

Copyright © 2008.
RRiF-plus d.o.o. za nakladništvo i poslovne usluge
10000 Zagreb, Vlaška 68
Tel.: 01/4699-700, fax: 01/4699-766
Prodaja: 01/4699-760
E-mail: rrif@rrif.hr

Za nakladnika direktor:
Miroslav BUZADŽIĆ, dipl. oec.

Glavni urednik Pravne biblioteke:
Prof. dr. sc. Vilim GORENC

UDK 347.7

ISBN 978-953-272-011-2

Lektorica:
Nevenka ŠARIĆ

Grafički urednik:
Boris ŠIKIĆ

Grafička priprema:
TERCIJA d.o.o.
Zagreb, Božidara Magovca 15

Tisak:
M.A.K. Golden d.o.o.
Zagreb, Augusta Prosenika 11

CIP zapis dostupan u računalnom katalogu
Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 679186

G O R E N C

KOMENTAR ZAKONA O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

IV. izmijenjena i dopunjena naklada

Obradili su:

Prof. dr. sc. Vilim GORENC
Doc. dr. sc. Zlatko ĆESIĆ

Vesna BULJAN, dipl. iur.
Dr. sc. Vlado BRKANIĆ

RRiF^{Plus}

Zagreb, listopad 2008.

Zajam kojim se nadomješta kapital

Članak 408.

(1) 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, daje zajam, može u stečajnom postupku ostvarivati zahtjev za povrat zajma samo kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda.

(2) 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.

(3) Odredbe stavka 1. i 2. ovoga članka na odgovarajući se način primjenjuju i na druge pravne radnje članova društva i trećih osoba koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma. Pravila o nadomještanju vlastitog kapitala društva ne vrijede za člana društva koji ne vodi njegove poslove a čiji se poslovni udio odnosi na desetinu ili manji dio temeljnog kapitala društva. Stekne li zajmodavac društva u krizi u to vrijeme poslovne udjele u tom društvu u cilju da se prevlada krizno stanje, to ima za posljedicu da se pravila o nadomještanju kapitala ne primjenjuju na njegove tražbine koje proizlaze iz ranije danih i novih zajmova do visine temeljnog kapitala uplaćenog u društvo u skladu sa Zakonom pri povećanju temeljnog kapitala na temelju kojeg je udio stečen.

(4) Ako društvo u slučajevima iz stavka 2. i 3. ovoga članka vrati zajam u posljednjoj godini prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nad društvom ili nakon podnošenja tog prijedloga, član društva koji je dao osiguranje ili jamčio za povrat zajma dužan je tako isplaćeni iznos vratiti društvu. Na to se na odgovarajući način primjenjuju pravila Stečajnog zakona. Ta obveza postoji samo do visine iznosa za koji je član društva jamčio povrat zajma ili koji odgovara vrijednosti danog osiguranja u vrijeme vraćanja zajma. Član društva se oslobađa spomenute obveze ako predmet danog osiguranja vjerovniku stavi na raspolaganje društvu kako bi ono moglo namiriti svoju tražbinu iz njegove vrijednosti. Ove odredbe se na odgovarajući način primjenjuju i na ostale pravne radnje koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma.

Napomena: Člankom 102. Novele od 19. 10. 2007. odredba u st. 3. je poboljšana na način da su učinjene jezične preinake i dopunjena na način da je precizirano do koje se granice ne primjenjuju pravila o nadomještanju kapitala kada zajmodavac društva u krizi stekne poslovne udjele u cilju da se prevlada krizno stanje. Novelom od 2003. odredbe o zajmu kojima se nadomješta kapital u cijelosti su zamijenjene novima po uzoru na par. 32.a i 32.b GmbHG-a.

1. Uvod. Društvo s ograničenom odgovornošću potrebe za financiranjem poslovanja može pokriti sredstvima iz vlastitog ili tuđeg kapitala. U prvom

slučaju se radi o financiranju uložnim sredstvima i sredstvima stvorenim poslovanjem, a u drugom o financiranju uzimanjem zajmova od članova društva ili trećih osoba. Izvor zaduženja mogu biti dobavljači, radnici za neisplaćene plaće, Porezna uprava za nepodmirene poreze i dr. U praksi se društva često osnivaju s malim temeljnim kapitalom i financiraju tuđim, a ne vlastitim kapitalom, tj. uzimanjem zajmova. Odredba čl. 408. primjenjuje se na davanje zajma društvu koje je u takvoj krizi da ne raspolaže sredstvima dostatnim za poslovanje, a ne postoji druga mogućnost pribavljanja sredstava koja bi trebala poslužiti njegovoj sanaciji.

2. Pojam zajma kojim se nadomješta kapital. Od zajma kojim se financira poslovanje društva tuđim kapitalom, valja razlikovati zajam kojim se nadomješta kapital koji se daje društvu u krizi, kako bi se društvu omogućio nastavak poslovanja. Takav se zajam smatra kapitalom uložnim u društvo, a ne zajmom koji bi im društvo trebalo vratiti. Prema tome, zajam kojim se nadomješta kapital predstavlja sredstva koja se stavljaju na raspolaganje društvu formalno putem zajma, iako je on zapravo vlastiti kapital. Stoga se na nj primjenjuju pravila kojima se uređuje vlastiti kapital, a ne pravila mjerodavna za zajam. Zbog ovakvog određenja zajma kojim se nadomješta kapital, vraćanje tih sredstava dok god je društvo u krizi nije moguće i predstavljalo bi nedopuštena primanja iz čl. 407. ZTD-a. Iskazuje se u pasivi bilance u okviru kratkoročnih ili dugoročnih obveza društva.

Zajam kojim se nadomješta kapital može biti u novcu ili zamjenjivim stvarima, a može se raditi i o pretvaranju duga u zajam. Osim zajma pod isti pravni režim potpadaju i druge pravne radnje vjerovnika društva kojim se financira društvo u krizi, a koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma (čl. 408. st. 3. reč. 1. ZTD-a). To mogu biti, npr., odgoda plaćanja tražbina, sporazum o oprostima duga, jamstvo, zalog, fiducijarni prijenos stvari i/ili prava u svrhu osiguranja i sl.

Vjerovnici koji su društvu dali zajam kojim se nadomješta kapital praktično preuzimaju rizik poslovanja društva na sebe. Na ovaj se način stječu sredstva za ozdravljenje društva u situaciji kada ono inače ne bi moglo dobiti zajam pod uobičajenim tržišnim uvjetima.

3. Pretpostavke primjene odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital. Kao pretpostavke davanja zajma kojim se nadomješta kapital, ZTD spominje izraze "kada je ono (društvo, op. a.) u krizi" i "kada bi mu ga inače uredni gospodarstvenici trebali pribaviti (vlastiti kapital, op. a.)", koje je potrebno pobliže obrazložiti. Ovdje je riječ o zajmu koji se daje kada je društvo u financijskoj krizi, odnosno kada postoji potkapitaliziranost društva tako da vlastiti kapital društva nije dostatan za njegovo poslovanje, a društvo nije kreditno sposobno da bi se ostvarilo uobičajeno financiranje tuđim kapitalom. Navedene pretpostavke predstavljaju kriterij za primjenu odredbe u čl. 408. ZTD-a.

4. Primjena odredbe *rationae personae*. Kod zajma kojim se nadomješta temeljni kapital društvo se uvijek pojavljuje u ulozi zajmoprimca. Iz odredbe u čl. 408. ZTD-a proizlazi da zajmoprimci mogu biti:

- članovi društva, osim onih koji ne vode njegove poslove a čiji se poslovni udio odnosi na desetinu ili manji dio temeljnog kapitala (čl. 408. st. 1. i st. 3. reč. 2. ZTD-a) i/ili
- treće osobe kojima je član društva dao neko osiguranje za povrat zajma (pristupanje dugu, ustup tražbine u svrhu osiguranja, zasnivanje založnog prava, mjenica, fiducijarni prijenos stvari i/ili prava i sl.) ili im se to jamči (čl. 408. st. 2. ZTD-a).

Prema tome, 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 neovisno o tome vode li poslove društva, primjenjuju se pravila o nadomještanju kapitala.

Iznimno, na zajmodavca koji je stekao poslovne udjele da bi se prevladalo krizno stanje društva, pravila o nadomještanju kapitala ne primjenjuju se na njegove tražbine koje proizlaze iz ranije danih i novih zajmova do visine temeljnog kapitala uplaćenog u društvo pri povećanju temeljnog kapitala na temelju kojeg je udio stečen (čl. 408. st. 3. reč. 3. ZTD-a). Ova je iznimka propisana kako bi se stimuliralo i olakšalo saniranje društva pribavljanjem sredstava potrebnih za izlazak iz krize, a što se čini povećanjem temeljnog kapitala.

5. Namirenje tražbina s naslova zajma kojim se nadomješta kapital u stečajnom postupku. Sa zajmom kojim se nadomješta kapital postupa se kao s vlastitim kapitalom društva. Sukladno tome, razlikuje se pravne posljedice ovisno o tome je li taj zajam dao član društva ili treća osoba kojoj je član društva dao neko osiguranje za povrat zajma.

Tražbine člana društva s naslova povrata zajma kojim se nadomješta kapital, on može u stečajnom postupku ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda (čl. 408. st. 1. ZTD-a). Uostalom i prema čl. 72. st. 2. t. 5. Stečajnog zakona ove se tražbine nalaze u posljednjem isplatnom redu među tražbinama nižih isplatnih redova. Prema tome, tražbine s naslova zajma kojim se nadomješta kapital Stečajni zakon i ZTD priznaju kao tražbine stečajnih vjerovnika. Iako se ova tražbina isplaćuje prije nego se eventualni ostatak stečajne mase podijeli članovima društva, s obzirom na mjesto vjerovnika u redosljedju namirenja vjerojatno se neće namiriti.

Kada je zajmodavac treća osoba kojoj je član društva dao neko osiguranje za povrat zajma, ona se može namiriti iz danog osiguranja. U tom slučaju na člana koji je davatelj osiguranja prelazi tako podmirena tražbina, pa se on u stečajnom postupku pojavljuje kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda. Treća osoba može u stečajnom postupku ostvarivati zahtjev za povrat zajma samo za onaj iznos za koji se nije namirila iz dobivenog osiguranja odnosno

jamstva (čl. 408. st. 2. ZTD-a). Prema tome, treća osoba se namiruje za dio jamstva koji je pokriven osiguranjem, dok se u odnosu na preostali dio tražbine pojavljuje kao stečajni vjerovnik.

Vrati li društvo zajam trećoj osobi u posljednjoj godini prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nad njim ili nakon podnošenja tog prijedloga, član društva koji je dao osiguranje ili jamčio za povrat zajma dužan je tako isplaćeni iznos vratiti do visine iznosa za koji je jamčio ili koji odgovara vrijednosti danog osiguranja u vrijeme vraćanja zajma (čl. 408. st. 4. reč. 1. i 3. ZTD-a). Član društva se oslobađa ove obveze ako predmet danog osiguranja vjerovniku stavi na raspolaganje društvu kako bi ono moglo namiriti tražbinu iz njegove vrijednosti (čl. 408. st. 4. reč. 4. ZTD-a).

Sudska praksa – tražbina za najamninu kao zajam koji nadomješta kapital. Presuda njemačkog Saveznog vrhovnog suda (2. 2. 2006. – IX. ZR 67/02 – objava u Der Betrieb br. 13/06., str. 717. Düsseldorf) je potvrdila da tražbina za nenaplaćenu najamninu, odnosno obveza društva prema članu društva koji je većinski vlasnik, a koju je imao prema društvu s osnove ugovora o najmu dijela svoje nekretnine za potrebe salona pokućstva u kojem je poslovalo društvo, nakon otvaranja stečaja društva prijavio je svoju tražbinu za nenaplaćenu najamninu. Visoki zemaljski sud je ispravno postupio, kako se navodi u presudi, kad je prepuštanje na uporabu nekretnine okvalificirao činidbom kojom se nadomješta vlastiti kapital kao i odobravanje zajma (više u: Pravo i porezi, RRiF-plus, Zagreb, br. 1/08., str. 119.).

6. Isključenje primjene pravila koja vrijede za zajam kojim se nadomješta kapital. Savjesni članovi društva mogu dodatnim uplatama novčanih sredstava na koje su se obvezali društvenim ugovorom (u razmjeru njihovih poslovnih udjela), u ograničenom ili neograničenom iznosu prema odredbi čl. 391. ZTD-a izbjeći primjenu pravila o zajmu kojim se nadomješta kapital. Spomenuta sredstva smiju se članovima vratiti samo ako nisu potrebna za pokriće gubitka društva na način propisan u čl. 391. st. 5. ZTD-a.

Pododjeljak 2. Poslovni udjeli

Određenje poslovnog udjela

Članak 409.

(1) Ako u društvenom ugovoru nije drugačije određeno, poslovni udio člana društva određuje se prema veličini preuzetoga temeljnoga uloga.

(2) Član društva može imati više poslovnih udjela.

(3) Zabranjeno je izdavanje isprava o kojima ovisi postojanje prava na isplatu dividende, a izdane isprave nisu valjane.