

ZORISLAV KALEB*

Kazneno djelo povrede dužnosti članova uprava i izvršnih direktora u slučaju insolventnosti i gubitka društava

Sažetak

Za kazneno djelo povrede dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje (čl. 626. ZTD-a) mogu odgovarati članovi uprave, njihovi zamjenici i izvršni direktori dioničkog društva, a u nekim oblicima predmetnog članka i likvidator kojeg u pravilu, u društvu u likvidaciji, čine sami dotadašnji članovi uprave. U članku se analizira recentna sudska praksa ponajprije Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Županijskog suda u Zagrebu te zaključuje da članovi uprave d.o.o. od 1. siječnja 2004. pa do stupanja na snagu Novele ZTD-a iz 2009. godine – 1. svibnja 2010. – ne mogu odgovarati za nepokretanja stečaja u slučaju insolventnosti, već samo za nesazivanje skupštine. Od 1. svibnja 2010. članovi uprave d.o.o. ponovno mogu kazneno odgovarati za neprijavljivanje stečaja u slučaju gubitka prezaduženosti i nesposobnosti za plaćanje što se vraća u vrijeme recesije i pojave neplaćanja između trgovačkih društava.

Stečajni zakon predviđa da će se smatrati kako je dužnik nesposoban za plaćanje ako ima evidentirane nepodmirene obveze kod bilo koje pravne osobe koja za njega obavlja poslove platnog prometa u razdoblju duljem od 60 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za naplatu, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa.

***Ključne riječi:** povreda, dužnost, gubitak, nesposobnost, plaćanje, član uprave, stečaj.*

1. UVOD

Zakon o trgovačkim društvima¹ (dalje: ZTD) sadrži šest kaznenih djela, te ona predstavljaju sadržajno izvorno novu, samostalnu cjelinu odredaba trgovačkog kaznenog prava.

* mr. sc. Zorislav Kaleb, sudac Općinskog kaznenog suda u Zagrebu i viši predavač Visoke škole tržišnih komunikacija u Zagrebu.

¹ Zakon o trgovačkim društvima – ZTD. (NN 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08. i 137/09.)

Kaznene odredbe u ZTD-u, kao sporedno kazneno zakonodavstvo, uz odredbe Kaznenog zakona², imaju za cilj opću prevenciju u pogledu smanjenja gospodarskog kriminala te uvođenje discipline u poslovanje trgovačkim društvima te veću odgovornost njihovih tijela. U zakonskim opisima tih kaznenih djela u više se slučajeva upućuje na primjenu blanketnih odredbi drugih zakona (npr. odredbe ZTD-a, Stečajnog zakona, Zakona o računovodstvu i dr.). Članovi uprave društva za štetu, pored kaznene odgovornosti mogu zajedno s članovima nadzornog odbora odgovarati solidarno osobno cijelom svojom imovinom po načelu pretpostavljene krivnje.

Od stupanja na snagu ZTD-a 1. siječnja 1995. do 2000. godine uglavnom se nisu primjenjivale njegove kaznene odredbe, a nakon toga samo za dva djela, te je stoga sudska praksa manjkava. U radu se predlažu i izmjene pojedinih odredbi ZTD-a radi usklađenja s općim kaznenim zakonodavstvom.

U isto vrijeme je došlo i do određenih negativnih pojava u društvu, tzv. gospodarskog kriminala koji se je ogledao posebice u prijevarama iza 1995. od kojih su najčešće preuzimanje robe, a potom neplaćanje ili primitak novca, a neisporučivanje robe. Neplaćanje se kao posljedica recesije ponavlja tijekom 2009. i 2010. godine. Javljaju se i ostali sofisticirani oblici kriminaliteta tijekom pretvorbe i privatizacije kroz prebacivanja novca na druge firme, rasprodaja imovine i dr., čija su posljedica stečajevi i gubici radnih mjesta. Kao najčešća kaznena djela u gospodarstvu možemo istaknuti zlouporabe položaja i ovlasti i krivotvorenje isprava. ZTD je predvidio šest kaznenih djela, više prekršaja za pravne i fizičke osobe, te kazne registarskog suda sve s ciljem da se discipliniraju gospodarski subjekti odnosno uvede red u njihovo poslovanje.

Potrebno je ukazati na naročitu važnost interdisciplinarnog pristupa ovoj temi. *Novela ZTD-a* iz 2009. koja je stupila na snagu 1. svibnja 2010. godine nije izmijenila bitno kaznene odredbe u zakonu, posebice ne kaznenu odredbu predmetnog djela.

1.1. Općenito o kaznenim djelima u Zakonu o trgovačkim društvima

Odredbe o kaznenim djelima u ZTD-u čine cjelinu sporednog (dopunskog, pratećeg) kaznenog zakonodavstva, a njihove su opće značajke da postoji veliki broj zakonskih opisa pojedinih kaznenih djela koje su blanketne naravi. U većini oblika pojedinih djela radi se o djelima koja mogu počinuti samo osobe s određenim ovlastima (npr. član uprave), a posebni modeli predviđanja kazni se znatno razlikuju od kaznenih okvira u općem kaznenom zakonodavstvu (u većini slučajeva do dvije godine što je rijetkost u KZ-u). Maksimalne zapriječene kazne jednake su kaznama koje se u općem kaznenom zakonodavstvu predviđaju za laka i vrlo laka kaznena djela.

Utvrđenje počinitelja kaznenog djela i izricanje kazni, provodi se po odredbama Zakona o kaznenom postupku (ZKP)³, a pritom se također primjenjuju opće odredbe sadržane u KZ-u. Kaznena djela predviđena ZTD-om svojim opisom konkuriraju nekim odredbama općeg kaznenog zakonodavstva te se njihov odnos rješava u svakom konkret-

² Kazneni zakon – KZ. (NN 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 71/06., 110/07. i 152/08.)

³ Zakon o kaznenom postupku – ZKP. (NN 152/08. i 76/09.); Kaleb, Z., Novi Zakon o kaznenom postupku s priložima, Zagreb, Organizator, 2010.

nom slučaju uz primjene pravila općih odredbi KZ-a. Kaznene odredbe ZTD-a su *lex specialis* u odnosu na djela iz KZ-a.

ZTD-e koji je 1. siječnja 2010. navršio petnaestu godinu primjene, sadrži samostalnu cjelinu odredaba gospodarskog kaznenog prava. Taj dio kaznenog zakonodavstva je u našoj teoriji i praksi sustavno zanemaran i rijetko primjenjivan. ZTD-e predviđa šest kaznenih djela kojima nadopunjuje odredbe iz KZ-a, što ne isključuje primjenu kaznenih djela iz KZ-a kada su za to ispunjene pretpostavke. Na kaznena djela iz ZTD-a primjenjuju se opće odredbe KZ-a jer je za razumijevanje i primjenjivanje u praksi tih kaznenih djela potrebno poznavati Zakon u cijelosti. Tako članak 12. KZ-a propisuje primjenu općeg djela Kaznenog zakona te navodi da se odredbe općeg dijela KZ-a odnose na sva kaznena djela propisana KZ-om i drugim zakonima, dakle uključujući i ZTD.

ZTD predviđa sljedeća kaznena djela:

- a) davanje netočnih podataka (čl. 624.)
- b) netočno prikazivanje imovinskog stanja (čl. 625.)
- c) povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje (čl. 626.)
- d) netočno izdavanje ili krivotvorenje potvrda o polaganju dionica (čl. 627.)
- e) povreda dužnosti da se daje izvješće (čl. 628.)
- f) povreda dužnosti čuvanja tajne (čl. 629.).⁴

Unošenjem u ZTD kaznenih odredbi detaljno se regulira nova grana prava "*Pravo (trgovačkih) društava*" te cjelovito i na jednome mjestu obuhvaća kaznena djela, prekršaje te na taj način određuje sankcije za određene povrede pojedinih odredbi ZTD-a.⁵ Kod pojedinih kaznenih djela nije se vodilo dovoljno računa uklapaju li se ona u cjeloviti sustav našeg materijalnog kaznenog prava, što zahtijeva određene zahvate u budućim izmjenama.

Kao osnovne slabosti posebnog kaznenog zakonodavstva ukazuju se:

1. suviše detaljni opisi pojedinih radnji,
2. bespotrebno udvostručavanje pojedinih kaznenih djela u KZ-u i posebnim zakonima,
3. različitost zapriječene kazne za slična kaznena djela u KZ-u i drugim zakonima, te
4. potreba dekriminalizacije nekih kaznenih djela i njihovo prebacivanje u prekršaje.⁶

Kaznena djela iz ZTD-a možemo svrstati u kaznena djela protiv sigurnosti platnog prometa i poslovanja, iz glave XXI. KZ-a. Pored ZTD-a tu pripadaju i kaznena djela: iz članka 27. *Zakona o strateškim robnim zalihama*, čl. 75. i 76. *Zakona o deviznom poslovanju*, čl. 3. – 6. *Zakona o kaznenim djelima protiv tržišta kapitala* i čl. 31. *Zakona o računovodstvu i dr.*

ZTD ima u članku 621. mogućnost kaznene mjere ukidanja trgovačkog društva kao upravne sankcije u slučaju da trgovačko društvo ugrožava opće dobro, protuzakonitog postupanja tijela ili člana tijela društva i kad nadležno tijelo društva ne opozove osobe koje

⁴ Opširnije o tome vidi u radu: Kaleb, Z., *Gospodarska kaznena djela iz područja trgovačkih društava i vrijednosnih papira*, Zagreb, Zgombić & partneri, 2006., 105.-170.

⁵ Pavlović, Š. u: Bačić, F., Pavlović, Š., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb: Organizator, 2004., 1314.

⁶ *Ibid.*, 1306.

su ugrozile opće dobro.⁷ Za pokretanje postupka radi izricanja mjere ukidanja ovlaštena je Vlada Republike Hrvatske. No, prema saznanju autora, u deset godina nije pokrenut ni jedan postupak, iako je zasigurno bilo razloga za to. Iznimno je rijetko korištenje ovog pravnog instituta u praksi, jer su mjere: pokretanje kaznenog postupka protiv odgovornih osoba, zabrana obavljanja djelatnosti, opozivanje ovlaštenja ili dozvole i dr., dovoljne da se otkloni ugrožavanje općeg dobra u trgovačkom društvu.⁸

2. KAZNENO DJELO POVREDA DUŽNOSTI U SLUČAJU GUBITKA, PREZADUŽENOSTI ILI NESPOSObNOSTI ZA PLAĆANJE (ČL. 626. ZTD-a)⁹

Uprava i izvršni direktori u upravnom odboru dioničkog društva dužni su poduzeti zakonom određene radnje kada nastanu točno određeni poremećaji i poteškoće u poslovanju društva kako bi se izbjegle moguće teže posljedice. To su slučajevi obveze sazivanja glavne skupštine kada gubitak društva iznosi polovicu temeljnog kapitala društva, zabrana plaćanja nakon što društvo postane nesposobno za plaćanje, prezaduženo te obveza pokretanja stečajnog postupka kada se za to ispune uvjeti zbog prezaduženosti društva ili nemogućnosti plaćanja (čl. 251. ZTD-a).¹⁰

Ta je obveza propisana člankom 4. stavkom 7. Stečajnog zakona¹¹ (SZ) u slučaju nesposobnosti društva za plaćanje svojih obveza ili prezaduženosti, čija posljedica je kaznena odgovornost navedenih odgovornih osoba, a može dovesti i do osobne imovinske odgovornosti ako stečaj nije na vrijeme pokrenut prema članku 39. stavku 7. SZ-a. Član uprave ili izvršni direktor koji ne podnese prijedlog za otvaranje stečajnog postupka, a koji bi po zakonu morao pokrenuti, zbog toga što je i sam vjerovnik društva (npr. društvo mu duguje nekoliko plaća), nije u sukobu interesa jer je to njegova zakonska obveza.¹²

⁷ Filipović, V. u: Gorenc, V. (redakcija) i dr., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, Zagreb, RRif, 2004., 1029.

⁸ Gorenc, cit. dj. str. 1030.

⁹ Povreda dužnosti u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje.

Članak 626. ZTD-a (pročišćeni tekst)

(1) Tko

1. kao član uprave, **odnosno izvršni direktor**, društva protivno odredbi članka 251. stavka 1., odnosno članka 442. stavka 2. ovoga Zakona, iako je društvo u gubitku, ne sazove skupštinu društva i o tome je ne izvijesti, ili

2. kao član uprave, **odnosno izvršni direktor**, protivno odredbi članka 251. stavka 2., odnosno u svezi odredbe druge rečenice stavka 1. članka 430. ovoga Zakona ili kao likvidator protivno odredbi članka 374. stavka 2., odnosno u svezi odredbe članka 471. stavka 5. ovoga Zakona u slučaju da je društvo nesposobno za plaćanje ili da je prezaduženo ne zatraži ostvarenje stečajnog postupka,

kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do dvije godine.

(2) Ako je djelo iz stavka 1. ovoga članka počinjeno iz nemarnosti,

počinitelj će se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine.

¹⁰ Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala, III izdanje, Zagreb, Organizator, 2005., 468.

¹¹ Stečajni zakon – SZ. (NN 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 197/03., 187/04. i 82/06.)

¹² Ibid.

2. 1. Nesazivanje skupštine

Subjekt kaznenog djela iz točke 1. stavka 1. članka 626. ZTD-a je član uprave ili zamjenik člana, jer se po članku 253. ZTD-a propisi za članove uprave odnose i na njihove zamjenike, te izvršni direktori upravnih odbora u dioničkim društvima s monističkim uređenjem, ukoliko kod izrade godišnjih ili drugih financijskih izvješća, ili inače – ustanove da u društvu postoji gubitak u visini polovice temeljnog kapitala, ne sazovu skupštinu društva te je o tome ne izvijeste i to *bez odgađanja* na što je dužan po članku 251. stavku 1. i članku 442. stavku 2. ZTD-a.

Radi se o izvanrednoj skupštini društva jer se redovna skupština održava najmanje jednom godišnje, u pravilu nakon izrade godišnjih financijskih izvješća. Moguće je sazivanje i redovne skupštine društva ukoliko se približio rok za njeno sazivanje.

Zakonski rok bez odgađanja je za d.o.o. prema članku 443. stavku 1. ZTD-a **sedam dana** jer predviđa da od predaje poziva u poštu do održavanja skupštine mora proteći najmanje isti rok. Član uprave ili izvršni direktor mora uputiti preporučeno pismo svim članovima društva isti dan kada je saznao za gubitak te sazvati skupštinu, jer u protivnom čini kazneno djelo. Pritom bi se trebao tolerirati bar još jedan radni dan radi pripreme poziva i dnevnog reda te pronalaska mjesta za održavanje skupštine posebice ako skupština broji 10-ak i više članova. Društvenim ugovorom se može propisati drugi način sazivanja skupštine. Dakle, moguće je propisati i pozivanje telefonom, telefaksom, elektronskom poštom (e-mailom) ili objavom poziva u određenim dnevnim novinama, no način mora biti objavljen zajedno s objavom upisa društva u sudski registar, sukladno članku 396. stavku 2. ZTD-a.

Za dioničko društvo rok bez odgode je nešto duži, jer su pravila o sazivanju glavne skupštine dioničkog društva mnogo formalnija. Za dioničko društvo je rok sazivanja najmanje **mjesec dana** prije dana njezina održavanja (čl. 279. st. 1. ZTD-a). Statutom se može uvjetovati sudjelovanje prijavom i to najmanje šest dana prije održavanja skupštine.

Za to vrijeme bi član uprave trebao obavljati samo neodgodive poslove te dioničkim društvom upravljati na način da ne ulazi u rizične poslove s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, da trgovačkom društvu ne učini još veće gubitke.

2.2. Nepokretanje stečaja

Stečajni zakon uređuje uvjete za otvaranje stečajnog postupka, sam stečajni postupak, pravne posljedice stečaja i dr., a cilj stečajnog postupka je namirenje vjerovnika, stečajnog dužnika, prodaja imovine i raspodjela prikupljenih sredstava vjerovnicima (Mršić, 2005:98).

U točki 2. stavka 1. članka 626. ZTD-a imamo tri subjekta kaznenog djela člana uprave, izvršnog direktora i likvidatora. Član uprave ili izvršni direktor je dužan ako je društvo nesposobno za plaćanje ili prezaduženo bez odgađanja, a najkasnije u roku od tri tjedna po nastanku razloga, koje SZ određuje kao razlog za pokretanje stečajnog postupka, da zatraži da se otvori taj postupak ili postupak prisilne nagodbe te u slučaju da tako ne postupi čini kazneno djelo. Stečajni zakon kao stečajne razloge navodi: nesposobnost za plaćanje i prezaduženost. Također isto djelo čine likvidatori koji u poslu koji obavljaju imaju položaj uprave i podliježu nadzoru nadzornog odbora, a na njih se primjenjuju propisi i odredbe društvenog ugovora koji se primjenjuju na člana uprave.

Isto djelo ne može počinuti član nadzornog odbora, neizvršni direktor ili prokurist, dok Zakon predviđa nespojivost dužnosti članova uprave s dužnosti u nadzornom odboru a također istodobno ne može biti ni prokurist ili punomoćnik društva (čl. 261. st. 1. ZTD-a). Član nadzornog odbora može odgovarati za predmetno djelo samo ukoliko ga je nadzorni odbor imenovao za zamjenika člana uprave koji nedostaje i to na najviše godinu dana. Za vrijeme dok obavlja posao u upravi društva, član nadzornog odbora ne može obavljati funkciju člana nadzornog odbora, no pritom on nije razriješen iste dužnosti, već je privremeno ne obnaša, a sjednici nadzornog odbora ili skupštini društva prisustvuje kao zamjenik člana uprave bez prava glasa u nadzornom odboru. Po razrješenju dužnosti zamjenika člana uprave ponovno može obnašati dužnost člana nadzornog odbora.

Dužnik je prema SZ-u *nesposoban za plaćanje* ako ne može trajnije ispunjavati svoje dospjele novčane obveze, posebice ako je u razdoblju od 30 dana neprekidno obustavio svoja plaćanja, a sama okolnost da je podmirio ili može podmiriti u cijelosti ili djelomično tražbine nekih vjerovnika ne znači da je on sposoban za plaćanje. Sam dužnik može predložiti otvaranje stečajnog postupka i ako učini vjerojatnim da svoje već postojeće obveze neće moći ispuniti po dospelju (tzv. prijeteća nesposobnost za plaćanje).

Dužnik je *prezadužen* ako njegova imovina ne pokriva postojeće obveze te će se nad takvom pravnom osobom otvoriti stečaj. Neće se smatrati prezaduženim ako prema okolnostima slučaja iz razvojnih programa, raspoloživih izvora sredstava, vrsti imovine, pribavljenom osiguranju i slično, može osnovano pretpostaviti da će nastavkom poslovanja uredno ispunjavati svoje obveze po dospelju. Također se neće smatrati prezaduženo trgovačko društvo osoba (javno trgovačko društvo, komanditno društvo) ako je neki od njegovih članova koji solidarno odgovaraju za njegove obveze, fizička osoba. Članak 4. u stavku 10. SZ-a na sličan način kao i članak 251. stavak 2. ZTD-a predviđa ukoliko je trgovačko društvo nesposobno za plaćanje ili prezaduženo, uprava koja vodi društvo mora bez odgode, a najkasnije dvadeset jedan dan po nastanku nesposobnosti za plaćanje ili prezaduženosti, predložiti otvaranje stečajnog postupka.

Smisao djela je dužnost obavljanja određenih radnji u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje, a isto se sastoji u propuštanju obveza o sazivanju skupštine društva koje je u gubitku i izvještavanju o tome i propuštanje radnji usmjerenih na traženje otvaranja stečajnog postupka i postupka za sklapanje prisilne nagodbe. Djelo je dovršeno samim propuštanjem i ne traži se nastupanje posljedica te također pripada u grupu formalnih kaznenih djela. Za počinjenje djela je potrebna bar neizravna namjera, te je predviđena novčana kazna ili zatvor do dvije godine.

U stavku 2. članka 626. ZTD-a predviđa se *odgovornost za nemarnost*, odnosno da je počinitelj bio dužan i mogao znati da su nastupile prilike u kojima je bio dužan poduzeti određene radnje. Sam institut nemarnosti je širi pojam od nehaja u kaznenom pravu, što je bitno kod odgovornosti za naknadu štete. Za djelo iz nemarnosti predviđena je blaža kazna i to novčana kazna ili zatvor do jedne godine. Tu je vidljivo miješanje elemenata građanskog i kaznenog prava te bi za kaznenu odgovornost bilo pravilnije uporabiti izraz *nehaj* a za građanskopravnu odgovornost *nemarno postupanje* ovlaštene osobe.¹³

¹³ Moslavac, B., Neka kaznena djela sporednog kaznenog zakonodavstva, Hrvatska pravna revija, (12)9, 2009., 100.

Dakle, u sljedećoj noveli ZTD-a bi u članku 626. stavku 2. izraz "**iz nemarnosti**" trebalo zamijeniti "**iz nehaja**".

Novela ZTD-a iz 2009. koja je stupila na snagu unijela je novu odredbu pod naslovom *Dužnost uprave u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje* čime se je vratilo na stanje prije 1. siječnja 2004. godine uspostavljeno vjerojatno omaškom zakonodavca. Ista odredba predviđa da se na dužnost uprave u slučaju gubitka, prezaduženja ili nesposobnosti za plaćanje na odgovarajući način primjenjuje članak 251. ZTD-a.

Prema toj novoj odredbi **članka 431.c** ZTD-a od 1. svibnja 2010. za neprijavlivanje stečaja bit će odgovoran i član uprave d.o.o. Time je potvrđeno da za neprijavlivanje stečaja **od 1. siječnja 2004. do 1. svibnja 2010. godine** nije mogao odgovarati član uprave d.o.o. te se na njega za isto razdoblje primjenjuje blaži zakon sukladno sa člankom 3. stavkom 1. KZ-a, dakle za to kazneno ne odgovara. Članak 3. stavak 1. KZ-a propisuje ako se nakon počinjenja kaznenog djela zakon jedanput ili više puta izmijeni, obavezno će se primijeniti zakon koji je blaži za počinitelja. Isto se odnosi i na blanketne odredbe drugih zakona, a ne samo KZ-a.

No, član uprave d.o.o. može kazneno odgovarati ako u slučaju gubitka preko 1/2 temeljnog kapitala bez odgode nije sazvaio skupštinu i obavijestio je o tome prema članku 626. stavku 1. točki 1. u svezi sa člankom 442. stavkom 2. ZTD-a.

3. NESPOSOBNOST ZA PLAĆANJE

Novela Stečajnog zakona iz 2000. godine (NN 129/00.) definirala je pojam *nesposobnosti za plaćanje* tako da će se smatrati da je dužnik nesposoban za plaćanje ako u razdoblju od dva mjeseca nije s bilo kojega od njegovih računa, kod bilo koje pravne osobe koja za njega obavlja poslove platnoga prometa, isplaćena barem jedna petina iznosa koji je trebalo na temelju valjanih osnova za naplatu bez daljnjega pristanka dužnika naplatiti s toga računa. Dakle, da bi se izbjegla nesposobnost za plaćanje što uzrokuje pokretanje stečaja, dovoljno je da društvo uplati svaka dva mjeseca 20% dugovanja. No s tim ritmom, pod uvjetom da nema novih zaduženja ni dospjelih potraživanja, dug od 100.000,00 kuna ne bi bio podmiren ni za dvije godine. (npr. ukoliko bi društvo platilo 20.000,00 kuna nakon dva mjeseca osnovica duga bi iznosila 80.000,00 kuna u sljedeća dva mjeseca, te bi društvo bilo dužno uplatiti 16.000,00 kuna odnosno 20% itd.).

Sama okolnost da je dužnik u tom razdoblju imao sredstava na kojim drugim svojim računima kojima su se mogle namiriti sve te tražbine, ne znači da je on sposoban za plaćanje (čl. 4. st. 4. SZ-a).

Ukoliko dužnik u prethodnom postupku podmiri sve tražbine koje je trebalo na temelju valjanih osnova za naplatu naplatiti sa svih njegovih računa, ili ako dođe do pristupanja dugu (čl. 50. SZ-a) neće se smatrati da je nesposoban za plaćanje u smislu članka 4. stavka 4. SZ-a. Podmirenje tražbina dužnik može dokazivati samo javnom ili javno ovjerovljenom ispravom ili potvrdom pravne osobe koja obavlja poslove platnoga prometa, dakle radi se o javnobilježničkoj ispravi ili potvrdi FINE.

Postojanje same okolnosti da je dužnik nesposoban za plaćanje dokazuje se potvrdom pravne osobe koja za dužnika obavlja poslove platnoga prometa. Ta je pravna osoba

dužna bez odgode vjerovniku, na njegov zahtjev, izdati takvu potvrdu te u suprotnom ona odgovara za štetu koju bi vjerovnik zbog toga mogao pretrpjeti.

ZTD u članku 252. stavku 1. i članku 430. propisuje da članovi uprave moraju voditi poslove s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i moraju čuvati poslovnu tajnu društva. Također član uprave ne postupa protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ukoliko pri donošenju poduzetničke odluke na temelju primjerenih poslovnih informacija smije razumno pretpostaviti da djeluje u cilju dobrobiti društva.

Nakon nastupanja platežne nesposobnosti ili prezaduženosti društva, uprava ne smije obavljati plaćanja osim s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, što je morala činiti i prije nastupanja takvih okolnosti. Kad nastupe insolventnost ili prezaduženost društva, dolazi do zabrane takvih isplata kojima bi se činila diskriminacija među vjerovnicima od strane društva.¹⁴ Izraz da uprava *ne smije obavljati plaćanje* kada nastupi prezaduženost ili insolventnost, znači zabranu takvih isplata kojima bi se činila diskriminacija između vjerovnika od strane društva, dok prije toga uprava mora plaćanja obavljati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika.¹⁵ U protivnom dolazi do kaznenih djela pogodovanja vjerovnika iz članka 281. KZ-a i zlouporabe stečaja iz članka 282. KZ-a.

Za *insolventnost* je karakteristično da je to trajnija nemogućnost podmirivanja dospjelih obveza te se od nje razlikuje *zastoj u plaćanju* koji se brzo može prevladati.¹⁶ Kazneno djelo ne može počinuti direktor ili v.d. direktora koji nije ujedno i član uprave jer svaki direktor ne mora ujedno biti i član uprave (čl. 423. st. 2. ZTD-a) već samo oni koji su imenovani kao članovi uprave.

Predmetno kazneno djelo iz članka 626. ZTD-a je u periodu od 1995. do 2000. godine uzelo maha uslijed opće nelikvidnosti i međusobnih dugovanja društava, no iz političkih i socijalnih razloga se nije dosljedno primjenjivalo tako da su tek krajem 1999. i početkom 2000. podnijete prve kaznene prijave.

Tako je Hrvatski fond za privatizaciju do travnja 2000. godine Državnom odvjetništvu podnio kaznene prijave protiv odgovornih osoba u 300 trgovačkih društava, a do kraja 2000. broj prijava se popeo na 800, jer nisu na vrijeme podnijeli zahtjev za pokretanje stečajnog postupka u trgovačkim društvima kojima su upravljali, iako su to bili obvezni po ZTD-u. Kao razlozi nepokretanja stečajeva navode se visoke sudske pristojbe, neizvjesnost kada će sud otvoriti stečaj, koliko će on trajati, a i vrlo mala mogućnost namirenja tražbina.

Jedan od prijavljenih predsjednika Uprave branio se da odbija odgovornost jer se suprotno koncepciji stečaja zauzima za spas d.d.-a, te je kao predsjednik Uprave provodio odluke Vlade o financijskoj konsolidaciji i stabilizaciji tvrtke o čemu postoji i uredna dokumentacija. Pokrenuti stečaj je bilo po njemu najlakše rješenje, no on je nastojao spasiti teško zaduženu tvrtku umjesto da je mirno prepusti stečaju.

¹⁴ Gorenc, V. (redakcija) i dr., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, Zagreb, RRif, 2004., 337.

¹⁵ Gorenc, cit. dj., 337.-338.

¹⁶ O stečajnim razlozima kod insolventnosti opširnije vidi Dika, M., *Insolventno pravo*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 1998., 13.-21.

Postavlja se pitanje kako je moguće postojanje 100%-tne tamne brojke kaznenih djela iz ZTD-a posebice iz članka 626. stavka 1. točke 2. za razdoblje 1995.–2000. godine ako se zna da su tisuće pravnih osoba poslovale sa znatnim gubitkom, te su se nalazile pred stečajem ili u samom stečaju.¹⁷

Činjenicu da unatoč jasnim kaznenim odredbama ZTD-a i lošim poslovnim rezultatima predsjednici i članovi nadzornih odbora osim rijetkih članova uprave dosad ni jednom nisu sudski odgovarali zbog neprovođenja propisanih mjera poslovnog nadzora, prije svega treba pripisati politici bivših Vlada RH koje su od 1992. godine nastojale spriječiti masovnije stečajne društava u Republici Hrvatskoj.

No u tom slučaju su Vlade trebale promijeniti ZTD i izbrisati predmetni članak 626., no odlučilo se na neprimjenjivanje iste odredbe, te je ona time predstavljala "*na papiru mrtvo slovo*". Upravo zbog toga je djelo faktično dekriminalizirano za članove uprava d.o.o. od 1. siječnja 2004. no sudskoj praksi i kaznenim sudovima je dugo trebalo da to prihvate i donose oslobađajuće presude.

3.1. Nesposobnost za plaćanje nakon Novele Stečajnog zakona iz 2006.

Novela Stečajnog zakona iz 2006. (NN 82/06.), koja je na snazi od 29. srpnja 2006. godine, promijenila je članak 4. stavak 4. SZ-a te se smatra da je dužnik *nesposoban za plaćanje* ako ima evidentirane nepodmirene obveze kod bilo koje pravne osobe koja za njega obavlja poslove platnog prometa u razdoblju duljem od 60 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za naplatu, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa. Sama okolnost da je dužnik u tom razdoblju imao sredstava na drugim svojim računima kojima su se mogle namiriti sve tražbine, ne znači da je on sposoban za plaćanje.

U obrazloženju navedene Novele navodi se da je cilj predložene promjene pojednostavniti pretpostavku (presumpciju) o nesposobnosti za plaćanje dužnika iz postojeće zakonske odredbe članka 4. stavka 4. SZ-a, ustanovljenu u korist predlagatelja sa svrhom olakšavanja dokazivanja postojanja toga stečajnog razloga. Postojeća pretpostavka o nesposobnosti za plaćanje je nepotrebno složena i nerazumljiva te zahtijeva izračunavanje, a u krajnjem slučaju omogućuje dužnicima manipulaciju s više računa i iznosima neplaćenih obveza. Pri utvrđivanju insolventijskog roka vodilo se računa o preporukama i primjedbama na prvi predloženi nacrt, te je stoga utvrđeno razdoblje od 60 dana. Primjedbe koje su bile utemeljene na tvrdnji *o pokretanju novog vala stečajnih postupaka* zbog novog načina propisivanja insolventijskog roka neutemeljene su.¹⁸ Naime već blanketne odredbe članka 251. ZTD-a i članka 4. stavka 10. SZ-a propisuju obvezu članova uprave da u roku od tri tjedna (21 dan) od nastupa nesposobnosti za plaćanje, pokrenu stečajni postupak, jer u slučaju nepokretanja čine kazneno djelo.

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima iz 2007. (NN 107/07.) koji je stupio na snagu 1. travnja 2008. godine u članku 626. stavku 1. točkama 1.

¹⁷ O tome vidi i Pavlović, Š., Posebno (dopunsko) kazneno zakonodavstvo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 7(2), 2000., 500.

¹⁸ Ibid., str. 31.

i 2. pored članova uprave unio je kao odgovornu osobu i *izvršnog direktora* u upravnom odboru dioničkog društva s monističkim sustavom upravljanja. Također je u točki 2. pored obveze da se zatraži ostvarenje stečajnog postupka ispušteno otvaranje postupka za sklapanje prisilne nagodbe koja se više ne primjenjuje.

4. ODNOS KAZNENOG DJELA IZ ČLANKA 626. ZTD-a S OSTALIM SLIČNIM KAZNENIM DJELIMA IZ KAZNENOG ZAKONA

ZTD je prvi zakon koji kod nas *neprijavljivanje insolventnosti* smatra kaznenim djelom, no KZ predviđa u članku 281. kazneno djelo **pogodovanje vjerovnika** koje čini onaj tko znajući da je postao nesposoban za plaćanje, isplatom duga ili na drugi način stavi kojeg vjerovnika u povoljniji položaj glede naplate njegove tražbine i time ošteti najmanje jednog od svojih vjerovnika. Za to kazneno djelo predviđa novčanu kaznu ili zatvor do jedne godine. Sam postupak se pokreće povodom prijedloga vjerovnika, a ne po službenoj dužnosti.

Također možemo spomenuti i kazneno djelo **zlouporabe stečaja** iz članka 282. KZ-a koje djelo čini osoba koja znajući za svoju prezaduženost ili nesposobnost za plaćanje obustavljajući naplaćivanje svojih tražbina s ciljem da smanji buduću stečajnu masu, prekomjerno troši, otuđuje imovinu uz besćenje, preuzme nerazmjernu obvezu, lakomisleno koristi ili daje zajmove, sklopi posao s osobom nesposobnom za plaćanje, propusti pravodobno naplatiti svoje tražbine ili na drugi način koji je u očitoj suprotnosti s urednim gospodarenjem umanjiti svoju imovinu. Za kazneno djelo zakon je predvidio kaznu zatvora od šest mjeseci do pet godina, a istom kaznom će se kazniti i odgovorna osoba u pravnoj osobi koja počinii isto kazneno djelo, dok je za kazneno djelo počinjeno iz nehaja predviđena novčana kazna ili zatvor do tri godine.

Pored navedenog postoji i kazneno djelo **zlouporabe u postupku stečaja** iz članka 283. KZ-a koji se odnosi na djela u samom tijeku postupka stečaja, kada dolazi do prijave lažne tražbine ili tražbine u lažnom isplatnom redu. Kazneno djelo može počinii vjerovnik, član vjerovničkog odbora ili stečajni upravitelj koji primi imovinsku korist ili obećanje imovinske koristi da bi glasovao na određeni način ili propustio glasovanje, ili na drugi način postupio, radi oštećenja barem jednog vjerovnika u stečajnom postupku. Radi se o prikrivenom podmićivanju koje je teško dokazivo te se ono rijetko pojavljuje u sudskoj praksi.

5. ODGOVORNOST ZA ŠTETU ČLANOVA TIJELA DRUŠTAVA

Članovi uprave solidarno odgovaraju društvu za štetu za svaku vrstu krivnje po načelu pretpostavljene krivnje (na njima je teret dokaza da nema krivnje), te osim kaznene odgovornosti oni odgovaraju i vlastitom imovinom.

Moraju postupati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika a oslobađaju se odgovornosti ako dokažu da su poslove vodili primjenjujući zahtijevani stupanj pozornosti. U kaznenom postupku, za razliku od parničnog, član uprave ne mora dokazivati svoju nevinost već je na tužitelju (državnom odvjetniku ili oštećeniku kao supsidijarnom tužitelju) teret dokaza i on mora dokazati sudu krivnju (namjeru ili nehaj) člana uprave.

Članovi nadzornih odbora ne mogu odgovarati po članku 626. ZTD-a, no mogu odgovarati i vlastitom imovinom za stanje u trgovačkom društvu koje je nastalo za njihova mandata u mjeri u kojoj su nadzirali društvo, te za neka druga kaznena djela (npr. prikrivanje, zlouporabu položaja i ovlaštenja i dr.).

Članovi nadzornih odbora su odgovorni jer su mogli nadzirati društvo i to pregledavanjem i ispitivanjem poslovnih knjiga, dokumentacije, blagajne te tražiti izvješća uprave o vođenju poslova društva, rentabilnosti uporabe vlastitog kapitala i dr.

Sukladno sa člankom 252. ZTD može se sudski zahtijevati od članova uprave da solidarno naknade štetu ako su povrijedili svoje obveze, a od članova nadzornog odbora temeljem članka 272. ZTD-a zbog nepoduživanja propisanih mjera nadzora poslovanja i to u roku od pet godina o čemu bi sud u tzv. adhezionom postupku u sklopu kaznenog postupka mogao donijeti odluku, odlučujući o imovinskopравnom zahtjevu.

6. KAZNENE SANKCIJE I ZASTARA KAZNENOG PROGONA ZA KAZNENO DJELO IZ ČLANKA 626. ZTD-a

Za kazneno djelo iz stavka 1. članka 626. ZTD-a koje pretpostavlja namjeru kao oblik krivnje, zakonodavac je predvidio novčanu kaznu ili kaznu zatvora do dvije godine.

U stavku 2. članka 626. ZTD-a za počinjenje djela iz nemarnosti počinitelj će se kazniti novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Sukladno sa člankom 633. stavkom 2. ZTD-a odredbe članka 626. stavka 1. točke 2. i stavka 2. ZTD-a primjenjuju se na članove uprave i likvidatore gospodarskog interesnog udruženja.

Uzevši u obzir zapriječene sankcije relativna zastara kaznenog progona (pokretanja postupka) zastarijeva sukladno sa člankom 19. stavkom 1. alijansom 6. KZ-a protekom tri godine, a apsolutna zastara kaznenog progona zastarijeva sukladno sa člankom 20. stavkom 6. KZ-a protekom šest godina. Zastara u odnosu na kazneno djelo iz članka 626. stavka 1. točke 1. ZTD-a počinje teći od dana kada je član uprave u slučaju gubitka preko polovice temeljnog kapitala bio dužan sazvati skupštinu i o tome je izvijestio. Dakle, ako je član uprave i sazvaio skupštinu a nije na njoj obavijestio skupštinare, on je počinio kazneno djelo završetkom skupštine. Članove skupštine treba usmeno obavijestiti o gubitku i dati im točan iznos gubitka i po mogućnosti pismeno bilancu, a također i iznos nedospjelih potraživanja i dugovanja koja uskoro dolaze na naplatu.

U odnosu na oblik kaznenog djela iz članka 626. stavka 1. točke 2. ZTD-a kazneno djelo je počinjeno protekom zakonskog roka u kojemu u slučaju gubitka nije pokrenut stečaj. Taj rok je 60 dana prema stavku 4. članka 4. SZ-a uz dodatni rok od najkasnije tri tjedna prema članku 251. stavku 2. ZTD-a dan za pokretanje stečaja. Dakle, protekom roka od 81 dan član uprave ili upravnog odbora d.d. čini kazneno djelo i od tada mu teče rok zastare. Isti rokovi se primjenjuju i za djelo počinjeno iz nemarnosti iz stavka 2. članka 626. ZTD-a.

Članovima uprave društva može se izreći sigurnosna mjera zabrane obavljanja zanimanja iz članka 77. KZ-a koje je u potpunosti ili djelomično obuhvaćeno predmetom poslovanja društva za vrijeme dok traje ta zabrana. Dakle, ako je izrečena sigurnosna mjera zabrane obavljanja trgovinske djelatnosti, nema zapreka da se obnaša dužnost u

bankarstvu. Ista sigurnosna mjera ne može biti kraća od jedne godine ni dulja od pet godina računajući od pravomoćnosti sudske odluke s tim da se vrijeme izvršenja kazne zatvora ne uračunava u trajanje mjere.

Zanimljivo je da kažnjavanost za predmetno kazneno djelo nije zapreka za novo imenovanje člana uprave ili nadzornog odbora jer isto djelo nije taksativno navedeno u članku 239. stavku 2. ZTD-a, osim ako mu nije izrečena i sigurnosna mjera zabrane obnašanja dužnosti za vrijeme dok mjera traje. U budućim izmjenama ZTD-a to bi svakako trebalo ispraviti te uvrstiti kao zapreku i ostala kaznena djela iz ZTD-a.

6.1. Predmetno kazneno djelo *de lega ferenda*

U budućim izmjenama ZTD-a bilo bi potrebno u stavku 1. članka 626. propisati uz novčanu kaznu i kaznu zatvora do tri godine (sada novčana kazna ili kazna zatvora do dvije godine), a ne bi bilo suvišno iza riječi "(1) Tko" dodati riječi "s namjerom".

Pored toga trebalo bi u stavku 2. istoga članka riječ *nemarnosti* zamijeniti s kazneno pravnim terminom *nehaja* čime bi se ZTD na neki način uskladio s Kaznenim zakonom, te ne bi dolazilo do dvojbi u sudskoj praksi.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kaznene odredbe ZTD-a uz odredbe KZ-a imaju za cilj opću prevenciju u pogledu smanjenja gospodarskog kriminala i uvođenje discipline u poslovanje trgovačkim društvima, te veću odgovornost njihovih tijela. Kazneno djelo iz članka 626. ZTD-a sankcionira povredu dužnosti člana uprave d.d. i d.o.o. koji u slučaju gubitka ne sazove skupštinu i ne obavijesti je o gubitku, odnosno člana uprave d.d. ukoliko ne pokrene stečaj u zakonskom roku u slučaju nesposobnosti za plaćanje i prezaduženosti društva.

Članovi uprave ili izvršni direktori mogu solidarno odgovarati društvu za štetu, i to za svaku vrstu krivnje po načelu pretpostavljene krivnje, a osim kaznene odgovornosti oni odgovaraju i vlastitom imovinom. U poslovanju moraju postupati s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika, a oslobađaju se odgovornosti ako dokažu da su poslove vodili primjenjujući zahtijevani stupanj pozornosti. U kaznenom postupku, za razliku od parničnog postupka, član uprave neće morati dokazivati svoju neodgovornost, već je na državnom odvjetniku teret dokaza i on mora dokazati sudu krivnju člana uprave. Iako su zakonski amnestirani od kaznene odgovornosti, članovi nadzornih odbora u trgovačkim društvima mogu odgovarati za loše poslovanje društava kojima su bili na čelu te se protiv njih mogu podnijeti odštetni zahtjevi i pri tom odgovaraju svojom osobnom imovinom.

Članovi nadzornih odbora ili neizvršni direktori ne mogu odgovarati kazneno, no mogu odgovarati i vlastitom imovinom za štetu u trgovačkom društvu koja je nastala za njihova mandata u mjeri u kojoj su nadzirali društvo. Smatra se da je dužnik nesposoban za plaćanje ako ima evidentirane nepodmirene obveze kod bilo koje pravne osobe koja za njega obavlja poslove platnog prometa u razdoblju duljem od 60 dana, a koje je trebalo, na temelju valjanih osnova za naplatu, bez daljnjeg pristanka dužnika naplatiti s bilo kojeg od njegovih računa. Pritom okolnost da je dužnik u tom razdoblju imao sredstava na drugim svojim računima kojima su se mogle namiriti sve tražbine, ne znači da je on sposoban za plaćanje.

Ispuštanje primjene odredbe članka 251. i za d.o.o. u slučaju gubitka, prezaduženosti ili nesposobnosti za plaćanje, dovelo je do dekriminalizacije odgovornosti članova uprave d.o.o. za razdoblje od 1. siječnja 2004. do 1. svibnja 2010. godine. Međutim, član uprave d.o.o. može kazneno odgovarati ukoliko je društvo u gubitku preko polovice temeljnog kapitala, a on ne sazove skupštinu društva i o tome je ne izvijesti.

Novelom ZTD-a iz 2009. godine dodana je nova odredba članka 431.c **kojom je uvedena dužnost neprijavlivanja stečaja članova uprave d.o.o.**, a koja se primjenjuje za neprijavlivanje stečaja u slučaju gubitka prezaduženosti i nesposobnosti za plaćanje od 1. svibnja 2010., ali ne i za prethodno razdoblje od 1. siječnja 2004. godine.

LITERATURA

1. Bačić, F.; Pavlović, Š. (2004). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Organizator.
2. Barbić, J. (2005). *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*. III izdanje. Zagreb: Organizator.
3. Becker, M. (1988). *Zur Auflösung juristischer Personen wegen wiederrechtlicher oder gemienwohlgefährdender Zweckverfolgung nach schweizerischen und deutschem Recht*. Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel.
4. Dika, M. (1998). *Insolventijsko pravo*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
5. Gorenc, V. (redakcija) i dr. (2004). *Komentar Zakona o trgovačkim društvima*. Zagreb: RRif.
6. Gorenc, V. (gl. ured.), (2010). *Zakon o trgovačkim društvima (Redakcijski pročišćeni tekst)*. Zagreb: RRif.
7. Kaleb, Z. (2006). *Gospodarska kaznena djela iz područja trgovačkih društava i vrijednosnih papira*. Zagreb: Zgombić & partneri.
8. Kaleb, Z. (2010). *Novi Zakon o kaznenom postupku s priložima*. Zagreb: Organizator.
9. Lutter, M., Hommelhof, P. (1991). *GmbH-Gesetz, Kommentar*. 13. Auflage: Köln.
10. Moslavac, B. (2009). *Neka kaznena djela sporednog kaznenog zakonodavstva*. Hrvatska pravna revija, 9(12), 95.-108.
11. Mršić, G. (2005). *Kazneno djelo počinjeno nepodnošenjem prijedloga za pokretanje stečajnog postupka*. Hrvatska pravna revija, 5(3), 97.-104.
12. Pavlović, Š. (2000). *Posebno (dopunsko) kazneno zakonodavstvo*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 7(2), 457.-504.

Summary

Zorislav Kaleb

Criminal Offense of Violation of Duty by a Member of the Board of Directors or Executive Director in Case of Insolvency or Company's loss

Members of a company's Board of Directors, their deputies and executive directors of a joint stock company, can be held liable for committing the criminal offense of "Violation of duty in cases of loss, over-indebtedness or insolvency (Article 626 of the Croatian Companies Act)", and in some cases also liquidators of a company being liquidated, who, in most cases, are the former members of the Board of Directors. Analyzing the recent court practice, especially of the Supreme Court of the Republic of Croatia and the County Court in Zagreb, one comes to the conclusion that members of the Board of Directors of a limited liability company could not be held liable for not initiating insolvency proceedings in case of insolvency which occurred in the period from January 01, 2004 till May 01, 2010 when the new amendments to the Companies Act of 2009 entered into force. In that period they can only be held responsible for not convening the Assembly. As of May 01, 2010, members of the Board of Directors of a limited liability company can again be held criminally liable for not reporting bankruptcy in cases of loss, over-indebtedness or insolvency; this institute is restored at the time of recession, and at the time when many companies have stopped fulfilling their due payments to each other.

Croatian Bankruptcy Act provides that a debtor shall be deemed insolvent if he has not fulfilled his obligations to any legal person performing payment transactions for the debtor for a period exceeding 60 days, and which payments should have been made on the basis of a valid payment ground by withdrawing money from any of the debtor's accounts without his further consent.

Key words: violation, duty, loss, insolvency, payment, member of a Board of Directors, bankruptcy proceedings.