

a.¹⁷²⁹ Oni odgovaraju a u društvu bez obzira je samo o određenju odgovornosti. Opseg alo naplatiti od člana se može podići samo neka druga činidba. ruštva, ostali članovi nim udjelima u druš- jednosti onoga što je u djelomično oslobod-

ih primanja zastaraju primio nedopušteno ro da isplata nije bila rok odgovara općem Zakona o trgovačkim m se isključuje pozila- lata nije bila dopušte- enuto znanje obvez-

anovima društva ono lo neku nedopuštenu ia temelju čl. 407, st. anovima društva. Za t. 1. u vezi s čl. 430. i je pri nedopuštenoj og gospodarstvenika. društva ne isključuje . prema članu uprave.

kojoj bi takva odgovornost i smatra da postoji solidarna potreba da bi se nadoknadio i temeljnog kapitala društva, r, M., Hommelhoff, P., o. c. yer, D., Fronhöfer, M., o. c.

astami rok od 30 godina, jer

Pored toga član uprave odgovara i društvu za štetu počinjenu nedopuštenim isplatama (čl. 252, st. 1. i 3, naročito t. 1, 2, 5. Zakona).

7. ZAJAM KOJIM SE NADOMJEŠTA KAPITAL

Društvu je prepušteno da slobodno odlučuje o tome hoće li se financirati vlastitim ili tuđim kapitalom, tj. hoće li svoje potrebe za financiranjem poslovanja pokrivati uložnim sredstvima i onima stvorenim svojim poslovanjem ili će to činiti i pribavljanjem sredstava na kreditnoj osnovi koja treba vratiti. U financiranju društva sudjeluju i njegovi članovi koji putem skupštine ili donošenjem odluka izvan nje mogu utjecati na to u kojoj će se mjeri koristiti neki od spomenutih izvora financiranja. Članovi društva uz to i neposredno sudjeluju u financiranju, najprije uplatama društvu svojih temeljnih uloga pri osnivanju, i poslije na temelju povećanja temeljnog kapitala društva, odricanjem od sudjelovanja u dijelu dobiti društva ostavljajući ga društvu unošenjem u rezerve ili kao neraspoređenu dobit i davanjem zajmova društvu. Njihova je slobodna ocjena za koji će se način financiranja odlučiti i hoće li i sami sudjelovati u pribavljanju tih sredstava. Ako se odluče na ovo posljednje, mogu izabrati da to čine unosom temeljnih uloga u društvo (financiranje društva vlastitim kapitalom) odnosno dodatnim činidbama društvu ili davanjem zajma društvu (financiranje društva tuđim kapitalom). S obzirom na obvezu uplate temeljnih uloga, odluče li se članovi društva i za financiranje davanjem zajmova društvu, riječ je o tome da oni po dvije osnove sudjeluju u financiranju društva, tj. dijelom u financiranju društva vlastitim, a dijelom tuđim kapitalom. Društva se u pravilu i osnivaju s malim, često i minimalnim, temeljnim kapitalom da bi članovi umanjili svoj poduzetnički rizik i financiraju se tuđim, a ne vlastitim kapitalom, tj. uzimanjem zajmova.

Takvo dvostruko sudjelovanje u financiranju društva omogućuje članovima izigravanja i izbjegavanje snošenja poduzetničkog rizika koji bi u društvu morali snositi. To bi mogli učiniti tako da davanjem zajmova društvu osiguraju sredstva za rad koja bi im se morala vratiti bez obzira na uspješnost poslovanja. Članovima je ostavljena sloboda da odlučuju hoće li sudjelovati u oba načina financiranja društva i u kojoj mjeri. To je moguće sve dok društvo normalno posluje. Zapadne li društvo u krizu, ta se sloboda ograničava utoliko da se glede oba načina financiranja za članove društva propisuju iste posljedice. Riječ je o zajmovima članova društva kojima oni društvu

koji su in dan, smatraju kapitalom dioničnika u društvu, a ne zajmovima koje bi im ono trebalo vratiti.

Izloženo se stajalište temelji na zaštiti vjerovnika. Članovi društva slobodno odlučuju o vođenju financijske politike društva, ali je ne mogu voditi tako da svoj financijski rizik tehnikom financiranja društva prevale na njegove vjerovnike.¹⁷³² U tom je pogledu zanimljivo stajalište Saveznog suda SR Njemačke po kojem onaj tko svoje društvo financira dodatnom financijskom pomoći, ali ne povećanjem temeljnog kapitala društva, ne može otkloniti svoju odgovornost prema vjerovnicima koja bi iz toga proizašla tako da se ne brine o njegovu gospodarskom razvoju.¹⁷³³ To nema kao posljedicu da se svaki zajam člana društva i za sve vrijeme smatra kao da je vlastiti kapital društva.

Spomenuta dužnost članova društva da se brinu o društvu ima kao posljedicu da mu, postupaju li kao uredni i savjesni gospodarstvenici, pribave vlastiti kapital ako je ono u krizi. To će biti u slučaju kada financiranje društva tuđim kapitalom nije spojivo s načelima redovitog financiranja poduzeća.¹⁷³⁴ Riječ je o tri skupine slučajeva:

- a) uzimanje kredita u vrijeme stečaja, tj. kad je društvo prezaduženo ili insolventno, pa i onda kada se to čini da bi se samo dovršili neki određeni poslovi, a ne da bi se društvo saniralo,¹⁷³⁵ što valja primijetiti i kad nije otvoren stečaj ali postoje spomenuta dva stečajna razloga;
- b) uzimanje sanacijskog kredita da bi se spriječila insolventnost društva, u što treba ubrojiti i kredite koje uzima društvo koje je prezaduženo;¹⁷³⁶
- c) uzimanje kredita kada društvo nije kreditno sposobno,¹⁷³⁷ tj. kad ga ono ne bi moglo uzeti pod uobičajenim tržišnim uvjetima, za što su indikacije da, primjerice, banka ne želi dati izvozni zajam nekom društvu zbog političkih rizika, da je društvo prezaduženo, kad ima velike teškoće s plaćanjima, kad bi postavljanje zahtjeva s naslova vraćanja zajma dovelo do prezaduženosti društva, potkapitalizacija

¹⁷³² Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1225.

¹⁷³³ Riječ je o odluci citiranoj u: Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 513.

¹⁷³⁴ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 26, str. 1154.

¹⁷³⁵ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 26, str. 1154.

¹⁷³⁶ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 26, str. 1155.

¹⁷³⁷ Schmidt, K., ibidem.

rane članova društva
tvo, a ne zajmovima

. Članovi društva slo-
, ali je ne mogu voditi
uštva prevale na nje-
alište Saveznog suda
a dodatnom financij-
uštva, ne može otklo-
z toga proizašla tako
To nema kao poslje-
ne smatra kao da je

i o društvu ima kao
odarstvenici, pribave
ju kada financiranje
lovitog financiranja

društvo prezaduženo
e samo dovršili neki
¹⁷³⁵ što valja primije-
nenuta dva stečajna

i insolventnost druš-
štvo koje je prezadu-

osobno,¹⁷³⁷ tj. kad ga
n uvjetima, za što su
vozni zajam nekom
ezaduženo, kad ima
e zahtjeva s naslova
va, potkapitalizacija

u bilj. br. 1258, str. 513.

društva, insolventnost, neuobičajeni uvjeti pod kojima se daje zajam, kratkoročnost zajma u slučajevima kad bi se inače dao dugoročni zajam,¹⁷³⁸ raskid ugovora o kreditu, odbijanje drugih vjerovnika da sudjeluju u kreditiranju društva, nepostojanje bankovne kreditne linije, nepovoljan odnos prihoda i troškova društva, nepostojanje rezervi društva, opseg u kojem je smanjena imovina društva u odnosu prema temeljnom kapitalu.¹⁷³⁹

Riječ je zapravo o zajmovima kojima članovi omogućuju financiranje društva u vrijeme kad je ono u financijskoj krizi pa mu time omogućuju nastavak poslovanja i izbjegavanje likvidacije.¹⁷⁴⁰ Ti se zajmovi tako prosuđuju sve dok društvo ne prevlada krizu i uđe u normalno poslovanje tako da ih je kadro uredno vraćati iz svojih sredstava.¹⁷⁴¹ Bit je u tome da se kapital koji članovi društva stavljaju na raspolaganje društvu formalno putem zajma, iako je on zapravo vlastiti kapital, na temelju zakona tako i kvalificira, pa se na nj i primjenjuju pravila kojima se uređuje vlastiti kapital, a ne pravila mjerodavna za zajam. Takvim treba smatrati i zajam člana dan društvu kad je ono zdravo i kreditno sposobno ako se prema okolnostima može uzeti da bi kriza bila moguća. Posljedica toga je da u slučaju nastupanja krize član ne bi mogao raskinuti ugovor i tražiti povrat zajma, pa i kada je takva mogućnost predviđena u ugovoru.¹⁷⁴² Time se dvostruka uloga člana društva (člana koji uplaćuje temeljni ulog i daje društvu zajam) glede sudbine onoga što je unio u društvo svodi na jednu.

Za takvo kvalificiranje zajma uzima se, primjerice, u obzir kad se financiranjem tuđim kapitalom pokušava održati na životu društvo koje je u nuždi, umjetno produžavanje društvu borbe za život na teret vjerovnika koji nisu i članovi društva, prebacivanje rizika financiranja na vjerovnike, špekulacije članova društva na teret vjerovnika društva, dvostruka uloga člana (u društvu i iz ugovora s društvom), povlaštene informacije o društvu s obzirom na članstvo u njemu.¹⁷⁴³

Članom društva koji daje zajam treba smatrati onoga tko je to u vrijeme kad se daje zajam. Izađe li on nakon toga iz društva, to ne mijenja pravno stanje glede danog zajma. Dade li netko zajam društvu prije nego što postane

¹⁷³⁸ Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 631 i d., gdje se navode i brojni drugi primjeri.

¹⁷³⁹ Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 519.

¹⁷⁴⁰ Rümker, D., u: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, München, 2003, str. 975.

¹⁷⁴¹ Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 975-976; Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1225.

¹⁷⁴² Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 512-513.

¹⁷⁴³ Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 512.

njegov član, ali i nakon istupanja člana iz društva i njegova isključenja, takvim će se smatrati i zajam koji on daje društvu sve dok mu se ne isplati otpremnina (čl. 421, st. 3. Zakona). Takvu sudbinu ima i zajam koji dadu osobe bliske članu društva (bračni drug, djeca, roditelji) iz sredstava koja im za to daje član društva, iako samo srodstvo nema taj učinak. Isto vrijedi i kada netko daje zajam preko prividnog člana društva ili povjerenika. I povezana društva treba smatrati da spadaju u spomenuti krug osoba, ali ne i tajni član u nekom društvu (tajno društvo), ako nije ujedno i član društva i ako u tajnom društvu ne sudjeluje u donošenju odluka (tzv. tipično tajno društvo¹⁷⁴⁴). Među osobe na koje se odnose odredbe čl. 408. Zakona spada i tajni član (tu spadaju njegov ulog i tražbine s tog naslova) ako je on ujedno i član društva, a ako to nije, samo ako sudjeluje u donošenju odluka u tajnom društvu (tzv. atipično tajno društvo¹⁷⁴⁵). Plodouživatelj i založni vjerovnik poslovnog udjela također spadaju u spomenuti krug osoba ako su im dane i dodatne ovlasti na temelju kojih mogu u skupštini društva glasovati kao da su članovi društva (kad im je, primjerice, dana punomoć da u skupštini zastupaju člana društva). Zajam ne gubi spomenutu narav ni kada član društva svoja prava iz toga ustupi nekom trećem u vrijeme kad je pod režimom zajma kojim se nadomješta kapital društva. Čak i davanje zajma nakon što članu prestane članstvo u društvu valja smatrati zajmom člana društva, ako bi to značilo zaobilaženje zakonske odredbe o tretiranju takvog zajma, primjerice tako da se stari zajam društvu zamijeni novim.¹⁷⁴⁶

Među osobama sa zajmovima kojih se društvu, pod već spomenutim pretpostavkama, postupa kao s kapitalom društva Zakon navodi i treće osobe (čl. 408, st. 2). Time nije obuhvaćena svaka treća osoba, nego samo ako je zajam u Zakonom propisanoj vezi s članom društva. Ona se sastoji u tome da je riječ o zajmu treće osobe koja društvu u prije spomenuto vrijeme daje zajam umjesto da mu članovi pribave vlastiti kapital, a član društva joj daje osiguranje za povrat zajma ili joj to jamči.¹⁷⁴⁷ Zakonom se htjelo spriječiti da član društva zaobilaznim putem izbjegne da se njegov zajam smatra kapitalom društva. Članak 408. Zakona, naime, bavi se zajmom i pravnim radnjama koje u gospodarskom smislu odgovaraju zajmu (st. 3) što ga član

¹⁷⁴⁴ O tipičnom tajnom društvu v. Barbić, J., o. c. u bilj. br. 453, str. 536.

¹⁷⁴⁵ O atipičnom tajnom društvu v. Barbić, J., o. c. u bilj. br. 453, str. 536 - 537.

¹⁷⁴⁶ Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 638 i sl.; Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1243 - 1247; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 980 - 981.

¹⁷⁴⁷ Takav je uvjet propisan i u §-u 32. a, st. 2. njemačkog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću.

stane, valja ga smatrati društva i njegova isključivostvu sve dok mu se ne odbinu ima i zajam koji a, roditelji) iz sredstava o nema taj učinak. Isto društva ili povjerenika. omenuti krug osoba, ali ije ujedno i član društva lluka (tzv. tipično tajno e čl. 408. Zakona spada slova) ako je on ujedno ošenju odluka u tajnom telj i založni vjerovnik osoba ako su im dane i ruštva glasovati kao da momoć da u skupštini tu narav ni kada član u vrijeme kad je pod a. Čak i davanje zajma smatrati zajmom člana dbe o tretiranju takvog nijeni novim.¹⁷⁴⁶

, pod već spomenutim on navodi i treće osobe oba, nego samo ako je . Ona se sastoji u tome omenuto vrijeme dade tal, a član društva joj konom se htjelo sprije- e njegov zajam smatra i se zajmom i pravnim ajmu (st. 3) što ga član

, str. 536.

3, str. 536 - 537.

K., o. c. u bilj. br. 1587, str.

a o društvima s ograničenom

društva daje društvu. Riječi "treće osobe" treba tumačiti u okviru toga. Zajam koji daje treća osoba spada stoga pod pravni režim spomenutog članka ako član društva za takav zajam dade osiguranje, jer bi u suprotnom bilo moguće da član društva zaobilaznim putem omogući društvu davanje zajma od treće osobe, koja joj ga s obzirom na svoje prilike inače ne bi dala, tako da joj za to dade osiguranje, a nakon što podmiri dug, subrogacijom dođe u položaj vjerovnika i regresno se naplati od društva. Zato se i na zajam treće osobe može primijeniti pravni režim o kojemu je ovdje riječ, ali samo ako je član društva dao osiguranje za takav zajam. Kada bi se to odnosilo na svaki zajam treće osobe, društva u teškoćama praktički ne bi mogla dobiti zajam potreban za ozdravljenje, što bi u našim sadašnjim uvjetima bila gotovo svakodnevna pojava.

Da je riječ o takvom slučaju, valja dokazati: a) da je zajam društvu dala osoba koja nije član društva niti je s njime u vezi kakva je prije prikazana, b) da je za povrat tog zajma dao osiguranje član društva ili osoba koja je na izloženi način s njime povezana i c) da su ispunjene druge pretpostavke iz čl. 408, st. 1. za to da se zajam smatra kapitalom društva. Za ovo posljednje treba zamisliti kao da zajam daje član društva i prosuditi bi li tada bile ispunjene pretpostavke koje se traže za to da se zajam smatra kapitalom društva. Član društva može dati svako osobno i stvarno osiguranje, kao što su jamstvo, pristupanje dugu, ustup tražbine u svrhu osiguranja, fiducijarni prijenos stvari i prava, davanje kaucije, mjenice, patronatskog očitovanja, zasnivanje založnog prava i dr.¹⁷⁴⁸ Ako se osiguranje dade nakon što je društvu dan zajam, za prosudbu jesu li ispunjene pretpostavke za to da se zajam smatra kapitalom društva mjerodavno je vrijeme kada se daje osiguranje.¹⁷⁴⁹

Pod spomenuti pravni režim potpadaju zajmomi dani u novcu ili zamjenjivim stvarima bez obzira na cilj s kojim su dani i bez obzira na to plaćaju li se za njih kamate ili ne. Pojam zajma treba shvatiti široko. Tu treba ubrojiti i slučajeve kad se dug društva pretvori u zajam. U to ne ulazi davanje društvu stvari u zakup ili u najam, jer je riječ samo o davanju nečega na korištenje čime stvari ne ulaze konačno u imovinu društva, kao što je to slučaj sa zajmom. Za ocjenu kad je dan zajam ne mora uvijek biti odlučno vrijeme

¹⁷⁴⁸ Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 655; Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 552 - 553; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 995; Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1327.

¹⁷⁴⁹ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1329; Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 655; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 995; Lutter, M., Hommelhoff, P., ibidem.

nego i kad je preuzeta obveza da se to učini.¹⁷⁵⁰ Osim zajma pod spomenuti pravni režim spadaju i druge pravne radnje koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma (čl. 408, st. 2. Zakona). Pod time se razumije pođuzimanje mjera kojima član društva ili osoba koja se s njime izjednačuje financira društvo, s time da one moraju odgovarati davanju zajma kojim se zamjenjuje kapital društva ili davanju osiguranja koje gospodarski odgovara nadomještanju kapitala.¹⁷⁵¹ To su, primjerice, odgode plaćanja iz tražbina koje potječu iz bilo kojeg pravnog odnosa, a ne traži se da se odnose na vraćanje zajma, određenje dospjeća za plaćanje iz bilo kojeg ugovora određeno vrijeme nakon primitka protučinidbe, diskontiranje mjenice od strane člana društva u osnovi koje može biti ugovor o zajmu, sporazum o oprostima duga, podmirenje vjerovnika društva, s time da se društvu odgodi plaćanje regresa, regresne tražbine člana društva ili osobe koja je s njime izjednačena koji je ujedno i *factor* s naslova tzv. nepravog *factoringa*, davanje osiguranja za društvo kao što su jamstvo, zalog, fiducijarni prijenos stvari i prava u svrhu osiguranja, ulog člana na temelju tajnog društva člana i društva, razumije se kad je član društva ujedno i tajni član u društvu, tražbine s naslova financijskog leasinga, *sale and lease back* posao kada društvo proda članu stvar, pa mu je član dade na korištenje uz naplatu.¹⁷⁵²

Teret dokaza da su ispunjene pretpostavke za to da je riječ o zajmu člana društva ili trećih osoba kojim se nadomješta kapital pa da se na nj primjenjuje pravni režim iz čl. 408. Zakona o trgovačkim društvima jest na onome tko se na to poziva. Taj mora dokazati:

- a) da je društvu dao zajam ili poduzeo pravnu radnju koja u gospodarskom smislu odgovara zajmu član društva ili osoba koja je s njime usko povezana odnosno neka treća osoba, ali da je član društva za taj zajam dao osiguranje, i
- b) da je zajam dan u vrijeme kad je društvo bilo u krizi pa ga ne bi moglo dobiti pod uobičajenim tržišnim uvjetima.

¹⁷⁵⁰ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1241; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 978; Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 642.

¹⁷⁵¹ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1300.

¹⁷⁵² Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1300 - 1304; Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 642 - 643. i sl.; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 988 - 994; Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 524 i sl.

ane zamjenjive stvari, zajma pod spomenuti gospodarskom smislu. Pod time se razumije se s njime izjednačuje vanju zajma kojim se gospodarski odgovara plaćanja iz tražbina i se da se odnose na bilo kojeg ugovora o otiranje mjenice od zajmu, sporazum o da se društvu odgodi sobe koja je s njime pravnog *factoringa*, , fiducijarni prijenos tajnog društva člana ajni član u društvu, se *back* posao kada tenje uz naplatu.¹⁷⁵²

da je riječ o zajmu pital pa da se na nj kim društvima jest

ju koja u gospodar- oba koja je s njime a je član društva za

u krizi pa ga ne bi a.

u bilj. br. 1740, str. 978;

, o. c. u bilj. br. 1337, str. Hommelhoff, P., o. c. u

Pravne posljedice toga da se sa spomenutim zajmom postupa kao s vlastitim kapitalom društva razlikuju se prema tome je li riječ o zajmu člana društva ili trećih osoba koje su izvan društva.

Tražbine s naslova povrata zajma (glavnice i kamata) koji je član društva dao društvu u stečajnom postupku nalaze se u posljednjem isplatnom redu među tražbinama nižih isplatnih redova (čl. 72, st. 1, t. 5. Stečajnog zakona) pa ih član društva može ostvarivati samo kao vjerovnik nižeg isplatnog reda (čl. 408, st. 1. Zakona o trgovačkim društvima). To znači da se isplaćuju na kraju. Odnosi se to i na tražbine koje proizlaze iz drugih pravnih radnji koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma. Kako Stečajni zakon te tražbine ipak priznaje kao tražbine stečajnih vjerovnika, samo ih stavlja u posljednji isplatni red, utoliko nije riječ o vlastitom kapitalu društva. Takva se tražbina prema spomenutoj odredbi Stečajnog zakona ipak isplaćuje prije nego što se eventualni ostatak stečajne mase podijeli članovima društva, pa je time umanjuje. Zato se iznos danog zajma ne uračunava članu društva u sudjelovanje u eventualnom ostatku stečajne mase. Mjesto u redoslijedu namirenja vjerovnika čini da se u pravilu te tražbine u stečaju neće namiriti.

Spomenuti pravni režim u slučaju stečaja društva ne primjenjuje se na člana društva koji je dao zajam, a ne vodi poslove društva, ali samo ako se njegov poslovni udio odnosi na desetinu ili manji dio temeljnog kapitala društva (čl. 408, st. 3. Zakona). On može slobodno društvu davati zajmove bez opasnosti da se u slučaju stečaja društva smatra vjerovnikom nižeg isplatnog reda. Spomenuti će se pravni režim, međutim, primijeniti na članove društva koji vode njegove poslove bez obzira na to koliki je njihov poslovni udio i na članove društva kojih se poslovni udio odnosi na više od deset posto temeljnog kapitala društva, pa i kada ne vode poslove društva

Isključen je prijeboj, pa i u stečaju, jer bi to zapravo bilo podmirenje tražbine, a to se protivi odredbi čl. 408, st. 1. Zakona o trgovačkim društvima. Tražbina se ne bi mogla podmiriti unovčenjem osiguranja koje je društvo dalo za takav zajam (primjerice zaloga, fiducijarno prenesene stvari ili prava), jer bi se s uspjehom mogao istaknuti prigovor koji se može istaknuti glede osigurane tražbine, tj. da se sa zajmom postupa kao sa zajmom kojim se nadomješta kapital.¹⁷⁵³ Nema potrebe razlikovati akcesorna od neakcesor-

¹⁷⁵³ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1268. U literaturi se ističe da bi trebalo razlikovati akcesorno osiguranje (npr. zalog) od onoga koje nije akcesorno, pa da bi za ovo prvo vrijedilo ono što je ovdje rečeno, a da bi se glede drugoga (primjerice fiducijarnog prijenosa stvari ili prava, ustupa tražbine radi osiguranja, pridržanog prava vlasništva), kad je u pitanju stečaj, moglo jedino

nih osiguranja, jer je u oba slučaja riječ o tome da su ispunjeni uvjeti za to da se s članom društva - vjerovnikom tražbine za povrat zajma - u stečaju društva postupa kao s vjerovnikom nižeg isplatnog reda, pa ne bi bilo opravdano da se korištenjem osiguranja, bez obzira na to o kojemu je riječ, koje dade društvo zaobide zakonska zabrana. Otvaranje stečaja znak je da se prilike društva nisu poboljšale od vremena kad je bio dan zajam i kad su bile ispunjene pretpostavke da se s njime postupa na spomenuti način.

Odredba čl. 408, st. 1. Zakona o trgovačkim društvima ne stoji na putu namirenja unovčenjem danog osiguranja od treće osobe i nekog drugog člana društva.¹⁷⁵⁴ Podmirenjem tražbina prelazi na davatelja osiguranja koji se tada pojavljuje u stečaju kao vjerovnik s onim položajem koji je imao član društva kojeg je tražbina s naslova povrata zajma tako podmirena. To znači da mu se mogu istaknuti svi prigovori koje se moglo istaknuti članu društva - zajmodavcu.

Kada je u pitanju zajam treće osobe za koju je član društva dao osiguranje, nema nikakvih ograničenja za podmirenje tražbine prema društvu ako se to čini izvan stečaja, pa i kad je društvo u likvidaciji, a isto vrijedi i kad sud zbog nedostatka imovine dovoljne za pokriće troškova stečajnog postupka stečaj otvori i odmah zaključi. Vjerovnik nije dužan prvo posegnuti za danim osiguranjem, to je samo njegovo pravo.¹⁷⁵⁵ Kada društvo podmiri obvezu prema trećoj osobi, ima pravo regresa prema članu koji je za to dao osiguranje. Nakon otvaranja stečaja nad društvom, treći prijavljuje svoju tražbinu u stečajnom postupku. No, dužan je najprije tražiti podmirenje tražbine iz osiguranja koje mu je dao član društva, a iz stečajne mase može potraživati samo onoliko koliko je time ostao nepodmiren, što mora dokazati.¹⁷⁵⁶ To je posljedica rješenja sadržanih u čl. 408, st. 2. do 4. Zakona o trgovačkim društvima.

Zakon, naime, uređuje položaj treće osobe koja je društvu u krizi dala zajam, kad bi mu inače njegovi članovi kao uredni gospodarstvenici trebali pribavili kapital, pa zapravo zajam nadomješta taj kapital, a član društva takvoj trećoj osobi dade neko osiguranje za povrat zajma ili joj to jamči. U

pobijati dano osiguranje ako su za to ispunjeni uvjeti iz Stečajnog zakona. Vidi Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1268 - 1269, koji osobno zastupa spomenuto stajalište; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 986; Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 659; Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 547.

¹⁷⁵⁴ Schmidt, K., ibidem; Rümker, D., ibidem; Lutter, M., Hommelhoff, P., ibidem.

¹⁷⁵⁵ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1330; Rümker, D., o. c. u bilj. br. 1740, str. 996; Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 553 i sl.

¹⁷⁵⁶ Lutter, M., Hommelhoff, P., ibidem; Rümker, D., ibidem.

saniranja pa i davanja zajma ispitati stanje društva kako bi bio siguran da se na njegove tražbine neće primijeniti ograničavajuće odredbe o vjerovniku nižeg isplatnog reda. Ne dokaže li se postojanje tih pretpostavki, zajmodavac se smatra vjerovnikom nižeg isplatnog reda, a ako bi s krivnjom stekao poslovni udio da bi oštetio vjerovnike, odgovara i za tako počinjenu štetu vjerovnicima.¹⁷⁵⁹ Kad je društvo u stečaju, zahtjev za naknadu štete protiv zajmodavca podiže stečajni upravitelj.

8. VLASTITI POSLOVNI UDJELI

Sadržaj

| | | | |
|--|------|--|------|
| a) Zabrana stjecanja i uzimanja u zalag vlastitih poslovnih udjela za koje nisu potpuno uplaćeni temeljni uložci | 1258 | b.a. Stjecanje vlastitog poslovnog udjela | 1260 |
| b) Stjecanje i uzimanje u zalag vlastitih poslovnih udjela društva za koje su potpuno uplaćeni temeljni uložci | 1260 | b.b. Uzimanje u zalag vlastitog poslovnog udjela | 1263 |
| | | c) Društvo bez članova | 1264 |

a) Zabrana stjecanja i uzimanja u zalag vlastitih poslovnih udjela za koje nisu potpuno uplaćeni temeljni uložci

Vlastiti poslovni udio jest poslovni udio društva koji ono samo drži. Društvo takve udjele može držati samo u ograničenim slučajevima i pod Zakonom propisanim uvjetima. Restriktivni pristup mogućnosti stjecanja vlastitih poslovnih udjela izraz je načela da se u društvo mora unijeti vrijednost temeljnog kapitala društva i da se taj kapital mora održavati. Zakon o trgovačkim društvima u čl. 418, st. 1. postavlja osnovno pravilo da društvo može stjecati vlastite poslovne udjele i uzimati ih u zalag samo ako su za njih u potpunosti uplaćeni temeljni uložci.

Pod potpunom uplatom tih uloga smatra se uplata nominalnog iznosa, a ne i uplata *agia*, kamata, ugovorne kazne, troškova i sl., jer je tu riječ o sporednim davanjima koja se ne smatraju temeljnim ulogom.¹⁷⁶⁰ Ako je ma kako malen dio temeljnog uloga neuplaćen, temeljni ulog nije u potpunosti uplaćen i društvo ga ne može steći niti ga može uzeti u zalag.¹⁷⁶¹ Razlog

¹⁷⁵⁹ Schmidt, K., o. c. u bilj. br. 1587, str. 1355.

¹⁷⁶⁰ Rowedder, H., o. c. u bilj. br. 1337, str. 675; Lutter, M., Hommelhoff, P., o. c. u bilj. br. 1258, str. 577; Kort, M., o. c. u bilj. br. 1435, str. 457; Westermann, H. P., o. c. u bilj. br. 1276, str. 1369.

¹⁷⁶¹ Westermann, H. P., ibidem; Kort, M., ibidem; Rowedder, H., ibidem; Lutter, M., Hommelhoff, P., ibidem.