

PREDLOG SPREMEMB ZAKONA O FINANČNEM POSLOVANJU, POSTOPKIH ZARADI INSOLVENTNOSTI IN PRISILNEM PRENEHANJU (ZFPPIPP) - predlog Združenja Manager

V določenih poslovnih krogih raste zavest o potrebi, da poslovni neuspeh prepoznamo kot naravno značilnost ekonomije in da sprejmemo dejstvo, da lahko propadejo tako šibka kot močna podjetja, čeprav zaradi različnih razlogov, ne da bi pri tem prišlo do neodgovornosti, malomarnosti in nepoštenega ravnanja vodstva podjetja.

[Zakonodajne smernice insolvenčnega prava, UNCITRAL, 2005]

V delovni skupini za insolvenčno zakonodajo pri Združenju Manager predlagamo, da k spreminjanju ZFPPIPP pristopimo po vsebinskih sklopih, zato svojih predlogov ne bomo predstavili v obliki sprememb besedil ustreznih členov. Vsaka od predlaganih vsebinskih sprememb namreč zahteva ustrezno redakcijo celotnega besedila zakona, ki predstavlja zamudno in pravno-tehnično zahtevno nalogo, zato verjamemo, da tega ni smiselno početi, dokler se ne določi nabora sprememb zakona na vsebinski ravni.

Pri tem izhajamo iz pristopa, na katerem so zasnovane UNCITRAL-ove *Zakonodajne smernice insolvenčnega prava* iz leta 2005, ki na sistematičen in celovit način predstavijo vse ključne vsebinske sklope in zakonodajne dileme, na katere naletimo v razvoju insolvenčne zakonodaje.

Naši predlogi se nanašajo predvsem na postopke prisilne poravnave, ker je prav od teh postopkov odvisna učinkovitost procesa prestrukturiranja praviloma prezadolženih slovenskih podjetij. V primerjavi s postopkom prisilne poravnave je stečajni postopek vsebinsko enostavnejši, ker je zasnovan na predpostavki, da podjetje nima več nobenega poslovnega potenciala. Stečaj se zato zvede na vsebinsko jasen, čeprav izvedbeno kompleksen proces prodaje premoženja podjetja in razdelitve denarnih sredstev med upnike in lastnike.

1. O vseh ključnih vprašanjih v postopku prisilne poravnave mora odločati sodišče in ne lastniki ali (nezavarovani) upniki

Končno odločitev pri vseh odločitvah v postopku prisilne poravnave je potrebno prenesti z upnikov in lastnikov na sodišče, zaradi očitnega nasprotja interesov med deležniki, še posebej med družbo, zavarovanimi upniki, nezavarovanimi upnik in lastniki. Sodišče je edina nepristranska stranka v postopku, zato lahko objektivno samo od sodišča pričakujemo tako odločitev, ki bo neodvisna od interesov drugih strank v postopku. Ob tem morajo družba, upniki in lastniki imeti pravico biti slišani in predlagati določena ravnanja in rešitve, ne smejo pa imeti pravice odločanja o zadevah v postopku, ker se s tem institucionalizira možnost zlorabe pravice odločanja v korist ene izmed strank v postopku.

Na primer, v obstoječi ureditvi o sprejemu prisilne poravnave odločajo nezavarovani upniki (200. člen zakona), kar nezavarovanim upnikom omogoča privilegiran položaj v postopku in sprejem rešitev v škodo družbe, zavarovanih upnikov in lastnikov. Drugi primer uzakonjene možnosti zlorabe pravice odločanja v postopkih prisilne poravnave je rešitev, po kateri o povečanju kapitala zaradi finančnega

prestrukturiranja lahko odloča skupščina družbe oz. lastniki podjetja. Pri tem so lastniki v očitnem konfliktu interesov z odločitvijo, ki se od njih pričakuje (to je zmanjšanje lastnega lastniškega deleža), zato je takšna ali drugačna oblika zlorabe pravice odločanja o povečanju osnovnega kapitala zaradi finančnega prestrukturiranja v korist lastnikov zelo verjetna, lahko bi rekli pravzaprav pričakovana oziroma vgrajena v sistem. Obstoječe rešitve sicer dovoljujejo, da sklep o povečanju osnovnega kapitala sprejme tudi poslovodstvo ali upniški odbor, vendar se zopet zdi očitno, da se tako samo prenaša možnost zlorabe privilegiranega položaja v postopku prisilne poravnave na drugi dve stranki v postopku, ki sta dejansko v povsem enakem nasprotju interesov kot lastniki.

Zato ocenjujemo, da se lahko le s prenosom ključnih odločitev na sodišče doseže cilj zaščite družbe ob hkratnem poštenem uravnovešenju interesov ostalih deležnikov.

Pri tem velja dodati, da pomisleki v zvezi s strokovno usposobljenostjo sodišč za odločanje v postopkih zaradi insolventnosti ne bi smeli prevladati iz vsaj dveh razlogov:

- a) Sodišče je objektivno edina nepristranska stranka v postopkih zaradi insolventnosti, zato zakonodajalec, ki se želi izogniti pasti konflikta interesov, nima izbire. Morebitne strokovne slabosti sodišč je treba reševati z dodatnim usposabljanjem sodnikov ter sistematično vključitvijo mnenj sodnih izvedencev in drugih strokovnjakov v ustrezne postopke, in ne s prenosom pravice odločanja v postopkih zaradi insolventnosti na skupino deležnikov, katerih interesi so v očitnem nasprotju z interesi drugih deležnikov podjetja in družbo samo.
- b) Zakonodaja že danes daje sodnikom pristojnost odločanja v ekonomsko in finančno veliko bolj zahtevnih zadevah. Na primer, odločanje v sporih, ki se nanašajo na zakonodajo o varstvu konkurence, je strokovno neprimerljivo zahtevnejše kot odločanje v postopkih zaradi insolventnosti.

Izjemno pomembno je, da se s takim pristopom – ko so ključne odločitve prenesene na sodišče kot edino nepristransko stranko v postopku – tako lastnike kot upnike sistemsko spodbudi k temu, da hitreje reagirajo na nastanek finančnih težav v podjetju, ker lahko v postopku zunaj sodnega oziroma prostovoljnega finančnega prestrukturiranja bistveno bolje zaščitijo svoje interese kot v postopku prisilne poravnave, v katerem ne odločajo oni, ampak sodišče.

2. V postopku prisilne poravnave je treba omejiti pravice lastnikov oziroma pristojnosti nadzornih svetov in skupščine družbe

Posebna oblika uzakonjenosti privilegiranega položaja ene izmed strank v postopku prisilne poravnave je tudi dejstvo, da lastniki oziroma nadzorni svet ohranijo nadzor nad vodenjem podjetja v procesu prisilne poravnave, čeprav insolventnost predpostavlja, da je vrednost lastniškega kapitala enaka nič ali celo negativna. Takšna ureditev lastnikom na primer omogoča nezaželen vpliv na vsebino načrta finančnega prestrukturiranja oziroma možnost, da se vsebina načrta prilagodi interesom najvplivnejših

lastnikov na škodo upnikov in družbe. V postopku prisilne poravnave je zato treba prenesti na sodišče pristojnosti nadzora nad upravljanjem in vodenjem podjetja v procesu prisilne poravnave.

Ko obstajajo razlogi za zamenjavo uprave, mora to biti omogočeno z zakonom, vendar samo na osnovi odločitve sodišča in sicer na predlog zainteresiranih deležnikov, v nobenem primeru pa ne na osnovi samostojne odločitve nadzornega sveta, ker se s tem omogoča nesorazmeren vpliv lastnikov na vsebino načrta finančnega prestrukturiranja in na celoten postopek prisilne poravnave.

Pri tem velja opozoriti, da bi prenos pravice nadzora nad upravljanjem podjetja na upniški odbor (na nezavarovane upnike) tudi v tem primeru samo prenesla pravico odločitve iz ene stranke v nasprotju interesov na drugo stranko v postopku z nič manjšim konfliktom interesov kot to velja za lastnike.

3. Uvedba postopka zaradi insolventnosti mora ustaviti izvršitev vseh terjatev zavarovanih upnikov, razen v izjemnih primerih, ki jih določa zakon

Uvedba postopkov zaradi insolventnosti mora ustaviti tudi izvrševanje iz naslova zavarovanih terjatev (213. člen zakona). Unovčitev zastavljenega premoženja, ki predstavlja poslovno potrebno sredstvo (npr. zaloge surovin in gotovih proizvodov, proizvodna oprema ali tovornjaki za prevoz proizvodov) bi namreč onemogočila izvedbo prisilne poravnave oziroma finančnega prestrukturiranja družbe, ki predpostavlja kontinuiteto proizvodnega procesa.

Zakon lahko določa izjemne primere, v katerih lahko zavarovani upnik zahteva od sodišča, da mu odobri unovčitev zastavljenih stvari ali pravic, v osnovi pa unovčitev ne bi smela biti mogoča, dokler se sodišče dokončno ne odloči, ali se za družbo uvede stečajni postopek ali ne, ker v stečaju razlika med poslovno potrebnimi in nepotrebnimi sredstvi dejansko ni več pomembna.

4. Zakon mora izrecno prepovedati možnost izplačila slabše zavarovanih upnikov, dokler zavarovani upniki niso izplačani v celoti v skladu s pogodbami, veljavnimi v trenutku razglasitve insolventnosti, oziroma možnost izplačila lastnikov, dokler niso v celoti izplačani vsi upniki (pravilo absolutne prednosti; angl. absolute priority rule)

Izhajajoč iz osnovne finančne in pravne vsebine razlike med zavarovanimi in nezavarovanimi terjatvami ter med upniškimi in lastniškimi terjatvami bi moral zakon predvideti, da se imetniki terjatev v načrtu finančnega prestrukturiranja razvrstijo v razrede glede na svoja zavarovanja (od zavarovanih upnikov do najmanj zavarovanih lastnikov) in izrecno prepove predvideti možnost izplačila manj zavarovanih razredov imetnikov terjatev, dokler razredi bolj zavarovanih imetnikov terjatev niso so v celoti poplačani.

Zakon mora še posebej izrecno prepovedati možnost, da načrt finančnega prestrukturiranja predvidi ali izplačilo lastnikom ali ohranitev njihovih lastniških deležev, če načrt ne predvideva izplačila vseh

zavarovanih in nezavarovanih upnikov v celoti in v skladu z vsemi določili pogodb, veljavnih v trenutku razglasitve insolventnosti. Gre za eden izmed osnovnih postulatov korporativnega prava in financ – in sicer, da so lastniški deleži po svoji naravi rezidualna terjatev do premoženja družbe, zato lahko njihova terjatev nastopi, šele ko so upniki v celoti poplačani.

Velja poudariti, da vsa analitična orodja ocene vrednosti finančnih instrumentov predpostavljajo spoštovanje pravila absolutne prednosti. Nezavarovane terjatve in lastniški deleži imajo namreč povsem drugačno denarno vrednost za njihove lastnike, če obstaja možnost, da pride na njihovi osnovi do izplačila, tudi če bolje zavarovani upniki niso v celoti izplačani. Če zakon daje to možnost, s tem omogoča neupravičeno oškodovanje zavarovanih upnikov in upnikov v celoti in v praksi dejansko omogoča zlorabe.

Zanimivo je, da se pravilo absolutne prednosti dosledno spoštuje v stečajnem postopku; v postopku prisilne poravnave pa ga zakon ne predvideva, čeprav gre vsebinsko za povsem enaki situaciji (glej 359. člen zakona).

5. *Preprečiti zlorabo prisilne poravnave za izogibanje rokom za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj*

Nekatere prisilne poravnave so bile predlagane s ciljem, da se podaljša čas do začetka stečajnega postopka in s tem omogoči potek enoletnega roka za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj. Da bi preprečili navedeno zlorabo prisilne poravnave, predlagamo, da se rok za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju določi tako, da so izpodbijna vsa dejanja dolžnika, ki so nastala v dvanajstih mesecih pred uvedbo kateregakoli insolvenčnega postopka in ne samo dejanja, ki so nastala v obdobju dvanajstih mesecev pred uvedbo stečajnega postopka.

V Združenju Manager ocenjujemo, da bi korekcija ZFPPIPP v smeri opisanih petih sprememb pomembno uredila področje insolvenčne zakonodaje. Ta je za gospodarstvo izjemno pomembna, saj gre za eno izmed ključnih orodij za prestrukturiranje gospodarstva. Če je orodje preveč zapleteno – celo izkušeni stečajni upravitelji opozarjajo, da je zakonska materija ZFPPIPP težko razumljiva in nepregledna celo izobraženim strokovnjakom, zakonske rešitve pa omogočajo zlorabe in zavlačevanje postopkov, ima to neposredni negativni učinek na gospodarske razmere in na zaupanje med osebami, ki nastopajo na trgu.

Naš cilj je sooblikovati sodobno, hitro, učinkovito in pravično zakonodajo, zato želimo še enkrat izkazati svojo pripravljenost na aktivno sodelovanje pri iskanju ustreznih rešitev.

Ljubljana, 30. junij 2011