

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.72.036:347.51

Dolžnosti nadzornega sveta v zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov proti upravi

PETER PODGORELEC
doktor pravnih znanosti,
izredni profesor na Ekonomsko-
poslovni fakulteti Univerze v Mariboru

1. Uvod

Po prvem odstavku 281. člena Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1)¹ je temeljna funkcija nadzornega sveta nadziranje vodenja poslov družbe oziroma delovanja uprave. Ena od oblik nadzora je *ex post* kontrola vodenja poslov, ki pomeni, da nadzorni svet nadzira ukrepe uprave, ki so se zgodili v preteklosti. Seveda pa s tem povezane dolžnosti ne obsegajo le ugotavljanja nepravilnosti, ampak se mora nadzorni svet na ugotovljene nepravilnosti tudi ustrezno odzvati. Odkrivanje nepravilnosti je samo po sebi brez pravega pomena, če temu ne sledi sankcioniranje, vključno z ukrepi za odpravo morebitnih škodljivih posledic nepravilnosti uprave. Tako bi moral nadzorni svet v primeru, če je zaradi nepravilnosti uprave nastala škoda, preizkusiti, ali družbi pripada odškodninski zahtevek, in če je tak preizkus pozitiven, zahtevek načeloma tudi uveljavljati. Da to lahko stori, mora seveda imeti pooblastilo za zastopanje družbe, ki obsega tudi procesno pooblastilo, če naj se proti odgovornim osebam vloži tožba. Skratka, vsebina dolžnosti nadzornega sveta v zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov proti (aktualni ali nekdanji) upravi je odvisna tudi od njegovih zastopniških pooblastil. Prav to vprašanje je pri nas sporno.

Nobenega dvoma ni, da ima predsednik nadzornega sveta na podlagi 283. člena ZGD-1 pooblastilo za vložitev tožbe proti aktualnim članom uprave. Ali predsednik nadzornega sveta zastopa družbo tudi v odškodninskih sporih proti nekdanjim članom uprave, je odvisno od razlage te določbe. Pregled dosedanje sodne prakse pokaže, da naša sodišča – vsaj za zdaj

¹ Uradni list RS, št. 42/06 in nasl.

– niso naklonjena širši razlagi. Tako je Višje sodišče v Ljubljani v sodbi in sklepu I Cpg 1426/2016 z dne 5. 9. 2018 zavzelo stališče, da je mogoče določbo 283. člena ZGD-1 tako na podlagi jezikovne kot na podlagi namenske razlage tolmačiti le tako, da se nanaša le na člane uprave, ko so ti v funkciji, in ne na nekdanje člane uprave. Iz tega sledi logičen sklep, da družbo v odškodninskih sporih proti nekdanjim članom uprave zastopa aktualna uprava. To pomeni, da mora nadzorni svet na podlagi ugotovljenih nepravilnosti prejšnje uprave preizkusiti, ali družbi pripada odškodninski zahtevek, odločitev o njegovem uveljavljanju pa prepustiti aktualni upravi. Smiselnost takega načina postopanja je že na prvi pogled vprašljiva.

Stališče Višjega sodišča v Ljubljani je po mojem mnenju napačno. Menim torej, da je treba zastopniško pooblastilo predsednika nadzornega sveta razširiti tudi na odškodninske spore proti nekdanjim članom uprave. Več o tem v naslednji točki. V nadaljevanju prispevka so nato podrobneje obravnavane dolžnosti nadzornega sveta z zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov. Opora je primerljivo nemško pravo, v katerem so se s tem povezana temeljna stališča izoblikovala v znani sodbi ARAG/Garmenbeck (II ZR 175/95 z dne 21. 4. 1997). Če nadzorni svet ne vloži tožbe, čeprav bi jo moral, je družbi odgovoren za nastalo škodo. V zvezi s tem se postavlja – tudi s praktičnega vidika pomembno – vprašanje, kdaj nastane zahtevek proti članom nadzornega sveta in kdaj potem začne teči rok za njegovo zastaranje. Ob vsem tem se ni mogoče izogniti poravnavi, ki je prav tako mogoč način za uveljavitev odškodninskega zahtevka. Z njo povezane dolžnosti nadzornega sveta so obravnavane v 5. točki. Čeprav o poravnavi na koncu odloči skupščina, to ne pomeni, da se nadzorni svet bistveno manj trudi kot v primeru, ko mora sam odločiti o vložitvi tožbe.

2. Zastopanje družbe v odškodninskih sporih z upravo

V 283. členu ZGD-1 je določeno, da družbo proti članom uprave zastopa predsednik nadzornega sveta. Zastopanje obsega sodno in zunajsodno zastopanje. V razmerju z določbo prvega odstavka 266. člena ZGD-1, po katerem je (zakoniti) zastopnik družbe uprava, je ta določba *lex specialis*. Njen namen je zagotoviti nepristransko (objektivno) uresničevanje interesa družbe pri pravnih poslih in sporih s člani vodstvenega organa. Zadošča že abstraktna možnost pristranskosti uprave v zadevah njenih članov in torej ni potrebno dokazovanje konkretne ogroženosti interesov družbe. Na drugi strani pa ni mogoče dokazovanje, da nevarnost pristranskosti *in concreto* ne obstaja, zato da bi se zastopniško pooblastilo znova vrnilo upravi.²

Če se pri iskanju odgovora na vprašanje, ali predsednik nadzornega sveta zastopa družbo tudi v razmerju do nekdanjih članov uprave, ozremo k nam najbližjemu nemškemu pravu, vidimo, da se je tam uveljavilo stališče, ki je povsem nasprotno citiranemu stališču Višjega sodišča v

² Drygala, v: Schmidt in Lutter, str. 1748.

Ljubljani. Razlika v zakonskih dikcijah je za to vprašanje nepomembna, saj je le v tem, da po nemški ureditvi (par. 112 Zakona o delnicah, nem. Aktiengesetz – AktG) zastopa družbo nadzorni svet, po naši ureditvi pa predsednik nadzornega sveta. Stališče, da je treba par. 112 AktG uporabiti tudi v razmerju do nekdanjih članov uprave, če je pravni posel ali pravni spor povezan z njihovim delom, ko so še bili člani uprave, je bilo potrjeno v številnih odločitvah vrhovnega sodišča, večinsko podpora pa ima tudi v teoriji.³ Nevarnost nasprotja interesov pri zastopanju družbe namreč obstaja tudi v teh primerih, bodisi zaradi solidarnosti aktualne uprave z nekdanjimi kolegi bodisi zaradi učinka posnemanja (nem. *der Nachahmungseffekt*).⁴

Namen 283. člena ZGD-1 je zagotoviti nepristransko zastopanje družbe. S tega vidika je nadzorni svet primernejši organ, tudi ko gre za razmerja z nekdanjimi člani uprave. Res je sicer, da tudi pri nadzornem svetu ni mogoče povsem izključiti nevarnosti nasprotja interesov. Nadzorni svet na primer ne želi vložiti odškodninske tožbe proti nekdanji upravi, ker bi s tem razkril svoje lastne napake pri opravljanju nadzorne funkcije. Vendar takšni in podobni primeri še zdaleč ne odtehtajo nevarnosti nasprotja interesov, ki lahko obstaja na strani uprave. Na primer aktualna uprava odloča o vložitvi odškodninske tožbe proti svojemu nekdanjemu sodelavcu v upravi; člani sedanje uprave prihajajo od znotraj in jih je prejšnja uprava, ki bi jo naj zdaj tožili, imenovala na vodilna delovna mesta ali jih je celo pripravljala na prevzem funkcije člana uprave. V takih in podobnih primerih, ki so v praksi pogosti, je seveda težko pričakovati, da bo aktualna uprava nepristranska pri zastopanju družbe in da ne bo nobene solidarnosti. Skratka glede zagotavljanja objektivnosti zastopanja družbe v razmerju do nekdanjih članov uprave je bistveno več razlogov, ki dajejo prednost nadzornemu svetu.

Določba prvega odstavka 327. člena ZGD-1 ne nasprotuje temu stališču. V skladu s to določbo mora poslovodstvo družbe v šestih mesecih od dneva skupščine vložiti tožbo za povrnitev škode, ki so jo družbi v zvezi z ustanovitvijo povzročili ustanovitelji, ali za povrnitev škode v zvezi z vodenjem posameznih poslov družbe, ki je družbi nastala kot posledica kršitve članov organov vodenja ali nadzora, če tako sklene skupščina z navadno večino glasov. Pomen citirane določbe je v ustanovitvi pristojnosti skupščine, da odloča o vložitvi odškodninske tožbe in dolžnosti za zastopanje pooblaščenega organa, da ravna v skladu s sprejetim skupščinskim sklepom. Določba pa ne posega v siceršnja pravila o zastopanju in s tem tudi ne v 283. člen ZGD-1, ki ga je torej treba uporabljati in razlagati neodvisno od prvega odstavka 327. člena ZGD-1, čeprav je v njem kot zastopnik omenjeno le poslovodstvo.

Kljub temu, da ima po našem zakonu pooblastilo za zastopanje predsednik nadzornega sveta, to ne pomeni, da lahko samostojno odloča o uveljavljanju zahtevka. Upoštevati je namreč

³ Glej na primer Hüffer in Koch, str. 826; Spindler, v: Spindler in Stilz, str. 1248; Drygala, v: Schmidt in Lutter, str. 1750; Lutter in Krieger, str. 189; Bürgers in Israel, v: Bürgers in Körber, str. 948.

⁴ Spindler, v: Spindler in Stilz, str. 1248.

treba njegove siceršnje pristojnosti v notranjih razmerjih: predsednik nadzornega sveta ni poseben organ družbe, ampak je le eden od članov nadzornega sveta, katerega dolžnost je opravljanje nalog, ki so običajno povezane z vodenjem kolektivnega organa. Odločitve sprejema nadzorni svet kot organ. Tako kot pri upravi (tretji odstavek 265. člena in drugi odstavek 266. člena ZGD-1) je torej treba tudi pri nadzornem svetu razlikovati med oblikovanjem volje (vodenjem poslov) in zastopanjem družbe ter ju vsakega posebej presojati.

Odločitev o vložitvi odškodninske tožbe sprejme nadzorni svet, predsednik nadzornega sveta pa le izvrši sklep nadzornega sveta s tem, da na primer pooblasti odvetnika za zastopanje družbe v sodnem postopku. Za to ne potrebuje posebnega pooblastila, ker mu ga po našem pravu daje že zakon.⁵ Če bi predsednik nadzornega sveta ravnal brez podlage v sklepu nadzornega sveta, pooblastilo odvetniku ne bi bilo neveljavno. Tudi v tem primeru se torej uporablja drugi odstavek 32. člena ZGD-1, ki določa pravne učinke notranjih omejitev pooblastil.

3. Ocena procesnega tveganja, vključno z izterljivostjo zahtevka

S sodbo ARAG/Garmenbeck je bilo v Nemčiji uveljavljeno pravilo podjetniške presoje⁶ (ang. *business judgment rule*), hkrati pa je vrhovno sodišče (BGH) zavzelo tudi temeljna stališča glede dolžnosti nadzornega sveta v zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov proti upravi. Če člani uprave kršijo svoje dolžnosti, je nadzorni svet ne le upravičen, ampak tudi dolžan uveljavljati odškodninski zahtevek, če je družbi zaradi tega nastala škoda. Ta dolžnost izhaja iz naloge nadzornega sveta, da nadzira delo uprave, in iz pristojnosti, da zastopa družbo proti članom uprave. Ta dolžnost obstaja neodvisno od tega, da ima tudi skupščina zakonsko možnost, da odloči o uveljavljanju odškodninskega zahtevka proti članom uprave (prvi odstavek 327. člena ZGD-1). Nadzorni svet mora z vso potrebno skrbnostjo oceniti, ali obstaja verjetnost uveljavitve odškodninskega zahtevka tako v dejanskem kot v pravnem smislu, kar po eni strani vključuje analizo možnosti pravnega uspeha, po drugi strani pa tudi oceno izterljivosti terjatve. Če je uveljavitev zahtevka verjetna, je nadzorni svet dolžan sprejeti sklep o vložitvi

⁵ Več o tem Podgorelec, 2016, str. 247–252.

⁶ Iz sodbe: nadzorni svet mora, ko presoja, ali ugotovljena dejstva opravičujejo očitek krivdne kršitve dolžnosti uprave, upoštevati, da upravi pri vodenju poslov nujno pripada širok manevrski prostor delovanja, saj si brez njega preprosto ni mogoče zamisliti podjetniške dejavnosti. Načeloma spada sem ob zavestnem prevzemanju poslovnih tveganj tudi nevarnost, da pride do napačnih presoj in napačnih ocen, ki jim je kljub vsem prizadevanjem za odgovorno ravnanje izpostavljen vsak, ki vodi podjetje. Če nadzorni svet meni, da upravi manjka potreben občutek za uspešno vodenje podjetja oziroma da nima srečne roke pri izpolnjevanju svojih vodstvenih nalog, je to razlog, da jo pozove k odstopu, ni pa dovolj za odškodninsko odgovornost. Kot poudarja sodišče v nadaljevanju, mora biti podjetniško ravnanje usmerjeno izključno k interesom podjetja in temeljiti na skrbno pripravljenih odločitvenih podlagah ter občutku odgovornosti. Šele takrat, ko uprava očitno prekorači te okvire, je mogoče govoriti o njeni odškodninski odgovornosti. Tak primer je, če je pripravljenost na prevzemanje tveganja postala neodgovorno prenapeta ali je ravnanje uprave zaradi drugih razlogov v nasprotju z njenimi dolžnostmi.

tožbe, kajti sicer krši svoje dolžnosti in s tem tvega svojo lastno odškodninsko odgovornost. BGH dopušča izjemo le v primeru, če obstaja interes družbe, ki prevlada ali je vsaj enakovreden opisanim razlogom za uveljavljanje zahtevka.

Nadzorni svet mora torej z vso potrebno skrbnostjo preizkusiti dejansko in pravno podlago morebitnega tožbenega zahtevka ter na tej podlagi oceniti verjetnost pravnega uspeha. Ta dolžnost nastane že, ko obstajajo indici, ki kažejo na možnost, da so člani sedanje ali nekdanje uprave kršili svoje dolžnosti. Vir informacij o takšnih indicih so na primer poročila uprave, poročila zunanjega ali notranjega revizorja, žvižgači, zapisi v javnih medijih in postopki državnih organov. Poleg verjetnosti pravnega uspeha mora nadzorni svet oceniti tudi verjetnost izterljivosti odškodninske terjatve. Oceniti mora torej, ali in koliko lahko sodno uveljavljanje odškodninskega zahtevka dejansko vodi k izravnavi škode. To je seveda odvisno od premoženjskega statusa odgovorne osebe in od tega, ali je bilo sklenjeno zavarovanje D&O. Znani so primeri, ko se je med sodnim postopkom ugotovilo, da toženci ne bodo sposobni povrniti niti stroškov postopka, kaj šele odškodnine v uveljavljani višini. V takih primerih odškodninska tožba v celoti zgreši svoj namen in družbi kvečjemu povzroči dodatno škodo.

Če obstaja verjetnost uveljavitve zahtevka, ga mora nadzorni svet uveljavljati, v nasprotnem primeru tvega lastno odškodninsko odgovornost. Od uveljavljanja zahtevka lahko odstopi, če obstaja interes družbe, ki v konkretnem primeru prevlada ali je vsaj enakovreden uveljavljanju zahtevka. Verjetnost lahko ima različne stopnje, zato se postavlja vprašanje, kolikšna stopnja verjetnosti je potrebna za nastanek te dolžnosti. Te seveda ni mogoče oceniti z matematično natančnostjo. Stališče, da je zadostna stopnja verjetnosti tista, ki le malce presega polovico (50 + 1 odstotek), bi dalo dodatno spodbudo (le iz previdnosti vloženim) tožbam, ki bi se pozneje izkazale kot neutemeljene. Še posebej v primerih, ko je pravni položaj nejasen, je namreč zelo težko določiti, ali je razlogov za uspeh več kot razlogov proti njemu. Smiselna razdelitev verjetnosti glede na njeno stopnjo je po mojem mnenju razdelitev na veliko in majhno. Za nastanek dolžnosti uveljavljanja odškodninskega zahtevka mora torej obstajati velika verjetnost njegovega uspeha. Razlogi za uspeh morajo znatno prevladati nad razlogi proti njemu. To hkrati tudi pomeni, da mora nadzorni svet opustiti uveljavljanje odškodninskega zahtevka, če je verjetnost njegovega uspeha majhna, sicer tudi v tem primeru tvega lastno odgovornost za nastalo škodo, ki je enaka vsaj višini pravnih stroškov. Iz tega sledi, da je med veliko in majhno verjetnostjo uspeha zahtevka polje, v katerem nadzorni svet svobodno odloča o njegovem uveljavljanju.

Polje svobodne presoje, ki je le v omejenem obsegu del morebitne poznejše *ex post* sodne kontrole – ki se lahko izvede, če se uveljavlja odškodninska odgovornost članov nadzornega sveta zaradi neuveljavljanja zahtevka proti upravi, je potrebno zaradi različnih negotovosti. Te so lahko dejanske ali pravne narave. Poudariti je treba predvsem negotovost uspeha dokaznega postopka, še posebej glede na pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu, in negotovost zaradi

nejasnega pravnega položaja. Nejasen pravni položaj je lahko posledica nedoločnih pravnih pojmov (na primer pravnega standarda vestnega in poštenega gospodarstvenika iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1), nasprotujočih si stališč v pravni literaturi ali v sodnih odločitvah ali dejstva, da stališč sodišč višje stopnje (sploh še) ni.

To torej pomeni, da je lahko tudi odločitev o uveljavljanju odškodninskega zahtevka odločitev, ki je sprejeta v negotovosti. To je značilnost podjetniških odločitev, za katere se pri presoji odgovornosti prav zaradi te lastnosti uporablja pravilo podjetniške presoje (ang. *business judgment rule*). Ne moremo z gotovostjo napovedati, kakšen bo rezultat odločitve, lahko le predvidevamo (prognoziramo), to predvidevanje pa je povezano z različnimi negotovostmi, zaradi katerih se lahko naša odločitev na koncu pokaže kot napačna. Čeprav so pravno vezane odločitve izvzete iz pravila podjetniške presoje, omenjeni primer kaže, da to ne more veljati absolutno.

Če člani nadzornega sveta nimajo specifičnih znanj, ki so potrebna za oceno verjetnosti pravnega uspeha, si morajo priskrbeti ustrezno strokovno pomoč, praviloma zunanjo. Z novelo ZGD-1I so bila v zvezi s tem razširjena zastopniška pooblastila predsednika nadzornega sveta, tako da lahko sam sklene pogodbo z zunanjim strokovnjakom v imenu in za račun družbe (drugi odstavek 281. člena ZGD-1), brez posredovanja uprave. Vendar strokovna podpora, ki jo nadzornemu svetu ponudijo na primer odvetniki ali instituti, sama po sebi ni dovolj. Ko dokazujejo, da so ravnali v skladu z zahtevano skrbnostjo, se lahko člani nadzornega sveta sklicujejo na (zunanje) eksperte (ang. *reliance defense*) le, če so izpolnjene določene predpostavke. Te se nanašajo na strokovne kvalifikacije eksperta in na njegovo neodvisnost ter informiranost, ob tem pa mora nadzorni svet preizkusiti še prepričljivost predložene ekspertize.⁷ Zato ni dovolj, če odvetnik poda le splošno oceno verjetnosti pravnega uspeha. Mora jo tudi ustrezno argumentirati.

4. Sprejetje odločitve o uveljavljanju odškodninskega zahtevka

Čeprav nadzorni svet na podlagi internih preiskav, namenjenih razčiščenju dejanskega stanja, in ocene procesnega tveganja, ki vključuje tudi analizo pravne podlage in izterljivosti zahtevka, ugotovi, da obstaja zadostna stopnje verjetnosti uveljavitve zahtevka, to še ne pomeni, da ga mora uveljavljati. Kot izhaja iz sodbe ARAG/Garmenbeck, mora nadzorni svet v naslednjem koraku presoditi, ali morebiti obstajajo okoliščine za odstop od uveljavljanja zahtevka. Merilo presoje je interes družbe. Razlogi za odstop morajo prevladati nad razlogi za uveljavljanje zahtevka ali jim biti vsaj enakovredni.

⁷ Več o Podgorelec, 2017, str. 728–729.

S tem stališčem nemškega vrhovnega sodišča se je seveda treba strinjati, saj je logična posledica tega, da je interes družbe edino vodilo pri ravnanju njenih organov vodenja ali nadzora, uveljavljanje zahtevka za povračilo škode pa ni nujno v interesu družbe. Nadzorni svet mora torej skrbno pretehtati razloge za in razloge proti ter na tej podlagi sprejeti odločitev o uveljavljanju zahtevka. Kot mogoči razlogi proti (oziroma za odstop od uveljavljanja zahtevka) so že v sodbi ARAG/Garmenbeck omenjeni naslednji razlogi: negativni učinek na poslovanje in ugled družbe v javnosti, oviranje delovanja uprave in poslabšanje »klime« v podjetju.

Dejstvo je, da z uveljavljanjem odškodninskega zahtevka povezani sodni postopki slabo vplivajo na ugled družbe, saj informacije o domnevnih nepravilnostih slej ko prej pridejo v javnost. Vendar je to dvorezen meč. Enako (ali še veliko bolj) lahko ugledu družbe škoduje, če nadzorni svet ne ukrepa in nato javnost po drugih kanalih izve za domnevne kršitve. To lahko ustvarja videz, da je nadzorni svet želel prikriti zadeve in da notranji kontrolni mehanizmi ne delujejo, kar vse zmanjšuje zaupanje deležnikov. Skratka, varovanje poslovnega ugleda je v resnici zelo šibek protargument, še posebej če na drugi strani obstaja velika verjetnost uspešne uveljavitve zahtevka.

Drugi prej omenjeni razlogi (negativni učinek na poslovanje podjetja, oviranje delovanja uprave in poslabšanje »klime« v podjetju), ki seveda niso izključni, ampak so le primeroma naštet, se večinoma nanašajo na primere uveljavljanja zahtevkov proti aktualnim članom uprave. Zato so s praktičnega vidika sorazmerno nepomembni, saj se odškodninski zahtevki v večini primerov uveljavljajo proti nekdanjim članom uprave. Prav zaradi tega je (tudi s praktičnega vidika) pomembno vprašanje, kateri organ zastopa družbo v odškodninskih sporih z nekdanjimi člani uprave, kar je bilo podrobneje obravnavano pod 2. točko tega prispevka.

Individualne okoliščine odgovorne osebe in s tem povezane socialne posledice niso razlog za odstop od uveljavljanja zahtevka. Tudi dolgoletno opravljanje funkcije člana uprave in siceršnje zasluge za razvoj družbe niso upravičen razlog. Interes družbe bi bilo mogoče utemeljiti v primeru lažjih kršitev in manjšega obsega z njimi povezane škode. Vlaganje odškodninskih tožb za vsako malenkost, čeprav njihova uspešnost ne bi bila vprašljiva, bi namreč lahko imelo negativen povratni učinek in bi na koncu škodovalo interesom družbe. Ne le zaradi negativnega učinka na reputacijo družbe v širši javnosti in na »klimo« v podjetju, ampak tudi zato, ker bi se sposobni menedžerji družbam, v katerih nadzorni svet vlada s trdo roko, na veliko izogibali. Nadzorni svet bi si torej s tako politiko zmanjševal možnosti za pridobitev sposobnih kadrov za najvišje položaje, kar bi seveda bilo v nasprotju z interesi družbe. V zadevi ARAG/Garmenbeck je nemško vrhovno sodišče odstop od uveljavljanja zahtevka zaradi lažjih kršitev in manjšega obsega škode povežalo s socialnimi posledicami za odgovorno osebo. Vendar ta povezava ni nujna, saj prej opisani razlog zadošča.

5. Dolžnosti nadzornega sveta v zvezi s sklenitvijo poravnave

Vložitev tožbe ni edini način za uveljavljanje odškodninskega zahtevka. Ta se lahko uveljavi tudi s sklenitvijo poravnave, ki v tujih korporacijskih praksah postaja vse pogostejši način reševanja odškodninskih sporov.⁸ V tem primeru je treba upoštevati, da o sklenitvi poravnave ne odloča nadzorni svet samostojno, ampak je potrebno soglasje skupščine. To izhaja iz analogne uporabe tretjega odstavka 263. člena ZGD-1, v katerem je določeno, da se lahko družba odreče odškodninskemu zahtevkom ali jih pobota šele tri leta po nastanku zahtevka, če s tem soglasja skupščina in če temu z izjavo, ki se vnese v zapisnik skupščine, ne ugovarja manjšina, ki ima skupno vsaj desetino osnovnega kapitala. To torej najprej pomeni, da morajo, če želi družba skleniti poravnavo, od nastanka zahtevka preteči vsaj tri leta. Druga predpostavka veljavnosti poravnave pa je soglasje skupščine, o katerem odločajo delničarji z navadno večino glasov, pri čemer lahko manjšina delničarjev izniči skupščinski sklep, če vloži ugovor na zapisnik. Možnost ugovora je namenjena zavarovanju pravice do *actio pro socio* iz 328. člena ZGD-1.

Nadzorni svet se pogaja o poravnavi z odgovornimi osebami in nato osnutek poravnave predloži skupščini v skladu s pravili o sklicu skupščine. Pri tem ni vezan na doktrino ARAG/Garmenbeck.⁹ Kljub pozitivni analizi procesnega tveganja ni dolžan uveljavljati odškodninskega zahtevka v njegovi celotni višini in lahko sklepa kompromise. Zadnjo besedo ima tako in tako skupščina. Seveda pa mora nadzorni svet z vso potrebno skrbnostjo pripraviti ustrezne informacijske podlage za odločanje skupščine o soglasju. V zvezi s tem si mora pridobiti zanesljive informacije o premoženjskem stanju odgovornih oseb in analizirati razloge za sklenitev poravnave in proti njej.

Podlage predloga sklepa morajo biti prepričljive. Kriteriji prepričljivosti so predvsem konkretno procesno tveganje, vključno s stroški postopka; vzajemni učinek med uveljavljanjem odgovornosti in realizacijo zavarovanja D&O in posredne negativne posledice za družbo, povezane s sodnim postopkom (na primer škodovanje njeni reputaciji). Upoštevajo se lahko tudi individualni interesi.¹⁰ Doktrina ARAG/Garmenbeck načeloma ne dopušča upoštevanja individualnih interesov odgovornih oseb (glej navedeno). Ker je za poravnavo potrebno soglasje skupščine, razlogi za neoziranje na socialne posledice uveljavitve zahtevka odpadejo. Delničarji so ekonomski lastniki družbe in se lahko celo v celoti odrečejo zahtevku za povračilo škode, kot je to izrecno prevedeno v tretjem odstavku 263. člena ZGD-1. S tem lahko škodujejo le sami sebi. Manjšina delničarjev je zaščitena z možnostjo ugovora proti skupščinskemu sklepu o soglasju, upniki pa so varovani po četrtem odstavku 263. člena ZGD-1.

⁸ Fleischer, str. 133.

⁹ Prav tam, str. 135.

¹⁰ Grigoleit in Tomasic, v: Grigoleit, r. št. 20.

Tako kot proti vsakemu skupščinskemu sklepu se lahko tudi proti sklepu o soglasju k poravnavi uveljavlja ničnost ali izpodbojnost v skladu s splošnimi pravili iz 390. in 395. člena ZGD-1. Kot razlog ničnosti oziroma izpodbojnosti se upoštevajo predvsem postopkovne kršitve, povezane s sklicem skupščine ali pravilnostjo in popolnostjo posredovanih informacij. Če sklep o soglasju ni niti ničen niti izpodbojen in proti njemu tudi ni bil vložen ugovor manjšine, ima tak sklep pomen zakonitega skupščinskega sklepa, kar pomeni, da je nadzorni svet razbremenjen svoje odgovornosti (tretji odstavek 263. člena ZGD-1). Poravnava temelji na zakonitem skupščinskem sklepu. Vendar nadzorni svet ostaja še naprej odgovoren zaradi kršitve prej opisane dolžnosti, ki je povezana s pripravo podlag za skupščinsko odločanje.

6. Odgovornost članov nadzornega sveta zaradi opustitve uveljavljanja odškodninskega zahtevka

Če nadzorni svet ne uveljavlja zahtevka, čeprav bi ga v skladu z doktrino ARAG/Garmenbeck moral, so njegovi člani odgovorni družbi za nastalo škodo. Ob zahtevku za povračilo škode, ki je posledica ravnanja uprave, je tako mogoč tudi (sekundarni) zahtevek zaradi opustitve uveljavljanja njene odškodninske odgovornosti. Prvi zahtevek uveljavlja nadzorni svet proti upravi, sekundarni zahtevek pa nova uprava proti članom nadzornega sveta, ki so kršili svojo dolžnost uveljavljanja zahtevka. V zvezi s tem se postavlja vprašanje nastanka sekundarnega zahtevka, od tega pa je nato odvisen tudi začetek teka roka za zastaranje tega zahtevka.¹¹

V sodbi Easy Software (II ZR 152/17 z dne 18. 9. 2018) je nemško vrhovno sodišče zavzelo – po mojem mnenju – pravilno stališče, da sekundarni zahtevek nastane šele z zastaranjem zahtevka proti upravi in od tega trenutka nato začne teči rok za zastaranje sekundarnega zahtevka. Nasprotno stališče, po katerem bi zastaralni rok začel teči že z nastankom zahtevka proti upravi, bi pomenilo, da bi bila nova uprava, ki bi pravočasno uveljavljala sekundarni zahtevek, izpostavljena ugovoru, da kršitve dolžnosti ni bilo, saj bi imel nadzorni svet še zmeraj čas za uveljavljanje zahtevka. Nova uprava bi morala počakati, da poteče zastaralni rok za zahtevek, ki bi ga moral uveljavljati nadzorni svet, vendar bi s tem zastaral tudi njen zahtevek. Skratka, nasprotno stališče bi pomenilo, da sekundarni zahtevek nima nobene realne vrednosti, saj bi ga bilo praktično nemogoče uveljavljati. V ozadju čakanja na zastaranje zahtevka za povračilo izvirne škode se lahko skriva motiv nadzornega sveta, da prikrije lastne napake v nadzoru. Taka ravnanja bi potem v celoti ostala nesankcionirana.

¹¹ V skladu s šestim odstavkom 263. člena ZGD-1 zastara odškodninski zahtevek v petih letih od nastanka škode, razen če zahtevek pripada družbi, v kateri ima država ali občina prevladujoč vpliv. V tem primeru velja desetletni zastaralni rok.

Na prvi pogled se zdi nenavadno, da lahko ista gospodarska škoda nastane v različnih časovnih trenutkih. Vendar je to posledica načel odškodninskega prava, po katerih obstoj odškodninskega zahtevka sam po sebi ne odpravlja škode. Čeprav je realističen in torej o njegovi uveljavitvi ni nobenih resnih dvomov, se odškodninski zahtevek ne upošteva pri ugotavljanju škode. V nasprotnem primeru bi spodkopal svoj lastni temelj. Kljub temu, da se ne upošteva v škodni bilanci, to seveda ne pomeni, da zahtevek nima nobene gospodarske vrednosti za oškodovanca.¹² Ta ni odvisna le od premoženjskega statusa odgovorne osebe, ampak tudi od možnosti sodne uveljavitve v primeru spora. Če se ne uveljavlja in zaradi tega poteče zastaralni rok, ostane odškodninski zahtevek brez realne vrednosti.

Pustiti, da zahtevek zastara, torej pomeni izničenje njegove dejanske vrednosti in s tem povzročitev dodatne škode. Premoženjski položaj družbe se poslabša v trenutku, ko nastopi zastaranje, ne glede na to, da ostane škodna bilanca, v kateri se zahtevek ne upošteva, nespremenjena. Zato sekundarni zahtevek, ki ga ima družba proti članom nadzornega sveta zaradi opustitve uveljavljanja odškodninskega zahtevka, ne more nastati hkrati z nastankom izvirne škode, ampak šele z zastaranjem zahtevka za njeno povračilo. To pa hkrati tudi pomeni, da začne rok za zastaranje sekundarnega zahtevka teči šele, ko zastara zahtevek za povračilo izvirne škode.

7. Sklep

Dolžnosti nadzornega sveta v zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov proti upravi izhajajo iz njegovih pristojnosti, da nadzira vodenje poslov in da zastopa družbo v razmerjih z upravo, pri čemer je treba zastopniško pooblastilo nadzornega sveta razširiti tudi na odškodninske spore z nekdanjimi člani uprave. Bistveno je, da je škoda nastala v času, ko so še bili člani uprave, in je njen nastanek povezan z opravljanjem funkcije člana uprave. Nadzorni svet mora z vso potrebno skrbnostjo oceniti procesno tveganje, vključno z izterljivostjo zahtevka, in če obstaja velika verjetnost njegove uveljavitve, ga mora uveljavljati, sicer krši svojo dolžnost in za to kršitev tudi odškodninsko odgovarja. Sekundarni zahtevek proti članom nadzornega sveta nastane z zastaranjem odškodninskega zahtevka proti upravi, ki je povzročila izvirno škodo, in od tega trenutka začne teči tudi rok za zastaranje sekundarnega zahtevka. Nadzorni svet lahko od vložitve odškodninske tožbe odstopi le, če obstaja interes družbe, ki v konkretnem primeru prevlada nad interesom za vračilo škode ali mu je enakovreden. Taki primeri so redki. Širše možnosti – vključno z upoštevanjem individualnih interesov odgovornih oseb – ponuja sklenitev poravnave, h kateri pa mora dati soglasje skupščina, torej o njej nadzorni svet ne odloča samostojno. Poleg tega se družba s poravnavo izogne različnim negotovostim,

¹² Cahn, str. 304.

ki spremljajo sodno uveljavljanje zahtevka. Zaradi teh in še nekaterih drugih razlogov postaja poravnava v tujih korporacijskih praksah vse pogostejši način reševanja odškodninskih sporov. Če naj se sklene poravnava, je dolžnost nadzornega sveta, da se uskladi njeno besedilo in pripravijo ustrezne podlage za odločanje skupščine.

Literatura

- BÜRGERS, Tobias, in KÖRBER, Torsten. *Aktiengesetz*, 3. izdaja. Heidelberg: C. F. Müller, 2014.
- CAHN, Andreas. Sekundäre Schadenersatzpflichten des Aufsichtsrats wegen unterlassener Anspruchsdurchsetzung – Nachlese zur Easy Software-Entscheidung des BGH. *Zeitschrift für das Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2020, letn. 184, št. 3, str. 297–323.
- FLEISCHER, Holger. Vergleiche über Organhaftungs-, Einlage- und Drittansprüche der Aktiengesellschaft. *Die Aktiengesellschaft*, 2015, letn. 60, št. 5, str. 133–150.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph. *Aktiengesetz Kommentar*, 2. izdaja (on-line). München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- HÜFFER, Uwe, in KOCH, Jens. *Aktiengesetz*, 13. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- LUTTER, Marcus, in KRIEGER, Gerd. *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. izdaja. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008.
- PODGORELEC, Peter. Primernost informacijske podlage kot predpostavka pravila podjetniške presoje. *Podjetje in delo*, 2017, letn. XLIII, št. 5, str. 717–734.
- PODGORELEC, Peter. Zastopanje družbe v razmerjih z revizorjem letnega poročila po noveli ZGD-1I, *Podjetje in delo*, 2016, letn. XLII, št. 2, str. 244–259.
- SCHMIDT, Karsten, in LUTTER, Marcus. *Aktiengesetz Kommentar*, 1. knjiga, 3. izdaja. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015.
- SPINDLER, Gerald, in STILZ, Eberhard. *Kommentar zum Aktiengesetz*, 1. knjiga. München: Verlag C. H. Beck, 2007.