

Kaznivo dejanje povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem po 226. členu KZ-1

*Uroš ČOP, univ. dipl. prav.,
odvetnik v Odvetniški pisarni
Miro Senica in odvetniki, d. o. o.*

Namen prispevka je strnjen prikaz ureditve kaznivega dejanja povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem po 226. členu Kazenskega zakonika (KZ-1).¹ Najprej predstavljam zanimiv in intenziven razvoj predmetne inkriminacije, nato pa problematiko dokazovanja tega čedalje pogostejšega kaznivega dejanja in smernice, ki jim sledita tudi slovenska zakonodajna in sodna praksa.

1. O gospodarski kriminaliteti in njenem vzponu

Področje gospodarske kriminalitete je izjemno dinamično in ureditev se konstantno spreminja. Gospodarska kriminaliteta je izjemno kompleksna in zahtevna ter v zadnjem obdobju doživlja velik razmah. K temu prispeva predvsem izjemna širitev informacijskih tehnologij v povezavi z novimi oblikami izvedenih finančnih instrumentov, internetnega poslovanja in globalnega trga, na katerem delujejo gospodarski subjekti. Predpisi s tega področja pa se tej hitrosti ne morejo zadovoljivo prilagajati, kar v pravni red velikokrat vnaša pravne praznine, ki potencialnim storilcem kaznivih dejanj puščajo dovolj manevrskega prostora pri iskanju novih oblik izvršitvenih ravnanj.²

Če poskusimo gospodarsko kazensko pravo pojmovno opredeliti, ga lahko v ožjem pomenu označimo kot skupnost pravnih pravil, ki določajo gospodarska kazniva dejanja, sankcije za ta dejanja ter pogoje, pod katerimi so za gospodarska kazniva dejanja lahko odgovorne pravne in fizične osebe. V

¹ Uradni list RS, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr. in 54/15 – KZ-1C.

² Anton Dvoršek, Kriminalistična strategija, Fakulteta za varnostne vede, 2008, str. 120–125.

širšem pomenu pa ta panoga zajema tudi gospodarske prekrške.³ Pri tem gre opozoriti, da ne gre definicije gospodarske kriminalitete gledati zgolj formalistično, saj nas tak pogled ne pripelje vedno do pravih in smotrnih zaključkov. Pomembna sta dva vidika, ki ju je mogoče vsaj deloma nasloniti na opredelitev pojma gospodarske dejavnosti po 10. in 11. odstavku 99. člena KZ-1. Gospodarski kriminal se tako lahko nanaša zgolj na gospodarsko poslovanje ali gospodarsko dejavnost, kar pomeni izvajanje, upravljanje, odločanje, zastopanje, vodenje in nadziranje v okviru dejavnosti iz 10. odstavka 99. člena. Drugo merilo pa predstavlja poslovanje znotraj gospodarskega subjekta oz. poslovanje med različnimi gospodarskimi subjekti v smislu 2. točke 11. odstavka 99. člena KZ-1.⁴

Dejstvo je, da število kaznivih dejanj zoper gospodarstvo iz leta v leto raste. Tako je bilo skupno število vseh obsojenih za kazniva dejanja zoper gospodarstvo med letoma 2000 in 2012 razmeroma konstantno z manjšimi oscilacijami okrog 400 na leto. V letih 2013 in 2014 je opaziti strmo naraščanje števila obsojenih – leta 2013 jih je bilo tako 753, leta 2014 pa 669. Novejši podatki še niso dostopni, zagotovo pa bo opaziti nadaljevanje tega trenda. Razloge za naraščanje gospodarske kriminalitete gre zagotovo iskati tako v letu 2012 obširneje spremenjeni kazenski zakonodaji (kot bo pojasnjeno v nadaljevanju) in pa gospodarski krizi, ki je prinesla tudi velike krvoločne apetite laične javnosti po kaznovanju tovrstnih storilcev, kar je nedvomno vplivalo tudi na delovanje organov preiskovanja in pregona kaznivih dejanj.⁵

Kljub temu ostaja število obsojenih po obravnavanem členu (oz. njegovih predhodnikih) sorazmerno majhno in je najmanjši delež vseh kaznivih dejanj iz poglavja zoper gospodarstvo. Tako je bila denimo leta 2010 izdana samo ena obsodilna sodba po 232. členu KZ⁶ (lažni stečaj) in štiri obsodilne sodbe po 233. členu KZ (povzročitev stečaja z nevestnim gospodarjenjem). V letih 2011 in 2012 obsodilnih sodb po nobenem od navedenih členov ni bilo, drugi podatki pa niso dostopni.⁷

³ Liljana Selinšek, Sodobni izzivi za gospodarsko kazensko pravo, Pravna praksa, št. 18/2006, str. 20.

⁴ Andrej Ferlinc, Gospodarski kriminal po spremembi kazenske zakonodaje, Podjetje in delo, št. 1/1999, str. 43.

⁵ Vir: Statistični urad RS.

⁶ Kazenski zakonik (KZ), Uradni list RS, št. 95/04 – uradno prečiščeno besedilo in 55/08 – KZ-1.

⁷ Hinko Jenull, Stečajno kaznivo dejanje (v zakonu in v praksi), Pravosodni bilten, št. 1/2014, str. 157.

2. Razvoj in spremembe inkriminacije

2.1. Ureditev v KZ/94

Do uveljavitve Kazenskega zakonika (zaradi lažjega razločevanja bo v tem prispevku uporabljena kratica KZ/94) je bila gospodarska kazenska zakonodaja grajena na prejšnjem socialističnem gospodarskem sistemu, ki je temeljil na t. i. dogovorni ekonomiji, družbeni lastnini in samoupravljanju. Kljub temu, da tedaj v Sloveniji še ni bilo zaslediti vseh oblik gospodarske kriminalitete, kot jo je poznalo tržno gospodarstvo v Zahodni Evropi, so snovalci prvega kazenskega zakonika v samostojni državi zgled in rešitve iskali prav v tuji zakonodaji. Koncept gospodarskih kaznivih dejanj je bil tako v KZ/94 zasnovan na sistemu tržnega gospodarstva, pri čemer so bila upoštevana načela svobodnega tržnega sistema in enakopravnost vseh oblik lastnine.⁸

Kaznivo dejanje povzročitve stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem dejansko varuje upnike in ga lahko uvrstimo v podskupino kaznivih dejanj, ki varujejo upnike, kupce in poslovne partnerje. V KZ/94 so bila v tej podskupini tri kazniva dejanja, in sicer kaznivo dejanje lažnega stečaja (232. člen KZ), kaznivo dejanje povzročitve stečaja z nevestnim gospodarjenjem (233. člen KZ) in še kaznivo dejanje oškodovanja upnikov (234. člen KZ), ki za ta prispevek sicer ni relevantno.

2.2. Spremembe v KZ-1

Kazenski zakonik (KZ-1)⁹ je dve kaznivi dejanji iz KZ/94 nadomestil z enotno inkriminacijo lažnega stečaja (226. člen KZ-1). Iz gradiva, ki so ga snovalci Kazenskega zakonika priložili predlogu zakona, ni moč najti nobenega argumentiranega pojasnila o tem, zakaj sta bili dejanji združeni v enotno inkriminacijo, prav tako pa so v širši strokovni javnosti ostali neznani razlogi za spremembo dosedanje ureditve. Podrobna analiza nove določbe in primerjava s prejšnjima dvema členoma pokaže, da je bil prvi odstavek novega 226. člena KZ-1 v bistvenem enak prejšnjemu 232. členu KZ, medtem ko je drugi odstavek 226. člena KZ-1 v primerjavi s prej veljavnim 233. členom KZ prinesel strožjo in deloma spremenjeno inkriminacijo. V 233. členu KZ je za izvršitev kaznivega dejanja lažnega stečaja z nevestnim gospodarjenjem zadostoval že eventualni naklep, stečaj (oziroma njegova uvedba) pa je predstavljal objektivni pogoj kaznivosti. Navedeno pomeni, da ugotavljanje storilčevega krivdnega odnosa do zakonskega znaka stečaja ni bilo potrebno. Po novi ureditvi pa je bilo kaznivo dejanje po drugem odstavku 226. člena

⁸ Mitja Deisinger, *Gospodarska kazniva dejanja*, Podjetje in delo, št. 5-6/1993, str. 480-485.

⁹ Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/08, 66/08 in 39/09.

KZ-1 opredeljeno kot namerni delikt, kar pomeni, da je pri tem treba ugotavljati storilčev direktni naklep, ki mora obsegati stečaj, ki v tem primeru ni več objektivni pogoj kaznivosti, ampak mora biti zajet šele v storilčevi krivdi. Če je po ureditvi iz KZ za izvršitev kaznivega dejanja zadoščala zavest o nezmožnosti plačila, je moral po KZ-1 obstajati tudi storilčev namen oškodovati upnike. Glede na vse navedeno, je bilo treba zaradi načela uporabe za storilca milejšega zakona kazenske postopke zaradi kaznivega dejanja po 233. členu KZ ustaviti oziroma končati, razen če so bili pri kaznivem dejanju podani zakonski znaki, ki se jih je lahko upoštevalo pri kaznivem dejanju po drugem odstavku 226. člena KZ-1.¹⁰

2.3. Nazaj k osnovam s KZ-1B

Res je sicer, da je bila slovenska stečajna zakonodaja večkrat novelirana in je več kot razumljivo, da se ji (vsaj poskuša) prilagaja tudi kazenska zakonodaja, vendar sprememba, ki jo je uvedel KZ-1, tako v stroki kot tudi v sodni praksi ni bila dobrodošla. Povzročitev stečaja z nevestnim gospodarjenjem je bila veliko pogostejša oblika stečajne kriminalitete kot lažni stečaj (čeprav sta, kot je bilo že omenjeno, obe kaznivi dejanji razmeroma redko obravnavani). Glede na to in glede na realno sliko stečajev v Sloveniji v obdobju gospodarske krize je novela Kazenskega zakonika (KZ-1B)¹¹ ponovno uvedla oziroma inkriminirala dejanje, ki je bolj podobno stari obliki povzročitve stečaja z nevestnim gospodarjenjem. Kaznivo dejanje je sicer še vedno vsebovano v samo enem (istem) členu, vendar v dveh povsem na novo napisanih oblikah.

Po novi ureditvi so izvršitveni načini iz prvih treh točk prvega odstavka 226. člena večinoma enaki kot pri kaznivem dejanju lažnega stečaja iz KZ/94, s tem, da je pri tretji točki dodana možnost, da se zaradi protipravnega ravnanja s poslovnimi knjigami, iz njih ne more ugotoviti plačilne sposobnosti (in ne le dejanskega premoženjskega stanja). Najpomembnejša sprememba prvega odstavka pa je zagotovo še dodan četrti izvršitveni način in sicer druga podobna goljufiva ravnanja, ki v končni posledici pripeljejo do stečaja oziroma izbrisa gospodarske družbe iz sodnega registra brez likvidacije po uradni dolžnosti. Gre za širjenje polja kaznivosti z uporabo analogije *intra legem*, seveda z namenom, da bi inkriminacija zajela čim več ravnanj, ki jih lahko praksa pri tovrstnih goljufijah uporabi.¹²

¹⁰ Hinko Jenull, Stečajno kaznivo dejanje, Pravosodni bilten, št. 1/2014.

¹¹ Kazenski zakonik (KZ-1B), Uradni list RS, št. 91/11.

¹² Liljana Selinšek, Kazniva dejanja zoper gospodarstvo po noveli KZ-1B (1. del), Pravna praksa, št. 35/2012, str. 22.

Drugi odstavek 226. člena po noveli KZ-1B je zelo podoben kaznivemu dejanju povzročitve stečaja z nevestnim gospodarjenjem iz 233. člena KZ/94. Izvršitveni načini in znaki kaznivega dejanja so nekoliko dopolnjeni in prilagojeni novi situaciji na trgu, dodana pa je prepovedana posledica v obliki dolgoročne plačilne nesposobnosti ali prezadolženosti, ki mora biti skupaj z izvršitvenim načinom zajeta s storilčevim direktnim ali eventualnim naklepom. Kar se tiče pravnih standardov plačilne nesposobnosti in prezadolženosti, jih je treba uporabljati v povezavi z določbami in definicijami iz Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP). Kaznivo dejanje po tem odstavku je dokončano, ko nastopita objektivna pogoja kaznivosti, ki sta stečaj ali izpolnitev pogojev za izbris gospodarske družbe iz sodnega registra po uradni dolžnosti brez likvidacije in pa večja premoženjska škoda za upnike. Storilčeve krivde za izpolnitev objektivnih elementov kaznivosti ni treba ugotavljati. V tretjem odstavku 226. člena KZ-1 še vedno obstaja kvalificirana oblika, torej nastanek velike premoženjske škode. V zvezi s tem velja opozoriti, da se v skladu z 28. členom KZ-1 odgovornost storilcu za hujšo posledico pripiše tudi, če se ugotovi, da je bil do njenega nastanka malomaren.¹³

3. Težavnost dokazovanja

3.1. Velika odgovornost za organe preiskovanja in pregona

Že na začetku omenjeno izjemno nizko število obsodilnih sodb kaže na to, da je za organe preiskovanja in pregona dokazovanje tega kaznivega dejanja velikokrat Siziŕovo delo. Gospodarsko kazensko pravo je interdisciplinarno področje in ravno tako kot za oblikovanje inkriminacij s tega področja ne zadostuje niti najbolj vrhunsko poznavanje kazenskega prava, je tudi za preiskovanje in pregon tovrstnih kaznivih dejanj treba razumeti in poznati tudi gospodarski sistem, iz katerega izhajajo pravne dobrine in vrednote, ki jih te inkriminacije varujejo.¹⁴ Potrebno je specifično znanje s področja prava, ekonomije, revizorske stroke, davčnega področja, finančnega poslovanja ipd.¹⁵ Poleg tega pri kaznivih dejanjih zoper gospodarstvo navadno ni prijave kaznivega dejanja s strani oškodovanca, kar pomeni, da so ta dejanja že na

¹³ Prav tam.

¹⁴ Liljana Selinšek, Gospodarska kazniva dejanja v predlogu KZ-1, Pravna praksa, št. 4/2008, str. 19–21.

¹⁵ A. Dvoršek, Kriminalistična strategija, str. 120–125.

primarni ravni odkrivanja vezana na *ex offo* dejavnost organov preiskovanja in pregona.¹⁶

Pri kaznivem dejanju povzročitve stečaja (in tudi pri nekaterih drugih gospodarskih kaznivih dejanjih) lahko nastane problem ločevanja med visoko tveganimi, a še dopustnimi gospodarskimi odločitvami, in tistimi, ki že spadajo v cono kriminalnosti. Problem nastane predvsem zaradi blanketnih predpisov, saj iz njih ni vedno jasno razvidno, ali so določena gospodarska ravnanja oziroma posli prepovedani ali dovoljeni. V takem primeru je pomembno merilo objektivna predvidljivost prepovedane posledice, pri čemer so bistveni subjektivni elementi kaznivega dejanja. Ugotoviti je treba, ali se je storilec zavedal možnosti, da bo zaradi njegovega ravnanja nastala prepovedana posledica in ali je v to privolil. Poenostavljeno povedano, ugotoviti je potrebno storilčev eventualni naklep, seveda pod pogojem, da za izvršitev zadostuje tudi eventualni in ne izključno direktni naklep. Če je naklep z gotovostjo ugotovljen, potem ima visoko tvegana gospodarska odločitev, ki se sprevrže v kaznivo dejanje, lahko za posledico kazensko odgovornost.¹⁷

3.2. Pravilo proste podjetniške presoje (*business judgement rule*)

Ker se z vzponom sodobnih informacijskih tehnologij in novih možnosti delovanja na trgu pojavljajo tudi vedno nove možnosti zlorab, ki jih pravna pravila nikoli ne bodo mogla dohajati, se zadnje čase v kazensko pravo z namenom lažjega ugotavljanja, ali je bilo v določenem primeru izvršeno gospodarsko kaznivo dejanje, širi pravilo proste podjetniške presoje, ki je sicer pravilo civilnega prava. Gre za uporabo 263. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1),¹⁸ ki določa možnosti ekskulpacije, kadar člani organov vodenja in/ali nadzora dokažejo, da so vestno in pošteno izpolnjevali svoje dolžnosti. To je objektivizirano merilo krivde, zahtevana skrbnost pa je odvisna od različnih dejavnikov.

Pravilo proste podjetniške presoje je sicer najboljše razvila nemška teorija, kjer ima pravilo pravzaprav tudi svoj izvor in od koder je črpala tudi slovenska ureditev.¹⁹ Izoblikovalo se je stališče, da morajo biti izpolnjene naslednje predpostavke za uporabo pravila proste podjetniške presoje, in sicer:

- da gre za podjetniško oziroma poslovno odločitev,

¹⁶ Liljana Selinšek, Sodobni izzivi za gospodarsko kazensko pravo, Pravna praksa, št. 18/2006.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13 in 55/15.

¹⁹ Glej npr. sodbo Višjega sodišča (OLG Hamm) z dne 12. 7. 2012, opr. št. I-27 U 12/10.

- da glede zadeve, ki je bila predmet poslovne odločitve, član organa vodenja ni imel lastnega interesa in je bila odločitev sprejeta brez vpliva tretjih,
 - da se je o zadevi v zadostni meri informiral,
 - da je bila odločitev sprejeta v dobri veri in
 - da gre za ravnanje v dobro družbe,
- kar se vse presoja *ex ante*.²⁰

Tudi Vrhovno sodišče RS je zavzelo stališče, da tudi če bi se poslovna odločitev članov uprave naknadno izkazala kot napačna, ta okoliščina sama po sebi še ne bi pomenila kršitve njihove dolžne skrbnosti. Obveznosti članov uprave gospodarske družbe namreč niso obveznosti rezultata, temveč obveznosti (skrbnega) prizadevanja.²¹ Člani posloводства tako ne odgovarjajo (niti kazensko, saj je civilna odgovornost strožja) za vsako napačno odločitev, zaradi katere nastane družbi škoda, ampak mora vedno obstajati določeno polje, v katerem se lahko sprejema tudi tvegane odločitve, ne da bi bile te kasneje podvržene očitkom kazenske in/ali civilne odgovornosti.

Pravilo proste podjetniške presoje se tako vedno bolj pojavlja tudi v kazenskem pravu, pri čemer gre navadno za strategijo obrambe obdolženca, češ da njegovo ravnanje ni bilo kaznivo in da naklep ni izkazan, saj je zgolj sprejema poslovne odločitve v okviru (bolj ali manj) sprejemljivega tveganja.

4. Sklep

Glede na vse navedeno in glede na čas, v katerem živimo, lahko sklepamo, da bo kaznivih dejanj zoper gospodarstvo vedno več, izvršitveni način pa bodo vedno bolj inventivni. Upravičeno lahko domnevamo, da se bo znotraj te skupine pojavljalo tudi vedno več primerov (suma) kaznivega dejanja povzročitve stečaja. Vprašanje, ki pa se pri tem prednostno postavlja je, koliko zadev bo svojo pot končalo že na tožilstvih, koliko jih bo prišlo do sodišč in znotraj le teh – najpomembneje – kolikšen bo delež obsodilnih sodb. Policija in tožilstva si bodo morali tako obuti zelo velike čevlje, da se bodo lahko soočili z vsemi težavami z dokazovanjem, poleg tega pa bodo nedvomno v to področje morali vložiti čim več resursov, predvsem na področju znanja na tem interdisciplinarnem področju. Enako velja tudi za drugo stran, torej obrambo, ki pa na področju iznajdljivosti navadno nima večjih težav.

²⁰ Tako je nemško Vrhovno sodišče v zadevi ARAG/Garmenbeck v odločitvi opr. št. BGH II ZR 175/95 z dne 21. 4. 1997 zavzelo stališče, da mora biti podjetniško ravnanje usmerjeno izključno k interesom družbe in temeljiti na skrbno pripravljenih odločitvenih podlagah ter notranjem občutku odgovornosti.

²¹ Sodba Vrhovnega sodišča opr. št. III Ips 80/2010 RS z dne 9. 7. 2013.