

Številka: 0.4 - 241 / 2013 - 5 - RO

Datum: 16. 12. 2013

Ustavno sodišče Republike Slovenije
Beethovnova 10
1000 Ljubljana

Varuh človekovih pravic RS na podlagi 23. a člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/2007, v nadaljevanju ZUstS-UPB1) vlaga

ZAHTEVO ZA OCENO USTAVNOSTI

15., 32. in 37. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (ZBan-1L, Ur. l. RS št. 96/2013) s katerimi so bili dodani oziroma spremenjeni 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člen Zakona o bančništvu (ZBan-1)

IN

PREDLOG ZA ZAČASNO ZADRŽANJE IZVRŠEVANJA

15., 32. in 37. člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (ZBan-1L, Ur. l. RS št. 96/2013) s katerimi so bili dodani oziroma spremenjeni 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člen Zakona o bančništvu (ZBan-1)

S

PREDLOGOM ZA PREDNOSTNO OBRAVNAVO

Izpodbijane določbe ZBan-1L so po oceni vlagatelja zahteve v neskladju z naslednjimi določbami Ustave RS:

- da je Slovenija pravna in socialna država (2. člen Ustave RS), predvsem v okviru načela zaupanja v pravo
- da ima vsakdo pravico do pravnega sredstva (22. in 23. člen v povezavi s 3. odstavkom 120. člena Ustave RS)
- enakostjo pred zakonom (14. člen Ustave RS),
- varstvom lastnine v povezavi s pravico do zasebne lastnine (67. in 33. člen Ustave RS),

- prepovedjo povratne veljave pravnih aktov (155. člen Ustave RS), v povezavi z 2. členom Ustave RS
- načelom določnosti pravnih aktov v povezavi z 2. in 120. členom Ustave RS

Obrazložitev:

Na Varuha človekovih pravic RS (Varuh) se je obrnil pooblaščenec s pooblastili večjega števila pobudnikov (okoli 300) - imetnikov podrejenih obveznic slovenskih bank. Pobudniki navajajo, da določbe ZBan-1L, v delu, ki se nanašajo na ukrepe prenehanja ali konverzije kvalificiranih obveznosti, posegajo v njihove človekove pravice in temeljne svoboščine.

Varuh je ocenil, da bi bile pobude lahko utemeljene. Na podlagi izpodbijanih določb ZBan-1L lahko namreč Banka Slovenije z odločbo o izrednem ukrepu določi, da podrejene obveznice prenehajo oziroma se delno ali v celoti pretvorijo v navadne delnice banke. Odločba o izrednem ukrepu bi oblastno in za nazaj posegla v pogodbeno razmerje, zoper njo ni pravnega sredstva, imetniki podrejenih obveznic pa so lahko brez utemeljenega razloga postavljeni v slabši položaj kot nekateri drugi upniki bank. Po mnenju Varuha bi tak ukrep lahko predstavljal neustaven poseg v lastninsko pravico pobudnikov, v njihovo pravico do pravnega sredstva in enakosti pred zakonom, hkrati pa bi bila morebitna uporaba izrednih ukrepov v nasprotju z nekaterimi temeljnimi ustavnimi načeli, kot sta načelo zaupanja v pravo in načelo prepovedi povratne veljave pravnih aktov.

ZBan-1L sicer določa, da je v primeru, kadar je bilo poseženo v pravice imetnika podrejenih obveznic možno zaradi odprave posledic akta o prenehanju podrejenih obveznic zoper Banko Slovenije vložiti odškodninsko tožbo, zaradi česar bi na podlagi 5. alineje 1. odstavka 30. člena Zakona o varuhu človekovih pravic, Varuh pobude lahko zavrnil. Vendar pa Varuh ocenjuje, da bi bilo za pobudnike nesmotrno začeti dolgotrajne sodne postopke, ki bi se v vsakem primeru lahko končali na Ustavnem sodišču RS (Ustavno sodišče), medtem pa bi jim nastala tudi velika in težko popravljiva škoda. Zato Varuh na podlagi 23. a člena Zakona o ustavnem sodišču na Ustavno sodišče **vlaga zahtevo za oceno ustavnosti zgoraj navedenih določb ZBan-1L s predlogom za začasno zadržanje izvršitve ZBan-1L in prednostno obravnavo zadeve.**

Že pred vložitvijo navedene zahteve je Varuh na podlagi 7., 39. in 40. člena Zakona o varuhu človekovih pravic Banki Slovenije predlagal, da do odločitve Ustavnega sodišča o predlogu za začasno zadržanje izvršitve izpodbijanih določb ZBan-1L ne izdaja odločb, s katerimi bi izrekla ukrep prenehanja ali konverzije podrejenih obveznic. Varuh namreč meni, da bi v nasprotnem primeru lahko nastale nepopravljive škodljive posledice za imetnike podrejenih obveznic, za (splošno) zaupanje v pravo in pravno državo, za delovanje pravosodja (množično vlaganje tožb), v končni posledici pa tudi za davkoplačevalce, ki bi ob morebitni ugotovitvi neustavnosti ZBan-1L prizadetim (posredno) plačali odškodnine.

VARUH ČLOVEKOVIH PRAVIC RS

DUNajska 56, 1109 LJUBLJANA TELEFON: +386 1 47 500 50 FAKS: + 386 1 47 500 40
BREZPLAČNI TELEFONSKI KLIC IN INFORMACIJE: 080 15 30 E-MAIL: INFO@VARUH-RS.SI

WWW.VARUH-RS.SI

I. KRATKA PREDSTAVITEV BESEDILA ZBan-1 IN ZBan-1L

Državni zbor RS je 14.11.2013, po tem, ko je Državni svet RS na ZBan-1L dne 5.11.2013 izglasoval odločilni veto, ponovno sprejel ta zakon. ZBan-1L je bil objavljen v Ur. l. RS št. 96/2013 dne 22.11.2013 in je začel veljati dne 23.11.2013. Kot bo v nadaljevanju natančneje pojasnjeno, ZBan-1L po mnenju vlagatelja posega v ustavno zajamčene človekove pravice imetnikov obveznic, saj določa ukrepe, ki Banki Slovenije omogočajo posege v že pridobljene pravice imetnikov obveznic, vključno z odreditvijo izrednega ukrepa prenehanja ali konverzije kvalificiranih obveznosti banke, kar praktično pomeni razlastitev imetnikov obveznic tako, da jim odvzame njihovo lastninsko pravico in s tem zasebno lastnino, pri čemer je presoja o potrebnosti takšnega ukrepa prepuščena arbitrarni presoji Banke Slovenije. Dodatno ZBan-1L imetnikom obveznic prepoveduje kakršen koli dogovor z banko izdajateljico obveznic in jim odvzema pravna sredstva, s katerimi bi lahko preprečili ali izpodbijali prenehanje lastništva obveznic kot posledico takšnega ukrepa.

I.a. ZBan-1 pred uveljavitvijo ZBan-1L

Obveznica je dolžniški vrednostni papir, s katerim se izdajatelj obveznice zadolži in pri tem obveže, da bo do posojilodajalca, ki z vplačilom obveznic postane njihov imetnik in s tem upnik izdajatelja, izpolnjeval vse pogodbene obveznosti. Izdajatelj obveznice je lahko država, občina, banka ali podjetje. Vsak izdajatelj mora pred oziroma ob izdaji obveznice izdati prospekt, v katerem opredeli svoje pogodbene obveznosti do imetnikov obveznice in tveganja, ki jim je lahko imetnik izpostavljen.

V prospektu mora izdajatelj opredeliti tudi, ali bo obveznice po izdaji uvrstil na organizirani trg vrednostnih papirjev; ker to imetnikom olajša prodajo drugemu kupcu, se za uvrstitev obveznic na organizirani trg odloči večina izdajateljev, banke pa se pri izdaji svojih obveznic za to odločijo skoraj v vseh primerih. Za uvrstitev obveznic na organizirani trg mora izdati dovoljenje pristojni regulator (v Republiki Sloveniji je to Agencija za trg vrednostnih papirjev), ki mora preveriti skladnost določil prospekta z veljavno zakonodajo in podzakonskimi akti. Če regulator ugotovi skladnost (v ta namen lahko od izdajatelja zahteva tudi ustrezne spremembe prospekta), izda dovoljenje za izdajo obveznic in njihovo uvrstitev na organizirani trg vrednostnih papirjev (v Sloveniji na Ljubljansko borzo vrednostnih papirjev, nekatere obveznice slovenskih bank pa kotirajo na Luksemburški borzi in Irski borzi in so za tamkajšnjo kotacijo pridobile dovoljenje lokalnega regulatorja trga vrednostnih papirjev).

Obveznica ima lahko pogodbeni rok dospelja (ne izkazuje stalnosti), ali pa nima dospelja (izkazuje stalnost). Obveznica je lahko kuponska (s periodičnim izplačilom obresti, najpogosteje letno ali polletno) ali pa brezkuponska. V primeru kuponske obveznice je v prospektu natančno opredeljena tudi obrestna mera in terminski načrt izplačevanja obrestnih kuponov.

Obveznice bank so tako dolžniški instrument, ki predstavlja enega od osnovnih instrumentov zadolževanja (med te sodijo še posojila drugih bank in bančnih sindikatov ter bančne vloge).

V prospektu mora izdajatelj obveznic opredeliti tudi, ali je v primeru stečaja banke izdajateljice izplačilo obveznosti iz tega dolžniškega instrumenta podrejeno kateri od ostalih obveznosti banke; vse obveznice so pri izplačilu tako podrejene zajamčenim bančnim vlogam fizičnih oseb, nekatere pa so si pri izplačilu v stečaju podrejene oziroma nadrejene tudi med seboj. Tako ločimo navadne obveznice (niso podrejene nobeni od ostalih obveznic iste banke izdajateljice) in podrejene obveznice (so podrejene vsaj eni od ostalih obveznic iste banke izdajateljice). Podrejene obveznice se lahko vključujejo tudi v računovodski kapital banke, na osnovi katerega se izračunavajo kazalniki solventnosti (količniki kapitalske ustreznosti) banke. Obveznice, ki se skladno s prospektom vključujejo v temeljni kapital banke, so vselej podrejene vsem obveznicam, ki se vključujejo le v dodatni kapital banke, te pa so podrejene vsem obveznicam, ki se ne vključujejo ne v temeljni, ne v dodatni kapital banke.

Dolžniške instrumente bank, ki se upoštevajo pri izračunu temeljnega in dodatnega kapitala bank, opredeljuje Zakon o bančništvu (ZBan-1¹ v 133., 133.a in 134. in 134.a členu. Instrumente temeljnega kapitala opredeljujeta 133. in 133.a člen ZBan-1, instrumente dodatnega kapitala pa 134. člen ZBan-1.

V 133.a členu ZBan-1 je določeno, da so sestavine instrumentov temeljnega kapitala neomejeno razpoložljive za takojšnje pokrivanje izgub in izgub v času rednega poslovanja (2. točka 1. odstavka) in da se smejo te sestavine v primeru stečaja ali likvidacije banke izplačati šele po poravnavi vseh obveznosti in po izplačilu vseh ostalih finančnih instrumentov (2. odstavek).

V 134. členu ZBan-1 pa je opredeljeno, da med instrumente dodatnega kapitala sodijo tudi podrejene obveznosti banke, ki se upoštevajo pri izračunu dodatnega kapitala I banke (2. točka 2. odstavka). Ne 134., ne kateri koli drug člen ZBan-1 ne opredeljuje možnosti oz. razpoložljivosti instrumentov dodatnega kapitala za pokrivanje izgub v času rednega poslovanja banke izdajateljice. Hkrati ne 134., ne kateri koli drug člen ZBan-1 ne opredeljuje, da bi se smele obveznosti iz naslova instrumentov dodatnega kapitala v primeru likvidacije banke izplačati šele po poravnavi katere od drugih obveznosti.

ZBan-1 je v 318. členu pred novelo ZBan-1L določal, da nad banko ni mogoče začeti postopka prisilne poravnave, ZBan-1L pa to dikcijo spreminja tako, da prisilna poravnava ni možna po zakonu, ki ureja gospodarske družbe. Ker insolvenčne postopke opredeljuje Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)², in določa postopek prisilne poravnave in stečajni postopek (1. odstavek 5. člena ZFPPIPP) – iz 318. člena ZBan-1 tako izhaja, da je edini postopek zaradi insolventnosti, ki ga je mogoče začeti nad banko, stečajni postopek.

Osnovna instrumenta instituta prisilne poravnave sta pretvorba terjatev upnikov do družbe

¹ Ur. l. RS 131/2006, 1/2008, 109/2008, 19/2009, 98/2009, 79/2010, 99/2010, 52/2011, 59/2011, 85/2011, 48/2012, 105/2012, 56/2013

² Ur. l. RS 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 26/2011, 47/2013, UPB 63/2013

dolžnice v lastniške deleže družbe dolžnice (144. člen ZFPPIPP) in odpis terjatev upnikov do družbe dolžnice (143. člen ZFPPIPP), iz 318. člena ZBan-1 pa je izhajalo, da ta institut in s tem njegova instrumenta pri upnikih bank nista smela biti uporabljena - do uveljavitve ZBan-1L torej ni (bila) dovoljena ne konverzija terjatve v lastniški delež banke, ne njeno prenehanje, če ni prišlo stečaja. Tako je upnik, ki je vstopil z banko v dolžniško-upniško razmerje (z vplačilom bančne vloge ali dolžniškega instrumenta banke), tvegala izgubo svoje terjatve le v primeru stečaja banke.

Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1)³ v 1. odstavku 498. člena določa, da ob nastanku kapitalske neustreznosti družbe vsa posojila, ki jih je dal tej družbi njen družbenik, štejejo za premoženje, torej kapital družbe. Ker je uvedba stečajnega postopka nad banko mogoča šele po priznanju njene kapitalske neustreznosti, bi bil vsaj v primeru NLB d.d. ali NKBM d. d., katerih največja lastnica je Republika Slovenija, stečaj lahko začel šele po tem, ko bi se vse bančne vloge Republike Slovenije pretvorile v kapital kapitalsko neustrezne banke in še to le v primeru, če ta pretvorba ne bi zadoščala za odpravo kapitalske neustreznosti. Tako bi bili celo v primeru stečaja omenjenih dveh bank, dolžniški instrumenti te banke razpoložljivi za kritje izgub banke šele po tem, ko bi se za pokrivanje teh izgub že uporabile celotne bančne vloge Republike Slovenije.

I.b. Podzakonski akti

Podrobnejši pogoji, razmerja, omejitve, lastnosti in vrste dolžniških instrumentov bank so skladno z 2. odstavkom 129. člena ZBan-1, opredeljeni v Sklepu Banke Slovenije o izračunu kapitala bank in hranilnic⁴. Ta določa, da so hibridni instrumenti temeljnega kapitala razpoložljivi za kritje izgube tudi v času rednega poslovanja in tudi v višini do celotne terjatve upnika - imetnika instrumenta (b. točka 1. odstavka 19. člena), enako opredeljuje za hibridne instrumente dodatnega kapitala (f. točka 4. odstavka 25. člena). Nasprotno pa v 28. členu, kjer opredeljuje instrumente dodatnega kapitala s pogodbenim rokom zapadlosti (nehibridne instrumente podrejenega dolga), nikjer ne omenja kritja izgube ne v času rednega poslovanja, ne v času likvidacije.

Sklep določa še, da mora banka v okviru zahteve za izdajo dovoljenja Banke Slovenije za izdajo dolžniškega instrumenta predložiti tudi prospekt tega instrumenta, ki tvori osnovno dokumentacijo, povezano z izdajo instrumenta (a. točka 3. odstavka 16. člena; a. točka 3. odstavka 25. člena; a. točka 3. odstavka 28. člena).

I.c. ZBan-1 po uveljavitvi ZBan-1L

ZBan-1L s 15. členom uvaja v ZBan-1 nov 261.a člen, ki v 1. odstavku opredeljuje, da lahko Banka Slovenije izda odločbo o izrednem ukrepu, s katerim določi, da kvalificirane obveznosti banke delno ali v celoti prenehajo, ali se delno ali v celoti pretvorijo v nove navadne delnice banke. V 6. odstavku ta člen opredeljuje, kaj so kvalificirane obveznosti banke in določa merila za razvrstitev teh obveznosti v štiri rede, na katere izredni ukrep iz

³ Ur. l. RS 42/2006, 60/2006, 10/2008, 68/2008, 42/2009, UPB 65/2009, 33/2011, 91/2011, 32/2012, 57/2012, 82/2013

⁴ Ur. l. RS 135/2006, 104/2007, 85/2010, 97/2010, 100/2011, 100/2012

1. odstavek tega člena deluje zaporedoma tako, da se najprej izvede na kvalificiranih obveznostih prvega reda, nato drugega, za tem tretjega in nazadnje četrtega.

ZBan-1L bistveno posega v pogodbeni odnos med banko izdajateljico obveznice in imetnikom obveznice, še posebej v primeru podrejenih obveznic z dospeljem, ki se le začasno vključujejo v dodatni kapital banke, saj prospekti mnogih med temi obveznicami, npr. obveznice NLB 26. izdaje (v nadaljevanju NLB26), med imetniki katerih je najširši krog fizičnih oseb, ne predvidevajo, da bi te lahko služile za kritje izgub banke izdajateljice tudi mimo njenega stečaja. Po novi ureditvi pa je to mogoče in sicer brez možnosti, da bi imetnik obveznice na to lahko kakorkoli vplival, saj nima niti pravice do pravnega sredstva, s katerim bi ta ukrep lahko preprečil ali izpodbijal.

ZBan-1L tako uvaja možnost kritja izgube banke izdajateljice preko odpisa tega instrumenta ali njegove pretvorbe v delnice banke, česar ni opredeljevala ne zakonodaja, ki je veljala pred uveljavitvijo te novele, ne veljavni podzakonski akt, ki še vedno ureja to področje, ne prospekti mnogih podrejenih obveznic z dospeljem, ki so bili izdani na podlagi dovoljenja pristojnega regulatorja ter niso bili preklicani ali razveljavljeni, in niti ne morejo biti preklicani ali razveljavljeni. Po načelu *pacta sunt servanda* je potrebno pogodbeno določila pogodbenih strank spoštovati. Banka tega prospekta niti ne more spremeniti ali preklicati. Ureditev pred novelo ZBan-1L je imetnikom mnogih takšnih obveznic (npr. obveznice NLB26) zagotavljala, da izgub ne morejo utrpeti ne med rednim poslovanjem, ne v morebitni likvidaciji banke, temveč le v primeru njenega stečaja. Z uveljavitvijo ZBan-1L pa za prenehanje (tudi v celoti) teh obveznic zadošča, da Banka Slovenije odredi tak izredni ukrep, kar lahko stori tudi brez uvedbe stečaja, prisilne poravnave ali likvidacije banke.

Hkrati ZBan-1L s 15. členom uvaja v ZBan-1 nov 261.e člen, ki v 1. odstavku določa, da upniki, ki so skladno z določili novega 261.a člena ZBan-1 po novem opredeljeni kot imetniki kvalificiranih obveznosti, niso upravičeni zahtevati od banke povračila škode ali uveljavljati drugih zahtevkov, ki so pogodbeno dogovorjeni za primer kršitve ali neizpolnitve pogodbenih obveznosti banke, če je kršitev ali neizpolnitev pogodbenih obveznosti banke posledica izrednega ukrepa na podlagi tega zakona, ter da je vsaka pogodbeno ureditev, ki bi bila v nasprotju s to določbo, nična.

Dvaintrideseti člen ZBan-1L v ZBan-1 uveljavlja tudi nov 347. člen, ki določa: »*Tožbo proti odločbi Banke Slovenije o prenehanju banke in proti odločbi o izrednem ukrepu lahko vložijo banka. Rok za vložitev tožbe zoper odločbo o prenehanju banke ali odločbo o izrednem ukrepu teče od dneva, ko je odločba vročena vsem članom uprave banke.*« ZBan-1L torej določa, da Banka Slovenije sprejme izredni ukrep, s katerim imetnike obveznic razlasti, in/ali jim v zameno izda delnice iste banke. Ta akt izvede z odločbo. Zoper to odločbo o prenehanju ali konverziji imetniki obveznic nimajo pravice vložiti tožbe, saj gre za izredni ukrep Banke Slovenije. Torej bi zoper to odločbo lahko v imenu imetnika tožbo vložila le banka izdajateljica. Pri tem sta največji banki izdajateljici podrejenih dolžniških instrumentov v državni lasti, torej člane njenih uprav imenuje Republika Slovenija, dovoljenje za opravljanje funkcije člana uprave pa v vseh bankah podeljuje Banka Slovenije, ki lahko to dovoljenje članu uprave tudi odvzame, za kar zadošča že, da ta po presoji Banke Slovenije ne izpolnjuje moralnih kriterijev oz. ne spoštuje njenih navodil. V takšnih okoliščinah je težko pričakovati, da bi uprave bank objektivno in zavzeto branile interese imetnikov

obveznic, saj bi to lahko storile le s sodnim sporom zoper Banko Slovenije.

Pravno varstvo imetnikom še dodatno omejuje 6. odstavek novega 347. člena ZBan-1 (32. člen ZBan-1L): »*Delničarji banke, katerih skupni deleži dosegajo najmanj desetino osnovnega kapitala banke, lahko zaradi uveljavljanja sodnega varstva zoper odločbo Banke Slovenije o prenehanju banke ali o izrednem ukrepu zahtevajo od uprave banke ali od izredne uprave, če je imenovana, da skliče skupščino delničarjev banke s predlogom, da skupščina razreši osebe, ki so na podlagi drugega odstavka tega člena pooblašene za zastopanje banke, in da imenuje druge osebe, ki v postopkih sodnega varstva zoper odločbo Banke Slovenije zastopajo banko.*« Republika Slovenija kot največji lastnik NLB d. d. in NKBM d. d. ve, da vsi imetniki obveznic teh dveh bank, tudi po konverziji, skupaj niti teoretično ne bodo mogli doseči 10% deleža v osnovnem kapitalu bank, saj bo konverzijsko razmerje določila Banka Slovenije, Republika Slovenija pa bo svoj večinski delež lahko vselej še ustrezno okrepila s konverzijo ustreznega dela svojega depozita v delnice, zato je jasno, da ta člen imetnikom obveznic še dodatno omejuje že tako zelo okrnjeno pravno varstvo, saj pogojev za vložitev tožbe proti odločbi Banke Slovenije o prenehanju banke ali katerem koli od izrednih ukrepov, ki jih uveljavlja ZBan-1L, niti teoretično ne bodo mogli doseči.

Pomembno je tudi določilo novega 350a. člena ZBan-1 (37. člen ZBan-1L), v katerem je navedeno: »*1. Delničarji, upniki in druge osebe, katerih pravice so prizadete zaradi učinkov odločbe Banke Slovenije o izrednem ukrepu, lahko zahtevajo od Banke Slovenije povrnitev škode ob upoštevanju 223.a člena tega zakona, če dokažejo, da je škoda, ki je nastala zaradi učinkov izrednega ukrepa, višja kot bi bila v primeru, če izredni ukrep ne bi bil izrečen.*« in »*2. Za varstvo pravic delničarjev in upnikov v primeru odločbe o prenehanju banke ali o izrednem ukrepu se v razmerju do Banke Slovenije ne uporablja 264. člen ZGD-1.*« Imetniki obveznic torej od banke izdajateljice po določilih ZBan-1L ne morejo imeti nobene zahtevke več, prav tako pa nimajo pravnega sredstva, ki bi jim lahko omogočil sodno presojo zakonitosti odločbe o konverziji obveznic v delnice banke. Vendar pa tudi v zvezi z zahtevkom do Banke Slovenije imetniki obveznic nimajo pravice od banke zahtevati predložitev informacij in podatkov o poslovanju banke, kot je ta možnost predvidena za primer tožbe same banke zoper odločbo o izrednem ukrepu (šesti odstavek 347. člena ZBan-1). Imetniki obveznic, katerih pravice so prizadete z izrednim ukrepom, nimajo torej nikakršnih možnosti po vsebini zadostiti trditvenemu in dokaznemu bremenu, kakor jim to nalaga zakon. Če bi jim to kljub vsemu uspelo, pa zakon kot dodatno predpostavko odškodninske odgovornosti Banke Slovenije določa njeno neskrbno ravnanje (350.a člen v zvezi s 223.a členom). Pri tem se šteje, da je Banka Slovenije ravnala z ustrežno skrbnostjo, če je ob upoštevanju dejstev in okoliščin, s katerimi je razpolagala ali bi morala razpolagati v času odločanja, lahko upravičeno štela, da so izpolnjeni pogoji za izrekanje ukrepov nadzora in da so izrečeni ukrepi zakoniti (drugi odstavek 223.a člena).

Varuh ugotavlja, da pri razlastitvi imetniki obveznic ne bodo imeli prav nobene možnosti (so)odločanja o njihovi razlastitvi niti na razpolago pravnega sredstva. Banki Slovenije namreč pred izdajo odločbe o izrednem ukrepu ni treba pozvati strank, da se izjavijo o okoliščinah, pomembnih za izdajo odločbe (šesti odstavek 332. člena ZBan-1). Banka Slovenije odloča brez naroka (prvi odstavek 333. člena ZBan-1). Proti odločbam Banke Slovenije pa tudi ni pritožbe (drugi odstavek 334. člena ZBan-1). Tožbo zoper odločbo

Banke Slovenije, s katero sproži postopek sodnega varstva, lahko vloži samo banka (prvi odstavek 347. člena) – torej oseba, katere obveznosti in ne pravice so se z odločbo Banke Slovenije zmanjšale oziroma so prenehale. Če takšna tožba uspe, pa sodna odločba ne vpliva na učinke izrednega ukrepa (350. člen ZBan-1).

Poleg tega tudi novelirani 318. člen ZBan-1 (29. člen ZBan1-L) še vedno prepoveduje prisilno poravnavo, kar imetnikom obveznic zagotavlja, da osnovna ukrepa prisilne poravnave – odpis terjatev in pretvorba terjatev – v primeru, da je dolžnik banka, nista mogoča, ZBan-1L pa ta dva ukrepa ne opredeljuje ne le kot dovoljena, temveč kot prva ukrepa, ki se izvedeta v primeru kapitalske neustreznosti banke.

Čeprav 498. člen ZGD-1 določa, da je pretvorba posojil, ki jih je družbenik dal družbi, prvi korak pri odpravi kapitalske neustreznosti družbe, ZBan-1L pa se do tega določila nikjer neposredno ne opredeljuje, je bilo s strani Ministrstva RS za finance kot avtorja novele že podano tolmačenje, da se lahko določila ZBan-1L uporabijo brez predhodne uporabe določil 498. člena ZGD-1. Po tem tolmačenju je zakonsko določilo 498. člena ZGD-1, ki je imetnikom obveznic bank, katerih delničar je (tudi) Republika Slovenija, zagotavljalo, da bodo v primeru stečaja banke sodelovali pri kritju izgub banke šele po tem, ko bo za to kritje v celoti uporabljena bančna vloga Republike Slovenije, z uveljavitvijo ZBan-1L postalo za Banko Slovenije pravno nezavezujoče oz. pravno nepomembno. Po novi ureditvi bodo pri kritju izgub na vrsti prej in z ustrežno višjim – skoraj zagotovo celotnim – vložkom. To je v nasprotju tudi z načeli, ki jih opredeljuje sam ZBan-1L in določajo, da so terjatve lastnikov banke (torej pri bankah, katerih delničarka je tudi Republika Slovenija, tudi vse terjatve Republike Slovenije iz naslova njenih depozitov pri obravnavani banki) kvalificirane obveznosti prvega reda in se morajo kot take za kritje izgub uporabiti prve.

ZBan-1L tako nesorazmerno in retroaktivno posega v že pridobljene pravice imetnikov podrejenih obveznic, ki so jim jih v času pridobitve zagotavljali veljavni Zakon o bančništvu, Sklep Banke Slovenije o izračunu kapitala bank in hranilnic ter prospekti obveznic, izdani na podlagi dovoljenja pristojnega regulatorja. Hkrati jim ZBan-1L ne daje pravnega sredstva, s katerim bi lahko preprečili prenehanje obveznic ali njihovo konverzijo v delnice. Hkrati v pravice imetnikov posega tudi neskladnost ukrepov ZBan-1L s še vedno veljavnima določbama 318. člena ZBan-1 in 498. člena ZGD-1. Navedena člena sta veljala že v času, ko so imetniki pridobili obveznice, ter sta takrat določala (in še vedno določata), da ukrepi prisilne poravnave nad banko niso dovoljeni (318. člen ZBan-1) in da morajo lastniki banke, ki imajo pri banki tudi bančne vloge, h kritju njenih izgub prispevati v višini celotne vloge, preden je za kritje izgub banke lahko uporabljena tudi njihova terjatev kot upnikov banke (498. člen ZGD-1). Hkrati je z določilom ZBan-1L, da tožba proti banki dolžnici zaradi kršitve pogodbenih obveznosti ni mogoča in da je vsaka pogodbeno ureditev, ki je v nasprotju s to določbo, nična, bistveno kršena tudi pravica imetnikov do pravnega sredstva.

S tem, ko je bil sprejet ZBan-1L, so se imetniki podrejenih obveznic znašli v položaju, ko lahko Banka Slovenije prosto in arbitrarno odloča o njihovi razlastitvi, ne da bi imeli na razpolago kakršno koli pravno sredstvo v smislu izpodbijanja te razlastitve.

Varuh ocenjuje, da bi lahko z izvajanjem določil ZBan-1L prišlo do nepopravljivih posledic za imetnike podrejenih obveznic, poleg tega pa bi lahko težko popravljivo škodo povzročilo tudi naknadno odpravljanje teh posledic (številne tožbe, morebitne odškodnine, zamudne

obresti, sodni stroški za proračun), zato Varuh ob zahtevi za oceno ustavnosti ZBan-1L vlaga tudi s predlog za zadržanje izvrševanja izpodbijanih določb ZBan-1L.

I.d. Povzetek: ZBan-1L uveljavlja razlastitev imetnikov podrejenih obveznic, pri čemer jim odreka denarno odškodnino in pravno sredstvo

ZBan-1L uvaja ukrep prenehanja obveznic v celoti ali delno ali njihovo pretvorbo (v celoti ali delno) v navadne delnice. Kot bo v nadaljevanju natančneje pojasnjeno, je lastniška pravica imeti stvar v posesti, jo uporabljati in uživati na najboljši način ter z njo razpolagati. Omejitve uporabe, uživanja in razpolaganja z njo lahko določi samo zakon. ZBan-1L pa jasno določa, da se bo imetnike obveznic razlastilo. Obveznica je, kot je bilo zgoraj navedeno, vrednostni papir, iz katerega izhaja upravičenje tistemu, ki ima ta papir v posesti. ZBan-1L pa daje možnost, da se imetniku obveznice to upravičenje odvzame, bodisi s prenehanjem (v tem primeru odškodnine ni), bodisi s konverzijo v navadne delnice (v tem primeru odškodnino predstavljajo delnice). Zoper akt Banke Slovenije, ki v obeh primerih predstavlja razlastitev brez denarne odškodnine, imetnik obveznice nima pravnega sredstva, kar nedvomno pomeni kršitev 69. v povezavi s 33. členom Ustave RS.

II. KRŠITEV NAČELA VARSTVA ZAUPANJA V PRAVO V SMISLU KRŠITVE 2. V POVEZAVI S 33., 67. IN 155. ČLENOM USTAVE RS

II.a. Uvodno glede kršitve načela varstva zaupanja v pravo

Mnogi imetniki podrejenih obveznic (vlagatelji pobude Varuhu) so te kupili na bančnih okencih ali na borzi vrednostnih papirjev. Mnogi med temi investitorji niso profesionalni investitorji, ki bi se poklicno ukvarjali s trgovanjem z vrednostnimi papirji, temveč so ustvarili prihranke, ki so jih hranili na bančnih računih, nato pa so jim bančni uslužbenci svetovali, naj vsaj del prihrankov kot varno naložbo naložijo v obveznice banke, katere komitenti so (bili). Pri tem jim je bilo razloženo, da tvegajo izgubo vložka le v primeru stečaja banke izdajateljice. Še posebej komitenti NLB d.d. kot največje in po lastništvu državne banke, so se zavedali, da stečaj bank zaradi ključnega nacionalnega interesa ni realen, bolje poučeni pa so pri svoji odločitvi upoštevali še dodatno varnost, ki sta jim jo zagotavljali določili, da prisilna poravnava nad banko ni dovoljena (318. člen ZBan-1) in da se celo v primeru nastopa insolventnosti banke ta insolventnost najprej odpravi s konverzijo depozitov lastnikov banke (498. člen ZGD-1). V NLB d.d. je največji lastnik Republika Slovenija, ki ima v njej (in tudi v NKBM d.d.) tudi visoke depozite. Šele v zelo malo verjetnem primeru stečaja banke in še to le, če konverzija depozitov države ne bi zadoščala, bi bili imetniki podrejenih obveznic NLB d.d. soudeleženi pri pokrivanju njenih izgub. Navedeno je bilo tedaj sedanjim imetnikom tudi pojasnjeno na okencih NLB d.d., ko so bančniki razlagali, da je vse popolnoma varno, razen v primeru stečaja, ki pa sam po sebi niti ni možen.

Imetniki obveznic NLB26 so zaupali Državnemu zboru RS in Vladi RS, da bo slovenska zakonodaja ostala v ključnih delih takšna, da jih bo ščitila pred možnostjo izgube lastninske pravice na njih. Tudi poročila Banke Slovenije ter revidirana letna poročila NLB d.d. so zagotavljala, da gre za kapitalsko ustrezno in varno banko, Agencija za trg vrednostnih papirjev pa je zagotavljala, da so prospekti obveznic resna zaveza, da bodo obljube iz prospekta izpolnjene. Pri obveznicah, ki so jih prodajali tudi na bančnih okencih, je potrebno vsemu naštetemu dodati še zaupanje uslužbencem bank, ki so se vselej predstavljali kot dobro poučeni strokovnjaki.

Mnogi imetniki bančnih obveznic torej niso institucionalni ali profesionalni investitorji, temveč navadni državljani, ki so prihranke zlasti oziroma predvsem na pobudo bančnih uslužbencev vložili v obveznice namesto v depozite pri bankah. S prenehanjem ali konverzijo njihovih podrejenih obveznic v navadne delnice, ki jo je omogočila bistvena sprememba pravne ureditve v Republiki Sloveniji, uveljavljena z ZBan-1L, pa bodo v celoti izgubili svoje finančne vložke.

Pri vsem navedenem je najpomembneje, da pri imetnikih pretežno ne gre za špekulativni nakup zaradi zaslužka z izkoriščanjem kratkotrajnih sprememb tržnih tečajev teh obveznic. Nasprotno, velika večina imetnikov je obveznice vplačala ob njihovi izdaji ali neposredno po tem in jih nameravala obdržati do njihovega dospetja, v zavedanju, da njihova razlastitev pravno ni dovoljena ter da bodo obresti in glavnico dobili izplačane, kot je to določeno v prospektu.

Nekateri imetniki so v obveznice NLB26 vložili znatna finančna sredstva, saj so se odločili za to vrsto varčevanja prav na podlagi zaupanja v pravni okvir in dejstva, da so njihova pričakovanja lahko prizadeta le s stečajnim postopkom nad banko izdajateljico. Upošteva se splošno znano dejstvo, da je NLB d.d. v državni lasti in poleg tega je še »prevelika, da bi padla«, so vsi kupci obveznic ob njihovem nakupu objektivno pričakovali, da bo banka izdajateljica morala v okviru svojega rednega poslovanja imetnikom obveznic plačati obveznosti, kot so določene v prospektu. Ker pa ZBan-1L predvideva prenehanje podrejenih obveznic (torej tudi obveznic NLB26) oziroma njihovo konverzijo v navadne delnice, so imetniki teh obveznic večkratno oškodovani. Celo v primeru, da bodo za svoje obveznice prejeli (navadne) delnice NLB d.d., je očitno, da bodo te delnice lahko prodali le po ceni, ki bo predstavljala zanemarljiv delež vrednosti glavnice obveznic, v primeru prenehanja pa sploh ne bodo prejeli ničesar. Imetniki podrejenih obveznic bodo tako k »porazdelitvi bremen«, o katerem govori ZBan-1L, prispevali svoj celoten denarni vložek v obveznice (v primeru prenehanja), ali pa veliko večino tega vložka (v primeru konverzije), saj bodo po zamenjavi obveznic v delnice pridobili vrednostni papir banke na robu solventnosti, ki nima nobene tržne vrednosti (delnice NLB d.d. poleg tega niso uvrščene na organizirani trg vrednostnih papirjev, zato je njihova prodaja še dodatno otežena).

Ukrep konverzije na podlagi izpodbijanih določb ZBan-1L bi posegel v samo jedro načela varstva zaupanja v pravo, ki je eno od podnačel pravne države (2. člen Ustave). Gre za primer, kjer je to načelo še posebej močno izraženo, saj je bila prejšnja ureditev bistveni sestavni del kavze – torej ne le nagib oziroma običajni pravni okvir - za odločitev o nakupu obveznic. Primerjalne ustavnosodne presoje so za primere, kakršen je vlagatelj, razvile doktrino zaupanja v pravo (*reliance*). Ta doktrina daje investitorju pravico, da se lahko

zanese, da mu spremembe pravne ureditve ne smejo odvzeti pravice do povračila naložbe, ki mu jo je dajala dotedanja ureditev.

Bistveni element pravne države (2. člen Ustave RS) je pravna varnost, ki fizičnim in pravnim osebam daje predvsem zaupanje v pravo. Iz tega pravna teorija in ustavnosodna praksa izpeljuje prepoved prave in neprave retroaktivnosti. V izpostavljenem primeru gre po oceni vlagatelja zahteve z vidika posega v pravice imetnikov podrejenih obveznic za takšen primer.

Prava retroaktivnost je poseganje zakona v že nastala dejanska in pravna stanja, ki naknadno in spreminjajoče (v izpostavljenem primeru so dejanska stanja nastala pred sprejemom ZBan-1L) poseže v že pridobljene pravice. Neprava retroaktivnost pa je t.i. »nepravo« povratno delovanje zakona, ki sega na sedanja zatečena, toda ne že zaključena dejanska in pravna stanja, ki bodo učinkovala šele v prihodnosti in ki zaradi tega hkrati tudi zatečene pravne položaje naknadno razvrednoti. V kolikor tak poseg ni upravičen z močnejšo ustavno zavarovano pravico, je po mnenju vlagatelja podana kršitev načela prepovedi povratne veljave pravnih aktov iz 155. člena v povezavi z 2. členom Ustave RS. To načelo namreč fizičnim in pravnim osebam zagotavlja, da jim država (zakonodajalec) njihovega pravnega položaja z učinkom za nazaj ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarno utemeljenega razloga. Takšno stališče je npr. Ustavno sodišče zavzelo že v odločbah U-I-120/91 in U-I-123/93. Tudi v odločbi U-I-38/95, ki se nanaša na t.i. nepravo retroaktivnost, je Ustavno sodišče ugotovilo neskladnost določb zakona z Ustavo, v delu, kjer je zakonodajalec posegel v pravne položaje, ki so nastali v preteklosti v času veljavnosti prvotne ureditve. Na tem mestu je treba opozoriti, da se z vpisom in vplačilom obveznice vzpostavi pogodbeni odnos med vlagateljem in izdajateljem obveznice, ki je določen oz. definiran z dnem sklenitve pogodbe. Bistvo same pogodbe pa je, da mora vsaka stranka spoštovati pogodbeno določila in jih skladno s pogodbo tudi izvesti. V konkretnem primeru pa lahko, s sklicevanjem na izredni ukrep, ki ga je uveljavil ZBan-1L, Banka Slovenije z avtoritativnim, a arbitrarnim aktom poseže v že določeno pogodbeno razmerje in banki izdajateljici prepove izplačilo obveznic ter sama določi, da imetnik obveznice ni več imetnik, temveč je bodisi delno ali v celoti razlaščen, ali pa postane delno ali v celoti lastnik navadnih delnic banke izdajateljice, ki pa so brez realne vrednosti.

II.b. Tehtanje pravic v okviru posega v načelo varstva zaupanja v pravo

Prvo tehtanje, ki ga je potrebno opraviti, je, ali je poseg (izredni ukrep prenehanja ali konverzije) sploh nujen in potreben v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega oz. da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega posega s kakšnim drugim posegom, ki bi bil po svoji naravi blažji.

Nujnost oziroma potrebnost izrednih ukrepov, ki jih je uveljavil ZBan-1L, je močno vprašljiva zaradi dejstva, da je bil učinkovit in ustavno nesporen način porazdeljevanja bremen zagotovljen in večkrat tudi uspešno izveden s pravno ureditvijo, ki je veljala do uveljavitve ZBan-1L. Ta je banki omogočala, da je imetnikom dolžniških instrumentov (tudi imetnikom obveznic) ponudila njihov predčasen odkup po diskontni ceni ali njihovo zamenjavo za dolžniške instrumente z nižjo nominalno vrednostjo. Imetniki so s sprejetjem takšne

ponudbe pristali na delno zmanjšanje vrednosti svoje terjatve do banke, kar je banki ustvarilo izredni dobiček in v višini dobička povečalo tudi njen temeljni kapital, v zameno pa so prejeli bodisi gotovino (in se s tem izognili nadaljnjim tveganjem, povezanim s poslovanjem banke), bodisi dolžniški instrument z nižjo ravno tveganosti, višjo obrestno mero in/ali krajšim rokom dospelja. Izvedba odkupa ali zamenjave je temeljila na imetnikovem prostovoljnem sprejetju ponudbe v obliki pogodbe, ki je smiselno predstavljala aneks k dotedanji pogodbeni ureditvi dolžniško-upniškega razmerja z banko izdajateljico instrumentov.

Slovenske banke so v letu 2012 objavile oziroma naslovile na imetnike dolžniških instrumentov več takšnih ponudb, za vsako realizirale znaten izredni dobiček, z višino tega dobička pa se je povečal tudi temeljni kapital banke:

- NLB d.d. je 25. maja 2012 imetnikom svojega podrejenega dolžniškega instrumenta v nominalni vrednosti 190.000.000 EUR ponudila zamenjavo tega instrumenta za nepodrejen dolžniški instrument v nominalni vrednosti 136.800.000 EUR. Imetniki so ponudbo sprejeli, NLB d.d. pa je z zamenjavo ustvarila izredni dobiček v višini 53.200.000 EUR in za toliko povečala svoj temeljni kapital.
- NLB d.d. je 13. junija 2012 imetnikom svojega hibridnega dolžniškega instrumenta XS0208414515 (kotacija na borzi v Luksemburgu) ponudila predčasen odkup tega instrumenta po 56,5% nominalne vrednosti. Ponudbo so sprejeli imetniki instrumentov s skupno nominalno vrednostjo 69.750.000 EUR, NLB d.d. pa je z odkupom ustvarila izredni dobiček v višini 30.341.250 EUR in za toliko povečala svoj temeljni kapital.
- Banka Celje d.d. je 7. novembra 2012 imetnikom svoje obveznice 11. izdaje (BCE11, kotacija na borzi v Ljubljani), ki ima lastnosti instrumenta hibridnega dolga brez dospelja, ponudila njihovo zamenjavo v obveznice 16. izdaje (BCE16, kotacija na borzi v Ljubljani), ki imajo lastnosti instrumenta podrejenega dolga z dospeljem, v nominalni vrednosti v višini 70% nominalne vrednosti zamenjane obveznice. Ponudbo so sprejeli imetniki obveznic s skupno nominalno vrednostjo 34.855.000 EUR, Banka Celje d.d. pa je z zamenjavo ustvarila izredni dobiček v višini 10.376.600 EUR in za toliko povečala svoj temeljni kapital.
- NKBM d.d. je 13. novembra 2012 imetnikom svojega hibridnega instrumenta XS0270427163 (kotacija na borzi v Luksemburgu) ponudila predčasen odkup po 50% nominalne vrednosti ali zamenjavo za novo izdane nepodrejene obveznice z dospeljem v letu 2017 in nominalno vrednostjo v višini 60% nominalne vrednosti zamenjanega hibridnega instrumenta. Sočasno je imetnikom svojega hibridnega instrumenta XS0325446903 (kotacija na borzi na Irskem) ponudila predčasen odkup po 65% nominalne vrednosti ali zamenjavo za novo izdane nepodrejene obveznice z dospeljem v letu 2017 in nominalno vrednostjo v višini 75% nominalne vrednosti zamenjanega hibridnega instrumenta. Ponudbi so sprejeli imetniki instrumentov s skupno nominalno vrednostjo 97.994.000 EUR, NKBM d.d. pa je z odkupom in zamenjavo skupaj ustvarila izredni dobiček v višini 32.253.500 EUR in za toliko povečala svoj temeljni kapital.

Na ta način so banke zgolj v letu 2012, brez uporabe izrednih ukrepov, pokrile preko 125 milijonov evrov ustvarjene izgube, kar jasno kaže, da izredni ukrepi, ki jih je uvedel ZBan-1L, niso nujni oziroma potrebni za učinkovito porazdelitev bremen pri kritju izgub bank.

V zgoraj opisanem pristopu k porazdeljevanju bremen je spremembo dolžniško-upniškega razmerja predlagala banka kot dolžnica, v njej ponudila imetniku kot upniku določeno raven poplačila ali nadomestila (v praksi vsaj v višini polovice vrednosti njegove dotedanje terjatve), imetnik pa je to ponudbo prostovoljno sprejel ali zavrnil (kot kažejo zgoraj navedeni konkretni primeri, je tovrstne ponudbe sprejel velik del imetnikov, imele pa so tudi pomemben pozitiven učinek na bilance bank).

Z uveljavitvijo ZBan-1L pa je namesto tega pristopa uveden pristop, v katerem spremembo dolžniško-upniškega razmerja arbitrarno odredi Banka Slovenije, ki sme zahtevati tudi prenehanje terjatve upnika v celoti, imetnik je s tem ukrepom zgolj seznanjen. ZBan-1L pa določa še, da imetnik iz naslova kršitve pogodbenih obveznosti banke, ki nastane zaradi takega prenehanja, ni upravičen ne do odškodnine, ne do pravnega varstva iz naslova tožbe proti banki.

Iz zgoraj opisane dosedanje prakse slovenskih bank in uresničevanja interesov imetnikov obveznic torej jasno izhaja, da obstajajo tudi drugi, bolj primerni načini zagotovitve kapitalske ustreznosti bank, ter načini, da se z imetniki obveznic dogovori za predčasno poplačilo in/ali menjavo v druge dolžniške vrednostne papirje, pri čemer se banki poveča kapital, hkrati pa gre za sporazum udeležencev. Velja poudariti, da so na tak sporazumen način porazdelitve bremen iz naslova izgub bank dosegli tudi v Španiji, kjer so imetniki podrejenih obveznic brez dospelja pristali na poplačilo v višini med 60% in 64% nominalne vrednosti obveznic, imetniki podrejenih obveznic z dospetjem pa so zanje prejeli med 85% in 89% njihove nominalne vrednosti.⁵

Sporazumni načini reševanja krize so dolgoročno razumnejši tudi z vidika porabe proračunskih sredstev. Glede na število imetnikov podrejenih obveznic (več kot 1500) lahko pričakujemo, da bo na slovenska sodišča vloženi najmanj nekaj sto novih tožb, ki lahko v prihodnje proračun in banke obremenijo (skupaj s stroški sodišč, izvedencev, porabljenih ur bančnih delavcev, zaposlenih na ministrstvu za finance, sodnikov, strokovnega osebja sodišč, morebitnih zamudnih obresti...) za več, kot bo kratkotrajni učinek popolne razlastitve.

Upravičenost izpodbijane ureditve je vprašljiva tudi z vidika enakosti pred zakonom (14. člen Ustave RS), saj le ena skupina imetnikov obveznic financira sanacijo banke prekomerno s celotnim vložkom, ki je bil vplačan za te obveznice, drugih skupin imetnikov obveznic pa omenjeni ukrep ne zadane in dobijo svoj vložek poplačan v celoti, vključno z obrestmi. Za tak prekomeren poseg po oceni vlagatelja ni mogoče najti stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu.

Drugo tehtanje ugotavlja, ali je ocenjevani poseg primeren za doseg zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči; če ga ni mogoče doseči, poseg ni primeren.

Drugo tehtanje je najprimerneje opraviti za obveznico NLB26, ki jo imajo njihovi imetniki – pobudniki v postopku pri vlagatelju (še) v lasti. Zadnja v medijih objavljena ocena potrebne višine dokapitalizacije NLB d.d. je, da bo ta znašala 1,5 milijarde EUR.⁶ Emisijska vrednost

⁵ Strategij v zadregi, Analiza družbe NLB Skladi, 8. oktobra 2013

⁶ 1.500.000.000 evrov za NLB, Finance, 29. novembra 2013

obveznic NLB26 znaša 61,4 milijona EUR, torej zgolj 4,09% predvidene potrebne višine dokapitalizacije, celotne obveznosti NLB d.d. do posojilodajalcev brez bančnih vlog pa 3,7 milijarde EUR. Če je zasledovani cilj finančna sanacija NLB d.d., potem bi bila ta dosežena, če bi vsi posojilodajalci NLB d.d., razen varčevalcev, prispevali k porazdelitvi bremen s sporazumnim pristankom na cca. 40% odpis dolga. Tak poseg bi bil bistveno manj nesorazmeren od 100% prenehanja, ki ga bodo imetniki obveznic NLB26 lahko deležni z izrednim ukrepom po ZBan-1L. Poleg tega je potrebno poudariti, da celo omenjeni 40% delež temelji na nerealni predpostavki, da država v dokapitalizaciji sploh ne bi sodelovala; če bi kot največja lastnica želela ohraniti ta status s sorazmernim vplačilom v dokapitalizaciji, pa bi bil odpis posojilodajalcev še ustrezno nižji.

Tako se tudi po tem poskusu tehtanja izkaže, da ukrep splošne razlastitve imetnikov obveznic ni potreben in nujen, predvsem pa ni mogoče najti ustavno relevantne domnevno ogrožene dobrine in celo ne stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu, ki bi opravičeval tako strog, prekomeren in skrajni ukrep. Pri tem velja poudariti, da se je po dosednji praksi reševanja finančne krize povsod uporabilo načine reševanja, kot ga je uporabila Španija, ko je prišlo do delnega in sporazumnega odpisa vrednosti obveznic, glede na nivo podrejenosti. Dosedanji ZBan-1 je urejal in dopuščal ravno to možnost, ki ustavno pravno ni sporna, saj gre za medsebojni dogovor upnika in dolžnika. Vsi imetniki obveznic bi tako lahko prispevali h reševanju finančne krize proporcionalno, glede na podrejenost njihove obveznice. Po ZBan-1L pa bodo imetniki podrejenih obveznic (ki so tudi upniki) razlaščeni v celoti, ostali upniki banke pa bodo plačani v celoti.

III. KRŠITEV NAČELA VARSTVA PRAVICE DO ENAKEGA VARSTVA PRAVIC IZ 22., PRAVICE DO SODNEGA VARSTVA IZ 23. TER PRAVICE DO PRAVNEGA SREDSTVA IZ 25. ČLENA V POVEZAVI S 3. ODSTAVKOM 120. ČLENA USTAVE RS

Ustava RS v 22. in 23. členu določa bistvo pravice do enakega varstva pravic in pravice do sodnega varstva ter v tem okviru pravice do poštenega sojenja (*fair trial*). Navedena člena sta po vsebini primerljiva s ključnim prvim stavkom prvega odstavka 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP): »Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah proti njemu pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko, z zakonom ustanovljeno sodišče.«.

Varuh meni, da je pravica do pravnega sredstva absolutna pravica, v zvezi s katero Ustavno sodišče niti ne more izvajati testa sorazmernosti. Vsakdo mora imeti vedno na voljo pravno sredstvo za varstvo svoje pravice, v katero oblastveni akt posega. Ni dovolj, da je s posegom določena odškodnina, temveč mora biti pred sodiščem odločeno o sami pravici, v katero oblastveni akt posega. Varuh poudarja, da je imetnikom podrejenih obveznic v primeru ukrepa prenehanja obveznic ali njihove konverzije v navadne delnice odvzeta pravica do pravnega sredstva, prav tako pa v primeru omenjenega ukrepa nimajo niti učinkovite možnosti dokazovanja višine primerne odškodnine.

Slovensko ustavno varstvo pravice do sodnega varstva in pravice do pravnega sredstva je širše od evropskega glede na področje varovanja. Ni omejeno le na varstvo civilnih pravic in obveznosti ter proti kazenskim obtožbam, ampak obsega varstvo katerihkoli pravic, dolžnosti ali pravnih interesov. Slovenska ustava tudi izrecno zagotavlja enako varstvo pravic v postopku pred sodiščem, ki je implicirano v 6. členu EKČP in razvito preko judikature o načelu kontradiktornosti in enakosti orožij.

Pravica do sodnega varstva in do poštenega sojenja ima po oceni Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v demokratični družbi zelo ugledno mesto v okviru spoštovanja pomena Konvencije. Pravica do poštenega sojenja pomeni eno od ključnih pravnih jamstev ter izvedbenih določil načela pravne države (2. člen Ustave RS) oziroma vladavine prava (Preambula EKČP).

Varuh primeroma opozarja na primer odločbe ESČP *Ališić in ostali v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia št. 60642/08*, kjer je sodišče jasno navedlo, da je Republika Slovenija kršila pravico do pravnega sredstva varčevalcem stare Ljubljanske banke d.d..

ZBan-1L določa, da lahko Banka Slovenije izda odločbo o izrednem ukrepu, zoper katerega imetnik obveznice nima pravnega sredstva. S tretjim odstavkom 120. člena Ustave RS je državljanom in organizacijam zagotovljeno posebno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov, o katerih odločajo upravni organi in nosilci javnih pooblastil v upravnih stvareh z upravnimi akti in o drugih neupravnih stvareh, o katerih izdajajo druge posamične akte (kar Banka Slovenije nedvomno je). Ta ustavna določba razširja pravico do sodnega varstva tudi na dejanja, s katerimi bi upravni organi in nosilci javnih pooblastil posegli v pravni položaj oseb zasebnega in javnega prava. V razmerju do tretjega odstavka 120. člena pa Ustava RS v drugem odstavku 157. člena zagotavlja sodno varstvo pred posegi v ustavne pravice posameznikov, v katere se posega s posamičnimi upravnimi akti ali dejanji, če ni zagotovljeno drugo sodno varstvo. Navedena določba zagotavlja varstvo zakonitosti ne le glede aktov državne uprave, pač pa vseh državnih organov in nosilcev javnih pooblastil, če odločajo o pravicah ali o obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij in če za določeno zadevo ni zakon določil drugega sodnega varstva. Naloga pristojnega sodišča po Ustavi RS je, da presodi zakonitost vsakega izpodbijanega akta v vseh zadevah javnopravne narave. To posebno sodno varstvo zoper posamične akte uprave in vseh javnih služb na nivoju države se po 157. členu zagotavlja v upravnem sporu pred upravnim sodiščem, ki pa je v konkretnem primeru po določilih ZBan-1L izključeno.

Ustavno sodišče je že v zadevi U-146/98 z dne 24. 6. 1998, odločilo: »Ustava določa v 1. odst. 23. člena, da ima vsakdo pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče. Pravica do sodnega varstva je človekova pravica in je kot takšna deležna posebnega pravnega režima, ki ga v temelju opredeljuje 15. člen. Po določbi 3. odst. tega člena so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta Ustava. Po 3. odst. 120. člena je proti odločitvam in dejanjem upravnih organov in nosilcev javnih pooblastil zagotovljeno sodno varstvo pravic in zakonitih interesov državljanov in organizacij. V 157. členu pa Ustava opredeljuje upravni spor in v prvem odstavku določa, da o zakonitosti dokončnih posamičnih aktov, s katerimi

državni organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil odločajo o pravicah ali o obveznostih in pravnih koristih posameznikov in organizacij, odloča v upravnem sporu pristojno sodišče, če za določeno zadevo ni z zakonom predvideno drugo sodno varstvo. Nedvomno pa mora prav zaradi 3. odst. 120. člena in predvsem zaradi 1. odst. 23. člena v določenih primerih sodno odločanje nadomestiti upravno odločanje - to pa je v tistih primerih, ko bi drugačno ravnanje pomenilo nedopusten poseg v pravico do sodnega varstva, ker na primer zaradi nedelovanja uprave ali iz drugih utemeljenih razlogov posameznik sploh ne bi mogel, ali vsaj ne učinkovito, uveljavljati svojih pravic oziroma varovati svojih pravnih koristi.»

Glede na to, da ZBan-1L prepoveduje sodno varstvo v upravnem sporu in da prepoveduje kakršnokoli tožbo imetnikov podrejenih obveznic oziroma (drugih) upnikov zoper odločbo o izrednem ukrepu Banke Slovenije, s katerim se določi prenehanje ali konverzija podrejenih obveznic v navadne delnice, je jasno, da je določilo 350a. člena ZBan-1, ki ga je uveljavil 37. člen ZBan-1L, v neskladju z Ustavo. Imetnik obveznice lahko vloži samo posebno odškodninsko tožbo zoper Banko Slovenije, v kateri mora dokazovati škodo, ki bi morala biti višja, kot bi bila v primeru, če izredni ukrep ne bi bil izrečen. Glede same zakonitosti odločbe pa imetnik obveznice nima na razpolago pravnega sredstva, ki neposredno posega v dejstvo, ali je prenehanje oziroma konverzija zakonita ali ne in ali gre za upravičen ukrep ali ne.

IV. KRŠITEV VARSTVA LASTNINE IZ 67. ČLENA V POVEZAVI S PRAVICO DO ZASEBNE LASTNINE IZ 33. ČLENA USTAVE RS

Ustavni pojem lastnine dobi vsebino šele z zakonsko ureditvijo. Zakonodajalčeva dolžnost je, da z zakonom konkretizira ta ustavni pojem. Zakonodajalca pri urejanju načina pridobivanja in uživanja lastnine vežeta dve ustavni določbi: 33. člen, ki jamči pravico do zasebne lastnine, ter 67. člen, ki govori o »gospodarski, socialni in ekološki funkciji« lastnine. Člen 67. Ustave RS uvaja v pojem lastnine »javnostni« element; nakazuje, da se na področju lastnine pojavljajo tudi interesi skupnosti in da ima skupnost pravico lastniku naložiti določene omejitve lastninske pravice.

Zakonska ureditev, ki uvede omejitve lastninske pravice, lahko pomeni poseg v obstoječe lastninske položaje. Enak učinek ima lahko tudi podzakonski predpis ali na podlagi zakona izdan posamičen akt (odločba). Lastniku ostane lastninska pravica, vendar je ta okrnjena, njena vrednost pa zmanjšana.

Kot razlastitev je torej treba obravnavati poleg odvzema lastninske pravice tudi tiste posege v lastnino, ki lastninsko pravico izvotlijo tako, da ostane le gola pravica. V primerih, ko se z omejitvami lastninskih upravičenj v okviru socialne vezanosti lastnine poseže v obstoječa lastninska upravičenja, je potrebno biti posebej pozoren na načelo zaupanja v pravo oziroma varovanja pridobljenih pravic. To načelo je po eni strani eno od načel pravne države, po drugi strani pa je sestavni del varstva lastnine po 33. členu Ustave RS. Zakonodajalec oziroma izdajatelj podzakonskega predpisa mora posebno pozornost

nameniti prizadetim subjektom in predvideli bodisi prehodni režim ali pa pravično nadomestilo (odškodnino).

Načelo zaupanja v pravo do določene mere varuje pravne subjekte pred spremembo pravnega položaja na slabše. Ustavno sodišče je v svojih odločbah že večkrat poudarilo, da mora zakonodajalec posebej upoštevati pridobljene pravice oziroma obstoječe pravne položaje, v katere posega zakon. Sprememba pravnega režima, ki prizadene pravne subjekte v obstoječih pravnih položajih, sicer načeloma ni prepovedana (načelo zaupanja v pravo ne zagotavlja pravnim subjektom nespremenljivosti prava), vendar mora zakonodajalec poskrbeti za ustrezen prehodni režim ali druge ukrepe za zavarovanje obstoječih pravnih razmerij. Pri ugotavljanju dopustnosti posegov v obstoječa pravna razmerja oziroma obveznosti zakonodajalca v zvezi s tem je potrebno upoštevati težo javnega interesa za takojšnjo uveljavitev sprememb oziroma za njihovo učinkovanje tudi na obstoječa pravna razmerja, težo (bistvenost) posega in njegovo predvidljivost. Tudi nemška ustavnopravna teorija poudarja, da je kolizijo dveh vrednot (zaupanja v pravo in prilagajanja prava družbenim razmeram) treba reševati s tehtanjem med njima. Problematiko posegov v obstoječa pravna razmerja zakonodajalec praviloma rešuje s prehodnim režimom. Obveznost zakonodajalca za uveljavitev sprememb, in predvidljivostjo sprememb na eni strani ter težo teh sprememb na drugi strani.

Specifika zakonskih posegov v lastninsko pravno razmerja (v nasprotju s posegi v številna druga pravna razmerja) pa je v tem, da lahko zakonodajalec na tehtnico položi še eno količino - finančno nadomestilo za izgubo, ki jo utrpijo prizadeti lastniki. Z odškodnino lahko izravna nesorazmerje med posegom v zaupanje v pravo in težo javnega interesa za naglo uveljavitev sprememb. Kolikšna je obveznost zakonodajalca, je odvisno od navedenih okoliščin: teže (bistvenosti) posega, (ne)predvidljivosti posega in teže javnega interesa za hitro uveljavitev sprememb. Upoštevanja vreden element je tudi število prizadetih subjektov - manj kot jih je, bolj uveljavitev novega zakonskega režima, ki poseže v obstoječa pravna razmerja, zanje pomeni »posebno žrtev«

Ob spreminjanju zakonskega režima lastnine mora torej zakonodajalec upoštevati obstoječe lastninske položaje in varovati načelo zaupanja v pravo s prehodnim režimom ali finančnimi oziroma drugimi nadomestili, upošteva težo posega, število prizadetih (in s tem težo njihove »posebne žrtve«), predvidljivost sprememb in težo javnega interesa za takojšnjo uveljavitev sprememb.

EKČP v 1. členu Protokola št. 1 določa normativno ureditev posega v zasebno lastnino. ESČP je v mnogih odločbah jasno navedlo, da se nekoga lahko razlasti le v primeru, če je takšna razlastitev določena z zakonom, ki izključuje kakršnokoli arbitrarno odločitev nacionalnih oblasti, razlastitev mora biti v »javnem interesu«, ter mora doseči pravično ravnovesje med pravicami lastnikov in interesom skupnosti. ZBan-1 v prvem odstavku 261b. člena, ki je bil uveljavljen s 15. členom ZBan-1L, določa: *»Banka Slovenije odloči o prenehanju ali konverziji kvalificiranih obveznosti na podlagi ocene vrednosti sredstev banke, ki jo izdelava neodvisni cenilec podjetij tako, da oceni...«*, nato pa v tretjem odstavku 261b. člena ZBan-1, ki je bil uveljavljen s 15. členom ZBan-1L, določa: *»Kadar zaradi*

nujnosti ukrepa ni mogoče pravočasno pridobiti ocene iz prvega odstavka, oceno vrednosti izdelka Banka Slovenije.«. ZBan-1L torej omogoča Banki Slovenije, da razlasti imetnike obveznic, če pač tako sama oceni. Zakon nikjer ne določa, kdaj nastopijo okoliščine, ko lahko Banka Slovenije odloči, da nima na razpolago časa za določitev ocene vrednosti banke. Torej ima Banka Slovenije možnost povsem arbitrarnega odločanja.

Ustavno sodišče je v odločbi št. U-I-137/93 z dne 2. 6. 1994, med drugim pojasnilo, da 35. člen Ustave, s tem ko jamči nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti ter njegove zasebnosti in osebnostnih pravic, zagotavlja tudi t.i. splošno svobodo ravnanja ljudi. Ta "splošna svoboda ravnanja" ima npr. v nemški ustavi celo položaj ene od najpomembnejših ustavnih pravic - v 2. členu Ustave RS. V tej pomembni ustavni pravici je pravzaprav zajeto tudi načelo, da je v pravni državi človeku dovoljeno vse, kar ni prepovedano - in ne obratno. Če je kaj prepovedano, je to torej poseg v omenjeno ustavno pravico oziroma svoboščino - s čimer pa seveda še ni rečeno, da je vsak tak poseg ustavno nedopusten. Dopusten je, če je v skladu z načelom sorazmernosti potreben za varstvo pravic drugih. Pri tem pa je seveda poudariti, da je pravna oseba izenačena s fizično osebo. Iz navedenega torej jasno izhaja, da lahko zakonodajalec omeji določeno človekovo svoboščino in pravico le ob tehtanju pravic in dolžnosti iz posamezne ustavno zajamčene kategorije.

Glede na prakso Ustavnega sodišča in prakso ESČP je jasno, da določila 261a., b., c., d., e. in f. člena ZBan-1 (15. člen ZBan-1L), grobo posegajo v človekove pravice imetnikov podrejenih obveznic. Po eni strani daje ZBan-1L Banki Slovenije praktično neomejene in arbitrarne možnosti njihove razlastitve, pri čemer zakon krši načelo legalitete, saj ne določa, v katerih primerih lahko pride do razlastitve, hkrati pa imetniki takšnih obveznic nimajo pravnega sredstva, s katerim bi lahko nasprotovali odločitvi Banke Slovenije o njihovi razlastitvi. Pri tem je poudariti, da je zakonodajalec v drugem odstavku 350a. člena ZBan-1 (37. člen ZBan-1L), določil: *»Za varstvo pravic delničarjev in upnikov v primeru odločbe o prenehanju banke ali o izrednem ukrepu se v razmerju do Banke Slovenije ne uporablja 264. člen ZGD-1.*«. Ker citirani člen ZGD-1 določa odškodninsko odgovornost tretjih oseb, ki vplivajo na odločitve članov organov družb, gre ta člen ZBan-1 razumeti kot predvideno možnost, da bi lahko Banka Slovenije izdajala odločbe v škodo banke, a bi se kljub temu izognila potencialni odškodninski odgovornosti. Takšna ureditev krši določilo 1. člena Protokola št. 1 EKČP, saj je povsem jasno, da je zakonodajalec dal Banki Slovenije takšne možnosti arbitrarnega odločanja in razlastitve imetnikov obveznic, pri tem pa (preventivno) izključil morebitne odškodninske tožbe zoper njene odgovorne osebe.

Očitno je, da gre v konkretnem primeru za nedovoljen poseg v zasebno lastnino, kar bo dokazano tudi ob upoštevanju in tehtanju sorazmernosti tega ukrepa, ki naj bi imel cilj zaščite bančnega sektorja oz. posameznih bank izdajateljic obveznic.

IV.a. Banka Slovenije, kot oblastveni organ, imetnikom obveznic skladno z ZBan-1L ne sme izplačati primerne odškodnine

Petnajsti člen ZBan-1L je v ZBan-1 vnesel v 1. alinejo 1. odstavka 261b. člena določilo, da Banka Slovenije *»[oceni] višino poplačila kvalificiranih obveznosti iz sredstev banke ob*

predpostavki nedelujočega podjetja«, iz česar jasno izhaja, da mora Banka Slovenije oceniti, kot da bi bile obveznice, ki jih imajo imetniki, brez vrednosti, oz. kot da bi za njihovo poplačilo garantirala banka, ki ne deluje več. Zakonodajalec je torej Banki Slovenije naložil, kako mora določiti vrednost potencialne odškodnine, pri čemer pa ne izhaja iz poštene vrednosti obveznic (guverner Banke Slovenije zagotavlja, da nobena banka ne bo šla v stečaj), kot bi morala skladno s 1. členom Protokola št. 1 h EKČP.

Ker zakonodajalec jasno določa, kako naj se določa vrednost konverzije (če bi izhajali iz sicer napačnega izhodišča, da so delnice bank še kaj vredne), bodo sodišča, ki bodo odločala o odškodninah, morala slediti tem zakonodajalčevim okvirjem, namesto, da bi določila pošteno odškodnino, ki bi imela vrednost v denarju. To pa pomeni, da to določilo neposredno učinkuje na položaj imetnikov podrejenih obveznic, ki za dosego primerne odškodnine očitno nimajo ustreznega pravnega sredstva, saj bo v praksi lahko najkasneje po tem, ko bodo izkoriščena vsa pravna sredstva, prišlo do stanja, ko bo Ustavno sodišče odločalo o primernosti odškodnine ter razveljavilo predvidoma več sto sodb in jih vrnilo v ponovno odločanje. Ustrezno pravno sredstvo je namreč le tisto, ki lahko ne le teoretično temveč tudi praktično omogoči imetniku formalne pravice, da doseže ustavno zdržen rezultat. Ker pa je ZBan-1L v ZBan-1 vnesel načelo, ki v nasprotju z Ustavo RS in EKČP omejuje pravico do odškodnine, imetniki obveznic nimajo učinkovitega pravnega sredstva.

IV.b. Tehtanje pravic v okviru posega v varovanje zasebne lastnine

Prvo tehtanje ugotavlja, ali je poseg sploh nujen (potreben) v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega oz. da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega posega s kakšnim drugim posegom, ki bi bil po svoji naravi blažji.

V točki II.b. te zahteve je že navedeno, zakaj ukrepi »razlastitve« imetnikov obveznic niso primeren ukrep V izogib ponavljanju se vlagatelj zato v celoti sklicuje na to točko. Banka Slovenije lahko, ne da bi jasno navedla razloge in pogoje, razlasti imetnike obveznic, pri čemer ji niti ni potrebno navesti razlogov, ki so sicer določeni v praksi ESČP in 1. členu Protokola 1 h EKČP.

ZBan-1 v 2. in 3. odstavku 261a. člena (15. člen ZBan-1L) določa:

»2. Odločba o prenehanju kvalificiranih obveznosti mora vsebovati:

- *odločitev, katere kvalificirane obveznosti prenehajo, in za obveznosti posameznega reda tudi, ali prenehajo v celoti oziroma delež, do katerega prenehajo; pri tem lahko Banka Slovenije odloči, da delno ali v celoti prenehajo kvalificirane obveznosti poznejšega reda samo, če je odločila, da v celoti prenehajo kvalificirane obveznosti predhodnega reda*
- *pri prenehanju kvalificiranih obveznosti prvega reda tudi znesek osnovnega kapitala po prenehanju kvalificiranih obveznosti prvega reda ter nominalni ali pripadajoči znesek delnic oziroma odločitev o razveljavitvi delnic v primeru prenehanja kvalificiranih obveznosti prvega reda v celoti*
- *če se osnovni kapital banke zaradi prenehanja kvalificiranih obveznosti prvega reda zmanjša pod znesek iz 42. člena tega zakona, tudi odločitev o hkratnem povečanju*

osnovnega kapitala banke v skladu z 262.a členom tega zakona najmanj v obsegu, da bo banka zagotavljala osnovni kapital v skladu z 42. členom tega zakona»

in

»3. Odločba o konverziji kvalificiranih obveznosti v delnice mora vsebovati:

- *odločitev, da se osnovni kapital banke poveča s stvarnimi vložki, katerih predmet so terjatve upnikov, ki predstavljajo kvalificirane obveznosti banke iz 2. do 4. točke šestega odstavka tega člena,*
- *odločitev, katere kvalificirane obveznosti banke se pretvorijo v navadne delnice banke v postopku povečanja osnovnega kapitala s stvarnimi vložki, in za kvalificirane obveznosti posameznega reda tudi, ali se pretvorijo v celoti oziroma delež, do katerega se pretvorijo; pri tem lahko Banka Slovenije odloči, da se delno ali v celoti pretvorijo kvalificirane obveznosti poznejšega reda samo, če je odločila, da v celoti prenehajo ali se v celoti pretvorijo kvalificirane obveznosti predhodnega reda*
- *za kvalificirane obveznosti vsakega reda iz šestega odstavka tega člena, ki se preoblikujejo v navadne delnice, razmerje, izraženo kot višina zneska (enote) kvalificirane obveznosti za eno novo delnico, in*
- *ugotovitev, da se z izdajo odločbe šteje, da so terjatve upnikov, ki so predmet stvarnih vložkov pri povečanju osnovnega kapitala banke in predstavljajo kvalificirano obveznost banke iz 2. točke tega odstavka, prenesene na banko ter nove delnice vpisane in vplačane.«*

Banki Slovenije pri odločanju o ukrepu »razlastitve« ni potrebno opraviti nobenega tehtanja. Kot oblastvenemu organu ji ni potrebno obrazložiti niti v odločbi navesti, v kakšnem primeru je upravičena odrediti takšen ukrep, torej ji ni potrebno opraviti nobenega tehtanja upravičenosti, niti ji ni potrebno opraviti testa javnega interesa – torej presoje, ali je v javnem interesu, da se imetnike obveznic v celoti razlasti in kakšen oziroma kako velik je ta interes. Imetniki obveznic so namreč sklenili zasebno pogodbeno razmerje z banko, ki se je zavezala, da jim bo zagotovila določen donos v zameno za posojena denarna sredstva. Banki Slovenije ni potrebno v odločitvi tehtati upravičenega interesa in lahko razlasti imetnika kadarkoli, ko tako sama oceni.

Vlagatelj je že v točki II.b. navedel možnosti drugega, sporazumnega ukrepa, ki bi bil za imetnike obveznic pravičnejši in bi banki hkrati omogočal pridobiti primerljiv obseg kapitala, prav tako pa bi bil takšen ukrep v smislu 2. člena Ustave in pravne predvidljivosti pravičnejši, saj bi zagotavljal zaupanje v trajnostno pravno ureditev, ki je temeljna človekova pravica in temelj nadaljnjega razvoja pravne države, kot garanta socialne in demokratične ureditve.

Drugo tehtanje ugotavlja, ali je ocenjevani poseg primeren za doseg zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči; če ga ni mogoče doseči, poseg ni primeren.

Vlagatelj je že v točki II.b. navedel, da ukrepi razlastitve imetnikov obveznic niso primeren ukrep in se v izogib ponavljanju v celoti sklicuje na že navedeno v tej točki. Ukrep, ki je

predviden, ne bo mogel doseči zasledovanega cilja. Če bi se dejansko upoštevala določila 498. člena ZGD-1, bi morala Republika Slovenija, kot imetnica depozita pri NLB d.d. v višini približno 1 milijarde evrov, najprej konvertirati ta sredstva v lastniški kapital. S tem bi pokrila znaten del izgube v višini približno 1,5 milijarde evrov, ki jo bo potrebno pokriti po poročanju medijev. Tako pa je Republika Slovenija sprejela zakon, po katerem bo najprej v celoti razlastila imetnike obveznic, katerih emisijska vrednost znaša 61,4 milijona evrov, kar bo prispevalo le okoli 4 odstotke potrebne višine kritja izgube. Tako je jasno, da s samo razlastitvijo ni mogoče izvesti ukrepa sanacije NLB d.d., zato tak oblastveni akt ni primeren.

Tretje tehtanje ugotavlja, ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oz. načelo proporcionalnosti).

Predlagatelj je že v tč II.b. navedel, da ukrepi razlastitve imetnikov obveznic niso primerni. Dejstvo je, da lahko Banka Slovenije, ne da bi jasno navedla, zakaj in ob kakšnih pogojih, razlasti imetnike obveznic, pri čemer ji niti ni potrebno navesti razlogov, ki so sicer določeni v praksi ESČP in 1. členu Protokola 1 h EKČP.

Ustavno sodišče je v zadevi U-I-91/98 z dne 27. 5. 1999, odločilo: »Vprašanje, ali posamezen davek (že) posega v pravico do zasebne lastnine, bo včasih le kvantitativno: ali je višina predpisanega davka tolikšna, da ogroža bistvo lastnine kot posebne oblike materialne podlage človekove svobode, ki naj skupaj z drugimi ustavnimi pravicami zagotavlja možnost svobodnega življenja, zadovoljevanja življenjskih potreb in osebni razvoj v družbi (gl. 18. točko obrazložitve) oziroma od kod dalje, nad katero višino davčne obveznosti gre sploh že za takšen poseg. Gre za vprašanje morebitne prekomernosti obdavčitve, ki je v tem primeru pojmovno povezano in se lahko rešuje analogno z vprašanjem prekomernosti v ožjem smislu kot delom testa sorazmernosti, s katerim se presoja ustavna dopustnost posega v ustavne pravice. Vprašanje prekomernosti, to je sorazmernosti v ožjem smislu, bi sicer prišlo na vrsto šele, če bi US ugotovilo, daje ukrep, ki predstavlja poseg v človekovo pravico, prestal prvi preizkus neizogibnosti ukrepa. V tem primeru pa prava mera ne določa le dopustnosti posega, ampak pomeni hkrati že odločitev, ali sploh gre za poseg, oziroma od kod dalje gre za poseg, zato je moralo US najprej preskusiti, ali izpodbijani davek ne posega prekomerno v premoženje zavezancev. 21. Člen 15 ZPDVBH določa, da lahko davek na bilančno vsoto - DBV doseže celo višino celotnega dobička pred obdavčitvijo. Ustava ne določa, kdaj in v kakšnem obsegu lahko zakonodajalec predpisuje davke. Vendar s stališča gospodarskega subjekta, katerega poglavitni motiv opravljanja dejavnosti je doseganje čim večjega dohodka oziroma dobička (kar je navsezadnje tudi merilo za družbeno vrednotenje gospodarskega subjekta), pomeni odvzem vsega dobička, izničenje njegovega temeljnega motiva. Možnost, da davek - ki je kljub drugačni davčni osnovi po svoji naravi vendarle davek na dobiček (glej tč. 16 obrazložitve) - poseže v celotni dobiček, zato v določenem delu (v kolikšnem, glej v nadaljevanju) pomeni poseg v pravico do zasebne lastnine. Prav zaradi svoje očitne

prekomernosti posega v zasebno lastnino pa pomeni v enakem delu tudi poseg v svobodno gospodarsko pobudo iz 74. člena. Ob tako močnem (davčnem) pritisku zakonodajalca na banke in hranilnice ter možnosti tako globokega posega v dobiček se namreč pojavi utemeljena bojazen nepremišljenega in preveč rizičnega plasiranja finančnih sredstev, predvsem s ciljem po vsej sili doseči zniževanje davčne osnove in s tem ohranitev vsaj dela dobička. Ob tehtanju, kolikšen poseg na dobiček pravne osebe ni prekomeren, je US izhajalo iz stališča, daje DBV po svoji naravi davek od dobička. Kot je razvidno iz primerjalnega prikaza, pa se davčna stopnja davka od dobička po posameznih državah v povprečju giblje med 30-35 odstotki, v nekaterih državah pa znaša tudi 40 in več odstotkov, vendar nikjer ne preseže 50 odstotkov. (Komentar k 38. Členu Zakona o davku od dobička pravnih oseb -ZDDPO). Nemško ustavno sodišče je v zvezi z višino premoženjskega davka sprejelo stališče, da mora biti davčna osnova stvarno povezana z donosnostjo gospodarske enote in mora njihove vrednosti v medsebojni primerjavi realno odražati. Premoženjski davek lahko ob drugih davkih seže na donos od premoženja le, če skupna davčna obremenitev domnevnega donosa - upoštevajo se davki in odbitki ter druge razbremenitve (olajšave) - predstavlja približno polovično delitev med zasebnim in javnim in je hkrati ta obremenitev tudi v skladu z načelom enakosti v obdavčitvi. (Zadeva Einheitswerte II BVerfGE 93, 121 - sklep II. senata z dne 22. junija 1995). Glede na to US ugotavlja, da v tem primeru obdavčitev, Če presega največ polovico donosa, predstavlja poseg v ustavno pravico iz 2. člena. Pri določitvi še sprejemljive in dopustne meje obdavčitve pa je US upoštevalo naravo in namen DBV, kot izhaja iz pojasnil Vlade in te odločbe. [...] Po delni razveljavitvi 15. člena ZPDVBH so banke in hranilnice iz razmerij, glede katerih do začetka učinkovanja te odločbe še ni bilo pravnomočno odločeno, dolžne plačati navedeni davek, če davčna obveznost po izpodbijanem zakonu skupaj z davkom od dobička pravnih oseb po ZZDDPO ne presega polovico dobička, ugotovljenega pred obdavčitvijo v izkazu uspeha davčnega zavezanca. Še vedno pa lahko zakonodajalec v teh mejah vprašanje navedenega davka uredi tudi drugače. Navedeno odločitev, ki se nanaša na mejo še dopustne obdavčitve davčnega zavezanca, je US sprejelo upošteva kvalifikacije tega davka in razloge, ki so pogojevali njegov sprejem. To pa še ne pomeni, da bi enako stališče glede stopnje dopustne davčne obremenitve veljalo tudi za druge vrste davkov.»

Vlagatelj poudarja, da se bo imetnike obveznic v celoti razlastilo, pri čemer naj jim Banka Slovenije v zamenjavo ne bi namenila nobene odškodnine (v primeru prenehanja), ali pa odškodnino zanemarljive realne vrednosti (v primeru konverzije v delnice), denarna odškodnina pa ni dovoljena. Poudarjamo še, da ima Banka Slovenije izrecno pooblastilo, da tako tudi naredi, pri čemer ZBan-1 z ZBan-1L (v nasprotju z legalitetnim načelom) ne daje jasnih navodil, v katerem primeru, na kakšen način in ob kakšnih pogojih lahko razlasti imetnike obveznic.

III. KRŠITEV PRAVICE DO ENAKOSTI PRED ZAKONOM (14. ČLEN USTAVE RS)

V okviru zagotavljanja načela enakosti je prvenstveno naloga samega zakonodajalca, da presodi, ali/in v kakšnih stvarnih pogledih je dvoje življenjskih področij, dejanskih stanov ali skupin oseb med seboj v tolikšni meri enakih, da je treba z zakonom odrediti njihovo enako obravnavanje ali obratno v primeru različnosti. Za neenako ali enako obravnavanje mora biti podan stvaren razlog. Ob preizkušanju namena zakonodajalca in ob preizkušanju sredstev, ki jih je v ta namen uporabil s klasifikacijo, je treba ugotoviti stvarno primernost in upravičenost kriterija za razlikovanje ali za enako obravnavanje. Stvarno upravičenega razloga ni in splošno načelo enakosti kot prepoved samovolje je kršeno v naslednjih primerih:

- kadar je namen, ki ga zasleduje zakonodajalec s svojo ureditvijo (z razlikovanjem ali z enakim obravnavanjem), protiustaven ali kadar ni bila spoštovana ustavna prepoved diskriminacije;
- kadar je zakonodajalčeva ureditev nesmiselna in stvarno nasprotujoča za dosego zakonodajalčevega namena in zato nasprotuje načelu sorazmernosti;
- kadar je zakonodajalčeva ureditev, če jo primerjamo z namenom, nelegitimna ali sovražna pravičnosti;
- kadar je zakonodajalčeva ureditev nesmiselna, neustrezna, stvarno ali sistemsko protislovna in kot taka omogoča samovoljno ravnanje ali samovoljno opustitev.

Načelo enakosti ne zavezuje le zakonodajalca, temveč tudi izvršilno in sodno vejo oblasti. Gre za enakost v uporabi prava, ki izhaja iz drugega odstavka 14. člena Ustave RS, zlasti na področjih, kjer zakonodajalec dopušča upravnim organom možnost uporabe prostega preudarka ali interpretacijo in uporabo nedoločenih pravnih pojmov, in na področjih pospeševalne uprave (npr. gospodarske subvencije in socialni transferji), kjer je v nekaterih primerih pri delovanju upravnih organov močno zožena ali celo povsem izključena tudi uporaba legalitetnega načela, zato ima splošno načelo enakosti velik pomen. Spoštovanje načela enakosti pri izdajanju posamičnih aktov v postopkih pred sodnimi in upravnimi organi, to je v postopku uporabe in izvrševanja zakonov in drugih splošnih predpisov, pomeni, da je vse veljavne pravne predpise treba uporabljati do vseh državljanov na enak način. Za presojo ustavne dopustnosti ravnanja upravnih organov je pravna doktrina oblikovala posebno tipizirano obliko preizkusa skladnosti z načelom enakosti. Po njej je načelo enakosti s posamičnim aktom, ki ga je izdal upravni organ, kršeno v naslednjih primerih:

- če ima posamični akt temelj, ki je v neskladju z načelom enakosti;
- kadar upravni organ zakonu zmotno pripisuje vsebino, ki je v neskladju z načelom enakosti;

- kadar upravni organ ravna samovoljno.

Banki Slovenije ni dovoljeno samovoljno oblastno upravnopravno delovanje. Načelo enakosti prepoveduje samovoljo pri izvajanju predpisov. Samovolja je subjektivna, če se odločba opira na subjektivne razloge uradne osebe, ki je vodila postopek. Samovolja ni podana le takrat, kadar upravni organ namenoma ravna samovoljno, temveč tudi takrat, kadar ravna »lahkomiselno«, npr. tako, da se vede do zakona popolnoma ravnodušno. V primerih, kadar si je upravni organ očitno prizadeval, da bi ravnal stvarno pravilno in da bi prišel do pravno pravilne rešitve, pa je samovolja izključena, čeprav je bila odločitev kljub temu pravno nepravilna. Vsakega posamičnega akta, ki je pravno nepravilen, ni mogoče označiti kot kršitev načela enakosti, opredelitev samovoljnega ravnanja je podana le pri kvalificirani pravni nepravilnosti ali pri prekoračitvi prostega preudarka, kadar je upravni organ pooblaščen za tako odločanje. Samovolja je podana tudi pri kršitvi splošnega načela vestnosti in poštenja, vendar sprememba ustaljene prakse upravnega organa, če so za to podani stvarni razlogi, ne nasprotuje načelu enakosti, pač pa je samovolja podana, če gre za odstop od standardnega upravnopravnega odločanja brez obrazložitve.

V tem pogledu je pomembno stališče Ustavnega Sodišča v *odločbi št. U-I-98/95* z dne 11. 7. 1996: »*Temelj pravne varnosti v upravnem postopku je načelo zakonitosti. Zakonitost obsega poleg materialne (vsebinske) tudi formalno (postopkovno) razsežnost: pri odločanju v upravnih stvareh mora občinski organ ravnati v skladu s predpisi o upravnem postopku. Uradne osebe, ki vodijo postopek in odločajo v upravnih stvareh, morajo imeti ustrezno izobrazbo in strokovno usposobljenost. S spoštovanjem vsebinske in postopkovne zakonitosti v vseh postopkih se zadosti tudi načelu enakosti pred zakonom. Standardi pravne varnosti morajo biti enaki na vsem območju države.*« Splošno načelo enakosti kot razlog za ustavno prepoved diskriminacije deluje univerzalno. Nanj se lahko sklicujejo vsi ljudje, tudi tujci in načeloma tudi vse pravne osebe zasebnega prava. Upravičenca je v metodološkem pogledu mogoče razvrstiti v dve skupini. V prvi skupini so osredotočeni okrog področij oz. razlogov za razlikovanje, v drugi skupini pa okrog prizadetih interesov oz. pričakovanih koristi.

ESČP je v primeru *Belgian Linguistic in Marckx v. Belgija* z dne 13. junija 1979, A 31 *odločilo, da »Načelo enakega obravnavanja je kršeno (ali drugače: »razlikovanje je diskriminatorno«), če za razlikovanje ni stvarnega in razumnega upravičenja.*« Obstoje razlikovanja je treba presojeti v zvezi z namenom in učinki uporabljenih sredstev in z upoštevanjem načel, ki so običajno prevladujoča v demokratičnih družbah. Za različno obravnavanje pri uživanju pravic iz konvencije ni dovolj, da se s tem zasleduje legitimen cilj. Člen 14 Ustave RS je kršen, kadar se da jasno ugotoviti, da ni razumne sorazmerne zveze med uporabljenimi sredstvi in cilji, ki naj bi jih dosegli. Sodišče nadalje ugotavlja, da mora prepoved razlikovanja, zato da bi bila učinkovita, zagotavljati odsotnost diskriminiranja ne samo v zakonu, ampak tudi *defacto* - v dejanskem izvajanju. Klasifikacija (oz. sredstvo), ki je splošno sprejemljiva, v praksi pa je dejansko naperjena zoper določeno skupino državljanov, povzroča diskriminacijo in ni dopustna (U-I-67/92 z dne 15. 7. 1993). Z različnim obravnavanjem oz. urejanjem enakih dejanskih stanj je kršeno ustavno načelo enakosti pred zakonom.

NLB d.d. je v letu 2004 izdala in mednarodnim vlagateljem ponudila v vplačilo podrejeno obveznico s kodo (ISIN) XS0208414515, ki jo je uvrstila na Luksemburško borzo vrednostnih papirjev. Obveznica NLB26 in obveznica NLB XS0208414515 sodita po razvrstitvi kvalificiranih obveznosti banke, kot jih je v 261.a člen ZBan-1 uvedel 15. člen ZBan-1L, med kvalificirane obveznosti istega (tretjega) reda – torej v isti razred. Vendar prospekt obveznice NLB XS0208414515 v 16. poglavju navaja: "*The Fiscal Agency Agreement, the Notes and the Coupons and all matters arising from or connected with it are governed by, and shall be construed in accordance with, English law except that Conditions 3 and 5(g) shall be governed by and construed in accordance with the laws of Slovenia.*" nato pa še "*The courts of England have exclusive jurisdiction to settle any dispute (a "Dispute"), arising from or connected with the Notes or the Coupons (including a dispute regarding the existence, validity or termination of the Notes or the Coupons) or the consequences of its nullity.*". Skladno z navedenima določiloma je obveznica, izdana s strani iste banke kot obveznice NLB26., katerih imetniki so pobudniki v postopku pri vlagatelju, podvržena Angleškemu pravu, ki ne pozna določil ZBan-1L in razlastitve imetnikov obveznic, spori pa se razrešujejo na sodiščih Anglije.

Tako se za imetnike podrejenih obveznic NLB26, ki so bile izdane in tržene v Republiki Sloveniji, z ZBan-1L uveljavlja zakonska podlaga za prenehanje ali konverzijo teh obveznic in s tem izgubo celotnega vložka, za imetnike podrejenih obveznic NLB XS0208414515, ki so bile izdane v tujini, pa v pravu, ki so mu podvržene, take podlage ni, kar jim še naprej zagotavlja povrnitev celotnega vložka njihovih denarnih sredstev.

Kot je že bilo navedeno, mora za razlikovanje torej obstajati razumen, iz narave stvari izhajajoč razlog, zakonodajalec pa je upravičen v mejah svoje pristojnosti določiti kriterije, ki mu služijo za opredelitev, katera dejanska stanja so si podobna do te mere, da bo nanje vezal enake pravne posledice, in katera se tako razlikujejo, da jih je treba pri uzakonitvi razlikovati od prvih (tako npr. odločba Ustavnega sodišča št. U-I-306/98 z dne 11. 4. 2002.). V konkretnem primeru pa ni prav nobenega razumnega razloga. Obveznica je terjatev lastnika tega vrednostnega papirja do NLB d.d., njena uvrstitev po določenih ZBan-1 je enaka (glede na podrejenost kapitala) in je torej edina razlika v tem, kje je bila izdana. Takšna diskriminacija pa je po Ustavi RS prepovedana.

Tako zakon po mnenju vlagatelja v ničemer ne ureja različnih pravnih položajev. V tem primeru zakon neutemeljeno diskriminira, ko različno ureja enake oziroma v bistvenem podobne položaje. Obveznice izdane v tujini so močno podobne obveznicam, ki je izdana v RS in ni nikakršnega razloga, zakaj bi bili ti imetniki ne bili deležni ugodnosti, ki jih niso imetniki »slovenskih« obveznic.

Glede na vse navedeno je po mnenju vlagatelja jasno, da je zakonodajalec uvedel različno pravno ureditev za enake pravne položaje. To pa je v nasprotju z ustavno zagotovljeno pravico do enakosti pred zakonom, kajti različna pravna ureditev je ustavno dopustna le za različna dejanska stanja (npr. odločba U-I-205/93 z dne 9.11. 1994). Načelo enakosti pred zakonom pomeni namreč predvsem zahtevo po nearbitrarni uporabi prava do pravnih subjektov, zavezuje pa tudi zakonodajalca k zagotavljanju enakosti subjektov pri zakonodajnem normiranju. Ustavno sodišče je namreč že večkrat pojasnilo (npr. U-I-95/91

z dne 14. 5. 1992), da je potrebno načelo enakosti obravnavati kot enakopravno obravnavanje enakih dejanskih stanj. Za kršitev načela enakosti pa gre, kadar lahko zakonodajalčevo razlikovanje označimo kot arbitrarno, torej takšno, za katerega ni stvarnega razloga. Nikakršnega razloga za tako razlikovanje v izpostavljenem primeru ni razvidno ne iz zakona, ne iz njegovega namena in ne iz obrazložitve pri sprejemu.

VI. PREDLOG ZA ZAČASNO ZADRŽANJE IZVRŠEVANJA IN ZA PREDNOSTNO OBRAVNAVO

Na podlagi 39. člena ZUstS-UPB1 lahko Ustavno sodišče do dokončne odločitve v celoti ali delno zadrži izvršitev akta, katerega ocena se predlaga, če bi zaradi njegovega izvrševanja lahko nastale težko popravljive škodljive posledice.

Varuh na podlagi 39. člena ZUstS-UPB1 predlaga, da Ustavno sodišče do dokončne odločitve zadrži izvajanje določb ZBan-1, ki so predmet te zahteve za oceno ustavnosti, saj bi zaradi izvrševanja teh določb lahko nastale težko popravljive posledice.

Varuh ocenjuje, da škodljive posledice, ki bi nastale z izvrševanjem protiustavnih določb, pretehtajo nad morebitnimi škodljivimi posledicami, ki bi nastale, če bi se izpodbijane določbe izvrševale.

Posledica zadržanja je le ohranitev sedanjega stanja do končne odločitve Ustavnega sodišča. Ob tem po mnenju Vlagatelja ne bodo nastopile nobene škodljive posledice, saj se lahko izvede dokapitalizacija bank in izvede sporazumen odkup ali zamenjava podrejenih obveznic po določilih ZBan-1, ki so bila v veljavi do uveljavitve ZBan-1L, in kot je podrobneje opisano v tč II. b te zahteve.

V nasprotnem primeru bi lahko nastale težko popravljive škodljive posledice za imetnike podrejenih obveznic, za (splošno) zaupanje v pravo in pravno državo, za delovanje pravosodja (množično vlaganje tožb), v končni posledici pa tudi za davkoplačevalce, ki bi ob morebitni ugotovitvi neustavnosti ZBan-1L prizadetim (posredno) plačali odškodnine.

* * *

Varuh tudi predlaga, da Ustavno sodišče predmetno zadevo obravnava prednostno na podlagi možnosti, ki jo daje 2. in 3. alineja 3. odstavka 46. člena Poslovnika Ustavnega sodišča.

V zadevi gre gotovo za pomembna pravna vprašanja, kakšne so možnosti in pravice države, da glede spremenjenih okoliščin, kot je svetovna gospodarska kriza, retroaktivno posega v ustavno zagotovljene pravice državljanov, vključno z njihovimi že pridobljenimi

pravicami, in izvaja ukrepe razlastitve v imenu reševanja krize. Ta vprašanja, posebej vprašanje glede retroaktivnosti, potrebujejo hiter odgovor.

* * *

Glede na navedeno Varuh Ustavnemu sodišču

p r e d l a g a:

da Ustavno sodišče oceni ustavnost 15., 32. in 37. člena ZBan-1L, s katerimi so bili dodani oziroma spremenjeni 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člen ZBan-1, ugotovi njihovo neskladnost z Ustavo RS ter jih razveljavi.

Vlasta Nussdorfer

varuhinja človekovih pravic