

UNIVERZA V LJUBLJANI
EKONOMSKA FAKULTETA

MAGISTRSKO DELO

**SODELOVANJE POSLOVODSTVA S PREVZEMNIKOM OB
PREVZEMU GOSPODARSKE DRUŽBE**

Ljubljana, maj 2020

TIM PERPAR

IZJAVA O AVTORSTVU

Podpisani Tim Perpar, študent Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, avtor predloženega dela z naslovom Sodelovanje posloводства s prevzemnikom ob prevzemu gospodarske družbe, pripravljenega v sodelovanju s svetovalcem doc. dr. Jakom Cepcem

IZJAVLJAM

1. da sem predloženo delo pripravil 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 poskrbel, 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 plagiatstvo – 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 plagiatstvo lahko predstavljalo za moj status na Ekonomski fakulteti Univerze v Ljubljani v skladu z relevantnim pravilnikom;
6. da sem pridobil vsa potrebna dovoljenja za uporabo podatkov in avtorskih del v predloženem delu in jih v njem jasno označil;
7. da sem pri pripravi predloženega dela ravnal v skladu z etičnimi načeli, in kjer je to potrebno, za raziskavo pridobil 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 študenta: _____

KAZALO

UVOD	1
1 OPREDELITEV PROBLEMATIKE, NAMEN IN CILJI.....	1
2 ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST IN SODELOVANJE POSLOVODSTVA....	4
2.1 Skrbnost in odgovornost članov organov vodenja in nadzora.....	5
2.1.1 Skrbnost in odgovornost po Zakonu o gospodarskih družbah.....	7
2.1.2 Skrbnost in odgovornost po Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju.....	10
2.2 Predpostavke odškodninske odgovornosti	12
2.3 Presoja dovoljene vloge posloводства ciljne družbe	15
2.3.1 Prvi primer	15
2.3.2 Drugi primer	16
2.3.3 Tretji primer.....	17
2.3.4 Četrti primer.....	18
2.3.5 Peti primer	18
2.3.6 Ostali primeri	19
2.4 Sodna praksa v povezavi z odškodninsko odgovornostjo	20
3 GOSPODARSKO KAZNIVO DEJANJE IN SODELOVANJE POSLOVODSTVA	23
3.1 Zloraba položaja	24
3.2 Poslovna goljufija.....	25
3.3 Presoja dovoljene vloge posloводства ciljne družbe	26
3.3.1 Prvi primer	26
3.3.2 Drugi primer	28
3.3.3 Ostali primeri	30
3.4 Sodna praksa v povezavi s kaznivim dejanjem	30
4 PREVERJANJE HIPOTEZ.....	35
5 POSTOPEK PREVZEMA DRUŽBE.....	38
5.1 Pravno ozadje in namera prevzema	38
5.1.1 Namera prevzema	39
5.1.2 Skrbni pregled.....	40
5.2 Ponudba za odkup.....	41
5.3 Nakup sredstev namesto pripojitve	43
SKLEP	44
LITERATURA IN VIRI	45

UVOD

O sodelovanju posloводства ob prevzemu gospodarskega subjekta bom pisal, zato ker menim, da je danes v trenutnem gospodarskem okolju preveč odprtih možnosti in načinov, kako lahko posloводства ciljne družbe in prevzemne družbe zlorabijo svoja pooblastila sebi v korist. Poskušal bom dokazati, da lahko kljub obsežni zakonodaji, ki ureja vprašanja odškodninske odgovornosti, poslovne goljufije in zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, lahko posloводства brez večjih posledic sodelujejo med prevzemom določene družbe. Določene izbrane civilne in kazenske sankcije črno na belem izkazujejo zlorabo svojih pooblastil, vendar je s prakso zelo težko dokazljiva, saj ima obtoženec (posloводство) mnogo varovalk, zaradi katerih niso izpolnjeni vsi elementi kaznivega dejanja. Tako lahko storijo določena dejanja brez resnih pravnih posledic. V magistrskem delu se bom najprej usmeril v razlago teorije odškodninske odgovornosti ter v zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Po analizi teoretičnega vidika bom z analiziranimi praktičnimi primeri ter z zadevnimi sodnimi praksami poskusil dokazati, da je aktivna pomoč posloводства dopustna ter izvedljiva v gospodarskem svetu. Opiral se bom na sodno prakso ter primere iz dveh posebnih gospodarskih družb. Na koncu magistrskega dela bom poskušal pravne vidike in poglede združiti z ekonomsko stroko.

Tovrstne težnje po iskanju odgovornosti članov organov vodenja in nadzora oziroma posloводства za škodo ob katastrofalni odločitvi in posledici prelagamo po vodilnih mestih in ugotavljamo, kdo bo prevzel krivdo za napačna dejanja. Različne oblike odškodninske odgovornosti posloводства oziroma članov organov vodenja in nadzora kapitalskih družb se močno prepletajo med seboj in so med seboj odvisne. Z raziskovanjem teme sodelovanja posloводства v okviru odškodninske odgovornosti bom poskušal najti razloge in načine za potrditev zastavljenih hipotez.

Magistrsko delo z naslovom »Sodelovanje posloводства s prevzemnikom ob prevzemu gospodarske družbe« bo poskušala po pojmovni in vsebinski plati opredeliti in ločiti odškodninsko odgovornost kot civilno sankcijo od zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti in, kot kazensko sankcijo pri primerih, ki opisujejo možne načine sodelovanja posloводства med prevzemom.

1 OPREDELITEV PROBLEMATIKE, NAMEN IN CILJI

Osnovno raziskovalno vprašanje in namen magistrskega dela sta bila s preučevanjem literature in empirično analizo opredeliti odškodninsko odgovornost, osnovne zlorabe položaja, poslovne goljufije ter opisati možne aktivne pomoči posloводства brez civilne in kazenske sankcije posloводства prevzemne družbe in ciljne družbe. Tako ključni pomen skozi magistrsko delo pridobi ugotovitev dovoljene vloge posloводства ciljne družbe pri prevzemu gospodarskega subjekta in ugotoviti, kakšne so zakonite možnosti posloводства

ciljne družbe pri sodelovanju s prevzemnikom gospodarske družbe. Pomembna je prav tako ločnica, ki pomeni prehod iz povsem zakonitega načina opravljanja gospodarske dejavnosti s strani posloводства, v dejanja, ki pomenijo odškodninsko odgovornost ali v skrajnem primeru kaznivo dejanje. Na podlagi teoretičnih podatkov sem poskušal prikazati najprimernejši način prevzema hčerinskega podjetja (gospodarski subjekt – družba z omejeno odgovornostjo; v nadaljevanju d. o. o.) krovnemu podjetju, ki ima obliko delniške družbe (v nadaljevanju d. d.). Samo krovno podjetje je s hčerinskimi družbami povezano v holding družbo. Magistrsko delo želi z analizo praktičnih primerov učinkovito prispevati načine sodelovanja posloводства med dvema podjetjema, kako lahko ti vplivajo na izid oziroma rezultat prevzema ali združitve in kako na to vpliva vpletenost nelojalnega posloводства v prevzemih.

Cilj magistrskega dela je prikazati teoretična izhodišča, sodno prakso in z lastnimi praktičnimi primeri pokazati načine aktivne pomoči posloводства ciljne družbe prevzemniku pri prevzemu. Poudariti je treba, da ne bom analiziral in preučeval dovoljenih ter prepovedanih obrambnih mehanizmov pri prevzemu gospodarske družbe. Temveč bom analiziral dovoljeno vlogo posloводства ciljne družbe prevzemniku pri prevzemu majhnih ali srednje velikih družb ter nevarnost civilnih in kazenskih sankcij ob dani aktivni pomoči. Z analizo praktičnih primerov bom v celotnem delu ugotavljal, ali trenutno posloводство ciljne družbe aktivno pomaga prevzemniku pri prevzemu gospodarske družbe. Ali je njihova vloga dopustna ali vloga posloводства ciljne družbe pomeni prekoračitev njihove dolžnosti in skrbnosti ter izrek civilne ali v skrajnem primeru kazenske sankcije. Ugotavljal bom, ali posloводство prevzemnega gospodarskega subjekta zlorablja dana pooblastila in položaj v korist prevzemnika in, kako to prevzemniku pomaga pri prevzemu gospodarskega subjekta.

Tako je osrednje raziskovalno vprašanje magistrskega dela naslednje: »Na kakšne načine lahko posloводство prevzetega podjetja zakonito pomaga prevzemniku pri prevzemu gospodarske družbe?« Skladno s tem bom v magistrskem delu preverjal naslednje hipoteze: (H1) Posloводство prevzetega gospodarskega subjekta ima na razpolago več potencialnih alternativ pri sodelovanju s prevzemnikom. (H2) Kljub visoki stopnji obravnavanih primerov odškodninske odgovornosti v gospodarstvu je obsodilnih sodb zanemarljivo malo. (H3) Posloводство prevzemnega gospodarskega subjekta, zlorablja dana pooblastila in položaj ko prevzemniku pomaga pri prevzemu gospodarskega subjekta.

Magistrsko delo je v prvem delu s teoretičnega vidika usmerjeno na opredelitev odškodninske odgovornosti, posebno na opredelitev odnosa med družbo in njenim posloводstvom, potem na pojasnitev osnovnih obveznosti posloводства do lastne družbe, obveznih nalog posloводства ter predpisanih dolžnih ravnanj posloводства znotraj lastne družbe. Nato so analizirani praktični primeri ter sodna praksa, s katerimi poskušam določiti stopnjo dovoljene vloge posloводства pri prevzemu in, ugotoviti, kdaj posloводство

preseže svoje obveznosti in ravnanja, kdaj ravna protizakonito ter kdaj je poslovodstvu upravičeno izrečena civilna sankcija. Tako ključno vprašanje prvega sklopa magistrskega dela pridobi ugotovitev stopnje aktivne pomoči poslovodstva ciljne družbe pri prevzemu gospodarskega subjekta.

V drugem delu bom analiziral razlage glavnih pojmov in oblik kaznivih dejanj zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti ter poslovne goljufije. Tematika bo usmerjena v sodelovanje poslovodstva, pri čemer bom predstavil več možnih načinov aktivnega sodelovanja med dvema družbama z izbrani praktični primeri in sodno prakso. Z analizo primerov bom presojal, kdaj je poslovodstvu upravičeno izrečena kazenska sankcija ter kdaj poslovodstvo, kljub aktivnemu sodelovanju izpolnjuje predpisane dolžnosti in obveznosti. V tem poglavju bom na podlagi teorije opisal pomembnejše elemente, kot so, naklep, storilec in fiktivni posli. Na koncu poglavja bom preverjal in poskušal potrditi zastavljene hipoteze.

Proti koncu magistrskega dela se bom osredotočil še na ekonomski vidik. V ekonomskem delu bom na splošno opisal možne načine prevzema in združitve ter natančneje analiziral primer prevzema gospodarske družbe, ki bo najprimernejši glede na analizirane primere. Poudaril bom tudi prednosti in slabosti takšnega poskusa sodelovanja poslovodstva in posledične združitve na podlagi sodelovanja. Tako bom povezal teoretična in empirična spoznanja ter na podlagi mešane interpretacije podal ključne ekonomske in pravne ugotovitve.

Osnovnega gradiva na splošno o odškodninski odgovornosti in kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja je že veliko, a nalog in del, ki zadevajo moje specifično raziskovalno vprašanje, trenutno primanjkuje. Tako moje magistrsko delo veliko prispeva k področju raziskovanja, saj se osredotoča na specifično dilemo pri aktivni pomoči poslovodstva ciljne družbe prevzemniku in sodelovanju poslovodstva.

Obravnava izbranega področja zadeva teoretično-analitični pregled tematike, preučitev strokovne literature ter področja ekonomskih in poslovnih ved. V magistrskem delu sem uporabil več metodoloških pristopov. Pri deskriptivnem pristopu sem opisoval dejstva, procese in definicije posameznih avtorjev; z metodo kompilacije sem povzemal opazovanja, spoznanja, mnenja, stališča in sklepe različnih avtorjev. V magistrskem delu sem se opiral na deduktivni pristop, pri katerem izhajamo iz obstoječe teoretične podlage nato oblikujemo nove raziskovalne ideje.

2 ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST IN SODELOVANJE POSLOVODSTVA

Sprejemanje odločitev znotraj gospodarskega subjekta je za poslovodstvo ključno. Odločitve kot zunanji gledalec vidimo kot pretehtano, smotrno in optimalno odločitev za dobro gospodarskega subjekta. A velikokrat se ne zavedamo nevidnega in prikritega visokega tveganja, ki je prisoten pri vsaki odločitvi in poslu. Na splošno lahko rečemo, da je vsaka odločitev, ki jo sprejme poslovodstvo, tvegana, saj ne glede na stopnjo pridobljenih informacij pred odločitvijo sprejemamo v poslovnem in ekonomskem svetu vsako odločitev in posel z negotovostjo. Možnost racionalnega odločanja med izbirami v poslovnem svetu je prej izjema kot pravilo. Gospodarski prostor, v katerem se izvajajo poslovne dejavnosti, je vse prej kot pa varen in predvidljiv. Tako se po vsaki napačni odločitvi in negativnem rezultatu zastavlja vprašanje, kdo je krivec za napako. Komu lahko pripišemo napačno odločitev? Ali je napačna odločitev zgolj stalnica v gospodarstvu, ki se ji ni mogoče izogniti? (Cvirn, 2018; Rečnik, 2011, str. 60-82).

Osnovno lahko poslovodstvo po Zakonu o gospodarskih družbah iz 10. člena zakona opišemo, kot osebo, ki na lastno odgovornost vodi posle družbe in jo zastopa. Drugače ga lahko razumemo kot operativno vodenje delovanja družbe, organiziranje in nadzor delovnega procesa, stike s sopogodbniki (kupci, izvajalci, dobavitelji), vodenje finančnega poslovanja in, skrb za zakonitost poslovanja. Natančnejše so obveznosti in pravice opisane v pogodbi s poslovodstvom. Za poslovodstvo v d. o. o je značilna tesnejša povezava družbenikov. V večini primerov pomeni poslovodstvo le ena posamična oseba pri d. o. o., saj ima d. o. o. močnejši interes za poslovanje družbe kot le pridobivanje dobička (Kocbek in drugi, 2014).

Odločanje članov organov vodenja in nadzora ni izključno obligacija po rezultatu, ampak obligacija prizadevanja. To pomeni, da morajo kot fiduciarji tujih poslov ravnati s skrbnostjo in delovati samo v dobro družbe. Kljub različnemu mnenju glede dela in obveznosti članov organov vodenja in nadzora je njihova primarna naloga zmanjševanje oziroma preprečitev poslovnega tveganja znotraj gospodarskega subjekta. Le-ti prav tako namestijo poslovodstvo na svoje mesto, tisto, v katero zaupajo in verjamejo, da lahko s svojimi izkušnjami minimizira stopnjo tveganja v njihovem gospodarskem subjektu (Podgorelec, 2013a, str. 763-791).

Glavni dejavnik odškodninske odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je ločiti med slabo poslovno odločitvijo in neskrbnim ravnanjem. Pri izbiri poslovnih odločitev poslovodstvo izhaja iz dobljenih predstav, predpostavk in predvidevanj. Zbrane informacije se lahko velikokrat izkažejo za netočne ali pomanjkljive. Tako lahko določene odločitve kljub racionalnemu odločanju povzročijo negativne posledice. Rezultat negativnih posledic je izkaz negotovega okolja in značilnosti panog, v katerih

poslovodstvo deluje. Ekonomsko okolje je polno nepredvidljivih spremenljivk, ki zmanjšujejo zanesljivost pridobljenih informacij, na podlagi katerih se sprejemajo visoko tvegane poslovne odločitve. Zaradi opisanega je v poslovnem svetu urejeno tako, da tveganje kapitalskih družb nosijo njihovi lastniki, poslovodstvo pa kot fiduciarji (poslovanje v dobri veri, z visoko zvestobo in skrbnostjo) tujih poslov ravna skladno s predpisano skrbnostjo in dolžnostjo (Rečnik, 2011, str. 60-82).

2.1 Skrbnost in odgovornost članov organov vodenja in nadzora

Glavna funkcija in pristojnost uprave je vodenje poslov. Člani organov vodenja in nadzora morajo pri opravljanju svojih nalog ravnati v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika in varovati poslovno skrivnost družbe (263., 265. člen ZGD-1).

Obveznost skrbnega ravnanja je določena kot načelo in kot pravni standard. Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1), Ur.l. RS, št. 65/09-UPB3, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13; odl. US: 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19, ne opredeljuje pravnega standarda skrbnosti dobrega gospodarstvenika, zato je treba za opredelitev standarda izhajati iz Obligacijskega zakonika (OZ), Ur.l. RS, št. 97/07-UPB1, 64/16; odl. US: 20/18, ki v 6. členu določa, da morajo udeleženci v obligacijskem razmerju pri izpolnjevanju svoje obveznosti ravnati s skrbnostjo, ki se v pravnem prometu zahteva pri ustrezni vrsti obligacijskih razmerij (Podgorelec, 2013a, str. 763-791; Turinek, 2016).

Članom organov vodenja in nadzora se glede odgovornosti predpisujejo določene značilnosti, ki jim mora poslovodstvo slediti:

- (1) izkaz lojalnosti in predanosti gospodarskemu subjektu med rednim poslovanjem in nastopanjem na konkurenčnem trgu,
- (2) skrbno in odgovorno opravljanje temeljnih funkcij organov vodenja in nadzora,
- (3) pravilno in skrbno varovanje poslovnih skrivnosti, ki so dodatno urejeni v Zakonu o poslovni skrivnosti.

(1) Objektivno merilo lojalnosti poslovodstva lahko določimo z dejanji, ki upravi oziroma poslovodstvu preprečujejo možnosti, da bi zaradi interesov tretje osebe zapostavljali poslovne odločitve lastne družbe in delovali pristransko. Prav tako mora interes družbe prevladovati nad lastnimi interesi in osebnimi željami članov organov vodenja in nadzora. Med opravljanjem svojih funkcij ni dopustno kršiti dolžnosti, sklenjenih v pogodbi o zaposlitvi, in ni dopustno izkoriščati moči in vpliva, pridobljenega iz položaja znotraj gospodarskega subjekta, za sledenje lastnim interesom (Podgorelec, 2013a, str. 763-791).

(2) Skrbnost posloводства zahteva od njih izpolnjevanje predpisane poštenosti in lojalnosti pri vodenju poslov. Ob ugotovitvi, da določenih obveznosti vodstvo ni upoštevalo, lahko nastane škoda za gospodarski subjekt in je posledično posloводство odškodninsko odgovorno. Glavni cilj vodilnih je uspešno opravljanje rednih poslov in preprečitev nastanka škode za družbo. Pri skrbnem delovanju posloводства govorimo o profesionalnih osebah, ki imajo posebno strokovno znanje za korektno in pravilno odločanje na konkurenčnem trgu. Omenjeno strokovno znanje se razlikuje v vsaki panogi in je seveda abstraktno merilo v gospodarstvu. Kljub temu vsebuje smernice za pošteno in lojalno vodenje gospodarskega subjekta. Poudariti je treba, da člani organov vodenja in nadzora kljub izvedbi visokih tveganih poslov ne kršijo načel skrbnosti in dolžnosti, dokler so tovrstne tvegane odločitve izbrane na podlagi ustrezne presoje in normalnega podjetniškega tveganja (Podgorelec, 2013a, str. 763-791).

(3) Podrobneje so načela in zahteve pri varovanju poslovne skrivnosti opisani v Zakonu o poslovni skrivnosti (ZPosS), Ur. l. RS, št. 22/19, in veljajo za vse člane organov vodenja in nadzora enako. Dolžnosti zajemajo skrbnost varovanja vseh podatkov in dejstev, ki so v interesu družbe za ohranjanje konkurenčnosti na trgu. Dolžnost velja tudi za informacije, ki jih člani organov vodenja in nadzora pridobijo zunaj svojega delovnega mesta, ampak so vseeno pomembne za varno in nemoteno delovanje družbe. Pri konkretnih informacijah, pridobljenih pri rednem poslovanju, člani organov vodenja in nadzora sami na podlagi strokovnega znanja stroke presojajo, katere veljajo za skrivnost (Podgorelec, 2013a, str. 763-791).

Varovanje poslovne skrivnosti in prepoved konkurence za člane organov vodenja in nadzora ureja ZPosS. V kapitalski družbi morajo vsi člani organov vodenja in nadzora varovati poslovne skrivnosti gospodarskega subjekta. To pomeni varovanje podatkov, za katere družba sama pisno sklene, da se obravnavajo kot skrivni podatki, in za katere je očitno, da lahko nastane občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseb. Za zgoraj opisano je potrebna pisna sklenitev varovanja omenjenih poslovnih skrivnosti (Hočevár, 2018; Kocbek in drugi, 2014).

Poseben izraz dolžnosti zvestobe sta prepoved konkurence in dolžnost varovanja poslovne skrivnosti. Dolžnost zvestobe ima dve razsežnosti, ki se deloma prekrivata. Prva je prepoved pridobivanja posebnih koristi: člani uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora ter izvršni direktorji ne smejo izrabljati svoje funkcije za doseganje lastnih koristi ali koristi kogarkoli drugega, čigar interesi so lahko v nasprotju z interesi družbe. Tipični primeri so izraba poslovnih priložnosti družbe, prejemanje podkupnin ter različne oblike zlorabe trga finančnih instrumentov, torej trgovanje na podlagi notranjih informacij. Druga razsežnost dolžnosti zvestobe se nanaša na preprečevanje in obvladovanje konflikta interesov, v katerem se lahko znajde član posloводства ali organ nadzora. V zvezi s tem

kot izhodišče velja, da imajo v primeru takšnega konflikta interesi družbe v vseh pogledih prednost pred lastnimi interesi (Ruparčič, 2019; Podgorelec, 2013b, str. 81-90).

2.1.1 Skrbnost in odgovornost po Zakonu o gospodarskih družbah

Skrbnost in odgovornost sta v najširšem smislu obravnavani v 263. členu ZGD-1. Zgornji člen narekuje splošni standard skrbnosti in odgovornosti članom organov vodenja in nadzora kapitalske družbe, ki ga morajo izpolnjevati. V besedno zvezo člani organov vodenja in nadzora spadajo v različnih kapitalskih oblikah tri skupine – uprava, nadzorni svet in upravni odbor za d. d. in poslovodstvo v d. o. o. Zakon omenjenim skupinam v prvem odstavku 263. člena ZGD-1 narekuje ravnanje v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika ter varovanje poslovne skrivnosti družbe. Podrobnejša analiza prvega odstavka 263. člena ZGD-1 natančneje ureja obveznosti članov organov vodenja in nadzora. Glede na prvi odstavek članom organov vodenja in nadzora pripisujemo odškodninsko odgovornost v primeru nezadostnega nadzora nad poslovanjem gospodarskega subjekta. Prav tako enako velja ob ne izpolnjevanju osnovnih nalog družbe. Glavne naloge in vodila, ki jih imajo člani organov vodenja in nadzora glede ravnanja v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, sestavljajo (1) zvesto vodenje in upravljanje premoženja gospodarskega subjekta, (2) izogibanje previsokemu tveganju izgube dohodkov v rednem poslovanju (usmerjeno v premoženje delničarjev in družbenikov) in (3) ohranitev ustreznega premoženja, zaradi neskrbnega ravnanja pri zakonskem zaupanju do upnikov družbe. – zadnji del obveznosti se nanaša na 4. odstavek 263. člena ZGD-1, ki varuje in ščiti upnike družbe (Rečnik, 2011, str. 60-82).

V drugem odstavku 263. člena ZGD-1 imamo konkretnije opisano definicijo dokaznega bremena. Tako iz tega odstavka izhaja, da se člani organov vodenja in nadzora razbremenijo odgovornosti, če dokažejo, da so vestno in pošteno izpolnjevali svoje dolžnosti. Namen pravila o obrnjenem dokaznem bremenu je seveda olajšati uveljavljanje odškodninskih zahtevkov. Pri tem je treba upoštevati, da skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika ni le merilo za presojo krivde, ampak je tudi objektivna dolžnost ravnanja. Zato se pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu ne nanaša le na predpostavko krivde, ampak tudi na predpostavko protipravnosti. Glede na predpostavke odškodninske odgovornosti to pomeni, da mora tožeča stranka dokazati nastanek škode in njeno višino ter vzročno zvezo med škodo in določenim ravnanjem članov organov vodenja in nadzora, ki je lahko tudi opustitev. Hkrati mora predstaviti indice, ki kažejo na to, da bi lahko bilo ravnanje, obremenjujoče za člane uprave, kvalificirano kot protipravno. Toženi člani organov vodenja in nadzora morajo nato zatrjevati in po potrebi tudi dokazati, da so ravnali v skladu s svojimi dolžnostmi ali da jim ni mogoče očitati krivde ali da bi škoda nastala tudi, če bi ravnali v skladu s svojimi dolžnostmi (Podgorelec, 2013b, str. 80-91; Ruparčič, 2019).

Za člane organov vodenja in nadzora pri odškodninski odgovornosti zakon njihova dejanja v okviru rednega poslovanja dodatno ureja s prvim odstavkom 264. člena ZGD-1, ki opisuje odgovornosti ob povzročitvi škode družbi z lastnim (škodljivim) vplivom na oškodovano družbo. Pri tej dodatni odgovornosti mislimo poseben vpliv nadzornega sveta, ki ga lahko ima na upravo oziroma ostale organe vodenja. To posebno razmerje dodatno razlaga in opisuje Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), Ur. l. RS, št. 13/14-UPB8, 10/15 popr., 27/16, 31/16; odl. US: 38/16; odl. US: 63/16-ZD-C, 54/18; odl. US: 69/19 (Rečnik, 2011, str. 60-82).

V povezavi s prvim odstavkom tega člena, ki določa način ravnanja posloводства, je treba omeniti tudi 265. člen ZGD-1, kjer je v prvem odstavku določeno, da uprava (posloводство op. p.) vodi posle družbe samostojno in na lastno odgovornost. Ta člen dodatno krepi možnosti odškodninske odgovornosti posloводства. Prvi odstavek 263. člena (ob navezavi na 265. člen) tako daje »merila za presojo krivde in obenem v obliki generalne klavzule opisuje objektivno dolžnost ravnanja.« (Cvirn, 2018; Podgorelec, 2013a, str. 763-791).

Dodatna razsežnost dolžnosti zvestobe pri ZGD-1 se nanaša na preprečevanje in obvladovanje konflikta interesov, v katerem se lahko znajde član posloводства ali organ nadzora. V zvezi s tem kot izhodišče velja, da imajo v primeru takšnega konflikta interesi družbe v vseh pogledih prednost pred lastnimi interesi. Ob prevzemu podjetja mora prevzeta družba dobro presoditi ukrepe, ki jih je sprejelo posloводство. Posloводство mora ugotoviti, ali prevzem ogroža koristi družbe oziroma škoduje družbi ali je za lastnike kapitala najbolj optimalna izbira sprejeti predlagani prevzem. V ozadju lahko posloводство sledi lastnemu interesu ohraniti svoj položaj in zaposlitev v družbi. Tovrstno dejanje se lahko presoja poslovodu, in sicer da ne sledi interesu družbe oziroma upnikom, ampak lastnemu interesu za ohranitev vira zaslužka (Merslavič, 2016, str. 48-55).

Da se izogne odškodninski odgovornosti, mora posloводство pri sodelovanju s tretjo osebo paziti na zakritje konflikta interesov. Ko se člani posloводства znajdejo v položaju, ko imajo na eni strani lastne interese pomagati drugi družbi, na drugi strani pa nasproti njihovemu interesu stoji interes družbe, ki jo morajo voditi z zahtevano skrbnostjo. V 38a. členu ZGD-1 imamo za take primere natančno opisano veljavno pravilo, ki določa, da vedno in v vseh pogledih prevlada interes gospodarske družbe nad lastnim interesom. Posloводство mora tako uporabljati previdno, vendar prepričljivo zagovarjanje o usklajenosti obeh interesov. To pomeni, da lahko poskušajo prepričati lastnike družb, da je njihov lastni interes (interes posloводства) bolj racionalen in naj tudi interes družbe zavzame enako stališče. Če mišljenje posloводства potrdi skupščina s soglasjem, se lahko kasneje posloводство zagovarja, da so imeli usklajene interese in so z odločitvijo pri pomoči drugi družbi izpolnjevali interese lastnikov (Krejan, 2017, str. 25-30).

Zakonodajalec je z 38.a členom Zakona o gospodarskih družbah preprečil prevlado interesov poslovodij pred interesi gospodarske družbe. Osnovno pravilo delovanja družbe postavlja na prvo mesto interes družbe, da prepreči nasprotje, konflikt, kjer bi poslovodja zaradi osebnih ali drugih koristi ogrozil opravljanje poslovodnih nalog. Zakon nadalje, v izogib konfliktu interesov, odreja dolžnost pridobitve soglasja poslovodij, s strani nadzornega organa ali skupščine, pri pravnih poslih, kjer bi lahko prišlo do omenjene situacije. V nasprotnem primeru bi lahko privedlo do ničnosti pravnega posla. Konflikt interesov mora biti zelo močno izražen, da že sam po sebi ogrozi delovanje poslovodstva, v nasprotnem ne zadosti primernemu ravnanju poslovodstva. Strožjo ureditev, Zakon o gospodarskih družbah, dopušča ureditvi v ustanovnih aktih gospodarskih družb, vendar ne glede na dejstvo, da na prvi pogled takšna ureditev deluje kot popolna ali delna odveza konflikta interesov, če je to razkrito in potrjeno s strani drugega organa v družbi, je to le navidezno. Slepo sledenje določbam, kljub dejanskemu obstoju konflikta in ne glede na potrditev s strani drugega organa še ne pomeni, da konflikta interesov ni, saj je takšno ravnanje neskladno s fiduciarno dolžnostjo družbi. ZGD-1 v 8. odstavku 38.a člena določa, da je kljub soglasju skupščine k poslu lahko podana odškodninska odgovornost poslovodstva. Pomemben je tudi 3. odstavek 263. člena tega zakona, ki določa, da odškodninska odgovornost člana poslovodstva ni izključena, čeprav je nadzorni svet ali upravni odbor odobril dejanje (Bohinc & Bratina, 2005; Bratina in drugi, 2017; Cvirn, 2018, str. 23-27).

Prisoten je tako rekoč konflikt interesov pri poslovodstvu prevzete družbe, saj poslovodstvo te družbe sledi lastnemu interesu ali skladno s skrbnostjo sledi predpisanemu interesu družbe. Opisanemu konfliktu lahko rečemo tudi razmerje principal – agent. Praktično gledano to pomeni, da lastniki oziroma delničarji podjetja najamejo menedžment oziroma poslovodstvo za vodenje rednih poslov v svojem imenu. Velikokrat prikrito to poslovodstvo sledi lastnemu interesu – višja plača, boljši ugled, boljše delovno mesto v prihodnosti. Zaradi tega zanemarijo interese lastnikov in kršijo delovno pogodbo (Keršmanc, 2014, str. 70-75; Merslavič, 2016, str. 76).

Pogodbeno razmerje strank pri katerem se ena stran zaveže izpolniti vnaprej določeno ravnanje druge stranke, lahko zaobjame agencijske stroške. Definirani so glede na finančno, časovno, kadrovsko ali kakršnokoli drugo izgubo, kot posledico simetrije informacij med osnovnima dvema strankama. Agent, dolžnik nastopa v razmerju tipske obveznosti in ima več informacij kot principal, ki teh informacij nima in posledično ne more celostno nadzirati poteka posla z namenom dosega cilja. V gospodarskih družbah lahko nastajajo problematične situacije med principalom in agentom. Stroški, ki ob tem nastajajo bremenijo gospodarsko družbo. Razmerja pri katerih prihaja do omenjenih problemov se izražajo med lastniki gospodarskih družb (principali) in menedžerji (agenti). Potrebno je zagotoviti, da bodo menedžerji prvenstveno sledili navodilom in interesom lastnikov in ne lastnim interesom. Nadalje lahko prihaja do nesoglasij in izkoriščanja

nadrejenega položaja med večinskimi (agenti) in manjšinskimi (principali) lastniki, saj slednji nimajo vpliva na delovanje in odločanje v gospodarskih družbah. Nesoglasja, kot so nevarnost poplačila, zavajanje, prikrivanje ključnih informacij pa lahko nastajajo tudi med gospodarsko družbo (agenti) napram ostalim sopogodbnikom, kamor se uvrščajo potrošniki, delavci, kreditodajalci in podobno (principali) (Bohinc, 2001; Hall, 1998; Hočevár, 2018, str. 5-7).

2.1.2 Skrbnost in odgovornost po Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju

Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP ureja odškodninsko odgovornost članov organov vodenja in nadzora v razmerju do upnikov v primeru postopka insolventnosti družbe (zunanja odgovornost) kot tudi odgovornost posloводства v razmerju do družbe (notranja odgovornost) (Rečnik, 2011, str. 60-82; Veinhandl, 2016, str. 26-27).

Obveznosti članov organov vodenja in nadzora v razmerju do družbe (notranja odškodninska odgovornost) opisuje ZFPPIPP podrobneje v 28. členu, ki ureja poslovno odškodninsko odgovornost posloводства v razmerju do družbe zaradi kršitve obveznosti posloводства s področja finančnega poslovanja družbe. Člani organov vodenja in nadzora so solidarno odgovorni družbi za škodo, ki nastane zaradi kršitve njihovih obveznosti iz 3. odstavka 28. člena ZFPPIPP, razen če dokažejo, da so pri izpolnjevanju svojih obveznosti ravnali s profesionalno skrbnostjo poslovne finančne stroke. Zgornji člen se močno prekriva z 263. členom ZGD-1 in se navezuje na splošne predpostavke kršitve obveznosti posloводства ob rednem poslovanju. Pomemben je trenutek, ko družba postane insolventna. Zato je zakon to predvidel in opisal v 33. členu ZFPPIPP »pri uporabi pravil...stroke npr. podjetij«. Poleg 33. člena ZFPPIPP ureja zakon insolventnost s prvim odstavkom 14. člena ZFPPIPP, v katerem opisuje stanje insolventnosti, če dolžnik (1) v daljšem obdobju ni sposoben poravnati vseh svojih obveznosti, ki so zapadle v določenem obdobju (trajnejša nelikvidnost), in (2) ko postane dolgoročno plačilno nesposobno (takrat, ko ima dolžnik vrednost premoženja nižjo, kot so njegove skupne obveznosti, in če je izguba tekočega leta skupaj s prenesenimi izgubami dosegla polovico osnovnega kapitala) (Jovanovič, 2009; Lukman, 2015; Veinhandl, 2016, str. 26-27).

Med rednim poslovanjem družbe poslovodu ni treba slediti interesu upnikov, saj so ti posredno upoštevani z dolžnostmi, ki jih ima posloводство do družbe oziroma lastnikov. A v primeru negativnih poslovnih rezultatov si lastniki prizadevajo povrniti lastne družbe v prvotno kapitalsko zdravo stanje, zato nalagajo poslovodu sprejetje bolj tveganih poslovnih odločitev ne glede na stopnjo realizacije posla. V tem primeru lahko upniki utrpijo višje izgube in neplačilo svojih terjatev, če se odločitve posloводства izkažejo za negativne. Tako ZFPPIPP ureja in ščiti upnike na podlagi odškodninske odgovornosti

posloводства ob nastopu določenih nezmožnosti in insolventnosti družbe. V okviru od 34. do 39. člena ZFPPIPP posloводство ni v poslovnem razmerju z upniki, zato označujemo to kot neposlovno odškodninsko odgovornost posloводства (Lukman, 2015).

Zunanjo odgovornost zakon ureja v določilih od 42. do 44. člena ZFPPIPP. Predvidena je posebna predpostavka začetega stečajnega postopka pravne osebe. Pri tej vrsti odškodninske obveznosti članov organov vodenja in nadzora zakon izrecno določa omejitev odškodninske odgovornosti članov posloводства po višini. Predpostavka, ki mora biti izpolnjena za izpolnitev odškodninske odgovornosti in upravičen zahtevek upnikov do poplačila, je protipravnost ravnanja posloводства ter uvedba stečajnega postopka. Tako ZFPPIPP protipravna dejanja opredeli v 42. členu, ki se navezuje na ravnanje v nasprotju s prepovedmi ali ravnanje, s katerim ne opravi pravočasno zakonskih dejanj (od 35. do 39. člena – opisujejo dejanja oziroma obveznosti posloводства, ki so nujna ob nastopu insolventnosti družbe, s kršitvijo le-teh posloводство izpolni predpostavko odškodninske odgovornosti). Ob nastopu insolventnosti zakon prepoveduje opravljanje vseh plačil ali prevzemanje novih obveznosti, razen tistih, ki niso nujna za redno poslovanje družbe. Nadalje prepoveduje neenakopravno obravnavanje upnikov, ki so v razmerju do družbe v enakopravnem razmerju. Omeniti velja, da presojo o insolventnosti poda posloводство glede na analiziran finančni in ekonomski položaj podjetja, s katerim sami presojajo, ali so podani razlogi za insolventnost (trajnejša nelikvidnost ali dolgoročna plačilna nesposobnost). Če se upniku izreče kršitev po 42. členu ZFPPIPP, mora dokazati kršitev obveznosti posloводства, dejstvo da je bilo očitano dejanje storjeno v času insolventnosti družbe ter da je posloводство vedelo oziroma bi moralo vedeti za nastop insolventnosti družbe v času storjene kršitve. Posloводство v večini primerov poskuša izključiti odškodninsko odgovornost s poskusom ovržbe domneve o škodi in vzročni zvezi. V praksi poskušajo tudi obrazložiti, da škoda, ki se zaradi protipravnega ravnanja domneva ni v neposredni vzročni zvezi z očitanim protipravnim ravnanjem. Dodatno se posloводство lahko izogne odškodninski odgovornosti z argumentiranjem, da v času nastanka kršitve družbe še ni bila v insolventnem položaju. Slednje trditve upniki težko ovržejo zaradi subjektivnih načel, ki opisujejo prestop družbe v insolventno stanje. Dodatni maneuver za razbremenitev odškodninske odgovornosti do upnikov je dokaz, da je bila nastala škoda storjena z ravnanjem tretjih oseb, na katero pa posloводство kljub profesionalni skrbnosti ni moglo vplivati, je odvrniti ali omejiti posledic (Lukman, 2015, str. 16-45; Turinek, 2016; Veinhandl, 2016, str. 26-27).

Posloводство se lahko razbremeni odgovornosti za škodo upnikom, če dokaže, da je celotna škoda ali del škode nastal zaradi dogodkov ali ravnanja drugih oseb, ki jih posloводство, čeprav je ravnalo v skladu s profesionalno skrbnostjo, ni moglo niti preprečiti niti odvrniti njihovih škodljivih posledic. Posloводство je oproščeno odškodninske odgovornosti za škodo iz 1. odstavka 42. člena ZFPPIPP, če dokaže, da dejanj, določenih v 35. do 39. členu tega zakona, ni mogel opraviti samostojno in je na seji

poslovodstva predlagal, da se opravijo, a so drugi člani poslovodstva temu nasprotovali, ali da član poslovodstva, ki je bil v notranjem razmerju med člani poslovodstva odgovoren za finančno poslovanje družbe, ni pravočasno pripravil strokovnih podlag. Ter v primeru, da za kršitev prepovedi iz 34. člena ZFPPIPP ni vedel ali je ni mogel preprečiti, čeprav je ravnal v skladu s profesionalno skrbnostjo poslovno-finančne stroke in stroke upravljanja podjetij (Jovanovič, 2009; Rečnik, 2011, str. 60-82).

2.2 Predpostavke odškodninske odgovornosti

V najsplošnejši obliki lahko odškodninsko obveznost ločimo na načela civilnega prava znotraj OZ. V splošnem obligacijskem razmerju tako odškodninsko obveznost opredelimo kot razmerje, v katerem je en subjekt upravičen od drugega subjekta zahtevati, da opravi določeno izpolnitveno ravnanje. Pri čemer je drugi subjekt omenjeno ravnanje dolžan izpolniti. Odškodninska obveznost je tako civilnopravno načelo, ki ne narekuje neposrednega kaznovanja odgovorne osebe, temveč ob nastopu protipravnega ravnanja nalaga osebi odgovornost, da povrne stanje v prvotno. Tako deluje v enem primeru odškodninska obveznost kot preventivna funkcija odškodninskega prava, saj vsem vključenim v obligacijsko razmerje predpisuje določeno varstvo pri njihovih pravicah in interesih z obveznostjo povračila nastale škode. V drugem primeru odškodninska obveznost velja za reparacijsko funkcijo. Ob nastanku odškodninske obveznosti spoznamo tudi pojem odškodninske odgovornosti, ki je opredeljena kot dolžnost dolžnika povrniti nastalo storjeno škodo oškodovancu (Plavšak & Juhart & Vrenčur, 2009, str. 460-490).

Odškodninska odgovornost je obligacijsko razmerje, v katerem je ena stranka (upnik) upravičena od druge stranke (dolžniku) zahtevati, da povrne njej nastalo povzročeno škodo. Člane organov vodenja in nadzora lahko toži le gospodarski subjekt, saj je ta pravno legitimiran za vložitev tožbe zoper odgovorne osebe. Da bi lahko govorili o nastanku odškodninske odgovornosti, morajo biti izpolnjene naslednje zakonske predpostavke: (1) škodljivo dejstvo, (2) nastanek nedopustne škode in (3) vzročna zveza. Za nastanek (4) odškodninske odgovornosti morajo obstajati vse omenjene predpostavke. Povzročitelj škode je dolžan povrniti škodo le, če je zanjo odgovoren. Odgovornost za škodo lahko izhaja iz dveh razlogov. Ker je kriv za škodno dejanje – subjektivna odgovornost ali ker zakon predpisuje njegovo odgovornost, tudi če ni kriv za nastalo škodo – objektivna odgovornost (Bernard & Bratina, 2012, str. 290-312; Ruparčič, 2019).

(1) Škodljivo dejstvo je vsako dejanje članov organov vodenja in nadzora, ki pomeni kršitev predpisanih obveznosti – zakonske in statutarne (na primer prepoved vpisa lastnih delnic ali nespoštovanje standarda dobrega gospodarstvenika) ali opustitev upravljanja obveznosti s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika (Bernard & Bratina, 2012, str. 290-312).

(2) Nastanek premoženjske škode v gospodarskem subjektu lahko nastane v dveh oblikah. Škoda, ki povzroči zmanjšanje premoženja (škoda), in škoda, ki prepreči povečanje premoženja družbi (izgubljeni dobiček). Kot sem že omenil, tovrstno dokazovanje škode prevzame oškodovanec oziroma gospodarski subjekt. Tu nastane težava, saj pri rednem poslovanju družba zazna visok pritok prilivov, odlivov, prihodkov in odhodkov. Finančno stanje družbe se ugotavlja na koncu poslovnega leta in medletno ob periodičnih pregledih. Ob visokih transakcijah izbrane družbe je težko presoditi ali ločiti, katero zmanjšanje premoženja spada pod škodno dejstvo. Izdatki družbe iz naslova povečanja fizičnega kapitala in, izobraževanja zaposlenih ter, raziskovalni izdatki se težko presojujejo, ali so bili upravičeni in v skladu s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Člani organov vodenja imajo pravico ustvarjati izdatke za zgoraj opisane primere, odgovornost gospodarskega subjekta oziroma članov organov nadzora pa je preveriti in potrditi, da so bili izdatki v skladu s skrbnim vodenjem družbe in ustaljeno poslovno prakso (Bernard & Bratina, 2012, str. 290-312).

(3) Med protipravnim ravnanjem in nastalo škodo mora obstajati vzročno-posledična povezava. Predpostavka odškodninske odgovornosti je torej, da je škodo mogoče pripisati ravnanjem organov ali oseb, za katere odgovarja. Vzročne zveze zakonsko pravo ne določa, temveč je kot nesporen element uveljavljen v teoriji in praksi. Ob nastanku nedopustne škode in škodljivega dejstva pravna stroka uporablja adekvatno vzročnost. Po teoriji adekvatne vzročnosti je treba izmed več okoliščin, ki so v zvezi z nastankom škode, kot pravno upošteven vzrok šteti tiste okoliščine, ki po rednem teku stvari pripeljejo do določene škodne posledice (Lukman, 2015).

(4) Oškodovanec mora prve tri predpostavke dokazovati. Obratno velja za odgovornost, ki se pri nas domneva. To pomeni, da se mora morebitna odgovorna oseba le-te razbremeniti. V pomoč pri uveljavljanju in izkazovanju odškodninske odgovornosti, so opisane štiri predpostavke najsplošnejše. Dodatno temu je v našem pravnem redu urejena objektivna odgovornost, in sicer odgovornost za nastalo škodo ne glede na krivdo. Odškodninska odgovornost je primarno urejena v OZ, in sicer od 131. do 189. člena tega zakonika. Posamezne distinkcije glede odškodninske odgovornosti za posebne primere so dodatno urejena v področni zakonodaji ZGD-1 (Cvirn, 2018; Možina, 2013, str. 343-357).

V okviru ZGD-1 imamo določena pravila pri določitvi odškodninske odgovornosti:

Člani organov vodenja in nadzora solidarno odgovarjajo zadevni gospodarski družbi za škodo, ki jo povzročijo s kršitvijo svoje dolžnosti. Člani organov vodenja in nadzora so tako za svoje ravnanje odškodninsko odgovorni družbi. Po 283. členu ZGD-1 bo ta družba od člana organa vodenja in nadzora terjala povrnitev škode, ki jo je povzročil s kršitvijo svoje dolžnosti. Družba lahko terja povrnitev škode od vseh skupaj ali od katerega koli člana organa vodenja in nadzora (Dolenc, 2010, str. 117-128; Rečnik, 2011, str. 73-80).

Obrnjeno dokazno breme narekuje, da se odškodninska odgovornost članom organov vodenja in nadzora domneva, torej je dokazno breme obrnjeno. Povzročitelji škode morajo dokazati razbremenilne oziroma ekskulpacijske razloge, ki so v osnovi zakoniti sklep, ravnanje v okviru skrbnega in poštenega gospodarstvenika ali ravnanje tretje osebe, ki je člani organov vodenja in nadzora niso mogli odvrniti od nastanka škode. Poudariti je treba, da nepravilne obveznosti in naloge, ki jih je odobril organ nadzora, ne razrešujejo uprave ali posloводства od odgovornosti za morebitno nastalo škodo pri izvrševanju danih navodil in obveznosti. Podrobneje obrnjeno dokazno breme pri upravi velja za dejanja poštenega in vestnega izpolnjevanja svojih dolžnosti. Pri upravi prav tako četrti odstavek 263. člena ZGD-1 določa, da se odškodninski zahtevki s strani družbe lahko prenese na upnike družbe, če jih družba ne more poplačati (škodo, ki jo mora uprava plačati družbi, jo lahko neposredno enemu od upnikov s poplačilom terjatve). Kapitalska družba ima pravico odreči se odškodninskemu zahtevku oziroma ga pobotati. Za to je potreben skupščinski sklep, pri čemer zakon določa posebne pogoje, ki lahko upravičijo takšen sklep. Zaradi varovanja pravic upnikov in manjšinskih delničarjev ZGD-1 posebej določa dovoljenje takega skupščinskega sklepa, če se strinjajo manjšinski delničarji, ki imajo vsaj deset odstotkov osnovnega kapitala, in šele po treh letih od nastanka odškodninskega zahtevka. Obrnjeno dokazno breme narekuje, »kdor povzroči drugemu škodo jo je dolžan povrniti če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde«, to pomeni, da se oškodovancu škoda že domneva, kjer pa ima možnost povzročitelj dokazati, da krivda ni bila podana (Lukman, 2015; Rečnik, 2011, str. 73-80).

V splošnih določbah OZ se krivda predpostavlja; napram protipravnemu dejanju, škodi in vzročni zvezi, ki jo je treba izkazati in zatrti. Vzročna zveza se presoja po načelu adekvatne vzročnosti, po kateri se odgovarja za običajne oziroma običajno predvidljive posledice protipravnega ravnanja. Pri članih posloводства in nadzornega sveta gre za krivdno (in ne objektivno) odgovornost z obrnjenim dokaznim bremenom. Omiljene so tudi zahteve glede izkazovanja protipravnega ravnanja, pri katerem mora oškodovanec izkazati vse indice protipravnega ravnanja (Ruparčič, 2019; VSL I Cpg 248/2016).

Dilema nastane, ko je poslovodstvu dokazana le protipravnost in tako po 263. členu ZGD-1 objektivni standard ni dosežen. Ob iskanju izključitve krivde naletimo na omejevalna ravnanja, ki omogočajo izključitev krivde ob dokazanem protipravnem ravnanju posloводства. Poslovodstvo lahko izključi krivdo z lahko malomarnostjo z dokazovanjem, da bi vsak skrben »profesionalni delavec« v stroki izbral enako strategijo, kljub nastanku protipravnosti. Tako se poslovodstvo kljub nastali protipravnosti ravnanja izogne krivdi (Plavšak in drugi, 2004, str. 725-729).

2.3 Presoja dovoljene vloge posloводства ciljne družbe

V nadaljevanju so analizirani in razloženi določeni praktični primeri, ki prikazujejo načine in aktivno pomoč posloводства ciljne družbe. Nekateri rezultati analiziranih primerov sodelovanja posloводства predstavljajo izključitev odškodninske odgovornosti oziroma prikaz dopustne vloge posloводства. Medtem ko ostali primeri prikazujejo nedopustno pomoč posloводства ter izrek civilne sankcije za tovrstna dejanja.

2.3.1 Prvi primer

Prvi primer opisuje kako med rednim prevzemom družbe zakon močno omejuje delovanje posloводства. Natančneje je to opisano v 47. členu Zakona o prevzemih (Zpre-1), Ur. l. RS, št. 79/06, 67/07-ZTFI, 1/08, 68/08, 35/11-ORZPre75, 105/11; odl. US: 10/12, 38/12, 56/13, 63/13-ZS-K, 25/14 in 75/15, ki ima implementirano pravilo nevtralnosti organov vodenja in nadzora med prevzemom. Ciljne družbe so po Zpre-1 opredeljene kot javne delniške družbe oziroma večje nejavne družbe. Poslovodu se prepoveduje samostojna izvedba različnih obrambnih ukrepov brez soglasja skupščine. Nadalje posloводство ne sme prestopiti mej rednega poslovanja družbe z morebitnimi dejanji, ki lahko razvrednotijo (dodatne obremenitve družbe, prevzemanje dolga, odprodaja premoženja za dokapitalizacijo) lastno družbo (Turinek, 2016, str. 118-120).

Za poskus sodelovanja posloводства ciljne družbe tukaj nastane problem, saj zakon močno omejuje dejanja prevzete družbe pri načinih in možnostih. Zaradi stroge zakonodaje od dneva prejema obvestila o prevzemni nameri, postane po tem sodelovanje praktično nemogoče brez civilnih ali celo kazenskih sankcij. Najbolj smotrna odločitev pomoči posloводства prikazuje način, ko prevzeto posloводство poskuša prepričati skupščino, zakaj je najbolj optimalna odločitev za sprejetje prevzemne namere. Iz prakse lahko opazimo, da če obvestilo o nameri in objava ponudbe o prevzemu sledita drug za drugim, se večina delničarjev odloči za sprejetje ponudbe, dokler je ponudba dokaj razumna. Ključna je komunikacija med delničarji in poslovodu. Posloводство lahko s pravilnim argumentiranjem prepriča delničarje o sprejetju prevzemne ponudbe, glede na trenutno situacijo na trgu, stagniranje njihovega gospodarskega subjekta, slabo javno podobo družbe in podobno (Krejan, 2017, str. 25-30; Merslavič, 2016, str. 32-49).

Filantropske povezave – prostovoljne aktivnosti. Sporne donacije morajo dokazati neposredno, in sicer da je vodja pridobil neko korist ali oškodoval družbo s posebno donacijo, čeprav lahko te zneske prejme z njimi povezana oseba oziroma družba, v katero je donator vpleten. Dokazano mora biti, da je ta donacija dejansko negativno vplivala na družbo in na sam postopek sprejemanja odločitev (Merslavič, 2016, str. 31-49).

Izplačilo nagrad. Če nagrade direktorja bistveno ne presegajo nekih splošnih standardov ali pričakovanj, ki so primerna za to obliko dela, družba ne more tega označiti kot oškodovanje. Tako lahko postopoma poslovodstvo zniža likvidnost oziroma vrednost družbe (Merslavič, 2016, str. 31-49).

Če ima poslovodstvo določena ekskulpacijska določila v statutu družbe kljub dokazani domnevi, da niso delovali s predpisano skrbnostjo, to ne zadošča za uspešno tožbo, saj jih ta določila varujejo pred sprejetjem odškodninske odgovornosti (Merslavič, 2016, str. 31-49).

2.3.2 Drugi primer

Drugi primer aktivne pomoči poslovodstva prikazuje vlogo poslovodstva na podlagi navidezne pogodbe oziroma fiktivnih poslov. Primer opisuje način sodelovanja poslovodstva na podlagi fiktivnih poslov, zato sem to v nadaljevanju za lažje razumevanje tudi teoretično orisal. Fiktivni posel pomeni enostaven način prevare tretje osebe. Nastane tako, da poslovodja, izvršni direktor ali prokurist družbe A izda navidezno pogodbo za določeno storitev, ki je podpisana in sklenjena s pogodbo. Družba A plača za določeno neopravljeno storitev ali nesorazmerno plačilo glede na prejeto blago s strani družbe B. V opisanem procesu poslov je bila ali bi lahko bila oškodovana tretja družba C, ki ni vedela za navidezno pogodbo, in je bila v tem smislu storjena prevara nad tretjo družbo. Pri tovrstnih situacijah družbi A nastane korist, oškodovani družbi C pa škoda (Turinek, 2016, str. 100).

Fiktivne posle Keršmanc (2014) po lastno izdelanem opisu uvrsti v več postavk: zloraba položajnih (iz)plačil, zloraba položajnih stroškov, zloraba položajnih bonitet in zloraba položajnih nagrad. Po opisu sklepamo, da tovrstno opisani fiktivni posli nakazujejo na dejanje primera posega v premoženje brez temelja ter pravne posle in pogodbe, katerih predmet je v celoti fiktiven (na primer plačilo za svetovanje, ki se ni izvedlo), ali osnovni posel, ki je popolnoma legitimen, vendar s tem deloma prikriva škodljiva izplačila (na primer izplačila provizij, nesorazmerno visokih glede na opravljeno storitev ali količino dobljenega blaga oziroma dobrine). Ob sklepanju tovrstnih poslov je treba prav tako poudariti obojestransko neskladje med voljo in izjavo, ki je v nasprotju z načelom dobre vere in poštenja. Poleg tega je fiktivni posel v nasprotju z načelom ravnanja v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, ki velja za družbenike in člane organov vodenja in nadzora znotraj določene gospodarske družbe. Podrobneje je fiktivne pravne posle poimenoval zloraba dvostranskih pravnih poslov in jih razdelil na tri stopnje. Uokviril je pravne posle, (1) pravni posli, ki so v celoti fiktivni, (2) ki imajo glavne sestavine veljavne pogodbe, vendar so določena določila znotraj pogodbe netržna, in nerazkrite pogodbe, (3) ko poslujemo sami s seboj. Prvič: plačilo storitve, ki dejansko ni bila opravljena, plačilo določenih izobraževanj, ki niso bila nikoli naročena in opravljena,

in izdajanje fiktivnih študentskih napotnic. Drugič: sklenitev pogodbe o oglaševanju in optimizaciji spletne strani, pri čemer je bila sklenjena in plačana absurdno previsoka cena, kot je predpisana tržna cena omenjenih storitev, in odobritev svetovanja odvetnika gospodarski družbi po ceni, ki je v neskladju s predpisano odvetniško tarifo. Tretjič: direktor podjetja X kupi na ime podjetja službeno vozilo, ki ga po kratkem času proda ženi za polovično ceno, direktor družbe X, sklene brezplačno najemno pogodbo za poslovni prostor z gospodarsko družbo Y, katere lastnik je direktor podjetja X, ter družbenik podjetja X je med izstopom sodruženika sam s seboj sklenil najemno pogodbo in si tako izplačal veliko vsoto denarja, z namenom da bi zmanjšal celoten dobiček podjetja, ki se upošteva pri izstopu določenega družbenika (Keršmanc, 2014; Turinek, 2016, str. 110-118).

Navidezna pogodba v realnosti ne ustvarja pravnih učinkov med pogodbenimi strankami, vendar ker povzroči kasnejšo korist drugi osebi in oškodovanje tretje osebe, je v kazenskopravnem pogledu prepovedana in nezakonita. Njen namen je oškodovati tretjo osebo (tisto družbo), ki za pravno sklenjeno pogodbeno voljo ni vedela. Prav tako je tudi v nasprotju z načeli dobre vere in poštenja. Prepoved sklepanja fiktivnih poslov je opisana v ZGD-1, podrobneje v 248. členu tega zakona (Kocbek in drugi, 2014, str. 830-835).

2.3.3 Tretji primer

Tretji primer dovoljene vloge posloводства je orisan v naslednjem sklopu. V slovenskem ZGD-1 je uzakonjeno pravilo, da je odgovornost članov organov vodenja izključena, če ravnanje temelji na zakonitem sklepu pristojnega organa. To je napisano v 3. odstavku 263. člena ZGD-1, ki določa, da član organa vodenja ni dolžan povrniti škode, če dejanje, s katerim je bila družbi povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu. Iz vsebine citiranih določil bi lahko sklepali, da gre za neke vrste zakonski razbremenilni razlog. Podlago tega pravila najdemo v 267. členu ZGD-1, ki določa, da so člani organov vodenja dolžni uresničevati sklepe skupščine, zato jih ne more bremeniti odgovornost za škodo, če skupščinske sklepe uresničujejo v skladu z dolžno skrbnostjo. Omenjeno pravilo velja le za zakoniti sklep skupščine, ne pa tudi za zakoniti sklep nadzornega sveta ali upravnega odbora. V nasprotju s 3. odstavkom 263. člena ZGD-1 določa 38.a člen ZGD-1, in sicer da odškodninska odgovornost članov posloводства ni izključena, čeprav je za sklenitev posla dala soglasje skupščina, če obstaja nasprotje interesov in je nepristransko ter objektivno opravljanje nalog ali odločanje v okviru izvajanja funkcije ogroženo zaradi vključevanja osebnega ekonomskega interesa, interesa družinskih članov ali zaradi posebne naklonjenosti, a član organa vodenja o takšnem nasprotju interesov ni obvestil uprave in organa nadzora (Bratina & Jovanovič, 2014, str. 6-11; Podgorelec, 2014; Veinhandl, 2016, str. 60-63).

2.3.4 Četrty primer

Četrty primer aktivnega sodelovanja posloводства je ena od oblik izključitve obveznosti. Odločitev pristojnega organa za ne vložitev odškodninskega zahtevka zoper člana organa vodenja v primeru, ko je odškodninska odgovornost že nastala. Tako je v interesu družbe, da se v primeru škodnega dogodka ponovno vzpostavi prvotno premoženje družbe. Tisti, ki upravlja tuje premoženje, mora ravnati izključno v interesu lastnika premoženja. Tako je nadzorni svet dolžan upoštevati le interes družbe, zato mora vložitev odškodninskega zahtevka družbe proti članom organov vodenja jasno navesti, zakaj prevladuje interes družbe, da se zahtevki uveljavijo. Upoštevati mora višino koristi in škodo, ki bi jo ob vložitvi odškodninskega zahtevka imela družba, ter višino stroškov postopka in možnost okrnitve ugleda družbe. Nadzorni svet lahko pri lažjih kršitvah posloводства uporabi diskrecijo, da se odloči, ali je vložitev zahtevka smotrna ali ne. Če člani organov vodenja storijo sorazmerno majhno škodo za družbo, se lahko zgodi, da člani organov vodenja opravljajo svoje funkcije brez civilne sankcije, saj je to v najboljšem interesu za samo družbo. Ceno, ki jo mora družba plačati za uspešno nadaljevanje aktivnosti uprave, vidimo torej v odpovedi uveljavljanja odškodninskega zahtevka. Problem pri opisani presoji odpovedi uveljavljanja zahtevka je le v tem, da se višina oziroma obseg nastale škode lahko ugotovi kasneje. Ker sledenje odškodninskemu zahtevku brez upoštevanja možnosti njegove izvedbe ni v korist družbe, je nadzorni svet v skladu s predpisanim standardom skrbnosti v takem primeru dolžan vložiti zahtevek le za ugotovljeno storjeno škodo (Bratina & Jovanovič, 2014; Podgorelec, 2013b, str. 87-90).

2.3.5 Peti primer

In nazadnje ob nastanku dejanja, ki kaže na protipravnost ali celo krivdno dejanje posloводства, se najprej vprašamo, ali člani organov vodenja zavestno po lastni presoji ne ravna s predpisano skrbnostjo ali le izpolnjujejo dolžnosti in naloge, ki so jim jih neposredno predpisali lastniki, zakonitem skupščinskem sklepu oziroma ravnanju tretjih, ki pomeni izključitev odgovornosti posloводства. Bratina in Bernard (2012) menita, da ne moremo podpreti stališča, kjer posloводство krši predpise, vendar deluje v okviru predpisane skrbnosti. Že pojmovno ne more izpolnjevati posloводства, ki ravna protipravno, kljub temu pa trdi, da izvršuje zakonito raven skrbnosti izpolnjevati skrbnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika (Bratina & Jovanovič, 2014, str. 6-11).

Odgovor na dilemo prenosa odškodninskega zahtevka in izrečeno globo na posloводство razjasnimo z razlago naslednjega argumenta. Posloводство ima v okviru svojih nalog tudi pogodbeno odgovornost skrbeti, da njihova družba ne stori prekrškov, ki pomenijo kršitev zakonitega skrbnega in vestnega ravnanja. Ob takem pogledu na težavo bi družbe in njeni lastniki prevalili izrečeno globo naprej na posloводство, saj naj bi globo prejel tisti, ki ima lastnosti kršitve. Tako uveljavljamo poseben odvratilni učinek. Določeni nemški avtorji

(Dreher), ki zagovarjajo to stališče prevalitve globe na poslovodstvo, izpostavljajo, da v primeru izrečene globe posebej za odgovorne osebe, družba svoje prejete globe ne more prevaliti naprej na poslovodstvo, saj bi tako poslovodstvo dvojno plačevalo za isto kršitev. A pri obratnem pogledu moramo sklepati, da poslovodstvo, ki bi prejelo take globe, nebi moglo več učinkovito delovati na konkurenčnem trgu in v gospodarstvu. Zato lahko argumentiramo, da izrečena globa ostane v rokah družbe. Tako sankcija prizadene družbo in prisili družbo v iskanje takega nadzornega sveta, ki bo izpolnjeval naloge nadzora, saj je tveganje odgovornost družbe same (Bernard & Bratina, 2012, str. 295-309).

S tem se strinjam tudi sam, saj se na tak način družba razbremeni obveznosti, nadzorni svet izgubi svojo funkcijo in namen ter poslovodstvo je dodatno omejeno pri svobodnem izvajanju svojih funkcij. Na tak način delovanja bi poslovodstva zavračala od visoko tveganih poslovnih odločitev, kar bi pomenilo izgubo kapitala v gospodarstvu in negativno vplivalo na sam gospodarski subjekt.

2.3.6 Ostali primeri

V zvezi z dovoljeno vlogo poslovodstva ter možnostjo izreka civilne sankcije članom organov vodenja za prekoračitev dane pomoči imamo v nadaljevanju jedrnato opisane možnosti in načine aktivnega sodelovanja različnih poslovodstev iz različnih gospodarskih oblik.

Prvič: kršitev fiduciarnega razmerja (oseba, ki ji prepustiš, da izboljša stanje gospodarskega subjekta in se izogne stečaju ali jo drugače preoblikuje), posledica tega je premoženjska oziroma denarna škoda, in tudi tista fiduciarna razmerja, pri katerih ni oprijemljive škode, ampak nastane prikrajšanje do poštene storitve ali izguba lojalnosti (Keršmanc, 2014).

Drugič: zloraba pooblastila zajema zlorabo pooblastila za razpolaganje s tujim premoženjem ali za zadolžitev druge fizične ali pravne osebe. To je varstvo premoženja v določenem pravnem razmerju, v okviru katerega je storilec storil nekaj, kar je lahko, hkrati pa tega ni smel storiti. Storilec je torej sklenil neki pravno veljavni posel v okviru svojih pravnih (zunanjih) pooblastil, a pri tem prekoračil notranja pooblastila oziroma pooblastila, ki mu jih je podelila oseba, ki jo je zastopal. Sama zloraba pooblastila pomeni pravnomočno uporabo določenega pooblastila, vendar je izbran način uporabe neupravičen (Turinek, 2016, str. 23).

Tretjič: za primer lahko podamo ravnanje direktorja družbe z omejeno odgovornostjo, ki je to družbo dal na razpolago kot sredstvo za izvršeno verižno preprodajo nepremičnine z namenom, da se na ta način prikrije neposredna povezava med drugima dvema družbama (ena je bila v pravnoorganizacijski obliki d. o. o., druga pa d. d.), pri tem je že od začetka

izpeljave posla preprodaje vedel, da je to nezakonito oškodovanje ene od družb ter da s svojim prispevkom pomaga pri končni realizaciji nezakonitega dobička za drugo družbo kot končnem cilju zadevne preprodaje (Turinek. 2016, str. 22-25).

In nazadnje v primeru sprejetja ne-zavezujočega navodila s strani skupščine mora njeno poslovodstvo ob uporabi načela vestnega in poštenega gospodarstvenika presoditi, ali gre za odločitev, ki je v dobro družbe. Saj v nasprotnem primeru dejanja ne sme izvršiti, saj je v morebiten škodljiv posel za družbo privolila le uprava, ne pa tudi upniki, na katere se med drugim nanaša načelo dvojnega lastnega interesa družbe (Turinek, 2016, str. 49-50).

2.4 Sodna praksa v povezavi z odškodninsko odgovornostjo

V nadaljevanju bodo na kratko predstavljeni primeri iz sodne prakse sodišč, ki obravnavajo vprašanja odškodninske odgovornosti članov organov vodenja in nadzora v slovenski korporacijski zakonodaji in poslovni praksi. Tako je zbranih nekaj pomembnejših sodnih odločb, ki obravnavani institut aplicirajo na posamezne konkretne primere.

(1) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe III Ips 75/2008, je tako: tožena stranka je opisala nastanek škode zaradi opustitve uprave pri pravočasni izpolnitvi prodaje nepremičnin. Sodišče prve in druge stopnje je spoznalo toženo stranko za krivo in naložilo toženi stranki plačilo 78.134,16 EUR za odgovornost nastanka škode, ki naj bi jo povzročila s kršenjem svojih dolžnosti kot predsednik uprave. Tožeča stranka (njen pravni prednik) kot prodajalec je s S., d. o. o., kot kupcem sklenila pogodbo, s katero je prodala pet nepremičnin za skupno ceno 400.000.000,00 SIT (Pogodba). V Pogodbi je bil določen rok za primopredajo na 30. 6. 1999. Za primer zamude s primopredajo je bila dogovorjena pogodbeni kazen 0,5 odstotka od pogodbene vrednosti za vsak dan zamude; prodajalec je s primopredajo zamudil za devet dni, zaradi česar je kupcu plačal pogodbeno kazen v znesku 18.000.000,00 SIT; toženec je bil ob sklenitvi pogodbe član uprave tožeče stranke, ob njeni izpolnitvi pa predsednik (dvočlanske) uprave tožeče stranke (VSRS III Ips 75/2008).

»Revizijsko sodišče pri odločanju v tej zadevi ni prezrlo – tudi primerjalno pravno uveljavljenega – stališča, da bi pretirano stroge zahteve do članov uprave lahko predstavljale hladno prho za potrebno podjetnost, ki je nujno zvezana tudi s tveganji. Vendar je v tem primeru treba upoštevati, da ni šlo za poslovno odločitev, ki bi se pozneje izkazala za zgrešeno, ampak za opustitev dolžne skrbnosti – ki je imela povsem jasne in predvidljive posledice.« (VSRS III Ips 75/2008).

»Vendar pa se člani uprave ne morejo zgolj s posplošenim sklicevanjem, da izvajanje posameznih opravil ne sodi v delokrog uprave, izogniti odgovornosti za (ne)dosego rezultata pri izpolnjevanju sprejetih obveznosti družbe, ki niso del rutine v rednem poslovanju, ampak predstavljajo posle, ki imajo za družbo poseben pomen in lahko

povzročajo ekonomske učinke, ki odstopajo od učinkov vsakodnevnega poslovanja družbe.» (VSRS III Ips 75/2008).

Vrhovno sodišče je izreklo izredno pomembno sodbo, predvsem v citiranem delu, saj je prvič nakazalo na primerjalno pravni vidik. V poslovnem svetu, ki je že po sami naravi prepleten s tveganjem, sodišče dopušča možnost slabe odločitve, vendar to še nujno ne pomeni kršitve obveznosti članov organov vodenja in nadzora ter njihove avtomatične odškodninske odgovornosti. Sodišče nadalje razlikuje problematiko enačenja besedne zveze vodenja poslov in vodenja družbe, ki ju 265. člen ZGD-1, delno nepravilno enači. Vodenje poslov zajema raznovrstne naloge, katere člani organov vodenja in nadzora lahko, tako vertikalno kot horizontalno, delegirajo na druge osebe, medtem, ko to ne velja za vodenje družbe. Delegiranje vodenja družbe na druge osebe je kršitev dolžnosti članov organov vodenja in nadzora (Hočevar, 2018, str. 49-51; VSRS III Ips 75/2008).

(2) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe III Ips 122/2014, je tako: Tožena stranka je bila od 1. 7. 1996 do 3. 12. 2007 direktor tožeče stranke. Direktorju se ugotavlja odškodninski zahtevki tožeče stranke zoper tožene stranke kot bivšemu direktorju zaradi škode, ki jo je tožeča stranka utrpela zaradi sklenitve številnih poroštvenih pogodb. S temi poroštvi je tožeča stranka prevzela obveznosti za številne kredite, ki so jih banke odobrile in nakazale različnim gospodarskim družbam. Celotna vrednost prevzetih obveznosti je znašala okoli 15.000.000,00 EUR. Kot direktor je podpisal vrsto pogodb o poroštvu za zavarovanje obveznosti tujih družb. Nadalje je bilo ugotovljeno, da je tožena stranka kot direktor družbe vse sklenjene poroštvene ponudbe hranila na tujem naslovu ter nastalih obveznosti ni bilo med finančnimi obveznostmi tožeče stranke. Tako je bil namen prikritje sklenjenih poroštvenih pogodb (VSRS III Ips 122/2014).

Ne držijo trditve revidenta, da ni kršil družbene pogodbe s tem, ko ni pridobil soglasja skupščine, ter da lahko družbeniki v družbi z omejeno odgovornostjo odločitve sprejemajo drugače, kot je določeno z družbeno pogodbo. Iz prvega odstavka 504. člena Zakona o gospodarskih družbah izhaja, da se pravice, ki jih imajo družbeniki pri upravljanju družbe, in način njihovega uresničevanja določijo z družbeno pogodbo, če ZGD-1 ne določa drugače. Določbe ZGD-1, na katere se sklicuje toženec v reviziji, se uporabljajo le, če z družbeno pogodbo ni določeno drugače (drugi odstavek 504. člena ZGD-1).

(3) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe III Ips 80/2010, je tako: v primeru imamo pravno prednico tožeče stranke Ž, d. d., in družbo D, d. o. o., ki sta dne 30. 4. 2001 sklenili svetovalno pogodbo, na podlagi katere je družba D za družbo Ž prevzela finančno svetovanje in pravico sprememb procesov za izboljšanje ekonomske učinkovitosti družbe Ž. Med izvajanjem svetovalne pogodbe sta bila toženca (člana družbe D) člana uprave tožeče stranke (družbe Ž). Po zamenjavi posloводства v družbi Ž je dne 27. 12. 2004 na novo nastavljeno posloводство ugotovilo, da sklenjen projekt ni ustvaril nikakršnih

dodatnih prihrankov. Svetovalna pogodba je bila plačana družbi D v višini 1.628.129,18 EUR.

Vrhovno sodišče je na podlagi revizije ugodilo željam tožene stranke. ZGD-1 določa, da je dolžnost uprave vodenje poslov družbe, a nikjer ne pojasnjuje natančno vsebine vodenja poslov. Pri presoji morebitne kršitve dolžnosti uprave, se je treba opirati na razumevanje procesa sprejemanja odločitev. Za slednje vemo, da so subjektivni in se od vsakega posameznika močno razlikujejo glede na raven tveganosti, ki je je določena uprava pripravljena sprejeti. Vsaka poslovna odločitev, ki se izkaže za škodljivo, ne more biti v nasprotju s skrbnostjo in dolžnostjo posloводства, saj tako zatiramo prosto voljo posloводства pri vodenju poslov. Poleg tega je ključna analiza stanja ex-ante – torej v času, ko se je odločitev sprejemala (VSRS III Ips 80/2010; VSL I Cpg 248/2016).

V zgornji sodbi lahko vidimo nekaj ključnih elementov sojenja v kontekstu odškodninske odgovornosti, ki se jih morajo člani organov vodenja in nadzora zavedati. Glavni element je ex-ante, ki narekuje sodišču pogled na situacijo v času sprejetja in izvajanja pogodbe, ter predvidevati morajo, kakšno je bilo stanje in kolikšna višina tveganja glede na pridobljene informacije posloводства družbe Ž ob sprejetju pogodbe. Zavedati se moramo, da po nastanku škode na plan pridejo nove informacije, ki jih posloводство ob poslovni odločitvi ni imelo. Za napake te vrste posloводство ne more odgovarjati, če je le ravnalo dovolj skrbno pri svoji odločitvi; v nasprotnem primeru bi odgovarjalo za nekaj, česar ne obvladuje. Drugi element je subjektivnost pri sprejemanju poslovnih odločitev. Tudi če bi se poslovna odločitev tožene stranke izkazala za napačno, ta okoliščina sama po sebi še ne pomeni kršitve dolžne skrbnosti. Obveznosti članov uprave gospodarske družbe namreč niso obveznosti rezultata, temveč obveznosti (skrbnega) prizadevanja. Člani uprave morajo pri vodenju poslov ravnati s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika ter varovati poslovno skrivnost družbe (CSRS III Ips 80/2010; VSL I Cpg 248/2016).

(4) V sodbi I Cpg 1402/2016 je glavno vprašanje zadevalo vzročno zvezo glede nastanka škode, saj je nadzorni svet banke dal soglasje k izvedbi posla. Določba 3. odstavka 263. člena jasno navaja, da soglasje nadzornega sveta ne izključuje odškodninske odgovornosti, banka pa je imela v statutu zapisano, da o določenih poslih odloča nadzorni svet, kar je v nasprotju s prepovedjo prenosa vodenja poslov na nadzorni svet. Sodišče je zato določbo statuta štelo kot podajo soglasja nadzornega sveta za sklenitev pravnega posla, ki ga sklene posloводство. Zakon o bančništvu kot poseben predpis vseeno ne posega v določbe ZGD-1 glede vodenja poslov, ampak zgolj določa dodatne pristojnosti nadzornega sveta, ki nikakor ne pomenijo vodenja poslov. Ravnanje uprave oziroma odškodninska odgovornost posloводства za škodo, povzročeno z izpolnjevanjem dolžnosti posloводства, tako ni izključena, čeprav je nadzorni svet odobril dejanje (Cvirn, 2018, str. 55-57; VSL I Cpg 1402/2016).

Sodišče je izpostavilo, da »... razlogovanje prvostopnega sodišča, da bi morala tožeča stranka v obravnavanem primeru zatrjevati in dokazati fraudulozno ravnanje uprave, pa je povsem zgrešena že zaradi obrnjenega dokaznega bremena, ki velja za krivdno odgovornost uprave.« (I Cpg 1402/2016). Tako lahko izvlečemo, če se poslovodstvo ni držalo svojih dolžnosti in skrbnosti stroke je solidarno odgovorno za storjeno škodo, razen če dokažejo, da so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti (Cvirn, 2018, str. 55-57; VSL I Cpg 1402/2016).

(5) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe III Ips 87/2010, je tako: tožeča stranka kot kupec je sklenila pogodbo o prodaji delnic s toženo stranko, s katero se je dogovorila za nakup 229.015 delnic. Obe strani sta iskali dodaten način zavarovanja vrednosti delnic, če se njihova vrednost poveča zaradi stranske odločitve sodišča o plačilu sporne terjatve družbe K, d. d., v višini 8.400.000,00 EUR. Stranki sta sklenili dodatno pogodbo poimenovano Dodatek. V pogodbi Dodatek sta se stranki dogovorili, da bosta s plačilom nagrade odvetniku A. A. za zastopanje dodatno financirali kupnino delnic, ki bi jih dejansko financirala sama družba K, d. d. Namen dodatka je bil v primeru pozitivnega izida obravnavane terjatve, v višini 8.400.000,00 EUR, zagotoviti dodatno plačilo kupnine za prodane delnice.

V opisanem primeru je sodišče prve stopnje ugotovilo ničnost dodatka k pogodbi o prodaji delnic družbe K, d. d. Tožeča stranka kot kupec delnic družbe K, d. d., se je zavezala k zagotovitvi sklenitve pogodbe o odvetniških storitvah med družbo K, d. d., in odvetnikom A. A. Tako je samostojno dodatek št. 1 k pogodbi predstavljal fiktivni posel po 241. členu ZGD-1 (danes 248. člen ZGD-1). Sodišče druge stopnje je ugotovilo fiktivnost celotnega dodatka in ničnost vseh določb dodatka. Zato je sodišče zahtevalo vračilo dveh bianko menic tožeči stranki, ki je v zgornjem primeru izkazovala zavarovanje plačila pogodbene kazni. Vrhovno sodišče revizijskih navedb, s katerimi tožena stranka graja dokazno oceno, povezano z dejanskimi ugotovitvami o pravi vsebini in namenu sklenjenega dodatka, označi kot neutemeljeno (VSRS III Ips 87/2010).

Očitek o napačni uporabi 241. člena ZGD-1 ni utemeljen, saj gre za določbo, ki zajema najrazličnejše oblike pravnih poslov, katerih ekonomski učinek je ta, da se s premoženjem družbe ekonomsko podpre financiranje nakupa delnic iste družbe. Poleg tega v kontekstu presoje obstoja fiktivnega posla ni bistven dejanski prenos sredstev, temveč zgolj namen „zagotovitve“ prenosa premoženja s sklenitvijo spornega dodatka (VSRS III Ips 87/2010).

3 GOSPODARSKO KAZNIVO DEJANJE IN SODELOVANJE POSLOVODSTVA

V nadaljevanju tega poglavja bom predstavil najbolj bistvena gospodarska kazniva dejanja, in sicer poslovno goljufijo ter zlorabo položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti.

Razložil jih bom, zato da bo bralec v drugem delu magistrske naloge pridobil znanje o osnovnih pojmi, pri razlagah primerov iz sodne prakse ter z analiziranimi praktičnimi primeri. Poudarjam, da moj namen ni izdelava izčrpne klasifikacije vseh pojmovnih oblik, kot sta poslovna goljufija in zloraba položaja ali zaupanja, temveč želim zgolj vzpostaviti podroben referenčni okvir za lažje razumevanje pojmov v magistrskem delu.

3.1 Zloraba položaja

Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti se v strokovni literaturi velikokrat opredeljuje kot osrednje kaznivo dejanje zoper gospodarstvo. Zaradi te lastnosti je povsem utemeljeno pričakovati, da bodo vsa relevantna pravna vprašanja opredeljena, da bodo podani odgovori nanje in da bo vnaprej jasno, kdo so lahko storilci tega kaznivega dejanja in pod kakšnimi pogoji, kateri so možni izvršitveni načini in predvsem, katera dobrina je s tem kaznivim dejanjem varovana (Jelenko, 2015).

Inkriminacija predstavlja prekoračitev moralne dopustnosti osebe, zato država intervenira z uporabo kazenske inkriminacije v primerih, ko človekovo ravnanje povzroča drugemu škodo. Definicije inkriminacije in gospodarske kriminalitete se pogosto prepletajo s preučevanjem gospodarskih deliktov. Te opisujemo kot kaznivo dejanje, storjeno s pomočjo gospodarskega ugleda in z zlorabo oblik veljavnega prava, dobrih poslovnih praks in uzanc, ki v gospodarskem svetu načeloma dvigujejo raven zaupanja. Najbolj obravnavani termin zlorabe položaja ali zaupanja se v pravni stroki kot kaznivo dejanje uvršča pod namerni delikt. Za kazensko obravnavo določenega primera ta potrebuje od storilca izvršitev dejanja, tj. pridobitev premoženjske oziroma nepremoženjske koristi ali škode, in zakonsko zahtevan namen, da po 240. členu Kazenskega zakonika (KZ-1), Ur. l. RS, št. 50/12-UPB2, 6/16, 54/15, 38/16, 27/17, izpolnjuje pogoje. Storilec namernega delikta si v večini primerov za cilj postavi določeno prepovedano posledico ali izvršitveno ravnanje, pri čemer mora za izpolnitev znakov kaznivega dejanja mora ravnati z obarvanim naklepom (Kocbek in drugi, 2014).

Za inkriminacijo ravnanja po 240. členu KZ je treba v primeru, ko škoda gospodarski družbi ni nastala (ravnanje je bilo v korist družbi in drugi osebi), ugotoviti ali je poslovodstvo ob takšnem ravnanju zanemarilo temeljno dolžnost, ta pa je pridobivanje (minimalnega) dobička za družbenike. Če poslovodstvo ustvari korist (dobiček) za družbenike in korist še zase ali druge, je poslovodstvo mogoče obsoditi za kaznivo dejanje zlorabe položaja le ob dokazanosti, da se je namerno (naklepno) odreklo delu dobička oziroma da je prišlo do prelivanja premoženja iz premoženjske sfere gospodarske družbe v premoženjsko sfero drugih oseb (VSM II Kp 61606/2012).

Na podlagi navedenega v tem odstavku lahko izpeljemo, da bo kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja po 240. členu KZ-1 podano le, če:

- je storilec po prvem odstavku tega člena uporabil katerega od zakonsko določenih izvršitvenih načinov zato, da bi sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko oziroma nepremoženjsko korist ali škodo,
- pri dejanju po drugem odstavku tega člena nastane velika premoženjska oziroma nepremoženjska korist ali škoda, storilec pa je hotel sebi ali komu drugemu pridobiti premoženjsko korist ali povzročiti premoženjsko škodo,
- je storilec v skladu s tretjim odstavkom tega člena uporabil katerega izmed izvršitvenih načinov, zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil nepremoženjsko korist.

Zlorabo položaja ali zaupanja lahko umestimo v notranja – interna razmerja, kamor spadajo kazniva dejanja zlorabe položaja ali zaupanja znotraj enega subjekta, povezane družbe, holdinga in, koncerna. Storilce teh kaznivih dejanj je mogoče umestiti na vrh piramide odločanja v gospodarskem subjektu. Ekonomsko gledano lahko to obliko povežemo z ekonomskim modelom principal – agent. Ta opisuje težavo zaupanja med lastniki podjetja in poslovodstvom, saj prikrito vsaka stran želi delovati za svoj lastni interes in zanemari tistega, ki jim je bil pogodbeno določen. Glede zlorabe položaja ali zaupanja Novoselec (2003) meni, da »državni tožilci in sodišča po kaznivem dejanju zlorabe položaja ali zaupanja posegajo iz udobja, saj jim to kaznivo dejanje s svojo splošnostjo in nedoločnostjo olajšuje pravno kvalifikacijo«. Zato po sodni praksi sodišča pri obravnavanju podobnih kaznivih dejanj bolj uporabljajo kaznivo dejanje zlorabe položaja, in ne ostalih oblik gospodarskih kaznivih dejanj (Novoselec, 2003).

V povezavi z načinom razpolaganja in samim razmerjem premoženja znotraj gospodarske družbe Keršmanc (2014) v svoji teoretični analizi taksonomsko naniza več dejanskih stanov kot pojavnih oblik kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Njegove pojavne oblike predstavljajo: zlorabo položajnih (iz)plačil, stroškov, bonitet, nagrad in podobno; dajanje na razpolago delovne sile in enostranske odločitve glede sredstev družbe; zlorabo kreditne sposobnosti; zlorabo drugih dvostranskih poslov in nelojalno preusmerjanje poslov. S tovrstnim opisom pridobimo dodatne vpoglede v možne oblike zlorabe položaja ali zaupanja. Odgovor na izpostavljene dileme v zvezi z naravo kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti po 240. členu KZ-1, kot kaznivega dejanja zoper gospodarstvo bo lahko bolje obarvala razlaga pojma premoženje družbe in razpolaganje s koristmi, njihovim upravljanjem in zastopanjem (Keršmanc, 2014; Turinek, 2016, str. 100).

3.2 Poslovna goljufija

Poslovna goljufija se od klasičnih goljufij loči po stopnji, kdaj se začne. S tem preslepitev oziroma poslovno goljufijo umestimo med dva subjekta, ki sta že povezana in sodelujeta (element zaupnosti v njunem razmerju je visok) v fazi »izvrševanja« pogodbe. Nato začne

subjekt zlorablja s preslepitvami in tako izrablja vzpostavljeno zaupanje. Tako se poslovna goljufija osredotoča navzven – mišljeno na dva ločena subjekta v gospodarstvu, ki zgolj pogodbeno sodelujeta (Kocbek in drugi, 2014).

Ključna okoliščina, ki je potrebna, da se neko dejanje pri opravljanju gospodarske dejavnosti opredeli kot kaznivo dejanje poslovne goljufije, je goljufivi namen storilca. Tudi če storilec v začetnih dejanjih sklenitve pogodbe ni imel goljufivega namena, temveč je kasneje med izpolnjevanjem pogodbe ali posla izvedel poslovno goljufijo, se šteje za izvršitev dejanja poslovne goljufije. Običajno govorimo o poslovni goljufiji takrat, kadar pri poslovanju storilec naklepno preslepi drugega s prikazovanjem ali prikrivanjem, da bodo določene obveznosti izpolnjene, vendar jih storilec zaradi pridobitve lastne premoženjske koristi ali povzročitve škode oškodovancu ne izpolni (Pečanac in Rakun, odvetniška družba d.o.o., 2009).

3.3 Presoja dovoljene vloge posloводства ciljne družbe

Po predelanih teoretičnih vidikih za nas bistvenega gospodarskega kazenskega prava bom v naslednjem delu magistrskega dela z lastnimi praktičnimi primeri in s sodno prakso analiziral načine aktivne pomoči posloводства pri prevzemu gospodarskega subjekta, stopnjo dovoljene vloge posloводства ciljne družbe ter možne posledice za obe udeleženi družbi v primeru nedovoljene pomoči posloводства. Prav tako bom na primerih in sodni praksi analiziral, v katerih primerih posloводство preseže svojo dovoljeno vlogo in je zoper določeno posloводство možen izrek kazenske sankcije.

3.3.1 Prvi primer

Gospodarski subjekt A želi prevzeti gospodarski subjekt B, pri čemer ima gospodarski subjekt A možnost aktivne pomoči samega prevzema s strani posloводства gospodarskega subjekta B. Gospodarski subjekt B, d. o. o., (Hčerinska družba) je v lasti družbe C, d. d.

Na podlagi analize dobljenega internega gradiva obeh gospodarskih subjektov sem lahko izluščil možne pomoči posloводства B, d. o. o. V mojem primeru sta gospodarski subjekt B, d. o. o., (ciljna družba) in njegovo posloводство pripravljena aktivno pomagati poslovodu A (prevzemniku) pri prevzemu hčerinske družbe, gospodarskemu subjektu C, d. d., ki je lastnik družbe B, d. o. o., in na spodaj opisane načine olajšati sam prevzem družbe B, d. o. o. Največja anomalija, ki sem jo v pridobljenih gradivih našel, je izplačevanje fiktivnih poslov.

Posloводство (družba C, d. d.) lastniške družbe vsak mesec s fiktivnimi posli v poslovnih listinah izplača storitveni znesek v višini 15.000 EUR. To pomeni, da na podlagi danih informacij vsak mesec družba C, d. d., opravi svetovalno storitev za svoje hčerinsko

podjetje B, d. o. o. Natančneje je fiktivni posel označen kot opravljanje posredniške, svetovalske, informacijske in druge storitve, ki v resnici ni bila nikdar opravljena. Na opisani način se zmanjšajo sredstva oškodovane družbe (ciljna družba B, d. o. o.) in zrcalno protipravno povečajo sredstva družbe C, d. d. Negativni ekonomski učinki fiktivnih poslov iz prvega odstavka 248. člena ZGD-1, o katerih govori primer, so namreč po obstoječi zakonski ureditvi sanirani že s sankcijo ničnosti fiktivnega posla. Z vrnitvijo pridobljene koristi (skupna višina izplačil) iz ničnega pravnega posla se vzpostavi prejšnje premoženjsko stanje družbe.

Na podlagi opisanega lahko sklepamo, da uprava pri svojem izvrševanju sklepanja fiktivnih poslov krši prvi člen 240. člena KZ-1:

- storilec je po prvem odstavku tega člena uporabil katerega od zakonsko določenih izvršitvenih načinov zato, da bi sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko oziroma nepremoženjsko korist ali škodo.

Poslovodstvo B lahko z izdajo takih informacij gospodarskemu subjektu A aktivno pomaga pri poskusu prevzema gospodarskega subjekta B, d. o. o. Poudariti je treba, da tovrstna vloga poslovodstva B ni dovoljena, saj jih lahko doleti civilna ali kazenska sankcija. Poslovodstvo B je lahko civilno sankcionirano zaradi kršitve dolžnega ravnanja po ZGD-1 (odškodninska odgovornost), ter kazensko sankcionirano zaradi zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti. Da se izogne sankcijam, lahko poslovodstvo B opisane informacije preda gospodarskemu subjektu A pri dokumentaciji za skrbni pregled. Skrbni pregled se nanaša na dejanja, ki jih opravi prevzemni gospodarski subjekt, pri čemer se poskuša popolnoma seznaniti s trenutnim in potencialnim stanjem prevzemnega gospodarskega subjekta, kot so na primer ugotovitev anomalij, skritih podatkov in neresničnih informacij, ki bi lahko po odkupu negativno vplivali na poslovanje poslovodstva. V večini primerov poslovodstvo določi, koliko informacij in podatkov se izda prevzemniku. Ko poslovodstvo ugotovi, da je prijateljski prevzem najbolj optimalen in usklajen z interesi družbe, ima poslovodstvo pravico sodelovati s prevzemniki in jim na podlagi pridobitve želenih informacij pomagajo v največji meri.

Poslovodstvu B lahko dokažemo izraženo zavedanje in voljo, s katerima je pomagalo poslovodstvu A in očitno kršitev zlorabe položaja ali zaupanja z namenom pridobiti sebi ali komu drugemu premoženjsko korist ali povzročiti premoženjsko škodo. V opisanem primeru se poslovodstvo B ne bi moglo sklicevati na to, da ni imelo namena oškodovati svoje gospodarske družbe, saj njihovi dejanski učinki niso bili negotovi. Ob iskanju precedenčnih pravnih sodb glede podobnih pravnih težav, ugotovimo, da v konkretnem primeru storjena dejanja vključujejo vse elemente kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti za poslovodstvo B, ki poskuša pomagati prevzemniku.

3.3.2 Drugi primer

Poslovodstvo B lahko aktivno pomaga pri prevzemu na način, ki opozarja na ustvarjanje navidezne pogodbe s strani gospodarskega subjekta B. Subjekt, ki je nezmožen sprejeti posel, za katerega je vedel oziroma bi moral vedeti, da ga ni zmožen sprejeti, se mu ta nezmožnost šteje v krivdo, čeprav storilec v takem primeru ničesar lažno ne prikazuje. Organi pregona lahko storilcu dokazujejo krivdo z obstojem dejstva, da storilec ni imel realnih možnosti izpolnitve obveznosti, vendar to težko dokazujejo. Z opisano navidezno pogodbo lahko gospodarski subjekt A ob pomoči poslovodstva B pridobi sebi ustrežnejše pogoje pri prevzemu. Ob taki pomoči poslovodstva B gospodarskemu subjektu A je lahko poslovodstvo B kazensko odgovorno v primerih dokaza nelojalnega ravnanja, nelojalne konkurence, izdajanja poslovnih skrivnosti gospodarskega subjekta, zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti ali očitnega kršenja dolžnosti pri upravljanju premoženja ali pri vodenju gospodarske dejavnosti. Vendar po pregledu sodne prakse ugotovimo, da sodišče zgornje očitke obsojencem težje dokazuje zaradi implementirane subjektivnosti, neoprijemljivosti in manjkajočega direktnega naklepa (zavedanje in volja storilca) storilca.

Navidezna pogodba pomeni enostaven način prevare tretje osebe. Nastane tako, da poslovodja, izvršni direktor ali prokurist družbe izda navidezno pogodbo za določeno storitev, ki je sklenjena s podpisano pogodbo. Navidezna pogodba v realnosti ne ustvarja pravnih učinkov med pogodbenimi strankami, vendar ker povzroči kasnejšo korist drugi osebi in oškodovanje tretje osebe, je v kazenskopravnem pogledu prepovedana in nezakonita. Družba A je plačala za določeno neopravljeno storitev ali izvedla nesorazmerno plačilo glede na prejeto blago družbi B. V opisanem procesu poslov je bila ali bi lahko bila oškodovana tretja družba, ki ni vedela za navidezno pogodbo, tako je bila v tem smislu storjena prevara nad tretjo družbo. Pri tovrstnih situacijah družbi A nastane korist, oškodovani družbi pa škoda (Turinek, 2016, str. 100).

Naš predstavljeni način, lahko pomaga pri prevzemu podjetja in ne vpleta poslovodstva B v storitev kaznivega dejanja – izločitev kazenske odgovornosti zaradi subjektivnega dejavnika. Taka odločitev lahko veliko prispeva k pogajanju, če se stranke, ki niso vedele za nezmožnost opravljanja storitve, obvestijo, vendar lahko po drugih zakonih izdaja takih informacij povzroči kazensko ovadbo – izdajanje poslovnih skrivnosti.

Prav tako v zgoraj analiziranem primeru ne moremo zanikati, da poslovodstvo B nakazuje na zlorabo svojih pooblastil pri neupravičenem plačilu storitev, ki niso opravljene, poslovno goljufijo ali kršenje dolžnosti pri upravljanju premoženja. Vendar kljub tej opazki se lahko ob sklicevanju na sodno prakso vidi določen vzorec. Prikazuje nezmožnost obsoditi poslovodstvo B za katero koli kaznivo dejanje, saj sodišče s poslovno prakso še ni izoliralo subjektivnosti dejanja. Pri subjektivnem elementu je treba upoštevati osebne

okolščine, čas sklenitve pogodbe, svetovalno razmerje med strankama, kršitev pojasnilne dolžnosti, konflikt interesov med poslovodstvoma in nesorazmerje porazdelitve tveganja (VSRS II Ips 201/2017).

Če na koncu obravnavamo še naklep, vidimo, da storilcu le-tega težko dokažemo. Preiskovanje gospodarskega kaznivega dejanja je zelo težavno zaradi lastne kompleksnosti in prepletenosti udeležencev ali storilcev, težavnosti obsežnega ožjega kroga storilcev in potrebne osebne dokumentacije za dokazovanje kaznivega dejanja. Poleg tega je izjemno težko dokazovati subjektivni element kaznivega dejanja, torej direktnega naklepa pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve škode gospodarskemu subjektu, saj je tukaj treba ugotoviti resničnost sklicevanja storilcev na slabo poslovno odločitev in vpliv zunanjih dejavnikov. Storilec je vedno kazensko odgovoren, vendar v mejah svojega naklepa. Novoselec (2003) navaja, da če kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja obravnavamo kot premoženjsko kaznivo dejanje, ni opravičila, da bi bil subjektivni element skrčen zgolj na namen, ampak bi bilo treba dovoliti, da za storitev kaznivega dejanja zadostuje že eventualni naklep. Naklep v grobi obliki pomeni redna in hujša oblika krivde, za katero je storilec vedno odgovoren. Naklep je sam po sebi merilo, s katerim merimo intenzivnost subjektivnega očitka storilcu. V kazenskem zakoniku je predstavljen kot kaznivo dejanje, ki je storjeno z naklepom pri katerem se je storilec zavedal svojega dejanja in ga je hotel storiti – direktni naklep; izraženo je zavedanje in volja storilca. Ali če se je zavedal, da lahko zaradi njegovega dejanja nastane škodna posledica in je zavestno privolil v to dejanje – eventualni naklep; veljajo enaki pogoji sestavin, vendar v milejši intenzivnosti (Novoselec, 2003; Turinek, 2016).

Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja iz 240. člena Kazenskega zakonika mora biti v vseh svojih pojavnih oblikah izvršeno s posebnim namenom. Pridobiti sebi ali komu drugemu premoženjsko korist ali povzročiti premoženjsko škodo. Tovrstno kaznivo dejanje lahko storilec izvrši le z direktnim naklepom. Storilec se zavestno odloči prestopiti meje svojih pravic ali za zanemarjanje oziroma ne opravljanje svojih danih dolžnosti in tako izrabljati svoj dodeljeni položaj v gospodarskem subjektu. Če bi tako kaznivo dejanje obravnavali kot eventualni naklep, bi zadoščalo že storilčevo zavedanje, da njegova dejanja lahko pripeljejo do premoženjske koristi oziroma premoženjske škode in v tako dejanje vseeno privoli (Turinek, 2016).

V povezavi z naklepom bi se rad navezal tudi na pojmovanje zmote, ki lahko pravno izključi naklep. Storilec se lahko znajde v dejanski ali pravni zmoti. Pri čemer je prva po 20. členu KZ opisana kot: Ni kazensko odgovoren storilec, ki se ob storitvi kaznivega dejanja ni zavedal nobenega njegovega z zakonom določenega znaka ali je zmotno mislil, da so podane okoliščine, v katerih bi bilo to dejanje dopustno, če bi bile zares podane (Baucon, 2004, str. 574).

Dejanska zmota je negacija naklepa, saj storilec kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja meni, da se v protipravnem dejanju člani gospodarskega subjekta strinjajo z njegovim dejanjem. Na drugi strani pa to, če je storilec storil kaznivo dejanje in se sklicuje, da ni vedel, da je kaznivo, temveč dopustno, opišemo kot pravno zmoto. Ta je izogibna, saj se je vsak, ki se ukvarja z gospodarsko dejavnostjo, zavezan seznaniti s svojimi pravicami in obveznostmi (Baucon, 2004, str. 574).

3.3.3 Ostali primeri

V zvezi z dovoljeno vlogo posloводства ter možnostjo izreka kazenske sankcije članom organov vodenja in nadzora za prekoraittev dane pomoči imamo v nadaljevanju jedrnato opisane možnosti in načine aktivnega sodelovanja različnih poslovodstev iz različnih gospodarskih oblik.

Prvič: oseba, ki je nezmožna sprejeti posel, za katerega je vedela oziroma bi morala vedeti, da ga ni zmožna sprejeti, se ji ta nezmožnost šteje v krivdo, čeprav storilec v takem primeru ničesar lažno ne prikazuje. Organi pregona lahko storilcu dokazujejo krivdo z obstojem dejstva, da storilec ni imel realnih možnosti izpolnitve obveznosti, vendar to težko dokazujejo (Keršmanc, 2014).

Drugič: poslovna goljufija je posebna oblika goljufije, ki jo je mogoče storiti pri opravljanju gospodarske dejavnosti tako ob sklepanju posla, kot tudi kasneje, ob njegovem izvajanju. Kaznivo dejanje vsebuje klasične prvine goljufije, to je namen pridobitve premoženjske koristi. Stavimo lahko stvari, ki ni premoženjska korist temveč protipravna premoženjska korist (Novoselec, 2003, str. 167).

In nazadnje dovoljeno je poslovati s samim seboj, saj je za obsodbo potreben tudi naklep, da je bila nekomu drugemu storjena škoda oziroma morebitna škoda. *»Storilec in oškodovanec ne moreta biti ista oseba, zato ne more priti do oškodovanja druge osebe kot temelja za obstoj kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic v primeru, ko je v isti osebi storilec in oškodovanec zasebni podjetnik ali v primeru enoosebne gospodarske družbe.«* (VSRS I Ips 266/2007).

3.4 Sodna praksa v povezavi s kaznivim dejanjem

V nadaljevanju bodo na kratko predstavljeni primeri iz sodne prakse sodišč, ki obravnavajo vprašanja možnosti izreka kazenske sankcije članom organov vodenja in nadzora v slovenski korporacijski zakonodaji in poslovni praksi. Tako je zbranih nekaj pomembnejših sodnih odločb, ki obravnavani institut aplicirajo na posamezne konkretne primere.

(1) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe I Ips 141/2006, je tako: obsojeni Š. J. je pri opravljanju gospodarske dejavnosti zlorabil položaj direktorja gospodarske družbe J. O., d. o. o., tako da je od 21. 8. 1995 do 21. 5. 1999 v osmih primerih prodal oziroma prepisal na druge fizične in pravne osebe različna osebna in tovorna vozila, ki so bila last družbe J. O., d. o. o., izkupička pa ni nakazal na njen transakcijski račun. Gospodarsko družbo J. O., d. o. o., je ustanovil obsojenec skupaj z avstrijsko družbo J, d. o. o, katere lastnik je bila njegova žena. Tako je lahko imel obsojenec navidezno funkcijo direktorja v obeh družbah. Žena kot direktorica družbe J, d. o. o., je privolila v odprodajo navedenih osnovnih sredstev (Jelenko, 2015; Turinek, 2016).

Sodišče zagovarja tezo, da je obsojenec izrabljal položaj direktorja d. o. o. tako, da je v več primerih prodal premična sredstva svoje družbe, dobljenega dobička oziroma izkupička pa ni prikazal na transakcijskem računu svoje družbe. Tako je z jasnim namenom oškodoval družbo in sebi pridobil premoženjsko korist. Ker je bil sam direktor in pravni lastnik omenjene družbe, se je pri zagovarjanju skliceval na nezmožnost oškodovanja samega sebe, vendar so stališča sodišč opozorila na sporno uporabo besedne zveze »lastnik gospodarske družbe« in poudarja pravila gospodarskega statusnega prava, ki ne dovoljuje, da bi družbeniki prosto razpolagali s sredstvi družbe mimo računa družbe in neupoštevanje načela ločenosti premoženja družbenikov od premoženja same družbe (Jelenko, 2015; Turinek, 2016).

Izraba položaja (ki se očita obsojencu), je vsako ravnanje pri sklepanju poslov ali drugem razpolaganju s premoženjem gospodarske družbe, do katerega je storilec na podlagi njenih notranjih pooblastil (pogodba, statut, navodila članov družbe itd.) sicer upravičen, vendar pri tem namesto interesom gospodarske družbe sledi svojim lastnim interesom oziroma interesom tretjih oseb. Na splošno je za razumevanje obravnavanega kaznivega dejanja, ki je premoženjski delikt, umeščen v poglavja kaznivih dejanj zoper gospodarstvo, 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 (Jelenko, 2015; Podgorelec, 2013b, str. 81-90; Turinek, 2016).

(2) V naslednji obravnavani sodbi I Ips 171/2005 imamo obsojenko, ki je zlorabila položaj direktorice v podjetju A, d. d. Najprej naj bi obsojenka zlorabila položaj med opravljanjem gospodarske dejavnosti vodenja družbe in nato naj bi prestopila meje svojih pravic, določenih po pogodbi o poslovodstvu z navedeno družbo. Med poslovanjem je obsojenka potrdila izdajo naknadnih naročilnic, opremljenih z žigom oškodovane družbe, in s tem omogočila plačilo gostinskih storitev, pri čemer je drugi osebi (bivšemu direktorju podjetja) pridobila premoženjsko korist.

Glavno jedro pritožbe obsojenke se je sklicevalo na pomanjkanje motiva oziroma naklepa pri izvršitvi kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja z namenom, da bi pri

opravljanju gospodarske dejavnosti sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko korist ali povzročil premoženjsko škodo. Takšno ravnanje je pogoj za obstoj kaznivega dejanja, pri čemer zanj ne zadošča eventualni naklep, temveč se zahteva direktni oziroma motivirani naklep. Sodišče druge stopnje je obrazložilo, da je obsojenka s svojim dejanjem pridobila protipravno premoženjsko korist direktorju podjetja, ki je odhajal, in v škodo tega podjetja, ki je bilo v težavnem finančnem položaju, ter da je dejanje storila z visoko stopnjo krivde in z direktnim naklepom (VSRS I Ips 171/2005; Podgorelec, 2013b, str. 81-90; Turinek, 2016).

(3) V naslednji obravnavani sodbi I Ips 35999/2015 je tožena stranka kot direktor družbe P., d. o. o., od 18. 10. 2007 do 7. 12. 2007 oziroma od 16. 1. 2008 do 18. 2. 2008 odobril plačila več računov družb O., d. o. o., in A., d. o. o., s katerimi je bila družbi P., d. o. o., zaračunana dobava palet, pri tem je pri vsakem odobrenem plačilu računov vedel, da družbi zaračunanih palet nikoli nista dobavili, s čimer jima je na takšen način na škodo družbe P., d. o. o., pridobil premoženjsko korist, družbi O., d. o. o., v znesku 8.916,00 EUR, družbi A., d. o. o., pa v znesku 5.796,00 EUR.

Sodišče druge stopnje je obdolženca oprostilo tožbe z razlago, da je v tem primeru obtoženec oškodoval le sebe oziroma okoriščal sebe – plačal je račune, čeprav palete niso bile dobavljene, in oškodoval svojo družbo P., d. o. o., v kateri je bil edini družbenik. Posledično kaznivo dejanje ni bilo storjeno, saj storilec in oškodovanec ne moreta biti v isti osebi in iz tega razloga ne more priti do oškodovanja druge osebe kot temelja za obstoj kaznivega dejanja. Sodišče druge stopnje je še poudarilo, da bi v takem primeru lahko šlo kvečjemu za storitev kaznivega dejanja ponareditve ali uničenja poslovnih listin (Jelenko, 2015; Podgorelec, 2013b, str. 81-90; Turinek, 2016).

Okrožno sodišče v Ljubljani je s sodbo X K 35999/2015 z dne 26. 11. 2015 K. N. spoznalo za krivega storitve kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic po prvem odstavku 244. člena Kazenskega zakonika. Sodišče druge stopnje je obdolženca iz razloga po 1. točki 358. člena ZKP oprostilo obtožbe ob sklicevanju na sodbi Vrhovnega sodišča I Ips 85/2009 z dne 19. 5. 2011 in I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007. Na koncu je Vrhovno sodišče na podlagi drugega odstavka 426. člena ZKP ugotovilo, da je Višje sodišče v Ljubljani s sodbo II Kp 35999/2015 z dne 17. 5. 2016 kršilo določbo prvega odstavka 244. člena Kazenskega zakonika (KZ) (Turinek, 2016).

Vrhovno sodišče poudari, da je premoženje družbe z omejeno odgovornostjo ne le navzven, temveč tudi v razmerju do njenega edinega družbenika tuje premoženje. Poslovodja, četudi je hkrati edini družbenik družbe, je dolžan poslovati vestno in pošteno ter slediti interesom gospodarske družbe, ki je samostojna (pravna) oseba in katere premoženje je ločeno od premoženja njenih družbenikov. Zato je v obravnavanem primeru, ko je poslovodja v nasprotju z zakonom in interesi družbe z omejeno odgovornostjo, na

škodo družbe razpolagal s premoženjem družbe in s tem izrabil svoj položaj ter drugemu pridobil premoženjsko korist, uresničil vse zakonske znake kaznivega dejanja zlorabe položaja ali pravic po prvem odstavku 244. člena KZ.

(4) Dejansko stanje iz sodbe II Kp 15577/2011 je tako: obtoženec je bil edini lastnik družbe D., d. o. o., kar pomeni, da je to t. i. enoosebna gospodarska družba. Prvostopenjsko sodišče je v svoji sodbi (kljub nespretnemu opredeljevanju razmerja do kaznivega dejanja po 235. členu KZ-1, storjenega v pravem steku) navedlo upravičene materialnopravne razloge, s katerimi je pravno presojo, tj., da kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti lahko izvrši tudi družbenik, ki ima 100 odstotni lastniški delež v družbi z omejeno odgovornostjo, utemeljilo s precedensom prejšnjih sodnih odločb. Resnično stanje je v sodbi precedenčnega sodišča neposredno uporabljivo tudi v obravnavani zadevi, pri čemer se prav tako obravnava glavni problem sklepanja številnih fiktivnih pogodb in aneksov z družbo E., tj. za posredniške, svetovalske, informacijske in druge storitve, ki v resnici niso bile nikdar opravljene. Kot posledica so se zmanjšala sredstva oškodovane družbe in zrcalno protipravno povečala sredstva družbe E, d. o. o., v skupni višini 935.123,25 EUR. Tudi obtoženi je bil kot družbenik in hkrati poslovodja (direktor) družbe dolžan poslovati vestno in pošteno ter pri tem predvsem slediti poslovnim (premoženjskim) interesom gospodarske družbe kot samostojne pravne osebe z ločenim premoženjskim substratom. Ker tega ni storil, ampak je na škodo družbe razpolagal z njenimi sredstvi, drugemu (družbi E, d. o. o.) pa protipravno pridobil premoženjsko korist, je uresničil vse zakonske znake očitane kaznivega dejanja po 240. členu KZ-1 (VSL II Kp 15577/2011; Turinek, 2016).

Odločitve edinega družbenika v enoosebni gospodarski družbi ne morejo odpraviti protipravnosti njegovega ravnanja, ki se kaže v prikazovanju navideznih (fiktivnih) pravnih poslov, na podlagi katerih so se nezakonito zmanjšala sredstva oškodovane družbe z omejeno odgovornostjo. Premoženje slednje je ne le navzven, temveč tudi v razmerju do edinega družbenika, tuje premoženje, družbenik pa mora kot poslovodja slediti premoženjskim interesom družbe. Navidezna pogodba v realnosti ne ustvarja pravnih učinkov med pogodbenimi strankami, vendar ker povzroči kasnejšo korist drugi osebi in oškodovanje tretje osebe, je v kazenskopravnem pogledu prepovedana in nezakonita. Ob sklepanju tovrstnih poslov je treba prav tako poudariti obojestransko neskladje med voljo in izjavo, ki je v nasprotju z načelom dobre vere in poštenja. Poleg tega je fiktivni posel v nasprotju z načelom ravnanja v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, ki velja za družbenike, člane organov vodenja in nadzora znotraj določene gospodarske družbe (VSL II Kp 15577/2011; Turinek, 2016).

(5) V naslednji obravnavani sodbi II Kp 41510/2012 je bistvo, navedba vložnikov, da dejanji obsojenca in obsojene pravne osebe nista kaznivi, saj plačilo fiktivnih računov obsojene pravne osebe predstavlja vračilo stroškov nakupa (lastnih) delnic družbe U., d. d.

Obsojena pravna oseba je zakonito pridobila (lastne) delnice družbe U., d. d., zato je bila upravičena do povračila stroškov, ki so ji nastali z navedeno pridobitvijo delnic. Vložnika navajata, da gre pri izdaji fiktivnih računov za navidezen pravni posel po 50. členu OZ, ki je v gospodarskem poslovanju pogosti.

Sodišče je zagovarjalo tezo, da ni protipravno dejanje odkup lastnih delnic, ampak uporaba lažnih listin. Po navedbah vrhovnega sodišča so podlago za nakazila gotovine družbe U., d. d., obsojeni pravni osebi predstavljali računi z lažno vsebino, saj delo, ki naj bi bilo z navedenimi računi plačano, ni bilo opravljeno. Ker plačevanje računov z lažno vsebino ni zakonito, protipravnosti obravnavanih dejanj ni mogoče izključiti z navedbami, da je bilo plačilo računov upravičeno iz naslova pridobitve lastnih delnic.

Navidezna pogodba prikriva drugo pogodbo oziroma pravni posel, kar pomeni, da mora med strankama obstajati pogodba oziroma pravni posel, ki je z navideznim pravnim poslom prikrit. V obravnavanem primeru naj bi pravni posel pridobitve (lastnih) delnic prikrivali fiktivni računi, ki ne predstavljajo pogodbe oziroma pravnega posla (VSRS II Kp 41510/2012).

(6) V tem primeru opisane sodbe I Ips 361/2004 je obtoženi B. Š. pri upravljanju gospodarske dejavnosti pri sklenitvi posla preslepil drugega s prikazovanjem, da bodo obveznosti izpolnjene, zaradi celotne neizpolnitve obveznosti pa je nastala za stranko premoženjska škoda. Obtoženi B. Š. je kot predstavnik podjetja C, d. o. o. sklenil pogodbo o nakupu kolesa s podjetjem V, d. o. o. in pri tem dodatno potrjeval znak solventnosti z lastništvom gostilne. (VSRS I Ips 361/2004; Jelenko, 2015; Podgorelec, 2013b, str. 81-90).

V sodbi se poraja vprašanje, ali opisani primer vsebuje vse zakonske znake kaznivega dejanja, oziroma ali iz opisa razločimo dejanje preslepitve, torej aktivnega ravnanja obdolženca, česar posledica je nastanek škode pri drugem.

Vrhovno sodišče ugotovi na podlagi izreka preslepitev v navedbah »... da je prikazoval, da bodo obveznosti izpolnjene s tem, da je zagotavljal, da bo blago plačal, s čimer je V d. o. o. zaslepil in zapeljal, da mu je bilo blago izročeno, zaradi neizpolnitve obveznosti pa je oškodoval podjetje V d. o. o.«. (I Ips 361/2004). Poleg tega je pri zagotovitvi zatrjeval, da si lasti gostilno, s čimer je hotel pokazati svojo kredibilnost in solventnost oziroma potrditi ugoden premoženjski položaj.

Vrhovno sodišče je utemeljilo svoj položaj predvsem z razlago zakona, ki navaja, da je poslovne goljufije možno storiti le pri opravljanju gospodarske dejavnosti ter da pri tem kaznivem dejanju ni potrebno, da bi storilec imel goljufivi namen že od vsega začetka, torej od sklenitve posla, temveč je izvršitev dejanja možna tudi med njegovim izvajanjem. Storilec tega kaznivega dejanja izvrši dejanje tako, da preslepi drugega (pri drugi osebi

ustvariti zmotno predstavo o kakšnih okoliščinah) ali ga pusti v zmoti o obstoju oziroma neobstoju določenih okoliščin. Kaznivo dejanje je dokončano s tem, da je nastala za stranko ali za koga drugega premoženjska škoda (prepovedana posledica) (VSRS I Ips 361/2004).

(7) Dejansko stanje, kot izhaja iz sodbe III Kp 674/2009, je tako: V obravnavani zadevi je obtožnica očitala obtožencema, da sta izpolnila dve izvršitveni obliki kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti, in sicer »prestop meje pravic« in »ne opravo dolžnosti«, konkretno ravnanje, ki naj bi predstavljalo prej navedeni obliki izvršitvenega dejanja pa predstavlja očitek, da sta kot člana uprave L, d. d., potrdila dokapitalizacijo družb R, s. r. l., v višini 1.500.000,00 EUR in S, s. r. l., v višini 1.300.000,00 EUR ter nato naročila finančni službi, da je izvršila izplačilo teh zneskov, in sicer prvega dne 19. 2. 2009, drugega pa 12. 6. 2009, čeprav pred to odločitvijo nista pridobila soglasja nadzornega sveta družbe, katerega bi morala pridobiti na podlagi statuta družbe in sklepa nadzornega sveta družbe. Iz nadaljnjega opisa obravnavanega kaznivega dejanja izhaja očitek, da sta obtoženca s tem pridobila na škodo L, d. d., družbi R, s. r. l., v višini 1.500.000,00 EUR in poskušala pridobiti S, s. r. l., v višini 1.300.000,00 EUR premoženjske koristi, kar je za vsako od družbe velika premoženjska korist (VSK III Kp 674/2009; Turinek, 2016).

V opisani sodni poravnavi višje sodišče spozna pravilen zaključek sodišča prve stopnje v 37. točki izpodbijane sodbe, da konkretno ravnanje (v obravnavani zadevi potrditev dokapitalizacije družb) ni protipravno že zato, ker k temu ni dal soglasja nadzorni svet, saj sta glede pristojnosti dajanja soglasja nadzornega sveta teorija in sodna praksa že zavzeli stališče, da dajanje soglasja ne šteje za samostojen akt vodenja poslov, saj o takem poslu še vedno odloča uprava in jo bremeni vsa odgovornost (drugi stavek tretjega odstavka 263. člena ZGD1 in peti odstavek 281. člena ZGD1) (VSK III Kp 674/2009; Turinek, 2016).

4 PREVERJANJE HIPOTEZ

Pravna hipoteza: Po koncu krize je mogoče na gospodarskem trgu opaziti spremembe v prenosu odškodninskih zahtevkov na različne organe gospodarskega subjekta. Breme poravnave odškodninskih zahtevkov se poskuša vse bolj prenesti na poslovodstvo družb. Opazimo lahko, da imajo poslovodstva vedno težjo nalogo pri opravljanju svojega dela, saj na eni strani lastniki družb zahtevajo vedno višjo konkurenčnost na trgu, ki jo poslovodstvo pridobi s sprejemanjem bolj tveganih poslovnih odločitev. Na drugi strani ob vsaki napaki oziroma ob negativnem izidu poslovne odločitve lastniki krivijo prav poslovodstvo družbe. Ob takem dogajanju moramo začeti ločevati med odločitvami, ki imajo naravo protipravnega ravnanja, in razumno izbranimi visoko tveganimi poslovnimi odločitvami.

Glavni dejavnik odškodninske odgovornosti članov organov vodenja in nadzora je ločiti mejo med slabo poslovno odločitvijo in neskrbnim ravnanjem. Pri izbiri poslovnih odločitev poslovodstvo izhaja iz dobljenih predstav, predpostavk in predvidevanj. Zbrane informacije se lahko velikokrat izkažejo za netočne ali pomanjkljive. Tako lahko določene odločitve kljub racionalnemu odločanju prinesejo negativne posledice. Rezultat negativnih posledic je izkaz negotovega okolja in značilnosti panog, v katerih poslovodstvo deluje. Ekonomsko okolje je polno nepredvidljivih spremenljivk, ki zmanjšujejo zanesljivost pridobljenih informacij, na podlagi katerih se sprejemajo visoko tvegane poslovne odločitve. Zaradi opisanega je v poslovnem svetu to urejeno tako, da tveganje kapitalskih družb prevzamejo njihovi lastniki, poslovodstvo pa kot fiduciarji (poslovanje v dobri veri, z visoko zvestobo in skrbnostjo) tujih poslov ravna skladno s predpisano skrbnostjo in dolžnostjo (Rečnik, 2011, str. 60-82).

Potrjevanje kazenske sankcije, ki vključuje vse elemente kaznivega dejanja, je v teoriji zelo raznoliko. Določeni brez težav potrdijo stališče, da je obravnavano kaznivo dejanje lahko storjeno tako z direktnim kot tudi eventualnim naklepom – a nikakor iz malomarnosti, saj mora storilec ravnati z določenim ciljem. A zastopano stališče sodišča se razlikuje, saj zagovarjajo, da je možno storiti kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti le z direktnim naklepom, pri storilcu torej ne zadošča le zavest o protipravnosti in njegove posledice, prav tako ne zadošča le privolitev v dejanje kljub protipravnosti dejanja. Tako vidimo, da lahko glede na teorijo v vsakem opisanem primeru potrdimo hipotezo, saj v vsakem primeru eno poslovodstvo izvrši kaznivo dejanje direktnega, eventualnega naklepa ali iz malomarnosti, pri čemer po sodnih praksah vseh primerov ne moremo odobriti, saj sodišču primanjkuje dejstev, dokazov in sama možnost zavrnitve subjektivnosti (Jelenko, 2015; Turinek, 2016).

Osrednje raziskovalno vprašanje magistrskega dela je: »Na kakšne načine lahko poslovodstvo prevzetega podjetja zakonito pomaga prevzemniku pri prevzemu gospodarske družbe?«

S tem namenom sem se odločil za preverjanje naslednjih hipotez:

H1: Poslovodstvo prevzetega gospodarskega subjekta ima na razpolago več potencialnih alternativ pri sodelovanju s prevzemnikom.

H2: Kljub visoki stopnji obravnavanih primerov odškodninske odgovornosti v gospodarstvu je obsodilnih sodb zanemarljivo malo.

H3: Poslovodstvo prevzemnega gospodarskega subjekta, zlorablja dana pooblastila in položaj ko prevzemniku pomaga pri prevzemu gospodarskega subjekta.

Prvo hipotezo podpira dognanje, da lahko poslovodstvo na veliko različnih načinov pomaga gospodarskemu subjektu med prevzemom, kot smo videli s praktičnimi pristopi in primeri, ki so bili izbrani in opisani v celotnem magistrskem delu. Kljub iskanju neke pomoči v smeri popolne zakonitosti tega nisem mogel potrditi, saj vsak način pomoči nakazuje na določen izrek civilne ali kazenske sankcije poslovodstvu ter izpolnitev predpostavk odškodninske odgovornosti. Prvo hipotezo (H1: Poslovodstvo prevzetega gospodarskega subjekta ima na razpolago več potencialnih alternativ pri sodelovanju s prevzemnikom) lahko torej potrdimo, z dodanim argumentom, da je večina alternativ v končni fazi nezakonite narave za eno poslovodstvo. Ker se pri tej hipotezi ne opiramo na zakonitost samih izbranih možnosti, lahko hipotezo potrdimo. Po raziskani literaturi določenih avtorjev in v strokovnih člankih najdemo veliko načinov in primerov, kjer je možna pomoč poslovodstva prevzemniku. Posebno za moje raziskovalno področje je ustreznih le nekaj, ki se bolj nagibajo k storitvi dejanja odškodninske odgovornosti, ne smejo pa preseči meje kaznivega dejanja. Nadalje lahko pri načinih pomoči poslovodstva dveh gospodarskih subjektov poslovodstvo prevzemnega podjetja na več različnih načinov pozitivno prispeva k lažjemu prevzemu gospodarskega subjekta, saj ponudi različne vrste vzvodov in novih pristopov. Pridobljene informacije omogočajo gospodarskemu subjektu, enostavnejši in cenejši skrbni pregled podjetja med prevzemom. Tako lahko prevzemni gospodarski subjekt, uporabi potrebne vzvode pri pogajanju pri tovrstnih poslih.

Upošteva vse podane ugotovitve tekom magistrskega dela lahko izpeljemo, da je druga hipoteza (H2: Kljub visoki stopnji obravnavanih primerov odškodninske odgovornosti v gospodarstvu je obsodilnih sodb zanemarljivo malo) prestala kritično presojo in je lahko prav tako potrjena. Kljub močno prepletenemu in razdelanemu pravnemu področju na temo odškodninske odgovornosti, zaradi pomanjkljivih tožb, napak ali visokega subjektivnega merila odškodninske odgovornosti sodišče pogosto ugotovi, da tožene stranke ne izpolnijo vseh predpostavk odškodninske odgovornosti in tako ob prekršitvi skrbnosti in dolžnosti vestnega in poštenega gospodarstvenika iztržijo rezultat nekaznovanja. Če so pritožbe preveč splošne in ne oprijemljive, sodišča v večini primerov, ne uspejo razbremeniti odgovornosti, da tožene stranke ravnajo, kot bi ravnal vsak vesten in skrben gospodarstvenik ter tako ni izpolnjen materialni pogoj za odškodninsko tožbo. Na podlagi sodnih praks in analiziranih primerov lahko dodatno potrdimo drugo hipotezo in opazimo določen vzorec pomanjkljivih sodb v primeru dokazovanja odškodninske odgovornosti. Načelo ravnanja v dobro družbe s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika ter varovanje poslovne skrivnosti družbe, sodišča zaradi subjektivne presoje težje dokazujejo. Pri poslovnih odločitvah poslovodstvo izhaja iz dobljenih predpostavk in predvidevanj. Informacije se lahko velikokrat izkažejo za netočne ali pomanjkljive. Tako lahko določene odločitve kljub racionalnemu odločanju prinesejo negativne posledice. Ekonomsko okolje je polno nepredvidljivih spremenljivk, ki zmanjšujejo zanesljivost pridobljenih informacij, na podlagi katerih se sprejemajo visoko tvegane poslovne odločitve.

Na koncu obravnavamo še samo zakonitost analiziranih pomoči posloводства. Po pregledu zakonov in sorodnih listin ter strokovnih člankov ugotovimo, da se lahko zakonodaja v enem zakonu zdi pomanjkljiva in polna pravnih praznin, vendar, ko pregledamo vse zakonske podlage, ugotovimo, da ni tako pomanjkljiva, kot sem predvideval na začetku. Prelivanje in kompleksnost zakonov sta vidna ob medsebojni uporabi več zakonov naenkrat in iskanju odgovorov na vprašanja v njih. V zvezi z navedeno problematiko potrjevanja tretje hipoteze doktrina izpostavlja le razpravo, ki se usmerja v subjektivnost zakona, ko govorimo o dokazovanju zakonite pomoči posloводства. Ugotovimo lahko, da je edini element, ki bi pomenil zakonito pomoč, subjektivnost storilcev, ki v redkih primerih prevladajo v sodnem postopku, pri čemer je stranka oproščena. Kljub temu lahko tretjo hipotezo (H3: Posloводство prevzemnega gospodarskega subjekta, zlorablja dana pooblastila in položaj ko prevzemniku pomaga pri prevzemu gospodarskega subjekta) potrdimo. V veliko praktičnih primerih se na prvi pogled zdi zakonita in pozitivna pomoč prevzemniku, do trenutka, ko analiziraš sodno prakso. Na tej točki na podlagi prejšnjih sodb in analiz ugotovimo, da je lahko pri večini raziskanih aktivnih pomoči posloводства civilna sankcija ali v skrajnem primeru inkriminacija ali kazenska odgovornost posloводства. Tako lahko kljub potrditvi tretje hipoteze izpeljemo argumentiran logično-izkustveni sklep, da so dejanja in načini sodelovanja posloводства s prevzemnikom pozitivni, vendar zelo nevarni za trenutno posloводство, ki ponuja tovrstno pomoč.

5 POSTOPEK PREVZEMA DRUŽBE

V poglavju, ki sledi se bom posvetil ekonomskim načinom prevzema dveh podjetij na podlagi sodelovanja posloводства. Ugotoviti bom poskušal, razlog za tovrsten način prevzema ali združitve, ali je z ekonomskega vidika smotrno in kakšen način je najprimernejši.

5.1 Pravno ozadje in namera prevzema

Tarča prevzema je v mojem raziskovanem primeru družba mati d. d., oziroma holding, ki ima v lasti hčerinsko družbo, d. o. o., s poslovanjem v Sloveniji. Pomen holdinga lahko označimo gospodarski subjekt, ki se kot krovna družba ukvarja s svojo »lastno« dejavnostjo ustanavljanja, financiranja in upravljanja, ne pa z vodenjem poslov v holding povezanih družbah. Podlaga za upravljanje tovrstnih dejavnosti je večinska kapitalska udeležba v družbah. Svojo funkcijo upravljanja izraža krovna družba na skupščini, ne pa z navodili poslovodu odvisne družbe (Holdingi in koncerni, 1994).

Pravni termin »prevzem podjetja« ekonomska stroka opisuje kot pridobitev nadzora nad podjetjem, ki lahko poteka na tri načine. Nadzor nad podjetjem lahko omogoči skozi pridobitev nadzora z odkupom celega ali del podjetja kot objekta (premoženje prevzemnega podjetja), pridobitev z odkupom delnic in pridobitev z združitvijo (pripojitev

ali spojitve gospodarskih subjektov). Prevzem podjetja z odkupom delnic se lahko realizira na primarnem ali sekundarnem trgu. Tako vlagatelj pridobiva kontrolo in ustrezen večinski delež delnic. Znotraj opredelitve prevzema lahko vključimo tudi termin združitve. V literaturi pojem prevzem pogosto uporabljajo kot sinonim za priključitev podjetja, pri čemer je prevzem pravni pojem (Bešter, 1996).

Večina ekonomistov, ki deduktivno raziskujejo pojem združevanja in prevzema podjetij, uporablja pojem »merger«, v katerem so zajeti vsi trije pojmi. Ti ekonomsko definicijo prevzema definirajo kot transakcijo, ki določeni osebi ali skupini oseb, ki delujejo s skupnimi cilji, zagotovi tolikšno količino glasovalnih pravic v podjetju, da si z njo zagotovijo kontrolni delež podjetja. Zaradi kompleksnosti termina prevzema gospodarskega subjekta, je treba nanj gledati v širšem pomenu, zato je ekonomska definicija primernejša (Bešter, 1996).

Osnovna taksonomija prevzemov se z različnih vidikov in stališč avtorjev deli na več načinov. Na grobo prevzeme delimo na prijateljske in sovražne. V tej zvezi so predvsem v poslovni praksi pogoste napačne predstave, da je vsak prevzem sovražni. Z vidika sodelovanja posloводства prevzeme delimo na sporazumni prevzem (vodstvo družbe sodeluje pri prevzemu), nevtralni prevzem (prevzem se izvede brez pomoči uprave in brez odpora), prevzem z obrambo (uprava prevzete družbe nasprotuje prevzemu in poskuša preprečiti prevzem ter vpeljuje obrambne ukrepe proti prevzemni družbi) in prevzem s konkurenco (za prevzem gospodarskega subjekta pravično in brez ovir ciljne družbe – prevzetega podjetja tekmuje več potencialnih prevzemnih subjektov). Bertonec (2005) v svoji monografiji prevzeme razdeli na vodoravni, navpični, konglomeratni in sorodni prevzem – bolj ekonomska hierarhija vrst prevzemov. Med pomembnejše ekonomske motive prevzema podjetja uvrščamo maksimizacijo dobička, prenos in združitve dobrih poslovnih praks, strateško prilagajanje spremembam okolja ter akumulacijo znanja (patenti in licence), medtem ko je najmanj prisoten vendar vseeno bistven motiv pridobitev dodatnega strokovnega kadra znotraj zadevne branže (stroke).

5.1.1 Namera prevzema

Pogajanja o pogojih odkupa, v veliki večini potekajo v celotnem procesu. Običajno jih vodi glavni vlagatelj ali prevzemnik, ki poskuša ugotoviti najboljše pogoje nakupa, obenem pa dobro preučuje motive prodajalca. Po sklenjenem dogovoru o ceni odkupa lahko prodajalec in kupec vzpostavita zavezanost druge strani k izvedbi ali izvršbi posla. Pogoji odkupa se določijo ob dogovorjenih glavnih točkah predlaganega posla, ki na tem mestu še niso pravno zavezujoče. Dogovor je pomemben s strani prevzemnika, saj se prevzeti gospodarski subjekt ob tem zaveže, da v dogovorjenem obdobju ne bo iskal drugega kupca. Prevzemnik mora z namero o prevzemu obvestiti agencijo za trg vrednostnih papirjev, urad za varstvo konkurence in upravo ciljne družbe. Agencija za trg

vrednostnih papirjev (v nadaljevanju ATPV) je vključena v sam proces prevzema zaradi zagotovitve učinkovitega nadzora nad postopkom in ugotavljanja morebitnih dogovarjanj na podlagi notranjih informacij. Urad za varstvo konkurence je obveščen zaradi preprečitve združenja gospodarskih subjektov, ki bi pomenili prevzem več kot 50 odstotnega tržnega deleža določenega proizvoda ali storitve v Republiki Sloveniji, s čimer bi ostalim v panogi omejili konkurenco (ATVP, 2013).

Postopek prevzema je razdelan v več faz. Začne se z zgoraj opisano namero za prevzem. Nato se izdela in izda objava ponudbe za prevzem s prospektom. To odobri ATPV, ki preveri, ali prospekt vsebuje vse podatke, ki jih zahteva zakon. Prevzemni gospodarski subjekt mora prav tako objaviti prevzemno ponudbo s ponudbenim dokumentom najkasneje 30 dni po objavi namere za prevzem. Sledi zbiranje uprave o mnenjih prevzemne ponudbe. Potem uprava v največ desetih dneh izda svoje mnenje in morebitne dogovore o dobljeni ponudbi. Nato mora prevzemnik deponirati ustrezni znesek na KDD, prevzeto podjetje pa ima čas sprejetja ponudbe od 28 do 60 dni z možnostjo podaljšanja za sedem dni. Po objavi prospekta se lahko pojavijo tudi konkurenčne ponudbe. Te so možne do najkasneje deset dni pred iztekom roka za sprejetje ponudbe s strani prevzetega gospodarskega subjekta (ATVP, 2014).

Dokumenti, ki so prisotni med prevzemom gospodarskega subjekta vključujejo: informacijski memorandum, pogodbo o varovanju podatkov, pismo o nameri, pogodbo o nakupu delnic, delničarski sporazum in pismo o razkritju (Garden, 2002).

5.1.2 Skrbni pregled

V našem gospodarstvu vedno pomembnejši postaja skrbni pregled prevzemnega podjetja. To pomeni vpogled prevzemnika v posle, transakcije, pravni in ekonomski položaj podjetja ter ostale informacije o prevzemnem podjetju. Pri prevzemu družbe z omejeno odgovornostjo je postal skrbni pregled del pričakovane skrbnosti kupca in brez izvedbe tega sklenitev ni več mogoča. Največja dilema nastane pri količini izdanih informacij prevzemniku, saj mora prevzeto podjetje na eni strani podati čim več informacij prevzemniku, a na drugi strani mora vseeno varovati poslovne skrivnosti podjetja. O vsebini in protokolu procesa ne bom govoril in se bom raje osredotočil na količino informacij, ki jih poslovodstvo ciljne družbe lahko preda prevzemniku ter s tem še ostane v okviru dovoljenih zakonskih zahtev.

Zahteva o izvedbi skrbnega pregleda vелеva prvi vpogled v dokumentacijo in pojasnila poslovodstvu. Če poslovodja zahtevo zavrne, drugi odstavek 512. člena ZGD-1 določa, da o vprašanju odločijo družbeniki. Organ odločanja družbenikov je skupščina, pri čemer je vseeno ali obravnavanje vprašanja na skupščini predlaga poslovodja ali družbeniki. Družbenik, ki mu je onemogočeno ali omejeno uveljavljanje pravice do informiranosti,

lahko zahteva, da o zadevi odloči sodišče. Iz napisanega lahko razberemo, da se o izdajanju informacij in podatkov prevzemniku najprej odloča poslovodstvo. Ko poslovodstvo ugotovi, da je prijateljski prevzem najbolj optimalen in usklajen z interesi družbe, ima pravico sodelovati s prevzemniki in jim na podlagi pridobitve želenih informacij čim bolj pomagati. Na tej podlagi lahko sklenemo, da je v družbi z omejeno odgovornostjo mogoče pridobitelju poslovnega deleža zagotoviti možnost izvedbe skrbnega pregleda na podlagi pravice družbenika do informiranosti. Družbenik prevzemne družbe lahko pooblasti prihodnjega pridobitelja, da samostojno kot njegov pooblaščenec pregleda celotno dokumentacijo družbe, kar bo večinoma zadovoljilo pridobiteljev interes za seznanitev s poslovanjem družbe (Juhart, 2011, str. 15-37).

Skrbni pregled se nanaša na dejanja, ki jih opravi prevzemni gospodarski subjekt, pri čemer se poskuša popolnoma seznaniti s trenutnim in potencialnim stanjem prevzemnega gospodarskega subjekta. Tovrstni pregled običajno opravlja skupina davčnih in pravnih strokovnjakov ter revizorjev, katerih glavni cilj je ugotovitev anomalij, skritih podatkov in neresničnih informacij, ki bi lahko po odkupu negativno vplivali na poslovanje novega poslovodstva. Glavna naloga skrbnega pregleda je ovrednotiti prednosti in pomanjkljivosti načrtovane naložbe oziroma prevzema gospodarskega subjekta (Juhart, 2011, str. 15-37).

5.2 Ponudba za odkup

Glede na 19. člen Zpre-1 mora ponudba za odkup vsebovati naslednje elemente:

- podatki o vrednostnih papirjih,
- denarna, kombinirana in alternativna ponudba, vsebujejo tudi ceno, izraženo v znesku denarnega plačila,
- nadomestna, kombinirana in alternativna ponudba obvezno vsebuje podatke o nadomestnih vrednostnih papirjih in menjalno razmerje, izraženo v številu nadomestnih papirjev za en vrednostni papir družbe,
- ne vsebuje drugih pogojev, razen razvezanih in odloženih pogojev.

Motiviranost višjih ekonomskih ciljev, lahko dosežemo z različnimi statusnimi preoblikovanji, tako lahko na primer s prevzemom produkcijskih tvorcev zaradi boljše racionalizacije in optimizacije stroškov nastane bolj kakovostna celota. Prav tako poudarjamo, da že sama koncentracija resursov prinaša koristi. Med seboj povezani gospodarski subjekti imajo z višjo koncentracijo boljši pregled nad stanjem na trgu, višjo upravljavsko sposobnost, ugodnejše nakupne pogoje in možnost izkoriščanja množične proizvodnje. Prevzem raznovrstnih gospodarskih subjektov olajša možnost za prodor na tuji trg, utrjuje trenutno finančne stanje, povečuje stabilnost subjekta in povečuje privlačnost ter ugled samega podjetja (Pirc, 2016).

Naraven predpogoj za pripojitve podjetja mora biti vzpostavljeno razmerje, ki se imenuje koncern. Koncernska združitev ni edina pojavna oblika združitve, med katere uvrščamo tudi pripojitve podjetja. Poznamo tudi t. i. koncentracijsko združitev, o kateri govorimo takrat, ko družba (prenosna družba), ki se pripoji drugi družbi (prevzemna družba), s to družbo ni kapitalsko povezana in obratno. Korporacijsko pravo pripojitve družbe uvršča med materialna statusna preoblikovanja. Materialno statusno preoblikovanje lahko po ZGD-1 razdelimo na dve glavni obliki, in sicer na delitev (oddelitev, razdelitev in izčlenitev) ali združitev (poleg pripojitve v to kategorijo spada tudi spojitve) (Pirc, 2016).

Ob statusnem preoblikovanju je treba biti predvsem pozoren poleg pravilne pravnoorganizacijske spremembe oblike gospodarskega objekta tudi na prestrukturiranje vodenja in upravljanja novo-nastalega večjega gospodarskega subjekta. Ob takem dogodku se vzpostavijo nova razmerja med vsemi novimi zaposlenimi in vodilnimi na višjih mestih. Tako moramo pripojitve oziroma prevzem prikazati kot dobro in močno sinergijo med dvema subjektoma. Tako lahko vsi zaposleni brezskrbno ostanejo enako ali še bolj motivirani za novo delo, izzive in nove sodelavce oziroma za doseganje glavnih ciljev, ki jih določi gospodarski subjekt. Glavni razlog kasnejšega prestrukturiranja novonastalega gospodarskega subjekta so nove kapitalske in upravljaljske strukture ter nova opredelitev pravic in obveznosti družbenikov novega podjetja (Ivanjko & Kocbek & Prelič, 2009, str. 1029).

V mojem primeru bi se prevzem izvedel na način pripojitve, saj bi med združitvijo preživelo le prevzemno podjetje, tako bi prevzeto podjetje nanj preneslo vse premoženje in obveznosti. V mojem primeru bi šlo za horizontalno pripojitve, saj obe gospodarski družbi delujeta v enaki panogi. Velika ovira, ki lahko nastane pri tovrstni združitvi, je premagovanje kulturnih razlik. Po pripojitvi celotnega novega kadra k obstoječemu je najtežji del asimilacija oziroma poenotenje kulture znotraj novonastalega podjetja. Glede stanja strank prevzetega gospodarskega subjekta pripojitve ne poslabša stanja zaradi univerzalnega pravnega nasledstva, ki med postopkom pripojitve ohranja identiteto družbe. Zakon ščiti stranke med pripojitvijo, tako da se po pripojitvi pravda nadaljuje nemoteno med istima strankama, kot je bila začeta.

V zakonu ZGD-1 je pripojitve označena po naslednjih elementih in odstavkih v okviru 591. člena.

(1) Registrski organ po sedežu prevzemne družbe v register hkrati vpiše pripojitve vseh prevzetih družb prevzemni družbi. Če je prevzemna družba zaradi pripojitve povečala osnovni kapital, se to povečanje vpiše v register hkrati z vpisom pripojitve. Pri vpisu pripojitve je treba v register vpisati tudi firme vseh prevzetih družb in številke registrskih vložkov, pod katerimi so bile vpisane v register.

(2) Vsaka prevzeta družba mora imenovati zastopnika za prevzem delnic prevzemne družbe, ki jih je treba zagotoviti delničarjem prevzete družbe, in morebitnih denarnih doplačil. Pripojitev se sme vpisati, šele ko zastopnik sporoči registrskemu organu po sedežu prevzemne družbe, da so mu bile delnice izročene ali vplačan denarni znesek za izplačilo denarnih doplačil. Prepoved izdaje delnic po 342. in 348. členu tega zakona ne velja za izdajo delnic zastopniku.

(3) Z vpisom pripojitve v register nastanejo pravne posledice. Premoženje prevzetih družb preide skupaj z njihovimi obveznostmi na prevzemno družbo. Če ob pripojitvi obstajajo dvostranske pogodbe, ki jih nobena od pogodbenih strank še ni v celoti izpolnila, in zaradi pravnih posledic pripojitve na podlagi take pogodbe nastaneta kot vzajemni obveznosti: obveznost prevzema, dobave ali druge podobne vzajemne obveznosti, ki so med seboj nezdružljive ali katerih hkratna izpolnitev bi za prevzemno družbo pomenila nepravilno breme, se obseg teh obveznosti pravično spremeni ob upoštevanju interesov obeh pogodbenih strank; prevzete družbe prenehajo obstajati; delničarji prevzetih družb postanejo delničarji prevzemne družbe, razen v primerih iz 589. člena tega zakona. Hkrati preidejo pravice tretjih na delnicah prevzete družbe na delnice prevzemne družbe, ki se zagotavljajo zaradi pripojitve, ali na pravice do morebitnih denarnih doplačil (591. člen ZGD-1).

5.3 Nakup sredstev namesto pripojitve

Drugi možni pristop prevzema podjetja je lahko poleg že opisane pripojitve prevzem gospodarskega subjekta na način odkupa. S tem je mišljen prevzem podjetja na način, da izvršimo le osnovno transakcijo celotne aktive znotraj bilance stanja prevzetega podjetja na prevzemnika in tako ne prevzemamo storjenih sankcij in kaznivih dejanj, storjenih pred dogodkom odkupa.

Pri prevzemu podjetja na način odkupa vseh ali bistvenega dela sredstev družbe kupec kupi od gospodarske družbe njeno podjetje v celoti ali v pretežnem delu, ki ga sestavljajo sredstva družbe, njene obveznosti, posli, pogodbeni razmerja, zaposleni, dejavnosti. Prodajna pogodba je sklenjena med družbo kot prodajalcem in prevzemnikom kot kupcem. Kupnino od prodanega podjetja prejme družba, in ne njeni delničarji (Bešter, 1996).

Ob prevzemu podjetja na način odkupa se izvrši transakcija, pri čemer se lastniki delnic ne spremenijo, spremeni se le premoženje odkupljene družbe. Namesto dosedanjih sredstev, pravic in obveznosti sestavlja premoženje ciljne družbe le kupnina, ki jo je družba prejela od prevzemnika za prodano podjetje. S prejeto kupnino lahko družba začne novo dejavnost (Bešter, 1996).

Glavne prednosti tovrstnega nakupa sredstev podjetja so predvsem v tem, da ima kupec podjetja možnost, da izbira posamezna sredstva in obveznosti, ki jih želi kupiti, hkrati pa kupec izključi ali vsaj pomembneje zmanjša tveganja za nerazkrite ali neznane obveznosti družbe, saj le-te ostanejo na družbi sami ter niso predmet nakupa in prodaje (Garden, 2002).

Slabša stran transakcij z nakupom sredstev je predvsem v tem, da se z nakupom po sredstvih prekine pravna kontinuiteta podjetja. Podjetje, ki nadaljuje enako dejavnost, vendar s sredstvi v lasti novega lastnika, je povsem drugo podjetje, na katero se samodejno ne prenašajo že prej pridobljena razna soglasja in dovoljenja za opravljanje dejavnosti, koncesije in podobno. Podjetje jih mora pridobiti na novo (Bertoncelj, 2005).

SKLEP

Sodbe in tožbe zoper poslovodstva v okviru odškodninske odgovornosti so kljub dobro urejenim zakonom na področju dokaj redke. Po opravljeni analizi lahko to redkost pripišemo dejstvu, da so spori dolgotrajni in nalagajo visoke stroške vsem udeležnim stranem. A največjo odvratilno funkcijo tožbe ima dejstvo, da kljub možni obtožbi poslovodstva za protipravno ravnanje zakon omejuje z zgoraj maksimalnim zneskom odškodnine, ki znaša le dvakratnik plače vseh njegovih prejemkov iz naslova dela poslovođenja družbe (vendar ne manj kot 20.000 EUR pri majhni družbi, 50.000 EUR pri srednji družbi in ne manj kot 150.000 EUR pri veliki družbi) v letu, ko je škoda nastala, in to je običajno le majhen delež dejansko nastale škode upnikom oziroma koristi nastale poslovodstvu. Tovrstne tožbe se ne izplačajo upniku, ker breme vodenja pravde nosijo upniki sami. Če stečajni upravitelj predvideva visoke stroške odškodninskih tožb, se zaveda, da to pomeni nižanje stečajne mase, kar je v nasprotju z željami upnikov.

Zakonsko urejene dolžnosti in skrbnosti članov organov vodenja in nadzora v ekonomskem smislu najlažje pojasnimo kot način kako delničarji najbolj optimalno in cenovno učinkovito nadzirajo menedžerje, pri čemer na trgu delujejo v imenu lastnikov in sledijo le interesu lastnikov. Pri tem razmerju principal – agent lahko na podlagi prakse na slovenskih tleh vidimo, da je nadzorni svet pri svojih nalogah premalo aktiven, kot akter principala in neučinkovito izvršuje svoje obveznosti nadzora nad organi vodenja oziroma nad svojimi agenti. Posledično člani organov vodenja začnejo slediti delno tudi lastnim interesom na trgu, kar ni v skladu z obveznostmi in skrbnostmi (Bratina, 1995, str. 640-647).

Ko poslovodstvo zastavljenim ciljem uprave ne sledi, je to protipravno dejanje. V primeru nezakonitih navodil s strani uprave je jasno, da takšna izvršitev izključuje odgovornost poslovodstva za škodo, ki nastane družbi, in kazensko odgovornost. Enako velja, če je k posameznemu poslu podano soglasje družbenika, saj je lastnoročno privolil v možne

nastale posledice zmanjšanja ali poškodovanja lastnega premoženja. Zavedati se moramo, da je poslovodstvo zgolj izvrševalec interesov družbenikov oziroma uprave in skrbi samo za zakonitost poslovanja družbe, a nikakor ne sprejema poslovnih odločitev, ki bi pomenile nezakonito ravnanja družbe same v razmerju do tretjih družb in državnih organov.

Vprašanje krivde poslovodstva in uprave pri inkriminacijah je posebej občutljivo, saj je treba dokazati naklep storilca – oseba se v celoti zaveda svojega dejanja in tega, da ravna v nasprotju z zakonom, vključno s prepovedano posledico. Če se storilec ni zavedal pravnih zakonskih znakov za storjeno dejanje, je lahko krivda proti njemu izključena, če se slednjemu znanju ni namerno izognil. Glede znanja poslovodstva verjamemo, da gre za osebe, ki vodijo gospodarske subjekte v gospodarski dejavnosti na strokovni ravni in imajo ustrezna strokovna znanja svoje panoge, zato se pričakuje določena dolžnost poznavanja temeljnih zakonov in smernic njihovega področja (Bratina & Jovanovič, 2017).

Dokazovanje krivde pri dejanjih kaznivega dejanja zlorabe položaja ali zaupanja je eno izmed zahtevnejših, saj se zaradi dinamike področja – gospodarstva hitro spreminjajo okoliščine in izvršitveni načini. V nekaterih primerih so izvršitveni načini (povzročitev premoženjske škode gospodarskemu subjektu) v oblikah, ki otežujejo prepoznavanje namena. Tako lahko storilci določena dejanja zakrijejo in argumentirajo slabe poslovne odločitve, gospodarsko krizo, neskrbno ravnanje ali dobro namero poslovanja. Ker v praksi sodišče krivdo in namen storilca pripisuje na podlagi sklepov in indicev posameznega primera, se v primeru težje prepoznavne oziroma ne očitne premoženjske koristi storilca težje obravnava in ugotavlja krivda (Turinek, 2016).

LITERATURA IN VIRI

1. Agencija za trg vrednostnih papirjev. (2013). *Pojasnila in praktični vidiki ZPre - 1*. Pridobljeno 1. marca 2018 na spletnem naslovu http://www.atvp.si/Documents/ZPre_POJASNILA.pdf
2. Agencija za trg vrednostnih papirjev. (2014). *Zakonska ureditev prevzemov in vloga ATVP*. Pridobljeno 1. marca 2018 na spletnem naslovu <http://www.atvp.si/documents/ZlozenkaPre-1.pdf>
3. Baucon, P. (2004). Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali pravic. *Podjetje in delo*, 3, 574.
4. Bernard, L. & Bratina, M. (2012). Odškodninska obveznost poslovodstva po 263. členu ZGD-1 za globo, izrečeno družbi zaradi omejevalnih ravnanj. *Podjetje in delo*, 2, 290-312.
5. Bertoncej, A. (2005). *Čas prevzemov: prevzeti ali biti prevzet: vodnik za uspešne prevzeme*. Ljubljana: GV založba.
6. Bešter, J. (1996). *Prevzemi podjetij in njihovi učinki na delničarje, managerje, zaposlene, upnike in državo*. Ljubljana: Gospodarski vestnik.

7. Bohinc, R. (2001). *Korporacijsko upravljanje: ZDA, Evropa, Slovenija*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
8. Bohinc, R. & Bratina, B. (2005). *Upravljanje korporacij*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
9. Bratina, B. (1995). Vidiki odgovornosti uprave delniške družbe in razmerja pri odpoklicu. *Podjetje in delo*, 5/6, 640-647.
10. Bratina, B., Ilovar Gradišar, S., Juhart, M., Kozina, J., Neffat, D., Plavšak, N., Podgorelec, P., Prelič, S., Vrenčur, R. & Zaman, M. (2017). *Aktualna vprašanja gospodarskega prava*. Ljubljana: Založba Nebra d.o.o.
11. Bratina, M. & Jovanovič, D. (2017). Presoja skrbnosti ravnanja poslovodje v kazenskih postopkih in pomen navodil družbenikov v d. o. o. *Podjetje in delo*, 1, 18.
12. Bratina, M. & Jovanovič, D. (2014). Skrbnost pri vlaganju odškodninskih zahtevkov zoper člane uprave v skladu z 263. členom ZGD-1. *Pravna praksa*, 5.
13. Cvirn, L. (2018). *Pravilo poslovne presoje v teoriji in slovenski praksi ter s tem povezana odškodninska odgovornost organov posloводства* (magistrsko delo). Ljubljana: Pravna fakulteta.
14. Dolenc, M. (2010). Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi. *Pravni letopis*, 1, 117-128.
15. Garden, E. (2002). *Procesi združevanja in prevzemov nekdanjih državnih monopolistov v telekomunikacijah* (magistrsko delo). Ljubljana: Ekonomska fakulteta.
16. Hall, J., H. (1998). The agency problem, agency cost and proposed solutions thereto: a South African perspective. *Meditari : Accountancy Research*, 6.
17. Hočevár, A. (2018). *Ureditev pravnega standarda podjetniške presoje kot načina reševanja problema principal – agent* (magistrsko delo). Ljubljana: Ekonomska fakulteta.
18. Holdingi in koncerni (Poslovna delavnica). (1994). Pravni organizacijski in ekonomsko-finančni vidiki poslovanja. *strokovno gradivo za poslovno delavnico*. Ljubljana: Slovenski inštitut za management.
19. Ivanjko, Š., Kocbek, M. & Prelič, S. (2009). *Korporacijsko pravo: pravni položaj gospodarskih subjektov*. Ljubljana: GV založba.
20. Jelenko, K. (2015). *Kaznivo dejanje zlorabe položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti (240. člen KZ-I)* (magistrsko delo). Maribor: Pravna fakulteta.
21. Jovanovič, D. (2009). *Odškodninska odgovornost organov v družbi*. Ljubljana: Ekonomsko-poslovna fakulteta in IECG Maribor, Združenje nadzornikov Slovenije.
22. Juhart, M. (2011). Odločanje o izvedbi skrbnega pregleda (due diligence) v kapitalskih družbah. *Podjetje in delo*, 1, 15-37.
23. Keršmanc, C. (2014). *Preslepitve na meji in onkraj pregona: analiza poslovnih goljufij ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti v pravosodni praksi*. Ljubljana: GV založba.
24. Kocbek, M., Bohinc, R., Bratina, B., Ilešič, M., Ivanjko, Š., Knez, R., Odar, M., Pivka Hilda, M., Plavšak, N., Podgorelec, P., Prelič, S., Prostor, J., Pšeničnik, D., Puharič, K.

- & Zabel, B. (2014). *Veliki komentar zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1): z novelami ZGD-1A do ZGD-1H*. 2. dopolnjena izd. Ljubljana: GV založba.
25. Krejan, M. (2017). *Obramba pred prevzemi* (magistrsko delo). Ljubljana: Pravna fakulteta.
 26. Križman, J. (2002). *Vloga organizacijske kulture pri prevzemih in združitvah podjetij: problemi, ki nastanejo ob stiku organizacijskih kultur* (diplomsko delo). Ljubljana: Fakulteta za družbene vede.
 27. Lukman, Ž. (2015). *Odškodninska odgovornost članov posloводства družbe do upnikov po zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* (magistrsko delo). Ljubljana: Pravna fakulteta.
 28. Merslavič, D. (2016). *Pravilo podjetniške presoje v praksi* (magistrsko delo). Ljubljana: Pravna fakulteta.
 29. Možina, D. (2013). Pogodbena in nepogodbena odškodninska odgovornost: ODZ (1811) in Obligacijski zakonik (2001). *Izročilo Občnega državlanskega zakonika*, 343-357.
 30. Novoselec, P. (2003). *Ustreznost klasičnega kazenskega prava v pogojih tranzicije*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
 31. Pečanac in Rakun, odvetniška družba d.o.o. (2009). *Kdaj gre za poslovno goljufijo?* [objava na blogu]. Pridobljeno 11. februarja 2019 na spletnem naslovu <http://www.pecanac-rakun.si/blog/kdaj-gre-za-poslovno-goljufijo.html>
 32. Pirc, I. (2016, 21. januar). Pripojitev podjetja – M&A transakcije. *Korporacijsko pravo*. Pridobljeno 15. januarja 2019 na spletnem naslovu <https://korporacijsko-pravo.si/pripojitev-podjetja/>
 33. Plavšak, N., Juhart, M. & Vrenčur, R. (2009). *Obligacijsko pravo : splošni del*. Ljubljana: GV Založba.
 34. Plavšak, N., Juhart, M., Jadek-Pensa, D., Kranjc, V., Grilc, P., Polajnar-Pavčnik, A., Dolenc, M., Pavčnik, M., Vrenčur, R., Možina, D., Zabel, B., Podobnik, K., Podgoršek, B., Ilovar Gradišar, S. & Markič, J. (2004). *Obligacijski zakonik (OZ) : s komentarjem*. Knjiga 1: Splošni del. Ljubljana: GV Založba.
 35. Podgorelec, P. (2014). Odgovornost direktorjev in nadzornikov v Evropski uniji. *Podjetje in delo*, 5.
 36. Podgorelec, P. (2013a). Odškodninska odgovornost članov posloводства – analiza nekaterih sodb vrhovnega sodišča RS. *Podjetje in delo*, 5, 763-791.
 37. Podgorelec, P. (2013b). Odškodninska odgovornost članov uprave delniške družbe po ZGD-1. *pravosodni bilten*, 1, 80-91.
 38. Rečnik, M. (2011). Skrbnost in odgovornost članov organov vodenja delniške družbe. *Podjetje in delo*, 1, 60-82.
 39. Ruparčič, J. (2019). *Pravilo poslovne presoje (Business judgement rule) in odškodninska odgovornost organov upravljanja* (doktorska disertacija). Nova Gorica: Evropska pravna fakulteta.

40. Turinek, M. (2016). *Zloraba položaja ali zaupanja pri gospodarski dejavnosti z vidika gospodarskega prava* (magistrsko delo). Maribor: Pravna fakulteta.
41. Veinhandl, P. (2016). *Sporazumi med družbo in člani organov vodenja o omejitvi višine odškodninske obveznosti* (magistrsko delo). Maribor: Pravna fakulteta.

Sodne odločbe

1. Višje sodišče v Kopru (2014). Odločba II Kp 674/2009 z dne 27. 03. 2014.
2. Višje sodišče v Kopru (2015). Odločba Cpg 195/2015 z dne 29. 10. 2015.
3. Višje sodišče v Ljubljani (2013). Odločba II Kp 45162/2011 z dne 08. 05. 2013.
4. Višje sodišče v Ljubljani (2013). Odločba I Cpg 241/2012 z dne 02. 10. 2013.
5. Višje sodišče v Ljubljani (2013). Odločba I Cpg 171/2012 z dne 10. 10. 2013.
6. Višje sodišče v Ljubljani (2017). Odločba II Kp 15577/2011 z dne 04. 07. 2017.
7. Višje sodišče v Ljubljani (2017). Odločba I Cpg 248/2016 z dne 22. 11. 2017.
8. Višje sodišče v Ljubljani (2018). Odločba I Cpg 1402/2016 z dne 15. 02. 2018.
9. Višje sodišče v Mariboru (2014). Odločba I Cpg 539/2013 z dne 09. 05. 2014.
10. Višje sodišče v Mariboru (2018). Odločba II Kp 61606/2012 z dne 04. 09. 2018.
11. Vrhovno sodišče RS (2003). Odločba I Ips 207/2001 z dne 06. 11. 2003.
12. Vrhovno sodišče RS (2005). Odločba I Ips 361/2004 z dne 02. 06. 2005.
13. Vrhovno sodišče RS (2005). Odločba I Ips 171/2005 z dne 17. 11. 2005.
14. Vrhovno sodišče RS (2007). Odločba I Ips 141/2006 z dne 24. 05. 2007.
15. Vrhovno sodišče RS (2007). Odločba I Ips 266/2007 z dne 13. 12. 2007.
16. Vrhovno sodišče RS (2010). Odločba III Ips 75/2008 z dne 21. 12. 2010.
17. Vrhovno sodišče RS (2011). Odločba I Ips 85/2009 z dne 19. 05. 2011.
18. Vrhovno sodišče RS (2013). Odločba III Ips 87/2010 z dne 26. 04. 2013.
19. Vrhovno sodišče RS (2013). Odločba III Ips 80/2010 z dne 09. 07. 2013.
20. Vrhovno sodišče RS (2015). Odločba III Ips 122/2014 z dne 07. 04. 2015.
21. Vrhovno sodišče RS (2016). Odločba II Kp 41510/2012 z dne 03. 03. 2016.
22. Vrhovno sodišče RS (2017). Odločba I Ips 35999/2015 z dne 23. 03. 2017.
23. Vrhovno sodišče RS (2018). Odločba II Ips 201/2017 z dne 07. 05. 2018.