

Prof. dr. sc. Petar Novoselec*

KAZNENOPRAVNI TRETMAN NEDOZVOLJENIH (“CRNIH”) FONDOVA U GOSPODARSKOM POSLOVANJU

Problematika nedozvoljenih fondova u hrvatskom je kaznenom pravu posve zanemarena; teoretičari je zaobilaze, a nije vidljiva ni iz objavljenih sudskih odluka. U stvari, riječ je o razmjerno raširenoj pojavi u modernom gospodarskom poslovanju, naročito u poslovanju dioničkih društava, ali i društava s ograničenom odgovornošću. Pošavši od jednog slučaja iz njemačke sudske prakse, autor kritički analizira odredbu čl. 292. st. 1. podst. 1. postojećeg hrvatskog Kaznenog zakona o nedozvoljenim fondovima te nudi moguće rješenje.

I. UVOD

Nedozvoljeni fondovi, kolokvijalno nazvani i “crni fondovi” (njem. *schwarze Kassen*), poznati su u mnogim zemljama pa tako i kod nas; riječ je o novcu trgovačkih društava, političkih stranaka ili drugih pravnih osoba, potajno izdvojenom i stavljenom na poseban račun, s ciljem da se upotrijebi u (navodnom) interesu pravne osobe, ali na nezakonit način (najčešće za davanje mita). Njihov je kaznenopravni tretman u suvremenom pravu vrlo prijeporan. Na prvi se pogled čini da smo u Hrvatskoj u tom pogledu u povoljnijem položaju jer čl. 292. st. 1. podst. 1. Kaznenog zakona kao oblik zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju izričito predviđa stvaranje ili držanje nedozvoljenih fondova u zemlji ili stranoj državi. No analiza te odredbe pokazat će da ona ne olakšava kaznenopravnu prosudbu tog fenomena, nego, naprotiv, vodi u nemale teškoće koje do sada nisu bile uočene jer se odredba u praksi nije primjenjivala a u teorijskim radovima nije bila komentirana.

Počinitelj kaznenog djela iz čl. 292. KZ – pa prema tome i onaj tko stvara ili drži nedozvoljene fondove (iako, prema slovu zakona, ne i onaj tko ih koristi u poslovanju!) – može biti samo odgovorna osoba, dakle ne i službena osoba. No takve fondove može stvarati ili držati i službena osoba koja raspolaže

* Prof. dr. sc. Petar Novoselec, red. profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu u mirovini

proračunskim ili drugim novcem u javnom području. Znači li to da takva raspolaganja nisu kaznena djela? Takav je zaključak teško prihvatiti jer su nedozvoljeni fondovi, zbog stroge namjene sredstava državnog proračuna, zacijelo veća opasnost u javnom nego u privatnom sektoru¹. Stoga su i njemački sudovi sve donedavno pretežno rješavali predmete zlouporabe “crnih fondova” u javnoj upravi i u političkim strankama, a tek u novije vrijeme i u privatnom gospodarstvu². No kako je u našem Kaznenom zakonu problematika nedozvoljenih fondova ograničena na gospodarsko poslovanje, zadržat ćemo se na tom aspektu.

Pitanjem kako s kaznenopravnog gledišta tretirati nedozvoljene fondove u gospodarskom poslovanju opširno se bavio njemački Savezni sud (*Bundesgerichtshof*) u jednoj skorašnjoj odluci, poznatoj pod nazivom “slučaj Siemens-ENEL”³, koja je izazvala žive rasprave u njemačkoj literaturi, a kako se pitanja postavljena u njoj nameću i u hrvatskom pravu, bit će korisno prikazati je поближе.

II. “CRNI FONDOVI” U NJEMAČKOM KAZNENOM PRAVU – SLUČAJ SIEMENS/ENEL

Činjenično stanje bilo je sljedeće. Optuženik je bio jedan od četiri člana “područne uprave” dioničkog društva Siemens, zadužen za prodaju i održavanje plinskih turbina te ovlašten za odobravanje isplata. U stvari, u njegovom je resoru bio uhodan sustav davanja mita za sklapanje poslova (tzv. “korisni izdaci”) o čemu se, navodno, nije znalo u Siemensovoj centrali. Mito se plaćao iz sredstava koja su najprije bila na računima banaka u Liechtensteinu koji su glasili na razna imena i nisu bila evidentirana u Siemensovom knjigovodstvu, a kasnije su prebačena u Dubai na ime jedne tvrtke ali tako da je optuženik njima i dalje mogao raspolagati. Pored toga, optuženik je bio ovlašten i za isplate iz sredstava na računima jedne banke u Švicarskoj, koje je kasnije prebacio na ime jedne zaklade u Liechtensteinu.

Talijansko dioničko društvo ENEL, koje se bavi proizvodnjom i distribucijom električne energije, raspisalo je 1999. javni natječaj za isporuku plin-

¹ Iz tih razloga *Tiedemann* prigovara jednakom tretmanu tajnih fondova u javnom i privatnom sektoru; prema njegovom mišljenju “stroga normativna vezanost javnih sredstava uz određenu svrhu ne smije se olako prenositi na sredstva privatnih poduzeća” (*StGB, Leipziger Kommentar*, 33. Lieferung, § 263, 2000, str. 222).

² *Satzger*, “Schwarze Kassen” zwischen Untreue und Korruption, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (= *NStZ*) 2008, str. 298.

³ Odluka br. 2 Str 587/07 od 29.8.2008, objavljena u ediciji: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, svezak 52, str. 323-349.

skih turbina. Zastupnik tog društva stavio je na znanje jednom optuženikovom namješteniku da bi, uz njegovo zalaganje, Siemens mogao dobiti taj posao i to u visini od 132,5 milijuna eura, ako se njemu plati mito u iznosu 2,65 milijuna eura. Optuženik je bio obaviješten o tom dogovoru, s kojim se suglasio te dao nalog za isplatu navedene svote na teret sredstva koja su tada još bila na računima u Liechtensteinu, a u korist jednog računa u Abu Dhabiu. Sljedeće godine ENEL je raspisao još jedan natječaj za isporuku turbina u vrijednosti od 205,6 milijuna eura, nakon čega je optuženik dao dva naloga za isplatu mita i to u iznosu 2,987.000 eura i 483.990 US-dolara u korist talijanskih partnera, ovaj put iz sredstava zaklade u Švicarskoj. Siemens je iz oba posla ostvario dobit u iznosu od 103,8 milijuna eura. U Italiji je proveden postupak protiv dvije osobe iz ENEL-a (kojima su izrečene uvjetne osude), kao i protiv Siemens-a (koji je osuđen na novčanu kaznu u iznosu 500.000 eura).

U kaznenom postupku koji je protiv optuženika vođen u Njemačkoj prvostupanjski je sud osudio optuženika zbog davanja mita u gospodarskom poslovanju (§ 299. st. 2. njem. KZ) u stjecađu s kaznenim djelom "nevjere" (*Untreue*, § 266. st. 1. njem. KZ) te mu izrekao uvjetnu osudu. U postupku revizije Savezni sud je ukinuo presudu zbog kaznenog djela davanja mita u gospodarskom poslovanju s obrazloženjem da se to kazneno djelo do izmjene zakona od 29. kolovoza 2002. moglo poćiniti u postupku javne nabave u inozemstvu samo ako je poćinjeno i na štetu njemaćkih natjecatelja, ali ju je potvrdio u dijelu u kojem je optuženik oglašen krivim zbog kaznenog djela iz § 266. st. 1. njem. KZ. Upravo taj dio je najzanimljiviji i sa stajališta hrvatskog Kaznenog zakona.

Kazneno djelo "nevjere" iz § 266. st. 1. njem. KZ ćini "tko zlouporabi ovlast raspolaganja imovinom ili zaduživanja drugog koja proizlazi iz zakona, odluke vlasti ili pravnog posla ili povrijedi dužnost zaštite tućih imovinskih interesa koja proizlazi iz zakona, odluke vlasti, pravnog posla ili odnosa povjerenja i na taj naćin prouzroći štetu onome o ćijim se imovinskim interesima dužan brinuti". Propisana kazna je zatvor do pet godina ili novćana kazna, a za kvalificirani oblik iz § 266. st. 2. do deset godina zatvora. To kazneno djelo odgovara našem kaznenom djelu zlouporabe povjerenja iz ćl. 227. KZ kada je rijeć o imovini fizićkih osoba povjerenoj roditeljima, odvjetnicima, skrbnicima i sl., odnosno kaznenom djelu zlouporabe poloćaja i ovlasti iz ćl. 337. st. 3. i 4. KZ kada se zlorabi povjerenje dato upravljajćkom sloju u trgovaćkim drućtvima, dakle, zlouporaba povjerenja u gospodarskom poslovanju. U ovdje prikazanom slućaju postavilo se pitanje je li optuženik, kao pripadnik upravljajćkog sloja, zlouporabio dano mu povjerenje i na taj naćin prouzroćio štetu Siemensu.

Savezni sud najprije utvrćuje da optuženik, doduše, nije osnovao tajne fondove, ali je propustio dužnost da o njihovom postojanju obavijesti svog poslodavca i na taj naćin omogući da se sredstva iz tih fondova uredno proknjiže

u računovodstvu Siemens. Optuženik je, prema tome, kazneno djelo počinio nečinjenjem jer je propustio spriječiti daljnju štetu, na što ga obvezuje § 13. st. 1. njem. KZ (koji odgovara čl. 25. st. 2. našeg KZ).

Za takvo poslovanje optuženik nije imao suglasnost ni glavne skupštine, ni nadzornog odbora ni središnje uprave Siemens, nego je, naprotiv, bio zadužen za provođenje propisa u okviru sustava *compliance*, kojim se htjelo spriječiti davanje i primanje mita u vezi sklapanja poslova u okviru društva. Savezni je sud odbacio i navode obrane prema kojima su ti propisi bili samo “gola fasada”, iza koje se skrivalo prešutno odobravanje postojeće prakse.

Ključno se pitanje ipak odnosilo na štetu kao obilježje kaznenog djela. O tome je Savezni sud već ranije zauzeo stajalište u odluci br. 2 StR 499/06 od 18.10.2006⁴, kojom je također zbog kaznenog djela iz § 266. st. 1. njem. KZ osuđena odgovorna osoba u jednoj političkoj stranci zbog vođenja i korištenja tajnog fonda te stranke. U tom je slučaju Savezni sud postojanje štete za političku stranku opravdao time da je optuženik kao osoba ovlaštena za raspolaganje fondom izmicao bilo kakvoj kontroli stranke, tako da je tim sredstvima mogao raspolagati kako mu se prohtjelo, pa i na način štetan za stranku; šteta je, dakle, definirana kao ugrožavanje imovine (*Gefährdungsschaden*).

U predmetu Siemens/ENEL Savezni je sud učinio korak dalje jer je zaključio da se šteta nije sastojala samo u ugrožavanju imovine nego se radilo o konačnoj, efektivnoj šteti: time što je optuženik skrivao imovinu društva pred njegovim organima, onemogućio mu je raspolaganje njome, što znači da je ta imovina za društvo bila definitivno izgubljena. Savezni sud, nadalje, ističe da ništa ne mijenja na stvari što je optuženik postupao s ciljem da sredstva fonda, ako se ukaže prilika, sklapanjem povoljnih ugovora uporabi u korist društva i na taj način uveća njegovu imovinu jer je i takva uporaba protupravna i predstavlja kazneno djelo. Šteta je nastala već izdvajanjem imovine pa je i kazneno djelo dovršeno u tom trenutku, a kasnije raspolaganje sredstvima fonda (za davanje mita ili druge nezakonite svrhe, uključujući i prisvajanje tih sredstava) samo je naknadno produbljivanje već postojeće štete (*Schadensvertiefung*). Dovede li pak uporaba sredstava tajnog fonda do sklapanja povoljnih ugovora i ostvarivanja koristi za društvo, to je naknada štete nakon dovršenog djela koja predstavlja samo olakotnu okolnost.

Presudi Saveznog suda u predmetu Siemens/ENEL upućene su u njemačkoj stručnoj periodici brojne kritike. Najprije je prigovoreno osudi optuženika zbog nečinjenja. Ako je šteta za Siemens nastala već izdvajanjem sredstava u tajne fondove, ne može optuženik propuštanjem dužnosti da o tome obavijesti nadležne organe radi evidentiranja sredstava u knjigovodstvu tu štetu prouzročiti ponovno; takvo “produbljivanje štete” samo je nekažnjivo nakna-

⁴ Tzv. “slučaj Kanther”. Odluka je objavljena u *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, svezak 51, str. 100.

dno djelo⁵. No takav bi argument bio opravdan samo za počinitelja koji je i sudjelovao u stvaranju fonda, dok ne vrijedi i za optuženika u razmatranom predmetu koji nije sudjelovao u osnivanju fonda; on je, od trenutka kada je saznao za fond, bio dužan prijaviti ga i na taj način uvećati imovinu koja mu je povjerena; kod njega ne može biti govora o naknadnom nekažnjivom djelu jer prethodno djelo nije njegovo⁶.

Poteškoće su nastale i glede kršenja dužnosti zaštite tuđih imovinskih interesa kao jednog od obilježja kaznenog djela "nevjere" iz § 266. njem. KZ⁷. Zašto je optuženik uopće bio dužan prijaviti tajne fondove? Takva bi se dužnost najlakše mogla izvesti iz dužnosti pravne osobe da uredno vodi knjigovodstvo, no nije li to u suprotnosti s okolnošću da je "nevjera" iz § 266. njem. KZ kazneno djelo protiv imovine pa se njegovim inkriminiranjem štiti imovina povjerena počinitelju, a ne interesi vjerovnika ili fiskalni interesi, čijoj zaštiti služi dužnost urednog vođenja knjigovodstva? No dužnost urednog vođenja knjigovodstva služi također zaštitu imovinskih interesa članova društva (dioničara), pa se njezinim kršenjem dioničarima onemogućuje uvid u imovinsko stanje društva i kontrola upravlja li se njome razumno. Drugim riječima, optuženik kao dio upravljačkog sloja nije postupao s pažnjom urednog i savjesnog gospodarstvenika i u tome je njegovo kršenje dužnosti zaštite povjerene mu imovine⁸.

No najčešći prigovor odnosio se na stajalište Saveznog suda da je neprijavlivanjem tajnih fondova nastala efektivna šteta Siemensu, koja se sastojala u nemogućnosti društva da kontrolira uporabu tih fondova, čime je izmijenjena ranija praksa toga suda prema kojoj se stvaranjem tajnih fondova samo ugrožava imovina društva. Već je i konstrukcija štete kao ugrožavanja imovine trpjela kritike⁹. Smatralo se da se ona može prihvatiti u nekim slučajevima (npr. kada prijeti opasnost da će počinitelj sredstva fonda uporabiti za svoje osobne svrhe ili da će pravna osoba biti primorana zbog smanjenja raspoloživih sredstava uzimati nepovoljne kredite), ali se istodobno isticalo da sam gubitak kontrole nad uporabom izdvojenih sredstava nije dovoljan da bi predstavljao štetu kao ugrožavanje imovine¹⁰. Zbog toga je nova koncepcija štete u pre-

⁵ *Knauer*, Bildung verdeckter Kassen als Untreue - Fall Siemens, NStZ, 2009, str. 152.

⁶ *Ransiek*, Bildung verdeckter Kasen als Untreue – Fall Siemens, Neue Juristische Wochenschrift 2009, str. 96.

⁷ Poblize o tome *Rönnau*, Einrichtung "schwarzer" (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue? Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, str. 716 i dalje.

⁸ *Rönnau* (kao u bilj. 7), str. 726.

⁹ Prema stajalištu austrijske doktrine ugrožavanje imovine još ne predstavlja konačnu štetu, pa je stvaranje tajnih fondova kao oblik ugrožavanja imovine samo pokušaj kaznenog djela "nevjere" (*Untreue*) iz § 153. austr. KZ (*Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, II, 3. Aufl., 1993, str. 301).

¹⁰ *Rönnau* (kao u bilj. 7), str. 734.

dmetu Siemens/ENEL ocijenjena kao “iznenađenje koje iritira”¹¹. Pritom se kao glavni argument protiv novog shvaćanja navodi da općenito šteta u gospodarskom poslovanju predstavlja saldo gubitka i dobitka, pa onda nema štete ako je odljev sredstava u konačnici imao za posljedicu dobit društva, kao u navedenom slučaju¹²; u najmanju ruku trebalo je optuženiku u predmetu Siemens/ENEL priznati da je postupao s ciljem da pribavi korist svojem društvu, dakle isključiti subjektivnu sastavnicu kaznenog djela zbog kojeg je oglašen krivim¹³.

No odluka Saveznog suda naišla je na potporu u najnovijoj literaturi. *Perron* ističe da je stvaranje tajnih fondova nad kojima društvo gubi mogućnost raspolaganja već umanjeње imovine društva, a subjektivna počiniteljeva spremnost da sredstva fondova uporabi za ostvarenje dobiti društva samo očekivanje koristi (*Expektanz*), koje sa stajališta gospodarskog poslovanja ne predstavlja dovoljnu kompenzaciju za izgublenu imovinu; povrh toga, ostvaruje li se korist poslovima sklopljenim uz davanje mita, riječ je o protupravnim i nemoralnim poslovima koji su prema §§ 134. i 138. njem. Građanskog zakonika ništetni, pa onda i korist postaje nesigurna¹⁴. No poteškoća je u tome što *Perron* navedeno stajalište ograničava na tajne fondove nad kojima društvo nema nikakav utjecaj (npr. kad se tajni fond stvara odnošenjem gotovog novca iz prostorija društva ili prebacivanjem na tajne račune u sumnjivim bankama), iako i sam priznaje da su moguće i situacije kad ono znade za njihovo osnivanje ili pak uz malo truda može za njih saznati, što je djelomično bio slučaj i u Siemensu.

III. NEDOZVOLJENI FONDOVI U HRVATSKOM KAZNENOM PRAVU

Stvaranje ili držanje nedozvoljenih fondova predstavlja, prema odredbi čl. 292. st. 1. podst. 1. KZ, kazneno djelo samo ako to počinitelj kao odgovorna osoba čini s ciljem pribavljanja protupravne imovinske koristi za svoju ili drugu pravnu osobu. Međutim, u stavku 1., koji je temeljni oblik tog kaznenog djela, ne traži se da ta korist bude i ostvarena, što znači da je taj oblik zamišljen kao kazneno djelo apstraktnog ugrožavanja; to pak ne vrijedi i za kvalificirani oblik u stavku 2. u kojem se traži da imovinska korist bude i ostvarena i to ne bilo koja, nego samo “znatna”, što znači da se u tom slučaju radi o kaznenom

¹¹ *Jahn*, Untreue durch die Führung “schwarzer Kassen” – Fall Siemens/ENEL, Juristische Schulung 2009, str. 175.

¹² *Jahn* (kao u bilj. 11), str. 174.

¹³ *Knauer* (kao u bilj. 5), str. 153; *Satzger* (kao u bilj. 2), str. 303. Poblize o namjeri da se sredstva uporabe u interesu društva kao okolnosti u korist počinitelja *Rönnau* (kao u bilj. 7), str. 731.

¹⁴ *Perron*, u: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 266, rubni br. 45c.

djelu kvalificiranom težom posljedicom (a da "blaža" posljedica u stavku 1. nije ni predviđena). Otud se vidi da su stavci 1. i 2. u članku 292. KZ oblikovani kao različiti tipovi kaznenog djela, što onda vrijedi i za stvaranje i držanje nedozvoljenih fondova, a da nije jasno zašto se zakonodavac odlučio za takvo razlikovanje.

Zakonski tekst isto tako ne kaže ništa o tome kako ocijeniti stvaranje i držanje crnih fondova s ciljem da se protupravna imovinska korist pribavi fizičkoj osobi (što će i biti češći slučaj jer se nedozvoljeni fondovi u pravilu koriste za podmićivanje fizičkih osoba kao predstavnika gospodarskih partnera). No i postupanje s ciljem pribavljanja koristi pravnoj osobi stvara nedoumice. One nastaju, najprije, kada se radi o pribavljanju koristi *drugoj* pravnoj osobi. Je li uopće moguće stvaranje ili držanje nedozvoljenih fondova s ciljem da se pribavi protupravna imovinska korist drugoj pravnoj osobi? Zašto bi se netko izlagao riziku što ga nose nedozvoljeni fondovi, ako ni on sam ni njegova pravna osoba od toga nemaju nikakve koristi? Dopustimo li ipak tu mogućnost, tj. ostvari li se korist za drugu pravnu osobu, ispunjena su sva obilježja kaznenog djela zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. ili 4. KZ koje se, prema noveli iz 2006. godine, može počiniti i pribavljanjem koristi pravnoj osobi. Toga nije bio svjestan zakonodavac prilikom navedenog noveliranja članka 337. KZ; da je tada bio dosljedan, morao je iz čitavog članka 292. KZ brisati pribavljanje koristi za drugu pravnu osobu.

Ništa jasnija nije ni situacija kad počinitelj stvara ili drži fondove s ciljem da pribavi protupravnu imovinsku korist za svoju pravnu osobu. U čemu se sastoji takva korist? Kako će se utvrditi njezina visina, što je posebno važno za ocjenu je li ostvaren kvalificirani oblik iz čl. 292. st. 2. KZ prema kojem pribavljena imovinska korist mora biti "znatna"? No je li stvaranje nezakonitih fondova uopće radnja koja donosi korist pravnoj osobi, kako to sugerira zakonski tekst, ili je to, naprotiv, prouzročenje štete pravnoj osobi iz čijih je sredstva formiran fond, kako to smatra njemački Savezni sud?

Posljednje stajalište valja prihvatiti. Stvaranjem ili držanjem nedozvoljenih fondova ne stvara se nikakva korist za pravnu osobu. Ako je zakonodavac mislio da se korist ostvaruje sklapanjem lukrativnih poslova "podmazanim" sredstvima iz nedozvoljenog fonda, onda je takva "korist" samo prividna jer su tako sklopljeni poslovi protivni prisilnim propisima i moralu i stoga ništetni (čl. 322. st. 1. Zakona o obveznim odnosima). Pogotovo ne može biti govora o koristi za društvo ako se prihvati obrnuta teza da se stvaranjem i držanjem nedozvoljenih fondova prouzročuje šteta društvu. Štetu valja prihvatiti uvijek kada je nedozvoljeni fond takve prirode da društvo putem svojih organa gubi kontrolu nad njime a time i mogućnost raspolaganja izdvojenim sredstvima; zadržava li društvo takvu kontrolu, samo izdvajanje sredstava može predstavljati jedino neuredno vođenje knjigovodstva i time kazneno djelo povrede obveze vođenja trgovačkih i poslovnih knjiga iz čl. 287. KZ.

Prihvati li se teza prema kojoj stvaranjem ili držanjem nedozvoljenih fondova već nastaje šteta za društvo čija je imovina izdvojena, postavlja se pitanje nije li takva šteta istodobno protupravna imovinska korist za drugoga, najčešće za drugu fizičku osobu kojoj je isplaćeno mito iz nedozvoljenog fonda, što će u praksi i biti najčešći slučaj. Kako pribavljena imovinska korist fizičkoj osobi nije obuhvaćena kaznenim djelom zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanjem iz čl. 292. KZ, u takvom slučaju u obzir dolazi kazneno djelo zlouporabe položaja i ovlasti iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ. No ako je šteta nastala već izdvajanjem sredstava u fond, protupravna imovinska korist za drugoga se ostvaruje tek isplatom sredstava iz fonda drugoj fizičkoj osobi. To znači da za dovršeno djelo iz čl. 337. st. 3. i 4. KZ nije dovoljno formiranje fonda, nego se traži i ostvarenje protupravne koristi za drugu osobu; samo formiranje fonda bi se onda moglo smatrati pokušajem kaznenog djela iz čl. 337. st. 3. ili 4. KZ.

Ako je izdvajanjem sredstava u fond već ostvarena imovinska šteta za pravnu osobu, u obzir dolazi i odredba čl. 337. st. 1. KZ u dijelu koji se odnosi na prouzročenje štete drugome; pored toga, prouzročenje štete velikih razmjera predviđeno je i kao kvalificirani oblik u čl. 337. st. 4. KZ (ali ne i u stavku 3.). Nije li onda stvaranje i držanje nedozvoljenih fondova u namjeri da se iz njih plati mito fizičkoj osobi već sadržano u tim odredbama i to ne kao pokušaj nego kao dovršeno djelo jer je šteta već prouzročena? Na to je teško odgovoriti jer je nejasno zašto je prouzročenje štete drugome (a drugi je za počinitelja i njegova pravna osoba!) uređeno odvojeno od pribavljanja imovinske koristi drugome, što je također oblik prouzročenja štete drugome, tj. vlastitoj pravnoj osobi. Čini se da zakon pod "prouzročenjem štete" misli na štetu koja nije nastala pribavljanjem koristi drugome, nego na druge oblike štete, npr. prouzročenje štete iz konkurentskih razloga ili uopće iz pakosti. Uz tu pretpostavku navedeni oblik "prouzročenja štete" ne bi obuhvatio i stvaranje i držanje nedozvoljenih fondova.

Opisane nejasnoće i nedoumice dobrim dijelom proizlaze iz loših opisa kaznenih djela zlouporabe ovlasti u gospodarskom poslovanju iz čl. 292. KZ i zlouporabe položaja i ovlasti iz 337. KZ. Stoga kazneno djelo iz čl. 292. KZ treba potpuno ukinuti (a to znači i odredbu o nedozvoljenim fondovima), a kazneno djelo iz čl. 337. KZ temeljito preurediti (tako da ostane samo službeničko kazneno djelo) te istodobno predvidjeti kao posebno kazneno djelo zlouporabu povjerenja u gospodarskom poslovanju, po uzoru na moderna strana zakonodavstva. U tom pravcu idu rasprave u radnoj skupini koja priprema Nacrt novog Kaznenog zakona¹⁵.

¹⁵ Predlaže se da kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju glasi: "(1) Tko u gospodarskom poslovanju povrijedi dužnost zaštite tuđih imovinskih interesa koja se temelji na zakonu, odluci upravne ili sudbene vlasti, pravnom poslu ili odnosu povjerenja i

Prihvati li se taj prijedlog, ubuduće će i stvaranje i držanje nedozvoljenih fondova predstavljati kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju ako se ispune sva njegova obilježja. To će se dogoditi kad počinitelj kao član upravljačkog sloja povrijedi dužnost zaštite povjerene mu imovine tako da bez suglasnosti skupštine društva ili nadzornog odbora osnuje ili koristi fond koji nije evidentiran u računovodstvu društva. U tom slučaju nastat će šteta za društvo samim osnivanjem takvog fonda jer je imovina unijeta u fond u trenutku izdvajanja prestala biti imovinom društva; isto vrijedi i za neprijavljivanje već zatečenog fonda, kada se djelo čini nečinjenjem. Eventualna kasnija uporaba sredstava fonda u korist društva predstavljat će naknadno umanjeње štete i stoga samo olakotnu okolnost. Budu li pak sredstva tajnog fonda upotrijebljena za davanje mita, bit će ostvarena i obilježja kaznenog djela davanja mita u gospodarskom poslovanju. Stjecaj u tom slučaju neće biti prividan jer će kazneno djelo zlouporabe povjerenja u gospodarskom poslovanju biti kazneno djelo protiv imovine a davanje mita u gospodarskom poslovanju kazneno djelo protiv poštenog tržišnog natjecanja, dakle, njima će se povređivati različita pravna dobra.

Summary

TREATMENT BY CRIMINAL LAW OF ILLICIT ("SLUSH") FUNDS IN ECONOMIC OPERATIONS

The issue of illicit funds has been entirely neglected in Croatian criminal law: theoreticians have been circumventing it, and it is not apparent in delivered court judgements. In fact, this is a relatively widespread phenomenon in modern economic operations, especially in the operation of joint stock companies, and even in limited liability companies, where such funds are used for bribing business partners. Starting from the "Siemens/ENEL" case in German case law, the author gives a critical analysis of the provision of Article 292 paragraph 1 subparagraph 1 of the current Criminal Code, pursuant to which the establishment or holding of illicit funds is punished if the offence is committed with the aim of acquiring pecuniary gain for own benefit or for the benefit of another legal entity. However, it is considered that the establishment of such funds does not represent a benefit but causes damage to the legal entity, and could therefore be defined as a type of offence of breach of trust in economic operations, which the working group involved in the Draft Proposal of the new Criminal Code proposes to be introduced in the new Criminal Code.

na taj način pribavi sebi ili drugoj fizičkoj ili pravnoj osobi protupravnu imovinsku korist ili na drugi način onome o čijim se imovinskim interesima dužan brinuti prouzroči štetu, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina. (2) Ako je kaznenim djelom iz stavka 1. ovoga članka pribavljena znatna protupravna imovinska korist ili prouzročena znatna šteta, počinitelj će se kazniti kaznom zatvora od jedne do deset godina."

