Položaj tajnog člana u slučaju stečaja poduzetnika

Konforta, Dora

Master's thesis / Diplomski rad

2022

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:199:749626

Rights / Prava: In copyright / Zaštićeno autorskim pravom.

Download date / Datum preuzimanja: **2024-04-23**

Repository / Repozitorij:

Repository Faculty of Law University of Zagreb

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Katedra za trgovačko pravo i pravo društava

Dora Konforta

DIPLOMSKI RAD

POLOŽAJ TAJNOG ČLANA U SLUČAJU STEČAJA PODUZETNIKA U TAJNOM DRUŠTVU

Mentor: prof. dr. sc. Nina Tepeš

Zagreb, lipanj 2022.

Izjava o izvornosti

Ja, Dora Konforta pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključiva autorica diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristila drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Dora Konforta

SADRŽAJ

I. UVOD ... 1
II. TAJNO DRUŠTVO ... 2
2.1 Pojam i karakteristike tajnog društva ... 2
2.1.1 Tajno društvo kao unutarnje društvo osoba i društvo bez zajedničke imovine članova ... 4
2.1.2 Sudjelovanje tajnog člana u dobiti i gubitku ... 5
2.1.3 Članovi tajnog društva ... 6
2.2 Tipovi tajnog društva ... 6
2.2.1 Tipično tajno društvo ... 7
2.2.2 Atipično tajno društvo ... 8
2.3 Gospodarska svrha tajnog društva ... 11
2.4 Kvalifikacija uloga tajnog člana u strukturi kapitala ... 14
2.4.1 Tuđi (vanjski) kapital ... 15
2.4.2 Vlastiti kapital ... 15
III. OTVARANJE STEČAJNOG POSTUPKA NAD PODUZETNIKOM ... 16
3.1 Stečaj poduzetnika ... 16
3.2 Položaj tajnog člana ... 17
3.3 Zakašnjenje tajnog člana s uplatom uloga ... 19
3.4 Posebnosti položaja tajnog člana u atipičnom tajnom društvu ... 21
3.5 Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika ... 22
3.6 Stečaj tajnog člana ... 24
3.7 Utjecaj odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na položaj tajnog člana ... 25
3.7.1 Zajam kojim se nadomješta kapital ... 25
3.7.2 Pretpostavke primjene odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital ... 26
3.7.3 Primjena odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana ... 29
3.7.4 Problem primjene pravila o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana ... 32
IV. ZAKLJUČAK ... 34
V. POPIS LITERATURE ... 36

POPIS KRATICA

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
SZ	Stečajni zakon
UGB	Unternehmensgesetzbuch
ZOO	Zakon o obveznim odnosima
ZTD	Zakon o trgovačkim društvima

I. UVOD

Tajno društvo privlačan je oblik udruživanja u kojem članovi ne žele da trećima bude poznato tko sve sudjeluje u poslovnim pothvatima radi čijeg obavljanja je sklopljen ugovor o tajnom društvu. Koristeći se ovim institutom tajni član može uložiti neku imovinsku vrijednost u poduzeće poduzetnika te sudjelovati u dobiti i gubitku poduzetnika, a da pritom njegovo sudjelovanje nije javno poznato. Pobude za ugovaranje takvog oblika udruživanja mogu biti vrlo različite, zbog čega je polje primjene ovog instituta vrlo široko. U pravnom sustavu Republike Hrvatske institut tajnog društva uređen je Zakonom o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD)[1], unatoč činjenici što se ne radi o trgovačkom društvu niti o pravnoj osobi.[2] Međutim, promatrajući usporedne pravne sustave i njihovo zakonodavstvo, vidljivo je da smještanje instituta tajnog društva u zakon kojim se reguliraju trgovačka društva nije prisutno jedino u hrvatskom pravnom sustavu. Tako se primjerice tajno društvo u pravu Savezne Republike Njemačke također uređuje Trgovačkim zakonikom (*Handelsgesetzbuch*, dalje u tekstu: njemački HGB)[3], kao i Trgovačkim zakonikom Republike Austrije (*Unternehmensgesetzbuch*, dalje u tekstu: austrijski UGB).[4] Unatoč mnogim pogodnostima koje ovakav oblik udruživanja pruža osobama koje se žele financijski angažirati, a istovremeno ne žele svoj identitet vezati uz određene poduzetničke djelatnosti, vrlo se često u literaturi piše o stvarnom stupnju tajnosti i mogućim zloupotrebama tajnog društva, dok drugi aspekti koji se odnose na položaj i međusobne odnose članova, tako primjerice u slučaju stečaja poduzetnika ili tajnog člana, nisu u tolikoj mjeri obrađivani u hrvatskoj pravnoj literaturi.

Cilj ovog diplomskog rada je prikazati položaj članova tajnog društva, poduzetnika i tajnog člana, u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom ili tajnim članom. Naime, nad samim tajnim društvom nije moguće otvoriti stečajni postupak. Navedeno proizlazi iz činjenice da je riječ o unutarnjem društvu bez pravne osobnosti, prilikom čijeg osnivanja ne dolazi do stvaranja zajedničke imovine.[5] ZTD i Stečajni zakon (dalje u tekstu: SZ)[6] sadrže nekoliko posebnih odredaba o tajnom društvu kojim se reguliraju pravne posljedice u slučaju otvaranja stečaja nad poduzetnikom. U prvom dijelu rada definiran je pojam tajnog društva uz prikaz

[1] NN br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. - službeni pročišćeni tekst, 111/12., 125/11., 68/13., 110/15., 40/19.

[2] Barbić, J., *Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2019., str. 637.

[3] RGBl. S. 219, BGBl. I S. 3436, 3457.

[4] dRGBl. S 219/1897, BGBl. I Nr. 86/2021.

[5] Barbić, J. op. cit. (bilj. 2), str. 637.

[6] NN br. 71/15., 104/17., 36/22.

njegovih karakteristika po kojima se ono razlikuje od drugih društava. Zatim se definiraju vrste tajnog društva, tj. tipično i atipično tajno društvo te njihove najvažnije karakteristike, jer odnosi unutar pojedinog tipa tajnog društva i različita kvalifikacija uloga tajnog člana utječu na njegov položaj u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom. Slijedi kratak osvrt na gospodarsku svrhu tajnog društva te pitanje njegove moguće zlouporabe. Razlika između vlastitog i stranog kapitala ukratko je predstavljena s obzirom da je ključna za razumijevanje kvalifikacije uloga tajnog člana u imovini poduzetnika te ima odlučujući utjecaj na sudbinu uloga u slučaju stečaja poduzetnika. Glavni dio rada čini analiza pravnih posljedica otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom na tajno društvo i na položaj tajnog člana posebice glede mogućnosti povrata njegovog uloga. Naime, tajnog člana ponajprije će u takvoj situaciji zanimati što će biti s njegovim ulogom s obzirom na to da je on prešao u imovinu poduzetnika, odnosno može li i na koji način zahtijevati njegov povrat. Razrađuje se situacija zakašnjenja tajnog člana s uplatom uloga u slučaju otvaranja stečaja te posebnosti položaja tajnog člana u atipičnom tajnom društvu kao i institut pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika. Nadalje, analiziraju se pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka nad imovinom tajnog člana na tajno društvo. Posljednje tematsko poglavlje rada problematizira pitanje primjene odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na položaj tajnog člana.

Prateći navedeni prikaz tematskih poglavlja u radu je sadržan i osvrt na način uređenja instituta tajnog društva u austrijskom pravnom sustavu, s obzirom da rješenja tog pravnog sustava, glede položaja tajnog člana i poduzetnika u slučaju otvaranja stečaja, odnosno instituta tajnog društva općenito, u velikoj mjeri odgovaraju rješenjima sadržanim u hrvatskom pravu.

II. TAJNO DRUŠTVO

2.1 Pojam i karakteristike tajnog društva

Tajno društvo je ZTD-om uređeno kao društvo koje nastaje ugovorom kojim jedna osoba (tajni član) ulaže neku imovinsku vrijednost u poduzeće druge osobe (poduzetnika) te na temelju toga stječe pravo sudjelovanja u dobiti i gubitku poduzetnika.[7] Takvo određenje tajnog društva u bitnome odgovara načinu na koji je tajno društvo uređeno u njemačkom i austrijskom pravnom sustavu. Primjerice, § 230, st. 1. njemačkog HGB propisuje da onaj tko kao tajni član

[7] Čl. 148. st. 1. ZTD.

imovinskim ulogom sudjeluje u poduzeću kojeg vodi netko drugi, ulog mora unijeti tako da on prijeđe u imovinu nositelja poduzeća. Takvom određenju tajnog društva odgovara i sadržaj §179 austrijskog UGB. Riječ je dakle o privatnopravnoj zajednici osoba koja nastaje ugovorom o osnivanju tajnog društva radi ostvarivanja zajedničkog cilja tajnog člana i poduzetnika, odnosno radi stjecanja dobiti u kojoj sudjeluje i tajni član, a da pritom ne dolazi do stvaranja zajedničke imovine članova.[8] Prilikom sklapanja ugovora o tajnom društvu ne dolazi do nastanka društva s pravnom osobnošću i stvaranja statusnopravnih odnosa.[9]

Odnosi tajnog člana i poduzetnika uređuju se prvenstveno ugovorom o tajnom društvu. Tajni član i poduzetnik su prilikom uređivanja međusobnih odnosa u velikoj mjeri slobodni u određenju sadržaja ugovora s obzirom na činjenicu da su zakonske odredbe kojima se regulira tajno društvo pretežno dispozitivnog karaktera i s obzirom na to da se radi o unutarnjem društvu. Na odnose između tajnog člana i poduzetnika primjenjivat će se odredbe Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO)[10] o ortaštvu, ali samo ako ti odnosi nisu uređeni spomenutim ugovorom ni odredbama glave III. ZTD-a kojima se posebno uređuje tajno društvo.[11] Navedeno proizlazi iz činjenice da je riječ o podvrsti ortaštva uz posebitosti koje proizlaze iz obilježja tajnog društva. Na tajno društvo primjenjivat će se i opće odredbe ZOO-a, ali tek ako pojedino pitanje nije uređeno ugovorom, odredbama glave III. ZTD-a ili posebnim propisima ZOO-a o ortaštvu.[12]

U zakonodavstvu Republike Austrije tajno društvo (*stille Gesellschaft*) uređeno je odredbama §§ 179 – 188 austrijskog UGB koji je na snagu stupio 2007. godine, čime je izvan snage stavljen do tad primjenjivani Trgovački zakonik (dalje u tekstu: austrijski HGB)[13]. Za razliku od hrvatskog zakonodavstva koje predviđa podrednu primjenu odredaba o ortaštvu na tajno društvo,[14] austrijsko pravo je za vrijeme primjene austrijskog HGB-a izričito isključivalo mogućnost primjene odredaba o ortaštvu prema § 179 austrijskog HGB. U navedenom članku bilo je izričito propisano kako se na tajno društvo ne primjenjuju odredbe 27. poglavlja, II. dijela Općeg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu:

[8] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 631.

[9] Gorenc, V., *Tajno društvo je imenovan i dopušten ugovor*, Računovodstvo, revizija i financije, br. 9/2009., str.128.

[10] NN br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.

[11] Čl. 149. st. 2. ZTD.

[12] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 629.

[13] Handelsgesetzbuch, dRGBl. S. 219/1897, BGBl. I Nr. 59/2005.

[14] Čl. 149. st. 2. ZTD.

austrijski ABGB)[15] o ortaštvu. Međutim, važeći austrijski UGB ne sadržava navedenu odredbu o isključivanju primjene pravila o ortaštvu na tajno društvo te se dotadašnji članak § 179 austrijskog HGB, niti ikakva slična odredba koja bi izričito isključivala primjenu pravila o ortaštvu na tajno društvo, ne nalazi u austrijskom UGB koji je na snazi.[16]

2.1.1 Tajno društvo kao unutarnje društvo osoba i društvo bez zajedničke imovine članova

Tajno društvo sadrži nekoliko bitnih obilježja kojim se ono razlikuje od drugih društava. Prije svega riječ je unutarnjem društvu osoba koje nije pravna osoba niti trgovačko društvo.[17] Kao unutarnje društvo ono ne djeluje prema trećima zbog čega ne postoji odgovornost tajnog člana za obveze koje bi proizašle iz poslovanja društva, već je poduzetnik taj koji nastupa u pravnom prometu i isključivi je nositelj prava i obveza iz poslovanja tajnog društva.[18] Kao unutarnje društvo ono se ne upisuje u sudski registar.[19] Ono nema tvrtku niti se u tvrtku poduzetnika mogu unijeti ime ili tvrtka tajnog člana.[20]

Nadalje riječ je o društvu u kojem nema zajedničke imovine članova. Tajni član temeljem imovinskog uloga koji prelazi u imovinu poduzetnika stječe pravo na sudjelovanje u dobiti i gubitku poduzetnika.[21] Sam ulog tajnog člana može se sastojati u novcu, stvarima i pravima čija se vrijednost može izraziti u novcu.[22] Međutim, ugovorom o tajnom društvu može se predvidjeti da doprinos tajnog člana može biti i u drugim dobrima, pa tako i uslugama.[23] Pritom ne dolazi do stvaranja zajedničke imovine članova već ulog tajnog člana, kako je već istaknuto, prelazi u imovinu poduzetnika.[24]

Austrijsko pravo također predviđa da ulog tajnog člana prelazi u imovinu poduzetnika te da je upravo poduzetnik jedini nositelj prava i obveza koje bi proizašle iz poslovanja poduzeća.[25] U

[15] JGS Nr. 946/1811 BGBl. I Nr. 175/2021.

[16] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 629., navodi da, iako austrijski UGB koji je trenutno na snazi ne sadrži odredbu o isključivanju primjene pravila o ortaštvu na tajno društvo, austrijsko pravo predstavlja iznimku te da se sukladno odredbi § 179 austrijskog HGB na tajno društvo ne primjenjuju odredbe ABGB zbog zastarjelosti u njemu sadržanih rješenja, koja nisu pogodna za primjenu u gospodarskim odnosima te vrste.

[17] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 629.

[18] Čl. 148. st. 4. ZTD.

[19] Gorenc, V., loc.cit.

[20] Čl. 148. st. 3. ZTD.

[21] Čl. 148. st. 1. ZTD.

[22] Čl. 148. st. 2. ZTD.

[23] Barbić, J., op. cit. (bilj. 2), str. 658.

[24] Čl. 148. st. 2. ZTD.

[25] § 179. st. 2. austrijski UGB.

odredbi § 179 austrijskog UGB govori se također o imovinskom ulogu, ali se za razliku od odredbe čl. 148. st. 2. ZTD-a ne konkretizira u čemu se taj ulog može sastojati. Odredba § 179 austrijskog UGB sadržajno odgovara odredbi § 230 njemačkog HGB u kojoj je također određeno da ulog tajnog člana prelazi u imovinu poduzetnika te da je jedini nositelj prava i obveza proizašlih iz poslovanja poduzeća upravo poduzetnik. Nadalje odredba § 230 njemačkog HGB također govori o imovinskom ulogu ne specificirajući pritom u čemu se navedeni ulog može sastojati. U pravnoj teoriji se zastupa stajalište da se u njemačkom pravnom sustavu pojam „imovinskog uloga" utvrđuje po općim načelima te da se u tajno društvo mogu unijeti i pružanje usluga, rad, korištenje stvari i slično, što može dovesti do problema kvalifikacije ugovora.[26] Navedeno se može analogno primijeniti i na austrijsko pravo s obzirom da odredbe austrijskog UGB koje se odnose na ulog tajnog člana imaju jednak sadržaj. I u hrvatskom pravnom sustavu često će biti potrebno utvrditi radi li se o ugovoru o tajnom društvu ili primjerice o ugovoru o zajmu, ortaštvu ili nekom drugom ugovoru. Prilikom kvalifikacije navedenih ugovora odlučan će biti način na koji tajni član sudjeluje u podjeli dobiti i gubitka te opseg prava nadzora tajnog člana nad poslovanjem poduzetnika.[27]

2.1.2 Sudjelovanje tajnog člana u dobiti i gubitku

Cilj tajnog društva je ostvarivanje dobiti poslovanjem poduzeća poduzetnika, a da pritom u dobiti sudjeluje i tajni član. Navedeno pravo sudjelovanja u dobiti tajni član stječe ulaganjem određene imovinske vrijednosti u poduzeće poduzetnika. Odredbe hrvatskog i austrijskog zakonodavstva sadrže, iako drugačije formulirana, istovjetna rješenja glede sudjelovanja tajnog člana u dobiti i gubitku. Tajni član i poduzetnik ugovorom o osnivanju tajnog društva slobodni su odrediti koliki će biti udio tajnog člana u dobiti i gubitku iskazanom poslovanjem poduzetnikovog poduzeća.[28] Tako je primjerice moguće da navedene udjele ugovore s najmanjom ili najvećom svotom ili pak u vidu kamata koje će se obračunavati na iznos uloga.[29] Ukoliko propuste odrediti koliko će iznositi udio tajnog člana u dobiti i gubitku ugovorom o tajnom društvu, utoliko će se smatrati da je ugovoren dio koji je primjeren konkretnim okolnostima.[30] Nadalje, ako nije drugačije ugovoreno, smatra se da tajni član istim udjelom

[26] Gorenc, V., *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*, RRIF, Zagreb, 2008., str. 209.
[27] Ibid.
[28] Čl. 151. st. 1. ZTD.
[29] Gorenc, V., op.cit. (bilj. 26), str. 209.
[30] Čl. 151. st. 2. ZTD.

sudjeluje u dobiti i gubitku iskazanim poslovanjem poduzeća poduzetnika.[31] Sudjelovanje tajnog člana u gubitku poduzetnikovog poduzeća ograničeno je tako da će tajni član sudjelovati u gubitku samo do iznosa uloga koji je uplatio, odnosno koji se obvezao uplatiti na temelju ugovora o tajnom društvu. Ulog tajnog člana tako će se smanjiti za iznos gubitka iskazanog poslovanjem poduzeća poduzetnika.[32] Tajno društvo vrlo privlačnim načinom udruživanja čini to što se sudjelovanje tajnog člana u snošenju gubitka može ugovorom isključiti, a tako uređen odnos između članova bit će u velikoj mjeri nalik ugovoru o zajmu. S druge strane kako bi se zaštitili interesi tajnog člana zakonom je izričito propisano da se ne može isključiti pravo tajnog člana na sudjelovanje u dobiti.[33] Takvo bi isključenje sudjelovanja tajnog člana bilo protivno svrsi zbog koje je tajno društvo osnovano, što je upravo ostvarenje zajedničkog cilja to jest stjecanje dobiti.[34]

2.1.3 Članovi tajnog društva

Ugovor o tajnom društvu moraju sklopiti dvije vrste članova, jedan poduzetnik i najmanje jedan tajni član, a sloboda ugovaranja omogućuje osnivanje tajnog društva u kojem sudjeluje više tajnih članova. Poduzetnik u tajnom društvu mora biti nositelj poduzeća, pri čemu to može biti fizička ili pravna osoba. Cilj tajnog društva je stjecanje dobiti poslovanjem poduzeća poduzetnika, što je ujedno i obilježje trgovca iz čega proizlazi da poduzetnik u tajnom društvu ima svojstvo trgovca. S obzirom na takav cilj, poduzetnik u tajnom društvu ne bi mogla biti pravna osoba u likvidaciji ili osoba nad kojom je otvoren stečajni postupak jer se tada više ne teži stjecanju dobiti.[35] Tajni član može biti svaka fizička i pravna osoba pri čemu je moguće, kako je već navedeno, da u tajnom društvu sudjeluje jedan tajni član ili da u njemu sudjeluje više tajnih članova. Nadalje osim mogućnosti da u tajnom društvu sudjeluje više tajnih članova, nema zapreke da neki član društva bude istodobno i tajni član društva s društvom kao poduzetnikom,[36] o čemu će više biti riječi u sljedećem poglavlju u kojem se govori o tipovima tajnog društva.

2.2 Tipovi tajnog društva

[31] Čl. 151. st. 4. ZTD.
[32] Čl. 152. st. 2. ZTD.
[33] Čl. 151. st. 3. ZTD.
[34] Gorenc, V., op.cit. (bilj. 26), str. 215.
[35] Barbić, J., op.cit (bilj. 2), str. 630.
[36] Ibid., str. 631.

ZTD ne sadrži odredbu o tipovima tajnog društava već se ona pojavljuje u pravnoj literaturi s obzirom na uređenje odnosa između tajnog člana i poduzetnika u svakom konkretnom slučaju. Naime, odredbe zakona kojima se uređuje tajno društvo, kako u hrvatskom tako i u austrijskom pravnom sustavu, imaju pretežito dispozitivan karakter. S obzirom na činjenicu da je riječ o unutarnjem društvu, nisu propisana ograničenja koja se postavljaju prilikom uređivanja vanjskih društava u svrhu zaštite trećih osoba. Navedena dispozitivnost odredbi, odnosno činjenica da je riječ o unutarnjem društvu, omogućava veću slobodu ugovaranja između tajnog člana i poduzetnika tako što im pruža mogućnost da tajno društvo u najvećoj mogućoj mjeri prilagode vlastitim potrebama u praksi. S obzirom na modalitete tajnog društva koji se pojavljuju u praksi radi potrebe prilagodbe konkretnim okolnostima, može se govoriti o tipičnom tajnom društvu i atipičnim tajnim društvima.[37] Navedena podjela odlučna je za određene pravne posljedice u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika koje su različite za pojedini tip tajnog društva te zbog navedenog važne za razumijevanje ovog rada.

U pravu Republike Austrije razlika između tipičnog i atipičnog tajnog društva potječe izvorno iz poreznog prava koje predviđa različit porezni tretman dobiti ostvarene poslovanjem poduzeća poduzetnika, ovisno sudjeluje li on u tipičnom ili atipičnom tajnom društvu.[38] Međutim, navedena razlika od utjecaja je, kao i u hrvatskom pravnom sustavu, na pravne posljedice koje nastaju povodom otvaranja stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika.

2.2.1 Tipično tajno društvo

Tipično tajno društvo temeljni je model tajnog društva koji je uređen ZTD-om. Odlika tipičnog tajnog društva sastoji se u tome što je ono uređeno tako da se tajnom članu ne daje više prava od onih koje su mu dane zakonskim odredbama o tajnom društvu. Preciznije, tajni član temeljem svog uloga sudjeluje u dobiti ostvarenoj poslovanjem poduzeća poduzetnika te sudjeluje u gubitku, pri čemu je sudjelovanje u gubitku ograničeno do iznosa uplaćenog uloga, odnosno do visine uloga koji se tajni član obvezao platiti temeljem ugovora o tajnom društvu.[39] Tajnom članu tada ne pripadaju ovlasti glede vođenja poslova poduzeća niti on sudjeluje u imovini poduzetnika. Kada se govori o pravu nadzora nad poslovanjem poduzetnika, tajni član u tipičnom tajnom društvu može zahtijevati od poduzetnika samo prijepis godišnjih

[37] Ibid., str. 639.

[38] Mylich, F., *Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil,* Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2018., 47(6), str. 873.

[39] Čl. 152. st. 2. ZTD.

financijskih izvješća, uvid u poslovne knjige i razjašnjenja na način propisan člankom 150. ZTD, dok mu ne pripada pravo na obaviještenost sukladno članku 84. istog zakona. U tom tipu tajnog društva sudjeluje jedan tajni član i jedan poduzetnik. S obzirom na to da se ulaganje tajnog člana u poduzeće poduzetnika smatra nekom vrstom kreditnog odnosa, ulog tajnog člana smatra se tuđim, a ne vlastitim kapitalom poduzetnika.[40]

2.2.2 Atipično tajno društvo

Činjenica da se radi o unutarnjem društvu te dispozitivnost zakonskih odredbi kojima se tajno društvo uređuje omogućuje članovima ugovornu prilagodbu tajnog društva vlastitim potrebama na način da, uređujući pojedine odredbe ugovora, odstupaju od tipičnog oblika tajnog društva kako je on propisan ZTD-om. Naime, kao unutarnje društvo ono ne djeluje prema trećima već ono postoji i djeluje samo među članovima.[41] Zbog navedenog, nema onakvih ograničenja koja su propisana glede uređivanja vanjskih društava kako bi se zaštitile treće osobe, što se prije svega odnosi na zaštitu vjerovnika. Nadalje, u pravilu će tajno društvo imati manji broj članova pa stoga nije potrebno propisima ograničiti slobodu ugovaranja u svrhu zaštite članova. Pritom atipično tajno društvo ne čini točno određeni tip društva, već se radi o modalitetima ugovorne prilagodbe koju čine članovi tajnog društva u praksi.[42] Prilikom sklapanja ugovora o tajnom društvu članovi mogu odstupati od zakonskih odredbi tajnog društva do one mjere do koje je to dopušteno. Tako primjerice, iako u velikoj mjeri slobodni u uređenju međusobnih odnosa, članovi neće moći isključiti pravo tajnog člana na sudjelovanje u dobiti iz razloga što bi navedeno bilo protivno odredbi st. 3. čl. 151. ZTD i suprotno svrsi tajnog društva. Ne može se isključiti ni ograničiti pravo nadzora tajnog člana nad poslovanjem poduzetnika propisano čl. 150. st. 1. i 2. ZTD,[43] niti pravo članova na otkaz ugovora na način propisan čl. 155. ZTD-a.[44]

Iako je u praksi iznimno teško naići na dva identično uređena atipična tajna društva s obzirom da se radi o maksimalnoj prilagodbi društva konkretnim okolnostima, atipična tajna društva se u pravnoj teoriji klasificiraju prema odstupanjima od obilježja tipičnog tajnog društva. Tako se ugovorom o osnivanju tajnog društva može odrediti da tajni član, u vezi s njegovim ulogom u poduzetnikovo poduzeće, sudjeluje u imovini poduzetnika. Tada tajni član ima, ne samo pravo

[40] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 639.
[41] Ibid., str. 631.
[42] Ibid.
[43] Čl. 150. st. 4. ZTD.
[44] Čl. 155. st. 2. ZTD.

na sudjelovanje u dobiti, već i dodatna imovinska prava. Primjerice u slučaju prestanka društva imat će pravo sudjelovati u podjeli poduzetnikove imovine u čemu kao tajni član u tipičnom tajnom društvu ne bi mogao sudjelovati. Bitno je istaknuti da se radi o obveznopravnom zahtjevu danom tajnom članu, a ne o stvaranju zajedničke imovine tajnog društva. U tom slučaju položaj tajnog člana približava se položaju komanditora u komanditnom društvu.[45]

Nadalje, položaj tajnog člana u atipičnom tajnom društvu može biti takav da mu se, ugovorom o tajnom društvu, da pravo u vođenju poslova poduzeća. Pritom navedeno pravo može biti u rasponu od prava na protivljenje poduzetniku prilikom poduzimanja radnji vođenja poslova poduzeća ili pravo na davanje suglasnosti prilikom poduzimanja nekih radnji. Tajnom članu može biti dano i pravo na neposredno vođenje poslova koje često podrazumijeva i ovlast za zastupanje vezano uz poslovanje poduzetnikovog poduzeća. Bitno je istaknuti kako se tu ne radi o ovlasti zastupanja tajnog društva, jer je riječ o unutarnjem društvu koje se ne pojavljuje prema trećima, već se radi o ovlasti za zastupanje poduzetnika u vezi s poslovanjem njegova poduzeća. Pritom se takva ovlast temelji na punomoći koju poduzetnik daje tajnom članu, a ne na zakonu ili konstitutivnom aktu poduzetnika.[46]

Tajno društvo moguće je urediti i tako da u njemu sudjeluje i više tajnih članova, pri čemu je potrebno ugovorom urediti pitanja koja se javljaju, s obzirom da prema poduzetniku u tom slučaju ne nastupa jedan, već više tajnih članova. Tako se mogu predvidjeti posebna tijela u kojima će sudjelovati tajni članovi (primjerice skupština, kolegij, vijeće i sl.), a može se urediti i pitanje načina donošenja odluka. Preporučljivo je u tom slučaju ugovorom riješiti i pitanja ulaska i izlaska članova iz tajnog društva, jer će se inače primjenjivati pravila koja za to vrijede u ortaštvu.[47]

Moguće je i da komanditor istovremeno bude i tajni član tajnog društva u kojemu se kao poduzetnik javlja upravo komanditno društvo. Tada je on član u dva odvojena društva, pri čemu u tajnom društvu sudjeluje s ulogom u imovinu poduzetnika i svoja prava ostvaruje sukladno pravilima kojima je regulirano tajno društvo, a u komanditnom društvu sudjeluje s komanditnim ulogom te svoja prava ostvaruje prema pravilima koja se odnose na komanditno društvo. Ako je riječ o navedenom slučaju bitno je zasebno kvalificirati ulog komanditora koji u komanditnom društvu sudjeluje komanditnim ulogom, od uloga kojim taj isti komanditor sudjeluje kao tajni član u tajnom društvu s komanditnim društvom kao poduzetnikom. Naime,

[45] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 640.
[46] Ibid.
[47] Ibid., str. 641.

kvalifikacija uloga biti će različita, a upravo je ona ključna kada se govori o ostvarenju prava tajnog člana u slučaju stečaja komanditnog društva. Kada bi se oba uloga smatrala jednim ulogom po pravilima komanditnog društva, tajni član ne bi mogao ostvarivati pravo na povrat uloga kao stečajni vjerovnik jer bi se tada ulog smatrao njegovim kapitalom u društvu.[48] Oba uloga smatrat će se jedinstvenim ulogom u slučaju kada se tajnom članu, koji je ujedno i komanditor, prizna pravo na sudjelovanje u imovini društva i pravo utjecaja na vođenje poslova tog društva. On će tada, s obzirom da se oba uloga u tom slučaju smatraju jedinstvenim ulogom u komanditnom društvu, odgovarati vjerovnicima društva prema pravilima koja vrijede za komanditno društvo.[49] Odgovarat će naime, ako ne uplati u cjelini ulog na koji se obvezao, za obveze društva do visine ugovorenog uloga umanjenog za uplaćeni dio.[50]

Članovi društva s ograničenom odgovornošću mogli bi također sudjelovati kao tajni članovi s tim društvom kao poduzetnikom u atipičnom tajnom društvu. No, tajni član u tajnom društvu s društvom s ograničenom odgovornošću kao poduzetnikom, ne mora nužno biti član tog društva. Međutim, ukoliko se takvom tajnom članu u ugovoru o osnivanju tajnog društva daju ovlasti koje bi imale značajan utjecaj na vođenje poslova poduzetnika i pravo na sudjelovanje u imovini poduzetnika, u ovom slučaju društva s ograničenom odgovornošću, tada ih se treba smatrati članovima tog društva s ograničenom odgovornošću. Naime, zbog ovlasti danih tajnim članovima koji imaju odlučujući utjecaj na vođenje poslova i sudjelovanje u imovini društva, oni su dobro upoznati s poslovanjem poduzeća. Zbog navedenog se smatra kako bi takav proširen opseg prava tajnih članova mogao, prema okolnostima, dovesti do njihove odgovornosti za obveze tog društva. Navedeno ima utjecaj i na položaj tajnih članova u slučaju stečaja poduzetnika.[51] U austrijskoj pravnoj literaturi se za tajna društva u kojima su članovi društva s ograničenom odgovornošću istovremeno i tajni članovi, a navedeno društvo poduzetnik, koristi poseban naziv „*GmbH & Still*“.[52] Kako je već navedeno, podjela na tipično i atipična tajna društva u austrijskom pravu potječe iz različitog tretmana dobiti u poreznom pravu, no ona postoji i u pravu društava.[53] Kao i u hrvatskom pravu radi se o prilagodbi instituta potrebama članova čime se odstupa od temeljnog modela propisanog zakonom.

[48] Ibid.
[49] Ibid., str. 641, 642.
[50] Čl. 143. st. 2. ZTD.
[51] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 642.
[52] Tako u Aburumieh, N., Foglar-Deinhardstein, H., *Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte,* Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht 18, 3–18, 2019. i Geißler, M., Aktuelle und fortdauernde Rechtsprobleme bei der GmbH & Still, GmbHR 2008.
[53] Mylich, F., op.cit. (bilj. 38) str. 873.

Međutim, u austrijskom pravu se pitanjem kvalifikacije uloga tajnog člana u atipičnom tajnom društvu bavio Vrhovni sud Republike Austrije i to u više presuda u kojima je sud čak i izmijenio svoja prethodno istaknuta stajališta. Prva presuda u kojoj se navedeni sud bavio kvalifikacijom uloga tajnog člana u atipičnom tajnom društvu bila je presuda 8 Ob 4/95.[54] Istaknuto je stajalište kako je za kvalifikaciju uloga, kao vlastitog kapitala poduzetnika, odlučno sudjelovanje tajnog člana u imovini poduzeća i/ili pravo na sudjelovanje u vođenju poslova društva. Pritom, u slučaju kada je tajnom članu dano pravo na sudjelovanje u imovini poduzeća, je li mu dano i pravo na sudjelovanje u vođenju poslova nije od utjecaja. Kada se ugovorom o tajnom društvu tajnom članu prizna pravo na sudjelovanje u tihim rezervama i imovini poduzeća, za njega se koristi izraz „tihi supoduzetnik" (*stille Mitunternehmer*), odnosno navodi se kako je tada zapravo riječ o zajedničkom poduzetničkom pothvatu. Prema mišljenju u navedenoj presudi, jednako kao i u hrvatskom pravu, ulog takvog atipičnog tajnog člana kvalificira se kao vlastiti kapital, što dovodi do njegovog različitog položaja u slučaju stečaja poduzetnika, od onog kojeg u tom slučaju ima tajni član u tipičnom tajnom društvu.[55] Međutim, navedeno mišljenje je izmijenjeno u kasnijoj presudi 6 Ob 204/16t.[56] Do izmjene prethodno izraženog stajališta o kvalifikaciji uloga tajnog člana u atipičnom tajnom društvu došlo je zbog stupanja na snagu zakona kojim se regulira primjena odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na tajno društvo. Radi se o zakonu pod nazivom *Eigenkapitalersatzgesetz* (dalje u tekstu: EKEG)[57] koji se primjenjuje od 1. siječnja 2004. godine, a koji je na kvalifikaciju uloga tajnog člana utjecao na način da je njime propisano u kojem će se slučaju ulog tajnog člana smatrati zajmom kojim se nadomješta kapital. U navedenoj presudi istaknuto je kako, od stupanja na snagu EKEG-a, nije pravilno kvalificirati svaki ulog tajnog člana kojem je dano pravo na sudjelovanje u tihim rezervama, odnosno u imovini poduzeća ili u slučaju kada se njegov položaj približio položaju komaditora kao vlastiti kapital poduzetnika. Detaljnija analiza navedenog stajališta sadržana je u kasnijem dijelu rada u kojem se govori o primjeni odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana, s obzirom da je za njenu analizu potrebno predstaviti sadržaj relevantnih odredaba EKEG-a.

2.3 Gospodarska svrha tajnog društva

[54] Presuda Vrhovnog suda Republike Austrije (der Oberste Gerichtshof), 8 Ob 4/95 (8 Ob 5/95).

[55] Trenker, M., *Die atypisch stille Gesellschaft in der Insolvenz des Unternehmers*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 25, 2011., str. 128.

[56] Presuda Vrhovnog suda Republike Austrije (*der Oberste Gerichtshof*), 6 Ob 204/16t.

[57] Eigenkapitalersatz-Gesetz, BGBl. I Nr. 92/2003, BGBl. I Nr. 58/2010.

Tajno društvo kao unutarnje društvo predstavlja pogodan oblik udruživanja u kojem tajni član želi sudjelovati u unutarnjem odnosu s poduzetnikom, ali se ne želi pojavljivati u odnosu prema trećima.[58] Na taj način tajni član može svojim ulogom osigurati kapital za poslovanje poduzeća poduzetnika i sudjelovati u dobiti iz poslovanja poduzeća, a da pri tom ne preuzima odgovornost za obveze koje bi proizašle iz poslovanja poduzeća prema trećima. Nadalje, tajno društvo privlačnim oblikom udruživanja čini činjenica da je riječ o unutarnjem društvu te u velikoj mjeri dispozitivne odredbe kojima je ono regulirano, što članovima omogućava da tajno društvo prilagode konkretnim okolnostima u praksi. Tako članovi prilikom sklapanja ugovora o tajnom društvu mogu odstupiti od temeljnog modela tipičnog tajnog društva propisanog u zakonu. Kako je već istaknuto, konkretne pobude za sklapanje ugovora o tajnom društvu mogu biti vrlo različite pa je njegovo polje primjene široko.[59]

Može se koristiti kako za jednostavne poslovne pothvate, tako i za poslovne pothvate za koje je predviđeno da traju duži vremenski period i kod kojih su potrebna veća sredstva. Tako se primjerice tajno društvo može koristiti za ulaganja u dugotrajna istraživanja u industriji koja će omogućiti proizvodnju novih proizvoda i njihov plasman na tržište. Tajnim društvom koristi se i kao pogodnim sredstvom za prikupljanje financijskih sredstava za neko poslovanje. Nadalje, moguće ga je koristiti da se iskoristi ugled koji je neka osoba već stekla na tržištu, na način da se ulaže u njeno poduzeće i sudjeluje u poslovnim rezultatima bez da sudjelovanje tajnog člana bude javno poznato. Moguće je da se tajno društvo koristi i tako da radnici ulažu u poduzetnikovo poduzeće u kojem su istovremeno i zaposleni te tako sudjeluju u dobiti ostvarenoj rezultatima poslovanja. Isto tako članovi obitelji mogu unijeti imovinske uloge u poduzeće nekog od članova obitelji te sudjelovati u ostvarenoj dobiti.[60]

U prilog korištenju tajnog društva govori i razlog izbjegavanja da se odgovara za obveze društva. Tako komanditori mogu uložiti male komanditne uloge u komanditno društvo, a da se veći dio uloga obvežu unijeti kao ulog u tajno društvo temeljem ugovora o tajnom društvu koje su sklopili s komanditnim društvom.[61] Uplatom komanditnog uloga u cjelini komanditor isključuje svoju odgovornost za obveze komanditnog društva.[62] Istovremeno, kao tajni član ne

[58] Gorenc, V. op.cit. (bilj. 9), str. 128.
[59] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 644.
[60] Ibid., str. 645.
[61] Ibid.
[62] Čl. 143. st. 1. ZTD.

odgovara za obveze društva. Navedeno ne vrijedi u slučaju ako se ispune pretpostavke da se oba uloga smatraju jedinstvenim komanditnim ulogom.[63]

U prilog korištenja tajnog društva govori i to da članovi društva s ograničenom odgovornošću, istovremenim sudjelovanjem s tim društvom kao poduzetnikom u tajnom društvu, osiguravaju sebi bolji položaj u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad društvom poduzetnika, a tako je i kod komanditora komanditnog društva.[64] Tako će u navedenom slučaju članovi društva s ograničenom odgovornošću, odnosno komanditori komanditnog društva, kao članovi tajnog društva u pogledu prava na povrat uloga, imati položaj stečajnog vjerovnika u odnosu na onaj dio uloga koji prelazi iznos njihovog udjela u gubitku, a ne samo člana društva kome pripada dio ostatka stečajne mase.[65]

Međutim, treba upozoriti kako ni kod sklapanja ugovora o tajnom društvu poduzetnik i tajni član ne smiju svoje međusobne odnose uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva. Tajno društvo ne upisuje se u sudski registar zbog čega se ne može znati njihov točan broj u praksi niti tko su njihovi članovi. Iako se ne upisuje u sudski registar članovi ne ostaju u svim slučajevima potpuno skriveni.[66] Za sklapanje ugovora o tajnom društvu nije propisan oblik niti je prilikom njegovog sklapanja potrebno sudjelovanje javnog bilježnika. Radi pravne sigurnosti u pojedinim slučajevima članovi tajnog društva odlučuju se ovjeriti potpis kod javnog bilježnika koji je tada dužan dostaviti jedan primjerak nadležnoj ispostavi Ministarstva financija, Porezne uprave.[67] Navedena odredba unesena je u zakon kako bi se pokušalo spriječiti izbjegavanje plaćanja poreza na dobit.[68] Nadalje, kada je iznos uloga tajnog člana veća svota novca, tada se on uplaćuje na račun poduzetnika pri čemu će postojati trag o navedenoj uplati. Isto vrijedi i za slučaj isplate dobiti koja će se isplaćivati na račun tajnog člana, iznimno njegovog odvjetnika, pri čemu će računovodstvo poduzetnika saznati za navedenu isplatu. Trag će postojati i ako je uplata manje svote novca uplaćena u gotovini na blagajni ili u računovodstvu društva.[69] Kada je riječ o poduzetničkom ugovoru, u slučaju kad ugovor o tajnom društvu sklapa društvo kapitala, on mora biti upisan u sudski

[63] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2) str. 645.
[64] Ibid., str. 646.
[65] Čl. 157. st. 1. ZTD.
[66] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2) str. 645.
[67] Čl. 148. st. 5. ZTD.
[68] Barbić, J., *Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2019. i javno bilježništvo*, Javni bilježnik, 2019., br. 46, str. 38.
[69] Kaleb, Z., *Ugovori o tajnom društvu i njihova primjena u praksi,* Računovodstvo, revizija i financije, 2012., br. 12., str. 220.

registar sjedišta društva.[70] S njime se mora usuglasiti skupština društva te ga mora odobriti uprava[71] što znatno proširuje krug osoba koje su upoznate s njegovim sadržajem.[72]

Tajno društvo često je predmet rasprava kada se govori o njegovim mogućim zlouporabama. Tako je u prijedlogu za pokretanje postupka ocjene ustavnosti zakonskih odredbi Glave III. Zakona o trgovačkim društvima (»Narodne novine«, br. 111/93) odlučivao i Ustavni sud Republike Hrvatske. Naime, podnositelj prijedloga smatrao je kako su odredbe navedene glave zakona „suprotne članku 49. stavcima 1. i 2. te članku 3. Ustava, kao jamstvu vladavine prava" te da sam „koncept tajnog društva, predstavlja omogućavanje raznih novčanih malverzacija te nečasnih ortakluka". Ustavni sud riješio je kako prijedlog ocjene ustavnosti nije osnovan te je naveo da je tajno društvo prisutno u legislativi europskih zemalja i da ima posebnu gospodarsku svrhu. Nadalje, Ustavni je sud naveo da je tajno društvo u hrvatskom zakonodavstvu razrađeno prema standardima europskih zakonodavstava.[73]

2.4 Kvalifikacija uloga tajnog člana u strukturi kapitala

Primarna komponenta financiranja društva je pribavljanje kapitala pri čemu se društvo može, osim vlastitim kapitalom, financirati i tuđim (vanjskim) kapitalom kojeg pribavljaju vjerovnici.[74] Razgraničenje vlastitog i stranog kapitala važno je s gospodarskog i s pravnog aspekta. Financiranjem društava isključivo iz vlastitih izvora znatno bi se usporio njihov razvoj i umanjila mogućnost uspješnog poslovanja pa je s obzirom na navedeno neophodno financiranje i putem tuđeg kapitala.[75] Kada se govori o tajnom društvu, postavlja se pitanje kako kvalificirati ulog tajnog člana, odnosno radi li se o tuđem kapitalu ili o vlastitom kapitalu poduzetnika. Kvalifikacija uloga tajnog člana imat će odlučujuću ulogu u slučaju stečaja poduzetnika jer upravo o navedenoj kvalifikaciji ovisi u kojem će svojstvu tajni član moći zahtijevati povrat svog uloga.

---

[70] Čl. 482. st. 1.

[71] Čl. 481. st.1. i st. 4.

[72] Barbić, J., op.cit (bilj. 2), str. 645.

[73] Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-608/1996 i U-I-816/1998 od 17. studenoga 1999.

[74] Marković, I., *Financiranje: Teorija i praksa financiranja trgovačkih društava*, RRIF plus, Zagreb, 2000., str. 5.

[75] Ibid., str. 24.

2.4.1 Tuđi (vanjski) kapital

U gospodarskom smislu, tuđim (vanjskim) kapitalom smatra se onaj kapital koji društvu pribavljaju vjerovnici.[76] U ekonomskoj literaturi govori se i o kapitalu kod kojeg postoji obveza vraćanja vjerovnicima, a koji se koristi za financiranje kratkoročnih ili dugoročnih ulaganja.[77] Kao izvor financiranja tuđi kapital je prihvatljiv, no prednost treba dati vlastitom kapitalu zbog zaštite vjerovnika društva od rizika nemogućnosti naplate njihovih potraživanja.[78] Kada je riječ o tipičnom tajnom društvu, ulaganje tajnog člana ostvaruje se kao neka vrsta kreditnog odnosa pa se ulog tajnog člana ne smatra vlastitim kapitalom poduzetnika, već tuđim kapitalom.[79] Upravo činjenica da se ulog tajnog člana u tipičnom tajnom društvu smatra tuđim kapitalom dovodi do mogućnosti da tajni član, u slučaju da se stečajni postupak otvori nad imovinom poduzetnika, zahtjeva povrat svog uloga kao stečajni vjerovnik.[80]

2.4.2 Vlastiti kapital

Kod financiranja društva uloženim sredstvima i sredstvima stvorenim poslovanjem govori se o financiranju vlastitim kapitalom.[81] Za vlastiti kapital karakteristično je da kod njega ne postoji obveza vraćanja s obzirom na to da ga, za razliku od tuđeg kapitala, ne pribavljaju vjerovnici.[82] Radi se naime o financiranju sredstvima uloženim od strane članova i sredstvima stvorenim poslovanjem. Vlastiti kapital važan je radi zaštite vjerovnika društva od rizika nemogućnosti naplate njihovih potraživanja, jer upravo taj kapital povećava sigurnost vjerovnika.[83] Tako primjerice prilikom osnivanja društva s ograničenom odgovornošću članovi unose u njega novac, stvari i/ili prava. Na taj način ulaganjem vlastitog kapitala u društvo, članovi oblikuju poduzeće putem kojeg društvo istupa na tržištu. Tako se društvo financira vlastitim kapitalom kojeg pribavljaju članovi i tuđim kapitalom kojeg pribavljaju vjerovnici.[84] U određenim slučajevima ulog tajnog člana u atipičnom tajnom društvu smatrat će se vlastitim kapitalom poduzetnika što će značajno utjecati na mogućnost povrata uplaćenog uloga u

[76] Ivkošić, M., *Kapitalno orijentirani sustav zaštite vjerovnika društva s ograničenom odgovornošću*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 70, (1), 2020., str. 108.
[77] Marković, I., op.cit. (bilj. 74), str. 7.
[78] Ibid., str. 10.
[79] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 639.
[80] Čl. 157. st. 1. ZTD.
[81] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str. 951.
[82] Marković, I., op.cit. (bilj. 74), str. 7.
[83] Ibid., str. 10.
[84] Ivkošić, M., loc. cit.

slučaju otvaranja stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika o čemu će biti izloženo više u nastavku rada.

III. OTVARANJE STEČAJNOG POSTUPKA NAD PODUZETNIKOM

Kako je već istaknuto, jedno od obilježja tajnog društva jest da ono nije ni trgovačko društvo niti pravna osoba. Također, u tajnom društvu ne dolazi do stvaranja zajedničke imovine članova društva. S obzirom na navedeno, nije moguće da se zbog nemogućnosti za plaćanje ili prezaduženosti otvori stečajni postupak nad tajnim društvom, već je moguće stečajni postupak otvoriti jedino nad poduzetnikom ili tajnim članom.[85] ZTD zbog posebnosti položaja tajnog člana sadržava odredbu čl. 157 koja dopunjuje odredbe stečajnog prava, kojom se uređuje sudbina tajnog društva te prava i obveze tajnog člana i poduzetnika, u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom. Odredba čl. 157 ZTD-a u odnosu na odredbe stečajnog prava predstavlja stoga *lex specialis*. Posebne odredbe ZTD-a i SZ-a za slučaj otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom postoje zbog toga što ulog tajnog člana prelazi u imovinu poduzetnika pri čemu ostali vjerovnici, kao ni sam tajni član, ne bi zbog toga smjeli doći u teži položaj. Tada se neće sastavljati obračun, kao što to inače biva u slučaju prestanka tajnog društva, već će se provesti postupak sukladno pravilima stečajnog prava.[86] Austrijsko zakonodavstvo sadrži ista rješenja pa tako sadržaj članka 157. ZTD kojim se uređuju prava tajnog člana glede povrata njegovog uloga i obveza uplate uloga u stečajnu masu odgovara sadržaju članka § 187 austrijskog UGB. Članak 205. SZ i § 188 austrijskog UGB propisuju činjenično stanje na temelju kojega može doći do pobijanja određenih pravnih radnji stečajnog dužnika, što ne isključuje primjenu ostalih odredaba SZ-a koje se primjenjuju na pobijanje.

3.1 Stečaj poduzetnika

Otvaranje stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika ili tajnog člana jedan je od razloga koji dovode do prestanka društva propisan čl. 154. st. 1 t. 5. ZTD. Pritom nije od značaja radi li se o tipičnom ili atipičnom tajnom društvu, jer kako je već istaknuto, sam zakon navedenu

[85] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 637.
[86] Gorenc, V., op.cit. (bilj. 26), str. 223.

razliku ne navodi. Uz otvaranje stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika ili tajnog člana ZTD-om su uređeni i ostali razlozi koji će dovesti do prestanka društva po sili zakona, izuzev ako je što drugo predviđeno ugovorom o tajnom društvu.[87] Međutim, ugovorom o tajnom društvu ne bi se moglo ugovoriti da tajno društvo ne prestaje otvaranjem stečajnog postupka nad poduzetnikom jer bi se to protivilo naravi tajnog društva. Naime, upravo je postojanje poduzetnika kao trgovca uvjet za postojanje tajnog društva.[88] Poduzetnik u tajnom društvu ne bi mogla biti osoba nad kojom, odnosno nad čijom imovinom se provodi stečajni postupak jer joj tada više nije cilj da stječe dobit.[89] Austrijsko pravo uređuje otvaranje stečajnog postupka nad poduzetnikom ili tajnim članom kao razlog prestanka društva u članku § 185 st. 2. austrijskog UGB, zajedno sa smrću poduzetnika. Jednako se smatra da se u slučaju stečaja poduzetnika ugovorom o tajnom društvu ne bi mogao isključiti prestanak društva po sili zakona.[90] Tajno društvo prestaje u trenutku kad je rješenje o otvaranju stečajnog postupka objavljeno na mrežnoj stranici e-Oglasna ploča sudova jer tada nastupaju pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka.[91]

3.2 Položaj tajnog člana

U slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom, tajnog člana zanimat će prije svega koja prava on ima glede svog uloga, s obzirom da njegov ulog, kako je već navedeno, prelazi u imovinu poduzetnika. ZTD-om je propisano da tajni član u slučaju stečaja poduzetnika ima pravo zahtijevati povrat svog uloga i to kao stečajni vjerovnik, ali samo u odnosu na onaj dio uloga koji prelazi iznos njegovog udjela u gubitku.[92] Navedeno pravo tajnog člana proizlazi iz toga što se, doduše samo u tipičnom tajnom društvu, njegov ulog ne smatra ulogom u kapital poduzetnika, već je riječ o zajmu kvalificiranom kao tuđi kapital, pa tajni član može tražiti njegov povrat kao stečajni vjerovnik. Takav položaj tajnog člana postoji zbog toga što je riječ o unutarnjem društvu, jer bi inače u stečajnom postupku član nekog društva svoj ulog mogao smatrati izgubljenim, a ovisno o tipu društva i izravno odgovarati za obveze društva.[93] Podjela na tipično i atipično tajno društvo o kojoj je bilo riječi u prethodnom dijelu rada ima utjecaj na položaj tajnog člana glede ostvarivanja prava na povrat uloga. Tako će, prema stajalištu

[87] Čl. 154 ZTD.

[88] Gorenc, V., op.cit. (bilj. 26), str. 220.

[89] Barbić, J., op. cit. (bilj. 2), str. 630.

[90] Krejci, H., *Gesellschaftsrecht, Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften*, MANZ Verlag Wien, 2005., str. 458.

[91] Čl. 158. st. 1. SZ.

[92] Čl. 157. st. 1. ZTD.

[93] Gorenc, V., op.cit. (bilj. 26), str. 223.

izraženom u hrvatskoj pravnoj teoriji, drugačiji položaj u slučaju stečaja poduzetnika imati tajni član u atipičnom tajnom društvu kojem je uz ovlasti dane zakonom, društvenim ugovorom priznato i pravo sudjelovanja u imovini poduzetnika, odnosno kada se odredi da se njegov ulog smatra ulogom u kapital poduzetnika.[94] Rješenje koje primjenjuje austrijsko zakonodavstvo u § 187 st. 1. austrijskog UGB glede prava na povrat uloga odgovara u potpunosti rješenju hrvatskog zakonodavstva sadržanom u čl. 157. ZTD. Određeno je tako da u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom tajni član može glede svog uloga zahtijevati povrat uloga kao stečajni vjerovnik, sve dok iznos uloga prelazi iznos njegova udjela u gubitku.[95]

Kao što je navedeno, tajni član može kao stečajni vjerovnik zahtijevati povrat svog uloga, ali samo u odnosu na onaj dio uloga koji prelazi iznos njegovog udjela u gubitku.[96] Koliko će iznositi udio tajnog člana u gubitku ovisit će o tome kako je navedeno pitanje uređeno ugovorom o tajnom društvu.[97] Kako je već navedeno, ugovorom o tajnom društvu može se isključiti obveza tajnog člana da sudjeluje u snošenju gubitka iskazanog poslovanjem poduzeća.[98] Tada će položaj tajnog člana biti vrlo povoljan jer će moći zahtijevati povrat svog uloga, neovisno o iznosu gubitka nastalog u poslovanju društva.

U austrijskoj pravnoj literaturi sadržano je jednako rješenje glede položaja tajnog člana i njegove mogućnosti zahtijevanja povrata uloga. Kao što je već istaknuto člankom § 187 st. 1. austrijskog UGB određeno je da će tajni član povrat svog uloga moći zahtijevati u stečajnom postupku kao stečajni vjerovnik, sve dok visina njegovog uloga prelazi njegov iznos udjela u gubitku. Jednako kao čl. 151. st. 3. ZTD, § 181 st. 2. austrijskog UGB propisuje mogućnost isključenja sudjelovanja tajnog člana u gubitku. Istim stavkom određeno je kako se ne može isključiti sudjelovanje tajnog člana u dobiti. U pravnoj se teoriji navodi kako u slučaju kada je isključeno sudjelovanje tajnog člana u gubitku, položaj tajnog člana odgovara položaju zajmodavca.[99] U tom slučaju položaj tajnog člana bit će izuzetno povoljan, jer se tada neće morati namirivati kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda, osim ako njegov ulog ne bude kvalificiran kao ulog u kapital poduzetnika kao što je pod određenim pretpostavkama slučaj u atipičnom tajnom društvu.[100] Ugovaranje isključenja obveze tajnog člana na sudjelovanje u

[94] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 676.
[95] § 187 st. 1. austrijski UGB.
[96] Čl. 157. st. 1. ZTD.
[97] Čl. 151. st. 1. ZTD.
[98] Čl.151. st. 3. ZTD.
[99] Trenker, M., op.cit. (bilj. 55) str. 127.
[100] Hochedlinger, G., Fuchs, H., *Stille Gesellschaft: Praxishandbuch zu gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Fragen,* MANZ Verlag, Wien, 2006., str. 267.

snošenju gubitka posebno za slučaj otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom bilo bi nedopušteno jer bi takva odredba bila protivna moralu društva. Također, u pravnoj se teoriji navodi kako tajni član sudjeluje u gubitku sve do otvaranja stečajnog postupka, ukoliko nije isključeno njegovo sudjelovanje u gubitku. Tajni član sudjelovat će i u gubitku koji nastane uslijed otvaranja stečajnog postupka te u gubitku koji nastane zbog toga što stečajni upravitelj dovrši poslove koji u trenutku prestanka društva nisu bili dovršeni.[101]

3.3 Zakašnjenje tajnog člana s uplatom uloga

Rješenja hrvatskog i austrijskog prava, kako je već navedeno, glede prava tajnog člana na povrat uloga i njegove obveze uplate zakašnjelog uloga u stečajnu masu jednaka su. Kako u ZTD-u tako i u austrijskom UGB, u prvom stavku članka 157. ZTD, odnosno prvom stavku članka § 187 austrijskog UGB regulirano je pravo tajnog člana na povrat uloga, dok je u drugom stavku istih članaka propisana obveza tajnog člana na uplatu dospjelog uloga u stečajnu masu.

Tajni član dužan je u stečajnu masu uplatiti ulog koji se obvezao uplatiti ugovorom o osnivanju tajnog društva, ali samo u onom dijelu u kojem ga već nije uplatio i u dijelu u kojem sudjeluje u snošenju gubitka iskazanog poslovanjem poduzeća poduzetnika.[102] Navedena odredba prisilne je naravi, a do njene primjene će doći kada se kumulativno ispune dvije pretpostavke: obveza tajnog člana na uplatu uloga mora biti dospjela te on mora sudjelovati u snošenju gubitka iskazanog poslovanjem poduzeća, tj. sudjelovanje tajnog člana u gubitku ne smije biti isključeno. Važno je istaknuti da u slučaju ako je tajni član u trenutku otvaranja stečaja u zakašnjenju s uplatom uloga, on ne mora uplatiti cjelokupnu ugovorenu dužnu svotu, već je dužan uplatiti samo onaj dio uloga za koji je u zakašnjenju, odnosno dio uloga koji je dospjeo u trenutku otvaranja stečaja nad poduzetnikom, kao i iznos do onog dijela uloga do kojeg sudjeluje u snošenju gubitka poduzetnikovog poduzeća.[103] Posljedično proizlazi da se navedena zakonska odredba neće primjenjivati u slučaju kada se isključi sudjelovanje tajnog

[101] Schmidt, K., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweites Buch: *Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*, Beck-online, 2019., § 236. Citirani komentar odnosi se na § 236 njemačkog HGB-a. U radu se analogno primjenjuje i na austrijsko pravo s obzirom na to da § 236 njemačkog HGB-a propisuje da, u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika, tajni član može zahtijevati povrat svog uloga kao stečajni vjerovnik u odnosu na onaj dio koji prelazi njegov udio u gubitku, što sadržajno odgovara odredbi § 187 austrijskog UGB.

[102] Čl. 157. st. 2. ZTD.

[103] Čl. 157. st. 2. ZTD.

člana u snošenju gubitka. Ulog tajnog člana se sudjelovanjem u gubitku smanjuje, pa ga je stoga dužan nadoknaditi u skladu s obvezom koju je preuzeo ugovorom o osnivanju tajnog društva.[104] Ukoliko obveza na uplatu uloga tajnog člana nije dospjela u trenutku otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom, utoliko ne postoji obveza tajnog člana za uplatom uloga u stečajnu masu jer se tajni član obvezao sudjelovati svojim ulogom u poduzeću poduzetnika koje otvaranjem stečajnog postupka nad poduzetnikom prestaje poslovati te tada ne postoji niti obveza tajnog člana uplatiti nedospjele dijelove uloga.[105]

U pravu Republike Austrije odredbom § 187 st. 2. austrijskog UGB također je propisano da u slučaju kada, u trenutku otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom, ulog tajnog člana nije uplaćen u cijelosti, tajni član mora u stečajnu masu uplatiti ulog do iznosa do kojeg on sudjeluje u gubitku. Navedena obveza tajnog člana postoji ako je obveza na uplatu uloga dospjela, ali samo do iznosa do kojeg on sudjeluje u gubitku. U slučaju isključenja sudjelovanja tajnog člana u gubitku, neće postojati obveza na uplatu dospjelog uloga u stečajnu masu.[106] Moguće je i da tajni član ne uplati cijeli iznos uloga koji se obvezao uplatiti ugovorom, a da članovi naknadno ugovore isključenje tajnog člana iz sudjelovanja u gubitku. U takvom slučaju tajni član neće morati platiti razliku između iznosa dijela uloga koji je uplatio i iznosa uloga kojeg se prvenstveno obvezao uplatiti ugovorom.[107] On pritom ne gubi pravo na zahtjev za povratom uplaćenog uloga. Slijedom navedenog može se primijetiti da je tajni član koji je u zakašnjenju s uplatom svojeg uloga u boljem položaju nego član koji je u cijelosti uplatio svoj ulog.[108]

Kako je već navedeno, ulog tajnog člana ne mora se nužno sastojati u novcu, tako se često ugovorom o tajnom društvu određuje da će se ulog tajnog člana sastojati u određenoj stvari. Austrijski autori tako pišu o slučaju kada je tajni član u zakašnjenju s uplatom uloga u trenutku otvaranja stečajnog postupka, a ugovoreno je da će se ulog tajnog člana sastojati u određenoj stvari. Pitanje je li tajni član u stečajnu masu dužan unijeti tu stvar ili uplatiti odgovarajući iznos u novcu, smatra se prijepornim.[109] Prema prevladavajućem mišljenju, obveza tajnog člana da u stečajnu masu unese stvar koja čini njegov ulog neće se pretvoriti u novčanu obvezu.

---

[104] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 676.

[105] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str. 223.

[106] Roth M. u Baumbach A,, Hopt K. J., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank-und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Auflage, C.H.Beck, 2014., § 236. st. 2; komentar odredbe § 236. st. 2 njemačkog HGB ima se analogno primijeniti na tumačenje §187 st. 2. Austrijskog UGB zbog činjenice da obje odredbe imaju jednak sadržaj.

[107] Trenker u Torggler, U., *Unternehmensgesetzbuch Kommentar*, Linde Verlag, 2013., § 187.

[108] Schmidt, K., op.cit. (bilj. 101) § 236.

[109] Duursma, D., Duursma-Kepplinger, H., Roth, M., *Handbuch zum Gesellschaftsrecht*, LexisNexis ARD ORAC, 2007., Rz 1540.

U slučaju da tajni član unese u stečajnu masu stvar čija vrijednost prelazi iznos njegovog sudjelovanja u gubitku imat će pravo iz stečajne mase zahtijevati razliku.[110]

3.4 Posebnosti položaja tajnog člana u atipičnom tajnom društvu

Opisane pravne posljedice koje u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom nastaju za tajnog člana u tipičnom tajnom društvu razlikuju se od pravnih posljedica koje će u tom slučaju nastati za tajnog člana u atipičnom tajnom društvu u kojem se njegov ulog kvalificirao kao ulog u kapital poduzetnika. Naime, tajni član u atipičnom tajnom društvu, kojem je ugovorom priznato sudjelovanje u imovini poduzetnika odnosno čiji se ulog kvalificira kao ulog u kapital poduzetnika nema pravo zahtijevati povrat svog uloga kao stečajni vjerovnik.[111]

U dijelu rada u kojem je bilo riječi o atipičnim tajnim društvima spomenuta je mogućnost da u komanditnom društvu, komanditor istovremeno bude i tajni član, a navedeno komanditno društvo poduzetnik. Navedeno je i da u tom slučaju komanditor sudjeluje u dva različita društva, pri čemu je bitno ulog komanditora u komanditnom društvu kvalificirati različito od uloga komanditora kao tajnog člana u tajnom društvu s komanditnim društvom kao poduzetnikom. Navedena različita kvalifikacija ključna je u slučaju da nad komanditnim društvom bude otvoren stečajni postupak.[112] Naime kada se ta dva uloga kvalificiraju odvojeno, komanditor kao tajni član bi svoja prava mogao ostvarivati prema pravilima koja su propisana za tajno društvo. To znači da bi mogao zahtijevati povrat uloga kojim sudjeluje u tajnom društvu kao stečajni vjerovnik, dok bi komanditnim ulogom odgovarao za obveze komanditnog društva prema trećima. Međutim ispune li se dvije ključne pretpostavke, da tajnom članu koji je ujedno i komanditor, bude dano pravo sudjelovanja u imovini društva i utjecaj na vođenje poslova, tada treba oba uloga promatrati kao jedinstveni ulog u komanditnom društvu. Tada on neće imati pravo na povrat uloga kao stečajni vjerovnik.[113]

Slično je i u slučaju u kojem je tajnom članu dano pravo na sudjelovanje u imovini i ovlasti u vođenju poslova društva s ograničenom odgovornošću kao poduzetnikom. Takvog tajnog člana treba se smatrati članom društva s ograničenom odgovornošću koji u stečajnom postupku ima

[110] Trenker u Torggler, U., loc.cit.
[111] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 676.
[112] Ibid., str. 641.
[113] Ibid.

pravo sudjelovati samo u podjeli ostatka stečajne mase nakon što svi vjerovnici budu podmireni.[114]

Jednako stajalište zauzeo je i austrijski Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*) kada je odlučivao o presudi 8 Ob 4/95[115] pri čemu je zauzet stav da je za atipično tajno društvo odlučujuće sudjelovanje tajnog člana u imovini poduzetnika i/ili pravo tajnog člana na sudjelovanje u vođenju poslova poduzetnika. Pritom, ako je tajnom članu dano pravo na sudjelovanje u imovini poduzetnika, je li mu dano i pravo na sudjelovanje u vođenju poslova poduzeća, nije od utjecaja. Navedeni sud je u svom pravnom stajalištu istaknuo kako u slučaju kada se tajnog člana ugovorom o osnivanju tajnog društva ovlasti da, uz sudjelovanje u dobiti poduzeća poduzetnika, sudjeluje i u rezervama društva i vrijednošću tvrtke (*goodwill*), da se tada radi o „supoduzetništvu " (*Mitunternehmerschaft*), zbog čega je isključeno pravo tajnog člana da kao stečajni vjerovnik zahtijeva povrat svog uloga u slučaju stečaja poduzetnika, već povrat uloga može zahtijevati tek od ostatka stečajne mase nakon namirenja vjerovnika društva.

Međutim, sam Vrhovni sud je navedeno stajalište izmijenio odlučujući u presudi 6 Ob 204/16t.[116] Kao što je već navedeno, mišljenje izneseno u navedenoj presudi odraz je promjena koje je u austrijsko zakonodavstvo unio EKEG što će detaljnije biti obrađeno u posljednjem poglavlju rada. Ovdje je bitno istaknuti da je navedenom presudom izražen stav kako se ulog tajnog člana ne može smatrati vlastitim kapitalom samom činjenicom da je tajnom članu dano pravo sudjelovanja u tihim rezervama i imovini poduzeća kao niti samom činjenicom da se njegov položaj zbog danih mu prava približio položaju komanditora.

3.5 Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika

Institut pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika poznat je u našem pravu, a odnosi se na pravne radnje poduzete prije otvaranja stečajnog postupka kojima se remeti pravo na ujednačeno namirenje stečajnih vjerovnika (oštećenje vjerovnika), odnosno kojima se pojedini stečajni vjerovnici stavljaju u povoljniji položaj (pogodovanje vjerovnicima). S pravnom radnjom izjednačeno je u našem zakonodavstvu i propuštanje zbog kojeg bi stečajni vjerovnik izgubio kakvo pravo ili kojim su protiv njega imovinskopravni zahtjevi bili zasnovani, održani

[114] Ibid., str. 642.
[115] Op.cit. (bilj. 54).
[116] Op.cit. (bilj. 56).

ili osigurani. Stečajni upravitelj u ime stečajnog dužnika i stečajni vjerovnici mogu pobijati navedene radnje.[117]

SZ sadržava i odredbu o pobijanju pravnih radnji u stečaju koja se odnosi posebno na tajno društvo. Posebne odredbe o pobijanju pravnih radnju u stečaju glede tajnog društva poznaje i austrijsko pravo koje svojim sadržajem odgovaraju rješenjima hrvatskog prava. Navedena odredba austrijskog prava sadržana je u § 188 austrijskog UGB, dok je posebna odredba o pobijanju pravnih radnji u stečaju glede tajnog društva u hrvatskom pravu sadržana u članku 205. SZ.

Posebna odredba čl. 205. SZ-a odnosi se na sporazume između poduzetnika i tajnog člana koji su sklopljeni u posljednjoj godini prije ili nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nad poduzetnikom, a temeljem kojih bi tajnom članu društva ulog bio u potpunosti ili djelomično vraćen ili bi mu njegov udio u nastalom gubitku u bio potpunosti ili djelomično oprošten. U samom zakonskom tekstu, umjesto o otvaranju postupka nad poduzetnikom, govori se o otvaranju stečajnog postupka nad trgovačkim društvom. S obzirom da poduzetnik ne mora nužno biti trgovačko društvo ispravnije bi bilo koristiti izraz poduzeće poduzetnika.[118]

Predmet pobijanja u stečajnom postupku je radnja koja se temelji na sporazumu tajnog člana i poduzetnika koji je sklopljen unutar godine dana prije ili nakon podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka, a ne navedeni sporazum. Bitno je da je navedenom radnjom u cjelini ili djelomično vraćen ulog tajnom članu, odnosno da mu je u cjelini ili djelomično oprošten njegov udio u nastalom gubitku. Pritom nije odlučno jesu li poduzetnik i/ili tajni član znali za postojanje razloga za stečaj, odnosno za insolventnost ili prezaduženost. Pravo na pobijanje povrata uloga i oslobađanja tajnog člana od obveze snošenja gubitka postoji bez obzira na to je li predmetnim sporazumom utvrđen prestanak društva ili ne.[119]

Posljednja rečenica opisanog čl. 205. st. 1. SZ sadrži formulaciju: "*Isto vrijedi i ako se u svezi sa sporazumom tajno društvo likvidira* ". Međutim nad tajnim društvom nije moguće provesti likvidaciju. Navedeno proizlazi iz temeljnih obilježja tajnog društva. Naime ono nije pravna osoba niti trgovačko društvo. Likvidacija društva nije moguća s obzirom na činjenicu da prilikom sklapanja ugovora o tajnom društvu ne dolazi do stvaranja zajedničke imovine

[117] Čl. 198. SZ.
[118] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str. 224.
[119] Ibid., str. 225.

članova.[120] Radi se, kako je već više puta istaknuto, o unutarnjem društvu osoba te je upravo poduzetnik nositelj svih prava i obveza koje proizlaze iz poslovanja tajnog društva.[121]

Pravo na pobijanje navedene radnje bit će isključeno, ako razlog za otvaranje stečajnog postupka nastane nakon sklapanja sporazuma između tajnog člana i poduzetnika.[122] Iz navedenog proizlazi kako je odlučan trenutak sklapanja sporazuma, a ne trenutak u kojem je ulog vraćen tajnom članu ili mu je oprošten njegov udio u gubitku. Naknadno nastale okolnosti mogu primjerice biti prirodni događaji zbog kojih bi došlo do uništenja proizvodnih pogona ili kada bi se ulaganje tajnog člana za oba člana društva pokazalo kao poslovni promašaj zbog čega bi došlo do otvaranja stečajnog postupka.[123] Izložena odredba SZ-a koja se posebno odnosi na tajno društvo ranije je bila sadržana i u ZTD-u, ali je iz istog brisana Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima NN. br. 118/03.

Važno je istaknuti kako navedene odredbe čl. 205. SZ-a koje se odnose posebno na tajno društvo ne isključuju primjenu ostalih odredaba o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika, tako primjerice stečajni upravitelj može pobijati pravne radnje poduzetnika kao stečajnog dužnika iz svih razloga predviđenih stečajnim pravom, naravno ako su za to ispunjene pretpostavke.[124]

3.6 Stečaj tajnog člana

U slučaju otvaranja stečajnog postupka nad tajnim članom doći će do prestanka tajnog društva,[125] pri čemu također vrijedi da se prestanak društva u tom slučaju ne bi mogao isključiti ugovorom jer bi to bilo protivno svrsi tajnog društva.

Prestanak tajnog društva zbog otvaranja stečajnog postupka nad tajnim članom predviđa i austrijsko pravo u § 185 st. 2 austrijskog UGB. Poduzetnik koji ima zahtjev za još neuplaćenim

[120] Barbić, J. op.cit. (bilj. 2), str. 629.
[121] Čl. 148. st. 4. ZTD.
[122] Čl. 205. st. 2. SZ.
[123] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str. 225.
[124] Ibid.
[125] Čl. 154 ZTD.

ulogom tajnog člana, u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad tajnim članom može neuplaćeni dio uloga zahtijevati kao stečajni vjerovnik.[126]

3.7 Utjecaj odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na položaj tajnog člana

Društvo svoje potrebe za financiranjem poslovanja može pokriti, kako je već navedeno, sredstvima iz vlastitog ili tuđeg kapitala. Pritom vlastiti kapital čine uložena sredstva i sredstva stvorena poslovanjem, dok se o tuđem kapitalu govori prilikom financiranja društva uzimanjem zajmova od trećih osoba ili članova društva.[127] Član društva koji društvu pribavi kapital tako da mu da zajam, osigurava na taj način mogućnost da tražbinu s osnove zajma, u slučaju stečaja društva, može potraživati kao stečajni vjerovnik. Navedeno proizlazi iz činjenice da se zajam smatra tuđim kapitalom, a ne vlastitim kapitalom društva. S druge strane, osiguravanjem vlastitog kapitala član snosi poduzetnički rizik i ne može zahtijevati povrat unesenog u svojstvu stečajnog vjerovnika, u slučaju da se nad društvom otvori stečajni postupak.

Slijedom navedenog proizlazi kako bi član društva mogao staviti ostale vjerovnike društva u nepovoljniji položaj kada bi društvu kapital pribavio tako da mu da zajam koji se, kako je navedeno, smatra tuđim kapitalom, umjesto da društvu pribavi vlastiti kapital i tako snosi poduzetnički rizik. U pravnom sustavu Republike Austrije postoji jednaka klasifikacija kapitala društva na vlastiti i tuđi kapital.[128] Oba pravna sustava prepoznaju problematiku zaštite ostalih vjerovnika društva u navedenom slučaju. Međutim, dok se u hrvatskom pravnom sustavu zaštita prava preostalih vjerovnika pruža temeljem odredbe čl. 408. ZTD,[129] austrijsko pravo navedenu zaštitu pruža temeljem posebnog zakona EKEG. Pritom se u odredbama ZTD-a izričito ne navodi njihova primjena na tajno društvo, dok se u EKEG izričito navodi kako se navedena pravila imaju primijeniti i na tajno društvo.

3.7.1 Zajam kojim se nadomješta kapital

[126] Schmidt, K., op.cit. (bilj. 101) § 236. Navedeno izvorno proizlazi iz komentara odredbe § 236 njemačkog HGB, ali se isto ima analogno primijeniti i na austrijsko pravo jer, kako je već navedeno, § 236 njemačkog HGB svojim sadržajem odgovara § 187 austrijskog UGB.

[127] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str 950.

[128] Trenker, M. op. cit. (bilj. 55), str. 126.

[129] Vidi i: čl. 89, čl. 146 i čl. 217 ZTD.

Kada članovi društva uz uplatu poslovnih udjela odluče financirati društvo i na način da mu daju zajam, oni po dvije osnove sudjeluju u financiranju društva tj. financiraju ga vlastitim i tuđim kapitalom. Navedeno dvostruko sudjelovanje u financiranju društva omogućuje članovima da, davanjem zajmova društvu, osiguraju društvu sredstva za rad koja bi im se imala vratiti bez obzira na uspješnost poslovanja te na taj način izbjegnu snošenje poduzetničkog rizika koji bi kao članovi društva morali snositi. Sve dok društvo normalno posluje članovi mogu slobodno odlučiti hoće li i u kolikoj mjeru sudjelovati u oba načina financiranja društva. Međutim, u slučaju da društvo zapadne u krizu, navedena sloboda članova da odlučuju o tome hoće li i u kolikoj mjeri sudjelovati u oba načina financiranja, ograničava se tako da se glede oba načina financiranja za članove propisuju iste posljedice. Riječ je o zajmovima članova društva kojim oni zapravo društvu nadomještaju kapital te se oni imaju smatrati kapitalom uloženim u društvo, a ne zajmom koji bi se imao vratiti članovima koji su ga dali.[130] Kako bi se zaštitili vjerovnici društva potrebno je razlikovati zajam kojim se financira poslovanje društva tuđim kapitalom od zajma kojim se nadomješta kapital društva koje je u krizi kako bi mu se omogućio nastavak poslovanja.[131]

ZTD-om su propisane pretpostavke temeljem kojih će se zajam, koji član društva ili treća osoba osigura društvu, smatrati zajmom kojim se nadomješta kapital, a ne kapitalom koje bi društvo trebalo vratiti. Zbog tako kvalificiranog zajma član ne može zahtijevati njegov povrat u svojstvu stečajnog vjerovnika višeg isplatnog reda kao što bi to inače bio slučaj sa zajmom koji predstavlja tuđi kapital. Smatra se kako vjerovnici, koji su osigurali društvu zajam kojim se nadomješta kapital, na sebe preuzimaju rizik poslovanja društva zbog čega će u stečajnom postupku moći povrat zajma zahtijevati samo kao stečajni vjerovnici nižeg isplatnog reda.[132] Ključno je istaknuti kako se isti pravni režim primjenjuje i na druge pravne radnje koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma.[133]

3.7.2 Pretpostavke primjene odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital

Bit instituta zajma kojim se nadomješta kapital je u tome da se kapital koji članovi daju društvu formalno putem zajma, iako se zapravo radi o vlastitom kapitalu, na temelju zakona kao takav

[130] Barbić, J., *Pravo društava, knjiga druga: Društva kapitala-svezak II.*, Organizator, Zagreb, 2020., str. 324.

[131] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str 951.

[132] Čl. 139. st. 1. SZ.

[133] Čl. 408. st. 3. ZTD.

i kvalificira te da se na njega primjenjuju pravila kojima se regulira zajam kojim se nadomješta kapital, a ne pravila o zajmu.[134] Članak 408. st. 1. propisuje da onaj član koji društvu koje se nalazi u krizi pribavi zajam, umjesto da mu pribavi vlastiti kapital, kada bi mu ga inače uredni gospodarstvenici trebali pribaviti, može zahtjev za povrat zajma u stečajnom postupku ostvarivati samo kao stečajni vjerovnik nižeg isplatnog reda. Iz navedenog je vidljivo kako je nužno da zajam bude dan u trenutku kada se društvo nalazi u krizi, pri čemu u samom zakonskom tekstu nema pobližeg razjašnjenja kada se društvo nalazi u takvoj situaciji. Vrhovni sud Republike Hrvatske u jednoj od presuda ističe kako se navedena pravila primjenjuju u slučajevima kada je društvu dan zajam, a društvo se nalazi u takvoj krizi kada ne raspolaže dovoljnim sredstvima za poslovanje, a druga mogućnost pribavljanja sredstava za njegovu sanaciju ne postoji.[135] Nadalje u pravnoj teoriji smatra se kako je riječ o krizi kada je vlastiti kapital nedostatan za poslovanje društva, a ono istovremeno nije kreditno sposobno kako bi se ostvarilo uobičajeno financiranje tuđim kapitalom.[136] Međutim, zajmom kojim se nadomješta kapital, uz ispunjenje ostalih zakonom propisanih pretpostavki, treba smatrati i zajam člana dan društvu kada je ono zdravo i kreditno sposobno ako se s obzirom na okolnosti može smatrati da bi kriza bila moguća. Za takvo kvalificiranje zajma uzima se u obzir umjetno produljivanje postojanja društva na teret vjerovnika koji nisu članovi društva, prebacivanje rizika financiranja društva na njegove vjerovnike i špekulacije članova na njihov teret, dvostruka uloga člana (članstvo u društvu i iz ugovora s društvom) te povlaštene informacije o društvu koje imaju članovi s obzirom na njihovo članstvo u društvu.[137]

Osim zajma člana društva, pod određenim pretpostavkama će se i zajam koji je društvu dala treća osoba moći kvalificirati kao zajam kojim se nadomješta kapital. Neće se zajam svake treće osobe dan društvu u krizi smatrati zajmom kojim se nadomješta kapital. Kako bi takav zajam bio kvalificiran kao zajam kojim se nadomješta kapital, uz činjenicu da je društvo u krizi, odnosno uz uvjete navedene u st. 1. čl. 408. ZTD, mora biti zadovoljena još jedna pretpostavka. Naime, trećoj osobi član društva mora dati neko osiguranje za povrat zajma ili joj to mora jamčiti te će ona u stečajnom postupku moći ostvarivati zahtjev za povrat zajma samo za onaj iznos za koji se nije uspjela namiriti iz dobivenog osiguranja odnosno jamstva.[138]

[134] Ibid., str. 325.
[135] Rješenje VSRH, PŽ-6527/2017-2, od 8.studenog. 2017.
[136] Gorenc, V., op. cit. (bilj. 26), str 951.
[137] Barbić, J., op.cit. (bilj. 130), str. 326.
[138] Čl. 408 st. 2. ZTD.

Opisane odredbe st. 1. i 2. čl. 408. ZTD primjenjivat će se na odgovarajući način i na pravne radnje članova društva i trećih osoba koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma.[139] Takvim će se radnjama smatrati primjerice sporazum o oprostu duga, odgoda plaćanja iz tražbina koje proistječu iz bilo kojeg pravnog odnosa ili određenje dospijeća za plaćanje iz bilo kojeg ugovora određeno vrijeme nakon primitka protučinidbe.[140]

Proizlazi kako se sa zajmom kojim se nadomješta kapital postupa kao s vlastitim kapitalom društva, s napomenom kako se pravne posljedice razlikuju ovisno o tome je li zajam dao član društva ili treća osoba[141]. Međutim, tvrdnja da se s zajmom kojim se nadomješta kapital postupa kao s vlastitim kapitalom društva nije u potpunosti točna jer se tražbine s osnove povrata zajma kojim se nadomješta kapital nekog člana društva, odnosno odgovarajuće tražbine, nalaze prema čl. 139. st. 1. SZ u posljednjem isplatnom redu među tražbinama nižeg isplatnog reda. Iz navedenog proizlazi kako su SZ-om navedene tražbine ipak priznate kao tražbine stečajnih vjerovnika, doduše posljednjeg isplatnog reda stečajnih vjerovnika nižih isplatnih redova, utoliko nije riječ o vlastitom kapitalu društva. Dakle takva se tražbina sukladno odredbi čl. 139. SZ isplaćuje prije nego što se eventualni ostatak stečajne mase isplati članovima društva, pa time i smanjuje stečajnu masu. Zbog toga se iznos danog zajma ne uračunava članu društva u sudjelovanje u eventualnom ostatku stečajne mase.[142]

Ograničenje u pogledu primjene opisanih odredbi propisano je st. 3. čl. 408. ZTD kojim se određuje kako se pravila o nadomještanju vlastitog kapitala neće primjenjivati na člana društva koji ne vodi njegove poslove a čiji se poslovni udio odnosi na desetinu ili manji dio temeljnog kapitala društva.[143] Takav član može slobodno davati društvu zajmove bez opasnosti da će u slučaju stečaja društva biti smatran vjerovnikom nižeg isplatnog reda. Međutim navedena pravila primjenjivat će se na članove društva koji vode njegove poslove bez obzira na to koliki je njihov poslovni udio u društvu te na članove društva čiji se poslovni udio odnosi na više od

[139] Čl. 408 st. 3. ZTD.
[140] Barbić, J., op.cit. (bilj. 130), str. 328.
[141] Ibid., str. 329.
[142] Ibid., str. 329, 330
[143] Čl. 408. st. 3. također propisuje da, stekne li zajmodavac društva u krizi u to vrijeme poslovne udjele u tom društvu, u svrhu da se krizno stanje prevlada, navedeno će imati posljedicu da se pravila o nadomještanju kapitala neće primjenjivati 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.

deset posto temeljnog kapitala, čak i u slučaju kada ne sudjeluju u vođenju poslova društva.[144] [145]

3.7.3 Primjena odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana

Postavlja se pitanje imaju li se, te na koji način, odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital primijeniti i na ulog tajnog člana s obzirom da se u samom tekstu odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital ne uređuje pitanje njihove primjene na ulog tajnog člana. To proizlazi iz činjenice da se kod ulaganja tajnog člana zapravo radi o zajmu koji se u tipičnom tajnom društvu kvalificira kao tuđi kapital, temeljem čega tajni član u slučaju otvaranja stečaja nad poduzetnikom ima pravo zahtijevati njegov povrat kao stečajni vjerovnik. S druge strane, s obzirom na dosad iznesena stajališta hrvatske pravne teorije, bilo bi za pretpostaviti da navedeno pitanje nije relevantno za onog tajnog člana kojem je dano pravo na sudjelovanje u imovini društva, odnosno čiji ulog je određen kao ulog u kapital poduzetnika jer je njegov ulog već kvalificiran kao vlastiti kapital poduzetnika.

Međutim, navedene odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital prema stajalištu izraženom u hrvatskoj pravnoj teoriji neće se primjenjivati na tajnog člana u tipičnom tajnom društvu. Naime, smatra se kako tajni član u tipičnom tajnom društvu ne spada u krug osoba koje bi se imale smatrati „članom društva koji daje zajam“ (članom društva koji daje zajam smatra se onog tko je član u vrijeme kad se daje zajam, a naknadni izlazak iz društva ne mijenja pravno stanje glede zajma, zatim osobe bliske članu društva koje društvu daju zajam iz sredstava koja im za to da član društva te osoba koja daje zajam preko povjerenika ili prividnog člana društva).[146] Međutim odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital primijenit će se na tajnog člana koji je ujedno i član društva poduzetnika, a u slučaju da to nije, samo onda ako mu je dano pravo da sudjeluje u donošenju odluka.[147] Također kada se govori o pravnim radnjama

[144] Ibid., str. 330.

[145] Čl. 408. st. 4. propisuje koje pravne posljedice nastupaju u slučaju, ako društvo u slučajevima iz st. 2. i 3. istog članka, vrati zajam u posljednjoj godini prije podnošenja prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nad društvom ili nakon podnošenja tog prijedloga. U tom slučaju član društva koji je dao osiguranje ili jamčio za povrat zajma dužan je tako isplaćeni iznos vratiti društvu. Na navedeno se na odgovarajući način primjenjuju odredbe SZ-a. Međutim, navedena 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 se može osloboditi spomenute obveze, ako premet danog osiguranja vjerovniku stavi na raspolaganje društvu, kako bi ono moglo namiriti svoju tražbinu iz njegove vrijednosti. Navedene odredbe imaju se primijeniti i na ostale pravne radnje koje odgovaraju davanju zajma.

[146] Ibid., str. 326.

[147] Ibid.

koje u gospodarskom smislu odgovaraju davanju zajma pod njima se podrazumijeva ulog tajnog člana samo kada je tajni član ujedno i član u društvu.[148] Dakle ulog atipičnog tajnog člana, koji je ujedno i član društva poduzetnika te ulog onog člana koji doduše nije član društva poduzetnika, ali kojemu je dano pravo na sudjelovanje u donošenju odluka, bit će smatran zajmom u slučaju, ako taj ulog bude dan u krizi i pod ostalim pretpostavkama čl. 408. ZTD, kojim se nadomješta vlastiti kapital društva. Tada će on imati položaj stečajnog vjerovnika nižeg isplatnog reda i namirivat će se sukladno čl. 139. SZ. Iz navedenog je vidljivo kako je za primjenu pravila o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana potrebno da takav tajni član ipak ima neka dodatna prava odnosno da ima određen stupanj utjecaja na poslovanje društva bilo tako da je on istovremeno član tog društva ili da mu je dano pravo na sudjelovanje u donošenju odluka.

S druge strane, u pravu Republike Austrije primjena odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na tajno društvo tj. na ulog tajnog člana izričito je propisana odredbom § 10. EKEG kojom se detaljno propisuju uvjeti u kojem slučaju će se ulog tajnog člana smatrati zajmom kojim se nadomješta vlastiti kapital društva. EKEG-om koji je stupio na snagu 1. siječnja 2004. godine propisuje se kako će se zajam koji član osigura društvu dok se ono nalazi u krizi, i pod pretpostavkom da su zadovoljeni propisani uvjeti, smatrati vlastitim kapitalom društva.[149] EKEG, za razliku od odredaba čl. 408 ZTD-a, posebnim člankom definira situacije kada se društvo nalazi u krizi, tako primjerice kada je ono nesposobno za plaćanje ili prezaduženo.[150] Pritom se smatra kako se ne radi o kumulaciji, odnosno kako je dovoljno da nastupi samo jedna od navedenih okolnosti.[151] Primjena odredaba o zajmu kojim se nadomješta kapital na tajno društvo definirana je u § 10 EKEG koji se sastoji od dva stavka, a odnose se na drugačiju vrstu odnosa unutar tajnog društva. Prvim stavkom definirana je primjena navedenih pravila na posebnu vrstu člana za kojeg zakon koristi naziv „*erfasster Gesellschafter*“. Naime, radi se o članu društva koji istovremeno sudjeluje u tajnom društvu kao tajni član s tim društvom kao poduzetnikom, pri čemu se kao takav neće kvalificirati svaki član koji je istodobno član društva i tajni član, već samo onaj koji zadovoljava pretpostavke propisane EKEG-om. Pritom su za navedenu kvalifikaciju člana propisane tri pretpostavke, a dovoljno je da član zadovolji jednu od njih kako bi došlo do primjene EKEG. Kao prva pretpostavka navodi se ta da član sudjeluje u društvu na takav način da ima kontrolu nad društvom, pri čemu se u § 5 (2) EKEG, koji se

[148] Ibid., str. 329.
[149] EKEG § 1.
[150] EKEG § 2.
[151] Mohr u Dellinger/Mohr, *Kurzkommentar EKEG*, 2004, EKEG, § 2 Rz 1.

sastoji od pet točaka, pobliže definiraju slučajevi kada se smatra da član ima takav položaj. Određeno je tako, da će se smatrati da određeni član kontrolira društvo kada mu u tom društvu pripada većina glasačkih prava. Nadalje, navedeno će se smatrati i kada članu pripada pravo imenovati ili opozvati većinu članova upravljačkog ili nadzornog tijela. Treći slučaj je kada je članu dano posebno pravo da bude član uprave. Da član ima kontrolu nad društvom smatrat će se i tada kad mu je, temeljem sporazuma s jednim ili više članova društva, dano pravo da odlučuje o načinu ostvarivanja prava glasa tih članova prilikom imenovanja i opoziva članova upravljačkog ili nadzornog organa kada su potrebna kako bi se s njegovim pravom glasa postigla većina. Osim onog člana koji ima kontrolu u društvu, odredbe EKEG primjenjivat će se i na člana koji u društvu sudjeluje s udjelom od najmanje 25% i u slučaju kada on kao član kojem pripada većinsko pravo glasa koristi prevladavajući utjecaj u društvu, a što se odnosi i na slučaj čak i kada on nije član tog društva.[152] Kada takav član financira društvo, osim svojim članskim ulogom i ulogom kao tajni član, a društvo se nalazi u krizi, njegov ulog kojeg on društvu osigurava u svojstvu tajnog člana će se smatrati ulogom kojim se nadomješta vlastiti kapital društva.[153] Iz navedenog je vidljivo da se radi o članu koji je istovremeno član društva i sudjeluje kao tajni član s društvom poduzetnikom u tajnom društvu, a zadovoljava pretpostavke navedene u EKEG.

Drugi stavak § 10 EKEG regulira kada će se navedeno pravilo o kvalifikaciji zajma kojim se nadomješta vlastiti kapital primijeniti na tajnog člana koji nije istovremeno član društva poduzetnika. Cilj navedene odredbe je tajnog člana, koji nije istovremeno član društva, a koji je društvu osigurao ulog odnosno zajam, pod određenim pretpostavkama, izjednačiti sa onim tajnim članom koji jeste ujedno i član društva te na njegov ulog primijeniti odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital.[154] Navedene pretpostavke odnose se prije svega na utjecaj koji tajni član ima na poslove poduzeća, pravo glasa koje mu je dano te omjer kojim on sudjeluje u vrijednosti poduzeća.[155] Naime položaj tajnog člana koji nije istovremeno i član društva poduzetnika bit će izjednačen s položajem koji ima tzv. „*erfasster Gesellschafter*“ u dva slučaja. Prvi slučaj propisan je t. 1. st. 2. § 10 EKEG i odnosi se na slučaj kada tajni član sudjeluje u vrijednosti poduzeća s najmanje 25% te mu istovremeno pripada pravo na suodlučivanje koje je usporedivo barem s onim koje ima komanditor. Drugi slučaj propisan je u t. 2. istog članka, a odnosi se na situaciju kada tajni član u društvu koristi svoj prevladavajući

[152] EKEG § 5.
[153] EKEG § 10.
[154] Op.cit. (bilj. 151) § 10.
[155] EKEG § 10.

utjecaj. Ključno je istaknuti kako EKEG propisuje mnoge pretpostavke koje treba uzeti u obzir prilikom klasifikacije zajma kao zajma kojim se nadomješta vlastiti kapital, a vrijede općenito, dok su u ovom radu navedene pojedine pretpostavke koje se odnose isključivo na tajno društvo.

Slijedom navedenog može se reći kako oba sustava predviđaju dvije kategorije tajnih članova na čije će se uloge primjenjivati pravila o zajmu kojim se nadomješta temeljni kapital društva. Prvu kategoriju čine tajni članovi koji su istovremeno i članovi društva, pri čemu se u hrvatskoj pravnoj teoriji navodi kako se na tajnog člana koji je ujedno i član društva imaju primijeniti navedena pravila, ne definirajući pritom dodatne pretpostavke koje bi trebale biti zadovoljene. S druge strane, u austrijskom pravnom sustavu primjena navedenih pravila na tajnog člana koji je ujedno i član društva propisana je zakonom, ali je i ograničena u smislu da se navedena pravila neće primjenjivati na svakog takvog tajnog člana već na onog koji zadovoljava opisane pretpostavke iz § 5 i § 10 EKEG. U drugu kategoriju spadaju tajni članovi kojima je dan određen stupanj utjecaja na vođenje poslova društva, a da pritom nisu i članovi tog društva. EKEG-om je točno propisan minimum razine utjecaja tajnog člana u odlučivanju i vođenju poslova društva pa će se navedena pravila primjenjivati na tajnog člana koji sudjeluje u vrijednosti poduzeća s najmanje 25% te mu istovremeno pripada pravo na suodlučivanje koje je usporedivo barem s onim koje ima komanditor ili kada tajni član u društvu koristi svoj prevladavajući utjecaj, dok se u hrvatskoj pravnoj teoriji navodi samo kako će navedene odredbe primjenjivati na tajnog člana kojem je dano pravo na donošenje odluka.

3.7.4 Problem primjene pravila o zajmu kojim se nadomješta kapital na ulog tajnog člana

Primjena pravila o zajmu kojim se nadomješta vlastiti kapital na ulog tajnog člana u atipičnom tajnom društvu ukazuje na određeni stupanj nedosljednosti glede kvalifikacije uloga tajnog člana kako u hrvatskoj, tako i u austrijskoj pravnoj teoriji. Naime, kako je već bilo riječi u dijelu rada u kojem je analizirano atipično tajno društvo, ulog tajnog člana će se smatrati, pod određenim uvjetima, vlastitim kapitalom društva. Tako je u hrvatskoj pravnoj teoriji, kada se govori o atipičnim tajnim društvima, navedeno da će se ulog tajnog člana, koji je istovremeno i član društva poduzetnika ili ga se može smatrati članom društva poduzetnika (tako u slučaju kada mu je dano pravo na sudjelovanje u imovini i donošenju odluka društva)[156], smatrati vlastitim kapitalom društva zbog čega će on moći sudjelovati samo u podjeli stečajne mase

[156] Barbić, J., op.cit. (bilj. 2), str. 642.

nakon namirenja vjerovnika društva. Istovremeno, navodi se kako će se, sukladno pretpostavkama iz čl. 408. ZTD, na ulog tog istog tajnog člana, točnije onog koji je istovremeno i član društva, primjenjivati odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital.[157] Iz navedenog proizlazi kako će se ulog navedenog tajnog člana smatrati prema jednom kriteriju vlastitim kapitalom društva, a u slučaju kada isti taj ulog bude dan društvu u krizi, uz ispunjenje ostalih pretpostavki iz čl. 408 ZTD, zajmom kojim se nadomješta vlastiti kapital. Razlika u navedenim kvalifikacijama postoji jer, u slučaju kada se ulog smatra vlastitim kapitalom, član može sudjelovati samo u podjeli ostatka stečajne mase nakon namirenja vjerovnika društva, dok kada se ulog smatra zajmom koji se nadomješta kapital, tajni član ima položaj stečajnog vjerovnika, doduše najnižeg isplatnog reda.[158] Proizlazi tako da je položaj takvog tajnog člana u neku ruku povoljniji, ako je on svoj ulog uplatio kada je društvo bilo u krizi jer će se ipak namirivati prije tajnog člana koji je svoj ulog uplatio u trenutku kada to nije bio slučaj.

Jednaka problematika postoji i u pravu Republike Austrije o čemu je odlučivao i Vrhovni sud Republike Austrije. Naime, kako je već navedeno, u presudi 8 Ob 4/95 izražen je stav kako je za kvalifikaciju uloga tajnog člana kao vlastitog kapitala društva presudno njegovo sudjelovanje u imovini društva i/ili u vođenju poslova društva. Pritom u slučaju kada je tajnom članu dano pravo na sudjelovanje u imovini društva, njegovo sudjelovanje u vođenju poslova tog društva nije od utjecaja. Navodi se kako već sudjelovanje tajnog člana u tihim rezervama i imovini poduzeća predstavlja „supoduzetništvo“ zbog čega je isključeno pravo tajnog člana kao stečajnog vjerovnika na povrat uloga u stečajnom postupku, već se njegov ulog se u tom slučaju kvalificira kao vlastiti kapital društva.[159] Međutim stupanjem na snagu EKEG, 1. siječnja 2004. godine, počela se primjenjivati odredba § 10 kojom je propisano da će se ulog tajnog člana kvalificirati kao zajam kojim se nadomješta vlastiti kapital u slučaju kada tajni član sudjeluje u imovini poduzeća s najmanje 25% te mu istovremeno pripada pravo na suodlučivanje koje se može usporediti najmanje s onim koje ima komanditor ili u slučaju kada on koristi odlučujući utjecaj u društvu. Neki autori već tada su zamijetili problematiku vezanu uz područje primjene te odredbe jer se, prema shvaćanju suda izraženom u presudi 8 Ob 4/95, ulog tajnog člana koji sudjeluje u tihim rezervama i imovini poduzeća već kvalificira kao vlastiti kapital poduzetnika.[160] Tako je zapravo došlo do situacije da se prema mišljenju Vrhovnog suda na kvalifikaciju uloga tajnog člana primjenjuje stroži kriterij, odnosno da će

[157] Barbić, J., op.cit. (bilj. 130), str. 326.
[158] Čl. 139. st. 1. t. 5. SZ.
[159] Op.cit. (bilj. 54).
[160] Trenker, M., op. cit. (bilj. 55), str. 130.

ulog biti kvalificiran kao vlastiti kapital poduzetnika već samim sudjelovanjem tajnog člana u tihim rezervama i imovini poduzeća. Postavlja se pitanje kako kvalificirati ulog tajnog člana dan društvu u krizi, ako je on pod navedenim uvjetima već kvalificiran kao vlastiti kapital poduzetnika i to prema strožem kriteriju nego onom koji je propisan EKEG-om. Nadalje, primjenom kriterija navedenih u § 10 EKEG, blaži kriterij bi se primijenio na tajnog člana koji je ulog dao u krizi, jer bi njegov ulog bio promatran kao ulog kojim se nadomješta vlastiti kapital, nego na tajnog člana koji je taj ulog dao društvu koje nije u krizi jer će se njegov ulog smatrati vlastitim kapitalom poduzetnika. S obzirom na navedeno Vrhovni sud izmijenio je svoje stajalište u odluci 6Ob204/16t. Navodi se kako je od stupanja na snagu EKEG, potrebno izmijeniti dosadašnje stajalište navedenog suda kojim se ulog tajnog člana kvalificirao kao vlastiti kapital društva kada on sudjeluje u tihim rezervama odnosno u imovini poduzeća ili u slučaju kada se njegov položaj u tolikoj mjeri približio položaju komanditora da postoji „supoduzetništvo“. To proizlazi iz činjenice što se u navedenim slučajevima primjenom § 10 EKEG, uz ispunjenje ostalih pretpostavki, može govoriti samo o zajmu kojim se nadomješta kapital, a ne o zajmu koji se smatra vlastitim kapitalom društva. S obzirom na navedeno, ograničenje prava tajnog člana na povrat uloga moralo bi se temeljiti na nekoj drugoj osnovi, a ne na onoj propisanoj § 10 EKEG-om. Istaknuto je da se navedeno, iako je primjena EKEG-a određena za slučaj kada je ulog dan društvu u krizi, ima primijeniti i kada je ulog dan kada društvo nije u krizi jer bi bilo nerazumno primjenjivati nepovoljnije uvjete na člana koji je zajam dao dok društvo nije bilo u krizi, od onih koji su propisani za slučaj davanja takvog zajma društvu u krizi.[161]

IV. ZAKLJUČAK

Temeljno pitanje sudbine uloga tajnog člana koje se pojavljuje prilikom otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom proizlazi upravo iz posebnosti instituta tajnog društva. Činjenica da se radi o društvu bez zajedničke imovine članova te da ulog tajnog člana prelazi u imovinu poduzetnika dovodi do toga da će u slučaju otvaranja stečajnog postupka ulog tajnog člana ući u stečajnu masu. Iz prethodno izloženog vidljivo je kako je upravo način na koji će ulog tajnog člana u imovini poduzetnika biti kvalificiran od odlučnog utjecaja na prava koja tajni član ima glede njegova povrata u stečajnom postupku. Također je istaknuto kako navedena kvalifikacija

[161] Op.cit. (bilj. 56).

uloga proizlazi iz načina uređenja međusobnih odnosa članova unutar tajnog društva koji se mogu kvalificirati u vidu tipičnog i atipičnog tajnog društva. Zbog posebnosti instituta tajnog društva ZTD i SZ sadržavaju posebne odredbe koje se imaju primijeniti u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad poduzetnikom. Zanimljivo je primijetiti kako se u literaturi ističe odlučujući utjecaj vrste tajnog društva, odnosno odstupanja uređenja konkretnog odnosa među članovima od temeljnog modela predviđenog zakonom, na kvalifikaciju uloga s obzirom na to da sam zakon navedenu podjelu tajnih društava ne poznaje. ZTD propisuje naime kako tajni član može povrat svog uloga zahtijevati kao stečajni vjerovnik ne navodeći pritom kako navedeno pravo tajnom članu neće pripadati u slučaju da mu ugovorom o tajnom društvu budu dodijeljena neka dodatna prava. Tako se u hrvatskoj pravnoj teoriji zastupa stajalište da se dodjeljivanjem tajnom članu prava na sudjelovanje u imovini poduzetnika, odnosno određivanjem njegova uloga kao uloga u kapital poduzetnika, položaj tajnog člana u atipičnom tajnom društvu mijenja na način da se njegov ulog smatra vlastitim kapitalom poduzetnika, odnosno tako da on zbog danih mu prava također snosi rizik poslovanja poduzeća i namiruje se tek iz ostatka stečajne mase. Jednako takvo stajalište svojedobno je bilo zastupljeno i u austrijskoj pravnoj teoriji, sve dok ono nije bilo izmijenjeno zbog stupanja na snagu EKEG-a.

S obzirom na sve navedeno u ovom radu smatram kako se odredbe o zajmu kojim se nadomješta kapital imaju primijeniti na ulog tajnog člana, iako to nije izričito propisano čl. 408. ZTD, zbog toga što je svrha navedenih odredaba upravo zaštita vjerovnika i sprječavanje članova društva da na štetu ostalih vjerovnika izbjegnu snositi rizik poslovanja društva. Naime, kada se navedene odredbe ne bi primjenjivale na ulog tajnog člana bilo bi vrlo jednostavno društvu kao poduzetniku, u krizi dati zajam te ga, na štetu ostalih vjerovnika društva, u stečajnom postupku zahtijevati kao stečajni vjerovnik. Smatram da je navedenu problematiku, kao što je to učinjeno u pravu Republike Austrije, potrebno adresirati i u hrvatskom pravnom sustavu i to na način da se radi pravne sigurnosti i ujednačene prakse navedeno pitanje uredi i razjasni zakonskim odredbama. Naime, s obzirom na moguće zlouporabe i manipulacije osiguravanja kapitala društvu putem uloga tajnog člana potrebno je urediti pretpostavke prema kojima će jasno biti razrađeni kriteriji kvalifikacije njegova uloga. S obzirom da u ZTD-u navedena pitanja nisu riješena, jedina polazna točka za donošenje zaključaka i kvalifikaciju uloga tajnog člana su stavovi i mišljenja izraženi u hrvatskoj pravnoj teoriji u kojima postoji određen stupanj nejasnoće. Smatram kako bi odredbe čl. 408. ZTD-a trebalo dopuniti na način da se regulira njihova primjena na tajno društvo, odnosno da se propiše pod kojim uvjetima će se navedene odredbe primjenjivati na ulog tajnog člana, a da pritom kriteriji propisani za

kvalifikaciju uloga danog društvu u krizi ne budu povoljniji od onih određenih za ulog dan društvu koje se ne nalazi u krizi. Tako bi primjerice trebalo propisati minimalni stupanj utjecaja koji bi tajni član trebao imati na donošenje odluka o vođenju poslova poduzeća kako bi se na njega primjenjivale navedene odredbe čl. 408. ZTD, odnosno kriterij hoće li se navedene odredbe primjenjivati na svakog tajnog člana koji je ujedno i član društva (kako se to trenutno predviđa u hrvatskoj pravnoj teoriji) ili će on ipak morati ostvariti određen stupanj utjecaja na vođenje poslova društva da bi došlo do primijene navedenih odredaba. Smatram da, kada se takvi kriteriji propišu zakonom, mora doći i do izmjene dosadašnjih stajališta izraženih u pravnoj teoriji kako ne bi došlo do situacije da se određeni ulog tajnog člana kvalificira po propisanim zakonskim kriterijima kao zajam kojim se nadomješta vlastiti kapital, a prema stajalištima izraženim u pravnoj teoriji da se on i dalje smatra vlastitim kapitalom poduzetnika. U tom slučaju ne bi bilo jasno područje primijene odredaba, na opisan način izmijenjenog članka 408. ZTD, jer bi se neki ulog već kvalificirao kao vlastiti kapital poduzetnika. Radi navedenog potrebno je da zakonodavac, ali i pravna teorija zauzmu jasna i ujednačena stajališta vezano uz kvalifikaciju uloga tajnog člana i tako osiguraju da se na nedvojben način može odrediti sudbina uloga tajnog člana u slučaju otvaranja stečajnog postupka nad imovinom poduzetnika, da se zaštite ostali vjerovnici društva te da se minimizira mogućnost zlouporabe instituta tajnog društva.

V. POPIS LITERATURE

Aburumieh, N., Foglar-Deinhardstein, H., Die verdeckte Kapitalgesellschaft – eine unendliche Geschichte, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht 18, 2019.

Barbić, J., Pravo društava, knjiga treća: Društva osoba, Organizator, Zagreb, 2019.

Barbić, J., Novela Zakona o trgovačkim društvima iz 2019. i javno bilježništvo, Javni bilježnik, 2019.

Bea, F., Helm, R., Schweitzer, M., BWL Lexikon, UTB, Stuttgart, 2009.

Dellinger/Mohr, Kurzkommentar EKEG, MANZ Verlag, 2004.

Duursma, D., Duursma-Kepplinger, H., Roth, M., Handbuch zum Gesellschaftsrecht, LexisNexis ARD ORAC, 2007., Rz 1540.

Geißler, M., Aktuelle und fortdauernde Rechtsprobleme bei der GmbH & Still, GmbHR 2008.

Gorenc, V., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, RRIF, Zagreb, 2008.

Gorenc, V., Tajno društvo je imenovan i dopušten ugovor, Računovodstvo, revizija i financije, br. 9/2009.

Hochedlinger, G., Fuchs, H., Stille Gesellschaft: Praxishandbuch zu gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Fragen, MANZ Verlag, Wien, 2006.

Ivkošić, M., Kapitalno orijentirani sustav zaštite vjerovnika društva s ograničenom odgovornošću, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 70, (1), 2020.

Kaleb, Z., Ugovori o tajnom društvu i njihova primjena u praksi, Računovodstvo, revizija i financije, 2012., br. 12.

Krejci, H., Gesellschaftsrecht, Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften, MANZ Verlag Wien, 2005.

Marković, I., Financiranje: Teorija i praksa financiranja trgovačkih društava, RRIF plus, Zagreb, 2000.

Mylich, F., Die atypisch stille Beteiligung als ergänzender Geschäftsanteil, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2018.

Roth M. u Baumbach A,, Hopt K. J., Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank-und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Auflage, C.H.Beck, 2014.

Schmidt, K., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Zweites Buch: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Beck-online, 2019.

Torggler, U., Unternehmensgesetzbuch Kommentar, Linde Verlag, 2013.

Trenker, M., Die atypisch stille Gesellschaft in der Insolvenz des Unternehmers, Wirtschaftsrechtliche Blätter 25, 2011.

ZAKONI

Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG), StF: BGBl. I Nr. 92/2003.

Handelsgesetzbuch, dRGBl. S. 219/1897, BGBl. I Nr. 59/2005.

Handelsgesetzbuch, RGBl. S. 219, BGBl. I S. 3436, 3457.

Stečajni zakon NN br. 71/15., 104/17, 36/22.

Unternehmensgesetzbuch, dRGBL 1897., 219 idF BGBl I 120/2005.

Zakon o trgovačkim društvima, NN br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. - službeni pročišćeni tekst, 111/12., 125/11., 68/13., 110/15., 40/19.

SUDSKE ODLUKE

Presuda Vrhovnog suda Republike Austrije (der Oberste Gerichtshof), 8 Ob 4/95 (8 Ob 5/95).

Presuda Vrhovnog suda Republike Austrije (der Oberste Gerichtshof), 6 Ob 204/16t.

Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske br. U-I-608/1996 i U-I-816/1998 od 17. studenog 1999.

Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske br. Pž 6527/2017-2 od 08. studenog 2017.