

IZHODIŠČA

ZA SPREMEMBO ZAKONA O FINANČNEM POSLOVANJU, POSTOPKIH ZARADI INSOLVENTNOSTI IN PRISILNEM PRENEHANJU (ZFPPIPP)

Predlogi 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 spreminjanja ZFPPIPP lotimo konceptualno 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 konceptualnih sprememb zakona po ključnih vsebinskih sklopih.

Pri tem izhajamo iz pristopa, na katerem so zasnovane:

- UNCITRAL-ove *Zakonodajne smernice insolvenčnega prava* iz leta 2005 (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf), ki na sistematičen in celovit način predstavijo vse ključne vsebinske sklope in zakonodajne dileme, na katere naletimo v razvoju insolvenčne zakonodaje; in
- INSOL-ova *Izjava o načelih celovitega pristopa k prestrukturiranju z večjim številom upnikov* <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/PDF%5Carticulo%5C4.pdf>

Naši predlogi se omejujejo na postopke prisilne poravnave, ker je ta eden on najbolj pomembnih dejavnikov, od katerih je odvisna učinkovitost procesa prestrukturiranja prezadolženih slovenskih podjetij in slovenskega gospodarstva v celoti. V primerjavi s postopkom prisilne poravnave je stečajni postopek namreč vsebinsko enostavnejši, ker je zasnovan na predpostavki, da podjetje nima več poslovnega potenciala. Stečaj se zato zvede na vsebinsko nedvoumen postopek, čeprav gre izvedbeno za 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 podjetje, 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. Družba, upniki in lastniki morajo imeti pravico biti slišani in predlagati določena ravnanja in rešitve, ne smejo pa imeti pravice odločati o zadevah, ki so predmet njihovih interesov, ker se s tem institucionalizira možnost zlorabe pravice odločanja v korist ene izmed strank v postopku.

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 sistemsko pogojena.

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 privilegirane položaja v postopku prisilne poravnave na drugi dve stranki v postopku, ki sta dejansko v smiselno enakem nasprotju interesov s podjetjem kot lastniki.

Zato ocenjujemo, da se lahko le s prenosom ključnih odločitev na sodišče doseže cilj zaščite interesov 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 sistemsko 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 na deležnike, 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, kot so postopki zaradi insolventnosti. Na primer, odločanje v sporih, ki se nanašajo na zakonodajo o varstvu konkurence, je s stališča ekonomske stroke neprimerljivo zahtevnejše kot odločanje v postopkih zaradi insolventnosti.

Ne nazadnje je izjemno pomembno, da se s predlagano rešitvijo – 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 bi imeli v postopku zunaj sodnega oziroma prostovoljnega finančnega prestrukturiranja bistveno več vpliva kot v postopku prisilne poravnave, v katerem ne bi odločali oni, ampak sodišče.

2. V postopku prisilne poravnave je treba posebej 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 upravo družbe in s tem 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 ali na drugo neodvisno stran 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 (ki ga sestavljajo samo nezavarovani upniki!) 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 tudi izvršitev 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 v transportnem podjetju) bi namreč onemogočila izvedbo prisilne poravnave oziroma finančnega prestrukturiranja družbe, ki predpostavlja kontinuiteto proizvodnega procesa.

Zakon lahko določi 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, v katerem razlikovanje med poslovno potrebnimi in nepotrebnimi sredstvi ni več smiselno, ali prisilna poravna.

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 kakršnega koli izplačila lastnikom, dokler vsi upniki niso v celoti izplačani (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 temeljnih postulatov korporativnega prava in tržne ekonomije – in sicer, da so lastniški deleži po svoji naravi rezidualna terjatev do premoženja družbe, ki jo je mogoče uveljaviti, samo če so vsi 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 upniki niso v celoti izplačani. Če zakon daje to možnost, s tem sistemsko omogoča neupravičeno oškodovanje upnikov.

Velja opozoriti na pomembno nedoslednost. Pravilo absolutne prednosti se v skladu z zakonom 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 roki za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju preverijo in določijo tako, da so izpodbojna 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.

6. *V zakon naj se vključi tudi formalizacijo zunaj sodno dogovorjenega programa finančnega prestrukturiranja (tki. pospešeni postopek prisilne poravnave)*

Sodni postopki zaradi insolventnosti imajo dve ključni slabosti:

- Število nelikvidnih podjetji, ki niso sposobna odplačevati svojih dolgov je že dosega številko, ki je ne morejo obvladati niti najbolj učinkovita sodišča in zakonske rešitve. Sistem se mora torej usposobiti za zunaj sodno finančno prestrukturiranje gospodarstva.
- Uradna razglasitev začetka formalnega postopka zaradi insolventnosti deluje na trgu kot signal, da je podjetje pred stečajem in da je izgubilo zaupanje svojih bank. Signal predvsem med dobavitelji poveča strah pred neplačilom njihovih terjatev. Dobavitelji v tej situaciji reagirajo tako da zahtevajo takojšnje plačilo ali celo predplačilo, kar v podjetju povzroči likvidnostni šok,

ki lahko potopi tudi najboljše podjetje. Začetek formalnega postopka zaradi insolventnosti zato, navidez nelogično, predstavlja resno grožnjo obstoju podjetja.

Kot odgovor na navedene slabosti sodnega postopka finančnega prestrukturiranja (prisilne poravnave), so sodobni pravni sistemi razvili pospešeni postopek prisilne poravnave (angl. expedited reorganization proceedings), ki družbi omogoči, da formalno potrdi zunaj sodno dogovorjeni program finančnega prestrukturiranja v obliki poenostavljenega in pospešenega postopka prisilne poravnave (glej na primer poglavje IV.B., str. 230, UNICITRAL – Legislative Guide on Insolvency Law). Pospešeni postopek je primeren za projekte z velikim številom upnikov, v katerih je težko doseči dogovor med vsemi upniki – če se izpolnijo z zakonom določeni pogoji, pospešeni postopek v tej primerih omogoči formalno potrditev dogovora na sodišču, tudi če obstaja določeno število upnikov, ki se upirajo dogovoru o finančnem prestrukturiranju (na ta način je bilo na primer izvedeno finančno prestrukturiranje podjetja General Motors v ZDA).

Ljubljana, 12. november 2012