

Poslijediplomski doktorski studij

Kolegij: Insolvencijsko pravo

prof. dr. sc. Jasnica Garašić

**Odgovornost članova uprave
zbog nepokretanja stečaja**

Mičo Ljubenko

Svibanj, 2013.

Sadržaj:

1. Uvod.....	3
2. Zakonodavno uređenje odgovornosti članova uprave u RH.....	5
2.1 Razvoj odgovornosti članova uprave i pozitivni propisi.....	6
2.2 Novela Stečajnog zakona 2012.....	9
2.2.1 Novi stečajni razlog nelikvidnost i odgovornost članova uprave.....	10
2.2.2 Novo uređenje skupne štete.....	13
3. Sudska praksa.....	20
3.1 Nastavak parnice radi odgovornosti uprave započete prije otvaranja stečaja..	20
3.2 Pitanje štete počinjene društvu kao štete vjerovnika.....	23
4. Stečajni razlozi i odgovornost članova uprave.....	25
5. Vrijeme nastupa odgovornosti zbog propusta pokretanja stečaja.....	27
6. Odgovornost za propust pokretanja stečaja prema člancima 251. i 252. ZTD.....	29
7. Pobjodne radnje i odgovornost članova uprave.....	31
8. Skupno namirenja vjerovnika i odgovornost članova uprave.....	33
9. Temeljni kapital i odgovornost člana uprave.....	34
10. Nadzorni odbor i odgovornost člana uprave.....	36
11. Osiguranje članova uprave od odgovornosti.....	37
12. Nezainteresiranost vjerovnika u stečaju i odgovornost članova uprave.....	38
13. Educiranost vjerovnika u stečaju i odgovornost članova uprave.....	39
14. Usporedna rješenja u stranim propisima.....	40
14.1 Teorija „deepening insolvency“ – SAD.....	42
15. Prijedlozi rješenja UNCITRAL-a.....	45
16. Odgovornost članova uprave zbog nepokretanja stečaja - De lege ferenda.....	50

1. Uvod

Pitanje odgovornosti članova uprave radi propusta pravodobnog pokretanja stečaja ili pokretanja stečaja uopće, pitanje je koje se prirodno istakne već u početnoj fazi svakog stečaja. Svaki stečaj povezuje zaključak da je rješenje moglo biti bolje da se postupak ranije pokrenuo, odnosno, vjerojatno nije zabilježen stečaj u kojem je zaključeno da je postupak pokrenut prerano ili nepotrebno. Međutim, s druge strane koliko god je to pitanje povezano sa svakim stečajem, vrlo su rijetki slučajevi kad se to pitanje doista i pokuša pravno procesuirati.

Upravo ovakav stvarni status pravnog instituta odgovornosti članova uprave i jest bio motiv za obradu ovog pitanja. Relativno su rijetki pravni instituti koji su nominalno prihvaćeni, tj. egzistentni kao pozitivni propis, te kod kojih postoji čak visok stupanj interesa, ali ipak iznimno rijetko, i to uglavnom neuspješno - se primjenjuju. Takvo stanje je stoga svakako poticaj za stručnu analizu i moguću daljnju znanstvenu obradu.

Konkretno društvene okolnosti, globalna gospodarska kriza, naročito potencirana u RH kroz početni porast tržišne ekonomije u nestabilnim uvjetima, istaknuli su stečajno pravo i sva pitanja koja se kroz njega uređuju u prvi plan.

Naslov teme je usmjeren na odgovornost članova uprave, mada je formalno moguća odgovornost i drugih osoba temeljem činjenice propusta pokretanja stečaja. Međutim, kako je već naznačeno, u situaciji gdje se takva odgovornost postavlja gotovo kod svakog stečaja, smatram svrhovitim usmjeriti to pitanje isključivo na trgovačka društva (društva kapitala) i osobe koje u njima takvu odgovornost mogu imati temeljem svojih zakonskih ovlasti.

Termin član uprave sam za ovu svrhu izabrao između više mogućih (odgovorna osoba, direktor ili čak uprava) jer na njega usmjeravaju odgovarajuće odredbe Zakona o trgovačkim društvima, a gdje nije dobro miješati opći termin direktor, sa zakonom određeni sličan termin izvršni direktor, iako primjerice u istoj materiji UNCITRAL koristi termin direktor.

Kako je u pitanju odgovornost, to nisam htio na isto primijeniti niti naziv uprava, jer se odgovornost po prirodi stvari odnosi na osobu, pa se time vjerujem bolje izražava to pitanje kroz označavanje odgovornosti člana uprave, nego tijela u društvu.

Osnovna dvojba ovog pitanja će se, kroz različite aspekte, usmjeriti na ravnotežu između nužne slobode gospodarskog poslovanja sa razumnim rizikom, kojeg moraju prihvatiti svi sudionici trgovačkih odnosa s jedne strane i zakonskih dužnosti te nesavjesnog i štetnog gospodarskog poslovanja s druge strane.

Ravnoteža ili granica između ta dva cilja, do sada, u našim zakonskim propisima, sudskoj praksi ili poslovnim običajima nije niti približno utvrđena. U takvim uvjetima, bez jasne i uhodane pravno-formalne podloge – pitanje odgovornosti direktora zbog nepokretanja stečaja osnovano je pitanje koje privlači pozornost i traži dodatan napor i vrijeme za uspostavu pravnih standarda koji će biti kvalitetni samo ukoliko budu - primjenjivi.

U otežanim uvjetima gospodarskog poslovanja, svaki sustav pojačano usmjerava pozornost na odgovornost u poslovanju, u tom duhu, pitanje pokretanja stečaja predstavlja najvišu točku i ključnu odluku o kojoj mora voditi računa član uprave ili druga odgovorna osoba trgovačkog društva. Pravodobnost donošenja takve odluke dobiva sve više na značaju. Pokretanje stečaja u pravom trenutku ima za cilj spašavanje i dužnika i vjerovnika. Pokretanje stečaja uz određena zakašnjenja uglavnom ima za cilj samo zaštitu potraživanja vjerovnika. Međutim, propust pokretanja stečaja ili pokretanje stečaja sa neprihvatljivim zakašnjenjem, te neuspjeh u zaštiti prava vjerovnika, propušta svaki pozitivan cilj i može biti uzrok štete vjerovnicima, ali i samom društvu dužnika tj. članovima društva.

Pravodobno donošenje odluke o pokretanju stečaja za osobu koja vodi društvo treba razumjeti kao normalnu poslovnu odluku, ravnopravnu odluci da se pokrene tj. registrira društvo i svakako da može biti čak i dio reference uspješnog menadžera. Donošenje takve odluke sa zakašnjenjem treba bitno razlikovati od naprijed opisane iste odluke. Razvoj poslovanja, čak je ustanovio i novu vrstu menadžera, tzv. menadžeri za krizne situacije, koji imaju zadaću, ne upravljati društvom, nego osigurati opstanak društva i/ili zaštitu svih partnera tog društva. Moderan pristup stečaju, koji je istina, sada (nadam se privremeno) oslabljen izostankom cjelovitog stečajnog plana, svakako uključuje i stečajna rješenja u cilju uređenja neusklađenih dužničko-vjerovničkih odnosa.

Odgovornost u poslovanju, tijekom razvoja tržišne ekonomije prolazi također je svoj prirodan put razvoja. U početnoj fazi razvoja, ta se odgovornost prvenstveno odnosila na kaznenopravni aspekt. Razvojem tržišnog poslovanja nastali su vrlo različiti oblici ugovornih odnosa, statusnih uređenja samih trgovačkih društava, te posebice različiti oblici podjele ovlasti i odgovornosti. Time je i pitanje pristupa odgovornosti u poduzimanju radnji odgovornih postalo složenije.

Šteta kao moguća posljedica poslovanja trgovačkog društva, u današnjem razvijenom poslovanju u pravilu nije uzrokovana neposredno niti temeljem jedne radnje ili propusta odgovorne osobe. Nastanak štete se svakako treba razlučivati od objektivne činjenice nastanka u gubitka u poslovanju. Ipak, legislativa i pravna znanost pokušavaju dati okvire za diobu ovih kategorija, a što se pokazuje kao moguće i najteži zadatak. Naime, uređenje odnosa koji nisu željeni, koji nisu ugovorni, koji su k tome neprihvatljivi kao što je odnos koji je uzrokovao štetu, vrlo je teško urediti. Upravo, sam štetni rezultat proizlazi iz činjenice da je u postupanju došlo do pogrešaka koje nisu bile željene uređenim ugovornim odnosom.

Sadašnje stanje legislative i stručne znanosti, smatram, još uvijek nije dalo dovoljno kvalitetne odgovore na pitanje odgovornosti direktora zbog propusta pokretanja stečaja, niti kod nas niti u razvijenijim sustavima.

Pravni sustav tom problemu pristupa s dvije pozicije koje imaju krajnje pojavne oblike. Prvo, kao kaznenopravni pristup, a drugo kao opći moralni pristup pitanju ove vrste odgovornosti. Između ta dva pristupa postoji vrlo veliko konkretno područje koje bi trebalo dodatno uređivati pitanje materijalne odgovornosti prema neposrednim oštećenima.

Prvi kaznenopravni pristup, u pravilu nikada nije sam za sebe predmet kaznenog djela, mada formalno to može biti, već je povezan sa kaznenim djelima koja imaju šire označeno biće djela kao npr. zlorporaba u gospodarskom poslovanju. Budući da gotovo nije moguće na pravilan način poslovati u uvjetima kad je već nastupio neki od stečajnih razloga, odgovorne osobe u tom periodu nužno naprave i konkretne nepravilnosti u samim radnjama raspolaganja imovnom dužnika i preuzimanja obveza u ime dužnika.

Drugi pristup, koji se može nazvati općim moralnim pristupom, usmjeren je na uređenje poslovanja na transparentan i društveno odgovoran način, na primjer kroz propise o računovodstvu, kroz interne akte društva dužnika ili kroz podzakonske akte kao što je Kodeks korporativnog upravljanja. U slučaju propusta odgovorne osobe koji se očituje u nepokretanju stečaja niti jedan od gornja dva pristupa neće sanirati štetu vjerovnika, niti će im stoga dati satisfakciju.

Razlozi takvom sadašnjem stanju su višestruki, mada nisu nužni i opravdani. Traženje pravnog okvira kojim bi se osmislila primjerena materijalna odgovornost člana uprave dužnika u takvim slučajevima radi saniranja štete vjerovnika, vjerujem da je moguće.

2. Zakonodavno uređenje odgovornosti člana uprave u RH

U Republici Hrvatskoj dužnost pokretanja stečaja od strane odgovorne osobe u trgovačkom društvu uređuje Stečajni zakon člankom 4. stavak 13. i 14. (NN 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12), a Zakon o trgovačkim društvima u članku 251. (NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/12) sukladno Stečajnom zakonu kao posebnom zakonu, potvrđuje tu obvezu na istovjetan način u pogledu roka, s time da ZTD u tom članku još nije usklađen u pogledu novog stečajnog razloga (nelikvidnost) i roka koji se na njega odnosi.

Odgovornost za štetu radi propusta pokretanja stečaja također je uređena Stečajnim zakonom, mada ne na neposredan i razrađen način već kroz odredbe članka 101. o skupnoj šteti. Zakon o trgovačkim društvima odgovornost članova uprave za štetu uređuje člankom 252., a zatim i člankom 273. i 273a za prošireni krug mogućih odgovornih osoba. Odredbe članka 430. Zakon o trgovačkim društvima, nadalje, uređuju odgovornost članova uprave društava s ograničenom odgovornošću, i to pozivom na uređenje te odgovornosti na način kako je predviđen iz člancima 252., 273. i 273a ZTD za dionička društva, a što se posebno ističe člankom 431.c u odnosu na pitanje obveze pokretanja stečaja uređene člankom 251. ZTD.

Međutim, postoje i drugi zakonski propisi koji na posredan način upućuju na obveze odgovornih osoba u trgovačkom društvu u pogledu pokretanja stečaja, tako su te obveze uređene nadalje i Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, te posredno i Općim poreznim zakonom.

2.1 Razvoj odgovornosti člana uprave i pozitivni propisi

Uređenje materijalne odgovornosti člana uprave trgovačkih društva zbog propusta pravodobno pokretanja stečaja, u periodu propisa donesenih od strane Republike Hrvatske, nije na dostatan način uređivao niti jedan propis. Osnovne odredbe koje upućuju na uređenje materijalne odgovornosti članova uprave sadržane su u Zakonu o trgovačkim društvima i to u člancima 252. i 273.

Članom 471.st.5. se nadalje uređuje istovjetna odgovornost za likvidatore u postupku likvidacije.

Međutim, iako se u tim odredbama, što načelno što taksativno, određuju radnje koje će se smatrati štetnim radnjama, iz kojih dalje proizlazi materijalna odgovornost članova uprave, propust u ispunjenju zakonske dužnosti pokretanja stečaja, kako je definirana člankom 251. ZTD nije taksativno predviđen kao propust koji bi se smatrao štetnom radnjom. U daljnjem tekstu ovog rada biti će prikazano tumačenje te odredbe sukladno sudskoj praksi, u smislu, da li se takav propust ipak tumači štetnom radnjom koja dovodi do odgovornosti člana uprave.

Ovdje se već može naznačiti da pitanje tumačenja odredaba koje uređuju odgovornost članova uprave u slučaju nepokretanja stečaja temeljem članaka 252. i 273. ZTD valja promatrati i u svjetlu činjenice da je za obvezu iz članka 251. propisana člankom 626. ZTD kaznena odgovornost. Navedena činjenica, posebno dovodi u dvojbe tumačenja u pogledu materijalne odgovornosti za radnju nečinjenja koja je predviđena kao kazneno djelo.

Za utvrđenje materijalne odgovornosti člana uprave trgovačkog društva zbog propuštanja obveze pokretanja stečaja, stoga je ipak nužna primjena i odgovarajućih odredbi koje uređuju naknadu štete u Zakonu o obveznim odnosima.

Neovisno od činjenice postojanja zakonske praznine ove vrste štete u ZTD-u, novi Zakon o obveznim odnosima uveo je institut štete prema pravnim osobama kroz termin prava osobnosti, a što je za pravne osobe uređeno u Glavi II. tog zakona. Posljedično tome i pravne osobe, u slučaju povrede njihova ugleda ili drugog prava osobnosti, imaju pravo i na novčanu naknadu kao oblik popravljivanja neimovinske štete. Shvaćanje pojma neimovinske štete rezultat je suvremenih tendencija u pravnoj teoriji i usporednom odštetnom pravu. Od novijih kodifikacija tu ulazi i Obligacijski zakonik Republike Slovenije iz 2001. godine.

Odgovornost člana uprave u smislu propusta u činu nepokretanja stečaja, odredbama članka 252. ZTD tek je posredno uređena i to na način da se smatra nesavjesnim poslovanjem npr. plaćanje u uvjetima koji zapravo predstavljaju stečajne razloge (nesposobnost za plaćanje i prezaduženost).

Ovdje je svakako primjereno istaknuti da se radi o normama koje su primarno imale za cilj uredi sveobuhvatno urediti pitanje materijalne odgovornosti članova uprave trgovačkih društava. Uočljivo je da je važniji naglasak u tim odredbama dat odgovornosti članova uprave naspram samog društva tj. prema članovima društva.

Nije dvojbeno da i taj odnos zaslužuje uređenje, ipak u uvjetima početnog razvoja trgovačkog prava u tržišnoj ekonomiji, smatram da je značajnije urediti odnos odgovornosti prema trećima tj. vjerovnicima koji se nameće kao jednostavniji i više potreban nasuprot odnosima koji nastaju između članova uprave i članova društva.

Stanje našeg gospodarstva, zbog stjecaja različitih okolnosti, generiralo je nelikvidnost kao moguće i najveći problem. Sa pravnog aspekta, za širenje nelikvidnosti vrlo veliku ulogu ima upravo stupanj odgovornosti članova uprave dužnika - prema vjerovnicima.

Zakon o trgovačkim društvima, kao temeljni propis za pravno uređenje odnosa u gospodarstvu, donesen je krajem 1993. i počeo se primjenjivati 1. siječnja 1995. Tim su Zakonom trgovačka društva u nas, prvi puta temeljito uređena nakon 1875. kada je to bilo učinjeno Trgovačkim zakonom. Ovu pravnu oblast je od 1988. godine uređivao Zakon o poduzećima kada su trgovačka društva pod nazivom poduzeća u mješovitom vlasništvu, nakon četiri desetljeća, ponovno bila dopuštena. Zakonom o poduzećima ova je materija bila uređena sa svega pedesetak članaka. Zakon o trgovačkim društvima je rađen po uzoru na rješenja prihvaćena u suvremenim pravnim sustavima srednjoeuropskog pravnog kruga temeljena na njemačkom pravu, i od svog donošenja praktički je ozbiljnije mijenjan smom 2003., kada je među ostalim napravljena i izmjena u pogledu odgovornosti članova uprave u društvima s ograničenom odgovornošću.

U postupku prilagodbe hrvatskog zakonodavstva europskoj pravnoj stečevini potrebno je bilo, kako bi se Zakon o trgovačkim društvima u potpunosti s njom uskladio, taj zakon izmijeniti i dopuniti tako da bude usklađen s europskim sekundarnim pravnim izvorima koji su sada na snazi što uključuje i pravne izvore donesene nakon njegove posljednje izmjene i dopune.

Kako je Zakon rađen po uzoru na odgovarajuće njemačke propise potrebno ga je izmijeniti i dopuniti u mjeri u kojoj je mijenjano i pravo uzor. Naime, pravo društava se u svijetu vrlo dinamično razvija, u Europi to nije diktirano samo regulativom Europske unije nego i sve učestalijim aferama, stečajevima i zloporabama čak i u vrlo poznatim svjetskim tvrtkama, kao što su primjerice Lehman Brothers, Enron, Parmalat, što sve zahtijeva učestale promjene u propisima kako bi se osujetilo takva postupanja. Tako su se, primjerice, u njemačkom trgovačkom pravu, od 2003. godine, odgovarajući propisi mijenjali tridesetak puta.

Određena nezainteresiranost zakonodavca za ovu materiju moguće je najbolje vidljiva kroz činjenicu da je odredba članka 430. ZTD koja uređuje odgovornost člana uprave u društvu s ograničenom odgovornošću prema vjerovnicima uz primjenu članka 273. ugrađena u zakon tek 2004. godine. Do tada je takva odgovornost postojala samo za članove uprave dioničkih društva, za što svakako nije bilo razumnog objašnjenja, naročito imajući u vidu da je najveći broj trgovačkih društva upravo s ograničenom odgovornošću.

U tom smislu i sa pravnim stavom Vrhovnog suda RH da ne može član uprave društva s ograničenom odgovornošću biti odgovoran temeljem analogne primjene članka 273. Za sve radnje koje je poduzeo do stupanja na snagu Novele ZTD iz 2004. godine, o čemu će biti detaljnije riječi u poglavlju ovog rada pod kojim se obrađuje sudska praksa ovog pravnog instituta.

Sa danom 31. svibnja 2007. u Republici Hrvatskoj bilo u sudskom registru upisano 118.373 društava s ograničenom odgovornošću i 1.741 dioničarskih društava. Uzme li se u obzir broj članova tih društava i članova uprave vidljivo je da Zakon neposredno uređuje odnose koji se tiču vrlo velikog dijela stanovništva i pravnih osoba.

Točno je da je velik broj društava sa ograničenom odgovornošću poslovno neaktivno, te je samo u 2012. godini čak 36.000 takvih društva brisano iz sudskog registra upravo zbog neispunjavanja zakonske obveze predaje godišnjih financijskih izvješća tri godine uzastopno, međutim, točno je i da se može očekivati veći broj osnivanja takvih trgovačkih društva, jer se to potencira i gospodarski i pravno, na primjer, kroz izmjenu ZTD-a kojem je 2012.godine uvedeno jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću.

Iz ovog podatka je smatram važan omjer između broja dioničkih društva i društva sa ograničenom odgovornošću koji se približno kreće u omjeru 1:100 što dodatno ukazuje na važnost takvih odredbi kod društva sa ograničenom odgovornošću.

Nadalje, prema prirodi svog poslovanja, većina dioničkih društva zbog normi vezanih na opseg prihoda ima zakonsku obvezu provedbe revizije, a dio njih je i uvršten na uređenu trgovinu dionicama putem burze.

Također, obvezno tijelo u dioničkim društvima je i nadzorni odbor, dok je ono kod društva sa ograničenom odgovornošću vrlo rijetko (samo za takva društva koja zapošljavaju više od 200 radnika). Naravno da je upravo nadzor zakonitosti poslovanja i prva zadaća tog tijela što zaključno ukazuje na izuzetnu razliku u pitanju kontrole članova uprave kod ta dva oblika trgovačkih društva.

U tom smislu, može se razumno zaključiti da je upravo za članove uprava društva s ograničenom odgovornošću trebalo biti u Zakonu o trgovačkim društvima razrađenije uređenje pitanja nadzora, zakonitosti i odgovornosti članova uprave.

Konačno 2012. godine donesena dva su propisa ponovno pristupila pitanju materijalne odgovornosti članova uprave. Najprije je donesen novi Opći porezni zakon koji je stupio na snagu 21.7.2012. i koji naravno uređuje pitanja oštećenja proračuna od strane članova uprave poreznih dužnika, a što po prirodi stvari nastaje u periodu postojanja i stečajnih razloga. Zatim je, 1.10.2012. stupio na snagu Zakon o financijskom poslovanju i predstečanoj nagodbi kojim je značajno proširen period koji se može već smatrati stečajnim razlogom – nelikvidnost. Obzirom na kriterij utvrđenja statusa nelikvidnosti prema tom zakonu moguće su već sada dva zaključka, da će vrlo dugi period poslovanja prije stečaja biti nominalno pod potencijalnom odgovornošću člana uprave, ali i, da neće biti moguće sa sigurnošću utvrditi kada je zapravo nastupila nelikvidnost, a time i odgovornost člana uprave.

2.2 Novela Stečajnog zakona 2012. godine

Radi preglednosti zakonskih i podzakonskih akata stečajnog prava uvodno se daje pregled propisa koji su prethodili noveli Stečajnog zakona objavljenoj u Narodnim novinama br.133/12, kako slijedi:

Zakon:

- Zakon o dopunama Stečajnog zakona (NN 25/12)
- Zakon o dopunama Stečajnog zakona (NN 116/10)
- Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 82/06)
- Uredba o izmjeni Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 187/04)
- Uredba o izmjeni Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 197/03)
- Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 123/03)
- Odluka o proglašenju Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 129/00)
- Zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (NN 29/99)
- Stečajni zakon (NN 44/96)
- Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (NN 86/08)

Pravilnici:

- Pravilnik o utvrđivanju liste stečajnih upravitelja (NN br. 65/07)
- Pravilnik o programu stručnog ispita za stečajnog upravitelja i načinu njegova polaganja (NN br. 110/06)
- Pravilnik o sadržaju obrasca zahtjeva radnika za ostvarivanja prava u slučaju stečaja poslodavca (NN br. 128/08 i 34/10)

Uredbe:

- Uredba o kriterijima i načinu obračuna i plaćanja nagrada stečajnim upraviteljima (NN 189/03 od 01.12.2003.)

Ostalo:

- Statut Agencije za osiguranje radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca (NN 50/09 od 22.04.2009.)
- Pravilnik o načinu zaprimanja izjave o adresi radi dostave u sudskim postupcima (NN 55/09 od 08.05.2009.)

EU propis

Uredba vijeća Europe (Council Regulation (EC)No 1346/2000) koja zamjenjuje sve bilateralne i multilateralne sporazume u pogledu priznavanja, nadležnih tijela i harmonizacije okvira za stečajne postupke, te se primjenjuje na sve postupke započete nakon 31.5.2002. godine, donesena na temelju Istanbulske konvencije iz 1990. godine.

Izmjene i dopune Stečajnog zakona iz 2012. godine imale su prvenstveni cilj u skladu sa odredbama Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. U pripremi te novele pristupilo se tek sporadično i drugim izmjenama koji nisu neposredno povezane na spomenuti zakon.

Pitanje odgovornosti članova uprave kako je već navedeno, potrebno je sada promatrati i kroz novi stečajni razlog – nelikvidnost, a time i kroz propise Zakon o financijskom poslovanju i predstečajne nagodbe.

Pitanje odgovornosti članova uprave zbog nepokretanja stečaja unutar stečajnog zakona posredno uređuje članak 101. kojim se uređuje namirenje skupne štete, koji je proširen u smjeru koji bi mogao pomoći afirmaciji prava vjerovnika ostvarenje prava prema članovima uprave stečajnih dužnika.

2.2.1 Novi stečajni razlog nelikvidnost i odgovornost članova uprave

U obrazloženju dodavanja novog stečajnog razloga nelikvidnost zakonodavac je naveo slijedeće:

„Predloženom dopunom kao stečajni razlog uvodi se i nelikvidnost i tako osigurava da se pravovremenim pokretanjem stečajnog postupka nad dužnikom koji ima financijskih poteškoća omogući povoljnije namirenje vjerovnika. Predložena izmjena usuglašava se s postojećim uređenjem sadržanim u Zakonu o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima (Narodne novine, br. 91/2010 i 112/2012) koji propisuje da Financijska agencija vodi Očevidnik redosljeda osnova za plaćanje te tako jedina raspolaže potpunim podacima o evidentiranim neizvršenim osnovama za plaćanje. Isto tako, dopunom se poboljšava tekst u odnosu na osobe koje su dužne predložiti otvaranje stečajnog postupka kako bi se izbjegle nedoumice u praksi. Predloženom dopunom obuhvaćene su sve osobe koje imaju ovlast voditi poslove društva, a isključene koje tu ovlast nemaju.“

Mada samo kao član radne skupine aktivno sudjelovao u ovoj noveli zakona, za odredbu kojom je uveden novi stečajni razlog mogu istaknuti da nije riješena na primjenjiv način iako je cilj koji se pokušao postići tim stečajnim razlogom, pravovremenost pokretanja stečaja svakako opravdan.

Objašnjenje za prihvaćanje neprimjenjive norme za vjerovnike, a krajnje diskrecione za samog dužnika, može svakako biti u tome što je novi stečajni razlog – nelikvidnost – na način kako je definiran, morao biti istovjetno preuzet iz prethodnog Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (dalje ZFPPN).

Mišljenje struke iz područja stečajnog prava o tom zakonu više je kritično nego podijeljeno, prije svega stoga što pravna struka gotovo i nije sudjelovala u pripremi tog zakona. Ovo jest dakako objašnjenje, ne i opravdanje takvog rezultata.

Diskrecioni karakter tog stečajnog razloga, može biti podloga za olaku zlouporabu ovog razloga kao uvjeta za pokretanje predstečajnog postupka, a koji postupak svojim sadašnjim zakonskim uređenjem može donijeti i prekomjerne beneficije dužnicima.

Problematičnost novog stečajnog razloga – nelikvidnost nije u njemu samome niti u pitanju treba li nelikvidnost biti stečajni razlog. Što više, može se zaključiti da je zakonodavac u ZFPPN ima dobru namjeru da pravo i obvezu pokretanja predstečajnog postupka, pa time i stečaja pomakne u znatno raniju fazu tj. u početak nastanka financijskih teškoća dužnika.

Upravo je većina kritike na stečaj kao postupak, išla za time da je on zakašnjeli postupak koji već samim time i ne može dati učinkovite rezultate.

Kritika prema novom stečajnom razlogu nelikvidnost, smatram da treba ići u smjeru nejasne definicije kada on nastupa i naročito kako je moguće ispitati je li on uopće nastupio – članak 15.st.2.t.1. ZFPPN.

Odnosno, neprimjerno strogog određenja iz druge opcije iste odredbe u stavku 2. pod t. gdje ovaj stečajni razlog nastaje već u slučaju kašnjenja jedne plaće dulje od 30 dana.

Zakonodavac koji je definirao ovaj stečajni razlog iz resora Ministarstva financija (za ZFPPN, na koji se kasnije morao osloniti SZ) nije iskoristio iskustvo koje je već imao u resoru Ministarstva pravosuđa odnosno iz Stečajnog zakona vezano za drugi stečajni razlog (nesposobnost za plaćanje), a koji je prošao svoj razvoj od uređenja koji je zahtijevao složenu računovodstvenu radnju do danas kada se isti vrlo jasno i nedvojbeno utvrđuje potvrdom banke o tzv. neprekinutoj blokadi računa duljoj od 60 dana.

Potvrdu o nastupu nelikvidnosti niti jedna institucija ne može izdati. Ispitati jeli dužnik doista nelikvidan može jedino porezna uprava u postupku poreznog nadzora, jer je to jedini postupak koji omogućuje legalan uvid u cjelokupno financijsko poslovanje.

Nadalje, stanje nelikvidnosti na način kako je sada definirano vrlo je dinamična kategorija i može biti promijenjena ovisno o sporazumima sa vjerovnicima.

Svakako se može zaključiti da je u cilju ubrzanja pokretanja stečajnog postupka (ili predstečajnog postupka) uzrokovana pravna nesigurnost koja se ogleda u činjenici da svaki subjekt može iskoristiti nemogućnost ispitivanja statusa nelikvidnosti od strane trećih osoba, za svoj interes radi ostvarenja beneficija koje daje ZFPPN.

Jednako tako i još važnije treće osobe prvenstveno vjerovnici nemaju mogućnost saznati kada je njihov dužnik ušao u stanje nelikvidnosti.

Upravo ova činjenica da to stanje nije moguće utvrditi od strane trećih osoba niti u tekućem trenutku, a naročito ne retroaktivno za neki trenutak u ranijem periodu oduzima tom stečajnom razlogu kvalitetu u pogledu utvrđenja odgovornosti člana uprave za mogući propust u obvezi pokretanja stečaja.

Točno je da od ranije u stečajnom zakonu postoji i treći stečajni razlog – prezaduženost, za koji je moguće još teže u aktualnom trenutku od strane trećih osoba utvrditi jeli takav razlog nastupio. Činjenica je također da su do Novele SZ iz 2012. godine vjerovnici imali mogućnost pokrenuti stečaj zbog dva stečajna razloga, a da je manje od 1 posto stečajeva pokrenuto zbog prezaduženosti.

Ipak, teško primjenjiv stečajni razlog prezaduženost nije opravdanje za dodavanje još jednog teško primjenjivog (za vjerovnike) stečajnog razloga – nelikvidnost.

Efekt ovog problema u odnosu na pitanja odgovornosti člana uprave radi propusta pokretanja stečaja odražava se u činjenici da će biti vrlo teško ili neće biti moguće dokazati prvi uvjet za tu odgovornost, a to je kada je i jeli uopće u traženom periodu postojao stečajni razlog nelikvidnost.

Zakonska promjena uvođenja novog stečajnog razloga nelikvidnost stoga je donijela samo još više nestabilnost i do sada teško primjenjivom i krhkom pravnom institutu – odgovornost člana uprave radi propusta pokretanja stečaja.

Preciznije, ova zakonska promjena donijela je, zbog gore opisanog problema utvrđenja samog nastupa odgovornosti zapravo dodatnu zaštitu članovima uprave društva, neovisno što se moguće njihova društva doista i nalaze u stanju trajne nelikvidnosti i koja kao takva zavređuju adekvatno stečajno rješenje i to naročito kroz sada ukinuti stečajni plan.

Prva iskustva iz primjene stečajnog razloga – nelikvidnost, pokazala su većinski zlouporabu tog stečajnog razloga, na način da su dužnici sami pokrenuli pred Finom postupak predstečajne nagodbe zbog nelikvidnosti na neuredan način, što ih dalje usmjerava na tzv. besplatni stečaj.

Takvi stečajevi će u pravilu biti provedeni bez redovnog postupka, sa zaključenjem odmah po otvaranju postupka i time će se dobiti efekt postupaka kojima se samo brišu subjekti tj. trgovačka društva.

Takav pristup smatram nije u duhu stečajnog prava i ciljeva koje nudi stečaj.

Time se nažalost nametnuo stečaju loš statistički rezultat koji će povećati broj dužnika iz čije imovine nije došlo ni do kakvog namirenja vjerovnika.

2.2.2 Novo uređenje skupne štete

Skupna šteta uređena je člankom 101. Stečajnog zakona sa ciljem da u određenim slučajevima stečajni upravitelj ostvari naknadu štete vjerovnicima stečajnog dužnika protiv odgovorne osobe i iz imovine odgovorne osobe stečajnog dužnika.

Na odredbu ovog članka suštinski nadalje ukazuje i odredba članka 252. st.5. Zakon o trgovačkim društvima i to u cilju potvrde da ovlast na ostvarenje prava u korist vjerovnika ima isključivo i jedino stečajni upravitelj.

Novela Stečajnog zakona donijela je bitnu promjenu u tom članku koja se ogleda u dopuni tog članka. Cilj dopune je bio bolje urediti situaciju kada stečajni upravitelji nemaju interes ili ne ocjenjuju osnovanim pokretanje parnice za naknadu štete protiv odgovorne osobe prednika stečajnog dužnika.

O ovoj legalnoj blokadi ostvarenja prava na naknadu štete upravo zbog otvaranja stečaja, a time i aboliranja moguće nepravilnih radnji uprave stečajnog dužnika, pisao sam opširno u časopisu „Eukonomist“ 2006. godine.

Ovaj članak nije bio mijenjan od 1996. godine tj. od samog prvog teksta Stečajnog zakona. U periodu od 16 godina mogao se steći relevantan uzorak primjenjivosti tog članka kroz sudsku praksu koju je potrebno promatrati i kvantitativno i sadržajno.

Kako je uvodno rečeno, razumno je zaključiti da su rijetki stečajevi gdje vjerovnici barem na razini subjektivnog dojma nis u stava da je odgovorna osoba stečajnog dužnika umanjila imovnu prije stečaj ili na drugi način pogoršala status vjerovnika.

U mnogim slučajevima takav stav nije samo pitanje subjektivnog dojma, već i podataka koje stečajni upravitelji svakako mogu prikupiti, osobito u stečajevima gdje postoje dugovanja prema radnicima koji su po ovim konkretnim pitanjima uvijek vrlo kooperativni i u mogućnosti su ukazati na takve radnje uprave društva.

Usporedbom broja stečajeva i broja ovakvih parnica pokrenutih od strane stečajnih upravitelja može se dalje doći do zaključka da je broj takvih parnica izuzetno mali, što svakako ne može značiti da je izuzetno mali broj slučajeva gdje je uprava društva počinila radnje predviđene člankom 101. Stečajnog zakona.

Pretragom sudske prakse Vrhovnog suda RH prema kriteriju članka 101. Stečajnog zakona dolazi se do samo tri primjera takvih parnica. Vjerodostojna pretraga sudske prakse prema broju članka 101. SZ Visokog trgovačkog suda nije moguća, ali svakako da je taj sud postupao u većem broju predmeta. Međutim podatak o broju predmeta koji su temeljem te odredbe došli u ovih 16 godina do Vrhovnog suda RH jasno govori da je ta odredba na određeni način ograničila pravo vjerovnika koji je nisu mogli konzumirati.

Očito je da se razlozi za nepokretanje takvih postupaka prvenstveno odnose na interes stečajnih upravitelja, a ne na pitanje pravne osnovanosti i procjene uspjeha spora.

Članak 101. štetnu radnju, odnosno osnovu za pokretanje takvog postupka definira kao štetu „koju su zajednički pretrpjeli zbog smanjenja imovine koja ulazi u stečajnu masu prije ili nakon otvaranja stečajnoga postupka (skupna šteta) može, za vrijeme trajanja stečajnoga postupka, ostvarivati samo stečajni upravitelj“.

Prije analize dopune ovog članka, uređene Novelom 2012., korisno je razmotriti stipulaciju stavka prvog koji do te novele činio odredbu o skupnoj šteti. Taj stavak je neizmijenjen zadržan, mada otvara određena pitanja koja valja pojedinačno razmotriti i redom kako slijedi.

A) Kada dolazi i kako bi se utvrđivalo smanjenje imovine?

B) Kako mogu vjerovnici pretrpiti štetu radnjom odgovorne osoba prednika stečajnog dužnika nakon otvaranja stečaja?

C) Mogu li svi vjerovnici zajednički pretrpiti štetu i jeli to isključivi uvjet?

D) Kako tretirati zahtjeve po istoj osnovi procesuirane prije stečaja od strane pojedinačnog vjerovnika?

E) Koja su prava vjerovnika tijekom stečaja ukoliko stečajni upravitelj ne pokrene postupak po osnovi tog članka?

F) Konačno, kakva prava imaju pojedinačni vjerovnici u odnosu na ovu vrstu štete nakon zaključenja stečaja?

Ovo su pitanja koja je odredba članka 101. stavlja u prvi plan, mada je pri razradi svakog pojedinačnog pitanja moguće izvesti dodatne različite varijacije.

U Noveli 2012. pruženo je vjerujem zadovoljavajuće rješenje jedino na pitanja D) i E). Zbog namjere samog zakonodavca da se ovom novelom (koja je imala zadaću usklade sa ZFPPN) ne ulazi pretjerano u razradu postojećih instituta, nije se niti pokušalo analizirati druga pitanja od A) do F).

Navedena pitanja smatram da bi bilo svrhovito razmatrati u slijedećem smjeru.

Ad A)

Kada dolazi i kako bi se utvrđivalo „smanjenje imovine“?

Naznačena složenicu smatram presudom u mogućnosti primjene ove odredbe. Ona čini osnovni temelj što se ima smatrati ovim specifičnim vidom štete.

Smanjenje imovine kao takvo nije niti se može podvesti ni pod jedan postojeći pravni institut. Ukoliko se takvo što procjenjuje kroz kriterij temeljnog kapitala, lako se može ocijeniti da temeljni kapital ne predstavlja cjelokupnu imovinu društva.

Ukoliko bi se smanjenje imovine cijeno kroz smanjenje aktive društva, isto je prema međunarodnim revizorskim standardima prihvatljiva računovodstvena kategorije, te ne bi smjelo nužno predstavljati štetnu radnju.

Ukoliko bi se smanjenje imovine cijeno kao iskazivanje gubitka na razini jedne ili više godina, ostaje otvoreno pitanje što niti gubitak niti dobit ne moraju nužno i isključivo utjecati na imovinu društva. Na primjer, društvo koje ostvari dobit i koju zatim isplati svojim članovima nije povećalo potencijalnu stečajnu masu. Odnosno, društvo koje ostvari gubitak u jednoj poslovnoj godini i isti pokrije iz zadržane dobiti prethodnih godina također time ne utječe na stečajnu masu.

Nadalje, od osobitog značaja je pitanje (koje će se kasnije ovdje obraditi primarno kao pitanje pobjornih radnji), vrlo često u praksi prisutno -može li se smanjenjem imovine smatrati preusmjeravanje prihoda, najčešće cesijama. Kod toga nije od presudnog utjecaja rade li se takve cesije u periodu nesposobnosti za plaćanje, što je ciljanim pravnim shvaćanjem VTS 2009. godine ocjenjeno kao prekršaj, ali ne i ništetan pravni posao.

Sredstava se preusmjeravaju samo na dva načelna obvezno pravna načina – ili da se njima ispunio postojeća tražbina prema trećoj osobi ili da se time postigne vjerovnički odnos prema trećoj osobi (cesija s pozajmicom). U oba slučaja nije moguće cijeno preusmjeravanje sredstava kao „smanjenje imovine“ tj. stečajne mase. To stoga što, se podmirenjem postojeće tražbine smanjuje jednaka postojeća obveza prema toj imovini, a davanjem pozajmice se stvara tražbina u korist stečajne mase, što je dakle oboje bez utjecaja na smanjenje ili povećanje imovine.

Pokušaji da se dalje pronade tipičan i praktično vjerojatan primjer „smanjenja imovine“ vode kao vjerujem opravdanom zaključku – da osnova za štetu izi članka 101. SZ „smanjenje imovine“ nije dobro postavljena.

Ukoliko već sam temelj tj. kriterij kad se ima smatrati da je šteta počinjena nije jasan i primjenjiv vrlo je teško dalje povezati sve nužne elemente koji vode do konačne odgovornosti za štetu.

Smjer u kojem bi trebalo tražiti rješenje ovog pitanja bilo bi prije svega razumijevanje odgovornosti uprave i time štetnih radnji na bitno drugačiji način. Prije svega, nije nesavjesno niti nepravilno ako neko društvo smanjuje svoju imovinu tijekom poslovanja. Poslovanje kao takvo, je živ proces od kojeg nije moguće očekivati permanentan rast ili eventualno stagnaciju. Čime bi svaki pad ili smanjenje imovine trebao biti pravno i ekonomski neprihvatljiv.

Štetnost ili nesavjesnost u postupanju uprave ogleda se u preuzimanju obveza koje nisu u skladu sa postojećom ili opravdano očekivanom imovinom društva.

To znači da uprava ima pravo smanjivati imovinu društva i to može biti čak i legitiman poslovni cilj, na primjer radi konačne likvidacije društva koje je ostvarilo svoj projekt.

Međutim, poslovno neprihvatljivo i pravno relevantno bi bilo pitanje da li uprava društva, neovisno o činjenici nedostatnosti svoje imovine, preuzima obveze za koje može ili je mogla zaključiti da ih neće moći ispuniti.

Prema tome institut „smanjenje imovine“ se pokazuje na prvi pogled kao širi i prihvatljiviji za vjerovnike, ali upravo zato što se takav kriterij može lako i opravdati postaje kontraproduktivan.

Mogući kvalitetniji osnov za skupnu štetu bi bio na primjer – preuzimanje obveze za koje se moglo procijeniti da neće biti moguće ispunjenje.

Time bi se ujedno približilo institutu predviđenom u članku 252. ZTD koji navedeno uređuje šire, kao nesavjesno poslovanje, ali što za dokazivanje konkretne štete također nije primjenjivo.

Preuzimanje obveza za koje je uprava mogla zaključiti da ih neće moći ispuniti (prvenstveno plaćanja vjerovnicima) sukladno je primjeni instituta nelikvidnost i prezaduženost.

Dakle, u praktičnoj primjeni bilo bi potrebno utvrditi da li je društvo u konkretnom periodu preuzimanja obveza od strane uprave bilo i nelikvidno i prezaduženo (što nažalost nije rijetko stanje), ukoliko je tome tako, tada postoji osnova za daljnje utvrđenje postupka utvrđenja štete.

Suprotno ovom kriteriju, mnogu članovi uprave čija društva su bila u stanju i nelikvidnosti i prezaduženosti, mogu uspješno dokazati da za to vrijeme iz gore obrazloženih razloga nisu – „smanjivala imovinu“, što znači da nisu odgovorni.

Ad B)

Kako mogu vjerovnici pretrpiti štetu radnjom odgovorne osoba prednika stečajnog dužnika nakon otvaranja stečaja?

Odgovor na ovo pitanje može biti jednostavan, vrlo vjerojatno nikako, ukoliko se formalno ili gramatički tumači ova odredba. Međutim, pri logičnom ili svrhovitom tumačenju može se prihvatiti da posljedice radnji koje je poduzela odgovorna osoba prednika stečajnog dužnika mogu nastupiti i nakon otvaranja stečaja.

Ipak, mišljenja sam da vremensko određenje nastupa štete nije ovdje relevantno, već je relevantno da eventualna štete može biti uzročno vezana za radnju odgovorne osobe prednika stečajnog dužnika. Time se ne utječe na pitanje zastare naravno.

U tom smislu kvalitetnije bi bilo umjesto navedenog fokusiranje na uzročnost postupanja ili propuštanja (u slučaju propuštanja predlaganja stečaja) nego na naglašavanje da takva šteta može nastati prije ili nakon otvaranja stečaja.

Ad C)

Mogu li svi vjerovnici zajednički pretrpiti štetu i jeli to isključivi uvjet?

Na ovo pitanje također bi pojednostavljeni odgovor bio da teoretski mogu, ali u stvarnosti bi to bio rjeđi slučaj.

Naime, vjerovnici se mogu klasificirati prema različitim kriterijima, neki od njih imaju dospjele tražbine u dugom periodu i nisu imali saznanja o konkretnim radnjama kojima je „smanjena imovina“.

Drugim vjerovnicima su tražbine moguće uopće tek nastale netom prije otvaranja stečaja, te nisu bile niti dospjele, te su imali neposredna saznanja o konkretnim radnjama kojima je uzrokovano smanjenje imovine i pristali su na njih prije ulaska u pravni odnos sa prednikom stečajnog dužnika.

Dakako, da se ne bi moglo zaključiti da je i ovim drugim vjerovnicima nastala šteta temeljem takvih radnji.

Međutim, ovdje smatram da ne treba biti cilj dokazivanja ove odgovornosti da je šteta doista počinjena svim vjerovnicima. Stoga vjerujem da bi pravilniji pristup bio označavanje kao oštećenika stečajnu masu, a ne same vjerovnike.

U protivnom, moguće je u parnici dovesti u pitanje odgovornost ukoliko je nedvojbeno da prema nekim vjerovnicima nije mogla nastupiti šteta.

Smisao skupne štete trebala bi proizlaziti iz načela da vjerovnici u stečaju imaju (sukladno stečajnim redovima) ravnopravan status prema stečajnoj masi, te ako je oštećena stečajna masa, tako će ta činjenica dalje odnositi i na vjerovnike, ravnopravno tj. u cilju ravnopravnog namirenja.

Dopuna ove odredbe, možda na prvi pogled čini povredu ovog načela, ali mišljenja sam da je to samo na prvi pogled i da se dubljom analizom (niže u tekstu) može zaključiti da tome nije tako.

Ad D)

Kako tretirati zahtjeve po istoj osnovi procesuirane prije stečaja od strane pojedinačnog vjerovnika?

U slučajevima gdje su potencijalno štetne radnje članova uprave prednika stečajnog dužnika bila naročito izražene, nije rijetka situacija da su pojedinačni vjerovnici već pokrenuli postupke za naknadu štete po osnovi članka 252. ili 430. ZTD.

Međutim, kako stavak 5. članka 252. ZTD ovlast za vođenje takvih postupak daje isključivo stečajnom upravitelju, postavlja se pitanje i procesnog i materijalnog statusa onih vjerovnika koji su već pokrenuli takve parnice.

Procesno gledano takva parnica bi trebala biti prekinuta s ciljem da se pozove stečajni upravitelj na preuzimanje takve parnice. Najčešća sudska praksa jest takva, mada je drugi pristup suda da se takva parnica činjenicom otvaranja stečaja zaključuje uz odluku suda o odbačanju tužbe koja je otvaranjem stečaja postala nedopuštena (više o tome u dijelu o sudskoj praksi). U oba slučaja ostaje neriješeno pitanje odgovornosti za troškove sudskog postupka do tada.

Neovisno o procesnom pitanju, daljnje je pitanje materijalnog prava tog vjerovnika na ostvarenje prava na naknadu ove štete.

U svakom slučaju, upravo su pravne situacije iz ove točke bile motivacija za dopunu članka 101. SZ.

Unutar broja svih parnica za naknadu štete po osnovi članka 252. ili 430. ZTD, po logici stvari, najveći broj njih se tijekom vođenja tih parnica zatekne u situaciji da je nad samim društvom otvoren stečaj.

Dosadašnja sudska praksa nije mogla pružiti više nego što je pružao zakonski okvir, što znači da se to pravo moralo prepustiti stečajnom upravitelju. Kako je pravilo da stečajni upravitelji takve parnice ne pokreću time je došlo do paradoksalnog rezultata – da je otvaranje stečaja abolicijska za nesavjesne članove uprave prema kojim je pokrenuta parnica ili treba biti pokrenuta parnica za naknadu štete.

To znači da upravo oni članovi uprave koji su učinili potencijalno štetne radnje po člancima 252 ili 430. ZTD dobivaju povoljniji status ako društvo dovedu u stečaj nego ako nastave poslovanje.

Novo rješenje će vjerujem sada omogućiti da onaj vjerovnik koji ima interes za ostvarenjem naknade štete sačuva svoje pravo bilo kroz parnicu koju će voditi stečajni upravitelj bilo kroz svoju parnicu.

Ad E)

Koja su prava vjerovnika tijekom stečaja ukoliko stečajni upravitelj ne pokrene postupak po osnovi tog članka?

Do Novele 2012. vjerovnici su mogli utjecati na ovakvu odluku stečajnog upravitelja kroz skupštinu ili kroz odbor vjerovnika.

Vjerovnici nisu utjecali na takvu odluku kroz skupštinu u stečaju prvenstveno iz razloga nezainteresiranosti i needuciranosti, a koja dva problema stečaja se niže posebno obrazlažu.

Kroz odbor vjerovnika se takvo pitanje prirodno prije može otvoriti jer se radi o manjem tijelu koji je sastavljeno od više kvalificiranih ljudi i na dobrovoljnoj osnovi. Međutim, takve inicijative se susreću sa prvom i najčešće nepremostivom barijerom koja glasi – trošak parnice tog postupka koji se uvijek ocjenjuje naročito neizvjesnim.

Obzirom da pojedinačni vjerovnici nisu mogli kroz tijela stečaja valjano ostvariti svoj stav i interes da ipak ima smisla pokrenuti takav postupak, prije svega jer su u pravilu manjina koja takvo što ne može izglasati, pravilno je bilo omogućiti njima zaštitu svog interesa, ako to ne bi bilo na štetu drugih vjerovnika. Time svakako nije povrijeđeno načelo ravnopravnog namirenja vjerovnika i to iz dva razloga. Prvo, što naknada štete od člana uprave prednika stečajnog dužnika nije namirenje od stečajnog dužnika niti u stečaju. Drugo, stoga što u slučaju namirenja viška štete isto ulazi u stečajnu masu, te ne može biti šteta nego jedino korist vjerovnicima stečajnog dužnika.

Ovdje je sada korisno razmotriti razloge zbog kojih do sada stečajni upravitelji nisu htjeli konzumirati svoju ovlast iz članka 101. SZ.

Prije svega, svaki stečajni upravitelj ima svoj legitiman ekonomski interes kod preuzimanja dužnosti zakonskog zastupnika stečajnog dužnika.

Taj legitiman interes može biti i često jest u suprotnosti sa jednako legitimnim interesom stečajnih vjerovnika da se njihova prava što bolje ostvare u stečajnom postupku.

Razumno sagledavajući taj odnos, stečajni upravitelji ostvaruju svoje osobne interese u vođenju stečaja do mjere do koje to dopuštaju vjerovnici stečaja.

Odnosno, nije razumno za očekivati da će stečajni upravitelji brinuti o pravima vjerovnika više nego što to oni sami očekuju i traže, pa čak i na teret svojih prava i interesa koje može ostvariti u stečaju upravitelj.

Daljnja je činjenica da zbog više okolnosti postoji visok stupanj nezainteresiranosti i dalje needuciranosti vjerovnika u stečaju.

Ad F)

Konačno, kakva prava imaju pojedinačni vjerovnici u odnosu na ovu vrstu štete nakon zaključenja stečaja?

Na ovo pitanje teško je odgovoriti. Prema dostupnim podacima takva sudsku praksa još nije objavljena, a poznati su mi slučajevi samo u postupcima koje neposredno zastupam, te kako su isti u tijeku o tom pitanju nije zauzet stav (više o tome u dijelu rada koji se odnosi na sudsku praksu).

Međutim, ipak smatram da ovo pitanje zaslužuje pozornost zbog jednog posebnog razloga.

Naime, najveći broj stečajeva se otvara i zaključuje istim rješenjem. To su slučajevi gdje stečajna masa nije dostatna niti za troškove stečaja. To ne znači da su u takvim slučajevima potraživanja vjerovnika jednako zanemariva.

Dakle, to su upravo slučajevi gdje može biti potencijalno štetnih radnji članova uprave koje i jesu uzrokovale tako ekstreman status samog dužnika.

Mišljenja sam da bi prava vjerovnika tu trebalo urediti na način kakav je već usmjeren ovom novelom za situacije kad se ista pojedinačno ostvaruju tijekom vođenja stečaja. Prema tome, trebalo bi dopustiti vođenje takvih postupaka bez pozivanja stečajnog upravitelja, a ukoliko se eventualno ostvari višak naknade štete vjerovnik – tužitelj bi tada imao dužnost obavijesti i transferacije tih sredstava u korist stečajne mase.

Jednako bi trebalo važiti i za slučajeve brisanja dužnika, koji su vrlo brojni, možda i najviše zastupljeni, a što je još ekstremniji oblik prestanka društva od gore navedenog.

U suprotnom, afirmirati će se načelo da najneuredniji i najnesavjesniji članovi uprave imaju blagodat time što se nad njihovim društvom ne može voditi nikakav postupak pa time i oni dobivaju garanciju za neispitivanje svojih postupaka.

3. Sudska praksa

Sudska praksa neposredno i isključivo po osnovi odgovornosti članova uprave zbog nepokretanja stečaja ne postoji ili nije javno dostupna. Takav podatak vjerujem, prije govori u prilog zaključka da su odredbe zakona koje uređuju takvu pravnu situaciju nedostatne, nego li u prilog zaključka da zapravo članovi uprave nisu do sada propuštali tu svoju zakonsku obvezu na način koji bi ujedno i uzrokovao štetu.

Pretraživač Vrhovnog suda RH po osnovi članka 101. Stečajnog zakona, koji ne mora biti primijenjen nužno povodom činjenice propusta pokretanja stečaja nudi svega tri primjera, što se može smatrati neznatnim brojem za period od više od 15 godina u kojem je periodu permanentno bilo od 30.000 do 76.000 trgovačkih društva koja imaju blokadu žiro računa (stečajni razlog) dulju od 60 dana.

Pretraživanje po osnovi članka 252. ZTD, koji obuhvaća najširi mogući opseg materijalne odgovornosti članova uprave, također daje mali fond odluka Vrhovnog suda RH (25), koji podatak moguće nije cjelovit jer nije nužno da su sve odluke objavljene.

Pretraživanje odluka VTS RH po stranici web „Sudačka mreža“ moguće je prema ključnim pojmovima npr. „odgovornost“ ili „stečaj“ što ne može dati selektirani podatak o broju odluka temeljem ove pravne situacije.

Zbog navedenog, niže prikazujem sa određenim obrazloženjima dostupnu javnu praksu, ali i dio odluka iz vlastite pravne prakse, radi cjelovitijeg prikaza stavova različitih sudova o prijepornim pitanjima vezanim na odgovornost članova uprave prema gore označenim zakonskim odredbama.

U svakom slučaju, razumno je zaključiti da zbog malog broja takvih slučajeva nisu formirani standardi prema kojima bi se sudovi vodili u ocjeni odlučnih pitanja kod ove vrste odgovornosti, a što je tek prethodna faza za zauzimanje pravnih shvaćanja na odjelnim sjednicama.

3.1 Nastavak parnice radi odgovornosti uprave započete prije otvaranja stečaja

Pitanje nastavka prekinute parnice koja je već pokrenuta prema članu uprave od strane vjerovnika po osnovi članka 252. ili 430. ZTD zbog činjenice otvaranja stečaja iznosim kao prvo jer ono na najjasniji način približava suštinu problema u kojem se nalazi ovaj pravni institut.

Kako se može zaključiti, takve parnice nužno moraju biti prekinute, a po prirodi stvari (prvenstveno manjka ekonomskog interesa samih stečajnih upravitelja), iste se ne nastavljaju.

To dovodi do apsurdnog rezultata, da onaj član uprave koji ima pokrenutu parnicu činom stečaja dobiva svojevrsnu aboliciju, umjesto ispitivanja njegovog poslovanja.

Sudovi su doduše u nekim odlukama pokušavali i prije novele SZ iz 2012. pronaći svrhovito rješenje i zaštiti legitiman interes vjerovnika koji je pokrenuo parnicu, međutim, u konačnici i takav pristup se pokazao kao neprovediv. U tom smislu se niže citiraju odluke gdje se ostavlja prostor da vjerovnik i tijekom stečaja nastavi takvu parnicu, ako mu stečajni upravitelj za to da odobrenje, s time da je tada stečajni upravitelj dužan dati takvo odobrenje svakom zainteresiranom vjerovniku. Takvu mogućnost prenošenja aktivne legitimacije izrijekom zakon ne poznaje ma da je takav pristup prihvatio kao dozvoljen i prof. J.Barbić: „Vjerovnik bi mogao i dalje voditi spor s članom uprave ako mu to dopusti stečajni upravitelj, ali bi to dopuštenje vrijedilo za sve vjerovnike.“ (1)

Primjer 1.)

Trgovački sud Zagreb, br. P-3406/06, Rješenje o prekidu postupka od 02.02.2009. godine, kojim se otvara mogućnost da, uz odobrenje stečajnog upravitelja, ipak vjerovnik nastavi parnicu:

„...kako je tijekom trajanja ovog postupka otvoren stečajni postupak nad društvom E.F.G. Rijeka rješenjem Trgovačkog suda u Rijeci, St-27/07 od 20.09.2007., ovaj postupak treba prekinuti jer stečajni upravitelj ima pravo stupiti u parnicu na mjesto tužitelja kao njegov pravni sljednik i nastaviti postupak i to u ime stečajnog dužnika, dakle, tražiti plaćanje navedenog iznosa utvrđene štete u stečajnu masu, tužitelj kao vjerovnik bi mogao i dalje voditi spor s članom uprave ako mu to dopusti stečajni upravitelj, ali bi to dopuštenje vrijedilo za sve vjerovnike...“

Primjer 2.)

Visoki trgovački sud RH, Pž-1694/09, Rješenje od 26.05.2009. godine kojim se potvrđuje Rješenje o prekidu postupka, Trgovački sud Zagreb, P-3406/09 od 02.02.2009. i dodaje u prilog stavu da bi vjerovnik čak mogao nastaviti takvu parnicu pod određenim uvjetima:

„...budući da je parnica počela teći prije otvaranja stečajnog postupka, parnični postupak je valjalo prekinuti, a stečajni upravitelj ima pravo stupiti u parnicu na mjesto tužitelja kao njegov pravni sljednik i nastaviti postupak, ali u ime stečajnog dužnika, dakle tražiti plaćanje iznosa utvrđene štete u stečajnu masu. Vjerovnik, odnosno tužitelj bi mogao i dalje voditi spor s članom uprave ako mu to dopusti stečajni upravitelj, ali bi to dopuštenje vrijedilo za sve vjerovnike. Postavljenim zahtjevom za naknadu štete tužitelj, a koji nakon otvaranja stečajnog postupka postaje stečajni vjerovnik pod uvjetom da je svoju tražbinu prijavio u stečajnom postupku sukladno odredbi čl. 54 SZ-a, svojom tužbom da je samo subjektivno pravo da ga ostvari budući da se u slučaju otvaranja stečaja nad društvom mora poštovati redoslijed namirenja propisan zakonom. „

(1) J.Barbić: Pravo društava, knjiga 2., Društvo kapitala, dioničko društvo, str. 826., Organizator, Zagreb, 2010.

Primjer 3.)

Trgovački sud Zagreb, br. P-3528/12, Rješenje o odbačaju tužbe od 06.11.2012. godine, kao meritorna odluka nakon gornje odluke VTSRH unatoč činjenici da je stečajni upravitelj dostavio pristanak da parnicu nastavi vjerovnik koji je podnio tužbu:

„...Tužba je odbačena primjenom čl.252 st. 5 u svezi čl. 101. SZ-a jer tužitelj nije aktivno legitimiran za postupanje u ovoj parnici obzirom da nakon otvaranja stečajnog postupka nad društvom u kojem je tuženik član uprave i član društva može voditi samo stečajni upravitelj.“

Primjer 4.)

Trgovački sud Varaždin, br. P-353/05, Presuda (odbačaj tužbe) od 21.05.2005. godine zbog činjenice da je otvoren stečaj tijekom vođenja parnice po članku 252. ZTD:

„...odredbom čl.101 SZ-a kao lex specialis je propisano da zahtjeve stečajnih vjerovnika za naknadu štete koju su zajednički pretrpjeli zbog smanjenja zajedničke imovine koja ulazi u stečajnu masu prije ili nakon otvaranja stečajnog postupka (skupna šteta), može za vrijeme trajanja stečajnog postupka, ostvarivati samo stečajni upravitelj, a odredbom čl.102 SZ-a je propisano, ako je stečajni postupak otvoren nad društvom čiji članovi osobno odgovaraju za osobe društva, zahtjeve protiv članova društva po osnovi njihove osobne odgovornosti za vrijeme stečajnog postupka, može ostvariti samo stečajni upravitelj, dakle potraživanje naknade štete prema članu uprave pripada društvu i ulazi u stečajnu masu, a prema odredbi čl.2 st.1 citiranog zakona, stečajni postupak se provodi radi skupnog namirenja vjerovnika stečajnog dužnika, unovčenjem njegove imovine i podjelom prikupljenih sredstava vjerovnicima.

Stoga za vrijeme trajanja stečajnog postupka vjerovnici stečajnog dužnika nemaju pravo ostvarivati naknadu štete prema članovima uprave, koju su oni u svojstvu članova uprave uzrokovali društvu prije otvaranja stečajnog postupka zbog toga što je u pitanju tzv. skupna šteta u smislu odredbe čl.101 SZ-a gdje je propisano, da pravo ostvarivati pravo na naknadu takve štete ima samo stečajni upravitelj pa je stoga očigledno da tužitelj u ovoj parnici nije aktivno legitimiran u odnosu na 1. i 2. tuženika, a niti su 1. i 2. tuženici pasivno legitimirani prema tužitelju jer odredbe čl.252 ZTD-a, na koji propis se pravilno pozivaju tuženici, u odnosu na dužnu pozornost i odgovornost članova uprave odnose se na odgovornost za štetu prema društvu, u ovom slučaju prema tužitelju, koje utuženo potraživanje zajedno sa obračunatim kamatama do otvaranja stečajnog postupka je u potpunosti priznato kao tražbina II višeg isplatnog reda u navedenom stečajnom postupku koji se vodi kod ovoga suda protiv društva „Trgocentar“ d.d. u stečaju, Čakovec, u predmetu broj St-43/04.

Neosnovane su tvrdnje tužitelja da tužitelj kao vjerovnik ne može svoje potraživanje namiriti preko društva, jer je to pokušao namiriti u ovršnom postupku i da su tuženici kao članovi uprave grubo povrijedili dužnost koju su trebali obaviti kao uredni i savjesni gospodarstvenici, jer kao što je naprijed obrazloženo prema čl.252 st.5 ZTD-a i prema čl.101. SZ-a za vrijeme trajanja stečajnog postupka to pravo vjerovnika društva protiv članova uprave za naknadu štete ostvaruje stečajni upravitelj, ali ne samo u interesu tužitelja već u interesu svih vjerovnika stečajnog dužnika „Trgocentar“ d.d. u stečaju, Čakovec, a u tom smislu je i stanovište Vrhovnog suda RH kao revizijskog suda u presudi broj Revt-60/04 od 06.10.2004. godine.

U svezi navedenog, a imajući u vidu činjenicu da je stečajni upravitelj u spomenutom stečajnom postupku tužitelju u cijelosti priznao tražbinu upravo u utuženom iznosu, ističe da je irelevantan prijedlog tužitelja da se pozove stečajnog upravitelja Trgocentra na očitovanje da li dopušta tužitelju izravno vođenje ovog spora sa tuženicima.“

Primjer 5.)

Trgovački sud Zagreb, P-7637/2010 Rješenje o prekidu postupka od 22.12.2011. godine, stav s pozivom na izričitu odredbu članka 252.st.5.ZTD.

„...ako je nad dužnikom otvoren stečajni postupak, za vrijeme trajanja tog postupka pravo vjerovnika društva protiv članova uprave ostvaruje stečajni upravitelj po čl. 252 st. 5 ZTD-a.“

Primjer 6.)

Trgovački sud Zagreb, P-7635/2010, Presuda (usvojen tužbeni zahtjev) od 02.05.2012. godine, gdje je sud obaviješten u tužbi da član uprave nije okrenuo stečaj, mada sud isto ne navodi kao razlog odgovornosti:

„...prema odredbi čl. 430 ZTD-a, članovi uprave (društva sa ograničenom odgovornošću) moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Ovdje se na odgovarajući način primjenjuju odredbe 252. tog Zakona. Prema odredbi 252. ZTD-a koja se primjenjuje na dionička društva, proizlazi da zahtjev za naknadu štete mogu postaviti i vjerovnici društva ako ne mogu svoja potraživanja podmiriti od društva (čl. 252. st.5. ZTD-a).

Za primjenu odredbe čl. 430. ZTD-a odlučna je činjenica da društvo nije podmirilo obvezu u trenutku kada je moralo to učiniti, pa u konkretnom slučaju odlazi do primjene ta navedena odredba čl. 430. st. 1. ZTD-a prema čijem sadržaju vjerovnici društva s ograničenom odgovornošću (kao što je konkretan slučaj) mogu potraživati naknadu štete protiv članova uprave tih društva. Prema navedenoj zakonskoj odredbi, tuženik je odgovoran za štetu prema vjerovniku odnosno tužitelju budući je grubo povrijedio dužnost primijeniti pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika.“

3.2 Pitanje može li šteta počinjena društvu biti šteta vjerovnika

Primjer 1.)

Presuda Vrhovnog suda RH br. Rev-1254/2007. kojom se ističe stav da bi za ostvarenje naknade štete, među ostalim, trebalo dokazati da bi taj vjerovnik pravodobnim pokretanjem stečaja postigao namirenje od dužnika:

„Obzirom na navedeno po stajalištu drugostupanjskog suda ne dolazi u obzir ni primjena općeg propisa o odgovornosti za štetu (čl. 154. Zakona o obveznim odnosima). Tuženikova odgovornost za štetu ne proizlazi ni iz odredbe čl. 39. st. 6. i 7. SZ jer tuženik u tijeku postupka nije naveo okolnosti iz kojih bi proizlazilo da bi svoju tražbinu mogao naplatiti u stečajnom postupku da je tuženik u roku (čl. 31. st. 6. SZ) pokrenuo stečajni postupak nad trgovačkim društvom „M-Ž“ d.o.o.“

Primjer 2.)

Vrhovni sud RH, Revt-60/04, presuda (prihvaćanje revizije) od 06.10.2004. godine, kojom se ukazuje nižim sudovima da je trebalo prema članku 252. utvrditi štetu prema društvu (dužniku), a ne prema vjerovnicima koji su podigli tužbu, s time da se podredno ističe i nedostatak aktivne legitimacije zbog primjene članka 101. SZ, što su također niži sudovi propustili:

„...nižestupanjski sudovi su na utvrđeno činjenično stanje pogrešno primijenili materijalno pravo kada su prihvatili tužbeni zahtjev prema tuženiku P.C. Prema odredbi čl.252 st. ZTD-a na koji se poziv drugostupanjski sud u ovom slučaju ne primjenjuje (arg. iz čl. 326. toga Zakona) – članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i čuvati poslovnu tajnu društva. Oni članovi uprave koji povrijede svoje obveze odgovaraju za štetu društvu kao solidarni dužnici, a u slučaju spora moraju dokazati da su primijenili pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika (čl. 252. st. 2 ZTD-a).

Vjerovnik, dakle, ostvaruje pravo (pravo na naknadu štete) društva uprave zbog njegove odgovornosti za štetu društvu. Posebnost ovog pravnog instituta ogleda se u tome što vjerovnik ostvaruje pravo društva, ali tužbom ne mora tražiti da tuženik (član uprave) plati društvu, već da ono što bi bio dužan platiti društvu po osnovi naknade štete plati neposredno njemu (vjerovniku društva) i time mu podmiri iznos tražbine koju on (vjerovnik) ima prema društvu.

U konkretnom slučaju to bi podrazumijevalo da je tuženik P.C. kao član uprave društva R.k.D. d.o.o., grubo povrijedio dužnost primjene pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika uslijed čega je tom društvu nastala šteta u iznosu 730.469,19 kuna (sudovi nižeg stupnja nisu se ni bavili pitanjem štete koja je nastala društvu, a koju je uzrokovao član uprave). Tada bi, pod pretpostavkom da nad društvom nije otvoren stečajni postupak, tužitelj mogao ostvarivati pravo društva (svog dužnika) na naknadu te štete prema tuženiku P.C. tako da taj iznos umjesto društvu, plati njemu i time namiri njegovo (tužiteljevo) potraživanje koje ima prema društvu po ispostavljenim računima.

Međutim, prema odredbi čl. 101. SZ-a zahtjeve stečajnih vjerovnika za naknadu štete koju su zajednički pretrpjeli zbog smanjenja imovine koja ulazi u stečajnu masu prije ili nakon otvaranja stečajnog postupka (skupna šteta) može za vrijeme trajanja stečajnog postupak ostvarivati samo stečajni upravitelj. Radi se o slučajevima u kojima je zbog umanjenja stečajne mase svaki od vjerovnika pretrpio štetu u mjeri u kojoj će zbog toga biti manje namiren u stečajnom postupku. Time se sprečava namirenje pojedinih vjerovnika suprotno načelima stečajnog prava, odnosno omogućuje se skupno namirenje vjerovnika prema isplatom redovima i razmjerno njihovim tražbinama.

...stoga za vrijeme trajanja stečajnog postupka vjerovnici stečajnog dužnika nemaju pravo ostvarivati naknadu štete prema članovima uprave koju se oni u svojstvu članova uprave uzrokovali društvu prije otvaranja stečajnog postupka zbog toga što je u pitanju tzv. skupna šteta u smislu odredbe čl. 101 SZ-a kojom je propisano da pravo ostvarivati naknadu takve štete ima samo stečajni upravitelj (a to čini u ime stečajnog dužnika kao njegov zastupnik po zakonu). Tužitelj dakle nije aktivno legitimiran u odnosu na tuženika P.C.“

Primjer 3.)

Presuda Vrhovnog suda RH br. Rev-1254/2007. kojom se zauzima stav da u slučaju gdje je dužnik društvo s ograničenom odgovornošću, da aktivnu legitimaciju ne mogu imati vjerovnici (sve do drugačijeg tumačenja članka 430. ZTD, povodom novele ZTD iz 2003. godine):

„Kako, dakle, za razliku od odredbi za dioničarsko društvo, kod društva s ograničenom odgovornošću aktivna legitimacija za naknadu štete zbog nemogućnosti namirenja tražbine od društva nije dana vjerovnicima društva, a tužitelj u konkretnom slučaju je vjerovnik društva s ograničenom odgovornošću, to je pravilno pravno stajalište drugostupanjskog suda da su za rješavanje ove pravne stvari mjerodavne odredbe čl. 430. ZTD.“

Primjer 4.)

Presuda Vrhovnog suda br. Revr-927/10, kojom je zauzet stav da se prava iz radnog spora (zbog nedopuštenog otkaza) ne mogu dalje ostvarivati u vidu naknade štete, temeljem članka 252. I 430 ZTD, te 101. SZ:

„Na osnovu izloženih odlučnih činjenica, pravilno je u pobijanoj presudi odbijen kao neosnovan tužbeni zahtjev u kojem je protiv II. tuženika J. Č. traženo da se utvrdi nedopuštenost otkaza ugovora o radu uz vraćanje na posao jer se u smislu odredbe čl. 8. st. 1. Zakona o radu. Radni odnos zasniva ugovorom o radu u kojem su ugovorne strane radnik i poslodavac pa II. tuženik kao direktor trgovačkog društva poslodavca nije pasivno legitimiran u radnom sporu glede zahtjeva koji se odnosi na utvrđenje nedopuštenosti otkaza ugovora o radu i vraćanju na posao. Ako je u odnosu na I. tuženika A. s. Č. d.o.o. pokrenut stečajni postupak, tada stečajni vjerovnici nemaju pravo za vrijeme trajanja stečajnog postupka ostvarivati čak ni naknadu štete prema članovima uprave koju su eventualno počinili društvu prije otvaranja stečajnog postupka jer bi se radilo o tzv. skupnoj šteti koju ima pravo ostvarivati samo stečajni upravitelj u smislu čl. 101. Stečajnog zakona, a u ovom slučaju nije riječ o zahtjevu za naknadu štete.“

4. Stečajni razlozi i odgovornost članova uprave

Dosadašnji stečajni zakon poznao je kao već stečajne razloge, nesposobnost plaćanja i prezaduženost. Poseban stečajni razlog, prijeteća nesposobnost plaćanja bio je predviđen samo za prijedlog stečaja od strane dužnika.

Novelom zakona 2012. uveden je is stečajni razlog – nelikvidnost, kako je navedeno zbog usklade sa ZFPPN, mada je taj stečajni razlog već bio suštinski obuhvaćen već postojećim stečajnim razlogom prijeteća nesposobnost plaćanja.

Ovim proširenjem stečajnih razloga razumljelo bi se proširena je i obveza članova uprave za pravodobnim pokretanjem stečaja, a time i njihova odgovornost.

Međutim, hoće li ta novina otvoriti vrata takvim postupcima? Vrlo vjerojatno da neće, jer se radi i problemu teško utvrdivih kriterija nelikvidnosti, koji nisu jasni niti za primjenu kao sam stečajni razlog, a naročito ne bi bili primjenjivi na delikatan način, kakav je potreban da bi iste promatralo s aspekta odgovornosti.

Kod ocjene odgovornosti za propuštanje pokretanja stečaja dovoljno se stoga zadržati, kad je riječ o stečajnim razlozima, na onom najčešćem i najjasnijem, a to je nesposobnost plaćanja.

Obveza člana uprave nastupa istekom 21 dana po proteku 60 dana neprekinute nesposobnosti plaćanja, koja se najčešće očituje tzv. blokadom žiro računa. Do tada članovi uprave imaju obvezu zbog eventualne prezaduženost, a sada i nelikvidnosti.

Postavlja se pitanje od kakvog je značaja sam čin propusta pokretanja stečaja po proteku gornjih 21 dan nakon 60 dana nesposobnosti plaćanja. Prema naznačenoj sudskoj praksi, čin tog propusta sam za sebe nema značaj i ne dovodi nužno do odgovornosti. Prema stavu suda, potrebno je utvrditi tada da li bi pravodobnim otvaranjem stečaja bila spriječena konkretna šteta.

U dosadašnji odlukama sudova nisam naišao na još povoljniji argument za oslobađanje od takve odgovornosti, a to je činjenica da obveza člana uprava za pokretanje stečaja nije ujedno i njegova isključiva ovlast. Naime, svaki vjerovnik, posebice onaj koji ima pravni interes jer smatra da trpi štetu neotvaranjem stečaja ima također pravo pokrenuti stečaj.

Prema pravilima odštetnog prava doprinos oštećenika (vjerovnika) nastanku štete ili čak nespriječavanje iste može dovesti i do potpunog oslobođenja od odgovornosti štetnika.

Mišljenja sam da ipak takvo stajalište ne bi bilo pravilno, a svakako ne i pravično. Prema sadašnjoj koncepciji stečaja vjerovnik koji pokreće stečaj, time ne ostvaruje nikakvo samostalno pravo niti može očekivati bilo kakav bolji položaj u stečaju u odnosu na ostale vjerovnike.

Pravni interes vjerovnika za pokretanje stečaja je vrlo upitan jer isti faktično ulaže vlastita, ne mala sredstava, za postupak koji će eventualno nositi korist trećim vjerovnicima jednako kao i vjerovniku koji pokreće stečaj, s time da će taj vjerovnik imati vlastiti trošak pa i rizik neuspjeha prethodnog stečajnog postupka.

Pravo na povrat troškova vjerovnika radi pokretanja stečaja u pravilu se svodi na priznanje uplaćenog predujma i sudske pristojbe (ne i troškova zastupanja po odvjetniku) i dospijeva tek sa zaključenjem stečaja jer je tada moguće napraviti obračun svih obveza i troškova stečaja.

U tom kontekstu ne bi bilo primjereno cijeliti pravo vjerovnika da pokrene stečaj kao razlog za ograničenje ili oslobođenje odgovornosti osoba čija je to bila dužnost.

Ocjena kakva je konkretna šteta nastala zakašnjelim otvaranjem stečaja, odnosno je li ona uopće nastala, također vodi prema oslobođenju odgovornosti članova uprave. Gotovo da nije moguće utvrđivati što bi bile posljedice da se cijeli niz pravnih poslova i drugih poslovnih odluka nije dogodio u periodu od kada je odgovorna osoba morala pokrenuti stečaj do časa kad je stvarno i pokrenut.

Što se tiče stečajnih razloga, može se stoga zaključiti da je za postavljanje pitanja odgovornosti za konkretnu štetu vjerovnicima kao minimum uvjeta potrebno da su bila ostvarena oba dosadašnja stečajna razloga (nesposobnost plaćanja i prezaduženost) i to u pogledu prezaduženosti na nedvojbenu način, kako bi uopće postojala podloga za ocjenu konkretnih radnji uprave koje su moguće uzrokovale štetu.

Vjerovnici vrlo teško mogu sami pribaviti cjelokupne podatke za valjanu ocjenu prezaduženosti treće osobe, na primjer, nisu u mogućnosti utvrditi koji ugovorene poslove treća osoba ima, jer je isto poslovna tajna i ne objavljuje se u javnim podacima, to njima nije niti moguće kvalitetno procijeniti situaciju radi odluke o takvoj parnici.

Upravo pitanje očekivanog prihoda i jeste najčešća obrana potencijalno odgovornih osoba, tj. upravo područje koje vjerovnici ne mogu pratiti.

Podatke za ocjenu prezaduženosti može pribaviti jedino stečajni upravitelj, budući da on u cijelosti zamjenjuje upravu, te je stoga njegova važnost u odnosu na pitanje odgovornosti članova uprave prednika stečajnog dužnika neusporediva i nezamjenjiva.

Ukoliko se radi o stečaju koji je otvoren i zaključen (a eventualno i o postupku brisanja), tada takva mogućnost već u začetku izostaje, te bi upravo stoga bilo primjereno da se u takvom stečaju radi dublje i cjelovitije izvješće za vjerovnike, jer taj postupak ne omogućuju daljnje postupanje i faktično daljnju komunikaciju sa vjerovnicima.

Drugačiji pristup dovodi do legalne pravne praznine koja štiti onu upravu koja je društvo ostavila bez ikakve imovine od bilo kakvog ispitivanja njezinog rada.

5. Vrijeme nastupa odgovornosti zbog propusta pokretanja stečaja

Za analizu odgovornosti radi moguće štete koju bi odgovorne osobe tj. zakonski zastupnici počinili vjerovnicima neizostavan element je prethodno utvrđenje relevantnog perioda koji bi se imao smatrati razdobljem u kojem su mogle biti počinjene radnje koje su uzrokovale štetu.

Drugim riječima, smatram da nije moguće pojednostavljeno uzeti da je period u kojem nastupa odgovornost za naknadu štete radi propusta pokretanja stečaja, upravo isti onaj period u kojem je nastupila zakonska obveza za pokretanje stečaja.

Prije svega, samo jedan stečajni razlog omogućava da se jasno i nedvojbenu utvrđuje nastupa zakonske obveze za pokretanje stečaja. To je dakako protek zakonom određenog roka nesposobnosti za plaćanje uz dodatni rok od 21 dan kad nastupa predmetna obveza člana uprave.

Međutim, kako je pod gornjom točkom obrazloženo, u pravilu postojanje samo ovog stečajnog razloga neće biti dovoljno da se zaključi kako postoji pravna osnova za štetu temeljem ove vrste odgovornosti. To stoga što je za nastup štete nužno dokazati da bi konkretna šteta bila izbjegnuta da je doista stečaj bio pokrenut odmah po nastupu tog stečajnog razloga, a i zbog toga što je upravo taj stečajni razlog jedini stečajni razlog koji sami oštećenici mogu konzumirati i spriječiti štetu pokretanjem stečaja.

Na taj način se dolazi do apsurdne situacije; gdje samo jedan stečajni razlog nudi jasnu definiciju vremenskog perioda koji bi bio potencijalno period nastanka odgovornosti, a upravo taj stečajni razlog je onaj razlog koji sam za sebe ne može ponuditi pravnu osnovu vjerovnicima za odštetni postupak.

Dakle, kako je naznačeno nužno je ovom razlogu dodati još i razlog prezaduženosti ili moguće sada nelikvidnosti, a koji stečajni razlozi donose izniman rizik u ocjeni kad je točno prezaduženost ili nelikvidnost nastupila.

Karakteristika prezaduženosti ili nelikvidnosti u pravilu je da takva stanja ne nastupaju u konkretnom danu, nego se u takvo stanje ulazi postupno i - što je još značajnije i teže za svrhu ocjene odgovornosti - u takvo stanje se ulazi kroz financijsko osciliranje samog dužnika.

Naime, nisu životne situacije i u praksi će se teško dogoditi da određeni subjekt ravnomjerno postaje sve zaduženiji i sve nelikvidniji. Proces nastupa prezaduženosti ili nelikvidnosti najčešće je isprekidan pojedinačnim poslovima koji se ugovore ili koji s druge strane neočekivano ostanu nenaplaćeni, što bitno utječe na ocjenu zaduženosti u svakom pojedinačnom trenutku.

Računovodstveno se stanje prati i prema nadležnoj instituciji (Fina) prikazuje tromjesečno, dok je u odnosu na poreznu obvezu (porez na dobit ili porez na dohodak) relevantan godišnji rezultat. U pravilu dužnici nemaju neprekinuti kontinuitet povezanog povećavanja zaduženosti u svakom kvartalu ili povećanja stanja nelikvidnosti.

Svaki period u kojem dužnik prekine povećanje svoje zaduženosti ili nelikvidnosti predstavlja vrlo dobru osnovu za opravdanje odgovornosti za štetu. Naime, u takvim slučajevima postavlja se neizbježno pitanje jeli uprava imala razloga vjerovati da će se nastaviti smanjivanje zaduženosti ili nelikvidnosti, što i jeste cilj svakog poslovanja.

Ukoliko se može cijeliti da je u takvim periodima uprava imala opravdanih razloga očekivati da će se stvarno smanjenje zaduženosti dovesti i do prestanka prezaduženosti, za svrhu utvrđenja perioda koji će se cijeliti kao relevantan za ovu vrstu odgovornosti je relevantno.

To stoga što tada kao period koji se može uzeti kao nedvojben za ocjenu moguće odgovornosti preostaje samo onaj posljednji period od kad je dužnik bio neprekinuto prezadužen sa tendencijom povećanja zaduženosti, uz naravno paralelno stjenje nesposobnosti za plaćanje.

To je period u kojem se može nedvojbeno zaključiti da je uprava povredom zakonske obveze predlaganja stečaja ujedno grubo povrijedila svoju obvezu da ujedno savjesno postupi, te je tek u tom periodu moguće dalje analizirati ostale elemente za nastanak štete.

Ovim pitanjem se među ostalim bavi i radna skupina UNCITRAL-a, kao što je obrađeno u posljednjoj točki ovog rada, ali sa drugačijim pristupom određenja predmetnog vremenskog perioda.

6. Odgovornost za propust pokretanja stečaja prema članku 251. i 252. ZTD

Članak 251. ZTD može se razumjeti kao temeljni članak kad je riječ o odgovornosti člana uprave za nepokretanje stečaja. Član uprave, naime tim propustom prvenstveno čini povredu tog članka, a zatim i članka 4. st. 13. i 14. SZ, te nadalje, ovisno je li riječ o dioničkom društvu ili društvu s ograničenom odgovornošću, čini i povredu članaka 252. i 273. odnosno 430. ZTD.

U članku 251. zakonodavac nije još proveo nužnu dopunu u odnosu na sada postojeću predstečajnu nagodbu i novi stečajni (i predstečajni) razlog nelikvidnost, mada je sa velikim zakašnjenjem tek novelom 2009. godine brisao „prisilnu nagodbu“. Zakonodavac je istina nakon donošenja Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi donio čak dvije novele ZTD, te bi se moglo zaključiti da bi to bilo napravljeno, ako je to potrebno i pravilno.

Smatram da se tu ne radi o ciljanom stavu zakonodavca kojim se htjelo svjesno osloboditi članove uprave od odgovornosti za sve što je predviđeno kao zakonska obveza po osnovi predstečajne nagodbe (tim više što je do 2009. godine postojala takva obveza za „prisilnu nagodbu“), već se radi o previdu zakonodavca kod usklade ove norme sa drugim zakonom.

Članak 251. ZTD ima nedostatak u pogledu stečajnog razloga prezaduženost i vrlo precizne obveze pokretanja stečaja u roku „od tri tjedan od dana nastupa prezaduženosti“.

Naime, kako drugim propisima nije ustrojen način točnog utvrđenja nastupa prezaduženosti, niti je za isto moguće pribaviti potvrdu nadležnog tijela (za razliku od nesposobnosti plaćanja), to nije niti moguće ispitati je li član uprave „u roku od tri tjedan pokrenuo stečajni postupak“, jer nije jasno kad taj rok počinje teći.

Nadalje, u smislu članka 252. ZTD, svaka povreda zakonske obveze nije ujedno i nesavjesno gospodarsko poslovanje koje dovodi do osobne materijalne odgovornosti.

Taj članak u stavku drugom predviđa da se postupanje članova uprave u smislu odgovornosti za štetu cijeni kroz „pozornost urednog i savjesnog gospodarstvenika“. Taj stupanj odgovornosti nije moguće izjednačiti sa kriterijem zakonitog postupanja, već se u postupcima uprave cijeni širi krug odlučnih okolnosti.

Stoga niti puka činjenica nastupa zakonske obveze pokretanja stečaja zbog prezaduženosti (ne i nesposobnosti za plaćanje, zbog razloga iznesenih pod gornjom točkom) ne znači nastup odgovornosti prema tom članku.

Prema prof.J.Barbić: „Za odgovornost se ne traži namjera da se ne pokrene stečajni postupak. Dovoljno da postoji obična nepažnja, primjerice da se na pokretanje postupka jednostavno zaboravilo, da osobe koje su trebale pokrenuti postupak nisu ni znale za takvu dužnost.“ (2)

(2) J.Barbić: *Pravo društava, knjiga 2., Društvo kapitala, dioničko društvo, str. 831., Organizator, Zagreb, 2010.*

Naročito je u ovom kontekstu zanimljiva odredba prvog stavka tog članka. Ta odredba na jedan presložen način može sama za sebe biti razlog za oslobođenje uprave od odgovornosti. Zakonodavac je novelom ZTD 2007. godine htio na primjereniji način pristupiti ocjeni odgovornosti zakonskih zastupnika trgovačkih društva, primarno većih kao što su dionička društva.

Po pitanju odgovornosti koja se razmatra ovim radom, legitimna je situacija (a od 2007. godine i legalna) da član uprave koji nije stručan primjerice u ekonomskoj materiji, pokloni povjerenje angažiranim stručnim osobama za ocjenu prezaduženosti (npr. revizori) i na temelju njihove pogrešne procjene donese zakonitu odluku da – nije dužan pokrenuti stečaj.

Kako prezaduženost nije kategorija koja se izražava kao nužna u poslovnoj dokumentaciji (bilanca, račun dobiti i gubitka i dr.) već se u njima prikazuje zaduženost, to nije moguće nedvojbeno istaknuti da je član uprave od stručnih osoba bio upozoren da je prezadužen.

Znakovito je da članak 252. ZTD taksativno nabroja mnoge primjericne radnje koji se mogu cijeliti kao propust „pozornosti urednog i savjesnog gospodarstvenika“. Međutim, među tim radnjama se ne spominje propust dužnosti koja je definirana člankom 251. ZTD.

Time je zakonodavac upravo uzrokovao dilemu je li takvo uređenje te odredbe ciljano i trebali to tumačiti na način - da taj propust zapravo nije povreda kakva se za odgovornost traži prema članku 252. ZTD.

S druge strane, zakonodavac je ovim člankom odredio iznimku od pravila tereta dokaza, te je odredio da tuženik (član uprave) ima teret dokaza da je poslovao uredno i savjesno, što se može razumjeti logičnim budući su tužiteljima teže dostupni dokazi.

Do takvog bi se zaključka moglo doći obzirom da je gotovo nemoguće da bi zakonodavac previdio ovu dužnost istaknuti kao povredu u stavku 3. članka 252., kad je ona uređena odmah prethodnim člankom na koji se dalje nadovezuje članak 252.

U stavku 3. tog članka se ističu radnje koje moguće imaju i manji značaj za oštećenje vjerovnika, a neke od njih nije moguće točno niti pravno protumačiti, kao na primjer zabrana članovima uprave da „razdijele imovinu“ protivno zakonu. Ovdje nije naime jasno koji je to pravni posao „dijeljenje imovine“ i kad bi se on imao smatrati zakonitim, a kad ne.

Korisno je naglasiti, da je tek novelom ZTD 2003. godine u članku 252. dodan stavak 5. koji ograničava aktivnu legitimaciju za slučaj stečaja samo na stečajnog upravitelja.

Tom istom novelom dopunjen je i članak 430. koji se odnosi na društva s ograničenom odgovornošću na načina da je dodano da se na njega na odgovarajući način primjenjuju članci 252. i 273., mada je i do tada stajalo da se tako primjenjuje članka 252. ZTD.

Tu dopunu zakona Vrhovni sud RH je iz nejasnih razloga protumačio na način da je tek od tada dozvoljena vjerovnicima aktivna legitimacija prema članu uprave društva s ograničenom odgovornošću, mada je i do tada bila propisana primjena članka 252. uz članak 430. (vidi npr. Rev-170/2009, Rev-1254/2007).

Što bi time značilo da do 2004. godine vjerovnici nisu mogli podnositi tužbe protiv članova uprave društva s ograničenom odgovornošću jer isto nije bilo predviđeno ZTD-om, a od tada jer je ZTD dopunjen stavkom 5. u članku 252. čime je sužena aktivna legitimacija na stečajnog upravitelja.

Također, znakovito je da u odnosu na članak 251. ZTD Vrhovni sud RH nema objavljenu niti jedan primjer što bi moglo govoriti u prilog ranije iznesene teze da se povreda zakona temeljem obveza članova uprave u pogledu saziva skupštine i daljnjih predstečajnih radnji u pravilu ne procesuiraju.

Svakako se može zaključiti da članak 252. ZTD nije jasno uredio pitanje odgovornosti članova uprave za propust dužnosti pokretanja stečaja, već je što više, ostavio prostora za mnoga tumačenja i time moguće oslobođenje od te odgovornosti, ali ne stoga što štetne radnje nisu počinjene, već stoga što zakon nije iste dovoljno jasno definirao.

7. Pobjodne radnje i odgovornost članova uprave

Jedan od kriterija prema kojem bi se moglo cijeliti da postoji odgovornost članova uprave za štetu prema vjerovnicima, a nadalje i za štetu koja je nastala nepravodobnim pokretanjem stečaja, može biti i činjenica jesu li prije pokretanja stečaja učinjene radnje koje se prema pravili stečaja mogu, a u pravilu i trebaju, pobijati.

Odnos pobjodnih radnji prema pitanju odgovornosti članova uprave za štetu nije jednostavan. Mada se u prvi mah nameće zaključak da su takve nepravilne radnje ujedno osnova za odgovornost, odmah nakon početka pominje analize, dolazi se do proturječnih rezultata.

Niže se navode osnovne opcije koje su moguće povodom pitanja pobjodnih radnji i odgovornosti članova uprave u stečaju.

- Ukoliko je tužbom radi pobijanja dokazana pobjodna radnja

U tom slučaju stečajni dužnik vraća u stečajnu masu imovinu koja je pobjodnom radnjom otuđena i time stečajna masa više nije oštećena. Ukoliko stečajna masa nije oštećena masa, tada je teško zaključivati da su oštećeni vjerovnici.

- Ukoliko tužbom radi pobijanja nije dokazana pobjodna radnja

Ukoliko se u parnici radi pobijanja ne dokaže osnovanom pobjodna radnja i time se ne uspije vratiti imovina u stečajnu masu, tada se ponovno može zaključiti da tim radnjama uprava nije oštetila vjerovnike, jer je dokazano da radnje nisu bile pobjodne.

- Kakav je značaj ukoliko se uopće ne pokrenu parnice radi pobijanja?

Ukoliko se uopće ne pokrenu parnice radi pobijanja u stečaja, tada se potencijalno pobjodne radnje vrlo teško mogu stavljati upravi na teret u smislu odgovornosti. To stoga, što su vjerovnici putem stečajnog upravitelja, pa čak i sami neposredno imali pravo i ovlast tu eventualnu štetu vratiti u stečajnu masu, te u tom smislu je upitan pravni interes za naknadu štete koja se mogla redovnim putem sanirati aktivnošću samih oštećenika.

Ove tri situacije, suštinski su pokrile sve mogućnosti u pogledu pitanja poboynih radnji. Međutim, rezultati prve analize za sve tri situacije uvijek dovode do rezultata da svaki odnos poboynih radnji i odgovornosti članova uprave za štetu ide u korist članova uprave kao mogućih štetnika.

Takva situacija moguće ne bi bila od osobite važnosti, kad se pitanje poboynih radnji ne bi vezalo uz postupanje članova uprave u periodu koje je gore opisan kao relevantan za dokazivanje njihove materijalne odgovornosti radi nepokretanja stečaja.

Razumno je zaključiti da bi se dokazivanje takve odgovornosti bilo u najmanju ruku korisno ako se može dokazati koje je konkretne štetne radnje ili propuste uprava učinila u tom periodu.

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji uređeno je i Zakonom o obveznim odnosima (članci 66.-71.), koji istina nije specijalan propis kod pobijanja u stečaju, ali korisno je vjerujem usporediti promjene koje je su na tom području provedene u posljednjem ZOO.

Promjena se u ovom dijelu predloženoga Zakona odnosi na određivanje tuženika kod paulijanskih tužbi. Rješenje iz stavka 2. članka 283. važećeg ZOO-a prema kojem se tužba podnosi protiv treće osobe u čiju je korist radnja poduzeta, zamjenjuje se rješenjem iz stavka 2. članka 69. predloženog teksta prema kojem se tužba treba podnijeti - i protiv dužnika i protiv treće osobe.

Razlozi za takvu izmjenu bili su uglavnom procesnopravne naravi. Budući da u odnosu na treću osobu u čiju je korist poduzeta, pravna radnja gubi pravni učinak, ona bi trebala izgubiti pravni učinak i prema dužniku. To se poglavito odnosi na situacije u kojima su dužnik i treća osoba sklopili pravni posao, pa bi, ne obuhvati li se tužbom i dužnika i treću osobu, došlo do toga da taj pravni posao gubi pravni učinak prema trećoj osobi, ali ne i prema dužniku.

Nadalje, u prilog predloženom rješenju govore razlozi procesne ekonomije. Ako bi se pravomoćnost presude kojom se pobija dužnikova pravna radnja protezala i na dužnika, trećoj bi osobi bilo jednostavnije od dužnika ostvariti naknadu one koristi koja joj je na temelju presude oduzeta, čime bi se postupak između dužnika i treće osobe znatno skratio. I na kraju, u prilog predloženom rješenju treba navesti činjenicu da je stajalište prema kojem bi paulijanskom tužbom trebalo obuhvatiti i dužnika i treću osobu u pravnoj teoriji većinski prihvaćeno kao ispravno, a isto tako, to je rješenje prihvaćeno i u Stečajnom zakonu u pogledu pobijanja pravnih radnji u stečaju. U ostalom dijelu, materija pobijanja dužnikovih pravnih radnji sadržajno se nije mijenjala u odnosu na odredbe članaka 280.-285. važećeg ZOO-a.

Ovu promjenu navodim kao interesantnu jer je u približno isto vrijeme u Stečajnom zakonu otvorena suprotna mogućnost - da se ovakva tužba podiže samo u odnosu na osobu prema kojoj je poboyna radnja usmjerena.

Mišljenja sam da je „stečajno rješenje“ učinkovitije (jer je logično parnica sa jednim tuženikom manje složena) i ne narušava zakonitost u odnosu na prava tuženika prema drugoj ugovorne strane koja nije obuhvaćena tužbom. Uostalom cilj stečaja je zaštita stečajne mase, a ne interesa onih vjerovnika koji su na moguće pogodovan način upravo smanjili stečajnu masu.

Kako su po prirodi stvari cesije tj. preusmjeravanje prihoda u vrijeme nesposobnosti plaćanja jedna od najčešćih poboynih (ne i ništetnih) radnji, to nema argumenta da se obuhvaća i dužnik (cesus) takvom tužbom jer se cedent (tuženik prema SZ) ne namiruje dalje od cesusa nego od samog stečajnog dužnika kojem je po presudi bio dužan vratiti u stečajnu masu ono što je primio od cesusa.

Točno je da ovdje postoji druga pravna praznina koja se ogleda u činjenici da je u času takve presude u svakom slučaju protekao prekluzivni rok za prijavu tražbine tom istom cedentu (tuženiku), a nakon povrata sredstava u stečajnu masu, ponovno vjerovniku stečajnog dužnika.

Naime, sama činjenica da je član uprave npr. sa zakašnjenjem pokrenuo stečaj, sama za sebe ne može biti smatrana kao dovoljna za odgovornost koju ZTD kvalificira kao iznimku od pravila da za obveze trgovačkog društva (u ovom radu se pod time smatraju društva kapitala, kao najčešći oblici) odgovara – društvo, iz razloga koji su detaljnije gore opisani.

Zaključno, nije nužno razumijevati poboynje radnje, prema pravilima Stečajnog zakona, kao jedini mogući oblik štetnog postupanja, ali se svakako mora respektirati činjenica da se prema kriteriju poboynih radnji, vrlo teško može s uspjehom dokazivati odgovornost člana uprava radi propusta pokretanja stečaja.

8. Skupno namirenje vjerovnika i odgovornost članova uprave

Zanimljiv se odnos, vjerujem, postiže analizom odnosa stečajnog instituta iz članka 2. Stečajnog zakona i instituta odgovornosti za štetu članova uprave zbog nepokretanja stečaja. Skupno namirenje vjerovnika jest izrijeком određeno u odredbi koja nosi naziv „Ciljevi stečajnog postupka“. To znači da se radi o iznimnom pitanju u stečajnom postupku. Sada se može još više naglasiti značaj tog cilja stečaja, budući da je drugi cilj stečaja bio stečajni plan, a posljednjom novelom SZ iz 2102., koja je imala nažalost za cilj prilagoditi stečajni postupak upravnom postupku kod Fine, sada se može zaključiti da je – skupno namirenje vjerovnika jedini cilj stečaja.

Dosadašnji članak 101. SZ nadalje i štetu koja bi proizlazila iz odgovornosti člana uprave prednika stečajnog dužnika definira kao „skupnu štetu“, dosljedno cilju stečaja - skupno namirenje. Posljednja novela je dopunom tog članka zapravo odstupila od cilja stečaja koji usmjerava sve radnje u stečaju kao skupne tj. ravnomjerne prema vjerovnicima stečajnog dužnika. Kako je već opisano pod točkom vezanom za tu novelu zakona, smatram da ova dopuna donosi dugoročno korist jačanju stečaja kao postupka u odnosu na postupanje trgovačkih društva, na balansirani način kojim nisu ujedno oštećeni vjerovnici koji ne bi naknadili štetu.

Međutim, postavljaju se i druga pitanja u pogledu odnosa skupnog namirenja vjerovnika i odgovornosti za štetu člana uprave prednika stečajnog dužnika.

Među ostalim, pitanje je može li se ista šteta naknaditi dva puta od iste osobe ukoliko je već jedan od vjerovnika tu štetu u svoju korist namirio prije pokretanja stečaja. Budući da bi takva situacija bila teško prihvatljiva, dolazi do povrede načela o skupnom namirenju svih vjerovnika.

Ukoliko se, s druge strane, na bilo koji način dovodi u pitanje pravo na namirenje pojedinačnog vjerovnika za svoju korist prije stečaja, tada bi se oduzelo jednako opravdano pravo koji vjerovnici imaju temeljem članaka 252., 273. i 430. ZTD.

Nadalje, radnje koje je učinila uprava, a koje se dalje nastoje označiti kao štetne radnje i koje bi bile izbjegnute da je uprava pravodobno pokrenula stečaj, po prirodi stvari učinjene su u korist nekih pogodovanih vjerovnika.

Pravo na ostvarenje štete u odnosu na pojedinačne vjerovnike, pravna teorija je i do sada predviđala, ali u odnosu na stečajnog upravitelja, što znači nakon otvaranja stečaja, J.Čuveljak: „No, to ne znači da pojedini vjerovnici neće moći pokretati postupke na naknadu štete koju su oni individualno, odnosno neovisno o ostalim vjerovnicima, pretrpjeli nekom radnjom koja se osnove samo na njih.“ (3)

Postupkom radi utvrđenja odgovornosti i namirenja daljnje štete na teret uprave, pa i u korist svih vjerovnika (kad je postupak pokrenut od strane stečajnog upravitelja), ipak će pogodovani vjerovnici zadržati korist koju su tim radnjama uprave ostvarili, jer je obveza naknade na upravi prednika stečajnog dužnika, a ne na tim pogodovanim vjerovnicima.

Tada ponovno dolazi do povrede cilja jednakog tj. skupnog namirenja vjerovnika stečajnog dužnika. Sva gornja pitanja treba dijeliti od odgovornosti koju ima stečajni upravitelj za oštećenje stečajne mase, a koja odgovornost je smatram znatno jasnija za dokazivanje neovisno o mogućim varijacijama počinjenja te štete koja može biti i posredna npr. Preko radnika stečajnog dužnika, Nevenka Marković: „Stečajni upravitelj odgovara i za štetu koju počine i radnici zaposlenih kod dužnika, ako je šteta nastala uslijed propusta stečajnog upravitelja da vrši nadzor nad radom radnika. (4)

Za sada bi možda jedini pravilan zaključak u povodu ovog odnosa bio, da cilj stečajnog postupka – skupno namirenje vjerovnika, mora na određeni način biti djelomično žrtvovan, ukoliko se želi ostvariti pravo vjerovnika da ostvare svoju štetu koju im je moguće nanijela uprava propustom pravodobnog pokretanja stečaja.

9. Temeljni kapital i odgovornost člana uprave

Temeljni kapital je ekonomska pa i pravna kategorija koja se dovodi u usku vezu sa financijskom stabilnošću društva. Mnoga pravila ukazuju na takvu funkciju temeljnog kapitala, odnosno nije razvidno koja bi druga bila funkcija temeljnog kapitala. Financijska stabilnost društva je također i osnovni preduvjet za bilo kakve analize u smjeru stečaja.

Financijske institucije imaju limitiran najniži iznos temeljnog kapitala, upravo kako bi se time dalo određeno jamstvo prema onima kojih se to tiče, vjerovnici. Rasprave iz sredine devedesetih godina, povodom donošenja Zakon o trgovačkim društvima, nerijetko su temeljni kapital nazivale i složenicom jamstveni kapital.

(3) Jelena Čuveljak, knjiga *Stečajni zakon*, str. 452. Zgombić i partneri, Zagreb, 2009.

(4) Nevenka Marković i drugi autori, *Knjiga Stečajni postupak – aktualna pitanja zakonodavstva i pravne prakse*, str. 93. Inžinjerinski biro, Zagreb, 2012.

Veza temeljnog kapitala i obveze članova uprave na pokretanje stečaja, utemeljena je na članku 251. ZTD.

Taj članak u stavku 1. određuje obvezu uprave da sazove skupštinu u roku odmah čim ustanovi da je gubitak u visini – polovine temeljnog kapitala. Nadalje nastavno na to, u stavku 2. određuje obvezu uprave da u roku od tri tjedna pokrene stečaj ako postoji jedan od dva stečajna razloga koje je određivao Stečajni zakon kao jedina do novele 2012. godine.

Očito je da je zakonodavac tom odredbom nastojao urediti postupne korake u obvezama uprave na način da se predstečajno stanje najprije signalizira kroz gubitak u visini polovine temeljnog kapitala, a ukoliko se takvo stanje ne može otkloniti, da je uprava dužna voditi računa o stečajnim razlozima.

Dakle, temeljni kapital je ovdje predviđen kao neposredan zakonski kriterij koji prethodi obvezi člana uprave na pokretanje stečaja.

Međutim, može se vjerujem vrlo opravdano postaviti pitanje jeli to dobar koncept, te jeli temeljni kapital dobro aspektiran kriterij za daljnje ocjene predstečajnog stanja, kao uvod u ocjenu odgovornosti članova uprave zbog propusta pokretanja stečaja.

Povreda ovih obveza predviđena je kao kazneno djelo iz članka 626. ZTD, a ne prekršaj. Ipak, poznato je da obveze iz stavka 1. članka 251. uprave ne poštuju i to iz više pragmatičnih razloga. Godišnja financijska izvješća uprava dobiva na znanje u pravilu već tijekom izrade tj. u veljači i ožujku, što bi značilo da bi tada trebala sazvati i izvanrednu skupštinu društva za takav slučaj, obzirom na zakonski rok odmah, a što nije poznat slučaj, već se ovo pitanje rješava na redovnim skupština koje se u pravilu održavaju u drugoj polovici godine.

S druge strane, dvojbeno je tumačenje temeljnog kapitala u smislu određenja imovine društva, a time i odnosa prema vjerovnicima, pa tako prof.J.Barbić: „Društvo nakon smanjenja kapitala raspolaže istom imovinom kojom je raspolagalo i prije toga. Riječ je samo o unutarnjem knjigovodstvenom saniranju društva.“ (5)

Nadalje, temeljni kapital je sam po sebi vrlo proturječan u smislu dokazivanja boniteta ili financijske sposobnosti društva. Na primjer, imovina društva prema stanju bilance može višestruko premašivati vrijednost temeljnog kapitala ili jednako tako biti i višestruko niža, a da to ne predstavlja nikakvu računovodstvenu nepravilnost.

Vrijednost imovina društva i njezina opterećenost, likvidnost i dr. je svakako su značajniji podaci za ocjenu rizika od stečaja nego što je to temeljni kapital. U slučaju otvaranja stečaja, imovina društava će biti stečajna masa, dok podatak o visini temeljnog kapitala neće više imati nikakav značaj.

Neovisno o odnosu prema stečaju, temeljni kapital se danas opisuje (prof. Jakša Barbić) kao činjenica vrijednosti uloga člana u društvo samo u času njegovog uloga. Ovdje se naglašava da taj podatak ima smisao samo u času uloga, jer naravno odmah nakon toga društvo može sa tom vrijednosti nesmetano raspolagati, pa isto čak i bez naknade potrošiti, što tada naravno gubi ikakav smisao jamstva za tražbine vjerovnika.

(5) Jakša Barbić: *Pravo društava, knjiga 2., Društvo kapitala, dioničko društvo, str. 1278., Organizator, Zagreb, 2010.*

Ovakav opis temeljnog kapitala je smatram i najbliži njegovom točnom i stvarnom razumijevanju, a što je bitno drugačije od razumijevanja istog kao kategorije koja bi vjerovnicima društva dala neki vid sigurnosti.

Današnji pozitivni propisi razvijaju su proturječnim smjerom kad je temeljni kapital u pitanju. Tako na primjer, Zakon o financijskom poslovanju u člancima 9. i 10. uređuje „adekvatnost (temelnog) kapital“ na smatram zastarjeli način kako je prethodno uređio članka 251. ZTD. Istovremeno se u posljednjim izmjenama ZTD radi razvoja poslovanja, afirmira pristup da temeljni kapital nije odrednica financijske sigurnosti društva te se uvodi novi oblik – jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću čiji je temeljni kapital – 10 kuna.

U svakom slučaju, smatram da u svrhu ocjene odgovornosti člana uprave zbog propusta pokretanja stečaja u zakonskom roku iz članka 251. st. 2. ZTD, ne bi bilo moguće poslužiti se podacima o stanju temeljnog kapitala kako ga definira stavak 1. tog članka, iako je zakonodavac koncipirao taj članak na način da pitanje stanja temeljnog kapitala prema godišnjem gubitku (stavak 1.) čini fazu prije nastupa stečajnih razloga (stavak 2.).

10. Nadzorni odbor i odgovornost člana uprave

Kod pitanja odgovornosti članova uprave bilo bi nepravедno, a u takvim parnicama i pravno nepravilno, ne osvrnuti se na utjecaj, ovlasti pa i obveze koje ima nadzorni odbor, u slučajevima gdje je isti kod dužnika obvezan, a društvo se nalazi u stanju jednog od stečajnih razloga.

Već načelno se može zaključiti da odgovornost člana uprave ne može biti jednako cijenjena u slučaju gdje je isti pravilno i pravodobno o stanju društva informirao nadzorni odbor te od istoga dobio mišljenje (kod dioničkih društava) ili čak uputu (kod društva s ograničenom odgovornošću) koja nije bila usmjerena ka pokretanju stečaja.

U vrlo jasnim takvim situacijama, moguće bi bilo da se na taj način mogla podijeliti odgovornosti član uprave sa odgovornosti na teret članova nadzornog odbora, koji sukladno odredbama ZTD snose također odgovornost predviđenu člankom 252. ZTD.

Člankom 250.st.1.t. izrijekom je propisana obveza uprave da izvijesti nadzorni odbor o poslovima koji mogu biti od značaja za nelikvidnost. Nelikvidnost je sada čak i jedan od stečajnih razloga, te stoga nema dvojbe da pravna povezanost i u smjeru odgovornosti nadzornog odbora postoji, posebice obzirom na jednu od temeljnu zadaća nadzornog odbora-briga o zakonitosti rada društva, a na što ga dalje upućuje i stavak 3. istog članka.

Uočljivo je da članak 252. u stavku 4. ZTD uređuje da odobrenje radnji od strane nadzornog odbora ne isključuje odgovornost uprave, što nije prepreka u ovom kontekstu. Međutim, u nerazvijenom pristupu prema pitanju odgovornosti samih članova uprave (koji su logično primarno izloženi po tom pitanju), nije realno za očekivati ozbiljniju odgovornost članova nadzornog odbora zbog propusta pravodobnog pokretanja stečaj.

Unatoč navedenom, smatram da bi nadzorni odbor upravo u takvim ključnim okolnostima za društvo trebao imati možda i odlučujuću ulogu, pa time i neodvojivu odgovornost. Ipak, činjenica je da je prema do sada dostupnim podacima proveden samo jedan postupak temeljem odgovornosti nadzornog odbora prema članku 252. ZTD što samo po sebi govori da naša pravna praksa nije još zrela za primjenu ovih zakonskih odredbi.

U takvim okolnostima, nadzorni odbori ne provede svoju funkciju koju im samo ime daje – nadzor, te se cijela njihova uloga svodi na izostanak bilo kakvih dužnosti i odgovornosti, te je ciljano samo na pravo – izbor uprave.

Podršku takvom stanju dijelom daju i odredbe ZTD koje općenitim pojmovima uređuju točne obveze uprave u smislu izvještavanja prema nadzornom odboru, a što ide prvenstveno u korist smanjene odgovornosti nadzornog odbora.

Zaključno, s aspekta pravilnog postupanja u situaciji nastupa stečajnih razloga, član uprave bi u društvo koje ima nadzorni odbor svakako o tome morao izvijestiti isti, te tražiti nedvojbeno mišljenje, radi transparentnosti odnosa, a svoju odluku neovisno od toga, donijeti na temelju zakonom propisanih obveza.

11. Osiguranje članova uprave od odgovornosti

Razvoj modernog poslovanja, osobito u različitim vrstama usluga, donio je novine čak i po pitanju pravne odgovornost članova uprave za propuste zakonskih obveza. Kako je povreda zakonske obveze i moguća daljnje uzrokovanje štete u predinamičnom poslovanju kakvo je danas poznato, nažalost postala gotovo prihvaćena činjenica, tako je došlo i do potrebe i ponude posebne usluge koja može supstituirati materijalnu odgovornost člana uprave.

U Hrvatskoj je najprije Croatia osiguranje 2004. godine ponudila takvu vrstu osiguranja članovima uprava (i članovima nadzornih odbora), a zatim su taj primjer slijedila i druga veća osiguravajuća društva. Kako se radi o poznatoj vrsti osiguranja iz zapadnih osiguranja, isto je vrlo brzo ušlo u standardne uvjete menadžera u menadžerskim ugovorima.

Kakav utjecaj na odluku o pokretanju postupka odgovornosti zbog propusta člana uprave kod obveze pokretanja stečaja može imati činjenica postojanja sklopljene police od odgovornosti? Vjerujem da će upravo u takvim situacijama doći do složenije analize samog pitanja predmetne odgovornosti iz logičnog razloga, što će tada i kvalificirana pravna osoba (osiguravajuće društvo) biti izloženo financijskom riziku.

Tada je moguće očekivati isticanje mnogih ovdje iznesenih okolnosti za isključenje ili ograničenje odgovornosti, jer će osiguravajuće društvo biti umješak, ako ne i tuženik u takvoj parnici.

Iako će ta okolnost otežati utvrđenje odgovornosti u cilju stručnog razvoja pravnog instituta odgovornosti članova uprave zbog propusta pokretanja stečaja, smatram da bi uključivanje u takve odnose, osiguravajućih društva kao stručno kvalificiranih osoba bilo konstruktivno.

Poseban pogled na ovaj trojni odnos, koji daje dodatnu složenost u takvoj situaciji, jest u tome što tada član uprave kao osiguranik nema više jednaki motiv da brani svoje postupke jer više nema materijalni rizik, te može doći i do priznanja različitih činjenica kako bi se izbjegao spor i stečajni upravitelj (ili prema noveli 2012., pojedinačni vjerovnik) namirio neposredno od osiguravajućeg društva. Svakako se može zaključiti da osiguravajuće društvo ne bi imalo realne šanse za uspjeh u situacijama gdje sama odgovorna osoba (član uprave kao osiguranik) priznaje relevantne činjenice i navode oštećenika.

U pogledu činjenice mogućeg postojanja osiguranja od odgovornosti članova uprave, moguće bi bilo zaključiti da se postojanje takvog osiguranja na zahtjeve po osnovi članka 101. SZ u vezi sa člancima 251. i 252. ZTD može rezultirati vrlo oprečnim rezultatom. Ovisno o tome, jeli osiguranik priznao činjenice i tvrdnje tužitelja (što je moguće, budući da nema materijalni rizik i tako izbjegava spor) ili je iste osporio, pa time oštećenik dobiva znatno jačeg protivnika i zahtjevnije dokazivanje.

12. Nezainteresiranost vjerovnika u stečajnom postupku

Nezainteresiranost vjerovnika u stečaju ogleda se već u činjenici da u vrlo malom broju stečajeva dolazi do formiranja odbora vjerovnika, a tamo gdje se isti formira u pravilu članovi u njemu sudjeluju bez konstruktivnog pristupa i pomoći stečajnom upravitelju, a čak i bez znanja i namjere da budu svojevrsan nadzor stečajnom upravitelju.

Odbor vjerovnika se izabire običnom većinom tražbina na skupštini vjerovnika, gdje logično banke imaju premoć u glasovima i one kroz svoje članove u odboru imaju za cilj uskladiti jedino pitanje unovčenja imovine pokrivena razlučnim pravom.

Drugi obvezni član odbora je predstavnik radnika, čija prava su vjerujem dostatno zaštićena, a oni niti nemaju dostatnu educiranost u stečajnoj materiji da bi mogli imati značajniju ulogu kao članovi odbora vjerovnika.

Nadalje, činjenica je da na prvo ispitno i izvještajno ročište u stečaju pristupa u pravilu manjina svih vjerovnika i to na način da u pravilu nitko prethodno ne napravi uvid u dokumentaciju radi pripreme tog ročišta sukladno zakonskoj mogućnosti. Takva se ročišta svode na slušanje utvrđenja tražbina sa ciljem da se sazna utvrđenje vlastite tražbine i eventualno nekritičko slušanje izvješća stečajnog upravitelja.

Poražavajuća činjenica da većina vjerovnika nakon ispitnog ročišta ne prisustvuje daljnjem izvještajnom ročištu, govori sama za sebe o interesu vjerovnika za stečajni postupak.

Posljednji primjeri prakse ovakav pristup su osobito dokazali, te je tako ročište stečajnog dužnika Gredelj trajalo 9 sati s time da su se prvih više od 8 sati čitale priznate i osporene tražbine, da bi zatim kratko bez pitanja i interesa bilo doslovno odrađeno izvještajno ročište.

Mnogi bi gospodarstvenici svoj stav o nezainteresiranosti vjerovnika prema stečajnom postupku, pojasnili mišljenjem da ionako ne očekuju u stečaju namirenje, da su otpisali i poslovno i stvarno ta potraživanja i da time nemaju interes za bilo kakvim angažiranjem u stečaju, osobito ne kroz trošak stručnih osoba.

Svakako da takav pristup samih vjerovnika stečaju doprinosi nekvalitetnom daljnjem pristupu institutu odgovornosti članova uprave prednika stečajnog dužnika, a što predstavlja određenu nadgradnju samo stečajnog postupka koji ipak ima za primarni cilj uređivati tražbine između stečajnog dužnika i vjerovnika.

13. Educiranost vjerovnika u stečajnom postupku

Na ročišta u stečajnom postupku primjenjuje se izvanparnični postupak, koji sudovi tumače na način da ne primjenjuju supsidijarno odredbe ZPP (unatoč članku 6. SZ) u pogledu kvalifikacije punomoćnika, npr. za tražbine iznad 50.000,- kn gdje bi moglo primjenjivati odredbe ZPP u pogledu kvalifikacije punomoćnika, koji predviđa da u postupcima preko navedene vrijednosti stranku zastupa punomoćnik sa pravosudnim ispitom.

Na taj način se dolazi do uobičajene strukture osoba koje pristupaju kao zastupnici vjerovnika u vidu najčešće zaposlenika tih vjerovnika, koji logično nemaju znanja o stečajnom postupku.

Daljnji dokaz needuciranosti vjerovnika proizlazi iz činjenice da nažalost norme o stečajnom planu do njihovog (pogrešnog) isključivanja u Noveli 2012. nisu u praksi afirmirane.

Razlog tome je samo u needuciranosti vjerovnika koje je moguće nenamjerno potencirano i stavom suda da na takvim ročištima mogu zastupati nekvalificirane osobe, tj. neprimjenom supsidijarno ZPP-a.

U slučaju stečaja grupe tvrtki Pevec, gdje sam imao priliku sudjelovati kao zastupnik samih predlagatelja oba stečaja tj. kao inicijator tih stečajeva, pa nadalje kao član oba odbora vjerovnika, mogu naglasiti od kakve je koristi bilo formiranje stručnog tima, koji su imali edukaciju u stečajnim postupcima.

Taj atipičan slučaj dokazao je pred samo ukidanje stečajnog plana, da je pravna struka spremna postići maksimalan rezultat iz odredbi tadašnjeg stečajnog zakona, te čak i u slučaju po svim parametrima kvantitete, i u najvećem, a moguće i najsloženijem stečajnom postupku vođenom do tada.

Usporedbe radi, biti će zanimljivo vidjeti može li postupak predstečajne nagodbe ponuditi rezultat da subjekt te veličine u cijelosti konsolidira pa čak i učvrsti svoju poziciju na tržištu, zadrži sve radnike i to sve do kraja provedeno u roku od dvije godine.

Prema do sada poznatim planovima restrukturiranja u predstečajnim postupcima, niti jedan plan niti nema predviđeno okončanje restrukturiranja u roku kraćem od 5 godina.

Konačno, nakon provedbe prve skupštine tj. ispitnog i izvještajnog ročišta, prestaje svaki interes vjerovnika, tako da je na bilo kojoj daljnjoj skupštini moguće donijeti i vrlo važne odluke uz izuzetno mali broj pristupjelih vjerovnika.

Ukoliko uopće i dođe do odluke da se glasa o pitanju pokretanja postupka radi naknade štete prema članovima uprave, isto se daje na dnevni red tek u nekoj od kasnijih skupština, kad više ne postoji nikakav interes vjerovnika.

14. Usporedna rješenja u stranim propisima

Primjeri stranih rješenja ukazati će prvenstveno na vrlo disperziranu različitost u pristupima ovom pitanju. To ukazuje na činjenicu da ova materija nije standardizirana i uhodana niti u stranima praksama i zakonodavstvima. Uočljiv je trend novih zakonskih rješenja koja tek posljednjih godina daju posebnu pozornost ovoj materiji.

Tek je stanje globalne gospodarske krize 2008. godine iniciralo val stečajeva, a time i nužno slučajeve propusta od strane članova uprave u pogledu pokretanja stečajeva. Kako se sve to dogodilo tek relativno nedavno, moguće je zaključiti da su tek uočeni nedostaci u zakonodavnim rješenjima i da bi naredno razdoblje trebalo pokazati kvalitetu pojedinih rješenja.

Istraživajući primjere prakse kroz dostupnu objavljenu materiju iz stranih zemalja, smatrao sam korisnim napraviti i neposredne kontakte sa relevantnim osobama iz tog područja prava u SAD. Naime, SAD je kroz razvoj mnogih korporativnih instituta uvijek bio u većoj mjeri primjer europskim rješenjima, te je tako i u pogledu stečajnog prava primjetno da ključne pojave u ovom području, najprije istaknu u SAD, a zatim u Europi. Imao sam stoga prigodu napraviti kontakt sa prof. Susan Block-Lieb, sa Fordhamskog sveučilišta u New Yorku, gdje predaje trgovačko i stečajno pravo, a koja me uputila na odgovarajuće propise u SAD, te aktualne prijedloge UNCITRAL-a, te sa odvjetnikom Joe Sholder iz odvjetničkog društva Sholder, Griffith & Thornburgh iz Santa Barbare, Kalifornija koji se bavi stečajnim pravom i koji me uputio na sudsku praksu po ovom pitanju, te statistiku. Stečajni postupci u SAD ovise dobrim dijelom i o propisima pojedinih država, gdje se Kalifornija ističe kao najliberalnija, te se npr. u 2011. godini u toj državi otvorilo čak 17% svih stečajnih postupaka u SAD uopće, a što uključuje i osobne stečajeve. (br citata, izvor: www.debt.org)

Sjedinjene američke države

Propisi u SAD kako je uobičajeno na izravan način ne uređuju materiju odgovornosti članova uprave radi propusta pravodobnog otvaranja stečaja, kako bi to bilo svojstveno europskom kontinentalnom pravu. Međutim uočene su potrebe za priznanje prava prvenstveno vjerovnika da reguliraju svoju štetu u takvim situacijama. Za sada, a povodom posljednjih brojnih stečajeva istaknuli su se kao primjeri veći broj postupaka koje je državna agencija za zaštitu štednih uloga (Federal deposit insurance corporation – FDIC) s pozicije vjerovnika pokrenula prema članovima uprava financijskih institucija u situacijama gdje je to tijelo moralo isplatiti osigurane uloge štediša. Odgovornost članova uprave u SAD znatno je složenija za utvrđivanje budući se većina američkih trgovačkih društva nalazi u vlasništvu većeg broja vlasnika (dioničari), što nije nužno slučaj u kontinentalnog Europi koja njeguje strukturu društva od jednog većinskog vlasnika. Nadalje, većina američkih trgovačkih društava nalazi se u odnosu povezanih društva, što dodatno otežava pitanje odgovornosti jer se mnoge odluke donese na više razina u grupaciji društava.

U stečajevima gdje se sumnja na zakašnjelo pokretanje postupak od strane uprave, u pravilu utvrđuje odgovornost svih odgovornih osoba, ne samo zakonskih zastupnika tj. članova uprave. Pod time se u duhu američkog prava pod odgovornim osobama ne smatraju samo osobe unutar društva, već i vanjski savjetnici uprave, revizori, odvjetnici, računovođe ili burzovni brokeri.

Usporedbe radi, u Europi se kao iznimka koja može potvrditi pravilo, da je takav pristup (šireg kruga odgovornih osoba za štetu) još uvijek više svojstven SAD istaknuo slučaj Parmalat. Izniman primjer odgovornosti izvan kruga samih članova uprave radi propusta u prikazivanju podataka koji su bili temelj za pokretanje stečaja. Taj slučaj poznat je kao primjer u kojem su dioničarima dužnika (ne vjerovnicima) iz naprijed navedenog razloga, od strane četiri poznate revizorske tvrtke, nakon trogodišnjeg sudskog postupka, isplaćeni do sada najveći iznosi naknade štete (približno 410 mil USD).

Ovaj aspekt može biti samo simboličan prikaz u kojoj mjeri je pravna praksa u Hrvatskoj, a dijelom i legislativa, još u razvoju. To iz razloga što još nisu izgrađeni standardi niti prema prvom krugu odgovornih osoba (članovi uprava), a tek nakon toga dolazi još složeniji odnos odgovornosti prema trećim osobama koje imaju utjecaj na poslovanje dužnika.

U pogledu ove vrste odgovornosti u stečajnom pravu SAD, više pod točkom 14.1 ovog rada.

Njemačka

Prema njemačkim propisima, pojam "skupna odgovornost" povezuje se na obvezu člana uprave koji je ujedno i kontrolni dioničar, kako bi naknadio sve gubitke zbog moguće zloupotrebe njegovih menadžerskih ovlasti. Njemačkog Savezni sud donio je odluke u kojima takav stav također vrijedi i gdje je dioničar fizička osoba. Dakle, ovdje se stavlja naglasak na pitanje jeli član uprave prvenstveno štiti svoje interese, na teret interesa društva dužnika.

Posebno se aktualizira i pitanje odgovornosti članova uprave podružnica ili ovisnih društva dužnika, koji provode poslovnu politiku grupacije na štetu konkretnog društva kojim upravljaju, a što se također može smatrati temeljem za odgovornost za štetu.

Italija

Članovi uprave u Italiji mogu načelno biti odgovorni osim prema društvu nad kojim je otvoren stečaj i prema vjerovnicima, prema općim odredbama obveznog prava tj. prema građanskom zakoniku (Civil code), dok članak 146. talijanskog Stečajnog zakona ("Legge Fallimentare 1942") ipak daje ovlast za pokretanje parnice prema članovima uprave samo stečajnom upravitelju.

Nizozemska

Zanimljiva se praksa primjenjuje u Nizozemskoj, gdje dužnici na temelju pisane preporuke stečajnog upravitelja mogu od banke tražiti kredit za financiranje novog poslovnog početka. U Nizozemskoj, zbog njenog posebnog režima koji ne uključuje samo stečaj, svaki poduzetnik prije osnivanja tvrtke mora od ministarstva pravosuđa dobiti tzv. deklaraciju bespriječnosti. Riječ je o propisu čije izdavanje može odbiti iz nekoliko razloga: prethodni sudjelovanje u namjernom izazivanju stečaja ili nekoj drugoj vrsti gospodarskog kriminala ili niz od nekoliko stečajeva koji ne moraju nužno biti namjerno izazvani, ali pobuđuju sumnju u poduzetnika.

Srbija

Nastavno na primjer iz Nizozemske, u sličnom smjeru, ali manje konstruktivno i poduzetnički, a više represivno pokušava se ustrojiti i zakonodavstvo Srbije gdje je u tijeku zakonodavna inicijativa da se direktorima za koje se utvrdi da su namjerno društvo uveli u stečaj oduzima imovina. Ukupan broj sudskih predmeta koji ne mogu ovršiti zato što je dužnik u stečaju, veći je od broja svih drugih ovršnih presuda u Srbiji. Nova zakonska ograničenja predviđaju se kroz kazneni zakon s time da je ovdje važno da se budućim počiniteljima kaznenog djela naglasak stavlja na imovinsku sankciju.

Ovo pitanje svakako će se dalje razmatrati u kontekstu činjenice da je Ustavni suda te zemlje odlukom iz 2012. godine ukinuo odredbe Stečajnog zakona koje su uređivale tzv. „automatski stečaj“ koji je bio predviđen kao likvidacija svih društva čiji su računi u blokadi duljoj od godinu dana. Time je svakako usporen proces uređivanja i daljnjih instituta kao što je odgovornost direktora dužnika.

Grčka

Pristup vrlo represivnog i strogog penaliziranja poduzetnika ili članova uprave upitan je kao dugoročno produktivan. Primjer za to može biti Grčka, koja je kao država sinonim za insolventnost i nelikvidnost te kao takva predstavlja čak i prijetnju očuvanju eurozone. Međutim, Grčka ujedno ima vrlo stroge stečajne zakone, te tako prema njihovim zakonima poduzetnik koji je društvo doveo do stečaja automatski gubi pravo zapošljavanja u gospodarskoj ili industrijskoj djelatnosti.

Mišljenja sam da bilo kakav automatizam, nije primjereno rješenje za odnose kakvi nastaju u i prije stečaja, budući da je materija koja čini podlogu tim odnosima do te mjere složena, da bi rješenja koja bi se automatski nametala svakako imala štetan učinak. (6)

14.1 Teorija „deepening insolvency“ - SAD

Tema ovog rada poznata je u američkom stečajnom pravu pod nazivom – „doctrine of deepening insolvency“. U slobodnom prijevodu moglo bi se prevesti kao teorija produbljivanja stečaja od strane odgovornih osoba dužnika, a koja se koristi kao opći naziv za dokazni postupak u parnicama zbog odgovornosti povodom propusta pravodobnog pokretanja stečaja.

Na predmetnu teoriju (doktrinu), koja samostalno razvija ovaj segment stečajnog prava uputio me kolega odvjetnik Joe Sholder koji mi je preporučen kao ekspert stečajnog prava. Skrenuo mi je pozornost da američko pravo nema reguliranu predmetnu odgovornost u okviru federalnog stečajnog zakona (The Bankruptcy Reform Act of 1978), već svaka država za sebe izgrađuje praksu u pogledu definiranja ove vrste odgovornosti.

Ovdje je posebno naglašeno da rješenja između pojedinih država iznimno variraju i to od država koje uopće ne priznaju pravo pokretanja postupka radi ove vrste odgovornosti, do širokog opsega priznanja takvih pravnih postupaka.

(6) Izvor: www.insol-europe.org

Primjerice država Delavare koja se inače ističe vrlo razvijenim korporativnim pravom, ipak ne priznaje pravo pokretanja ovakvih postupka tj. postupaka radi "deepening insolvency", za razliku od npr. Pennsylvanije.

U državama koje čak načelno dopuštaju mogućnost pokretanja takvih postupaka nadalje postoje izrazito različiti kriteriji za utvrđivanje odgovornosti direktora, koji se kreću u rasponu od npr. uvjetovanja odgovornosti namjernim iskazivanjem neistinitih financijskih podataka (fraudulently behavior) do - samo nastavljanja poslovanja u okolnostima gdje je direktor mogao znati da će nastupiti stečaj. Zaključno se drži da je ovo područje još uvijek vrlo neusklađeno u SAD tj. u razvoju, naročito povodom gospodarske krize posljednjih godina.

Deepening insolvency se stoga smatra teorijom koja se koristi u dokazivanju slučajeva naknade štete uzrokovane pogrešnim prolongiranjem poslovanja društva prije nastupanja stečaja, a što uzrokuje štetu društvu kroz povećanje zaduženosti, gubitak imovine i smanjenje poslovne reputacije društva i članova društva. Pri dokazivanju odgovornosti u pravilu se analizira i uloga uključenosti trećih stručnih osoba (računovođe, revizori, investicijski bankari, financijski savjetnici, odvjetnici dr.).

Kako se američko pravo osniva na primjerima sudskih odluka, značajno je zbog vremenskog pregleda u kojem se događa razvoj ove materije spomenuti prva dva slučaja.

To su bile odluke suda u Delaware (The Delaware Chancery Court's) u slučaju Credit Lyonnais Bank Nederland vs Pathe Communications Corp., 1991. WL 277613 (Del. Ch. 1991), gdje je prvi puta uveden pojam „žrtve stečaja“ i time otvoreno pitanje odgovornosti za štetu povodom zakašnjelog pokretanja stečaja.

Prvi slučaj gdje je sud priznao valjanost teorije „deepening insolvency“ kao samostalno utemeljene parnice za naknadu štete zbog propusta u pokretanju stečaja odnosi se na prvu odluku u donjoj tablici gdje je prema pravu države Pennsylvania priznato postojanje takve odgovornosti, što je tada izazvalo brojne kritike jer se smatralo da se time narušava princip autonomije direktora u pogledu donošenja odluke o pokretanju stečaja.

Nakon toga su pokrenute mnoge rasprave o takvim parnicama, na temelju činjenice da federalni sud ne priznaje takvu pravnu osnovu, dok neki viši državni sudovi istu priznaju.

Financijski značaj takvih parnica čak i za prilike u SAD vidljiv je iz primjerice slučajeva tužbe protiv uprave i trećih osoba društva Boston Chicken kojima je presuđena obveza naknade štete u iznosu od 180 mil. USD ili slučaj Delorean Motor Comp gdje su revizori tog društva presuđeni kao odgovorni za zakašnjeli stečaj uz obvezu naknade štete od 46 mil USD.

Primjeri takvih parnica gdje su usvojene tužbe su (7) :

As a Separate Cause of Action

3rd Circuit (applying Pennsylvania law)	<i>Official Committee of Unsecured Creditors v. R.F. Lafferty & Co., Inc.</i> , 267 F.3d 340, 38 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 147 (3d Cir. 2001) (opinion by Fuentes, J.)
E.D. Pa. (applying Pennsylvania law)	<i>In re Computer Personalities Systems, Inc.</i> , 2003 WL 22844863 (Bankr. E.D. Pa. 2003) (Sigmund, J.) <i>Corporate Aviation Concepts, Inc. v. Multi-Service Aviation Corp.</i> , 2004 WL 1900001 (E.D. Pa. 2004) (Yohn, J.)
D. Del. (applying Delaware law)	<i>In re Exide Technologies, Inc.</i> , 299 B.R. 732 (Bankr. D. Del. 2003) (Carey, J.)
9th Circuit	<i>Smith v. Arthur Andersen LLP</i> , 421 F.3d 989, 45 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 58, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P 93,341 (9th Cir. 2005)
D. Tennessee (applying Tennessee law)	<i>In re Del-Met Corp.</i> , 322 B.R. 781 (Bankr. M.D. Tenn. 2005)
M.D. N.C. (North Carolina law)	<i>In re Buildnet, Inc.</i> , 2004 WL 1534296 (Bankr. M.D. N.C. 2004)
N.D. Ohio (applying either NJ or Delaware law)	<i>In re LTV Steel Co., Inc.</i> , 333 B.R. 397 (Bankr. N.D. Ohio 2005)
Michigan	<i>MCA Financial Corp. v. Grant Thornton, L.L.P.</i> , 263 Mich. App. 152, 687 N.W.2d 850 (2004), appeal denied, 472 Mich. 878, 693 N.W.2d 817 (2005)

(7) Izvor: www.cooley.com

Izvor: „The Journal of Corporate Renewal“ br.2/2008., članak „Tide Has Turned on Deepening Insolvency“, autori Ronald R. Sussman i Michael A. Klein

Izvor: „Emory Bankruptcy Developments Journal“, br. 1/2008, članak „Why the Federal Courts Should Not Recognize Deepening Insolvency As a Cause of Action“

Izvor: www.iiiglobal.org, članak „Potential Liability For Deepening Insolvency And Breach Of Fiduciary Duty To Creditors“, Robert B. Millner, Sally Neely, Michael H. Reed

15. Prijedlog rješenja UNCITRAL-a

Područje odgovornosti članova uprave, odnosno direktora, kako se označava u dokumentima UNCITRAL-a upravo je istaknuto kao prvi cilj uređenja i preporuka u području stečajnog prava.

Radna skupina (V) je na svojoj tridesetdevetoj sjednici (prosinac, 2010. u Beču) otvorila ovo pitanje, da bi nastavila rad na njemu na daljnje dvije sjednice (studeni 2012. u Beču, te nedavno, u travnju ove godine u New Yorku).

Inicijativu za analizu ovog pitanja dala je Velika Britanija, organizacija Insol international i Međunarodni stečajni institut (International Insolvency Institute) sa ciljem da razmatranja iste kroz materijalnu odgovornost, odnosno ne u smjeru moguće kaznene odgovornosti.

U tom smislu je na četrdesetprvoj sjednici utvrđeno da će rad te grupe biti dio Zakonodavnog vodiča u stečajnom pravu (Legislative Guide on Insolvency Law), te će uključiti preporuke i komentare radne skupine.

Predmetna materija je tako razdijeljena na pitanja kao što su:

- Identifikacija osoba koje se mogu podvesti pod odgovorne osobe
- Vrijeme nastanka obveza u periodu nastupajućeg stečaja
- Priroda obveza
- Standardi koji se trebaju primjenjivati
- Procesuiranje obveza direktora u cilju otvaranja stečaja
- Obrana, ograničenje i isključenje odgovornosti
- Pravni lijekovi (pravna sredstva)
- Ovlaštene stranke koje mogu pokrenuti postupak protiv direktora
- Utvrđenje procedura

Preporuke su kao nacrt koncipirane na deset konkretnih područja čija svrha je:

- a) zaštita interes vjerovnika i članova samog društva dužnika
- b) osigurati da članovi uprave (direktori) imaju informacije o njihovoj ulozi i odgovornosti u okolnostima nastupajućeg stečaja
- c) osigurati primjerene pravne lijekove za slučaj kršenja obveza direktora koji će moći biti primijenjeni nakon otvaranja stečaja.

Preporuka 1.

Obveze – u ovom području stavlja se naglasak na obvezu direktora da u okolnostima nastupajućeg stečaja osigura cjelovite informacije o stanju društva, da poduzima razumne korake radi izbjegavanja stečaja, a u slučaju da je isti neizbježan da osigura imovinu (u smislu da ne raspolaže istom na rizičan način), te po potrebi zatraži savjet stručnjaka za određena područja.

Posljednji dio ove preporuke bih izdvojio radi naprijed spomenute odredbe članka 252.st.1. ZTD koja također usmjerava na odgovornost članova uprave ukoliko - ne traže stručnu pomoć u područjima gdje nemaju kompetencije.

Uz ovu preporuku daje se također opaska da se ista ne odnosi samo na direktore koji termin je upotrijebljen kao najčešći oblik odgovornih osoba, već se isto odnosi na sve osobe koje se može smatrati odgovornima za poslovanje društva.

Preporuka 2.

Vrijeme nastupa obveza – ovdje se vrijeme nastupa posebnih obveza u pogledu odgovornosti direktora definira kao vrijeme nakon točke kada se može ocijeniti da je direktor znao ili mogao znati da je stečaj izgledan, odnos da je čak neizbježan. Po ovom pitanju zauzet je stav u raspravi na sjednicama da bi svrhovito bilo pitanje vremena pozicionirati na „jednu referentnu točku“ koja će se procijeniti u periodu prije nastupa stečaja.

Svakako da bi takvo rješenje dovelo do veće pouzdanosti kod daljnje ocjene odgovornosti jer se na taj način ipak jedan aspekt (vremenski) uokviruje na nedvojbenu način.

U samoj raspravi o takvom pristupu postavljeno je pitanje i je li taj pristup dovoljno fleksibilan.

U tim smjeru bih dodao da bi bilo razumno razmotriti također objektivnu okolnost da je u mnogim situacijama teško odrediti jasan kriterij za određivanje referentne vremenske točke.

Moguća alternativa takvom stavu bila bi podizanje stupanja odgovornosti uz smanjenje opsega autonomije direktora u više faza prije nastupa stečaja. Na primjer, smatram relevantnim razlikovanje faze gdje direktor „može pretpostaviti mogućnost nastupa stečaja“ od faze „gdje je očito da je stečaj neizbježan“.

U pravilu se te dvije faze ne preklapaju, odnosno odvijaju se uvijek kao dvije, a ne jedna faza.

Preporuka 3.

Osobe na koje se odnose obveze

Stečajno pravo treba odrediti osobe koje podliježu obvezama, što bi trebalo uključivati svaku odgovornu osobu koja u nacionalnom pravu ispunjava ulogu direktora, osim formalno postavljenog direktora.

U tom smislu se raspravljalo da krug takvih osoba treba uključivati osobe koje donese upravljačke odluke, ali osobe koje mogu imati utjecaj na donošenje upravljačkih odluka mada neposredno ne donose odluke.

Ova preporuke bi se sukladno hrvatskom pravu trebala ponajprije odnositi na članove nadzornih odbora, te eventualno članove društva ukoliko isti predstavljaju kontrolnu većinu u društvu, što im formalno daje pravo odluke izbora (putem nadzornog odbora) samih direktora.

Preporuka 4.

Odgovornost

U smjeru određenja odgovornosti preporučuje se istu povezati sa mogućom štetom koju bi povredom obveza, iz prve preporuke, u periodu definiranom drugom preporukom, uzrokovale osobe određene trećom preporukom - vjerovnicima.

Ovu odgovornost bi tako trebao ograničiti do opsega, odnosno u razmjeru sa stvarnom štetom ili gubicima koji su nastali vjerovnicima. U opaskama ove preporuke naglašava se važnost određenja iz druge preporuke u smislu da se odgovornost treba cijeliti samo u odnosu na period koji može biti definiranom tom drugom preporukom.

Mišljenja sam da je ova preporuka za cjelokupnu predmetnu materiju ujedno i najkompleksnija. Nije slučajno da se i radna skupina u definiranju odgovornosti poziva na kombiniranu primjenu drugih preporuka, te u samim opaskama naglašava da bi ranije dijelovi drugih preporuka trebali biti sadržani u ovoj preporuci. Mada se ovdje jednim terminom kao potencijalno oštećene osobe određuju samo vjerovnici, smatram da taj pojam treba tumačiti u širem smislu ne samo kao treće osobe koje su bile u obvezno pravnom odnosu sa dužnikom, već i dioničari tj. članovi društva dužnika, koji su u ovom smislu također mogu biti vjerovnici, po osnovi naknade štete, prema direktorima svog društva.

Preporuka 5.

Elementi odgovornosti uz isključenje ili ograničenje odgovornosti

Potrebno bi bilo odrediti elemente (uvjete) koji se trebaju ostvariti da bi se mogla ustanoviti odgovornost tj. povreda obveza iz prve preporuke, a koji elementi dovode do posljedica uzrokovanjem štete vjerovnicima. S druge strane, za osobe koje mogu biti odgovorne potrebno je definirati isključenja ili ograničenja njihove odgovornosti.

Primjerice, nije dovoljno utvrditi da je konkretna šteta nastala kao posljedica radnji ili propusta odgovorne osobe, već je potrebno razmotriti je li takva osoba poduzela razumne korake za sprečavanje nastupa takve štete, te u takvom slučaju može doći do isključenja ili ograničenja odgovornosti. Ovom preporukom se ukazuje na svrhoviti pristup kroz određenje mogućih presumpcija, ali se ujedno naglašava da bi konkretnije određenje elemenata te osnova za isključenje ili ograničenje odgovornosti trebalo prepustiti nacionalnim pravima.

Ovu preporuku smatram važnom jer ukazuje na važnu drugu polovinu aspekta odgovornosti.

Naime, jednako koliko je važno definirati što su obveze i na koji način povreda obveza dovodi do odgovornosti, isto toliko je važno i definirati što može biti razlog sa isključenje ili ograničenje odgovornosti u slučajevima kad je nedvojbeno i počinjen propust i nastala štetna posljedica. Smjernice u tom pogledu su nužne, jer čine cjelovitu sliku za finalno utvrđivanje odgovornosti.

Preporuka 6.

Pravna sredstva

Ova preporuka ima za cilj odrediti pravna sredstva za utvrđenje odgovornosti radi plaćanja u stečajnu masu štete koja bi bila počinjena kao posljedica povrede obveza iz preporuke br. 1.

Ovdje se može uočiti da je obaveza naknade usmjerena prema stečajnoj masi, a ne prema pojedinačnom oštećeniku iako to nužno ne isključuje pravo vjerovnika da pokrene postupak, ali u korist stečajne mase. Ovdje se ujedno naglašava da redosljed namirenja u takvim slučajevima treba poštovati pravilo da se prvo namiruje trošak vjerovnika koji je vodio postupak, a zatim stečajna masa. Nadalje, u slučaju da vjerovnik ili treća strana s pravnim interesom želi pokrenuti takav postupak, dužan je o tome sklopiti sporazum sa stečajnim upraviteljem, a ukoliko on odbije takav sporazum, ostaje pravo da se dopuštenje traži od suda.

Pravna sredstva radi procesuiranja ove vrste odgovornosti mogu se koristiti tek tijekom stečajnog postupka, upravo stoga jer se radi o specifičnoj odgovornosti za štetu za koju nije dovoljno da sadrži klasične elemente štete iz obveznog prava, već je nužno da se dogodio konkretan čin stečaja, prema kojem se nadalje primjenjuju svi daljnji instituti.

Mnoga nacionalna prava unutar svojih građanskih prava imaju već razrađena pravna sredstva za naknadu štete, te se ovime samo ukazuje na neizostavnu činjenicu kod ove štete postojanje, a to je postojanje stečaja.

Preporuka 7.

Ovlast za pokretanje postupka protiv direktora

Definira se da je primarna ovlast za pokretanje ovakvog postupka na stečajnom upravitelju u ime i za račun stečajne mase. Međutim, ostavlja se kao opcija i prenošenje tog prava uz određene suglasnosti i na vjerovnike, pa čak i treće osobe s pravnim interesom. Pojam treće osobe s pravnim interesom je ovdje prihvaćen kako bi se izbjegle dvojbe jesu li dioničari dužnika vjerovnici, a svakako je razumno ostaviti odgovarajuće ovakvo pravo i dioničarima dužnika. U preporuci se konstatira da neka nacionalna prava, dopuštaju da suglasnost zainteresiranom vjerovniku izda tijelo vjerovnika u stečaju umjesto stečajnog upravitelja, što je primjerice sada rješenje našeg zakona.

U odnosu na ovu preporuku se odnosi suština dopune članka 101. našeg Stečajnog zakona, koja je prvi puta otvorila mogućnost vođenja ovakvih postupaka i vjerovnicima. Naš je propis vjerujem u duhu ove preporuke iako strukturno drugačije razradio pitanje redosljeda namirenja od ostvarene naknade štete. U preporuci se naime ne spominje mogućnost namirenja vjerovnika iznad opseg troškova koje je on imao za vođenje spora. Naš propis predviđa da se razlika iznad namirenja štete tog vjerovnika prenosi u korist stečajne mase. Na primjerenost i opravdanost takvog pristupa osvrnuti ću se nadalje u posljednjoj točki ovog rada (De lege ferenda).

Preporuke 8. i 9.

Osiguranje troškova za vođenje postupka

Troškovi za vođenje ovakvih postupaka trebali bi biti administrativni troškovi stečaj, što znači da bi se pokrivali iz stečajne mase. Također, se dopušta da se nacionalnim stečajnim pravom predvide i alternativna rješenja.

Na primjer, a kako je navedeno pod preporukom br.6. u slučaju gdje vjerovnik ostvaruje to pravo on preuzima rizik i namirenje tih troškova za svoj račun.

Pitanje troškova za vođenje ovakvih postupaka ne djeluje kao pitanje od primarnog značaja kod provedbe ovih postupaka. Međutim, rezultati primjene ovih postupaka ukazuju da je upravo pitanje troškova ovih postupaka najčešći razlog ne pokretanja tih postupaka.

Stoga smatram da ovo pitanje zaslužuju takvu vrstu pozornosti i razrade koja će moći dati odgovor na postojeće stanje tj. koja će moći premostiti taj problem.

Trebalo bi biti nedvojbeno da odluka o vođenju ovih postupaka ne bi smjela ovisiti o tehničkoj činjenici tko će i za čiji račun snositi trošak postupka, već o činjenici do koje mjere se može procijeniti da postoji pravna osnovanost i ekonomska oportunitet provedbe tog postupka.

U tom smislu, jedina rješenja koja se za sada mogu ponuditi su rješenja koja će dozvoliti zainteresiranim osobama, ukoliko stečajni upravitelj ne iskoristi svoje pravo, da vode takve postupke uz logičan ekonomski interes. Model prema kojem bi se takvoj osobi samo refundirali troškovi, što znači da bi po uspješnom okončanju takav tužitelj tak imao pokriven svoj rashod vođenja postupka, a u oslom dijelu bi imao jednaka prava kao i vjerovnici koji su bili pasivni – smatram da ne bi polučio ekonomski interes vjerovnika. Treba uzeti u obzir da su vjerovnici poduzetnici, da se ne može očekivati da oni ove postupke vode za tuđu korist.

Osobito nije razumno za očekivati da će oni preuzimati sami na sebe potpuni rizik gubitka spora, a time i troškova bez osiguranja za takve troškove od strane stečajne mase.

Odnosno, moguće je očekivati da će vjerovnici biti spremni preuzeti i takve rizike, ako im se ponudi adekvatna mogućnost satisfakcije za slučaj uspjeha. Adekvatna satisfakcija svakako nije izjednačavanje sa prvima ostalih vjerovnika koji nisu preuzeli nikakva rizik. Individualnu satisfakciju (namirenje vjerovnika koji je vodio postupak) smatram da treba promatrati u kontekstu činjenice da se takav postupak odvija uvijek u situaciji gdje je stečajni upravitelj (ili tijelo vjerovnika) prethodno odbio vođenje tog postupka, pa se time niti namirenje onog vjernika koji je prihvatio rizik ne može nužno smatrati njegovim favoriziranjem budući da on svoju mogućnost nikako ne može ostvariti prije nego se o istoj mogućnosti ne izjasni stečajni upravitelj, odnosno tijelo vjerovnika u stečaju.

Ove dvojbe ne bi same po sebi imale poseban značaj da se ovdje ne radi načelno o povredi glavnog principa ove vrste štete, a to je princip - skupne štete, što znači i skupog namirenja. Ovu povredu ili preciznije rečeno iznimku nisu predvidjele niti preporuke UNCITRAL-a.

Međutim, ipak smatram da se radi o nominalnoj povredi principa skupne štete budući da ista nastaje uz izričitu volju i pristanak skupnih oštećenika, ali se s druge strane znatno ojačava institut odgovornosti članova uprave dužnika, koji postaje primjenjiv i rješava se neprimjernog alibija da se to pitanje neće formalno razmotriti jer za isto - nema sredstava.

Preporuka 10.

Dodatne mjere

Ovom preporukom se upućuje na dopuštenost i svrhovitost uređenja i dodanih mjera koje će osim direktnih pravnih sredstava prevenirati nastup štete i pojačati odgovornost direktora dužnika u relevantnom periodu.

Takve mjere mogu ići u smjeru ograničavanja ovlasti direktora u periodu prije nastupanja stečaja.

Takav pristup smatram iznimno korisnim iz dva razloga. Prvo stoga što ima preventivan karakter, što je kod ove vrste štete koja se ne događa u jednokratnom činu, već predstavlja mnoge radnje u poslovanju u određenom duljem periodu od posebne važnosti. Drugo stoga što takve dodatne mjere npr. kroz ograničenja ovlasti direktora ujedno daju jasniji okvir što će se smatrati povredom obveze direktora.

Potrebno je znati da se u ovakvim slučajevima analizira postupanje direktora na izniman način. Naime, pravilo je da direktor jednog društva, osobito u odnosu na treće osobe izvan društva, ima potpunu autonomiju u upravljanju društvom. Ovdje se nameće suprotno pravilo ili iznimka od prvog pravila koje se upravo očituje u ograničenjima takve autonomije.

16. Odgovornost članova uprave zbog nepokretanja stečaja - De lege ferenda

Mišljenja sam da se radi o materiji koja će ubuduće privlačiti sve veća očekivanja vjerovnika prvenstveno kroz zakonska rješenja, a koja bi svakako trebala biti predviđena Stečajnim zakonom. Vjerovnici ne moraju nužno svaki stečaj prihvatiti kao rezultat savjesnih i opravdanih radnji članova uprave prednika stečajnog dužnika.

Ukoliko je takav stav pravilan, tada neće biti moguće navedenu materiju urediti jednim člankom zakona jer će takvo generalno uređenje donijeti efekt koji već postoji, tj. da konkretna norma zadovoljava svrhu nominalnog postojanja, a zbog rizika primjene dolazi do sustavnog izbjegavanja u primjeni i pogodovanja potencijalnim štetnicima na teret vjerovnika.

Rezultat dosadašnje podreguliranosti, a time i gotovo nikakve primjene ovih pravnih instituta može potvrditi negativnu percepciju javnosti u pogledu stečajnog zakona kao zakona koji nije u mogućnosti ponuditi primjerenu satisfakciju vjerovnicima, što naravno ne mora biti nužno u vidu namirenja tražbine, već može biti ponuđeno i kroz efikasne zakonske okvire za utvrđenje nepravilna postupanja odgovornih osoba koje su time onemogućila redovito namirenje iz stečajne mase.

U tom dijelu pomogla bi kao dopunska i tehnička rješenja u cilju povećane transparentnosti rada članova uprav, npr. po uzoru švicarski sudski registar gdje se objavljuje za svakog člana uprave njegova „stečajna biografija“.

Bolja, prvenstveno dopunska zakonska rješenja dala bi osim kvalitetnije retroaktivne zaštite vjerovnika i teže vidljive ali vrlo važne rezultate kroz prevenciju nesavjesnog postupanja uprava u najkritičnijem periodu poslovanja, u periodu prije nastupanja stečaja.

Temeljne zakonske odredbe članci 101. SZ, te 251. i 252. ZTD. Institut „smanjenja imovine“ iz članka 101. SZ nije dobro postavljen.

Ukoliko već sam temelj tj. kriterij kad se ima smatrati da je šteta počinjena nije jasan i primjenjiv vrlo je teško dalje povezati sve nužne elemente koji vode do konačne odgovornosti za štetu.

Dakle, u praktičnoj primjeni bilo bi potrebno utvrditi da li je društvo u konkretnom periodu preuzimanja obveza od strane uprave bilo i nelikvidno i prezaduženo (što nažalost nije rijetko stanje), ukoliko je tome tako, tada postoji osnova za daljnje utvrđenje postupka utvrđenja štete.

Suprotno ovom kriteriju, mnogu članovi uprave čija društva su bila u stanju i nelikvidnosti i prezaduženosti, mogu uspješno dokazati da za to vrijeme iz gore obrazloženih razloga nisu – „smanjivala imovinu“, što znači da nisu odgovorni.

Za praktičnu primjenu ovog kriterija bila bi nužna zakonska presumpcija, jer je iskustvo u više od 15 godina pokazalo da je na ovaj način isto neprimjenjivo.

Nadalje, u naprijed spomenutom nizozemskom primjeru smatram korisnim uočiti pojam „namjernog izazivanja stečaja“. Ova okolnost bi trebala biti temelj dodatne regulacije ove materije.

Vjerujem da bi se odgovarajućim odredbama mogle odrediti relevantne okolnosti koje bi bile osnova za ocjenu je li stečaj izazvan namjerno ili grubom nepažnjom, odnosno relevantne okolnosti koje bi bile osnova za npr. objektivno uzrokovan stečaj.

Za sustavan pristup ovom pitanju bilo bi korisno razraditi institute koji će stoga podijeliti postupanje uprave prednika stečajnog dužnika na dva pravca i to primjerice kao objektivno uzrokovan stečaj i kao subjektivno uzrokovan stečaj. U izvješću stečajnog upravitelja na izvještajnom ročištu na samom početku stečajnog postupka može se dati načelno mišljenje samog stečajnog upravitelja je li na razloge za otvaranje stečaja utjecalo postupanje uprave društva ili su isključivo objektivne okolnosti dovele društvo do stečajnih razloga.

Ovakva klasifikacija svakog stečaja, već u času otvaranja postupka, značajno bi pomogla svim daljnjim radnjama koje se tiču odgovornosti članova uprave i prava vjerovnika prema njima. Teško se može uzeti razrađenim i prihvatljivim sadašnje rješenje koje niti na koji način ne razdvaja stečajne pokrenute namjerno ili subjektivno od onih koji su pokrenuti iz objektivnih okolnosti.

Za vjerodostojan status stečaja kao ključnog mehanizma kad dođe do zastoja u gospodarstvu, vjerujem da bi takva kvalitetna stečajna selekcija pomogla ne samo kao retroaktivna zaštita vjerovnika, već osobito kao prevencija zlouporabe stečajnih propisa.

Dodatan efekt ovakve podjele stečaja bila bi i potvrda i poticaj onim gospodarstvenicima koji su odgovorno pokrenuli objektivno uzrokovan stečaj, da se radi o prihvatljivom stečaju koji ne ostavlja stigmatu poslovnog neuspjeha i čini zdravu osnovu za novi početak.

Objašnjenje, ali ne u cijelosti i opravdanje stanje naših pozitivnih stečajnih propisa može biti i oslonjenost na dosadašnju praksu i stanje prvenstveno u zemljama EU čije opće propise sada dijelimo. Međutim, upravo aktivno učešće u europskim propisima nam sada daje ujedno i legitimitet da kroz nacionalno zakonodavstvo razvijamo i nove modele koji će biti u skladu sa EU propisima, te konačno moguće i dobar primjer EU propisima, što bi bila najveća satisfakcija hrvatskoj stručnoj javnosti na području stečajnog prava.

Zaključno, daljnja uređenje propisa smatram da bi treba ići u cilju svrhovitosti gornje podjele uzroka i vrste stečaja, na slijedeći način;

A) - Obveza prikupljanja podataka

U okviru postojećih odredbi o obvezi izvješća stečajnog upravitelja za svrhu otvaranja stečaja, smatram konstruktivnim urediti i obvezu stečajnog upravitelja da prikupi podatke o postupanju članova uprave u periodu od nastupa nekog od stečajnih razloga od otvaranja stečaja. Takve podatke može prikupiti samo stečajni upravitelj i isto bi trebalo biti nužan dio njegovog izvješća o stečajnom dužniku, neovisno od činjenice postoji li namjera za vođenje postupka, te primarno u svrhu ocjene radi li se o subjektivno ili objektivno uzrokovanom stečaju.

Sve to najprije radi osnovne razlike i daljnjih postupanja u dvije vrste stečaja prema njihovim uzrocima. Također, imajući u vidu moguće i legitimne razloge gdje često stečajni upravitelji neće pokrenuti nikakav postupak, a jasno je da vjerovnici nisu u mogućnosti pristupiti takvim podacima, što bitno otežava ostvarenje njihovog prava kojima je novela članka 101. iz 2012. tek otvorila vrata, ne i utvrdila jasan put.

B) - Utvrđenje je li stečaj uzrokovan iz objektivnih ili objektivnih okolnosti

Kako je naprijed obrazloženo takvo utvrđenje dalo bi višestruko korisne temelje za daljnje postupanje i moguće ga je urediti kroz prijedlog stečajnog upravitelja na temelju njegovog izvješća odmah po otvaranju stečaja, a o čemu bi odluku donosila skupština vjerovnika.

C) - Uređenje odgovornosti kod stečajeva bez imovine i brisanja društava

Kako je naprijed već naznačeno pod točkom gdje se analizirao utjecaj stečajnih razloga na ovu vrstu odgovornosti, postoji još uvijek pravna praznina upravo u najčešćim oblicima stečaja, koji su u smislu namirenja i najekstremniji. Radi se o stečajevima koji nemaju imovine niti za vođenje stečajnog postupka, koji se otvaraju i istodobno zaključuju, kao i postupcima brisanja subjekata zbog neurednosti predaje financijskih izvješća.

Mogućnost ocjene odgovornosti članova uprave upravo u tim slučajevima već u začetku izostaje, te bi upravo stoga bilo primjereno da se u takvim stečajevima radi dublje i cjelovitije izvješće za vjerovnike, budući da sadašnja pravila ta dva postupka ne omogućuju daljnje postupanje i faktično daljnju komunikaciju sa vjerovnicima.

Drugačiji pristup dovodi do legalne pravne praznine koja u potpunosti štiti onu upravu koja je društvo ostavila bez ikakve imovine od bilo kakvog ispitivanja njezinog rada.

D) - Zakonska presumpcija uzrokovanja štete prema stečajnoj masi

Sve gore navedeno moguće je provoditi uz prethodno poboljšanje nejasnog pravnog instituta „smanjenje imovine“ iz članka 101. SZ u smjeru kako je gore obrazloženo, tj. da se odredi postoji li period kad je kumulativno postojala i nelikvidnost i prezaduženost društva, a koji period bi predstavljao razdoblje osobite odgovornosti članova uprave kod raspolaganja imovinom društva.

Budući da se radi o složenoj materiji, a radi preglednosti iste i zakonske afirmacije instituta odgovornosti člana uprave dužnika zbog moguće štete nastale propustom obveze pokretanja stečaja, vjerujem da bi bilo kvalitetnije posebne postupke (koje pokreću vjerovnici, sadašnji stavci 2-5 članka 101. Stečajnog zakona, zatim postupke povodom stečajeva bez imovine, te konačno postupke povodom brisanja subjekta) razraditi u posebnim zakonskim člancima, nastavno na temeljni članak 101. Stečajnog zakona.

Popis kratica:

SZ - Stečajni zakon

ZTD - Zakon o trgovačkim društvima

ZFPPN – Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi

ZOO – Zakon o obveznim odnosima

ZPP – Zakon o parničnom postupku

VSRH – Vrhovni sud Republike Hrvatske

VTSRH – Visoki trgovački sud Republike Hrvatske

NN – Narodne novine

UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law

FDIC - Federal deposit insurance corporation

INSOL International - International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals

III- International Insolvency Institute

Popis literature, izvori:

1. Dika, Mihajlo, Insolventijsko pravo, Zagreb, 1998
2. Dika, Mihajlo, Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb 1996.
3. Čuveljak, Jelena, Stečajni zakon, 2009.
4. Barišić, Dragutin; Dika, Mihajlo; Hrastinski-Jurčec, Ljiljana; Marković, Nevenka; Nekić-Plevko, Nada; Sarvan, Desanka; Siladi-Rstić, Nevenka, Stečajni postupak-aktualna pitanja zakonodavstva i pravne prakse, 2012.
5. Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Zagreb, 2010.
6. www.uncitral.org/insolvency.html
7. www.insol-europe.com
8. www.iiiglobal.org
9. www.eur-lex.europa.eu
10. www.debt.org
11. www.cooley.com
12. „The Journal of Corporate Renewal“
13. „Emory Bankruptcy Developments Journal“