

*Izvirni znanstveni članek*  
 334.757, 347.722

# Škodljiva navodila obvladujoče družbe v dejanskem koncernu – koncernski privilegij

DR. PETER PODGORELEC,  
*docent na Ekonomsko-poslovni*  
*fakulteti Univerze v Mariboru*

## 1. Uvod

Pravila o dejanskem koncernu iz 545.–548. člena Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1<sup>1</sup> predpostavljajo, da je družba že vključena v koncern. Zato njihov predmet ni varstvo pred odvisnostjo, ampak je namen teh pravil varstvo družbe, njenih zunanjih družbenikov in upnikov, ko je družba že odvisna, in sicer prek sistema posamične izravnave, ob pomoči pravil o dolžnosti izdelave poročila o odvisnosti in njegovi reviziji ter preveritvi s strani nadzornega sveta. Zakon namreč temelji na izhodišču, da obstoj odvisnosti zahteva posebno varstvo odvisne družbe ter njenih upnikov in zunanjih družbenikov. Če ima obvladujoča družba v odvisni družbi možnost obvladujočega vpliva, ni izključeno, da ga bo tudi v resnici izrabila in tako v odvisni družbi uveljavila drugačen podjetniški interes. S tem je povezana nevarnost, da obvladujoča družba lastni interes uveljavi v škodo premoženja odvisne družbe, s čimer ogrozi interese odvisne družbe, zunanjih družbenikov in upnikov. Pravila o dejanskem koncernu želijo navedeno nevarnost odpraviti, in sicer tako, da obvladujoči družbi, njenim zakonskim zastopnikom in tudi članom organov odvisne družbe predpisujejo posebne dolžnosti, katerih kršitev vodi k odškodninski odgovornosti.

## 2. Koncernski privilegij

Izhodišče zakonske ureditve dejanskega koncerna je, da mora ostati podjetniška samostojnost odvisne družbe nedotaknjena. To pomeni, da obvladujoča družba svojega vpliva ne sme izvr-

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 42/2006, 60/2006 – popr., 26/2007 – ZSDU-B, 33/2007 – ZSReg-B, 67/2007 – ZTFI, 10/2008 – ZGD-1A, 68/2008 – ZGD-1B, 42/2009 – ZGD-1C.

ševati na način, ki bi bil za odvisno družbo škodljiv. Vpliv obvladujoče družbe in s tem tudi vodenje koncerna se sme izvajati ne le v interesu koncerna, ampak tudi v lastnem podjetniškem interesu odvisne družbe. V nasprotnem primeru člani organov vodenja obeh družb, pri odvisni družbi tudi člani nadzornega sveta, tvegajo lastno odškodninsko odgovornost. Vendar pa zakon to strogo načelno izhodišče omili s privilegijem obvladujoči družbi, da lahko v odvisni družbi izvaja tudi škodljive vplive, toda pod pogojem, da prikrajšanja kasneje nadomesti – t. i. koncernski privilegij iz prvega odstavka 545. člena ZGD-1.<sup>2</sup>

Za koncernski privilegij je torej bistveno, da obvladujoči vplivi na odvisno družbo niso protipravni, čeprav so škodljivi, ampak to postanejo šele, če nastalo prikrajšanje ni izravnano. Obvladujoča družba pa ima možnost izravnave kadarkoli v poslovnem letu, v katerem je prišlo do prikrajšanja, bodisi dejansko bodisi z ustanovitvijo izravnalnega zahtevka.

Hkrati to pomeni, da lahko obvladujoča družba izvaja le tak vpliv na odvisno družbo, ki ga je mogoče kasneje nadomestiti, če se izkaže za škodljivega. Sicer mora obvladujoča družba svoj vpliv na odvisno družbo pravno uokviriti tako, da z njo sklene pogodbo o obvladovanju.<sup>3</sup>

Zato je pravilo o koncernskem privilegiju dejansko prilagojeno decentraliziranim koncernom, v katerih je stopnja vpliva obvladujoče družbe na odvisno nizka.<sup>4</sup> Obvladujoča družba lahko izvaja enotno vodenje le v mejah, ki jih določa funkcionalna sposobnost sistema posamične izravnave.

Določbe 545. do 548. člena ZGD-1 se uporabljajo tudi pri večstopenjskih dejanskih koncernih. To pomeni, da veljajo tako med družbo materjo in družbo hčerko kot tudi med družbo materjo in družbo vnukinjo ter seveda tudi med družbo hčerko in družbo vnukinjo.

### 3. Povzročitev prikrajšanja

O obliki uporabe vpliva obvladujoče družbe na odvisno zakon izrecno ne določa ničesar. Poleg obvezujočih navodil se zato kot možna oblika lahko štejejo tudi priporočila, smernice ali »nasveti« obvladujoče družbe odvisni. Samo takrat, ko ostane organ vodenja odvisne družbe tako pravno kot dejansko prost v presoji, ali bo sugestijam obvladujoče družbe sledil ali ne, je mogoče razumeti, da ne gre za uporabo vpliva.<sup>5</sup> Tudi ne more biti pomembno, ali se vzpod-

<sup>2</sup> Prvi odstavek 545. člena ZGD-1 določa: v koncernskih družbah, v katerih ni sklenjena pogodba o obvladovanju, obvladujoča družba ne sme uporabiti svojega vpliva, da bi pripravila odvisno družbo do tega, da bi zase opravi škodljiv pravni posel ali da bi kaj storila ali opustila v svojo škodo, razen če obvladujoča družba prikrajšanje nadomesti.

<sup>3</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 369.

<sup>4</sup> Raiser, str. 849.

<sup>5</sup> Raiser, str. 859 (30).

buditev odvisne družbe k določenemu ravnanju manifestira v obliki posebnega dogovora ali ne. Mogoče je oboje. Tudi poseben dogovor med obvladujočo in odvisno družbo torej ni izključen.

Odločilno je, da vzpodbuditev izvira iz obvladujoče družbe, njen adresat pa je odvisna družba. Ni nujno, da je naslovljena na poslovodstvo, ampak je lahko dana tudi nadzornemu svetu ali pa kakšnemu uslužbencu, ki je organu vodenja podrejen. Pri tem je treba upoštevati posebne dolžnosti organa vodenja adresata,<sup>6</sup> zato mora poslovodstvo odvisne družbe z notranjeorganizacijskimi pravili zagotoviti, da je sproti obveščeno o vseh spodbudah, ki pomenijo prikrajšanje. Informiranost poslovodstvu odvisne družbe omogoča tudi to, da določeno spodbudo prepreči. Prav tako ni potrebno, da odvisno družbo »pripravi« zakonski zastopnik obvladujoče družbe, ampak je to lahko tudi podrejeni uslužbenec ali celo tretji, če je spodbudo mogoče pripisati obvladujoči družbi.

Poleg neposrednih pridejo v poštev tudi različne oblike posrednih spodbud, med katerimi velja na prvem mestu omeniti osebno prepletenost med člani organov. Gre za dejanske primere, ko so člani organa vodenja ali vodilni uslužbenci obvladujoče družbe člani poslovodstva ali nadzornega sveta odvisne družbe. Tukaj se sicer lahko postavi vprašanje uporabljivosti prvega odstavka 545. člena ZGD-1, ker vzpodbuditev dejansko ne izvira »od zunaj«, ampak »od znotraj«. Vendar pa takšne – od znotraj izvirajoče – spodbude pomenijo za odvisno družbo in njene manjšinske družbenike še posebno veliko nevarnost, saj dopuščajo neposredno preтворbo drugačnega podjetniškega interesa obvladujoče družbe. Zato ne more biti nobenega dvoma, da je treba tudi te vrste spodbud subsumirati pod prvi odstavek 545. člena ZGD-1: pravna norma ne more ostati zunaj področja uporabe samo zato, ker »zunanji« vpliv zaradi organizacijsko-strukturnih razlogov dejansko ni več potreben.

Posredna spodbuda lahko izhaja tudi iz tega, da odvisna družba pooblasti obvladujočo družbo, da v njenem imenu in za njen račun sklene določen pravni posel.<sup>7</sup>

Na splošno je mogoče pričakovati, da bo vpliv obvladujoče družbe na odvisno večinoma neformalen, kar pomeni, da ga je mnogo težje dokazati. Vztrajanje pri strogih dokaznih standardih ne bi imelo nobenega smisla, saj bi lahko dejansko onemogočilo uveljavljanje izravnalnih zahtevkov upnikov in manjšinskih (zunanjih) družbenikov odvisne družbe. Zato so s tem v zvezi vsekakor potrebne nekatere olajšave, drugo pa je vprašanje, kako jih utemeljiti. S tem v zvezi sta se v nemški teoriji izoblikovala dva pristopa: po prvem pristopu gre za oblikovanje posebne zakonske domneve, vendar pa je težava v tem, da takšne domneve zakon nikjer izrecno ne predpisuje. Večinski del nemške teorije zagovarja pristop, po katerem je dovolj, če se

<sup>6</sup> Poslovodstvo odvisne družbe mora izdelati poročilo o odvisnosti in se z obvladujočo družbo pogajati o izravnavi prikrajšanja.

<sup>7</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 375.

dokaže, da je bil neki poslovodni ukrep ali pravni posel opravljen v škodo odvisne in v korist obvladujoče družbe oziroma z njo povezane neke druge družbe. Gre za tako imenovani dokaz prvega vtisa (*Beweis des ersten Anscheins*), ki se je v nemškem pravu uveljavil tudi v zvezi s kvalificiranimi škodljivimi vplivi in v zvezi z eksistenčnim uničenjem družbe.<sup>8</sup>

Iz prvega odstavka 545. člena ZGD-1 jasno izhaja, da se mora uporaba vpliva obvladujoče družbe izraziti v opravi škodljivega pravnega posla za odvisno družbo. S pravnim poslom so izenačeni tudi drugi ukrepi s področja vodenja poslov, pri katerih gre za to, da odvisna družba nekaj v svojo škodo bodisi stori bodisi opusti. Pomembno je, da so zajeti vsi tisti pravni in dejanski akti poslovođenja, ki se lahko izrazijo v premoženjski sferi odvisne družbe. Med spodbudo s strani obvladujoče družbe in temi akti mora obstajati razmerje vzroka in posledice.

#### 4. Vrste prikrajšanj

Naslednja predpostavka, ki je predvidena v prvem odstavku 545. člena ZGD-1, je prikrajšanje odvisne družbe. Zakon sicer uporablja tako pojem prikrajšanje kot tudi pojem škoda, vendar se pojma ne prekrivata: medtem ko se prikrajšanje meri glede na predvideno prizadetost premoženjskega in prihodkovnega položaja odvisne družbe po časovnem trenutku, ko je bil ukrep poslovođenja sprejet ali pravni posel sklenjen, pa se višina škode, ki jo je treba odvisni družbi poravnati na podlagi prvega odstavka 547. člena ZGD-1, ugotavlja *ex post*, in sicer glede na do takrat že znani razvoj poslovnih in drugih dogodkov. Zato je lahko prikrajšanje povzročeno, čeprav se na koncu izkaže, da odvisna družba ni imela nobene škode.

Pod pojmom prikrajšanje je treba razumeti vsakršno zmanjšanje ali konkretno ogrožanje premoženjskega ali prihodkovnega položaja družbe, če izvira iz njene odvisnosti.<sup>9</sup> To pomeni, da mora prikrajšanje imeti svoj vzrok v odvisnosti družbe, zaradi česar prikrajšanje odpade, če bi ustrezno skrben poslovodja družbe, ki je samostojna, ravnal enako, kot je ravnal poslovodja odvisne družbe. Pojmu prikrajšanje je zato imanentna kršitev dolžne skrbnosti člana organa vodenja in nadzora v smislu prvega odstavka 263. člena ZGD-1. Če bi enako poslovodno odločitev sprejel tudi poslovodja neodvisne družbe, ki bi ravnal z zahtevano skrbnostjo, ne odpade le dolžnost poravnave škode, ampak že sama narava poslovodne odločitve kot prikrajšanja.

S tem se odvisni družbi ne odvzame dopustnost splošnega podjetniškega tveganja, hkrati to pomeni, da k dolžnosti izravnave prikrajšanja ne vodi že vsakršna kršitev dolžnosti poslovođenstva, ampak je potrebno, da je prikrajšanje spodbudila prav obvladujoča družba. V prvem

<sup>8</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 376.

<sup>9</sup> Obstoj prikrajšanja predpostavlja, da je poslovodni ukrep v interesu obvladujoče ali druge z njo povezane družbe.

odstavku 545. člena ZGD-1 so določene le meje dopustnosti vpliva obvladujoče družbe na odvisno; splošno podjetniško tveganje pa morajo odvisna družba, njeni družbeniki in upniki nositi v enaki meri kot samostojna družba, njeni družbeniki in upniki.

Prikrajšanje obsega vsakršno zmanjšanje ali konkretno ogrožanje premoženjskega ali prihodkovnega položaja odvisne družbe, ne glede na to, ali ga je mogoče kvantificirati ali ne.<sup>10</sup> To pomeni: čeprav prikrajšanja zaradi poslovodne odločitve ni mogoče ovrednotiti, samo zaradi tega njegova narava prikrajšanja v smislu prvega odstavka 545. člena ZGD-1 še ne odpade. Prikrajšanje, ki ga ni mogoče kvantificirati, je nezdružljivo s sistemom posamične izravnave, zato je že od vsega začetka protipravno. Pravne posledice takšne spodbude so odvisne od tega, ali je mogoče ovrednotiti morebitno škodo, ki nastane odvisni družbi. Če je to mogoče, odgovarja obvladujoča družba za nastalo škodo, in sicer na podlagi prvega odstavka 547. člena ZGD-1, poslovodstvo odvisne družbe pa na podlagi splošnih pravil o odškodninski odgovornosti. Če škode ni mogoče ovrednotiti, niti ob pomoči prostega preudarka iz 216. člena Zakona o pravnem postopku – ZPP,<sup>11</sup> pa se uporabijo pravila o kvalificiranem prikrajšanju.<sup>12</sup>

Za presojo, ali gre za prikrajšanja ter kolikšna je njegova višina, je odločilen časovni trenutek, ko je bil poslovodni ukrep sprejet ali pravni posel sklenjen. To izhaja že iz tega, ker je prikrajšanju imanentna kršitev dolžne skrbnosti, ki se zahteva od poslovodstva, kot je že bilo omenjeno. Kljub vsej potrebni skrbnosti lahko namreč tudi poslovodja neodvisne družbe sprejme odločitev o poslovodnem ukrepu (ali pravnem poslu) le na podlagi do takrat razpoložljivih informacij. Zato mora presoja obstoja prikrajšanja v smislu prvega odstavka 545. člena ZGD-1 temeljiti na predvidevanju *ex ante*, pri čemer se upoštevajo vse dejanske okoliščine, ki bi v takratnem časovnem trenutku morale biti znane poslovodstvu, ki ravna s potrebno skrbnostjo. Če tu opravičujejo poslovodni ukrep ali sklenitev pravnega posla, ni mogoče govoriti o prikrajšanju, četudi se za odločitev relevantne dejanske okoliščine razvijejo drugače od pričakovanj in ima družba – namesto koristi – premoženjsko izgubo. Po drugi strani pa to pomeni, da prikrajšanje ne odpade, tudi če se kasneje izkaže, da družba zaradi poslovodnega ukrepa ali pravnega posla ni imela nobene premoženjske izgube.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Habersack v Emmerich, Habersack (Kommentar), str. 519; enako Hüffer, str. 1602–1603.

<sup>11</sup> Uradni list RS, št. 26/1999 s spremembami in dopolnitvami. Člen 216 ZPP določa: če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku.

<sup>12</sup> To ne izključuje morebitnih opustitvenih zahtevkov odvisne družbe. Z uspešnim uveljavljanjem teh zahtevkov in s popolno odstranitvijo negativnih posledic odpade tudi dejansko stanje kvalificiranega dejanskega koncerna, z učinkom *ex nunc*.

<sup>13</sup> Habersack v Emmerich in Habersack (Kommentar), str. 519. Če gre za tako tvegan pravni posel, da ga skrben poslovodja ne bi opravil, ne izgubi svoje (dejanske) narave prikrajšanja, čeprav se tveganje ne uresniči.

Omenjeno je že bilo, da pojma prikrajšanje in škoda nista identična. Medtem ko se škoda, ki jo je treba poravnati na podlagi prvega odstavka 547. člena ZGD-1, ugotavlja *ex post*, pa se višina prikrajšanja ocenjuje glede na predvideno prizadetost premoženjskega ali prihodkovnega položaja odvisne družbe, in sicer po časovnem trenutku, ko je bil poslovodni ukrep sprejet ali pravni posel sklenjen. To pomeni, da je lahko prikrajšanje podano, čeprav odvisna družba kasneje nima tolikšne škode ali pa v zvezi s pravnim poslom ali poslovodnim ukrepom, ki na začetku pomeni prikrajšanje, celo ustvari dobiček. Tudi v tem primeru velja dolžnost nadomestitve prikrajšanje, ker se prikrajšanje, kot je bilo že rečeno, ugotavlja *ex ante*, torej ne glede na kasnejši razvoj. Hkrati to pomeni, da gresta prikrajšanje, ki ni bilo predvidljivo, in škoda, ki presega predvidljivo prikrajšanje, v breme odvisne družbe. Če prikrajšanja ni ali če je bilo nadomeščeno, odvisna družba in njeni zunanji družbeniki ne morejo uveljavljati odškodninskega zahtevka, čeprav je odvisni družbi nastala (višja) škoda.

Pri ugotavljanju prikrajšanja in njegove višine se je treba vprašati, ali bi enak pravni posel oziroma poslovodni ukrep opravil tudi organ vodenja neodvisne družbe, ali drugače povedano: izhajati je treba iz primerjave med dejanskim ravnanjem organa vodenja odvisne družbe in fiktivnim ravnanjem istega organa pri neodvisni družbi, glede na vse okoliščine danega primera. To je lahko povezano s precejšnjimi težavami, saj se je treba postaviti v vlogo posloводства neodvisne družbe, ki je (fiktivno) v enakem dejanskem in pravnem položaju kot posloводство odvisne družbe. Ob tem je treba upoštevati tudi »polje proste presoje«, kar pomeni, da je praviloma mogočih več »smeri« ravnanja, ki so vse v skladu z zahtevano skrbnostjo. Pri ugotavljanju prikrajšanja v smislu prvega odstavka 545. člena ZGD-1 je torej treba presoditi, ali je bila uporaba *business judgement rule* pravilna ali pa je – v nasprotju s tem – prestopila dovoljene okvire. Kot rečeno, to je lahko zelo težavna naloga, zlasti za sodno prakso, vendar pa je to nekaj, kar je sistemu posamične izravnave prikrajšanja imanentno.

## 5. Dolžnost izravnave

Na podlagi prvega odstavka 545. člena ZGD-1 je uporaba vpliva, ki vodi k prikrajšanju odvisne družbe, pravno upravičena, če obvladujoča družba prikrajšanje nadomesti, s čimer se torej obvarujejo premoženjski interesi odvisne družbe. O času in obliki izravnave zakon nima kakšnih natančnejših določb. Obvladujoča družba mora prikrajšanje nadomestiti v tekočem poslovnem letu, in sicer bodisi dejansko bodisi tako, da se za odvisno družbo ustanovi poseben (pravni) zahtevak za izravnavo prikrajšanja. Tako je treba razumeti tisti del zakonske določbe drugega odstavka 545. člena ZGD-1, ki nekoliko nejasno določa, da je treba najpozneje ob koncu poslovnega leta, v katerem je bila odvisna družba prikrajšana, določiti, kdaj in kako naj se prikrajšanje nadomesti. V drugem odstavku par. 311 nAktG je izrecno določeno, da je treba za izravnavo prikrajšanja odvisni družbi priznati poseben zahtevak (*Rechtsanspruch*), v ZGD-1 je

to sicer izpuščeno, vendar pa enak sklep posredno izhaja iz prvega odstavka 547. člena ZGD-1. To pomeni, da izravnalni zahtevek odvisne družbe nasproti obvladujoči iz drugega odstavka 545. člena ZGD-1 ne izhaja neposredno, ampak ga je treba s posebno pogodbo, sklenjeno med obvladujočo in odvisno družbo, šele ustanoviti.

Sicer mora obvladujoča družba povrniti odvisni družbi nastalo škodo že iz razloga, ker je uporaba škodljivega vpliva na splošno protipravna. To pomeni, da dolžnost izravnave prikrajšanja začasno izpodrine odškodninsko odgovornost obvladujoče družbe po splošnih pravilih. Če obvladujoča družba privilegija iz prvega odstavka 545. člena ZGD-1 ne uporabi, mora odvisni družbi nadomestiti ne le *ex ante* predvideno prikrajšanje, ampak celotno škodo. To, da obvladujoča družba prikrajšanja ne nadomesti, namreč pomeni, da je povzročitev prikrajšanja protipravna. Če pa obvladujoča družba prikrajšanje nadomesti, protipravnost njenega škodljivega vpliva odpade. Izravnava prikrajšanja je torej nekakšna kompenzacijska izpolnitev, *sui generis* in ne izpolnitev, ki bi pomenila poravnavo odškodninske obveznosti.<sup>14</sup>

Pomembno je poudariti, da mora biti pravni posel ali poslovodni ukrep, ki pomeni za odvisno družbo prikrajšanje, v interesu obvladujoče družbe ali druge z njo povezane družbe pri enotnem vodenju v interesu koncerna. To posredno izhaja iz prvega odstavka 541. člena ZGD-1, po katerem sme obvladujoča družba – na podlagi pogodbe o obvladovanju – dajati odvisni družbi tudi škodljiva navodila, če koristijo obvladujoči družbi ali z njo koncernsko povezanim družbam. Oškodovanje odvisne družbe v korist tretje osebe ni izraz drugačnega podjetniškega interesa obvladujoče družbe, zato je v nasprotju z namenom koncernskega privilegija.<sup>15</sup> To pomeni, da je protipravno, in je obvladujoča družba dolžna odvisni družbi poravnati nastalo škodo, ne da bi imela možnost sklicevanja na koncernski privilegij.

## 6. Poročilo o odvisnosti

Osrednji steber zakonske ureditve dejanskega koncerna, ki temelji na posamični izravnavi prikrajšanja, je prav gotovo poročilo o odvisnosti. Na podlagi tretjega odstavka 545. člena ZGD-1 mora namreč poslovodstvo odvisne družbe v prvih treh mesecih poslovnega leta sestaviti poročilo o razmerjih z obvladujočo družbo. Menim, da bi bilo ustrežnejše, če bi zakon to poročilo označil kot poročilo o razmerjih s povezanimi družbami, kar sicer posredno izhaja iz opredelitve obveznih sestavin, ki jih mora navedeno poročilo vsebovati. Tako se v njem navedejo vse pravni posli, ki jih je družba sklenila v preteklem poslovnem letu z obvladujočo

<sup>14</sup> To navsezadnje poudarja tudi sam zakon, ki razlikuje med izravnavo prikrajšanja in odgovornostjo za škodo (prim. prvi odstavek 545. člena in prvi odstavek 547. člena ZGD-1). Ti pravni kategoriji namreč nista nujno identični ter se lahko razlikujeta tako po višini kot po vsebini (Hüffer, str. 1606).

<sup>15</sup> Habersack v Emmerich in Habersack (Kommentar), str. 526. Velja tudi obrnjeno: dolžnost izravnave prikrajšanja odpade, če zaradi spodbude s strani obvladujoče družbe nastane prikrajšanje v breme tretje osebe.

družbo ali z njo povezano družbo ali na pobudo ali v interesu teh družb, in vsa druga dejanja, ki jih je storila ali opustila na pobudo ali v interesu teh družb v preteklem poslovnem letu in so pomenila prikrajšanje za družbo. Poročilo o odvisnosti je z zakonom predvideno le za dejanski koncern, ne pa tudi za pogodbeni koncern in vključene družbe.

Poročilo o odvisnosti je tesno povezano s prvim in drugim odstavkom 545. člena ZGD-1 ter s 547. členom ZGD-1. Njegov namen je predvsem v tem, da se škodljivi vplivi obvladujoče družbe ustrezno dokumentirajo, s čimer naj se tudi na tak način zagotovi, da bo do prikrajšanj odvisne družbe prihajalo le v obsegu, ki ga je kasneje mogoče izravnati. Poročilo o odvisnosti mora ustrezati načelom vestnosti in verodostojnosti (četrti odstavek 545. člena ZGD-1). To pomeni, da mora biti poročilo o odvisnosti popolno, jasno, pregledno in resnično.

Drugo je vprašanje, za koga sploh ima poročilo o odvisnosti informacijsko vrednost. ZGD-1 namreč niti med pravili o dejanskem koncernu (545. do 548. člen) niti v 58. členu ne določa, da se poročilo o odvisnosti javno objavi ali kako drugače predloži delničarjem. To potem pomeni, da poročilo o odvisnosti delničarjem ni dostopno, niti ga od poslovodstva odvisne družbe ne morejo zahtevati, ampak se predloži le revizorju in nadzornemu svetu, ki imata v zvezi s tem posebej določene zakonske pristojnosti.

Informacijska vrednost poročila o odvisnosti je torej za delničarje zelo omejena. Javno se objavi le tisti njegov del, ki ga je treba vnesti tudi v poslovno poročilo. Gre za tako imenovano končno pojasnilo iz petega odstavka 545. člena ZGD-1. Na koncu poročila o odvisnosti je namreč treba pojasniti, ali je družba v okoliščinah, ki so ji bile znane v trenutku, ko je bil opravljen pravni posel ali storjeno ali opuščeno dejanje, pri vsakem pravnem poslu dobila ustrezno vračilo in ali s tem, ko je bilo storjeno ali opuščeno dejanje, ni bila prikrajšana. Če je bila družba prikrajšana, mora pojasniti, ali je bilo prikrajšanje nadomeščeno. Ker je poslovno poročilo sestavni del letnega poročila, ki se na podlagi 58. člena ZGD-1 tudi javno objavi, se torej javno objavi tudi končno pojasnilo.

Namesto javne objave poročila o odvisnosti je predvidena revizija in preveritev nadzornega sveta.

Delničarjem se torej razkrije le končno pojasnilo, ker je sestavni del poslovnega poročila, poročilo nadzornega sveta in mnenje revizorja. Na podlagi teh informacij lahko delničarji na splošno ugotovijo samo to, ali je v korist odvisne družbe nastal odškodninski zahtev, o njegovi višini in dejanski podlagi pa ne prejmejo podrobnejših informacij. Zato se postavlja vprašanje dejanske možnosti uveljavljanja odškodninskih zahtevkov družbe, ki jih lahko uveljavlja tudi vsak posamezni delničar ali upnik družbe.

V nemškem pravu je temu namenjena posebna revizija poročila o odvisnosti (*Sonderprüfung*) iz par. 315 AktG. Zahteva jo lahko vsak delničar, in sicer tako, da od sodišča zahteva ime-



novanje posebnega revizorja, ki nato preveri pravnoposlovna razmerja med odvisno in obvladujočo družbo oziroma z eno ali več z njo povezanih družb. Za to morajo biti podane naslednje dejanske predpostavke: (1) revizor je po pregledu poročila o odvisnosti dal mnenje s pridržkom ali odklonilno mnenje (*Einschränkung*) oziroma mnenje zavrnil (*Versagung*); (2) nadzorni svet je izjavil, da so zoper končno pojasnilo uprave v poročilu o odvisnosti možni ugovori; (3) uprava je sama izjavila, da je bila družba zaradi določenih pravnih poslov ali poslovnih ukrepov prikrajšana, ne da bi bilo to prikrajšanje izravnano (prvi odstavek par. 315 AktG). Ne glede na to je na podlagi drugega odstavka par. 315 AktG posebna revizija mogoča tudi takrat, ko so podane kakšne druge dejanske predpostavke, ki upravičujejo sum o protipravnem prikrajšanju. Vendar pa v tem primeru posebne revizije ne more zahtevati vsak posamezni delničar, ampak le manjšina delničarjev, katerih deleži skupno dosegajo dvajsetino osnovnega kapitala ali 500.000 evrov. Če je skupščina že imenovala posebnega revizorja, lahko vsak delničar pred sodiščem uveljavlja zahtevek po četrtem odstavku par. 142 AktG.

V našem pravu, kjer posebna revizija poročila o odvisnosti ni posebej zakonsko urejena, je mogoča kvečjemu naslonitev na splošna pravila o posebni reviziji (318. do 321. člen ZGD-1). Posebno revizorjevo poročilo je nato lahko dejanska podlaga za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov s strani delničarjev ali upnikov po prvem odstavku 547. člena ZGD-1).

## 7. Odškodninska odgovornost

V 545. in 546. členu ZGD-1 so opredeljena posebna dolžna ravnanja tako obvladujoče družbe in njenih zakonitih zastopnikov kot odvisne družbe ter njenih organov vodenja in nadzora. Pravne posledice kršitve teh dolžnih ravnanj pa so določene v 547. in 548. členu ZGD-1. Ta pravila so strožja od splošnih pravil o odškodninski odgovornosti.

### 7.1. Obvladujoča družba

Obvladujoča družba je na podlagi prvega odstavka 547. člena ZGD-1 odgovorna za škodo, če je odvisno družbo pripravila do tega, da je opravila zase škodljiv pravni posel ali v svojo škodo kaj storila ali opustila, ne da bi se prikrajšanje dejansko nadomestilo do konca poslovnega leta ali ne da bi se zagotovila pravica do ugodnosti, določenih za nadomestilo. Pri tem ni pomembno, zaradi katerih razlogov je izravnavna prikrajšanja izostala, prav tako ni pomembno, ali odvisna družba sploh ima kakšnega manjšinskega (zunanjega) družbenika. V nasprotju s prvim in drugim odstavkom 545. člena ZGD-1 posebna pravila o odškodninski odgovornosti obvladujoče družbe in njenih zakonitih zastopnikov ter odvisne družbe in njenih organov iz 547. in 548. člena ZGD-1 načeloma ne izključujejo splošnih pravil o odškodninski in drugih

vrstah odgovornosti, ampak jih samo dopolnjujejo.<sup>16</sup> Ta splošna pravila so zlasti v 227., 233., 263., 264., 495., 496. ter šestem in sedmem odstavku 515. člena ZGD-1.

Predpostavka odškodninske odgovornosti obvladujoče družbe po prvem odstavku 547. člena ZGD-1 je torej najprej uporabljivost prvega in drugega odstavka 545. člena ZGD-1. Druga predpostavka je, da med obvladujočo in odvisno družbo ni sklenjena pogodba o obvladovanju in odvisna družba tudi ni vključena v obvladujočo družbo.<sup>17</sup> Poleg tega pa se mora – kot tretja predpostavka – uresničiti zakonski dejanski stan iz prvega in drugega odstavka 545. člena ZGD-1. To pomeni, da mora obvladujoča družba pripraviti odvisno družbo do tega, da opravi zase škodljiv pravni posel ali da v svojo škodo kaj stori ali opusti, ne da bi se povzročeno prikrajšanje nadomestilo; krivda ni predpostavka odškodninske odgovornosti obvladujoče družbe.

Enako kot 545. člen se 547. člen ZGD-1 uporabi tudi v primeru večkratne ali večstopenjske odvisnosti.

Drugače kot nAktG (drugi odstavek par. 317) ZGD-1 izrecno ne določa, da odškodninska odgovornost odpade, če bi tudi poslovodstvo neodvisne družbe, ki ravna v skladu z dolžno skrbnostjo, opravilo takšen pravni posel ali kaj storilo oziroma opustilo. Omenjeno je že bilo, da v tem primeru odpade že sam pojem prikrajšanja v smislu prvega odstavka 545. člena ZGD-1 in s tem seveda tudi odškodninska odgovornost iz 547. člena ZGD-1. Iz navedenega hkrati izhaja, da 547. člen ZGD-1 dejansko ne daje nobenih ekskulpacijskih možnosti; obvladujoča družba in njeni zakoniti zastopniki odgovarjajo za škodo neodvisno od tega, ali so ravnali krivdno.<sup>18</sup> Odločilno je le vprašanje, ali je obvladujoča družba pripravila odvisno družbo do tega, da ravna v svojo škodo. Kršitev dolžne skrbnosti se zahteva le na strani poslovodstva odvisne družbe, kar pa je, kot rečeno, – imanentno že pojmu prikrajšanja.

Za odškodninsko odgovornost obvladujoče družbe mora biti izpolnjen pogoj, da povzročeno prikrajšanje odvisni družbi ni bilo nadomeščeno, bodisi dejansko bodisi z ustanovitvijo izravnalnega zahtevka na podlagi pravnega posla. Izostanek izravnave prikrajšanja odvisni družbi namreč pomeni, da je bila uporaba škodljivega vpliva obvladujoče družbe protipravna. To pomeni, da protipravno ravnanje ni že sama uporaba škodljivega vpliva na odvisno družbo, ampak to postane šele, če obvladujoča družba ne nadomesti nastalega prikrajšanja, v skladu z drugim odstavkom 545. člena ZGD-1. Ob tem je treba upoštevati, da naknadno ni mogoče pravno upravičiti tistih škodljivih vplivov, ki jih na podlagi drugega odstavka 545. člena ZGD-1 ni mogoče nadomestiti. Gre torej za škodljive vplive, ki s sistemom posamične izravnave niso

<sup>16</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 400.

<sup>17</sup> Habersack v Emmerich in Habersack (Kommentar), str. 589. Če je sklenjena le (izolirana) pogodba o prenosu dobička, torej brez hkratne sklenitve pogodbe o obvladovanju, to ne preprečuje uporabe 545. in 547. člena ZGD-1.

<sup>18</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 401.

združljivi, zato njihova uporaba presega dovoljeni pravni okvir uporabe koncernskega privilegija. V tem primeru je zato že sama spodbuda odvisne družbe, da zase opravi škodljiv pravni posel ali kaj drugega stori ali opusti v svojo škodo, protipravna. Enako velja, če uporaba škodljivega vpliva ni v interesu niti obvladujoče družbe niti drugih povezanih družb.

Na podlagi prvega odstavka 547. člena je treba odvisni družbi povrniti tisto škodo, ki ni bila izravnana na podlagi drugega odstavka 545. člena ZGD-1. To velja tudi za tisto škodo, ki presega prikrajšanje v smislu prvega odstavka 545. člena ZGD-1; prav v tem je namreč smisel pravil iz 547. člena ZGD-1. Če pride do tega, da je *ex ante* mogoče govoriti o prikrajšanju, vendar *ex post* škoda odvisni družbi dejansko ni nastala, je odškodninska obveznost kljub temu podana, in sicer za znesek prikrajšanja kot minimalno škodo. Gre za to, da kasnejši razvoj, ki ga ob uporabi vpliva ni bilo mogoče predvideti, ne more biti v korist obvladujoče družbe. Zaradi samega namena 547. člena ZGD-1 sta tukaj torej potrebna odmik od škode kot predpostavke odškodninske odgovornosti v smislu splošnih pravil obligacijskega prava in oblikovanje samostojnega (normativnega) pojma škoda.<sup>19</sup> Namen 547. člena ZGD-1 je namreč v tem, da se pravno sankcionirajo kršitve pravil iz prvega in drugega odstavka 545. člena ZGD-1.<sup>20</sup>

## 7.2. Zakoniti zastopniki

Poleg obvladujoče družbe odgovarjajo za škodo kot solidarni dolžniki tudi njeni zakonski zastopniki, ki so odvisno družbo pripravili do škodljivega pravnega posla ali do storitve oziroma opustitve (drugi odstavek 547. člena ZGD-1). ZGD-1 v drugem odstavku 547. člena napoljuje na smiselno uporabo 543. člena, iz česar izhaja predvsem to, da lahko tudi odškodninske zahteve zoper zakonske zastopnike obvladujoče družbe uveljavlja vsak delničar (družbenik) in upniki, če jih odvisna družba ne more poplačati. Z odškodninskimi zahtevki, ki na podlagi četrtega odstavka 543. člena ZGD-1 zastarajo v petih letih, se lahko zahteva le plačilo za družbo. Ne glede na to lahko delničarji (družbeniki) uveljavljajo tudi zahteve za povračilo tiste škode, ki je nastala njim samim, ne glede na škodo, ki je nastala odvisni družbi.

## 7.3. Organi odvisne družbe

Na podlagi prvega odstavka 548. člena ZGD-1 so odškodninsko odgovorni tudi člani posloводства odvisne družbe, če niso navedli škodljivega pravnega posla ali škodljivega dejanja v poročilu o odvisnosti ali če niso navedli, da je bila družba prikrajšana in prikrajšanje ni bilo nadomeščeno. To pomeni, da poročila o odvisnosti sploh niso sestavili oziroma so ga sestavili, pa je nepopolno (pravni posli ali poslovodni ukrepi, ki pomenijo prikrajšanje, niso prikazani

<sup>19</sup> Hüffer, str. 1454.

<sup>20</sup> Hüffer, str. 1453.

ali pa niso prikazani kot prikrajšanje oziroma je zamolčano, da prikrajšanje ni bilo izravnano) ali nepravilno.<sup>21</sup> Člani nadzornega sveta odvisne družbe pa odgovarjajo za škodo, če so glede škodljivega pravnega posla ali škodljivega dejanja kršili svojo dolžnost, da preverijo poročilo o odvisnosti in da o ugotovitvah poročajo skupščini (drugi odstavek 548. člena ZGD-1). Ob tem je treba poudariti, da morajo člani nadzornega sveta preveriti tudi obstoj dolžnosti izdelave poročila o odvisnosti, če na primer poslovodstvo meni, da ga ni dolžno izdelati; enako preveritev mora sicer opraviti že revizor.<sup>22</sup>

Za odškodninsko odgovornost članov organov odvisne družbe veljajo enake predpostavke kot za odškodninsko odgovornost obvladujoče družbe in njenih zakonitih zastopnikov. To predvsem pomeni, da tudi člani poslovodstva in nadzornega sveta odgovarjajo za škodo samo pod pogojem, da prikrajšanje odvisni družbi ni bilo nadomeščeno. Iz prvega odstavka 548. člena ZGD-1 jasno izhaja, da je predpostavka odškodninske odgovornosti tudi krivda članov organov odvisne družbe: če je sporno, ali so pošteno in vestno izpolnjevali svoje dolžnosti, morajo to dokazati. V tem je pomembna razlika v primerjavi z odškodninsko odgovornostjo obvladujoče družbe in njenih zakonitih zastopnikov iz 547. člena ZGD-1, kjer se krivda ne zahteva. Po stališču naše teorije, ki je utemeljeno, odgovarjajo člani poslovodstva in nadzornega sveta odvisne družbe solidarno z obvladujočo družbo in njenimi zastopniki.

#### 7.4. Aktivna legitimacija

Odškodninski zahtevak iz prvega odstavka 547. člena ZGD-1 pripada odvisni družbi. To jasno izhaja že iz zakonske dikcije: obvladujoča družba je dolžna povrniti nastalo škodo odvisni družbi. Odvisna družba je torej tista, ki naj prva uveljavlja odškodninski zahtevak, pri čemer jo načeloma zastopa poslovodja kot zakonski zastopnik. Ob tem pa zakon dovoljuje, da lahko – poleg odvisne družbe – odškodninski zahtevak uveljavlja tudi vsak njen družbenik in upnik. Vendar pa zakon družbenikov in upnikov seveda ne sili k uveljavljanju odškodninskega zahtevka, medtem ko je poslovodja odvisne družbe to dolžan storiti, sicer krši svoje dolžnosti iz prvega odstavka 263. člena v zvezi s šestim odstavkom 515. člena ZGD-1.

### 8. Kvalificirano prikrajšanje

Škodljivi vplivi obvladujoče družbe na odvisno so sicer dovoljeni, vendar samo pod pogojem, da se premoženjski interesi odvisne družbe ustrezno obvarujejo. Če namreč obvladujoča druž-

<sup>21</sup> Hüffer, str. 1458.

<sup>22</sup> Člani nadzornega sveta kršijo svoje dolžnosti tudi takrat, ko poslovodstvo ne izdelava poročila o odvisnosti ali ko nadzorni svet sicer presodi, da je to nepravilno, vendar pa skupščine o tem ne obvesti (Hüffer, str. 1459).

ba povzročeno prikrajšanje izravna, se škodljivi vplivi ne obravnavajo kot protipravni, ampak postanejo pravno upravičeni. Zakonska shema izravnave v dejanskem koncernu torej temelji na izhodišču, da je škodljive vplive na odvisno družbo kasneje mogoče izravnati. Ta shema pa odpove, če obvladujoča družba uporablja takšne škodljive vplive, ki jih ni mogoče izolirati kot posamične. Mogoča so tudi dejanska stanja, ko se škodljivi vplivi sicer dajo izolirati, vendar pa so po svoji dejanski naravi taki, da jih kasneje ni mogoče izravnati niti na podlagi drugega odstavka 545. člena niti na podlagi 547. člena ZGD-1, in sicer predvsem iz razloga, ker njihove »škodljivosti« že na samem začetku ni mogoče dovolj natančno ovrednotiti. Tako obvladujoča družba preseže zakonsko shemo posamične izravnave, ki je dejansko prilagojena le decentraliziranemu enotnemu vodenju. Prej navedena dejanska stanja obvladujoča družba praviloma povzroči z vsezajemajočim in intenzivnim načinom vodenja koncerna, za kar je po zakonskem konceptu predviden pogodbeni koncern.

Gre za dejanska stanja, ki jih v teoriji označujemo s pojmom kvalificirani dejanski koncern.

Vplivi obvladujoče družbe v dejanskem koncernu, ki jih ni mogoče »zajeti« s pravili o posamični izravnavi iz 545. in 547. člena ZGD-1, so protipravni. Obvladujoča družba lahko uporablja le takšne vplive v odvisni družbi, katerih morebitno škodljivost je mogoče ovrednotiti in s tem nastalo prikrajšanje kasneje tudi izravnati. Sicer se lahko obvladujoči vplivi »legalizirajo« samo na tak način, da obvladujoča družba z odvisno sklene pogodbo o obvladovanju. To torej pomeni, da je obstoj kvalificiranega dejanskega koncerna protipraven.

Najpomembnejša pravna posledica obstoja kvalificiranega dejanskega koncerna je dolžnost obvladujoče družbe, da odvisni družbi poravna nastalo letno izgubo. To izhaja iz analogne uporabe prvega odstavka 542. člena ZGD-1. Poleg zahtevka za poravnavo izgube pripada odvisni družbi tudi odškodninski zahtevek proti članom organov vodenja ali nadzora. Vodenje odvisne družbe na lastno odgovornost je namreč suspendirano samo v mejah, ki so definirane v 545. členu ZGD-1. Če poslovodstvo odvisne družbe te meje prestopi in dopusti kvalificirana prikrajšanja, ravna v nasprotju s svojimi dolžnostmi. Odškodninski zahtevek se sicer lahko uveljavlja tudi proti zakonskim zastopnikom obvladujoče družbe.

Obstoj kvalificiranih prikrajšanj je protipraven, zato lahko manjšinski družbeniki uveljavljajo ustrezne opustitvene zahtevke. Za njih je v prvi vrsti aktivno legitimirana odvisna družba, za njo pa jih lahko uveljavljajo tudi družbeniki. Ob tem imajo manjšinski družbeniki tudi možnost uveljavljanja lastnih obrambnih zahtevkov. Njihovo dopustnost je mogoče izpeljati iz tega, da se lahko kvalificirani dejanski koncern »legalizira« samo s sklenitvijo pogodbe o obvladovanju. Ker je za sklenitev pogodbe o obvladovanju potreben sklep skupščine odvisne družbe, obvladujoča družba s kvalificiranimi prikrajšanji dejansko posega v njeno pristojnost in s tem tudi v članske pravice družbenikov. Manjšinski družbeniki lahko od obvladujoče

družbe zahtevajo tudi plačilo primerne nadomestila in odpravnine po 552. in 553. členu ZGD-1.<sup>23</sup>

## Literatura

- Emmerich, Volker, Habersack, Mathias, Konzernrecht, 8. izdaja, C. H. Beck, München 2005.
- Emmerich, Volker, Habersack, Mathias: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, C. H. Beck, München 2003.
- Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 4. izdaja, C. H. Beck, München 1999.
- Raiser, Thomas: Recht der Kapitalgesellschaften, 3. izdaja, Verlag Franz Vahlen, München 2001.
- Kocbek, Marijan (redaktor), Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1, GV Založba, Ljubljana 2007.

---

<sup>23</sup> Emmerich in Habersack, 2005, str. 412.