

UNIVERZA V LJUBLJANI
EKONOMSKA FAKULTETA

MAGISTRSKO DELO

**KAZNIVO DEJANJE ZLORABE POLOŽAJA ALI ZAUPANJA PRI
GOSPODARSKI DEJAVNOSTI Z VIDIKA TEORIJE AGENTA**

Ljubljana, 18. september 2018

MAJA BRUNSKOLE

IZJAVA O AVTORSTVU

Podpisana Maja Brunskole, študentka Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, avtorica predloženega dela z naslovom Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika teorije agenta, pripravljene v sodelovanju s svetovalcem doc. dr. Jako Cepcem.

IZJAVLJAM

1. da sem predloženo delo pripravila samostojno;
2. da je tiskana oblika predloženega dela istovetna njegovi elektronski obliki;
3. da je besedilo predloženega dela jezikovno korektno in tehnično pripravljeno v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, kar pomeni, da sem poskrbela, da so dela in mnenja drugih avtorjev oziroma avtoric, ki jih uporabljam oziroma navajam v besedilu, citirana oziroma povzeta v skladu z Navodili za izdelavo zaključnih nalog Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani;
4. da se zavedam, da je plagiatorstvo – predstavljanje tujih del (v pisni ali grafični obliki) kot mojih lastnih – kaznivo po Kazenskem zakoniku Republike Slovenije;
5. da se zavedam posledic, ki bi jih na osnovi predloženega dela dokazano plagiatorstvo lahko predstavljalo za moj status na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani v skladu z relevantnim pravilnikom;
6. da sem pridobila vsa potrebna dovoljenja za uporabo podatkov in avtorskih del v predloženem delu in jih v njem jasno označila;
7. da sem pri pripravi predloženega dela ravnala v skladu z etičnimi načeli in, kjer je to potrebno, za raziskavo pridobila soglasje etične komisije;
8. da soglašam, da se elektronska oblika predloženega dela uporabi za preverjanje podobnosti vsebine z drugimi deli s programsko opremo za preverjanje podobnosti vsebine, ki je povezana s študijskim informacijskim sistemom članice;
9. da na Univerzo v Ljubljani neodplačno, neizključno, prostorsko in časovno neomejeno prenašam pravico shranitve predloženega dela v elektronski obliki, pravico reproduciranja ter pravico dajanja predloženega dela na voljo javnosti na svetovnem spletu preko Repozitorija Univerze v Ljubljani;
10. da hkrati z objavo predloženega dela dovoljujem objavo svojih osebnih podatkov, ki so navedeni v njem in v tej izjavi.

V Ljubljani, dne _____

Podpis študentke: _____

KAZALO

UVOD	1
1 TEORIJA AGENTA	4
1.1 Ločitev lastništva in upravljanja	4
1.2 Razmerje med agentom in principalom.....	7
1.3 Zaupanje kot temelj razmerja agenta in principala	9
1.4 Agenti in principalni v posameznih gospodarskih družbah.....	10
1.4.1 Osebnostne družbe	12
1.4.2 Kapitalske družbe	13
1.4.3 Podjetnik	15
1.5 Mehanizmi nadzora agenta s strani principala	15
1.5.1 Nadzorni mehanizmi v teoriji	17
1.5.2 Izbira agenta.....	19
1.5.3 Nadzor nad agentom	20
2 KAZNIVO DEJANJE ZLORABE POLOŽAJA ALI ZAUPANJA PRI GOSPODARSKI DEJAVNOSTI.....	22
2.1 Gospodarska kriminaliteta.....	22
2.2 Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti ..	23
2.3 Geneza kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti	25
2.4 Pregled obstoječe literature kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1	25
2.5 Storilci kaznivega dejanja z vidika teorije agenta	27
2.5.1 Družbeniki enoosebne družbe z omejeno odgovornostjo.....	29
2.5.2 Pravilo razumne podjetniške presoje	31
2.5.3 Pravna oseba in kazenska odgovornost za kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1.....	31
2.6 Objekt varstva v teoriji.....	32
2.7 Objekt varstva v sodni praksi	34
2.8 Primerjava objektov varstva.....	38
3 TEORIJA AGENTA IN KAZNIVO DEJANJE ZLORABE POLOŽAJA ALI ZAUPANJA PRI GOSPODARSKI DEJAVNOSTI	41
3.1 Principalov položaj kot objekt varstva navedenega kaznivega dejanja	41
3.1.1 Omejitve principalovega položaja	41

3.1.2	Varstvo principalovega položaja	42
3.1.3	Ustavno varstvo kapitalskih vložkov kot zasebne lastnine	44
3.2	Premoženje družbe kot objekt varstva navedenega kaznivega dejanja	46
SKLEP	48
LITERATURA IN VIRI	52

UVOD

Pravo in ekonomija sta vedi, ki hodita z roko v roki, čeprav nekateri očitajo pravo rigidnost, ekonomija pa naj bi bila zelo dinamična. *Hominum causa omne ius constitutum*. Vse pravo obstaja zaradi ljudi (latinski pravni rek) in ureja njihovo ravnanje, zato je posledično primorano slediti družbenemu razvoju in se zavoljo njegove učinkovitosti tudi prilagoditi različnim vidikom življenja, tudi ekonomskemu. Najbolj drzen preplet prava in ekonomije je na področju gospodarskega kazenskega prava. Kazensko pravo je namreč že samo po sebi poslednje sredstvo (lat. *ultima ratio*), ki se ga lahko uporabi v družbi za preprečevanje in zatiranje nevarnih dejavnosti (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 121), saj lahko poseže v posameznikovo osebno svobodo. Poleg tega zanj velja načelo zakonitosti, po katerem mora biti kaznivo dejanje določeno in v okviru katerega se odraža tudi načelo pravne varnosti, ki varuje ljudi pred samovoljnimi in nezakonitimi posegi državnih organov v njihov pravni položaj. Navedeno se izkaže za problematično pri kaznivih dejanjih zoper gospodarstvo, ki so urejena v 24. poglavju Kazenskega zakonika (KZ-1), Ur. l. RS, št. 50/12 – UPB, 6/16 – popr., 54/15, 38/16 in 27/17. Že pri inkriminaciji slednjih in tudi pri odkrivanju in pregonu ter sojenju je potrebno imeti ekonomsko znanje. Če ne poznamo osnovnih pravil ekonomije in jih ne uskladimo s pravno teorijo, se ne da zagotoviti učinkovitega in smotrnega odkrivanja in tudi preгона teh kaznivih dejanj.

V magistrskem delu sem predstavila kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, ki je določeno v 240. členu KZ-1 v povezavi s teorijo agenta. Zaradi ločitve lastništva in upravljanja (Barle & Means, 1933) se je pojavilo razlikovanje med interesi lastnikov in tistimi, ki upravljajo z gospodarsko družbo. Na podlagi tega razlikovanja se je izoblikovala teorija agenta, ki je bila podlaga za razvoj področja, imenovanega korporacijsko upravljanje (ang. *corporate governance*), ki ureja vodenje in obvladovanje družb z namenom zmanjšanja ali odprave problema agent - principal. Do tega problema pride, ko so si interesi agentov in principalov v nasprotju. Takrat v gospodarski družbi ni učinkovitega korporacijskega upravljanja, saj interesi znotraj gospodarske družbe niso usklajeni oziroma, kot navaja Danila Djokić (2011), soodvisni.

Zaupanje je osrednji pojem, ki povezuje omenjeno kaznivo dejanje z ekonomsko teorijo agenta, ki opredeljuje razmerja med udeleženci korporacijskega upravljanja. Kljub temu, da je mogoče omenjeno teorijo uporabiti tudi za pojasnitev razmerij med zunanjimi in notranjimi udeleženci korporacijskega upravljanja, sem v magistrskem delu pojasnila samo razmerja med notranjimi udeleženci, in sicer med lastniki (principal) in tistimi, ki upravljajo z gospodarsko družbo (agenti). Agencijsko razmerje nastane med dvema (ali več) stranema, ko ena stran deluje kot zastopnik druge strani (principal pri določenem odločitvenem problemu) (Ross, 1973 v Hrovatin & Brščič, 1998). Če imata principal in agent različne interese, pride do konflikta interesov, ki se imenuje tudi zastopniški problem (ang. *agency problem*), ki ga skuša teorija agenta rešiti (Bohinc, 2001, str. 139).

Pri spajanju pravne z ekonomsko teorijo, naletim na problem neenotnega izrazoslovja, saj imajo izrazi v pravni in ekonomski teoriji različen pomen (npr. različni pomeni pojmov podjetja in gospodarske družbe). V tretjem odstavku 3. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1), Ur. l. RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17, so opredeljene gospodarske družbe. Njihovo število je omejeno (lat. numerus clausus). Gospodarske družbe so organizirane kot osebne družbe (družba z neomejeno odgovornostjo in komanditna družba) ali kot kapitalske družbe (družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba). Pri tem ne gre le za prepletanje pravne in ekonomske teorije, temveč tudi različnih pravnih panog in podpanog (kazenskega, gospodarskega in korporacijskega prava). Tako velja, da se, kadar določena norma ni opredeljena v KZ-1, uporabi določbe ZGD-1.

Posebno za kazniva dejanja zoper gospodarstvo je pomembno, da imajo natančno določen objekt varstva. Ta določitev je povezana tudi z načelom pravne varnosti, saj preprečuje nedopustno širjenje morebitnega kroga storilcev. Po drugi strani pa je to pomembno tudi zaradi ujemanja kazenskega prava z ekonomsko teorijo. Jasno je, da se kazensko pravo ne more in tudi ne sme zapreti pred spoznanji ekonomske teorije, sploh pri gospodarskih kaznivih dejanjih, saj je ekonomija kot veda o gospodarstvu tista, ki mora pri teh dejanjih sobivati s kazenskim pravom. Posamezen objekt kazenskopravnega varstva je konkretna pravna dobrina, ki jo varuje kazensko pravo (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 209). Zato je pomembno, da je objekt znan že od prve inkriminacije določenega kaznivega dejanja zoper gospodarstvo. Če objekt ni znan, to vnese v pravni red določeno zmedo in odpre vrata različnim interpretacijam, tako kot je to pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Glede na zgoraj navedeno in glede na konkretiziranost objekta, sem za potrebe tega magistrskega dela poenotila izraze in uporabila izraz objekt varstva tudi za pravno zavarovane vrednote in dobrine.

Večina strokovne literature s področja kazenskega prava navaja, da je objekt varstva kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti premoženje gospodarske družbe, vendar se kot objekti varstva omenjajo tudi gospodarstvo (Selinšek, 2006), lojalni odnosi v gospodarski družbi (Turinek, 2016), poslovna zvestoba (Devetak, 2013), zaščita principalovih koristi in varstvo zaupanja (Keršmanc, 2014). Stališče Cepca (2016) je, da bi objekt varstva moral biti principalov položaj, kar od ustaljenih predstav odstopa. Sodna praksa je kot objekt varstva opredelila poslovno zvestobo (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 95443/2010-270 z dne 24. 3. 2017), varstvo premoženja pred protipravnim ravnanjem v gospodarstvu (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011) in premoženjske interese gospodarskih družb (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 35999/2015-165 z dne 23. 3. 2017). Razumevanje objekta varstva kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti se v teoriji in praksi razlikuje. Sodna praksa namreč kot objekt varstva opredeljuje premoženje gospodarske družbe, pri tem pa ne

upošteva teoretičnih izhodišč, ki opredeljujejo kot objekt varstva lojalne odnose v gospodarski družbi. Glede na navedeno teorija sicer upošteva ekonomsko teorijo o pomembnosti soodvisnosti med različnimi razmerji v gospodarski družbi zavoljo učinkovitega korporacijskega upravljanja, sodna praksa pa ne.

Problem v gospodarskih družbah predstavlja nasprotje interesov, ki se pojavi med delničarji in družbeniki in tistimi, ki upravljajo gospodarsko družbo. Kljub temu, da se to nasprotje interesov poskuša zmanjšati ali odpraviti z različnimi mehanizmi, ki jih nudi korporacijsko upravljanje, včasih to ne zadostuje. Ko tovrstni mehanizmi ne zadoščajo, se vzpostavi varstvo države preko kazenskega prava, konkretno preko kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Vsako kaznivo dejanje mora imeti že ob nastanku določen objekt varstva, ki se varuje s tem kaznivim dejanjem. Pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti je problem, ker teorija in sodna praksa določata različne objekte. Zato sem preko temeljnih teorij korporacijskega prava predstavila, zakaj bi moral biti objekt varstva navedenega kaznivega dejanja principalov položaj.

Najprej sem raziskala, ali je v vseh gospodarskih družbah vzpostavljeno razmerje agent-principal. Namreč, če slednje ni vzpostavljeno, se pojavi vprašanje, ali bi lahko bil opredeljen kot objekt varstva omenjenega kaznivega dejanja principalov položaj. Ker je v prvem odstavku 240. člena KZ-1 kot storilec navedenega kaznivega dejanja splošno opredeljen »kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti«, se pojavi vprašanje, s katerim so se sicer že ukvarjali v teoriji, in sicer, ali je lahko storilec kaznivega dejanja kdorkoli, torej agent in principal. Zanima me, ali je lahko storilec navedenega kaznivega dejanja tudi sam principal. Odgovor na to vprašanje pa bo postavil novo vprašanje, in sicer o smiselnosti določitve principalovega položaja kot objekta varstva kaznivega dejanja iz 240. člena KZ-1. Zato sem opredelila agente in principale v posameznih gospodarskih družbah. Zaradi primernosti določitve principalovega položaja kot objekta varstva tega kaznivega dejanja, pa sem se opredelila tudi do stališča, ali je lahko gospodarska družba v vlogi principala. Po Zakonu o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD), Ur. l. RS, št. 98/04 – UPB, 65/08 in 57/12, odgovarja za kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti tudi pravna oseba. Po prvem odstavku 4. člena ZGD-1 so vse gospodarske družbe pravne osebe. Tu se vzpostavi nova dilema, in sicer, ali je objekt varstva še vedno principalov položaj, če to kaznivo dejanje izvrši pravna oseba. Kar je povezano z vprašanjem, če ima gospodarska družba pravico do življenja ali ne, kot to trdi Cepec (2016).

Pomembno vlogo pa ima tudi principal, ki si mora izbrati primerne agenta. V primeru, če pride do agencijskega problema zaradi moralnega tveganja ali asimetrije informacij, pa ima principal na voljo različne mehanizme, s katerimi lahko nadzira agenta. Ob vsem tem se postavi novo vprašanje, in sicer, ali lahko principal že sam z ustreznimi preventivnimi ukrepi pri izbiri agenta vpliva na preprečitev izvršitve tega kaznivega dejanja s strani agenta. In če je odgovor da, se zopet vzpostavi vprašanje smiselnosti kazenskopravnega varovanja principalovega položaja.

Predlagano magistrsko delo je teoretično magistrsko delo, zato sem pri njegovem pisanju uporabila deskriptivno ali opisno metodo, ker sem ob preučitvi relevantne slovenske in tuje literature opisala tako kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, kot tudi teorijo agenta. Pri pisanju sem uporabila tudi deduktivno metodo ali metodo sklepanja, s pomočjo katere sem na osnovi teoretičnih izhodišč postavila določene zaključke, ki se nanašajo na temo magistrskega dela. Ko sem primerjala skladnost slovenske sodne prakse s teorijo in tudi skladnost pravne teorije z ekonomsko, sem uporabila komparativno ali primerjalno metodo.

Cilj magistrskega dela je s pomočjo pregleda relevantnih teoretičnih izhodišč predstaviti kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, teorijo agenta in probleme, povezane z njima. Z analizo sodne prakse navedenega kaznivega dejanja nameravam predstaviti objekt varstva tega kaznivega dejanja, kot se je izoblikoval pri odločitvah slovenskih sodišč, in ga primerjati z objektom varstva, ki ga navaja literatura. Glede na rezultate analize bom potrdila ali ovrgla hipotezi:

Hipoteza 1: V skladu s teorijo korporacijskega prava in z nauki korporativnega upravljanja bi moral biti objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti principalov položaj.

Hipoteza 2: Stališča teorije in sodne prakse, ki po eni strani opredeljujeta, da je objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti premoženje družbe oziroma družba sama, po drugi strani pa dovoljujeta posege v družbo oziroma njeno premoženje, so si v nasprotju.

Namen magistrskega dela je v prvi fazi prikaz ujemanja ali neujemanja teoretičnih spoznanj s sodno prakso o objektu varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. V drugi fazi sledi primerjava spoznanj s pravnega področja s spoznanji z ekonomskega področja, in sicer ujemanje teorije agenta in navedenega kaznivega dejanja. Na podlagi vsega navedenega bom v tretji fazi opisala in predstavila smiselnost kazenskopravnega varstva principalovega položaja v povezavi s sedanjim objektom varstva, premoženjem družbe.

1 TEORIJA AGENTA

1.1 Ločitev lastništva in upravljanja

Po Coasu (1937) je družba sistem razmerij, v katera podjetnik usmerja svoja sredstva. O prednostih ustanavljanja oziroma združevanja v gospodarske družbe je bilo napisanega že veliko. V gospodarskih družbah se vzpostavijo različna razmerja nadrejenosti, podrejenosti in prirejenosti. Tako Coase (1937) povzema Batta, da je del gospodarske družbe tudi pravno

razmerje med gospodarjem in služabnikom (ang. master and servant), katerega glavni značilnosti sta, da je služabnik dolžan zagotavljati osebne usluge gospodarju oziroma drugemu v imenu svojega gospodarja in da ima gospodar pravico nadzirati služabnikovo delo. Pri tem je izpostavil, da se agent razlikuje od služabnika v tem, da se lahko svobodno odloči, kdaj bo izstopil iz tega razmerja.

Prva sta o ločitvi lastništva od upravljanja (ang. separation of ownership and control) pisala Barle in Means (1933, str. 4). K navedenemu je v bistvu prispevala najprej delitev dela in kapitala, nato pa tudi delitev dela, saj vsak ne poseduje vsega znanja, ampak je, tudi z avtorjevo učinkovitosti, potrebno delo razdeliti in se specializirati za določeno področje. Gre za prehod iz lastniškega v korporativni kapitalizem. Tako ima manager posebno znanje o upravljanju in izvaja upravljaljsko funkcijo ter ima pravico do odločanja (ang. decision right). Lastnik pa izvaja podjetniško funkcijo, saj nadzira alokacijo sredstev, torej ima pravico do nadzora (ang. control rights) in nosi tveganje, posledično ima pravico do nagrade za tveganje (ang. residual rights) (Bajt & Štiblar, 2004, str. 330). Nasprotno menita Cooter in Ulen (2005, str. 138), ki navedeni položaj opisujeta kot ločitev lastništva od nadzora in navajata, da je omejena odgovornost omogočila subjektom (lastnikom) vlaganje v kapitalske družbe brez temeljitega spremljanja in nadzora politike družbe. Kot primer navajata, da se to pogosto dogaja v velikih delniških družbah, ki kotirajo na borzi, saj delničarji slabo spremljajo stanje v družbi in nimajo nad njo nikakršnega nadzora. Prav tako menita, da je alternativa lastništvu, ki je primernejše za zasledovanje bogastva, upravljanje, ki je primernejše za zasledovanje bolj razpršenih ciljev (Cooter & Ulen, 2005, str. 137). Tako meni tudi Danila Djokić, ki pravi, da ločitev lastništva od upravljanja in nadzora vpliva na zmanjšanje učinkovitosti kontrole delničarjev nad odločitvami managementa (Djokić, 2011, str. 15) in da navedena ločitev hkrati ustvarja pogoje za razlikovanje med interesi lastnikov in dejanskih managerjev (Barca & Becht, 2011 v Djokić, 2011, str. 38).

Management ali upravljanje je proces, v katerem manager načrtuje, organizira, vodi in nadzira vse aktivnosti v neki organizaciji, z namenom učinkovitega razporejanja sredstev, in pri tem uresničuje cilje organizacije. Opazila sem, da ima pojem upravljanja za avtorje različen pomen. Kot sem že zgoraj omenila in kar je v skladu s splošno definicijo managementa oziroma upravljanja, manager izvaja upravljaljsko funkcijo (Bajt & Štiblar, 2004; Cooter & Ulen, 2005). Nasprotnega mnenja sta Rozman in Kovač (2012, str. 68), ki pod upravljanjem razumeta odločanje lastnikov o lastnini proizvodnih sredstev. Bohinc (2001, str. 147) pa razlikuje med lastninskim upravljanjem, kamor uvršča tiste odločitve, ki vplivajo na statusne oziroma premoženjske značilnosti podjetja, in med posli upravljanja (poslovođenja) podjetja, kamor uvršča tiste posle, ki povzročajo spremembe v notranjem premoženjskem sestavu podjetja in so usmerjene v pretvarjanje posameznih premoženjskih predmetov in vrednosti z izvajanjem pridobitne dejavnosti tako, da pride do donosov na vse premoženje. Sama se strinjam z definicijo upravljanja, kot so jo opredelili Bajt in Štiblar (2004) ter Cooter in Ulen (2005), in sicer, da je manager tisti, ki ima upravljaljsko funkcijo.

Tako je, kot je že zgoraj omenjeno, eden od razlogov za ločitev lastništva od nadzora tudi razpršenost kapitala v velikih gospodarskih družbah (Samuelson & Nordhaus, 2002). Problema gospodarskih družb, v katerih je kapital razpršen, sta dva. Prvi je v tem, da so stroški nadzora managementa visoki, ker so korporacijska tveganja razpršena med veliko število investorjev (Djokić, 2011, str. 50). Drugi problem je v dojemanju investicije v gospodarsko družbo s takšno lastninsko strukturo kot pasivne (ang. passive investment), kar vpliva na to, da managerji nadzirajo gospodarsko družbo (Roe, 1991, str. 12).

Primarni cilj gospodarstva in gospodarske družbe kot ene od celic gospodarstva, je pridobivanje čim višjega dobička. K temu stremijo tako lastniki kot tudi managerji. Iz različnih, že zgoraj navedenih, funkcij, ki jih imajo lastniki in managerji, pa se vzpostavijo tudi različni interesi, ki jih navedeni zasledujejo. Ob dejstvu, da je človek racionalno bitje, vsak od njih ravna v svojem najboljšem interesu (ang. rational self-interest). Tako manager deluje v skladu s tem, kar je najboljše zanj, ne glede na to, kar se zgodi z družbeniki ali delničarji kot lastniki. Po Boyesu (2004) hoče tako tudi lastnik povečati vrednost gospodarske družbe, ne glede na to, kaj se zgodi z managerjem. Tako pridejo njuni interesi v nasprotje (Boyes, 2004, str. 231). Če povzamem Samuelsona in Nordhaua (2002, str. 177), obstajajo trije pomembni potencialni konflikti interesov managerjev in lastnikov. Prvi je v tem, da si notranji posamezniki ali skupine utegnejo določiti visoke plače, povračila stroškov, dodatne koristi in radodarne pokojnine. Drugi je povezan z izplačevanjem dividend, ker imajo managerji podjetja težnjo, da ne izplačajo dobičkov in jih raje uporabijo za širjenje podjetja (kot dela gospodarske družbe). Tretji konflikt interesov se pojavi, ker managerje pogosto zanima le ohranjanje normalnega poslovanja organizacije, ne pa večja tveganja in revolucionarne spremembe. Z navedeno ločitvijo lastništva in upravljanja pa so povezani tudi stroški, ki pri tem nastanejo, vsled dejstva, da je potrebno usklajevanje med interesi lastnikov in managerjev. Tem boljši so nadzorni mehanizmi in ostali regulatorji, ki poskušajo odpraviti to nasprotje interesov, manjši so ti stroški (Zajc & Gerželj, 2004, str. 51).

V gospodarski družbi niso prepleteni le interesi lastnikov in managerjev, temveč tudi ostalih deležnikov, ki so tako znotraj kot tudi zunaj družbe. Celoten sklop institucij, mehanizmov in pravil, na podlagi katerih se zmanjšuje nasprotje interesov med različnimi deležniki in znotraj posameznih skupin deležnikov podjetja, se imenuje korporacijsko upravljanje (ang. corporate governance) (Gregorič & Zajc, 2009, str. 94-95). Za oceno učinkovitosti korporacijskega upravljanja družbe je pomembna razmejitev pristojnosti med organi gospodarskih družb, saj lahko po Danili Djokić (2011, str. 30) potencialna nasprotja interesov vplivajo na konkretne presoje ali odločitve managementa. Eden od načinov za odpravo teh nasprotij interesov je zahteva po razkritju in preglednosti informacij (Djokić, 2011, str. 32). Korporacijsko upravljanje zagotavlja: 1. pravila, ki dopolnjujejo pomanjkljivosti v pogodbah med managerji (agenti) in njihovimi principalami (delničarji); te pomanjkljivosti izhajajo bodisi iz nepredvidljivosti bodočih dogodkov, iz nepreverljivosti ali iz nedokazljivosti rezultatov ali dejanj (ang. non-verifiable, non-observable actions), 2.

mehanizme, prek katerih lastniki usmerjajo in nadzirajo delovanje agentov za maksimiranje vrednosti premoženja delničarjev oziroma družbe (Gregorič & Zajc, 2009, str. 95). Osnovno vodilo korporacijskega upravljanja je torej zagotoviti rast in dolgoročni obstoj podjetja (op. avtorice: podjetja kot seštevka dejanskih faktorjev) ter njegovo integriteto (Gregorič & Zajc, 2009, str. 97).

1.2 Razmerje med agentom in principalom

Z ločitvijo lastništva in upravljanja, se je vzpostavilo tudi razmerje med principalom (lastnikom) in agentom (managerjem). Če povzamem Keršmanca (2014), razmerja agent – principal zajemajo vse asimetrične odnose, kjer ena oseba prepusti drugi izvajanje določenih dejanj v svojo korist. Pri tem vsak od njiju zasleduje svoje interese, zaradi česar pride do konflikta med njima. Razmerja med udeleženci korporacijskega upravljanja urejajo različne teorije. Koražija (2008) je poleg teorije agenta izpostavila še teorijo managerske hegemonije in teorijo skrbnika. Kot navaja, so odnosi med principalami in agenti problematični zato, ker jih (samozainteresirane posameznike) motivira zgolj največja mogoča korist zase. Kot nasprotno teoriji agenta Rozman in Kovač (2012, str. 73) omenjata zaupniško teorijo (ang. *stewardship theory*), ki je bolj organizacijska in gradi na zaupanju med lastniki in managerji ter predpostavljati, da je tudi v interesu managerjev, da delujejo v dobro lastnikov.

Teorija agenta prepoznava konflikt interesov med različnimi ekonomskimi akterji, pri čemer je to odvisno od možnosti zaznavanja problemov in asimetrije informacij (Hart, 1989, str. 1758). Tako Rozman in Kovač (2012, str. 421) imenujeta konflikt kot nasprotje informacij. Menim, da so različne informacije le eden od vzrokov za nastanek konflikta interesov in da gre med principalami in agenti primarno in v skladu z ekonomsko teorijo zgolj za konflikt interesov. Za vzpostavitev agencijskega razmerja morajo biti izpolnjeni tri pogoji: razmerje mora temeljiti na pogodbi ali na soglasju, agent mora imeti določeno moč, da so lahko njegova ravnanja, ki jih stori v principalovem interesu, zavezujoča in principal ima pravico spremljati in nadzorovati agentova ravnanja (Kim, 2011, str. 542). Razmerja agenta in principala se vzpostavijo v različnih odnosih, tako znotraj gospodarske družbe (npr. med delničarji in managerji, med različnimi ravnmi managementa (Rozman in Kovač (2012, str. 31-33) povzemata različne avtorje, ki so opredelili tri temeljne ravni managementa: vrhnji (ang. *top management*), srednji (ang. *middle management*) in management nižje ravni ali management prve ravni (ang. *first-line management*)), med večinskimi in manjšinskimi delničarji, med vodjo oddelka in njemu podrejenimi), kot tudi izven (vzpostavijo se, če gospodarska družba opravo določenih storitev prenese na zunanje izvajalce (ang. *outsourcing*) in celo med različnimi gospodarskimi družbami (npr. hčerinska družba).

Razmerje agent – principal pa se vzpostavi tudi v drugih organizacijah, ki niso gospodarske družbe. Kim (2011) je s pomočjo teorije agenta analizirala hierarhijo zveznih sodišč v ZDA (ang. *Federal Judicial Hierarchy*), pri tem je izpostavila vrhovno sodišče (ang. *Supreme Court*) kot principala, zvezna sodišča nižje stopnje (ang. *Lower Federal Courts*) pa kot

agente. Podobno analizo sta na primerih sodišč nižje (ang. Circuit's Bankruptcy Court) in višje (ang. Bankruptcy Appellate Panel BAP) stopnje opravila Nash in Pardo (2013). Hrovatin in Bršič (1998) sta opravila pregled teorij agenta na področju regulacije podjetja.

Dowrick (1954, str. 38-39) je naštel nekaj osnovnih značilnosti agent - principal razmerja: agent mora upoštevati principalova navodila, ne sme profitirati iz nobene transakcije, ki jo je sklenil kot agent, principalu mora v popolnosti razkriti vse osebne interese, ki bi jih lahko imel pri sklepanju transakcij, ki jih je sklenil kot agent, principalu mora predati vso lastnino, ki jo je prejel kot agent, lastnina, ki jo prejme kot agent, mora biti ločena od njegove, ravnati mora v najboljšem interesu za principala, svojih moči ne more delegirati na podagenta. Tako agent kot tudi principal imata pravico, da izstopita iz navedenega razmerja, kadar to želita. V navedenem razmerju pride z vidika odvisnosti do dveh problemov, in sicer do tega, da je agent preveč odvisen od principala ali da je preveč samostojen (Engdahl, 2009, str. 759).

Samo prepoznavanje potencialnih konfliktov interesov v gospodarski družbi pa ni dovolj, da bi slednje lahko preprečili (preventivno) ali odpravili (kurativno). Tako predstavljajo del teorije agenta tudi optimalne sheme spodbud (ang. optimal incentive schemes) (Hart, 1989, str. 1759), s katerimi se skuša preventivno odpraviti konflikt interesov in spodbuditi agenta, da deluje v skladu s principalovimi interesi. V povezavi z optimalno shemo spodbud se pojavi tudi problem spodbud (ang. incentive problems), tako v preprostih agentskih razmerjih kot tudi v bolj kompleksnih organizacijah, kot so korporacije in državni organi (ang. governments) (Sappington, 1991, str. 45). Sappington (1991, str. 45, 63) meni, da je temeljno vprašanje, kako naj principal najbolje motivira agenta, da bo ta deloval v skladu s principalovimi interesi, pri čemer mora upoštevati vse morebitne težave, ki se lahko pojavijo pri monitoringu agentovih aktivnosti; nadalje meni, da principal lahko agenta motivira s tem, da mu nudi možnost napredovanja in tudi z grožnjo, da ga bo zamenjal (ang. the threat of dismissal). Kot navaja Dowrick (1954, str. 24) je razmerje med agentom in principalom v osnovi pogodbeno in temelji na dogovoru med njima. V skladu z navedenim se v primeru nastanka škode vzpostavi odgovornost po civilnem pravu in agent odgovarja za kršitev pogodbe. Principal je lastnik, agent pa mora delovati v skladu s principalovimi interesi. Pri tem je pomembno, da principal izbere agenta, ki mu najbolj ustreza glede na njegove lastne interese. Tako je za agenta značilno, da ravna v principalovem imenu (ang. on behalf of another) in s principalovim pooblastilom na njegov račun v razmerju do tretjih (ang. who act for and with the authority of others) (Dowrick, 1954, str. 35).

Ko agent ne deluje v skladu s principalovimi interesi, se pojavi problem teorije agenta. Po Bohincu in Bratini (2005, str. 146) je bistvo agencijskega problema v vzpostavitvi mehanizmov nadzora nad ravnanjem managementa, da bo najučinkovitejše in tudi najracionalneje preprečeno sicer pričakovano in običajno ravnanje managementa v lastno korist in s tem v škodo lastnikov (delničarjev in družbenikov). Do navedenega problema pride zaradi asimetrije informacij med agentom in principalom. Do asimetrije informacij pride takrat, ko vse pogodbene stranke nimajo pomembnih (Cooter & Ulen, 2005, str. 221)

in enakih informacij za sklenitev pogodbe, kot jih ima nasprotna stranka. Asimetrijo informacij pa lahko povzročijo tudi motnje v komunikaciji med agentom in principalom. Z asimetrijo informacij sta povezana dva problema, in sicer moralni hazard in negativna selekcija, katerih posledica je neučinkovita alokacija sredstev (Braendle, brez datuma, str. 10). Moralni hazard (poimenovan tudi moralno tveganje) je v spremenjenem obnašanju agenta, ki se začne, po tem, ko je stopil v razmerje s principalom, obnašati oziroma delovati v nasprotju z dogovorjenim, tj. pogosto v nasprotju s principalovimi interesi. Naslednji problem navedene teorije pa predstavljajo agencijski stroški, ki nastanejo, ko lastnik na managerje prenese svojo avtoriteto oziroma tudi moč (ang. substantial authority) (Hansmann, 2000, str. 30) in ko se skuša odpraviti razlike med njunimi interesi. Ti stroški pa nastanejo le zaradi ločitve lastništva od nadzora (Jensen & Meckling, 1976, str. 11). Agencijske stroške predstavljajo stroški monitoringa managerja in stroški managerskega oportunitizma (Hansmann, 2000, str. 30). Med stroške monitoringa agenta spadajo: zagotavljanje informiranosti o dejavnostih gospodarske družbe, komunikacija med agentom in principalom z namenom izmenjave informacij in sporočanje odločitev managementu (Hansmann, 2000, str. 30-31). Po Goshenu in Squiru (2017, str. 829) optimalna struktura upravljanja zmanjša agencijske stroške. Teorija, ki določa, da naj korporacije s pomočjo odborov zmanjšajo zastopniške stroške, se imenuje teorija zastopniških stroškov (ang. Agency Cost Theory) (Bohinc, 2010, str. 20). Zardkoohi, Harrison in Josefy (2017, str. 405) so opredelili potencialni trosmerni problem (ang. three-directional problem), ki se pojavi, ko se agent obnaša oportunistično do principalovih interesov, ko se principal obnaša oportunistično proti agentovim interesom in ko razmerje med principalom in agentom, ki predstavlja skupek njunih interesov, vpliva na interese tretjih (ang. third-party stakeholders).

1.3 Zaupanje kot temelj razmerja agenta in principala

Zaupanje (brez datuma), je prepričanje, da je kdo sposoben, voljen narediti, kar se pričakuje. Pomen slednjega pa se v zadnjih letih veča, k čemur je med drugim pripomogla tudi globalizacija (Dearden, 2016, str. 88). Tako organizacije čedalje več pozornosti in skrbi namenjajo zaupanju in kršitvi ali zlorabi zaupanja, saj slednje lahko škoduje organizaciji. Elangovan in Shapiro (1998, str. 548) sta izdajo (ang. betrayal) definirala kot prostovoljno kršitev skupnih bistvenih pričakovanj tistega, ki »nudi« zaupanje (npr. principala) (ang. trustor) s strani zaupnika (tistega, ki mu je dano zaupanje) (ang. trustee), kar lahko potencialno ogrozi dobrobit principala. Pri tem obstajata dve vrsti izdaje, in sicer nenamerna izdaja (ang. accidental betrayal), za katero je značilna odsotnost namena izdaje, in namerna izdaja (ang. intentional betrayal). Slednja se deli na načrtovano izdajo (ang. premeditated betrayal), pri kateri je namen izdati podan še preden se zaupnik poda v razmerje zaupanja, in na priložnostno izdajo (ang. opportunistic betrayal), pri kateri ima zaupnik sicer namen zlorabiti oziroma izdati zaupanje kasneje oziroma takrat, ko se pojavi priložnost (Elangovan & Shapiro, 1998, str. 551). Pri tem gre pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti v primerih, ko je podan direktni naklep za načrtovano izdajo in v primerih eventualnega naklepa za nenamerno ali priložnostno izdajo. Po zgoraj omenjeni

definiciji izdaje, ko zaupnik ne more oziroma ni sposoben (ang. unable) slediti principalovim pričakovanjem, je zloraba zaupanja neprostovoljna in ne gre za izdajo po navedeni definiciji, nasprotno pa gre v primerih, ko zaupnik noče (ang. does not want) izpolniti principalovih pričakovanj, za prostovoljno kršitev zaupanja, kar lahko rezultira v zmanjšanju dobrohotnosti in oziroma ali integritete (Elangovan & Shapiro, 1998, str. 559). Tako gre v primeru agenta, ki noče slediti principalovim interesom za prostovoljno kršitev zaupanja.

Če povzamem Keršmanca (2014, str. 112) se z razvojem družbe zaradi naraščajoče kompleksnosti gospodarskih razmerij povečuje predvsem odvisnost od razmerij, ki temeljijo na zaupanju (kot je npr. razmerje agent - principal), kar pomeni, da je to potrebno upoštevati tudi pri inkriminacijah kaznivih dejanj zoper gospodarstvo. Po Smithu (2010, str. 62) je nadziranje in upravljanje posebna vrsta dela. Pri tem izpostavi, da se pri tistem, ki opravlja to posebno vrsto dela, upoštevajo poleg njegovega dela in spretnosti tudi zaupanje, ki ga uživa. Tako lahko sklenem, da je zaupanje ena od vezi, ki povezuje in omogoča delovanje med organi in v samih organih gospodarske družbe. Z navedbo »lastnik kapitala, ki je tako rešen skoraj vsega dela« Smith posredno nakaže na ločitev lastništva in upravljanja. Zgodovinsko je bilo razmerje med agentom in principalom opisano kot razmerje zaupanja (ang. fiduciary relation) (Dowrick, 1954, str. 28). Da je zaupanje temelj navedenega razmerja, izhaja tudi iz polemik, ki se pojavljajo v teoriji, in sicer, kako je urejeno to razmerje – ali je pogodbeno ali ne. Shapiro (1987, str. 626) obrazloži pomen zaupanja na primeru socialnega razmerja med principalom in agentom, v katerem principal zaupa svojo lastnino agentu v upravljanje.¹ Sicer pa je Shapiro (1990, str. 348, 350) predstavila zaupanje kot modus operandi kriminala belih ovratnikov. Keršmanec (2014, str. 361) definira zaupanje kot odsotnost nadzora v asimetričnih razmerjih agent – principal. Temelj navedenega razmerja je zaupanje oziroma vzpostavitev zaupanja. Ker mora agent zvesto slediti principalom interesom, se šteje kot kršitev te dolžnosti zvestobe (ang. breach of his duty of loyalty), če posveti čas in trud nasprotnim interesom (ang. competing interests). V tem primeru mora nezvesti agent (ang. unloyal agent) povrniti principalu, kar je v tem primeru prejel oziroma vrednost prejetega, in povrniti tudi nastalo škodo, ki je nastala z njegovim ravnanjem (Deal, 1947, str. 113).

1.4 Agenti in principalni v posameznih gospodarskih družbah

V literaturi prevladuje več teorij o nastanku gospodarskih družb. Tako leta 2005, v skladu s takratnimi stališči ekonomske teorije, po Bohincu in Bratini (2005, str. 27) družba ni bila več pogodbeno skupnost lastnikov, ampak pravna tehnika organizacije podjetja. Teorija podjetja kot sestavina pravno-ekonomske teorije je iz treh temeljnih delov (Bohinc & Bratina, 2005, str. 31):

¹ »Trust is used here in this third sense, as a social relationship in which principals – for whatever reason or state of mind – invest resources, authority, or responsibility in another to act on their behalf for some uncertain future return. Common networks of social relations shared by principal and agent may provide a sufficient incentive for trust - but not a necessary one« (Shapiro, 1987, str. 626).

- temelji na pogodbeni teoriji družbe kot spleta pogodb,
- uporablja številne vire, da bi razvila model korporacijskega odločanja, in
- temelji na teoriji zastopniških stroškov, ki nastanejo, ker namesto lastnikov družbo vodijo managerji, torej zastopniki.

Dinamičnost ekonomije je navedeno teoretično stališče omenjenih avtorjev preseгла. Tako Bohinc (2010, str. 30) ugotavlja, da je navedena utemeljitev gospodarske družbe kot pravne organizacije podjetja presežena, saj pravo dopušča ustanovitev družbe z enim samim družbenikom, pri čemer je v ospredju družbin lastni interes in ne interes članov družbe.

Po določbah ZGD-1 je gospodarska družba pravna oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost kot svojo izključno dejavnost (prvi odstavek 3. člena ZGD-1). Pri čemer je v četrtem odstavku navedenega člena določena izjema, da se v tretjem odstavku 3. člena ZGD-1 našteje družbe štejejo za gospodarske družbe tudi, če v skladu z zakonom v celoti ali deloma opravljajo dejavnost, ki ni pridobitna. Pridobitna dejavnost po ZGD-1 je vsaka dejavnost, ki se opravlja na trgu zaradi pridobivanja dobička (drugi odstavek 3. člena ZGD-1). Kot navaja Djokić (2011, str. 24) lahko vse gospodarske družbe v Sloveniji obravnavamo kot korporacije, ker jim je po ZGD-1 priznana lastnost pravne osebe. Slednjo pa pridobijo z vpisom v register (prvi odstavek 5. člena ZGD-1). Navedeno je opredeljeno v 4. členu ZGD-1, po katerem so lahko družbe kot pravne osebe lastnice premičnin in nepremičnin, lahko pridobivajo pravice in prevzemajo obveznosti, lahko tožijo ali so tožene.

Sicer ZGD-1 določa omejeno število gospodarskih družb (lat. *numerus clausus*) in jih deli na osebne (družba z neomejeno odgovornostjo in komanditna družba) in kapitalske družbe (družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba in evropska delniška družba). Kocbek (v Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 463) trdi, da je bistvo kapitalskih družb v tem, da je začetni oziroma osnovni kapital nosilec eksistence družbe. Glede na dinamičnost ekonomije, se je očitno to stališče že spremenilo, saj Cepec (2016, str. 20) navaja, da ima že skoraj polovica gospodarskih družb, ki so sorodne slovenski družbi z omejeno odgovornostjo, osnovni kapital zgolj še en euro.

Po določbah ZGD-1 (šesti odstavek 3. člena ZGD-1 in 71.-75. člen ZGD-1) pa lahko pridobitno dejavnost opravlja tudi podjetnik.

Kljub temu, da nekateri avtorji uporabljajo pojem podjetja kot splošni pojem za poimenovanje gospodarskih družb, ga v luči korporacijskega prava, ne moremo. Jenull (2008, str. V) opredeli podjetje kot generično označbo za vse pravnoorganizacijske oblike podjetništva v pomenu širšega gospodarskega subjekta. Tako je podjetje skupek kapitala, sredstev, strojev in ljudi, tj. seštevek nekaterih dejanskih faktorjev in zato ne more kot tako nastopati na trgu brez gospodarske družbe. Nasprotno pa lahko gospodarska družba obstaja brez podjetja, a ne more delovati. To izhaja tudi iz različnih določb ZGD-1. Iz šestega odstavka 3. člena ZGD-1 izhaja, da lahko podjetnik opravlja dejavnost v okviru

organiziranega podjetja. V tej določbi je podjetje poudarjeno kot seštevek dejanskih faktorjev, potrebnih za opravljanje dejavnosti. Določba 24. člena ZGD-1, v kateri se firma prenaša samo skupaj s podjetjem, opozarja na razlikovanje med firmo, ki je ime družbe in podjetjem. Čeprav laična javnost navedena pojma pogosto uporablja kot sinonima. V tretjem odstavku 72. člena ZGD-1, ki se glasi: »če podjetnik podjetje proda ali vloži v družbo«, je razvidna ločitev med podjetjem in gospodarsko družbo, na katero sem opozorila.

1.4.1 Osebne družbe

Glede na že omenjeno delitev lastništva in upravljanja in opredelitev teorije agenta, se postavlja vprašanje, kdo je principal v posamezni gospodarski družbi. To je odvisno od njene pravnoorganizacijske oblike.

Kot izhaja že iz samega imena in definicije osebnih družb, je zanje značilno, da družbeniki osebno odgovarjajo za obveznosti družbe. Osebni družbi sta družba z neomejeno odgovornostjo in komanditna družba. Družba z neomejeno odgovornostjo je družba dveh ali več oseb, ki za obveznosti družbe odgovarjajo z vsem svojim premoženjem (prvi odstavek 76. člena ZGD-1). Komanditna družba je družba dveh ali več oseb, v kateri je najmanj en družbenik odgovoren za obveznosti družbe z vsem svojim premoženjem (komplementar), medtem ko najmanj en družbenik ni odgovoren za obveznosti družbe (komanditist) (prvi odstavek 135. člena ZGD-1). Pri družbi z neomejeno odgovornostjo in komanditni družbi so principalni vsi družbeniki. Posle družbe z neomejeno odgovornostjo so upravičeni in dolžni voditi vsi družbeniki (prvi odstavek 85. člena ZGD-1), pri čemer je od družbene pogodbe ali drugih družbenikov odvisno, ali bo vodenje poslov preneseno na enega ali več družbenikov (drugi odstavek 85. člena ZGD-1) oziroma ali bo upravičenje za vodenje poslov preneseno na tretjo osebo (prvi odstavek 86. člena ZGD-1). Posle komanditne družbe pa ni upravičen voditi komanditist (tj. družbenik, ki ni odgovoren z vsem svojim premoženjem za obveznosti družbe). Prav tako ne sme nasprotovati poslovanju komplementarjev, če to ne presega običajnega obsega dejavnosti družbe (138. člen ZGD -1).

Ravno zaradi te osebne odgovornosti, so običajno družbeniki tisti, ki vodijo posle družbe. Jasen odraz tega je pri komanditni družbi, kjer družbenik, ki osebno ne odgovarja za obveznosti družbe, ne sme voditi njenih poslov. Iz tega izhaja, da se v osebnih družbah razmerje agent - principal, na način, kot je opisan v ekonomski teoriji, sploh ne vzpostavi. Kljub določbi 10. člena ZGD-1, po kateri se za poslovodstvo družbe z neomejeno odgovornostjo štejejo družbeniki, z vidika teorije agenta ti ne morejo biti storilci kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1, ker ni vzpostavljeno razmerje agent - principal in posledično ne pride do konflikta interesov med njima. Le v primeru, če prenesejo upravičenje za vodenje na tretje osebe, se vzpostavi razmerje agent - principal in so posledično lahko te osebe, v skladu s teorijo agenta, storilci tega kaznivega dejanja. Smiselno enako velja za komanditno družbo, ko komplementarji prenesejo upravičenje za vodenje na tretje osebe.

1.4.2 Kapitalske družbe

Za ustanovitev kapitalskih družb je predpisan osnovni kapital in zanje je značilno, da družbeniki oziroma delničarji za obveznosti družbe ne odgovarjajo osebno s svojim premoženjem. Kapitalske družbe so delniška družba in družba z omejeno odgovornostjo ter komanditna delniška družba in evropska delniška družba, pri čemer slednjih dveh v tem magistrskem delu ne bom obravnavala.

Delniška družba je družba, ki ima osnovni kapital (osnovno glavnico) razdeljen na delnice (prvi odstavek 168. člena ZGD-1). Principali v delniški družbi so njeni delničarji. Slednji uresničujejo svoje pravice pri zadevah družbe na skupščini (prvi odstavek 292. člena ZGD-1). Glede na sistem upravljanja družbe, se vzpostavijo tudi njeni organi. V dvotirnem sistemu upravljanja je organ vodenja poslov družbe uprava, ki vodi posle družbe samostojno in na lastno odgovornost (prvi odstavek 265. člena ZGD-1), organ nadzora pa nadzorni svet (273. člen ZGD-1). Nasprotno sta v enotirnem sistemu upravljanja organa vodenja poslov družbe in nadzora združena v enega – upravni odbor, ki vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov (prvi odstavek 285. člena ZGD-1). Tako je v dvotirnem sistemu upravljanja agent uprava, v enotirnem pa izvršni direktorji, ki jih imenuje upravni odbor oziroma če slednjih ni, je agent celoten upravni odbor. Določba prvega odstavka 291. člena ZGD-1 določa omejitev, da je v javnih delniških družbah lahko največ polovica članov upravnega odbora izvršnih direktorjev. Ta omejitev pa ne velja za nejavne delniške družbe (Kocbek, Ivanjko, Bratina & Podgorelec, 2010, str. 343). Z imenovanjem izvršnih direktorjev se ločita funkciji vodenja (izvršni direktor) in nadzora (upravni odbor), kljub temu, da gre še vedno za en organ (Kocbek, Ivanjko, Bratina & Podgorelec, 2010, str. 333). Kljub navidezni ločitvi funkcij vodenja in nadzora, lahko pride do negativnih učinkov, ko ena od funkcij (poslovodna) absorbira drugo (nadzorno), kar se zgodi takrat, ko pričnejo neizvršni direktorji opravljati poslovodno namesto nadzorne funkcije oziroma takrat, ko izvršni direktorji, ki bi sicer morali sodelovati pri poslovođenju, pričnejo sodelovati pri nadzoru (Kocbek, Ivanjko, Bratina & Podgorelec, 2010, str. 335, 343). Na tem mestu je potrebno opozoriti, da se razmerje agent - principal lahko vzpostavi tudi med samimi delničarji, in sicer so lahko večinski delničarji principalni, manjšinski pa agenti, in v delniški družbi z enotirnim sistemom upravljanja med izvršnimi direktorji in ostalimi člani upravnega odbora.

Družba z omejeno odgovornostjo je družba, katere osnovni kapital sestavljajo osnovni vložki družbenikov. Vrednost vložkov je lahko različna (prvi odstavek 471. člena ZGD-1). V družbi z omejeno odgovornostjo so principalni družbeniki, ki sprejemajo sklepe na skupščini (prvi odstavek 507. člena ZGD-1). Agenti so poslovodje, ki na lastno odgovornost vodijo posle družbe in jo zastopajo, pri čemer ima lahko družba enega ali več poslovodij (direktorjev) (prvi odstavek 515. člena ZGD-1). Tudi ta oblika družbe ima lahko nadzorni svet, če je to določeno v družbeni pogodbi (514. člen ZGD-1).

Principali v delniški družbi in v družbi z omejeno odgovornostjo so lahko tako fizične, kot tudi pravne osebe (169. člen ZGD-1 in prvi odstavek 473. člena ZGD-1).

Kot lahko vidimo je v kapitalskih družbah vzpostavljeno razmerje agent - principal. Slednje potrjuje tudi na začetku omenjeno definicijo, da je do vzpostavitve tega razmerja prišlo zaradi ločitve lastništva in upravljanja. V osebnih družbah, kjer ni te ločitve, to razmerje ni vzpostavljeno. To pa ne velja, kot že omenjeno, če družbeniki v družbi z neomejeno odgovornostjo ali komplementarji v komanditni družbi prenesejo upravičenje za vodenje na tretje osebe. Takrat se tudi v teh družbah vzpostavi razmerje agent – principal.

Cepec (2016, str. 18) sicer kot agente opredeli poslovodstvo in nadzorne organe družbe. Glede na že opisana stališča teorije in kljub pravicam članov nadzornega sveta (pravici, da svoje članstvo izvršuje strogo osebno sam in da je neodvisen), menim, da nadzorni organi niso agenti, temveč so le podaljšana roka principalov, ki služijo prepoznavanju potencialnih konfliktov interesov, njihovem odpravljanju in preprečevanju. Nasprotno je stališče Kocbeka, Ivanjka, Bratine in Podgorelca (2010, str. 48), ki menijo, da člani nadzornega sveta niso nikakršni delegati delničarjev in se pri tem sklicujejo na stališče teorije, da niti skupščina, niti posamezni delničarji niso upravičeni dajati inštrukcij ali navodil posameznim članom nadzornega sveta. Da so nadzorni organi podaljšana roka principala, izhaja tudi iz določbe prvega odstavka 274. člena ZGD-1, da člani nadzornega sveta zastopajo interese delničarjev. Posredno to izhaja tudi iz prvega odstavka 273. člena ZGD-1, ki ne prepoveduje, da bi bili člani nadzornega sveta sami delničarji.

V zvezi s tem je potrebno opozoriti tudi na določbe Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju (ZSDU), Ur. l. RS, št. 42/07 – uradno prečiščeno besedilo in 45/08 – ZArbit, po katerem je eden od način uresničevanja pravice sodelovanja delavcev pri upravljanju tudi preko predstavnikov delavcev v organih družbe. Drugi načini uresničevanja te pravice so svet delavcev ali delavski zaupnik, zbor delavcev, možna pa je določitev tudi drugih načinov sodelovanja delavcev pri upravljanju (3. člen ZSDU). Število predstavnikov delavcev v nadzornem svetu se določi s statutom gospodarske družbe, pri čemer morajo predstavljati najmanj 1/3 vseh članov nadzornega sveta in največ 1/2 vseh članov nadzornega sveta, medtem ko mora biti v upravnem odboru najmanj eden predstavnik delavcev. Ta določba preprečuje, da bi se uveljavljali samo interesi principalov in posredno poskrbi tudi za uresničevanja interesov podjetja kot seštevka dejanskih faktorjev (podjetje predstavlja tudi človeški kapital!). Če so sami principalali člani nadzornega sveta imajo z vidika teorije agenta še večji vpliv pri izbiri agenta in posledično več možnosti, da odpravijo konflikt interesov, kar je smisel teorije agenta. Pri tem je odvisno, v kolikšni meri dejansko ta principal (delničar, ki je član nadzornega sveta) resnično zastopa skupne interese vseh principalov (delničarjev), ali zastopa svoje lastne interese, ki jih ima kot delničar in so morebiti drugačni od interesov ostalih.

Po Bohincu in Bratini (2005, str. 134), ki managerje poimenujeta kot plačane nameščence, je pravno vseeno, če so ti managerji hkrati družbeniki, saj so v korporacijskopravnem razmerju z družbo. Menim, da z vidika teorije agenta ni vseeno, ali so managerji hkrati družbeniki ali ne. Kot že navedeno, managerji (agenti) zasledujejo drugačne interese kot družbeniki oziroma delničarji (principali). Poleg tega, če so managerji hkrati družbeniki oziroma delničarji, se razmerje agent – principal sploh ne vzpostavi.

1.4.3 Podjetnik

Tudi za podjetnika se smiselno uporabljajo nekatere določbe ZGD-1 o dejavnosti, firmi, sedežu, podružnici, prokuri in poslovni skrivnosti (71. člen ZGD-1), čeprav podjetnik opravlja pridobitno dejavnost v okviru organiziranega podjetja kot fizična oseba in za to ne ustanovi gospodarske družbe. Tako lahko podjetnik podeli prokuro eni ali več osebam (33. člen ZGD-1) ali pa podeli skupno prokuro dvema ali več osebam skupaj (34. člen ZGD-1). To pa mora podjetnik prijaviti za vpis v register. Pri tem veljajo upravičenja, ki izvirajo iz prokure za vsa pravna dejanja, ki jih lahko opravi podjetnik, razen za odsvojitve in obremenitev nepremičnin, za kar mora podjetnik prokurista oziroma prokuriste posebej pooblastiti. V sklopu navedenih mej upravičenj pa lahko prokurist oziroma prokuristi zastopajo družbo pred sodišči in drugimi organi (33. – 37. člen ZGD-1). Posebnost pri podjetniku je to, da prokura ne preneha s smrtjo ali izgubo poslovne sposobnosti podjetnika. V primeru podjetnikove smrti, lahko ta imenuje zastopnika za primer smrti, ki je že od trenutka smrti podjetnika pooblaščen za opravljanje vseh pravnih dejanj, ki spadajo v redno poslovanje podjetnika, pod pogojem, da je to pooblastilo vpisano v Poslovnem registru Slovenije. Kljub temu pa lahko podjetnikov dedič pooblastilo vsak čas prekliče (osmi odstavek 72. člena ZGD-1). Če podjetnik umre, postane trajno ali dolgotrajno nezmožen za delo ali v katerih drugih nujnih primerih in če nima zastopnika za primer smrti ali prokurista, lahko sodišče v nepravdnem postopku na predlog, ki ga lahko vloži vsako, ki ima pravni interes, imenuje zastopnika (deveti odstavek 72. člena ZGD-1).

Zaradi posebnega statusa podjetnika, slednji ne more biti družbenik v osebni družbi, ker bi to lahko zaradi podobnosti statusa ogrozilo pravni promet, lahko pa je družbenik v kapitalski družbi (Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 329). Ta navedba sicer drži, vendar takrat podjetnik nastopi kot fizična oseba, ki je lastnik kapitalskega vložka.

1.5 Mehanizmi nadzora agenta s strani principala

Kot že omenjeno, je bistvo agencijskega problema v vzpostavitvi mehanizmov nadzora nad ravnanjem managementa, da bo najučinkoviteje in tudi najracionalneje preprečeno sicer pričakovano in običajno ravnanje managementa v lastno korist in s tem v škodo lastnikom (delničarjem in družbenikom) (Bohinc & Bratina, 2005, str. 146).

Možnost učinkovitega nadzora izvira iz moči nekoga nadvladati oziroma imeti v oblasti. Vir moči v razmerju agent - principal predstavlja lastništvo gospodarske družbe. Na tem mestu je potrebno opozoriti na nepravilno poimenovanje, da so npr. delničarji ali družbeniki lastniki gospodarske družbe. Slednji imajo v lasti le delnice oziroma poslovne deleže, iz katerih izvirajo določene premoženjske in upravljaljske pravice. Principal kot lastnik prenese del svoje moči, ki mu pripada kot lastniku, na managerja (agenta). Ob tem lahko principal uporabi metodo korenčka in palice, da nagradi trud in kaznuje agentovo delovanje v nasprotju s principalovimi interesi (ang. shirking) (Kim, 2011, str. 555; Cepec, 2016, str. 19).

Pri tem se postavlja vprašanje, ali lahko družbeniki ali delničarji kot principalni nadzorujejo agente in v kolikšni meri. Iz sklepa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. III Ips 5/2006² z dne 3. 4. 2007 izhaja, da skupščina delniške družbe kot zbor delničarjev nima veliko možnosti za vpliv na posamezen pravni posel, ki ga sklenuje uprava delniške družbe.³ Kot izhaja iz 10. točke obrazložitve citiranega sklepa, je učinek te ureditve v tem, da prepreči, da bi bilo poslovanje uprave zaradi številnih sodnih postopkov preveč omejeno ali celo ohromljeno. Posredno se da iz navedenega sklepa razbrati, da so agenti pri sprejemanju svojih odločitev svobodni, ko gre za posamezne pravne posle. Iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. III Ips 105/2008 z dne 29. 3. 2011 izhaja, da je skupščina družbe z omejeno odgovornostjo tisti organ družbe, ki naj razpravlja o notranjih nesoglasjih, vzrokih zanje in (med drugim) z odgovornostjo za posledice javnega razkritja teh nesoglasij v postopkih na sodišču (kar ne more biti brez posledic na odnose znotraj družbe) sprejema odločitve o uveljavljanju tožbenih zahtevkov proti družbenikom ali poslovodji, če sporov na skupščini ne bi bilo mogoče razrešiti.⁴ Iz navedene sodbe izhaja, da imajo principalni (skupščina družbe) moč in možnost, da uredijo morebitna nesoglasja znotraj družbe. Če primerjamo obe navedeni sodni odločbi, lahko zaključimo, da imajo sicer agenti določeno svobodo pri upravljanju in v primerih, ko se principalni z njihovim delovanjem ne strinjajo, to lahko razrešijo na skupščini oziroma v skrajnem primeru v sodnih postopkih. Tako je jasno, da so principalni tisti, ki imajo moč v rokah. Agenti (člani uprave oziroma poslovodje) so v skladu s pravili ZGD-1 dolžni ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Agente pa ne zavezuje obveznost rezultata, temveč obveznost (skrbnega) prizadevanja. Zato je pomembno, da gre v konkretni situaciji za razumno odločitev, saj vsaka podjetniška odločitev, ki se izkaže za škodljivo, ne more pomeniti ravnanja v nasprotju z zahtevanim standardom skrbnosti (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. III Ips 80/2010 z dne 9. 7. 2013). Potrebno je upoštevati, da uprava sprejema odločitve v razmerah, ki vselej ne dovoljujejo povsem racionalnega odločanja in se zato sprejemajo le zadovoljive odločitve za doseganje zadovoljivih ciljev (Dolenc, 2010, str. 117-128).

² Gre za sklep gospodarskega in ne kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča Republike Slovenije.

³ Iz jedra navedene odločbe izhaja, da delničar nima niti posredno pravice do odločanja o veljavnosti prodajne pogodbe, ki jo je sklenila delniška družba.

⁴ Navedena sodba se nanaša na ZGD, ne na ZGD-1.

1.5.1 Nadzorni mehanizmi v teoriji

Zardkoohi, Harrison in Josefy (2017, str. 408) delijo mehanizme, s katerimi se omeji managerski oportunizem (torej sledenje svojim (agentovim) in ne principalovim interesom), na notranje in zunanje. Pri tem kot notranje mehanizme naštevajo notranje nadzornike (upravni odbor ali nadzorni svet), različne spodbude (kot so ang. stock options), dolgoročne sheme spodbud in koncentrirano lastništvo, ki spodbudi lastnike, ki imajo velike lastniške deleže, da nadzorujejo managerje (agente). Med zunanje mehanizme pa uvrščajo trg, možnost sovražnega prevzema, konkurenčno okolje in zakonodajo. Vse navedeno prisili managerje, da delujejo v najboljšem interesu principalov (lastnikov).

Za odpravo agent - principal problema (imenovan tudi ang. agency problem), da bo agent deloval v skladu s principalovimi interesi, moramo s pomočjo različnih spodbud (ang. incentive schemes) uskladiti agentove interese s principalovimi (Boyes, 2004, str. 231). Kim (2011, str. 546) opiše ravnanje agenta, ki zasleduje svoje interese, z glagolom »to shirk«. Po Braendlu (brez datuma, str. 14) je shirking ena od oblik oportunizma. Pri tem je Branedle (brez datuma, str. 14) poudaril, da je problem shirkinga mogoče zaznati v večjih skupinah (ang. teams), kjer je manj možnosti, da ga bodo opazili in kjer so člani manj motivirani, da bi zvesto sledili celoti (ang. entity). Po drugi strani Shapiro (1987, str. 630-632) navaja, da se lahko principal izogne ali omeji sodelovanje v agencijskem razmerju, lahko razprši (razporedi) tveganje, lahko personificira agencijsko razmerje s tem, da izbere kot agenta osebo, ki jo pozna, lahko pa uredi to razmerje s pogodbo. Glede na zgoraj naštete probleme agencijskega razmerja, predvsem zaradi asimetrije informacij med agentom in principalom, je način ureditve tega razmerja s pogodbo precej težaven, ker popolna pogodba ne obstaja, ker je prihodnost negotova in se vseh možnih razmerij ne da predvideti, poleg tega bi to povzročilo tudi velike stroške in kot dodaja Braendle (brez datuma, str. 14), bi morda pogodbeni stranki pozabili na vsa določila pogodbe, sicer se pa popolne pogodbe ne da sestaviti tudi zaradi asimetrije informacij, ki vodi v moralno tveganje (ang. hidden action (Braendle, brez datuma, str. 10)) in negativno selekcijo (ang. hidden information (Braendle, brez datuma, str. 10) ali ang. hidden knowledge (Laffont & Martimort, 2002, str. 12)). Kot nadzorni mehanizem se omenja tudi trg (učinkovit trg kapitalskih družb), ki managerjem lahko prepreči, da bi zasledovali cilje, različne od maksimiranja dobička, kar je cilj delničarjev in družbenikov (principalov) (Cooter & Ulen, 2005, str. 138). Tudi možnost sovražnega prevzema sama po sebi odvrta management od tega, da bi se preveč oddaljil od navedenega cilja (Cooter & Ulen, 2005, str. 138). Managerji skušajo preprečiti sovražni prevzem z mehanizmi, kot so strupene tabletki (ang. poison pills), zlata padala, (ang.) lock ups, neglasovalne delnice v kapitalu delniške družbe (Cooter & Ulen, 2005, str. 139). Ena od pravic delničarjev in družbenikov (principalov), ki so svobodni pri odločanju o tem, kaj bodo naredili s svojim premoženjem, je tudi pravica do preoblikovanja organizacijske sestave (Cooter & Ulen, 2005, str. 137). Kar pomeni, da lahko v primeru, če ne bodo zadovoljni z managerjem (agentom), slednjega zamenjajo. Že sama možnost zamenjave

lahko agente spodbudi, da sledijo principalovim interesom, ob predpostavki, da jih principal opozori na to, da ne delajo v skladu z njegovimi interesi in da so lahko zamenjani.

Po Branedlu (brez datuma) pa lahko principal agenta nadzira z monitoringom tako, da zahteva razkritje podatkov od agenta in njihovo javno objavo. In kot dodaja Kim (2011, str. 546) lahko principal reši navedeni problem tudi z implementacijo neposrednega nadzora. Sappington (1991, str. 53) je naštel različne oblike monitoringa agenta, in sicer skrite kamere, kartice prihodov in odhodov (ang. time cards), neposredno opazovanje, nenapovedane kontrole (ang. spot checks) nadzornikov, delovanje in nastop sodelavca z namenom discipliniranja sodelavca. Pri tem lahko k učinkovitejšemu nadzoru preko monitoringa prispeva tudi sama struktura managementa, ki mora biti hierarhična (ang. hierarchical management structure). V primeru, če je agentov več, lahko eden izmed njih poroča principalu o delovanju določenega agenta (Sappington, 1991, str. 54). Monitoring nad agentom lahko izvaja principal sam, lahko pa za izvajanje monitoringa najame zunanje svetovalce, ki imajo potrebno znanje, da lahko uspešno izvajajo nadzor nad agenti, da slednji delujejo v skladu s predpisi (Kirschner v. KPMG LPP, 2011). Kot že zgoraj omenjeno, je pri tem pomembno, da je tudi principal skrben pri izbiri agenta.

Gregorič in Zajc (2009, str. 96) sta med mehanizmi, ki naj bi delno reševali problem nadzora nad managementom v podjetjih z velikim številom malih delničarjev, našteli:

1. nadzor s strani zunanjih (ang. non-executive) članov uprave oziroma nadzornega sveta
2. dvotirnih sistemih;
3. zbiranje pooblastil malih delničarjev z namenom pritožbe nad upravo (ang. proxy fights);
4. koncentracija glasovalnih pravic v rokah enega ali več velikih delničarjev (ang. block-holders);
5. nevarnost prevzema;
6. finančna struktura (zadolženost), ki ob slabem finančnem poslovanju (ang. financial distress) oziroma neplačilu obveznosti iz kreditov omogoča prenos nadzora na strani posojilodajalcev, če je podprta z ustreznim institucionalnim okvirjem (stečajno pravo);
7. mehanizem nagrajevanja managerjev, vključno z udeležbo managerjev v lastništvu družb;
8. fiduciarna odgovornost vodilnih, če je jasno opredeljena in podprta z ustreznim pravnim oziroma institucionalnim okvirjem, ki delničarjem omogoča pritožbe ob ravnanju vodilnih ali njihovih nadzornikov, ki je v nasprotju z interesi delničarjev;
9. pritiski managerskega trga dela, ugleda vodilnih managerjev (ang. reputation);
10. konkurenčni pritiski trga proizvodov.

Kljub različnim mehanizmom nadzora, ki jih ima principal na voljo, moram opozoriti, da sta njihovi (ne)uporaba in (ne)učinkovitost odvisni tudi od lastništva, in sicer glede na to, če gre za gospodarsko družbo v zasebni ali javni lasti in glede na koncentracijo lastništva, če je

le-to razpršeno ali koncentrirano. Interesi gospodarskih družb v zasebni lasti se pogosto razlikujejo od tistih v javni, saj imajo slednje poleg maksimalnega dobička, tudi druge (širše družbene) cilje. Poseben problem predstavljajo gospodarske družbe, v katerih je lastništvo »mešano«, kar pomeni, da je v zasebni in javni lasti, pri čemer imajo lahko ti lastniki različne interese (npr. država kot lastnica ima drugačne interese od ostalih lastnikov). Danila Djokić (2011, str. 182) je kot glavno slabost lastništva države izpostavila veliko razdrobljenost upravljanja gospodarskih družb v državni lasti po različnih ministrstvih, kar povečuje nasprotje interesov znotraj gospodarske družbe in posledično upravljanje takšnih družb ni učinkovito, niti strokovno. Pri razpršenem lastništvu naletimo na problem prostega jezdeca (ang. free rider problem), kjer gre za to, da se eden od lastnikov, odvisno od pravnoorganizacijske oblike gospodarske družbe, zanaša na to, da bo drugi lastnik poskrbel za nadzor, sam pa se bo s pasivnostjo oziroma neizvajanjem nadzora izognil stroškom. V gospodarskih družbah, kjer je tovrstnih prostih jezdecov več (tam, kjer je bolj razpršeno lastništvo), na koncu noben od lastnikov več ne nadzira managerjev (agentov) in se slednji pričnejo obnašati kot principal.

1.5.2 Izbira agenta

Principal si mora izbrati agenta, ki bo po njegovi oceni najboljšo deloval v skladu z njegovimi interesi. Seveda lahko agent kasneje spremeni svoje obnašanje (moralni hazard) in deluje v nasprotju s principalovimi interesi. Že sam ZGD-1 opredeljuje negativno definicijo, kdo ne sme biti član organa vodenja ali nadzora v delniški družbi oziroma poslovodja v družbi z omejeno odgovornostjo,⁵ in tako posredno varuje principala pri izbiri agenta. Po drugem odstavku 255. člena ZGD-1 je lahko ta član vsaka poslovno sposobna fizična oseba, razen oseba, ki:

- je že član drugega organa vodenja ali nadzora te družbe;
- je bila pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine. Ta oseba ne sme biti član organa vodenja ali nadzora pet let od pravnomočnosti sodbe in dve leti po prestani kazni zapora;
- ji je bil izrečen varnostni ukrep prepovedi opravljanja poklica, in sicer dokler traja prepoved, ali
- je bila kot član organa vodenja ali nadzora družbe, nad katerim je bil začel stečajni postopek, pravnomočno obsojena na plačilo odškodnine upnikom v skladu z določbami zakona, ki ureja finančno poslovanje podjetij, o odškodninski odgovornosti, in sicer še dve leti po pravnomočnosti sodbe.

Prva alineja preprečuje, da bi v gospodarski družbi prišlo do konflikta interesov, ki bi se vzpostavil, če bi bila ista oseba hkrati članica organa vodenja in nadzora. Obenem ni odveč

⁵ Določba šestega odstavka 515. člena ZGD-1 napotuje na smiselno uporabo določb, ki urejajo članstvo organov vodenja in nadzora v delniški družbi.

opozoriti na problematiko enotirnega sistema delniške družbe, kjer se v upravnem odboru prepletata poslovodna in nadzorna funkcija. Vse nadaljnje alineje pa preprečujejo, da bi član organa vodenja ali nadzora postal nekdo, ki je v preteklosti že »zavozil priložnost« oziroma če se izrazim z vidika teorije agenta – izgubil zaupanje, ki je eden od temeljev razmerja agent - principal in posledično vseh ostalih razmerij med organi in v organih gospodarskih družb.

Pomen principalovega položaja bi se razvrednotil, če principal ne bi imel določenega vpliva na izbiro agenta. Člane nadzornega sveta voli skupščina, na kateri delničarji uresničujejo svoje pravice (prvi odstavek 274. člena in prvi odstavek 274. člena ZGD-1). Nadzorni svet pa imenuje člane uprave (prvi odstavek 268. člen ZGD-1). Tako principalni (delničarji) preko volitev članov nadzornega sveta posredno vplivajo na izbiro agentov (članov uprave). Omenjeni vpliv pa se lahko odraža tudi v odpoklicu člana uprave delniške družbe, ki ga lahko nadzorni svet odpokliče, če hujše krši obveznosti, ni sposoben voditi poslov, mu skupščina izreče nezaupnico (če je ni izrekla iz očitno neutemeljenih razlogov) in iz drugih ekonomsko-poslovnih razlogov (pomembnejše spremembe v strukturi delničarjev, reorganizacija in podobno) (268. člen ZGD-1). Tudi principalni imajo neposredno moč, da odpokličejo oziroma razrešijo agenta, ki ne deluje v skladu z njihovimi interesi, kar izhaja iz tretje in četrte alineje prvega odstavka 293. člena ZGD-1, po katerima skupščina med drugim odloča tudi o imenovanju in odpoklicu članov nadzornega sveta in upravnega odbora in podelitvi razrešnice članom organov vodenja ali nadzora.

Smiselno enake določbe veljajo tudi za delniško družbo z enotirnim sistemom upravljanja (288. člen ZGD-1). Čeprav imajo v slednji, po mojem mnenju, principalni še večji vpliv na agente, saj sami volijo člane upravnega odbora. Nasprotno velja v delniški družbi z dvotirnim sistemom upravljanja, v kateri principalni volijo člane nadzornega sveta, ti pa volijo člane organa uprave. Kljub temu, da naj bi člani nadzornega sveta zastopali interese delničarjev, gre tu le za posreden vpliv principalov in ne za neposreden kot pri volitvah članov upravnega odbora. Principalni pa lahko agente (člane uprave) motivirajo tudi s tem, da s statutom določijo, da se jim za njihovo delo zagotovi udeležba pri dobičku (prvi odstavek 269. člena ZGD-1).

1.5.3 Nadzor nad agentom

ZGD-1 pa varuje principalov položaj oziroma vzpostavlja določene mehanizme nadzora s strani principala nad agenti tudi v drugih določbah. Tako se mora član organa vodenja ali nadzora, prokurist in izvršni direktor delniške družbe ter poslovodja, član nadzornega sveta in prokurist družbe z omejeno odgovornostjo izogibati kakršnemukoli nasprotju svojih interesov ali dolžnosti z interesi in dolžnostmi družbe, ki jo vodi ali nadzira (prvi odstavek 38. a člena ZGD-1). Če pride do nasprotja interesov, ki nastopi, kadar je nepristransko in objektivno opravljanje nalog ali odločanje v okviru izvajanja funkcije ogroženo zaradi vključevanja posebnega ekonomskega interesa, interesa družinskih članov ali zaradi posebne naklonjenosti ali kakršnih koli drugih interesov povezanih z drugo fizično ali

pravno osebo, mora dotični član najkasneje v roku treh delovnih dni pisno obvestiti organ, katerega član je, in organ nadzora (drugi in tretji odstavek 38. a člena ZGD-1). Prav tako ne sme član organa vodenja ali nadzora delniške družbe sodelovati pri odločanju o zadevah, ki se nanašajo nanj (peti odstavek 257. člena ZGD-1).

Principalov položaj varuje tudi določba, ki člane organov vodenja ali nadzora zavezuje k določenosti skrbnosti. Člani organa vodenja ali nadzora delniške družbe morajo pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovne skrivnosti družbe (prvi odstavek 263. člena ZGD-1) ter so odgovorni družbi za škodo, ki je nastala kot posledica kršitve njihovih nalog, razen, če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti (drugi odstavek 263. člena ZGD-1).

Kljub temu, da za odpravo interesov med principalami in agenti (člani uprave) skrbi nadzorni svet, se lahko potencialni konflikti interesov preprečijo ali odpravijo tudi na skupščini delniške družbe, na kateri lahko člani organov vodenja (in poleg njih tudi člani organov nadzora) prisostvujejo tudi, če niso delničarji (292. člen ZGD-1). Kljub temu, da je asimetrija informacij eden od ključnih problemov za nastanek konflikta med agentom in principalom, poskuša to urediti tudi ZGD-1 v 297. a členu, po katerem morajo organi vodenja ali nadzora zagotoviti informacije skupščini za vsako točko dnevnega reda, o kateri naj odloči.

Tudi v določbah ZGD-1, ki urejajo družbo z omejeno odgovornostjo, so vzpostavljeni določeni mehanizmi, s pomočjo katerih lahko principalami nadzirajo agente. Tako lahko družbeniki odločajo o postavitvi in odpoklicu poslovodij, ukrepah za pregled in nadzor dela poslovodij in o uveljavljanju zahtevkov družbe proti poslovodjem ali družbenikom v zvezi s povračilom škode, nastale pri ustanavljanju ali poslovođenju (peta, šesta in osma alineja 505. člena ZGD-1). Morebitno asimetrijo informacij, ki bi utegnila nastati med družbeniki (principalami) in agentom (poslovodjo), preventivno preprečuje določba 512. člena ZGD-1, po kateri ima družbenik pravico do informacij o zadevah družbe in vpogleda v knjige in spise. Na agentovo (poslovodjevo) delovanje v družbi z omejeno odgovornostjo (podobno kot v delniški družbi) pa ima vpliv tudi skupščina, ki ga lahko odpokliče kadarkoli, ne glede na to, ali je bil imenovan za določen ali nedoločen čas (tretji odstavek 512. člena ZGD-1).

Glede na napisano lahko zaključim, da je v slovenski zakonodaji vzpostavljenih precej mehanizmov, s katerimi lahko principalami izvajajo svoj nadzor nad agenti. Posamezne določbe ZGD-1 pa že preventivno varujejo principale oziroma njihov položaj s tem, ko omejujejo oziroma zožijo krog tistih, ki lahko postanejo agenti (drugi odstavek 255. člena ZGD-1). Iz tega izhaja, da ZGD-1 posredno upošteva teorijo agenta in varuje principalov položaj.

2 KAZNIVO DEJANJE ZLORABE POLOŽAJA ALI ZAUPANJA PRI GOSPODARSKI DEJAVNOSTI

2.1 Gospodarska kriminaliteta

Gospodarska kriminaliteta je celota v določenem času in na določenem območju izvršenih kaznivih dejanj znotraj širše sfere gospodarstva, za katera so lahko odgovorne fizične in/ali pravne osebe, usmerjena pa so lahko zoper gospodarski sistem kot celoto, zoper gospodarske subjekte ali zoper subjekte, ki so uporabniki blaga ali storitev iz gospodarske dejavnosti oziroma kako drugače povezani z gospodarstvom (Selinšek, 2006, str. 35). Selinšek (2006, str. 29-30) opredeli kriminaliteto belih ovratnikov kot prvo fazo v razvoju pojma gospodarske kriminalitete, pojem poklicne kriminalitete kot drugo fazo, tretjo fazo predstavlja pojem korporacijske kriminalitete.

Green (2004, str. 27-29) meni, da je pojem kriminala belih ovratnikov (ang. white collar crime) krovni pojem (ang. umbrella termin) za različna kazniva dejanja in se sklicuje na Wittgensteinov izraz družinske podobnosti (ang. family resemblances) pri klasifikaciji kaznivih dejanj, ki jih zajema pojem kriminala belih ovratnikov. V zadnjem času narašča pomen kriminala belih ovratnikov, ki ga je prvi definiral Sutherland.⁶ Friedrichs (2010, str. 7) navaja, da je več vrst kriminala belih ovratnikov (korporacijski (ang. corporate crime), delovni (ang. occupational crime), vladni (ang. governmental crime), itd.), pri čemer je pet kriterijev, po katerih se te vrste razlikujejo med seboj. Ti kriteriji so: kontekst, v kateri obliki se pojavi nelegalna aktivnost (v korporaciji, vladni agenciji) in kdo pri tem sodeluje (posameznik, skupina ali celotna organizacija), status oziroma položaj storilca (visok ali srednji razred, direktor ali zaposleni), žrtev (javnost ali posameznik), vrsta škode (ekonomska izguba ali fizična poškodba) in pravna klasifikacija (antitrust, goljufija) (Friderichs, 2010, str. 7). Po Sutherlandu sta osnovni značilnosti kriminala belih ovratnikov zaupanje in njegovega zloraba (v Friderichs, 2010, str. 10). Tudi Liljana Selinšek (2006, str. 33) omenja zlorabo zaupanja v gospodarskih razmerjih kot tisti element, po katerem se gospodarska kriminaliteta ločuje od drugih vrst kriminalitete. Uspešno gospodarstvo države je eden od temeljnih stebrov, na katerih sloni država, saj vpliva tudi na njeno prebivalstvo (npr. brezposelnost), ekonomsko rast in splošno blaginjo. Zato mora država varovati gospodarski sistem, svobodno tržno gospodarstvo, in vse, ki delujejo v nasprotju s pravili tega sistema, sankcionirati s pomočjo gospodarskega kazenskega prava.

Storilce kaznivih dejanj zoper gospodarstvo pa ne motivira le pridobitev dobička, kot zmotno meni večina, čeprav že iz same definicije kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti izhaja, da storilce lahko motivira tudi nepremoženjska

⁶ »A crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.« (Sutherland v Dearden, 2016, str. 89).

korist. Potrebno je izpostaviti mnenje Engdahla (2009, str. 753), ki je ugotovil, da storilce gospodarskih kaznivih dejanj motivira tudi varovanje svojega »poslovnega« ugleda.⁷

Temeljni problem kriminala belih ovratnikov je v tem, da so možnosti, da bi bil storilec ujet in kaznovan oddaljene glede na koristi, ki jih dobi s storitvijo kaznivega dejanja (Friderichs, 2010, str. 11). Pri tem je potrebno imeti v mislih, da je namen kazenskega prava uresničevanje varstvene funkcije (varovanje pravnega reda določene družbe) in garantne funkcije (varovanje človeka pred morebitnim samovoljnim, nezakonitim in nečlovečnim represivnim delovanjem državnega aparata) (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 47). Vsled navedenega se celotni mehanizem kazenskega prava uporabi, predvsem v razmerjih, ki so v osnovi civilna ali gospodarska ali korporacijska, kot zadnje, najhujše in poslednje sredstvo (lat. ultima ratio). Bavcon (2017, str. 165-166) je opozoril, da kaznovalna represija ni in ne more biti primerno sredstvo za reševanje socialnih, političnih in gospodarskih problemov in konfliktov, saj kazenskega prava ni dopustno zlorabljeni za dosego političnih, ekonomskih, socialnih in drugih ciljev. Pred tem ima namreč že samo civilno ali gospodarsko ali korporacijsko pravo na voljo določene mehanizme, s katerimi nadzoruje, preprečuje ali kaznuje nedopustna ravnanja (npr. razrešitev članov organov gospodarskih družb, vlaganje odškodninskih tožb z namenom ugotavljanja odškodninske odgovornosti članov organov gospodarskih družb, itd.).

Posledica storitve enega od kaznivih dejanj zoper gospodarstvo, je izguba ali zmanjšanje zaupanja med organi in znotraj organov gospodarske družbe. Izguba ali zmanjšanje zaupanja pa ima vpliv tudi zunaj sfere gospodarske družbe, in sicer vpliva na razmerja med gospodarskimi družbami in na gospodarstvo, kar navajajo tudi Zardkoohi, Harrison in Josefy (2017, str. 408), ki pravijo, da to zmanjšuje splošne investicije, kar negativno vpliva na zaposlitve, ekonomsko rast in produktivnost. Stališče, da ima storitev kaznivih dejanj, ki so lahko storjena pri opravljanju gospodarske dejavnosti, širše posledice na družbo, saj so s protipravnim znižanjem kapitala družbe lahko ogroženi predvsem fiskalni interesi države, upniki in samo poslovanje družbe na trgu, izhaja tudi iz sodne prakse (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007).

2.2 Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti

V 24. poglavju KZ-1 so opredeljena kazniva dejanja zoper gospodarstvo, pri čemer so po formalni definiciji čista gospodarska kazniva dejanja vsa iz navedenega poglavja KZ-1. Po vsebinski definiciji pa so čista gospodarska kazniva dejanja tista kazniva dejanja, katerih neposredni objekt napada so vrednote in dobrine s področja gospodarstva oziroma gospodarstvo samo (Selinšek, 2006, str. 66).

⁷ »[...] the broker's actions were a way for him to avoid facing those around him with the bad deal, and ultimately to prevent loss of his status. Here we can see a link to established concepts of economic crime research such as »nonshareable problems«, »fear of falling« and »crisis respondents«, adopted below as something potentially useful for a more in-depth analysis of the broker's actions« (Engdahl, 2009, str. 753).

Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po prvem odstavku 240. člena KZ-1 stori, kdor pri opravljanju gospodarske dejavnosti zlorabi svoj položaj ali dano zaupanje, prekorači pravice ali opusti dolžnosti, ki jih ima na podlagi zakona, drugega predpisa, akta pravne osebe ali pravnega posla glede razpolaganja s tujim premoženjem ali koristmi, njihovega upravljanja ali zastopanja in s tem sebi ali komu drugemu pridobi protipravno premoženjsko korist ali povzroči premoženjsko škodo. Za navedeno se storilec kaznuje z zaporom do petih let. V drugem odstavku 240. člena KZ-1 je določena kvalificirana oblika kaznivega dejanja, in sicer, če je bila z dejanjem, opisanim v prvem odstavku, pridobljena velika premoženjska korist ali povzročena velika premoženjska škoda in je storilec hotel sebi ali komu drugemu pridobiti tako premoženjsko korist ali drugemu povzročiti tako premoženjsko škodo, se kaznuje z zaporom od enega do osmih let. V tretjem odstavku 240. člena KZ-1 je določeno, da če je storilec z dejanjem, opisanim v prvem odstavku, sebi ali komu drugemu pridobil nepremoženjsko korist⁸, se kaznuje z zaporom do dveh let.

Namen inkriminacije 240. člena KZ-1 je varovanje gospodarstva (Selinšek, 2006, str. 165), na kar nakazuje že uvrstitev tega kaznivega dejanja v poglavje kaznivih dejanj zoper gospodarstvo. V desetem odstavku 99. člena KZ-1 je opredeljen pojem gospodarske dejavnosti. Gospodarska dejavnost je vsaka dejavnost, ki se opravlja proti plačilu na trgu in vsaka dejavnost, ki se za dogovorjeno ali predpisano plačilo opravlja poklicno ali organizirano. Po enajstem odstavku 99. člena KZ-1 se za opravljanje gospodarske dejavnosti oziroma gospodarsko poslovanje štejejo izvajanje, upravljanje, odločanje, zastopanje, vodenje in nadziranje v okviru gospodarske dejavnosti in upravljanje nepremičnin, premičnin, denarnih sredstev, dohodkov, terjatev, kapitalskih naložb, drugih oblik finančnega premoženja ter drugih sredstev pravnih oseb javnega ali zasebnega prava, razpolaganje s temi sredstvi in nadzorstvo nad njimi. Kot izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 95443/2010-270 z dne 24. 3. 2017, je vsebina dispozicije navedenega kaznivega dejanja vezana na opravljanje gospodarske dejavnosti. V navedeni odločbi je Vrhovno sodišče, upošteva je poleg jezikovne, tudi sistematično in namensko razlago, odločilo, da za gospodarsko dejavnost ne zadošča že sama odplačnost. Ko pri opravljanju določene dejavnosti, poklica ali nalog, ni nič gospodarskega (ko torej ne gre za proizvodnjo ali promet blaga, opravljanje storitev na trgu, bančno ali drugo finančno poslovanje), ne gre za gospodarsko dejavnost – četudi je opravljanje take dejavnosti, poklica ali nalog odplačno (21. točka navedene odločbe).

Navedeno kaznivo dejanje je po Keršmancu (2014, str. 116) usmerjeno navznoter (v intrasistemske interakcije). Keršmanc (2014, str. 321) je to kaznivo dejanje opredelil kot

⁸ Nepremoženjsko korist predstavlja npr. zavarovanje obveznosti tretje osebe do kreditodajalke, s čimer je tretja oseba pridobila nepremoženjsko korist (primerjaj sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 9758/2012-88 z dne 3. 12. 2015). Nepremoženjsko korist predstavljajo različne vrste ugodnosti in možnosti, ki se jih da pridobiti in predstavljajo za posameznika neko korist, kot npr. pridobitev kredita z običajnimi obrestmi, pridobitev najemniškega stanovanja, za katerega storilec ne plačuje najemnine, pridobitev možnosti za izredne dopuste, pridobitev delovnega mesta, itd. (Deisinger, 2017, str. 514).

preslepitveno, ker predstavlja preslepitev principala v smislu kontinuiranega lažnega prikazovanja, da je agent pošten, lojalen in da dela izključno v principalovo korist in ker na to kažejo že sami izvršitveni načini tega kaznivega dejanja. Storitev tega kaznivega dejanja pomeni poslovno nezvestobo storilca do lastnika oziroma lastnikov gospodarske družbe (Deisinger, 2017, str. 513). Navedena teoretična izhodišča opredeljujejo principalov položaj kot objekt varstva omenjenega kaznivega dejanja.

2.3 Geneza kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti

Zaradi pogostih sprememb kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, moram zaradi lažjega razumevanja navedenega kaznivega dejanja, na kratko predstaviti njegovo genezo. Sprva se je to kaznivo dejanje imenovalo kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic in je bilo urejeno v 244. členu KZ. Takrat je bilo opredeljeno kot subsidiarno kaznivo dejanje, kar je izhajalo iz dikcije »pa pri tem niso podani znaki kakšnega drugega kaznivega dejanja«. To kaznivo dejanje je lahko storila oseba pri opravljanju gospodarske dejavnosti. Izvršitveni načini so bili: zloraba položaja, prestopitev meja svojih pravic in neoprava svojih dolžnosti. Leta 2008 se je s spremembo Kazenskega zakonika (KZ-1), Ur. l. RS, št. 55/2008, navedeno kaznivo dejanje preimenovalo v kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in (takrat po novem) je bilo urejeno v 240. členu KZ-1. Zožil se je tudi krog potencialnih storilcev, saj je bilo kaznivo dejanje lahko storjeno le pri vodenju ali nadzorstvu gospodarske dejavnosti in se je s tem omejila izvršitev tega kaznivega dejanja na »top management« (Jenull, 2008). S spremembo pa se je spremenil tudi eden od izvršitvenih načinov tega kaznivega dejanja, in sicer se je po novem to kaznivo dejanje lahko izvršilo z zlorabo položaja in (takrat) po novem z zlorabo danega zaupanja glede razpolaganja s tujim premoženjem. Novela KZ-1 leta 2011, Ur. l. RS, št. 91/2011, je ponovno razširila krog storilcev tega kaznivega dejanja, saj je bilo lahko izvršeno pri opravljanju gospodarske dejavnosti. Z novelo KZ-1 leta 2017, Ur. l. RS, št. 27/2017, pa se je odpravil kaznivi predhodni namen, poleg tega pa za storitev tega kaznivega dejanja po novem zadošča tudi eventualni naklep. Podrobneje o tem v nadaljevanju magistrskega dela.

2.4 Pregled obstoječe literature kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1

Kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1 je opisano že v monografiji in dveh magistrskih delih, ki jih predstavljam v nadaljevanju. Glede na stalne spremembe navedenega kaznivega dejanja je bilo o njem kar nekaj strokovnih člankov, ki so obravnavani v posameznih poglavjih magistrskega dela.

V monografiji *Gospodarsko kazensko pravo* Liljana Selinšek (2006, str. 366–373) med drugim opiše tudi kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic, ki je bilo takrat opredeljeno v 244. členu KZ. Pri tem izpostavi, da se navedenemu kaznivemu dejanju očita nedorečenost

(Selinšek, 2006, str. 368) in da gre za neke vrste tiho blanketno napotitev, saj je ravnanje obdolženca potrebno v vsakem konkretnem primeru presoјati na podlagi aktov gospodarskega prava (zakonov, splošnih aktov gospodarskih subjektov ali odločitev organa upravljanja) (Selinšek, 2006, str. 369).

Da kaznivo dejanje, inkriminirano v 240. členu KZ, ni prava blanketna norma in da zato posledično pri opisu konkretnega dejanja ni potrebna dodatna konkretizacija pravnih norm in predpisov iz gospodarskega prava, ki naj bi jih obdolženec s svojim (protipravnim) ravnanjem prekršil, izhaja tudi iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 48487/2015 z dne 9. 3. 2017 in sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 37326/2012 z dne 9. 4. 2015. Nasprotno sicer izhaja iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 35999/2015 z dne 17. 5. 2016, kjer je zapisano, da je to kaznivo dejanje (takrat opredeljeno v 244. členu KZ) blanketna norma, zaradi česar mora biti v opisu kaznivega dejanja navedena zakonska ali podzakonska podlaga za izdajo računov (poslovnih listin).

Mojca Turinek v magistrskem delu Zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika gospodarskega prava analizira omenjeno kaznivo dejanje, določeno v 240. členu KZ-1, in ga opredeli kot čisto gospodarsko kaznivo dejanje, saj je njegov zakonski znak gospodarska dejavnost (Turinek, 2016, str. 5). Odgovarja na nekatere dileme, nastale pri navedenem kaznivem dejanju (npr. glede kritike teorije o nedoločenosti obravnavanega kaznivega dejanja, tihe blanketne norme, pri postavitvi mej področja kriminalnosti pri podjetniških odločitvah razloži pravilo razumne poslovne presoje). Dotično kaznivo dejanje predstavi v posebnih okoliščinah, opredeli njegovo razmerje do drugih (gospodarskih) kaznivih dejanj in steka, opredeli se tudi do vzporedne (civilnopravne) odgovornosti personalnega substrata gospodarske družbe.

Klavdija Jelenko (2015) v magistrskem delu Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-1) opiše nastanek in razvoj navedenega kaznivega dejanja, predstavi njegovo vsebinsko analizo in storitev kaznivega dejanja s strani poslovođij, ki so hkrati družbeniki (delničarji) kapitalske družbe.

Od nastanka navedenih del do danes je z novelo E (KZ-1 E) prišlo do spremembe opisa dotičnega kaznivega dejanja, saj po novem »pridobitev premoženjske koristi sebi ali komu drugemu ali povzročitev premoženjske škode« oziroma »sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist« ni več kaznivi (predhodni) namen in tako ne gre več za namerni delikt, temveč je določen kot posledica dejanja zlorabe položaja ali zaupanja (Vlada Republike Slovenije, 2017, str. 92). Namesto besedila »zato, da bi sebi ali komu drugemu pridobil protipravno premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo«, je sedaj besedilo »in s tem sebi ali komu drugemu pridobi protipravno premoženjsko korist ali /.../«. Prav tako je namesto besedila, »/.../ zato, da storilec sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist /.../«, sedaj besedilo »/.../če sebi ali komu drugemu pridobi nepremoženjsko korist«. Da je bil v ureditvi, ki je veljala pred uveljavitvijo KZ-1,

pomemben namen povzročitve premoženjske škode drugemu, izhaja tudi iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 48487/2015 z dne 9. 3. 2017. Pušnik (2017, str. 8) meni, da s to spremembo postaja kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja premoženjski delikt in hkrati se z njo krepi pravno varstvo korporacijske lastnine. Nasprotnega mnenja je Ferlinec (2016, str. 9), ki meni, da se z odpravo namena pridobitve protipravne premoženjske koristi ali povzročitve škode široko odpre prostor za očitke, da je sedaj odpadlo še zadnje »sidro«, ki lahko zaustavlja neutemeljeno širitev kriminalne cone kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1. Kot piše Pušnik (2017, str. 8) zakonski opis kot objektivni znak oziroma prepovedano posledico določa premoženjsko škodo, ki nastane na zaupanem premoženju, ali protipravno premoženjsko korist, pridobljeno sebi ali drugi osebi, ki se v večini primerov zrcali v škodi na zaupanem premoženju.

Druga novost, ki jo je prinesla novela E in na katero so pred tem obdobjem opozarjali številni pravni strokovnjaki v svojih člankih (Turinek, 2017; Kozina, 2016; Pušnik, 2017, itd.), pa je, da bo za pregon zadoščal eventualni naklep storilca v zvezi s storjeno zlorabo položaja ali zaupanja (Vlada Republike Slovenije, 2017, str. 92). Pušnik (2017, str. 8) meni, da črtanje namena povzročitve škode ali pridobitve premoženjske koristi omogoča, da kot krivda zadostuje eventualni naklep. Če to povežem s teoretičnimi opredelitvami zaupanja, opisanimi na začetku, gre v primeru, ko je podan direktni naklep za načrtno izdajo, ko je podan eventualni naklep pa za nenamerno ali priložnostno izdajo.

2.5 Storilci kaznivega dejanja z vidika teorije agenta

Krog storilcev tega kaznivega dejanja se je ožil in širil glede na spremembe ali novele Kazenskega zakonika. Zaradi specifičnosti tega kaznivega dejanja, ki je gospodarsko in posledično vezano tudi na definiranje pojma gospodarske dejavnosti, je nastalo nekaj polemik o tem tudi v sodni praksi. Kot izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007, je potrebno storitev spornega kaznivega dejanja ocenjevati glede na obliko gospodarske družbe.

V skladu s spremembo KZ leta 2008, je bilo navedeno kaznivo dejanje urejeno v 240. členu KZ-1 in se ga je lahko izvršilo pri vodenju ali nadzorstvu gospodarske dejavnosti⁹. Kot je opozorilo Vrhovno sodišče v sodbi, opr. št. I Ips 157/2009 z dne 1. 10. 2009, se je s spremembo KZ spremenil tudi pomen izrazov, saj izraz gospodarska dejavnost takrat (v času veljave KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/2008) ni bila opredeljena v 99. členu KZ-1, kot je bila nekdanj v 126. členu. Vrhovno sodišče je v navedeni sodbi zaključilo, da je KZ-1 v (takrat) novi 240. člen prenesel le nekdanj 3. točko 126. člena KZ, ki se nanaša na vodenje in nadzorstvo. Tako je zaključilo, da bi lahko za sodelovanje pri upravljanju ali zastopanje še lahko šteli, da pojmovno sodita k vodenju. Ostale izvršitvene oblike pa lahko uvrstimo na področje kaznivosti le, če poleg pogoja opravljanja pridobitne dejavnosti na trgu zloraba položaja ali

⁹ Zato se je takrat uveljavil izraz managerski delikt (Verdel-Kokol, 2009, str. 1567), ki se uporablja še danes.

zaupanja izpolnjuje še dodatno zahtevo, da se nanaša na razmerje zaupanja glede razpolaganja, upravljanja ali vodenja (7. točka obrazložitve navedene sodbe).

Iz tega obdobja je tudi sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 157/2009 z dne 1. 10. 2009, ki opredeli razliko med prejšnjo ureditvijo tega kaznivega dejanja (pred spremembo Kazenskega zakonika leta 2008) in takratno. Tako je Vrhovno sodišče opredelilo, da vodenje ali nadzorstvo zajema le izvajanje temeljnih gospodarskih funkcij v gospodarski družbi, medtem ko opravljanje gospodarske dejavnosti zajema celotno delovanje, pri čemer se sklicuje na teorijo, ki ločuje dejavnost družbe od poslovanja in ZGD-1, v katerem je v 6. členu opredeljena dejavnost gospodarskih družb, v 10. členu pa vodenje poslov (poslovodstvo) (primerjaj 7. točko obrazložitve navedene sodbe).

Storilec tega kaznivega dejanja je nekdo, ki mu je bilo v upravljanje zaupano tuje premoženje. Kot izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24. 5. 2007, je ključno, da storilec v lastnem interesu zlorabi svoja pooblastila v zvezi s tujim premoženjem, ki mu je zaupano, ali da ravna v nasprotju s premoženjskimi interesi drugega. Tako storilec tega kaznivega dejanja ne more biti kdorkoli, temveč samo oseba, ki ji je pri ukvarjanju z gospodarsko dejavnostjo (glede na njen položaj in pravice pri vodenju oziroma upravljanju gospodarskega subjekta) zaupano razpolaganje in skrb za tuje premoženje (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24. 5. 2007).

Nasprotno pa nekatere sodne odločbe nakazujejo na to, da ni pomembno tuje premoženje, temveč da so pomembni interesi gospodarske družbe. To izhaja iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 48487/2015 z dne 9. 3. 2017, kjer je opredeljeno, da zloraba položaja pomeni zlorabo pooblastil, ki izhajajo iz njegovega položaja pri gospodarskem subjektu in ki imajo podlago v predpisih, splošnih aktih ali v odločitvah upravljaljskih organov, storilec pa zlorabi svoj položaj tako, da dejanj, za katera je sicer pooblaščen, ne opravi v skladu z njihovim namenom oziroma v skladu z interesi gospodarske družbe. V navedenem sklepu se je višje sodišče oprlo na nemško teorijo in sodno prakso, ki pri razlagi tega kaznivega dejanja upošteva omejeno teorijo družbenikov. Bistvo omejene teorije družbenikov, ki izhaja iz pravice članov družbe, da razpolagajo s svojim premoženjem, je v tem, da soglasje šteje za protipravno, če pravni posel nasprotuje zakonskim določbam o družbah, zlasti, če je izplačan temeljni kapital družbe, katerega namen je varovanje upnikov, ali če je na kakšen drug način ogrožen obstoj gospodarske družbe.

Pri tem, kdo je lahko storilec navedenega kaznivega dejanja pa ni pomemben le položaj storilca, temveč tudi dano zaupanje kot alternativna oblika zlorabe, ki ne izhaja iz položaja oziroma ni vanj vključena, pri čemer zaupanje izhaja iz posebnega pooblastila za vodenje ali nadzorstvo, na primer splošnega poslovnega pooblastila kot ga imajo prokuristi ali imetniki posebnega poslovnega pooblastila (tako v sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 157/2009 z dne 1. 10. 2009 in sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije,

opr. št. I Ips 116/2009 z dne 22. 4. 2010). Storilci, ki zlorabijo s pooblastilom posebej dano zaupanje za vodenje ali nadzor, so tako izenačeni s storilci, ki zlorabijo splošni vodstveni ali nadzorstveni položaj, pridobljen na podlagi zakona ali po aktih družbe (7. točka obrazložitve). Kot izhaja iz obeh navedenih sodb, pri tem ne gre za zaupanje kot takšno, v smislu agent - principal razmerja, temveč za zaupanje, podano na podlagi pooblastila. Zlorabo zaupanja kot enega od izvršitvenih načinov tega kaznivega dejanja je uvedla novela KZ-1 iz leta 2008, zato je to potrebno upoštevati pri presoji navedenih sodnih odločb.

Glede na to, da je to kaznivo dejanje po svojem bistvu *delictum proprium* (kaznivo dejanje, ki ga lahko izvršijo samo osebe z določenimi lastnostmi) (Turinek, 2016, str. 45), morajo tudi sotorilci imeti lastnosti, ki jih za storilce zahteva zakon in pri tem za ugotovitev sotorilstva ne zadoščata zgolj oblast nad dejanjem in bistveni prispevek k dejanju, ki sta sicer pogoja, ki opredeljujeta sotorilstvo. Nasprotno pa velja za udeležence v ožjem pomenu (za pomagače in napeljevalce), saj se slednji lahko kaznujejo po tistem členu, ki velja za storilca, četudi nimajo zahtevanih lastnosti storilca, oziroma se zahtevana lastnost, ki jo ima storilec, nanje prenese. Navedeno izhaja iz 15. točke obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča Republike Slovenije Up-93/16-14 z dne 6. 12. 2017. Navedena odločba se sicer nanaša na uporabo milejšega zakona in posledično spremembo udeležbe v drugo obliko – iz sotorilstva v pomoč pri istem kaznivem dejanju.

Z gospodarsko družbo pa lahko upravljajo tudi uradne osebe, kot je npr. stečajni upravitelj. Verdel-Kokol (2009, str. 1569) meni, da se zlorabe položaja, izvršene s strani stečajnega upravitelja, kvalificirajo kot kaznivo dejanje zlorabe uradnega položaja ali uradnih pravic (257. člen KZ-1), ker ima stečajni upravitelj pravni položaj uradne osebe. Kot izhaja iz sodne prakse pa za ugotovitev kazenske odgovornosti za to kaznivo dejanje zadošča, da storilec de facto prevzame vloge poslovnega organa družbe (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 159/2011 z dne 12. 4. 2012).¹⁰

2.5.1 Družbeniki enoosebne družbe z omejeno odgovornostjo

Poseben primer predstavljajo družbeniki enoosebnih družb z omejeno odgovornostjo kot storilci navedenega kaznivega dejanja. To izhaja tako iz sodne prakse, ki sprva ni zavzela enotnega stališča glede tega vprašanja, kot tudi iz različnih strokovnih del. Prvotno stališče sodne prakse je bilo, da ne gre za kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic v primeru, ko je v isti osebi storilec in oškodovanec zasebni podjetnik ali v primeru enoosebne gospodarske družbe, saj so v teh primerih lahko kazniva dejanja storjena le navzven, napram upnikom, ne pa navznoter, z lastnim okoriščanjem (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007). V navedeni odločbi je Vrhovno sodišče obrazložilo, da za obravnavo navedenega kaznivega dejanja ni bistveno lastništvo kapitala, temveč vprašanje oškodovanca. Nasprotno izhaja iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp

¹⁰ V konkretnem primeru je obsojenec opravljal funkcijo direktorja, čeprav pravno formalno ni bil njen direktor.

37326/2012 z dne 9. 4. 2015, po katerem za presojo zlorabe položaja ni ključno, če je obdolženec (edini) lastnik poslovnega deleža in s tem (edini) družbenik v gospodarski družbi, saj je upošteva enega temeljnih izhodišč gospodarskega prava, ločenosti premoženja pravne osebe od premoženja njenih družbenikov, potrebno upoštevati, da premoženje gospodarske družbe ni tudi premoženje njenega družbenika in slednji posledično z njim ne more prosto razpolagati, dokler gospodarska družba kot pravna oseba obstaja. Ker se citirani sklep sklicuje na kazenskopravno teorijo, pri čemer pa ne upošteva ustavno sodne presoje in sodne prakse Vrhovnega sodišča, je Višje sodišče v Ljubljani v sodbi, opr. št. II Kp 35999/2015 z dne 17. 5. 2016 ugotovilo, da navedenega sklepa ne sme upoštevati, pri čemer je odločilo, da v konkretnem primeru v primeru enoosebne gospodarske družbe to kaznivo dejanje ne more biti storjeno navznoter z lastnim oškodovanjem (8. točka obrazložitve). Iz navedene sodbe izhaja, da ni mogoče govoriti o zlorabi v razmerju do družbe, če družba s svojo voljo, ki jo izrazi preko svojega najvišjega poslovodnega organa dopusti zmanjšanje svojega premoženja (primerjaj 8. točko obrazložitve).

Z namenom poenotenja sodne prakse je Vrhovno sodišče Republike Slovenije v sodbi, opr. št. I Ips 35999/2015-165 z dne 23. 3. 2017 poudarilo, da je premoženje družbe z omejeno odgovornostjo ne le navzven, temveč tudi v razmerju do njenega edinega družbenika, tuje premoženje. Do navedenega je prišlo ob upoštevanju načela ločenosti premoženja (6. točka obrazložitve). Pri tem se sklicuje na sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24. 5. 2007¹¹, v kateri je Vrhovno sodišče pojasnilo, da smejo družbeniki z družbenim premoženjem razpolagati le v okviru zakonskih predpisov in glede soglasja družbenikov, da mora biti slednje jasno, dano vnaprej, ne sme biti protipravno, pri čemer ni pomembno, v kakšni obliki je bilo podano. Sklicuje pa se tudi na ugotovitev iz zadeve I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011, v kateri je Vrhovno sodišče ugotovilo, da je v primeru kaznivega dejanja po 244. členu KZ vedno oškodovana družba in da je ni mogoče enačiti z (edinim) družbenikom. Iz navedene zadeve izhaja, da mora protipravnost dovolj določno izhajati iz pravnih norm, ki v obliki prepovedi in zapovedi določeno ravnanje opredeljujejo kot zakonito oziroma nezakonito (8. in 9. točka obrazložitve).

Na navedenih primerih, kjer izpostavljajo, da je bistveno, kdo je oškodovanec, se vidi pomen natančne opredelitve objekta tega kaznivega dejanja. In sicer, kot je poudaril že Cepec (2016, str. 24), se v enoosebnih družbah, kjer je edini družbenik hkrati tudi poslovodja, razmerje agent - principal ne vzpostavi. Če bi bil kot objekt varstva tega kaznivega dejanja določen principalov položaj, potem kot storilec tega kaznivega dejanja ne bi mogel biti družbenik enoosebne družbe, ki bi bil hkrati njen poslovodja. Tako se na prvi pogled pojavi navzkrižje med načelom ločenosti premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov in teorijo agenta. A to ne drži, ker sta dometa omenjenega načela in teorije agenta različna. Premoženje gospodarske družbe je po tem načelu osamosvojeno in ločeno od premoženja

¹¹ V tej zadevi ni bilo meritorno odločeno, ker je Vrhovno sodišče pravnomočno sodbo razveljavilo (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007).

njenih družbenikov. Nasprotno pa teorija agenta ureja potencialno konfliktna razmerja med agentom in principalom zaradi različnih interesov, ki jih imata. Tako se v grobem načelo nanaša na premoženjsko sfero, teorija agenta pa na upravljavsko, kar pomeni, da hodita z roko v roki. Verdel-Kokol (2009, str. 1569) povzema mnenja kritikov, da se je Vrhovno sodišče v razveljavitveni sodbi opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24. 5. 2007 odmaknilo od načela ločenosti družbenikov od kapitalne družbe, ki družbenikom prepoveduje, da bi razpolagali s premoženjem družbe kot s svojim lastnim premoženjem. Vrhovno sodišče je v navedeni sodbi zapisalo: »O škodi na tujem premoženju tudi ni mogoče govoriti, če je edini družbenik hkrati direktor oziroma poslovodja družbe«. To stališče pa je glede na že opisano, v skladu s teorijo agenta, a, kot pravi Cepec (2016), ne zaradi dejstva, da ne moreta biti storilec in oškodovanec ista oseba, temveč, ker ni vzpostavljeno razmerje agent – principal.

2.5.2 Pravilo razumne podjetniške presoje

Glede na to, da je gospodarstvo dinamično, da se poslovne odločitve sprejemajo v določenem trenutku in je njihov izid (pozitiven ali negativen) v trenutku sprejemanja negotov, je ameriška sodna praksa oblikovala pravilo razumne podjetniške presoje (ang. business judgement rule). Članom organov vodenja, ki bodo ravnali v skladu s tem pravilom: v dobri veri, se informirali o odločitvi in ravnali v najboljšem interesu gospodarske družbe (Selinšek, 2014, str. 28), ne bo mogoče pripisati krivde za določeno (gospodarsko) kaznivo dejanje (Selinšek, 2014, str. 27), saj se ne bo štelo, da so kršili zahtevano skrbnost. To velja predvsem v primerih, ko bodo člani uprave sprejeli tvegane odločitve, ki se bodo izkazale za napačne in zaradi katerih bo družbi nastala škoda. Ob tem se vzpostavi dilema, ali agentu ni mogoče pripisati krivde, če je ravnal v skladu s tem pravilom. Če povzamem Liljano Selinšek (2014, str. 29-30), to pravilo ščiti posameznika pred odgovornostjo v primeru poslovnih tveganj, ne pa pred odgovornostjo za nezvestobo do gospodarskega subjekta. Sicer pa že iz samega opisa vseh treh izvršitvenih oblik tega kaznivega dejanja (zloraba položaja ali danega zaupanja, prestopitev mej pravic ali neoprava svojih dolžnosti) izhaja, da se ne nanašajo na (običajne) poslovne odločitve, ki jih sprejemajo člani organov vodenja. Ob upoštevanju teorije agenta, bi morali dodati navedbo, da se agent s tem pravilom ne more ekskulpirati v primeru, če je nezvest do principalov (družbenikov oziroma delničarjev).

2.5.3 Pravna oseba in kazenska odgovornost za kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1

Storilci navedenega kaznivega dejanja so lahko fizične osebe, kazensko odgovorne zanj pa so lahko tudi pravne osebe. V skladu s prvim odstavkom 4. člena ZGD-1 so vse družbe tudi pravne osebe, ki to lastnost pridobijo z vpisom v register (5. člen ZGD-1). Po 4. členu ZOPOKD pravna oseba odgovarja za kaznivo dejanje, če je storilec kaznivo dejanje storil v imenu, na račun ali v korist pravne osebe (formalni pogoj) in če so izpolnjeni materialni pogoji, ki jih ustvarja pravna oseba za storilčevo protipravno ravnanje (Bele, Deisinger & Balažic, 2000, str. 30). Po 25. členu ZOPOKD lahko za kaznivo dejanje zlorabe položaja ali

zaupanja pri gospodarski dejavnosti odgovarja tudi pravna oseba. Da lahko za to kaznivo dejanje kazensko odgovarja tudi pravna oseba, izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007. Pri tem slednja odgovarja, kot navaja Deisinger (2007, str. 145), le v primeru okoriščenosti, ne pa tedaj, ko pravna oseba nastopa kot oškodovanec. Po Stacey Neumann Vu (2004, str. 459) mora tožilstvo dokazati, da so eden ali več agentov izpolnili vse zakonske znake kaznivega dejanja (ang. all the elements of the crime), da bo lahko korporacija odgovarjala za kaznivo dejanje.¹² Pri čemer se v praksi postavlja vprašanje, kateri od agentov odgovarja. Obravnavanje vseh teorij o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja je na tem mestu, ob upoštevanju namena in ciljev tega magistrskega dela, odveč. Ob njihovem upoštevanju pa je tudi v primeru, ko pravna oseba odgovarja za kaznivo dejanje, dejanski storilec tega kaznivega dejanja (ob izpolnjevanju določenih pogojev, opredeljenih v ZOPOKD), agent. Zato odgovornost pravne osebe za to kaznivo dejanje z vidika teorija agenta ni sporna.

2.6 Objekt varstva v teoriji

Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož in Filipčič (2014, str. 204) opredelijo kazenskopravno dobrino kot splošen življenjski interes skupnosti, ki mu kazensko pravo nudi svoje varstvo v obliki posameznih inkriminacij, oziroma je z inkriminacijami varovana abstraktna vrednota družbenega reda. Pri tem ne gre za materialno dobrino, temveč za abstraktna razmerja ljudi do njihovih življenjskih interesov, kot nekakšnih nujnih pogojev za doseganje najvišjega cilja kazenskega prava, ki je pristni mir v družbi (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 204-205). Kazenskopravna teorija razmejuje dobrine po različnih ključih: glede na naravno vezanost dobrine na posameznika, jih deli na osebne in neosebne. Naslednja delitev pa je glede na dejstvo, ali so za posameznika neomejeno (polno) razpoložljive, omejeno razpoložljive ali povsem nerazpoložljive (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 207). Nasprotno od kazenskopravne dobrine, so objekti kazenskopravnega varstva konkretniji cilji v objektivnem smislu, ki so znotraj določene dobrine napadeni s posameznim kaznivim dejanjem, pri čemer se delijo na posebne objekte, posamezne objekte in predmete napada (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 208). Posebni objekti kazenskopravnega varstva so v pravnem redu konkretnje opredeljeni družbeni odnosi, interesi in pravne dobrine (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož, & Filipčič, 2014, str. 208), ki so podlaga za oblikovanje notranje bolj ali manj homogenih skupin kaznivih dejanj, ki se lahko pokažejo kot posamezna poglavja posebnega dela kazenskega zakonika ali kot ožje skupine znotraj posameznega poglavja (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, v 10. točki sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 95443/2010-270 z dne 24. 3. 2017). Posamezni objekt kazenskopravnega varstva je konkretna pravna dobrina, ki jo varuje kazensko pravo.

¹² In *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*, the Supreme Court made clear that the theoretical basis for imputing specific intent to a corporation was the same as in civil disputes: An entity is liable for criminal acts done by an agent acting within the scope of this employment in the business of the principal (Neumann Vu, 2004, str. 466).

Predmet napada je neposredni predmet ali objekt, ki je s konkretnim kaznivim dejanjem napaden ali ogrožen (Bavcon, Šelih, Korošec, Ambrož & Filipčič, 2014, str. 209).

Glede na zgoraj navedeno in glede na konkretiziranost objekta, sem za potrebe tega magistrskega dela poenotila izraze in uporabila izraz objekt varstva tudi za pravno zavarovane vrednote in dobrine. Objekt posameznega kaznivega dejanja mora biti določen že ob njegovi prvi inkriminaciji in mora kaznivo dejanje, kot navaja Kozina (2016, str. 954) za kazenskopravno dobroto, kot posebljena zvestoba spremljati skozi njegovo celotno normativno življenje. Če ne veš, kaj se varuje, ne veš niti, kaj se preganja. K učinkovitejšemu odkrivanju in pregonu tega kaznivega dejanja bi zagotovo pripomogla tudi natančna določitev njegovega objekta varstva (Cepec, 2016, str. 25). Kot bomo videli v nadaljevanju, teorija in sodna praksa nista enotni pri opredelitvi tega objekta.

Selinšek (2006, str. 165, 171) opredeljuje kot generalni objekt varstva gospodarskega kazenskega prava oziroma kot vrednoto, gospodarski sistem oziroma gospodarstvo, pri čemer je gospodarstvo celota vseh smotrnih dejavnosti za načrtno pridobivanje dobrin za zadovoljevanje človekovih potreb (gospodarsko poslovanje, odnosi med gospodarskimi subjekti in odnosi v gospodarskih subjektih). Integriteto trga kot varovano dobroto, je izpostavil Jager (2002, str. 1635).

Pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, je po Liljani Selinšek (2006, str. 169) pravno zavarovana vrednota gospodarsko poslovanje, pravno zavarovana dobrina pa načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju. Mojca Turinek (2016, str. 6-7) meni, da sta pravno zavarovani vrednoti dotičnega kaznivega dejanja gospodarsko poslovanje in lojalni odnosi v gospodarskih in z njimi izenačenih subjektih, pravno zavarovani dobrini pa sta načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju in premoženje gospodarskega ali z njim izenačenega subjekta. Klavdija Jelenko (2015, str. 51-52) kot pravno zavarovano dobroto opiše dano zaupanje, pri čemer navede sodno prakso, katere stališča so različna (npr. v sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011 je varovano premoženje pred protipravnim ravnanjem v gospodarstvu, v sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 134/2009 z dne 29. 10. 2009 pa je to poslovna zvestoba). Keršmanc (2014, str. 332) izpostavlja kot bistvo tega delikta zaščito principalovih koristi in varstvo zaupanja kot sistemske metadobrine. Cepec (2016, str. 19) kot objekt varstva navedenega kaznivega dejanja izpostavlja principalov položaj. Pušnik (2017, str. 8) navaja, da je z uveljavitvijo novele KZ-1 E in z zakonsko spremembo, ki je kot prepovedano posledico izrecno navedla škodo na zaupanem premoženju, formalno pravno kot varovana dobrina določeno premoženje. Nadaljuje, da je, tako kot pri Nemcih, nezvestoba oziroma kršitev dolžnosti zvestobe v korporacijskem smislu opustitev dolžnostnega ravnanja kot osnove protipravnosti, torej oblika napada na premoženje in ne kot prepovedana posledica, ki se zrcali v škodi – zmanjšanju premoženja. Nadalje trdi, da varovana dobrina ne more biti premoženjski interes družbenika, ker ja ta varovan prek varovanega premoženja družbe. Po

Bauconu (2004, str. 2) je glavni objekt kazenskopravnega varstva premoženje, ne pa tudi zaupno razmerje kot predpostavka normalnega odvijanja pravnega prometa, saj je zloraba zaupnega razmerja le način napada na premoženje kot zaščitene pravne dobrine. Helena Devetak (2013, str. 145) kot pravno zavarovani vrednoti tega kaznivega dejanja določi poslovno zvestobo in premoženjske interese družbenikov družb, ki opravljajo gospodarsko dejavnost. Da to kaznivo dejanje pomeni poslovno nezvestobo storilca do lastnika oziroma do lastnikov podjetja, meni tudi Deisinger (2017, str. 513).

Kot lahko vidimo, tudi teorija ni enotna pri določitvi objekta varstva tega kaznivega dejanja. Po mojem mnenju je nesmiselno, da se kot objekt varstva opredeli splošna načela (kot npr. načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju), ki utemeljujejo obstoj posamezne gospodarske družbe, ker ta načela predstavljajo le vodila, kako morajo ravnati člani organov vodenja in nadzora gospodarskih družb. Tudi ta načela pa so vzpostavljena z namenom varovanja principalovega položaja. Gospodarstvo ne more biti opredeljeno kot objekt varstva, ker je preobsežen in premalo določen pojem in bi njegova določitev kot objekta varstva posledično razširila inkriminacijsko cono tega kaznivega dejanja. Poleg tega danes prevladuje tržno gospodarstvo, katerega gospodar je sicer trg, država pa je tista, ki lahko le postavi meje, znotraj katerih se subjekti na trgu gibljejo svobodno. Tudi gospodarsko poslovanje je premalo konkretiziran oziroma preširok in nedoločen pojem, da bi bil lahko objekt varstva. Predvsem je problematična opredelitev tega, kakšno naj bi bilo gospodarsko poslovanje, ki bi ga navedeno kaznivo dejanje varovalo kot objekt. Managerji pogosto sprejemajo v danem trenutku in danih razmerah najboljše možne odločitve, ki se kasneje lahko izkažejo za napačne. Poleg tega na to vplivajo tudi negospodarski dejavniki, ki so lahko naravni (npr. naravne nesreče – suša, poplave) ali družbeni (npr. vojna, sprememba državnih meja,...). Eden od pogojev za vzpostavitev razmerja agent – principal je poslovna zvestoba, saj je bistvo tega razmerja odprava nasprotij interesov med agentom in principalom. To pa je mogoče doseči le, če obstaja med njima določeno zaupanje, ki se vzpostavi, če je agent poslovno zvest principalu. Tako je mogoče pritrđiti Keršmančevemu stališču (2014, str. 322), da brez posebnega zaupnega razmerja preslepitev principala ne bi uspela. Kljub temu pa so si stališča, po katerih bi morala biti objekt varstva poslovna zvestoba, v teoriji med seboj nasprotna, saj nekatera omenjajo poslovno zvestobo do gospodarske družbe, druga pa poslovno zvestobo do »lastnika« oziroma »lastnikov« gospodarske družbe. To vprašanje pa je povezano tudi s tem, ali so interesi gospodarske družbe enaki kot interesi družbenikov oziroma navedeno odpira širše vprašanje, in sicer, če ima gospodarska družba pravico do življenja ali ne. Podrobneje o tem pa v nadaljevanju.

2.7 Objekt varstva v sodni praksi

V sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 95443/2010-270 z dne 24. 3. 2017 se Vrhovno sodišče sklicuje na teorijo, ki pravi, da je določba 244. člena KZ (sedaj določba 240. člena KZ-1) namenjena notranjemu kazenskopravnemu varstvu poslovnih subjektov, pri čemer se teorija zgleduje po podobnih določbah tujih kazenskih zakonov, ki

sankcionirajo nezvestobo storilca do »lastnika« (družbenika) gospodarske družbe ali delovanje, ki ni v interesu družbe.¹³ Kot je omenjeno v 17. točki navedene sodbe, je po teoriji poslovna zvestoba tista vrednota, ki jo varuje navedeno kaznivo dejanje. Pri tem Vrhovno sodišče navaja, da »... / pomeni izraba položaja, kot ena od izvršitvenih modalitet tega dejanja, zlorabo pooblastil, ki izhajajo iz storilčevega položaja pri gospodarskem subjektu, in ki imajo podlago v predpisih, splošnih aktih in odločitvah upravljaljskih organov, pri čemer storilec izrabi svoj položaj tako, da dejanja, za katera je sicer pooblaščen, ne opravi v skladu z njihovim namenom oziroma v skladu z interesi gospodarske družbe ali druge pravne osebe«. Iz te sodbe posredno izhaja varstvo principalovega položaja oziroma agentskega razmerja, ki temelji na zaupanju.

Tudi iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 37326/2012 z dne 9. 4. 2015 posredno izhaja, da navedeno kaznivo dejanje varuje poslovno zvestobo. V navedenem sklepu je Višje sodišče zapisalo, da odplačevanje posojil (ki jih je obdolženi oziroma njegova družba L., d. o. o. pridobila povsem neodvisno od obdolženčeve vloge v Y) z neodplačnim prenosom premoženja družbe Y, d. o. o. tudi po presoji pritožbenega sodišča pomeni eklatanten odraz poslovne nezvestobe nosilca poslovodske funkcije do družbe, v kateri svojo funkcijo opravlja, ali z drugimi besedami – predstavlja očitno ravnanje v nasprotju s poslovnimi in siceršnjim interesi oškodovane družbe. Tu sodišče sicer omenja poslovno nezvestobo do interesov družbe, ne pa do interesov družbenikov, kot v zgornjem primeru.

V sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 9758/2012-88 z dne 3. 12. 2015, v kateri je Vrhovno sodišče ugotovilo, da je ne glede na siceršnje (koristne) učinke pravnega posla, ki je bil sklenjen z zlorabo položaja pri opravljanju gospodarske dejavnosti, je kaznivo dejanje podano, če se storilcu dokaže, da je pri opravljanju gospodarske dejavnosti svoj položaj zlorabil z namenom drugemu pridobiti nepremoženjsko korist. Pri čemer premoženjska korist, ki je pri tem morebiti nastala eni izmed strank pravnega posla, protipravnosti očitane kaznivega dejanja ne more izključiti (primerjaj 8. točko obrazložitve). V navedeni sodbi je sodišče presodilo, da pomeni poslovna nezvestoba zanemarjanje koristi lastne organizacije in v kolikor storitev očitane kaznivega dejanja pomeni poslovno nezvestobo, mora biti pravni posel za organizacijo storilca, če že ne škodljiv, vsaj vrednostno nevtralen. Tako je stališče Vrhovnega sodišča, da če ima organizacija od spornega posla korist, potem ni mogoče govoriti o poslovni nezvestobi in naklepnem zanemarjanju koristi svoje organizacije (primerjaj 7. točko obrazložitve). Tudi v tem primeru je objekt varstva poslovna zvestoba do interesov družbe.

Ker obdolženec pri izrabi položaja zasleduje namesto interesov gospodarske družbe, svoje lastne oziroma interese tretjih oseb, se tudi v tem kaže nezvestoba do družbe oziroma njenih lastnikov(!) (sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24.

¹³ Verdel-Kokol (2009, str. 1568) navaja, da gre pri enem od načinov izvršitve tega kaznivega dejanja, natančneje pri zlorabi položaja, za poslovno nezvestobo storilca do lastnika podjetja.

5. 2007). Kot navaja Liljana Selinšek (2007, str. 2) bi stališče, da je bistveno, če je obsojenec družbenik in lastnik poslovnega deleža v gospodarski družbi ali če ima soglasje svoje žene kot druge družbenice te družbe, pomenilo, da kazensko pravo dopušča zlorabo gospodarske družbe s strani njenih družbenikov. Nasprotnega mnenja je Brus (2007, str. 23-25), ki se z navedbo L. Selinšek ne strinja in v članku izpostavi pomen varovanja kapitala (ne le osnovnega) družbe, ker je dolžnost varovanja osnovnega kapitala zakonsko predpisana. Po mojem mnenju v skladu s teorijo agenta, principal sploh ne more biti storilec tega kaznivega dejanja. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je v sodbi, opr. št. I Ips 145/2007 z dne 28. 2. 2008 odločilo, da to kaznivo dejanje pomeni nezvestobo do lastnika podjetja¹⁴ oz. delovanje, ki ni v interesu podjetja (ne glede na lastnika).

Iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Kp 1001/2004 z dne 16. 2. 2005 izhaja, da je varstveni objekt tega kaznivega dejanja notranja varnost gospodarskega subjekta. Zato storitev tega kaznivega dejanja pomeni nezvestobo do lastnika podjetja oziroma delovanje, ki ni v interesu podjetja. Iz navedenega sklepa izhaja, da kaznivo dejanje po 244. členu KZ obsega klasično nezakonito obogatitev, prav tako pa tudi primere, ko lastnika podjetja oškodujejo zaposleni z določenimi pravicami ali na določenem položaju. Ob tem moram ponovno opozoriti na neustrezno uporabo pojma podjetje, saj bi bil primernejši pojem gospodarska družba.

Tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 384/2004 z dne 7. 9. 2004 izhaja, da pomeni navedeno kaznivo dejanje poslovno nezvestobo storilca do lastnika. Obsojenec kot direktor gospodarske družbe je bil poslovno nezvest do lastnikov gospodarske družbe s tem, ko denarja, ki ga je prejel kot izkupiček za prodano osebno vozilo, ni odvedel v blagajno družbe, kar bi moral storiti, ampak si ga je prilastil, pa tudi tako, da je svoji bivši ženi avtomobil prodal ceneje, kot je bil kupljen. Da je pri kaznivem dejanju po prvem odstavku 244. členu KZ ta objekt varstva poslovni odnos storilca kaznivega dejanja do lastnika ali lastnikov družbe, ki se mu storilec ne sme izneveriti na način, da bi izrabil svoj položaj, prestopil meje svojih pravic ali ne opravil svojih dolžnosti in to z namenom, da bi sebi ali drugemu pridobil premoženjsko korist (oziroma nepremoženjsko korist po tretjem odstavku istega člena) ali povzročil premoženjsko škodo, izhaja iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 59294/2010 z dne 18. 6. 2015.

Vrhovno sodišče se je opredelilo tudi do tega, kaj objekt varstva navedenega kaznivega dejanja¹⁵ ni. Tako je v sodbi, opr. št. I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011 zapisalo, da ne sprejme stališča Vrhovnega državnega tožilca, da je objekt varstva kaznivega dejanja poleg premoženjskih interesov znotraj družbe in njenih družbenikov tudi gospodarstvo kot tako oziroma »zaupanje, da v gospodarskem poslovanju nihče ne bo ravnal proti interesom gospodarskih subjektov« (primerjaj 14. točko obrazložitve). Kljub temu, da Vrhovno

¹⁴ Na neustrezno uporabo termina »podjetje« z vidika korporacijskega prava sem že opozorila.

¹⁵ Sicer se navedena sodba nanaša na kaznivo dejanje, kot je bilo opisano v 244. členu KZ.

sodišče pritrди stališču, da to kaznivo dejanje v bistvu predstavlja zlorabo zaupanja, a je z navedenim kaznivim dejanjem varovano premoženje pred protipravnim ravnanjem v gospodarstvu. Tako po mnenju Vrhovnega sodišča zgolj pridobivanje koristi enega subjekta na račun zmanjšanja premoženja drugega subjekta v okviru sicer zakonitega poslovanja v razmerah tržnega gospodarstva ne pomeni zlorabe položaja ali pravic, kar pomeni, da ni protipravnosti (14. točka obrazložitve).

Iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 35999/2015-165 z dne 23. 3. 2017 izhaja, da navedeno kaznivo dejanje prvenstveno varuje premoženjske interese družbe in zgolj posredno tudi premoženjske interese njenih družbenikov. Ob tem ni odveč poudarek, da je potrebno navedeno sodbo presoјati v celoti. Namen navedene sodbe je poenotenje sodne prakse v smislu, da je potrebno premoženje družbe z omejeno odgovornostjo tuje premoženje, tudi v primeru, če gre za enoosebno družbo z omejeno odgovornostjo. V skladu z navedeno sodno prakso je sklep Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. II Kp 41672/2015 z dne 23. 3. 2017, iz katerega izhaja, da je zmotno stališče, da ni mogoče storiti navedenega kaznivega dejanja, če ima gospodarska družba le enega družbenika, ker ne more biti storilec in oškodovanec v isti osebi. Da navedeno kaznivo dejanje primarno varuje premoženjske interese družbe in ne interesov družbenikov, izhaja tudi iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 15577/2011 z dne 4. 7. 2017.

Kozina (2016, str. 958) je po analizi zavarovane dobrine v sodni praksi, ugotovil, da se sodišča pri njeni definiciji opirajo na eno izmed treh pravnih teorij: na stakeholder teorijo, po kateri naj upravljanje podjetja služi interesom vseh deležnikov, na shareholder teorijo, po kateri naj upravljanje podjetja zasleduje maksimiranje vrednosti za lastnike in na tretjo, ki enači zavarovano dobrino s premoženjskim interesom družbe oziroma z njenim premoženjem nasploh, kakršno je stališče tudi v nemškem kazenskem pravu.

Glede na predstavljeno sodno prakso, ugotavljam, da tri sodne odločbe kot objekt izpostavljajo poslovno zvestobo do družbenikov (I Ips 95443/2010-270, I Ips 384/2004 in I Kp 1001/2004), dve poslovno zvestobo do interesov družbe (II Kp 37326/2012 in I Ips 9758/2012-88), dve pa poslovno zvestobo do družbenikov in interesov družbe (I Ips 141/2006 in I Ips 145/2007). Sodba I Ips 59294/2010 kot objekt varstva opredeljuje poslovni odnos storilca do lastnikov družbe. Sodba I Ips 85/2009 varuje premoženjske interese znotraj družbe in njenih družbenikov. Tri sodne odločbe kot objekt varstva opredeljujejo premoženjske interese družbe (I Ips 35999/2015-165, II Kp 41672/2015 in II Kp 15577/2011), medtem ko sodba I Ips 35999/2015-165 navaja, da varuje to kaznivo dejanje poleg premoženjskih interesov družbe posredno tudi premoženjske interese njenih družbenikov.

Če v nadaljevanju analiziram leta sprejetih odločitev, ugotovim, da so bile sodne odločbe, ki varujejo poslovno zvestobo (bodisi do družbenikov, interesov družbe ali obojega), sprejete leta 2004 (I Ips 384/2004), 2007 (I Ips 141/2006), 2008 (I Ips 145/2007), 2015 (II Kp

37326/2012 in I Ips 9758/2012-88), 2017 (I Ips 35443/2010-270). Sodne odločbe, ki varujejo premoženjske interese (bodisi družbe, posredno družbenikov ali obeh), so bile sprejete leta 2011 (I Ips 85/2009) in 2017 (I Ips 35999/2015-165, II Kp 41672/2015 in II Kp 15577/2011). Na podlagi navedenega ugotavljam, da so bile sodne odločbe, ki kot objekt varstva določajo poslovno zvestobo, sprejete v obdobju od 2004 do 2017. Od tega je bilo pet odločb Vrhovnega sodišča in ena višjega sodišča. Medtem ko je bila le ena sodna odločba, ki kot objekt varstva določa premoženjske interese sprejeta leta 2011, vse ostale pa leta 2017. Pri tem ni odveč opozoriti, da sta bili od tega dve odločbi višjih sodišč in dve od Vrhovnega sodišča. Ob tem je potrebno upoštevati tudi hierarhično lestvico sodstva v Sloveniji, po kateri je Vrhovno sodišče nad višjimi sodišči. Glede na navedeno je grob zaključek, da sodna praksa kot objekt varstva sploh ne opredeljuje premoženjskih interesov družbe, temveč poslovno zvestobo, na kar kaže dejstvo, da so sodne odločbe, ki so bile sprejete v daljšem obdobju, kot objekt varstva določile poslovno zvestobo.

Natančen pregled sodnih odločb, ki varujejo premoženjske interese družbe, pokaže, da se vse štiri sodne odločbe nanašajo na enoosebne družbe z omejeno odgovornostjo. Ravno iz navedenih sodnih odločb izhaja, da je pomembno, da se upošteva teorijo agenta in se kot objekt varstva določi principalov položaj. Te odločbe se ukvarjajo s problematiko načela ločenosti premoženja, za katerega sem že omenila, da hodi z roko v roki s teorijo agenta, in odgovornostjo družbenikov za to kaznivo dejanje. Če je kot objekt varstva določen principalov položaj, družbeniki kot poslovodje v enoosebni družbi z omejeno odgovornostjo ne morejo biti storilci navedenega kaznivega dejanja, ker v njej ni vzpostavljeno razmerje agent - principal. V enoosebni družbi z omejeno odgovornostjo se to razmerje vzpostavi takrat, ko družbenik zaupa poslovodenje tretji osebi. To pa nikakor ne pomeni, da družbeniki enoosebnih gospodarskih družb ne morejo odgovarjati za katero drugo kaznivo dejanje zoper gospodarstvo ali da za njih ne veljajo pravila, ki so jih dolžni kot družbeniki spoštovati.

2.8 Primerjava objektov varstva

Glede na predstavljene objekte varstva v teoriji in sodni praksi, lahko sklenem, da se objekti v določeni meri prekrivajo (premoženjski interesi družbenikov in poslovna zvestoba). Vzrok za navedeno prekrivanje je tudi to, da se določeni teoretiki zgledujejo po sodni praksi in so kot objekt varstva predstavili tisti objekt, ki izhaja iz (takrat aktualnih) sodnih odločb.

Tako nekateri teoretiki kot objekta varstva opisujejo premoženjske interese družbenikov in poslovno zvestobo. Pri čemer nekateri teoretiki menijo, da je poslovna nezvestoba le način, na katerega se izvrši to kaznivo dejanje in ne objekt varstva. Pogoj za poslovno zvestobo so lojalni odnosi, kar pomeni, da sta poslovna zvestoba in lojalni odnosi dve plati iste medalje. Sicer je že sam pojem poslovne zvestobe precej širok in nedoločen glede na subjekte, na katere se nanaša. Z vidika teorije agenta bi šlo lahko za poslovno zvestobo do principala (delničarja/družbenika), po drugi strani pa je Vrhovno sodišče Republike Slovenije v sodbi,

opr. št. I Ips 9758/2012-88 z dne 3. 12. 2015 opredelilo negativno definicijo poslovne zvestobe, saj je kot poslovno nezvestobo opredelilo zanemarjanje koristi lastne organizacije. Tudi Višje sodišče v Ljubljani je s sklepom, opr. št. II Kp 37326/2012 z dne 9. 4. 2015 opredelilo poslovno nezvestobo kot očitno ravnanje v nasprotju s poslovnimi in siceršnjimi interesi oškodovane družbe. Očitno sodna praksa razume poslovno nezvestobo kot nezvestobo do družbe in ne delničarjev ali družbenikov (principalov). Nasprotno pa je stališče teorije, da pomeni izvršitev tega kaznivega dejanja poslovno nezvestobo storilca do lastnika oziroma lastnikov gospodarske družbe (Deisinger, 2017, str. 513).

Vrhovno sodišče Republike Slovenije se je v sodbi, opr. št. I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011 izrecno opredelilo do tega, da objekt varstva ni gospodarstvo oziroma »zaupanje, da v gospodarskem poslovanju nihče ne bo ravnal proti interesom gospodarskih subjektov«. Tako navedena sodba varuje gospodarske interese gospodarske družbe, ne pa njenih lastnikov. Temu pa nasprotuje teorija, ki je v nekem delu posredno izpostavila kot objekt varstva gospodarstvo, načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju in integriteto trga.

Sodna praksa je kot objekt varstva izpostavila tako poslovno zvestobo do družbenikov kot tudi do interesov družbe ali obojega. Jasno je, da se navedenih treh objektov ne sme enačiti. Nasprotno pa lahko objekt poslovna zvestoba do družbenikov izenačimo z objektoma, v teoriji imenovanima zaščita principalovih koristi in principalov položaj. Kot že omenjeno je poslovna zvestoba do družbenikov eden od pogojev za vzpostavitev razmerja agent – principal. Ta poslovna zvestoba pa temelji oziroma izhaja iz zaupanja, ki je vzpostavljeno med agentom in principalom. Glede na predstavljena teoretična izhodišča teorije agenta, lahko sklenem, da mora biti agent zvest svojemu principalu (družbeniku/delnicarju) in v primeru, če agent ni zvest (ne sledi principalovim interesom), ima principal na voljo različne mehanizme, s pomočjo katerih ga lahko nadzira. Tako je jasno, da je poslovna zvestoba tista, ki vzdržuje razmerje med agentom in principalom. Stališče teorije, ki je kot objekt varstva opredelila zaupanje, zato kaže na to, da bi moral biti objekt varstva principalov položaj, saj je eden od temeljev za vzpostavitev tega razmerja agent – principal.

Že iz samega opisa navedenega kaznivega dejanja izhaja, da gre za to, da storilec zlorabi svoj položaj tako, da dejanj, za katera je (v konkretnem primeru kot poslovodja oziroma direktor družbe) sicer pooblaščen, ne opravi v skladu z njihovim namenom oziroma v skladu z interesi gospodarske družbe (sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Kp 37326/2012 z dne 9. 4. 2015). Tako ne morejo biti interesi gospodarske družbe objekt, ki naj bi ga to kaznivo dejanje varovalo, saj se eden od izvršitvenih načinov tega kaznivega dejanja izpolni takrat, ko storilec ne deluje v skladu z interesi gospodarske družbe. Član organa vodenja ali nadzora v določeni gospodarski družbi, postane član tega organa zato, da bo deloval v skladu z interesi te družbe, na kar kažejo tudi določbe ZGD-1 o odpravi nasprotja (konfliktov) interesov in pogoji, kdo so lahko oziroma ne smejo biti člani organov družbe.

Premoženjski interesi družbe se pogosto razlikujejo od premoženjskih interesov družbenikov. Tega mnenja so tudi Kocbek, Ivanjko, Bratina in Podgorelec (2010, str. 25), ki so opredelili interese v gospodarski družbi kot polivalentne – individualne, ki jih uveljavljajo družbeniki oziroma delničarji in upniki, nadindividualne interese, ki jih uveljavlja družba, in transpersonalne interese, ki se uresničujejo v družbi in predstavljajo interes družbinega podjetja. To lahko razumemo na dva načina. Z družbo namreč upravljajo managerji (agenti), ki imajo različne interese od principalov (družbenikov/delnicarjev). Po drugi strani pa so individualni interesi principalov (družbenikov oziroma delnicarjev) različni in je v bistvu gospodarska družba nosilec skupnih interesov vseh principalov (Kocbek, Ivanjko, Bratina & Podgorelec, 2010, str. 27). Tako je od samega principala (in nadzornih mehanizmov, ki jih bo vzpostavil nad agentom) odvisno, v kolikšni meri bodo premoženjski interesi družbe enaki premoženjskim interesom družbenikov oziroma v kolikšni meri se bodo preko premoženjskih interesov družbe posredno varovali tudi premoženjski interesi njenih družbenikov. Da se premoženjski interesi družbenikov posredno varujejo preko premoženjskih interesov družbe, izhaja tudi iz sodbe Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. I Ips 35999/2015-165 z dne 23. 3. 2017. Tu pa se vzpostavi novo vprašanje, ali so interesi gospodarske družbe enaki kot so interesi delnicarjev oziroma družbenikov. Kot že omenjeno, imajo tudi delnicarji oziroma družbeniki različne interese. Te različne interese lahko delnicarji oziroma družbeniki uskladijo na skupščini. V skladu z že omenjenim, da skupščina voli člane nadzornega sveta, ki so podaljšana roka principalov, ki imenujejo člane uprave, se interesi delnicarjev prenesejo tudi na agente. Kljub temu, da imajo tudi agenti svoje interese, ki jih zasledujejo, morajo biti ti v skladu oziroma podrejeni interesom principalov. Če niso, lahko principalali uporabijo mehanizme nadzora, s katerimi lahko agente na nek način prisilijo k spoštovanju in uresničevanju njihovih interesov. Po drugi strani pa se lahko agenti seznanijo s principalovimi interesi tudi na skupščini, ki se je smejo po določbah ZGD-1 udeležiti. Da je skupščina namenjena razreševanju morebitnih nasprotij interesov, izhaja tudi iz sodne prakse (»skupščina naj razpravlja o notranjih nesoglasjih in vzrokih zanje«, sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. III Ips 105/2008 z dne 28. 3. 2011). Ob upoštevanju dejstva, da so principalali tisti, ki primarno določijo interese družbe in jih sekundarno uskladijo tudi z interesi agentov in drugih deležnikov v družbi (npr. delavcev), ki so sicer po svojem bistvu podrejeni principalovim interesom, lahko zaključim, da so interesi gospodarske družbe po svojem bistvu oziroma izvoru interesi principalov.

Primerjava objektov varstva pokaže, da sodna praksa sicer posredno (preko poslovne zvestobe do družbenikov in zaupanja kot objekta varstva) varuje principalov položaj, ki ga je kot objekt varstva izpostavil Cepec (2016), Keršmanc (2014) pa je izpostavil varstvo principalovih koristi, ki je po mojem mnenju sicer ožji pojem kot principalov položaj.

3 TEORIJA AGENTA IN KAZNIVO DEJANJE ZLORABE POLOŽAJA ALI ZAUPANJA PRI GOSPODARSKI DEJAVNOSTI

3.1 Principalov položaj kot objekt varstva navedenega kaznivega dejanja

Jager (2002, str. 1635) je navedel tri skupne točke, ki povezujejo ekonomijo in kazensko pravo. To so: odločitev države poseči v dogajanja na legalnih tradicionalnih trgih, vpliv ekonomskih razmer (ugodnih in neugodnih) na kriminaliteto in ekonomska analiza prava. Pri tem je navedel, da se bo posameznik odločil storiti določeno kaznivo dejanje, ko bo imel od tega več koristi kot stroškov, kar utemeljuje s teorijo razumnega ravnanja (ang. rational choice theory) (Jager, 2002, str. 1637).

Že sam instrumentarij korporacijskega in civilnega prava vzpostavlja določene mehanizme, s katerimi lahko sankcionira posameznike, ki ne spoštujejo teh pravil. Poleg civilnega prava pa to ureja tudi kazensko (Jager, 2002; Keršmanc, 2014). Samo kazensko pravo pa ne more učinkovito kaznovati storilcev gospodarskih kaznivih dejanj, če pri tem ne upošteva zakonitosti gospodarstva oziroma ekonomije kot vede o gospodarstvu. Tako mora kazensko pravo pri kaznivem dejanju zlorabe položaja in zaupanja pri gospodarski dejavnosti upoštevati tudi teorijo agenta.

3.1.1 Omejitve principalovega položaja

Principali (delničarji in družbeniki) so gonilna sila gospodarstva, saj so oni tisti, ki vzpostavijo dogajanja na trgih, med drugim tudi z ustanavljanjem in preoblikovanjem gospodarskih družb. Ravno zaradi njihovega vpliva na gospodarstvo, ki je temelj vsake države, ne more vsaka oseba postati član organa upravljanja in nadzora v gospodarski družbi oziroma poslovodja, tako ne more vsaka oseba ustanoviti družbe, postati podjetnik ali pridobiti statusa družbenika. Te omejitve so določene v 10. a členu ZGD-1.

Ustanovitelj, družbenik in podjetnik ne more postati oseba:

1. ki je bila pravnomočno obsojena na kazen zapora zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine in je vpisana v kazensko evidenco ministrstva, pristojnega za pravosodje;
2. ki je bila v obdobju zadnjih 12 mesecev javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek, ali je javno objavljena na seznamu neplačnikov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek;
3. ki je neposredno ali posredno z več kot 25 odstotki udeležena v kapitalu kapitalne družbe, ki je bila v obdobju zadnjih 12 mesecev javno objavljena na seznamu nepredlagateljev obračunov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek, ali je javno objavljena na seznamu neplačnikov na podlagi zakona, ki ureja davčni postopek;

4. ki ji je bila v zadnjih treh letih s pravnomočno odločbo Inšpektorata Republike Slovenije za delo oziroma Finančne uprave Republike Slovenije najmanj dvakrat izrečena globa zaradi prekrška v zvezi s plačilom za delo oziroma prekrška v zvezi z zaposlovanjem na črno;
5. ki je bila neposredno z več kot 50 odstotki udeležena v kapitalu družbe z omejeno odgovornostjo, ki je bila izbrisana iz sodnega registra brez likvidacije po zakonu, ki ureja finančno poslovanje, postopke zaradi insolventnosti in prisilno prenehanje.

V skladu z načelom ločenosti premoženja gospodarske družbe od premoženja družbenikov oziroma delničarjev, družba za svoje obveznosti odgovarja z vsem svojim premoženjem (7. člen ZGD-1). Ob tem je potrebno upoštevati tudi delitev gospodarskih družb na osebne in kapitalske. V osebnih družbah družbeniki odgovarjajo za obveznosti družbe z vsem svojim premoženjem, v kapitalskih pa ne. Izjemo od tega predstavlja institut spregleda pravne osebnosti, ki je urejen v 8. členu ZGD-1. Za obveznosti družbe odgovarjajo tudi njeni družbeniki, če so:

- družbo kot pravno osebo zlorabili za to, da bi dosegli cilj, ki je zanje kot posameznike prepovedan,
- družbo kot pravno osebo zlorabili za oškodovanje svojih ali njenih upnikov,
- v nasprotju z zakonom ravnali s premoženjem družbe kot pravne osebe kot s svojim lastnim premoženjem, ali
- če so v svojo korist ali v korist druge osebe zmanjšali premoženje družbe, čeprav so vedeli ali bi morali vedeti, da ne bo sposobna poravnati svojih obveznosti tretjim osebam.

S tem korporacijsko pravo vzpostavlja določene mehanizme, s katerimi želi preprečiti, da bi principal (družbeniki ali delničarji) izrabili gospodarsko družbo za izvedbo prepovedanih ravnanj, na podlagi katerih gospodarska družba ne bi bila temeljna celica gospodarstva, temveč zgolj nek prazen okvir, namenjen zasledovanju ciljev, ki niso povezani z gospodarstvom. Tako nudi že samo korporacijsko pravo določene mehanizme, s katerimi se lahko kaznuje tudi principale. Slednji pa lahko odgovarjajo tudi za katero drugo kaznivo dejanje, le za kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1 ne.

3.1.2 Varstvo principalovega položaja

Že iz samega opisa kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti izhaja, da storilec (agent) ne sme pridobiti sebi ali komu drugemu premoženjske koristi, kar sicer izhaja že iz teorije agenta, po kateri agent ne sme pridobiti premoženjske koristi iz nobenega pravnega posla, ki ga je sklenil kot agent. Vse to pa izvira iz temelja te teorije, po kateri mora agent delovati v skladu s principalovimi interesi.

Če pogledamo z vidika interesov, ki so temelj vzpostavitve razmerja agent - principal, ugotovimo, da je gospodarska družba nosilec vseh skupnih interesov vseh družbenikov oziroma delničarjev, torej interesov principalov. To pa pomeni, da so skupni interesi principalov tisti, ki jim morajo agenti slediti pri vodenju gospodarske družbe. Navedena teorija govori v prid principalovemu položaju kot objektu varstva tega kaznivega dejanja.

V prid dejstvu, da je objekt varstva principalov položaj govorijo tudi vsa pravila korporacijskega prava, preko katerih se ta varuje in ki so bila predhodno že omenjena; ob upoštevanju, da mora že korporacijsko pravo s svojimi mehanizmi zavarovati principalov položaj. Kar nekaj določb ZGD-1, ki bodo predstavljene v nadaljevanju, nakazuje, da posredno varujejo principalov položaj.

Pravila, ki urejajo delniško družbo, posredno varujejo principalov položaj. Ta je posredno varovan z določbo, po kateri družba ne sme pridobivati lastnih delnic. Izjemoma jih lahko pridobi le, če gre za nujno pridobitev, če se ponudijo v odkup delavcem družbe ali z njo povezane družbe, se s tem zagotovi delničarjem odpravnino, če gre za neodplačno pridobitev, če banka, zavarovalnica in druga finančna organizacija pridobi delnice pri nakupni komisiji, na podlagi univerzalnega pravnega nasledstva, na podlagi sklepa skupščine o umiku delnic po določbah o zmanjšanju osnovnega kapitala in na podlagi pooblastila skupščine za nakup lastnih delnic (prvi odstavek 247. člena ZGD-1). Navedene izjeme pa veljajo le, ko gre za derivativno pridobitev delnic (na sekundarnem trgu), in ne za originarno pridobitev ob ustanovitvi delniške družbe (Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 528). Če navedene prepovedi ne bi bilo, bi lahko managerji (agenti) »prevzeli oblast« oziroma kot trdi Kocbek (v Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 528), bi lahko prišlo do precejšnje osamosvojitve posloводства od delničarjev.

Da imajo principalali premoč nad agenti (organi vodenja oziroma poslovodstvom), je mogoče posredno razbrati tudi iz določbe 295. člena ZGD-1, po kateri sicer poslovodstvo res skliče skupščino delniške družbe, a kljub temu lahko delničarji, katerih skupni deleži dosegajo dvajsetino osnovnega kapitala, od posloводства pisno zahtevajo sklic skupščine.

Tudi omejitvev, ki velja v delniški družbi z enotirnim sistemom upravljanja, da je lahko največ polovica članov upravnega odbora izvršnih direktorjev (prvi odstavek 291. člena ZGD-1) velja le za javne družbe, ki imajo praviloma razpršeno lastniško strukturo. Po mnenju Kocbeka, Ivanjka, Bratine in Podgorelca (2010, str. 343) je vzrok za to v bolj koncentrirani lastniški strukturi družbe, zaradi katere je nevarnost kontrolnega primanjkljaja v smislu problema principal/zastopnik pri nejavnih družbah manjša. Tudi iz navedenega izhaja, da ZGD-1 z navedeno omejitvijo posredno varuje principalov položaj.

Prav tako varujejo principalov položaj tudi pravila, ki urejajo družbo z omejeno odgovornostjo. Tako imajo družbeniki predkupno pravico pred drugimi osebami, tj. prednost pri nakupu poslovnega deleža (četrti in peti odstavek 481. člena ZGD-1).

Na smiselnost postavitve principalovega položaja kot objekta varstva nakazujejo že predstavljene določbe ZGD-1. V skladu s teorijo agenta principal ne more storiti tega kaznivega dejanja, zato je pomembno, da se principalov položaj določi kot objekt varstva. Posledično to olajša tudi odkrivanje in pregon tega kaznivega dejanja, ker se med drugim zoži tudi krog potencialnih storilcev in se zaradi nedoločenega objekta varstva nepravilno ne interpretira drugih določb kazenskega prava (kot npr. v enoosebni družbi z omejeno odgovornostjo). Principali so tisti, ki ustvarjajo dinamičnost na trgu s tem, da ustanavljajo gospodarske družbe in je zato potrebno varovati njihov položaj v primerih, ko vsi mehanizmi, s katerimi lahko nadzorujejo agente in posredno svojo lastnino, odpovejo. Ob spoznanju, kako pomembno je zaupanje v gospodarskih družbah (oziroma organizacijah na splošno), gre pri tej določitvi principalovega položaja kot objekta varstva, za vzpostavitev zaupanja na ravni agenta in principala, kot tudi zaupanja v samo gospodarstvo, za kar mora poskrbeti država s kazenskopravnim varstvom.

3.1.3 Ustavno varstvo kapitalskih vložkov kot zasebne lastnine

V 33. členu Ustave Republike Slovenije je določena pravica do zasebne lastnine in dedovanja. Skupaj z navedenim členom pa ustavnopravno varujeta lastnino tudi 67. člen (lastnina) in 74. člen Ustave Republike Slovenije (podjetništvo). Po določbi 67. člena Ustave Republike Slovenije zakon določa način pridobivanja in uživanja lastnine tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija ter določa način in pogoje dedovanja. 74. člen Ustave Republike Slovenije določa, da je gospodarska pobuda svobodna in da zakon določa pogoje za ustanavljanje gospodarskih organizacij, da se gospodarska dejavnost ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo in da so prepovedana dejanja nelojalne konkurence in dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco. Ustavno sodišče je v 22. točki odločbe U-I-60/98 z dne 16. 7. 1998 opredelilo, da jamstvo zasebne lastnine kot človekove pravice zagotavlja posamezniku svobodo na premoženjskem področju. Pri čemer varstvo lastninske svobode zajema posameznike (fizične osebe) in pravne osebe (Šturm ur., 2002, str. 343). Zobec (v Šturm ur., 2011, str. 451) opredeljuje lastnino kot enega od osrednjih in najpomembnejših (motivacijskih) mehanizmov tržnega sistema ter s tem gospodarskega in družbenega razvoja in opredeli lastninsko svobodo, ki zajema več elementov: svobodo pridobivanja lastnine, uživanje lastnine, pravico do prenašanja lastnine in zaupanje v pridobljene pravice. Domet pravice do zasebne lastnine je zelo širok, nanaša se tudi na kapitalske vložke (Šturm ur., 2011, str. 452).¹⁶

Kapitalski vložki so delnice in poslovni deleži. Če povzamem Kocbeka (v Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 502) so pravice delničarjev korporacijske in se naprej delijo na premoženjske in članske pravice v ožjem pomenu. Z določbo 33. člena Ustave Republike Slovenije je varovan zgolj pravni položaj delničarjev, ne pa njihov ekonomski interes (Šturm ur., 2011, str. 454). Med premoženjske pravice uvrščamo pravico do dela dobička

¹⁶ Glej tudi odločbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-199/02-42 z dne 21. 10. 2004 in U-I-66/08-6 z dne 8. 5. 2008.

(dividende), pravico do ustreznega dela preostalega premoženja po likvidaciji ali stečaju družbe (drugi odstavek 176. člena ZGD-1) in pravico do prednostnega vpisa novih delnic, ki se nanaša na dosedanje delničarje (prvi odstavek 338. člena ZGD-1). Ker so norme korporacijskega prava dispozitivne (izjema velja le za kogentne določbe), lahko delničarji s statutom določijo tudi druge premoženjske pravice. Med ožje članske pravice delničarjem spadajo: aktivna in volilna pravica v organih družbe, pravica do nadzora nad poslovanjem družbe, pravica do informacij, pravica do izpodbijanja sklepov oziroma ukrepov organov družbe (Kocbek v Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 525). Zobec (v Šturm ur., 2011, str. 469) meni, da upravljavska upravičenja praviloma niso sama sebi namen – so le posledica premoženjskega interesa delničarja (ki tega interesa ne more učinkovito varovati in uresničevati brez upravljavskih upravičenj) in zato sredstvo premoženjskih upravičenj. Prek upravljavskih pravic imetnik delnice vpliva na kapital, ki ga je vložil v delniško družbo – brez teh pravic ni mogoče razpolagati s premoženjem družbe (Zobec v Šturm ur., 2011, str. 469). Kljub temu pa je, kot je izpostavil Zobec, stališče Ustavnega sodišča drugačno, saj določba 33. člena Ustave Republike Slovenije varuje zgolj premoženjska upravičenja, ki izvirajo iz delnice.¹⁷

Člen 74 Ustave Republike Slovenije se nanaša na fizične in pravne osebe, ki opravljajo ali nameravajo opravljati gospodarsko dejavnost na trgu (odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-292/00 z dne 14. 11. 2002) (Zagradišnik v Šturm ur., 2011, str. 1039). Pri tem je potrebno izpostaviti, da navedeni člen varuje človekovo pravico, ki je ni mogoče uresničiti neposredno na podlagi Ustave (odločba Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-218/04-8 z dne 3. 10. 2004) (Zagradišnik v Šturm ur., 2011, str. 1040). Odras tega člena je svobodno tržno gospodarstvo, saj varuje upravičence pred posegi države, obenem pa država s tem skrbi za spremljanje tržne igre (Šturm ur., 2011, str. 727). Po Renati Zagradišnik (Šturm ur., 2011, str. 1057) so premoženjske pravice iz delnice varovane s 33. členom Ustave Republike Slovenije, upravljavske pravice pa s 74. členom Ustave Republike Slovenije. Kljub temu pa menita tako Zagradišnik kot tudi Zobec, da strogo ločevanje med obema vrstama upravičenj in zagotavljanje varstva po 33. členu Ustave Republike Slovenije le za premoženjska upravičenja iz delnice ni utemeljeno in je tudi v nasprotju s stališčem ESČP, po katerem je delnica kompleksna entiteta (Šturm ur., 2011, str. 454, 1058).

Iz navedenega izhaja, da je položaj lastnikov (principalov) tudi ustavnopravno varovan, in sicer posredno, preko kapitalskih vložkov kot zasebne lastnine.

V sodni praksi se je postavilo vprašanje, če lahko poslovodja odgovarja za to kaznivo dejanje, če ravna v skladu z navodili skupščine. Z vidika teorija agenta za to kaznivo dejanje ne more odgovarjati, ker poslovodja kot agent sledi interesom principalov (delničarjev in družbenikov na skupščini). Navodila skupščine pa kot takšna ne smejo biti protipravna.

¹⁷ Tako v odločbi Ustavnega sodišča Republike Slovenije U-I-199/02-42 z dne 21. 10. 2004.

Ob upoštevanju navedenih spoznanj o lastnini, lahko zaključim, da mora kazensko pravo pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti tudi z vidika teorije agenta varovati principalov položaj. To sicer nikakor ne pomeni, da principal (delničarji ali družbeniki) ne morejo odgovarjati za katero drugo kaznivo dejanje zoper gospodarstvo. Principal kot lastnik kapitalskih vložkov zaupa svojo lastnino v upravljanje nekomu, nad katerim sicer ima določene mehanizme nadzora, ki mu jih nudi korporacijsko pravo. Kadar pa ti mehanizmi niso dovolj, mora v to poseči kazensko pravo in zavarovati principalov položaj. Poleg tega danes prevladuje tržno gospodarstvo, katerega gospodar je sicer trg, država pa je tista, ki lahko le postavi meje, znotraj katerih se subjekti na trgu gibljejo svobodno. Vse to je zajeto v Hayekovi misli: »To pomeni, da za normalno delovanje sistema ni dovolj, da so zakonska pravila, v katerih deluje, splošna, temveč mora biti vsebina teh pravil takšna, da bo trg dovolj dobro deloval. Razlog v prid svobodni ureditvi ni v tem, da bo ob omejitvi prisile na splošna pravila vsak sistem deloval zadovoljivo, temveč v tem, da je moč splošna pravila oblikovati tako, da je sistemu sploh omogočeno delovanje. Za učinkovito prilagajanje raznovrstnih dejavnosti na trgu mora biti zadoščeno določenim minimalnim zahtevam; pomembnejše izmed njih so, kot smo videli, zaščita pred nasiljem in prevarami, zaščita lastnine in izvajanje pogodb ter priznanje enakih pravic vsem za proizvodnjo količin po njihovi izbiri in prodajo po cenah, kot jih sami določijo« (Hayek, 2012, str. 345).

Na podlagi vsega navedenega potrjujem prvo hipotezo, da bi moral biti objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti principalov položaj, ker je to v skladu s teorijo korporacijskega prava in z nauki korporativnega upravljanja.

3.2 Premoženje družbe kot objekt varstva navedenega kaznivega dejanja

Nesmiselno je, da bi bilo kot objekt varstva določeno nekaj, v kar lahko principalali posežejo kadarkoli (Cepec, 2016, str. 25). Da premoženje družbe ne more biti objekt varstva tega kaznivega dejanja izhaja že iz samih določb ZGD-1, ki urejajo prenos premoženja, povečanje ali zmanjšanje osnovnega kapitala, statusno preoblikovanje in prenehanje delniške družbe in družbe z omejeno odgovornostjo.

Iz pravil, ki urejajo delovanje delniške družbe izhaja, da lahko skupščina (principalali) vpliva na premoženje delniške družbe. Delniška družba lahko prenese najmanj 25 % premoženja družbe, če tako odloči skupščina s sklepom¹⁸ (330. člen ZGD-1). Prav tako lahko skupščina delniške družbe vpliva na povečanje osnovnega kapitala (333.-342. člen ZGD-1), pogojno povečanje osnovnega kapitala (343-352. člen ZGD-1), povečanje osnovnega kapitala iz sredstev družbe (358.-370. člen ZGD-1), redno zmanjšanje osnovnega kapitala (372.-378.

¹⁸ Kocbek (v Ivanjko, Kocbek & Prelič, 2009, str. 751) definira sklep skupščine kot korporacijski pravni posel, s katerim skupščina z glasovanjem delničarjev oblikuje in izjavi njihovo voljo v zvezi z urejanjem družbinih zadev.

člen ZGD-1), poenostavljeno zmanjšanje osnovnega kapitala (379.-380. člen ZGD-1), zmanjšanje osnovnega kapitala z umikom delnic (381.-383. člen ZGD-1). Poleg tega pa lahko skupščina kadarkoli poskrbi za prenehanje družbe. Po drugi alineji prvega odstavka 402. člena ZGD-1 lahko družba (redno) preneha s sklepom skupščine. Pod pogoji, opredeljenimi v prvem odstavku 425. člena ZGD-1, pa lahko družba preneha na predlog delničarjev po skrajšanem postopku brez likvidacije. Nenazadnje so tudi principalisti tisti, ki lahko družbo tudi statusno preoblikujejo, in sicer z združitvijo, delitvijo, prenosom premoženja ali spremembo pravnoorganizacijske oblike (delniško družbo lahko preoblikujejo v družbo z omejeno odgovornostjo (648.-651. člen ZGD-1) (prvi odstavek 579. člena ZGD-1).

Podobne pristojnosti imajo tudi družbeniki v družbi z omejeno odgovornostjo, saj lahko skupščina družbenikov sprejme sklep za povečanje osnovnega kapitala (517. člen ZGD-1) ali povečanje osnovnega kapitala s stvarnimi vložki (518. člen ZGD-1). Skupščina družbenikov lahko sprejme tudi sklep, da se osnovni kapital družbe zmanjša (520. člen ZGD-1). Tako kot pri delniški družbi, lahko tudi pri družbi z omejeno odgovornostjo, sprejmejo družbeniki sklep, da družba preneha (druga alineja prvega odstavka 521. člena ZGD-1) ali spremenijo pravnoorganizacijsko obliko družbe in jo preoblikujejo v delniško družbo (652.-656. člen ZGD-1). V končani likvidaciji, po poplačilu vseh obveznosti družbe, se preostalo premoženje razdeli med delničarje v sorazmerju z njihovimi deleži (prvi odstavek 418. člena ZGD-1). Ta člen pa se smiselno uporablja tudi za ureditev družbe z omejeno odgovornostjo (522. člen ZGD-1).

Kot je že zgoraj specificirano, lahko skupščina delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo med drugim sprejme tudi ukrepe za povečanje in zmanjšanje osnovnega kapitala, prenehanje družbe in statusno preoblikovanje družbe (šesta in sedma alineja prvega odstavka 293. člena ZGD-1). Pri statusnem preoblikovanju se lahko spremeni pravni položaj družbenikov in tudi vsebina upravičenj, ki jo imajo glede na svoj kapitalski delež (Kocbek, Ivanjko, Bratina & Podgorelec, 2010, str. 132). Če lahko principalisti (skupščina delniške družbe ali družbe z omejeno odgovornostjo) sprejmejo navedene ukrepe, je nesmiselno, da bi kazensko pravo varovalo kot objekt nekaj, kar je v domeni principalov. To bi bilo podobno, kot če bi sosedu počila cev in bi zmočilo steno, na kateri bi nastal madež. Mi bi steno prebarvali, ne da bi sosed zamenjal počene cevi. Tako bi se vrteli v krogu in vsak dan znova prebarvali steno, dokler sosed ne bi zamenjal cevi.

Na podlagi vseh zaključkov, sprejetih pri primerjavi objektov varstva v teoriji in sodni praksi, ter tudi utemeljitve, zakaj bi moral biti objekt varstva principalov položaj, potrjujem tudi drugo hipotezo, da so si stališča teorije in sodne prakse, ki po eni strani opredeljujeta, da je objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti premoženje družbe oziroma družba sama, po drugi strani pa dovoljujeta posege v družbo oziroma njeno premoženje, v nasprotju.

SKLEP

Ločitev lastništva od upravljanja je imela pomemben vpliv na gospodarstvo, saj je po eni strani nakazovala prehod iz lastniškega v korporativni kapitalizem, po drugi strani pa je vplivala na razvoj novih ekonomskih področij, kot je korporacijsko upravljanje (ang. corporate governance). Če so pred omenjeno ločitvijo v gospodarski družbi prevladovali interesi lastnikov, se je sedaj to spremenilo, ker imajo managerji, ki vodijo in upravljajo gospodarsko družbo, drugačne interese.

Kot posledica že omenjene ločitve pa se je razvila tudi teorija agenta, ki prepoznava konflikt interesov med različnimi ekonomskimi akterji, pri čemer je to odvisno od možnosti zaznavanja problemov in asimetrije informacij (Hart, 1989, str. 1758). Ta razmerja pa se lahko vzpostavijo v različnih odnosih, tako znotraj kot tudi izven gospodarske družbe. Takrat, ko agent ne deluje v skladu s principalovimi interesi, se pojavi problem teorije agenta. Do tega problema pride zaradi asimetrije informacij, s katero sta povezana dva problema, in sicer moralni hazard in negativna selekcija, in agencijskih stroškov, ki jih predstavljajo stroški monitoringa managerja in stroški managerskega oportunitizma (Hansmann, 2000, str. 30) in nastanejo, ko se skuša odpraviti razlike med interesi agentov in principalov.

Temelj navedenega razmerja agent - principal pa predstavlja zaupanje, kar sta opisala Dowrick (1954, str. 28) in Keršmanc (2014, str. 112). Shapiro (1987, str. 626) pa je predstavila zaupanje kot modus operandi kriminala belih ovratnikov, med katerega spada tudi kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja, kot je opredeljeno v 240. členu KZ-1. Ker je zaupanje temelj tega razmerja, se šteje, kadar storilec izvrši to kaznivo dejanje z direktnim naklepom kot direktna izdaja, takrat, ko izvrši to kaznivo dejanje z eventualnim naklepom pa gre za nenamerno ali priložnostno izdajo.

Principal ima na voljo različne mehanizme, s katerimi lahko nadzoruje agenta in s katerimi lahko prepreči oziroma odpravi konflikt interesov med njima. Ti mehanizmi pa so opredeljeni tudi v ZGD-1. Tako drugi odstavek 255. člena ZGD-1 opredeljuje negativno definicijo, kdo ne sme biti član organov vodenja ali nadzora v delniški družbi oziroma poslovodja v družbi z omejeno odgovornostjo in s tem posredno varuje principala pri izbiri agenta. Odpravo nasprotij interesov v gospodarski družbi pa varuje tudi določba 38. a člena ZGD-1.

V osebnih družbah se razmerje agent - principal na način, kot je opisan v ekonomski teoriji, ne vzpostavi. Kljub določbi 10. člena ZGD-1, po kateri se za poslovodstvo družbe z neomejeno odgovornostjo štejejo družbeniki, slednji z vidika teorije agenta, ne morejo biti storilci kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1, ker ni vzpostavljeno razmerje agent - principal in posledično ne pride do konflikta interesov med njima. Le v primeru, če prenesejo upravičenje za vodenja na tretje osebe, se vzpostavi razmerje agent - principal in

so posledično lahko te osebe, v skladu s teorijo agenta, storilci tega kaznivega dejanja. Smiselno enako velja za komanditno družbo, ko komplementarji prenesejo upravičenje za vodenje na tretje osebe.

Nasprotno pa se razmerje agent - principal vzpostavi v kapitalskih družbah, kar potrjuje domnevo, da je do vzpostavitve tega razmerja prišlo zaradi ločitve lastništva in upravljanja. Sicer pa so agenti v kapitalski družbah le organi vodenja oziroma poslovodstvo in ne nadzorni organi. Menim, da so nadzorni organi le podaljšana roka principalov, ki služijo prepoznavanju potencialnih konfliktov interesov, odpravljanju in njihovem preprečevanju. Z vidika teorije agenta tudi ni vseeno, če so managerji hkrati družbeniki, ali ne. Če so managerji hkrati družbeniki, se razmerje agent - principal sploh ne vzpostavi.

V 24. poglavju KZ-1 so opredeljena kazniva dejanja zoper gospodarstvo in med njimi tudi kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-1). Problem gospodarskih kaznivih dejanj je, da moramo že pri sami njihovi inkriminaciji, kot tudi pozneje pri odkrivanju in pregonu, imeti ekonomsko znanje, ki ga moramo uskladiti s pravno teorijo. To posebej velja pri določitvi objekta kaznivega dejanja, ki mora biti znan, saj je od njega odvisna učinkovitost odkrivanja in pregona teh kaznivih dejanj ter določitev kroga storilcev.

Ker je to kaznivo dejanje po svojem bistvu *delictum proprium*, so lahko storilci in sotorilci tega kaznivega dejanja le fizične osebe, ki imajo določene lastnosti. Za to kaznivo dejanje pa lahko v skladu s 4. in 25. členom ZOPOKD odgovarja tudi pravna oseba, pri čemer je potrebno upoštevati, da je dejanski storilec tega kaznivega dejanja takrat agent.

V sodni praksi se je pri obravnavi tega kaznivega dejanja v enoosebnih družbah z omejeno odgovornostjo na prvi pogled vzpostavilo navzkrižje med načelom ločenosti premoženja družbe od premoženja njenih družbenikov in teorijo agenta. A to ne drži, ker sta dometa načela in teorije agenta različna. Premoženje gospodarske družbe je po tem načelu osamosvojeno in ločeno od premoženja družbenikov. To izhaja tudi iz 7. člena ZGD-1, po katerem družba odgovarja za svoje obveznosti z vsem svojim premoženjem. Nasprotno pa teorija agenta ureja potencialno konfliktna razmerja med agentom in principalom zaradi različnih interesov, ki jih imata. Tako se v grobem načelo nanaša na premoženjsko sfero, teorija agenta pa na upravljavsko, kar pomeni, da hodita z roko v roki.

Za potrebe magistrskega dela, sem poenotila izraze dobrina, vrednota in objekt in za vse uporabila splošni izraz objekt. Tako Selinšek (2006) omenja kot objekte varstva gospodarsko poslovanje, načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju. Turinek (2016) izpostavlja kot objekte varstva gospodarsko poslovanje in lojalne odnose v gospodarskih in z njimi izenačenih subjektih ter načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju. Po Klavdiji Jelenko (2015) je objekt dano zaupanje. Keršmanc (2014) izpostavi zaščito principalovih koristi in varstvo zaupanja kot systemske

metadobrine. Cepec (2016) opredeli principalov položaj, Pušnik (2017) pa premoženje. Slednje kot objekt izpostavi tudi Baucon (2004). Devetak (2013) pa opredeli kot objekte varstva poslovno zvestobo in premoženjske interese družbenikov družb. Deisinger (2017) meni, da to kaznivo dejanje pomeni poslovno nezvestobo storilca do lastnika oziroma lastnikov gospodarske družbe.

Teorija ni enotna pri določitvi objekta varstva tega kaznivega dejanja. Po mojem mnenju je nesmiselno, da se kot objekt varstva opredeli splošna načela (kot npr. načelo vestnosti in poštenja pri gospodarskem poslovanju), ki utemeljujejo obstoj posamezne gospodarske družbe, ker ta načela predstavljajo le vodila, kako morajo ravnati člani organov vodenja in nadzora gospodarskih družb. Navedena načela so vzpostavljena z namenom varovanja principalovega položaja. Gospodarstvo ne more biti opredeljeno kot objekt varstva, ker gre preobsežen in premalo določen pojem in bi posledično razširilo inkriminacijsko cono tega kaznivega dejanja. Poleg tega danes prevladuje tržno gospodarstvo, katerega gospodar je sicer trg, država pa je tista, ki lahko postavi le meje, znotraj katerih se subjekti na trgu gibljejo svobodno. Tudi gospodarsko poslovanje je premalo konkretiziran oziroma preširok in nedoločen pojem, da bi bil lahko objekt varstva. Predvsem je problematična opredelitev tega, kakšno naj bi bilo gospodarsko poslovanje, ki bi ga varovalo to kaznivo dejanje kot objekt. Managerji pogosto sprejemajo v danem trenutku in danih razmerah najboljše možne odločitve, ki se kasneje lahko izkažejo za napačne. Poleg tega na to vplivajo tudi negospodarski dejavniki, ki so lahko naravni (npr. naravne nesreče – suša, poplave) ali družbeni (npr. vojna, sprememba državnih mej,...). Eden od pogojev za vzpostavitev razmerja agent – principal je poslovna zvestoba, saj je bistvo tega razmerja odprava nasprotij interesov med agentom in principalom. To pa je mogoče doseči le, če obstaja med njima določeno zaupanje, ki se vzpostavi, če je agent poslovno zvest principalu. Tako je mogoče pritrditi stališču Keršmanca (2014, str. 322), da brez posebnega zaupnega razmerja preslepitev principala ne bi uspela. Kljub temu pa so si stališča v teoriji, po katerih bi morala biti objekt varstva poslovna zvestoba, med seboj nasprotna, saj nekatera omenjajo poslovno zvestobo do gospodarske družbe, druga pa poslovno zvestobo do »lastnika« oziroma »lastnikov« gospodarske družbe. To vprašanje pa je povezano tudi s tem, ali so interesi gospodarske družbe enaki kot interesi družbenikov oziroma navedeno odpira širše vprašanje, in sicer, če ima gospodarska družba pravico do življenja ali ne.

Sodna praksa je kot objekte varstva izpostavila poslovno zvestobo do družbenikov (I Ips 95443/2010-270, I Ips 384/2004 in I Kp 1001/2004), poslovno zvestobo do interesov družbe (II Kp 37326/2012 in I Ips 9758/2012-88), poslovno zvestobo do družbenikov in interesov družbe (I Ips 141/2006 in I Ips 145/2007). Sodba I Ips 59294/2010 kot objekt varstva opredeljuje poslovni odnos storilca do lastnikov družbe. Sodba I Ips 85/2009 varuje premoženjske interese znotraj družbe in njenih družbenikov. Tri sodne odločbe kot objekt varstva opredeljujejo premoženjske interese družbe (I Ips 35999/2015-165, II Kp 41672/2015 in II Kp 15577/2011), medtem ko sodba I Ips 35999/2015-165 navaja, da varuje

to kaznivo dejanje poleg premoženjskih interesov družbe posredno tudi premoženjske interese njenih družbenikov.

Od tega so bile sodne odločbe, ki varujejo poslovno zvestobo (bodisi do družbenikov, interesov družbe ali obojega), sprejete v letih 2004, 2007, 2008, 2015 in 2017. Tiste sodne odločbe, ki varujejo premoženjske interese (bodisi družbe, posredno družbenikov ali obeh), so bile sprejete leta 2011 in 2017. Od tega se kar tri od štirih sodnih odločb, ki varujejo premoženjske interese nanašajo na enoosebne družbe z omejeno odgovornostjo. Glede na navedeno je grob zaključek, da sodna praksa kot objekt varstva sploh ne opredeljuje premoženjskih interesov družbe, temveč poslovno zvestobo, ker to kaže dejstvo, da so sodne odločbe, ki so bile sprejete v daljšem obdobju, kot objekt varstva določile poslovno zvestobo. Natančen pregled sodnih odločb, ki varujejo premoženjske interese družbe, pokaže, da se vse štiri sodne odločbe nanašajo na enoosebne družbe z omejeno odgovornostjo. Ravno iz navedenih sodnih odločb izhaja, da je pomembno, da se upošteva teorijo agenta in se kot objekt varstva določi principalov položaj. Te odločbe se ukvarjajo s problematiko načela ločenosti premoženja, za katerega sem že omenila, da hodi z roko v roki s teorijo agenta, in odgovornostjo družbenikov za to kaznivo dejanje. Če je kot objekt varstva določen principalov položaj, družbeniki kot poslovodje v enoosebni družbi z omejeno odgovornostjo ne morejo biti storilci tega kaznivega dejanja, ker v njej ni vzpostavljeno razmerje agent - principal. Kot sem že omenila, pa se v enoosebni družbi z omejeno odgovornostjo to razmerje vzpostavi takrat, ko družbenik zaupa poslovodenje tretji osebi. To pa nikakor ne pomeni, da družbeniki teh enoosebnih gospodarskih družb ne morejo odgovarjati za katero drugo kaznivo dejanje zoper gospodarstvo ali da za njih ne veljajo pravila, ki so jih dolžni kot družbeniki spoštovati.

Glede na predstavljene objekte varstva v teoriji in sodni praksi lahko zaključim, da se objekti v določeni meri prekrivajo (premoženjski interesi družbenikov in poslovna zvestoba). Vzrok za navedeno prekrivanje je tudi to, da se določeni teoretiki zgledujejo po sodni praksi in so kot objekt varstva predstavili tisti objekt, ki izhaja iz (takrat aktualnih) sodnih odločb. Tako nekateri teoretiki kot objekta varstva opisujejo premoženjske interese družbenikov in poslovno zvestobo. Pri čemer nekateri teoretiki menijo, da je poslovna nezvestoba le način, na katerega se izvrši to kaznivo dejanje in ne objekt varstva. Pogoj za poslovno zvestobo so lojalni odnosi, kar pomeni, da sta poslovna zvestoba in lojalni odnosi dve plati iste medalje.

Primerjava objektov varstva pokaže, da sodna praksa sicer posredno (preko poslovne zvestobe in zaupanja kot objekta varstva) varuje principalov položaj, ki ga je kot objekt varstva izpostavil Cepec (2016).

Ob določitvi principalovega položaja kot objekta varstva gre za vzpostavitev zaupanja na ravni agenta in principala, kot tudi zaupanja v samo gospodarstvo, za kar mora poskrbeti država s kazenskopravnim varstvom. To pa takrat, kadar ne zadoščajo mehanizmi nadzora, ki jih principalu nudi korporacijsko pravo, da zavaruje svojo lastnino (kapitalske vložke)

pred tistim, ki mu jo zaupa v upravljanje. Glede na vse navedeno, potrjujem prvo hipotezo, da bi moral biti objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti principalov položaj, ker je to v skladu s teorijo korporacijskega prava in z nauki korporativnega upravljanja.

Premoženje družbe ne more biti objekt varstva tega kaznivega dejanja, ker lahko principal vanj kadarkoli posežejo (Cepec, 2016, str. 25). To izhaja tudi iz določb ZGD-1, po katerih lahko družbeniki oziroma delničarji zmanjšajo ali povečajo osnovni kapital družbe, prenesejo premoženje družbe, družbo statusno preoblikujejo ali se odločijo za prenehanje družbe. Ob navedenem potrjujem hipotezo, da so si stališča teorije in sodne prakse, ki po eni strani opredeljujeta, da je objekt varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti premoženje družbe oziroma družba sama, po drugi strani pa dovoljujeta posege v družbo oziroma njeno premoženje, v nasprotju.

LITERATURA IN VIRI

1. Bajt, A. & Štiblar, F. (2004). *Ekonomija. Ekonomska analiza in politika* (2 dop. izd., 2. natis). Ljubljana: GV založba.
2. Barle, A. & Means, G. (1933). *The Modern Corporation and Private Property*. New York: The Macmillan Company.
3. Baucon, P. (2004). (Gospodarsko) kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic iz (prvega in drugega odstavka) 244. člena KZ. *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, 30/192(3-4), 574-596.
4. Bavcon, L. (2017). Nekaj kritičnih misli o kriminalitetni politiki na področju gospodarstva. *Pravnik: revija za pravno teorijo in prakso*, 72(3-4), 165-169.
5. Bavcon, L., Šelih, A., Korošec, D., Ambrož, M. & Filipčič, K. (2014). *Kazensko pravo. Splošni del*. (6 izd., 1 ponatis). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
6. Bele, I., Deisinger, M. & Balažic, V. (2000). *Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD): s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik.
7. Bohinc, R. (2001). *Korporacijsko upravljanje: ZDA, Evropa, Slovenija*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
8. Bohinc, R. (2010). Nekaj teoretičnih pogledov na podjetje in lastnino. V B., Holmcen & R. Knez (ur.), *Šime Ivanjko: liber amicorum: pravo, resnica, morala = ius, veritas, mos = Recht, Wahrheit, Sittlichkeit = law, truth, moral* (str. 7-34). Maribor: Pravna fakulteta.
9. Bohinc, R. & Bratina, B. (2005). *Upravljanje korporacij*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
10. Boyes, W. (2004). *The New Managerial Economics*. New York: Houghton Mifflin.
11. Braendle, U. C. (brez datuma). *Theories of the Firm*. Pridobljeno 20. junija 2018 iz https://bwl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/lehrstuhl_ind_en_uw/lehre/ss08/CSR/lecture_CSR08_article_braendle_ToF.pdf
12. Brus, M. (2007). Še o zlorabi položaja ali pravic s strani družbenikov d.o.o. *Pravna praksa: časopis za pravna vprašanja*, 26(49-50), 23-25.

13. Cepec, J. (2016). Ali ima gospodarska družba pravico do življenja - vprašanje objekta varstva pri kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. *Zbornik 9. Konference kazenskega prava in kriminologije* (str. 18-25). Ljubljana: IUS Software, GV založba.
14. Coase, R. (1937). The Nature of the firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
15. Cooter, R. & Ulen, T. (2005). *Ekonomska analiza prava: prevod četrte izdaje*. Ljubljana: Časnik Finance, d.o.o.
16. Davies, P. S. (2015). Remedies for Breach of Trust. *The Modern Law Review*, 78(4), 681-694.
17. Deal, E. M. (1947). Principal and Agent: Compensation of Unfaithful Agent. *Michigan Law Review*, 46(1), 112-114.
18. Dearden, T. E. (2016). Trust: the unwritten cost of white-collar crime. *Journal of Financial Crime*, 23(1), 87-101.
19. Deisinger, M. (2007). *Odgovornost pravnih oseb za kazniva dejanja*. Ljubljana: GV založba.
20. Deisinger, M. (2017). *Kazenski zakonik 2017 [Posebni del: s komentarjem, sodno prakso in literaturo]*. Maribor: Poslovna založba.
21. Devetak, H. (2013). *Kazenskopravno varstvo poštenja v poslovnem prometu* (doktorska disertacija). Ljubljana: Pravna fakulteta.
22. Djokić, D. (2011). *Korporacijsko upravljanje in nadzor delniških družb: Slovenija, Evropa, svet: dobre prakse, usmeritve, priporočila, odgovornosti*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
23. Dolenc, M. (2010). Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi. *Pravni letopis*, (1), 117-128.
24. Dowrick, F.E. (1954). The Relationship of Principal and Agent. *The Modern Law Review*, 17(1), 24-40.
25. Elangovan, A. R. & Shapiro, D. L. (1998). Betrayal of Trust in Organizations. *The Academy of Management Review*, 23(3), 547-566.
26. Engdahl, O. (2009). Economic Crime as Hiding Behavior. *The American Journal of Economics and Sociology*, 68(3), 747-774.
27. Ferlinc, A. (2016). Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika predvidenih sprememb kazenske zakonodaje. *Pravna praksa: PP: časopis za pravna vprašanja*, 35(34), 6-9.
28. Friedrichs, D. O. (2010). *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society* (4 izd.). Belmont (CA): Wadsworth.
29. Goshen Z. & Squire R. (2017). Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance. *Columbia Law Review*, 117(3), 767-828.
30. Green, S. P. (2004). The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory. *Buffalo Criminal Law Review*, 8(1), 1-34.
31. Gregorič, A. & Zajc, K. (2009). Kako do dobrega korporacijskega upravljanja. V K. Zajc (ur.), *Ekonomska analiza prava v Sloveniji* (str. 93-105). Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

32. Hansmann, H. (2000). *The ownership of enterprise*. London: The Belknap Press of Harvard University Press.
33. Hart, O. (1989). An Economist's perspective on the Theory of the Firm. *Columbia Law Review*, 89(7), 1757-1774.
34. Hayek, F. A. (2012). *Ustava za svobodo*. Ljubljana: Inštitut Nove revije, Zavod za humanistiko.
35. Hrovatin, N. & Brščič, B. (1998). Pregled teorij principal-agent na področju regulacije podjetja. *Korporacijsko prestrukturiranje, Zbornik 6. letnega srečanja Zveze ekonomistov Slovenije* (str. 28-45). Ljubljana: Zveza ekonomistov Slovenije.
36. Ivanjko, Š., Kocbek, M. & Prelič, S. (2009). *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov* (2, dop. in pred. izd.). Ljubljana: GV založba.
37. Jager, M. (2002). Ekonomska analiza kazenskega prava in kriminalitetne politike. *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, 28(6-7), 1635-1647.
38. Jelenko, K. (2015). *Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-1)* (magistrsko delo). Maribor: Pravna fakulteta.
39. Jensen, M.C. (1989). Eclipse of the Public Corporation. *Harvard Business Review*, 67(5), 61-74.
40. Jensen, M.C. & Meckling, W.H. (1976). The Theory of the Firm: Managerial behaviors agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
41. Jenull, H. (2008). Poskus razlage kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1. *Pravna praksa: PP: časopis za pravna vprašanja*, 27(45), II-VIII.
42. Keršmanc, C. (2014). *Preslepitve na meji in onkraj pregona: analiza poslovnih goljufij in zlorab položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti v pravosodni praksi*. Ljubljana: IUS Software, GV založba.
43. Kim, P. T. (2011). Beyond Principal-Agent Theories: Law and The Judicial Hierarchy. *Northwestern University Law Review*, 105(2), 535-575.
44. Kirschner v. KPMG LPP (2011). Principal's Liability for Agent's Conduct – New York Court of Appeals Clarifies Standard for Imputability of an Agent's Fraudulent Conduct to Its Principal in the Context of an In Pari Delicto Defense. *Harvard Law Review*, 124(7), 1797-1804.
45. Kocbek, M., Ivanjko, Š., Bratina, B. & Podgorelec, P. (2010). *Nadzorni sveti in upravni odbori v delniških družbah in družbah z omejeno odgovornostjo*. Ljubljana: GV založba.
46. Koradžija, N. (2008, junij). *Raziskava: Razmerja moči v korporacijskem upravljanju*. Pridobljeno 19. septembra 2017 iz http://www.zdruzenjens.si/db/doc/upl/moc_v_korporacijskem_upravljanju_211.pdf
47. Kozina, J. (2016). Nekateri teoretični in praktični vidiki zavarovane dobrine pri menedžerskem deliktu po 240. členu KZ-1. *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, 42(6-7), 954-962.
48. Laffont, J. J. & Martimort, D. (2002). *The theory of incentives: the principal-agent model*. Oxford: Princeton University Press.
49. Nash, J.R. & Pardo, R. I. (2013). Rethinking the Principal-Agent Theory of Judging. *Iowa Law Review*, 99(1), 331-362.

50. Neumann Vu, S. (2004). Corporate Criminal Liability: Patchwork Verdicts and the Problem of Locationg a Guilty Agent. *Columbia Law Review*, 104(2), 459-495.
51. Pušnik, N. (2017). Deset razlogov za podporo spremembi 240. člena KZ-1 (kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti). *Pravna praksa: PP: časopis za pravna vprašanja*, 36(5), 8-9.
52. Roe, M. J. (1991). A political theory of American corporate finance. *Columbia Law Review*, 91(1), 10-67.
53. Ross, S. A. (1973). The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. *The American Economic Review*, 63(2), 134-139.
54. Rozman, R. & Kovač J. (2012). *Management*. Ljubljana: GV založba.
55. Samuelson, P. A. & Nordhaus, W. D. (2002). *Ekonomija* (16 izd.). Ljubljana: GV založba.
56. Sappington, D. E. M. (1991). Incentives in Principal-Agent Relationships. *The Journal of Economic Perspectives*, 5(2), 45-66.
57. Selinšek, L. (2006). *Gospodarsko kazensko pravo*. Ljubljana: GV založba.
58. Selinšek, L. (2007). Zloraba položaja ali pravic s strani »lastnikov« pravne osebe. *Pravna praksa: PP: časopis za pravna vprašanja*, 26(45), 19-21.
59. Selinšek, L. (2014). Meje med slabo poslovno odločitvijo in kaznivim dejanjem. *Zbornik 7. Konference kazenskega prava in kriminologije* (str. 25-34). Ljubljana: Ius Software, GV založba.
60. Shapiro, S. P. (1987). The Social Control of Impersonal Trust. *American Journal of Sociology*, 93(3), 623-658.
61. Shapiro, S.P. (1990). Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the concept of White Collar Crime. *American Sociological Review*, 55(3), 346-365.
62. Smith, A. (2010). *Bogastvo narodov: raziskava o naravi in vzrokih bogastva narodov*. Ljubljana: Studia humanitatis.
63. Šturm, L. (ur.) (2002). *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije.
64. Šturm, L. (ur.) (2011). *Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A [znanstvena monografija]*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije.
65. Turinek, M. (2016). *Zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika gospodarskega prava* (magistrska naloga). Maribor: Pravna fakulteta.
66. Turinek, M. (2017). Kaznivo dejanje po 240. členu KZ-1 v luči predvidene novele E. *Pravna praksa: PP: časopis za pravna vprašanja*, 36(3-4), 10-12.
67. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (1998). Odločba U-I-60/98 z dne 16. 7. 1998.
68. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (2002). Odločba U-I-292/00 z dne 14. 11. 2002.
69. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (2004). Odločba U-I-218/04-8 z dne 13. 10. 2004.
70. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (2004). Odločba U-I-199/02-42 z dne 21. 10. 2004.
71. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (2008). Odločba U-I-66/08-6 z dne 8. 5. 2008.
72. Ustavno sodišče Republike Slovenije. (2017). Odločba Up-93/16-14 z dne 6. 12. 2017.

73. Verdel-Kokol, V. (2009). Kaznivo dejanje zlorabe položaja v sodni praksi. *Podjetje in delo: revija za gospodarsko, delovno in socialno pravo*, 35(6-7), 1565-1575.
74. Višje sodišče v Ljubljani. (2005). Sklep, opr. št. I Kp 1001/2004 z dne 16. 2. 2005.
75. Višje sodišče v Ljubljani. (2015). Sklep, opr. št. II Kp 37326/2012 z dne 9. 4. 2015.
76. Višje sodišče v Ljubljani. (2017). Sklep, opr. št. II Kp 48487/2015 z dne 9. 3. 2017.
77. Višje sodišče v Ljubljani. (2016). Sodba, opr. št. II Kp 35999/2015 z dne 17. 5. 2016.
78. Višje sodišče v Ljubljani. (2017). Sodba, opr. št. II Kp 15577/2011 z dne 4. 7. 2017.
79. Višje sodišče v Mariboru. (2017). Sklep, opr. št. II Kp 41672/2015 z dne 23. 3. 2017.
80. Vlada Republike Slovenije. (2017, marec). *Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, EVA: 2016-2030-001, Prva obravnava*. Pridobljeno 1. avgusta 2018 iz <http://www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/novice/2017/Marec2017/KZ-1E.pdf>
81. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2007). Sklep, opr. št. III Ips 5/2006 z dne 3. 4. 2007.
82. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2006). Sodba, opr. št. I Ips 384/2004 z dne 7. 9. 2006.
83. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2007). Sodba, opr. št. I Ips 141/2006 z dne 24. 5. 2007.
84. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2007). Sodba, opr. št. I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007.
85. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2008). Sodba, opr. št. I Ips 145/2007 z dne 28. 2. 2008.
86. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2009). Sodba, opr. št. I Ips 157/2009 z dne 1. 10. 2009.
87. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2009). Sodba, opr. št. 134/2009 z dne 29. 10. 2009.
88. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2010). Sodba, opr. št. I Ips 116/2009 z dne 22. 4. 2010.
89. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2011). Sodba, opr. št. III Ips 105/2008 z dne 29. 3. 2011.
90. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2011). Sodba, opr. št. I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011.
91. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2012). Sodba, opr. št. I Ips 159/2011 z dne 12. 4. 2012.
92. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2013). Sodba, opr. št. III Ips 80/2010 z dne 9. 7. 2013.
93. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2015). Sodba, opr. št. I Ips 59294/2010 z dne 18. 6. 2015.
94. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2015). Sodba, opr. št. I Ips 7576/2010-355 z dne 9. 10. 2015.

95. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2015). Sodba, opr. št. I Ips 9758/2012-88 z dne 3. 12. 2015.
96. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2017). Sodba, opr. št. I Ips 35999/2015-165 z dne 23. 3. 2017.
97. Vrhovno sodišče Republike Slovenije. (2017). Sodba, opr. št. I Ips 95443/2010-270 z dne 24. 3. 2017.
98. Zajc, K. & Gerželj, G. (2004). Vodenje in obvladovanje družb in ločitev lastništva in upravljanja. V K. Zajc (ur.), *Corporate Governance v Sloveniji: Pravnoekonomska analiza gospodarskih družb* (str. 37-54). Ljubljana: Pravna fakulteta.
99. Zardkoohi, A., Harrison, J. S. & Josefy, M. A. (2017). Conflict and Confluence: The Multidimensionality of Opportunism in Principal – Agent Relationships. *Journal of Business Ethics*, 146(2), 405-417.
100. Zaupanje. (brez datuma). V *Slovar slovenskega knjižnega jezika*. Pridobljeno 20. junija 2018 iz <http://bos.zrc-sazu.si/cgi/neva.exe?name=ssbsj&tch=14&expression=zs%3D89820>.