjerovnika MLADENA LONČARA kao neosnovanu, podredno da ukine pobijano rješenje te predmet vrati prvostupanjskom sudu na ponovni postupak.

U Rijeci, dana 17. travnja 2020. godine

Žalitelj p.p.

Odvjetnički ured dr.sc. Ana Holjar, Korzo 4, 51 000 Rijeka

MB: 0608977365056, OIB: 46976172185

Žiro-račun IBAN broj: HR6623600001102113958 otvoren kod Zagrebačke banke d.d.

www.odvjetnik-holjar.hr