



Številka: 020-01/10-17
Ljubljana, 7. 12. 2011

USTAVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE
Beethovnova 4
1000 LJUBLJANA

Državni svet Republike Slovenije je na 42. seji 7. 12. 2011 na podlagi tretje alineje prvega odstavka 23.a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 - UPB1 in 108/07 - Skl.US: U-I-259/07-10) sprejel

Z A H T E V O

za začetek postopka za oceno ustavnosti Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1F; Ur. l. RS, št. 65/09 – UPB, 33/11 in 91/11).

Državni svet Republike Slovenije (v nadaljevanju: Državni svet) predlaga, da Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustavno sodišče):

- po opravljenem postopku odloči, da sta določbi 10.a in 10.b člena v nasprotju s 74. členom Ustave Republike Slovenije, s tem v povezavi pa tudi s 33. in 67. ter 49. členom Ustave Republike Slovenije;
- do končne odločitve začasno zadrži izvajanje 10.a in 10.b člena Zakona o gospodarskih družbah;
- prednostno obravnava zadevo.

Obrazložitev:

Dne 29. 11. 2011 je stopil v veljavo Zakon o dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 9/11). Zakon o gospodarskih družbah v novem 10.a členu določa, da ustanovitelj, družbenik, član posloводства ali organa nadzora ne more biti, kdor je član posloводства ali organa nadzora velike, srednje oziroma majhne družbe nad katero je bil začet eden izmed postopkov zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja in sicer deset let od končanja takšnega postopka, razen če v nepravdnem postopku dokaže, da je v takšni družbi ravnal s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Enake omejitve veljajo tudi za osebe, ki so opravljale funkcijo posloводства ali nadzornega organa v takšnih družbah kadar koli v obdobju dveh let pred začetkom postopka zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, smiselno pa tudi za podjetnike.

Zakon v 10.b členu določa, da sodišče, pristojno za odločanje v postopku zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, po uradni dolžnosti pravni oziroma fizični osebi, ki je bila član posloводства ali organa nadzora velike, srednje oziroma majhne družbe, nad katero

je bil začet postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, odvzame pooblastilo oziroma upravičenje za vodenje poslov oziroma jo odpokliče z mesta člana organa nadzora v vseh družbah, kjer ta oseba opravlja tovrstno funkcijo in sicer za obdobje desetih let od konca takšnega postopka, razen če dokaže, da je v takšni družbi ravnala s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika.

Državni svet ocenjuje, da zakonske rešitve posegajo v ustavno pravico svobode podjetniške pobude (74. člen Ustave), pravico do zasebne lastnine (33. in 67. člen Ustave) in svobodne izbire dejavnosti oziroma poklica (49. člen Ustave), pri čemer posegi prekomerno posegajo v ustavno zagotovljene pravice in svoboščine in v tej zvezi niso sorazmerne začrtanemu cilju predlagateljev zakona ter nadalje ne izpolnjujejo t.i. testa sorazmernosti. 74. člen Ustave določa, da je gospodarska pobuda svobodna, pri čemer zakon določa pogoje za ustanavljanja gospodarskih organizacij. Gospodarska dejavnost se ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo. 33. člen Ustave pravi, da je zagotovljena pravica do zasebne lastnine in dedovanja. 49. člen Ustave se nanaša na svobodo dela, ki jo razvršča na:

- pravico do proste izbire zaposlitve,
- dostopnost vsakega delovnega mesta pod enakimi pogoji,
- prepoved prisilnega dela.

Ustava ne jamči pravice do dela (čeprav tudi v ustavah, ki to pravico določajo, ne pomeni pravico do zaposlitve, obvezuje pa državo, da ustvarja možnosti za zaposlovanje in delo ter zagotavlja njuno zakonsko varstvo).¹

Podjetnik kot nosilec podjetja prek pravnoorganizacijske oblike samostojnega podjetnika posameznika samostojno opravlja pridobitno dejavnost kot svoj poklic (primerjaj šesti odstavek 3. člena ZGD-1). Enako velja za večino družbenikov zlasti majhnih gospodarskih družb. Ti navadno hkrati v svoji družbi opravljajo funkcijo poslovodje. Pri vseh teh osebah prepovedi, ki so uveljavljene z novelo ZGD-1E, posežejo v njihovo svobodo gospodarske pobude. Večina članov poslovodstva v večjih družbah to funkcijo opravlja kot svoj poklic. Pri njih omejitev poseže tudi v njihovo svobodo izbire poklica.²

Omejitve ustavnih pravic in svoboščin so možne le izjemoma. Po drugem odstavku 49. člena Ustave se gospodarska dejavnost ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo. Le če to zahteva javna korist, se lahko pravica do gospodarske pobude omeji, pri čemer zakonodajalčeva svoboda pri omejevanju te pravice ni absolutna in neomejena. Zakonodajalca pri omejevanju svobode gospodarske pobude omejuje splošno načelo sorazmernosti. Pri presoji obstoja sorazmernosti med posegom v človekove pravice, mora zakonodajna rešitev predhodno prestatiti *test legitimnosti* nato pa sledi *test sorazmernosti*. Test sorazmernosti namreč zahteva, da mora biti poseg v človekove pravice nujen, da so izbrana sredstva pravno dopustna in da so sredstva, ki zasledujejo stvarno upravičen in legitimen cilj, primerna. Prav tako mora biti vzpostavljeno proporcionalno razmerje med prizadetostjo ustavne pravice posameznika, ki jo povzroči uporaba sredstva in med ustrezno koristjo, ki jo pridobimo z uporabo sredstva v korist skupnosti. Ureditev je preveč skrajna in z gotovostjo lahko pričakujemo, da bo upočasnila gospodarski razvoj. Zaskrbljujoče je vprašanje ali bo kdo sploh še hotel prevzeti vodenje gospodarskih družb v težavah, saj gre za zelo strogo omejitev, ki povrh vsega traja tudi zelo dolgo - deset let od konca insolventnega postopka. Pri tem je povprečna doba trajanja takšnega postopka 5 let, torej je veljavnost takšne prepovedi v poprečju 15 let, kar je nerazumno dolgo in v popolnem nesorazmerju z obstoječo zakonodajo.

1 I. Kavčič, F. Grad: Ustavna ureditev Slovenije, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 133

2 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

Zahteva sorazmernosti, ki je eden izmed temeljnih elementov pravne države, kot jo opredeljuje 2. člen Ustave, zakonodajalcu postavlja *omejitev pri zakonskem omejevanju človekovih pravic in temeljnih svoboščin* in vzpostavlja kvalificirano povezavo med zakonodajalčevim namenom, ki ga zasleduje ter sredstvi in normativnimi rešitvami (beri zakonskimi določbami), ki jih v ta namen uporabi.

Po testu sorazmernosti se presodi, ali je določena omejitev znotraj dovoljenega okvira omejitev in sestoji iz teh točk, pri čemer za neustavnost zadostuje, da omejitev ne izpolnjuje ene izmed treh točk:

- Ali je ocenjevanj poseg primeren za doseg zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči;
- Ali je poseg sploh nujen v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega nasploh oziroma cilja ni mogoče doseči brez tega posega s kakšnim drugim, ki bi bil po naravi blažji; in
- Ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (test sorazmernosti v ožjem smislu).

Zakon ne izpolnjuje niti ene točke testa sorazmernosti, pri čemer – poudarjamo – je za neustavnost zakona dovolj že, če ne izpolnjuje ene točke testa sorazmernosti.

Neprimernost in nepotrebnost posega novele ZGD-1E

Cilj predlagateljev zakona je bil izboljšati položaj upnikov, njihovo boljše poplačilo in varstvo v primeru insolvenčnih postopkov. Iz uvoda k predlogu novele ZGD-1E je tudi mogoče razbrati, da naj bi bil namen novele ZGD-1E varovati upnike pred „posledicami premalo skrbnega podjetja“. Na podlagi tega lahko sklepamo, da naj bi bila javna korist, ki jo želi varovati oziroma uresničiti novela ZGD-1E, interes upnikov (vključno z delavci) za plačilo njihovih terjatev. S prepovedmi, določenimi v 10.a in 10.b členu ZGD-1E, tega cilja (javne koristi) ni mogoče doseči, saj te prepovedi v ničemer ne prispevajo k temu, da bi upniki prejeli večji delež plačila svojih terjatev, kot bi jih prejeli, če teh prepovedi ne bi bilo.³

Člena 10.a in 10.b novele ZGD-1E ne posegata v položaj upnikov za nazaj in upnikom ne prinašata boljšega poplačila ali varstva, pri čemer že trenutno obstoječa zakonodaja upnikom zagotavlja ustrezno varstvo, in sicer pravila o odškodninski odgovornosti članov posloводства in organa nadzora družbe, nad katero je bil začeti stečajni postopek, določena v 42. do 44. členu Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP; Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010, 26/2011, 47/2011, 87/2011; v nadaljevanju: ZFPPIPP). Enak cilj zasledujejo tudi splošna pravila o odškodninski odgovornosti organov družbe, ki jo ureja 263. člen ZGD-1.

Preostali mogoč cilj novele ZGD-1E bi lahko bil s sankcijo (prepovedjo) odvrniti naslovnike prepovedi, da bi z nevestnim ravnanjem oškodovali upnike. Dosego tega cilja na ustrežnejši (in ustavno skladen) način omogočajo kazenske sankcije za kaznivo dejanje povzročitve stečaja z goljufijo ali z nevestnim poslovanjem (226. člen KZ-1) in zagrožena odškodninska odgovornost. Nadalje že po drugem odstavku 255. člena ZGD-1 funkcije člana organa vodenja ali nadzora ne sme opravljati oseba, ki:

- je bila pravnomočno obsojena zaradi kaznivega dejanja zoper gospodarstvo, zoper delovno razmerje in socialno varnost, zoper pravni promet, zoper premoženje, zoper okolje, prostor in naravne dobrine; ta oseba ne sme biti član organa vodenja ali nadzora pet let od pravnomočnosti sodbe in dve leti po prestani kazni zaporu;
- ji je bil izrečen varnostni ukrep prepovedi opravljanja poklica, in sicer dokler traja prepoved, ali

3 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

– je bila kot član organa vodenja ali nadzora družbe, nad katero je bil začet stečajni postopek, pravnomočno obsojena na plačilo odškodnine upnikom po ZFPPIPP, in sicer še dve leti po pravnomočnosti sodbe.⁴

Nesorazmernost posega

Postopek zaradi insolventnosti (postopek prisilne poravnave ali stečajni postopek) se začne nad dolžnikom, ki je postal insolventen (50. člen ZFPPIPP). Zato je nastanek insolventnosti predpostavka za začetek postopka zaradi insolventnosti. Začetek postopka zaradi insolventnosti je hkrati (edina) predpostavka za nastanek prepovedi (omejitev), določenih v prvem in drugem odstavku 10.a člena in prvem odstavku 10.b člena ZGD-1. To pomeni, da ureditev v prvem do tretjem odstavku 10.a člena in v 10.b členu ZGD-1 posredno (implicitno) uvaja domnevo, da je vzrok za nastanek insolventnosti protipravno (neskrbno) ravnanje članov organa posloводства in nadzora družbe. Povedano drugače, nastanek insolventnosti je po ureditvi v 10.a in 10.b členu ZGD-1 edina podstat domneve, da so člani posloводства in organa nadzora insolventne družbe ravnali neskrbno (protipravno).⁵

Vzroki za nastanek insolventnosti so lahko različni. Pri večini poslovnih subjektov vzrok insolventnosti zlasti v obdobju gospodarske krize najpogosteje ne izvira iz notranje sfere poslovnega subjekta (neskrbno poslovanje), temveč insolventnost povzročijo zaostrene gospodarske razmere na trgu (to so zlasti padec potrošnje, slabši ali omejeni pogoji kreditiranja in splošno znižanje ravni likvidnosti poslovnih subjektov na trgu), na katerem posluje ta subjekt.⁶

Takšna ureditev je v nasprotju z načelom pravne države (2. člen Ustave), saj kot edino podstat domneve, da je oseba ravnala protipravno (v našem primeru z neskrbnim ravnanjem povzročila insolventnost družbe) določa okoliščine (nastanek insolventnosti), katerih najpogostejši vzrok ni tako protipravno ravnanje, temveč vzroki, ki so zunaj sfere (vpliva) naslovnika pravnega pravila (člana posloводства in organa nadzora insolventne družbe). Taka ureditev namreč s prepovedmi (omejitvami) »kaznuje« nesorazmerno velik delež članov posloводства in organov nadzora insolventnih družbe, ki nastanka insolventnosti niso povzročili s svojim neskrbnim ravnanjem (in zato za to stanje ne odgovarjajo), zato da bi morda zajela izrazito manjšinski delež tistih, ki so v resnici z neskrbnim poslovanjem povzročili nastanek insolventnosti.⁷

Teža posledic za prizadete osebe nedvomno presega morebitne koristi oziroma cilje zakona. Člena 10.a in 10.b se smiselno niti ne nanašata na poplačilo upnikov ali njihov tretma, pač pa sankcionirata le dejstvo, da je oseba v času, ko je bil proti družbi začet postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, opravljala funkcijo člana posloводства ali organa nadzora velike, srednje ali majhne družbe, in sicer tako, da takšna oseba ne more biti ustanovitelj, družbenik, član posloводства ali organa nadzora družbe. Nadalje takšno omejitev še časovno razpotegne za obdobje dveh let, saj takšno omejitev aplicira tudi na osebe, ki so opravljale funkcijo posloводства ali nadzornega organa v takšnih družbah, kadar koli v obdobju dveh let pred začetkom postopka zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja. Četudi je bil namen predlagateljev zakona kaznovati člane posloводства ali organe nadzora, ki namenoma pahnejo družbo v postopke zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, predlagana rešitev ni pravilna in postavlja vse takšne osebe v nemogoč položaj.

4 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

5 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

6 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

7 N. Plavšak: Novela ZGD-1E – škodljivost političnega populizma, Pravna praksa, št. 45, 24. november 2011

Zakon uveljavlja avtomatizem pri omejitvi ustanavljanja, vodenja in nadziranja družb in v tretjem odstavku 10.a člena le določa, da sodišče v nepravdnem postopku članu posloводства oziroma organa nadzora iz prvega in drugega odstavka tega člena dovoli ustanovitev družbe, pridobitev statusa družbenika, opravljanja poslovodne funkcije družbe ali opravljanje nadzorne funkcije, če dokaže, da je v družbi, nad katero je bil začet postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja, ravnal s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika. Na ta način je takšni osebi naloženo še obrnjeno dokazno breme, ki je v pravnem redu redko in uporabljeno le v izjemnih primerih. V zvezi z dokazovanjem gre očitno za *probatio diabolica*, zato so navedene osebe postavljene v nemogoč položaj – avtomatizem kaznovanja, obrnjeno dokazno breme in težka dokazljivost standarda vestnega in skrbnega gospodarstvenika, saj se dokazovanje širi na vse pravne posle, ki so bili sklenjeni tekom poslovanja tudi pred začetkom postopka zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja. Takšno dokazno breme pa je očitno nesorazmerno z javno koristjo, ki naj bi jo zasledovala takšna ureditev. V zvezi s presojo vseh takšnim poslov, ki jih je družba sklenila tekom celega obdobja opravljanja funkcije, je potrebno profesionalno znanje s področja poslovno-finančne stroke, kar bi se lahko opravljalo le z izvedencem poslovno-finančne stroke, pri čemer ne verjamemo, da je sploh možno pregledati celoten sklop neštetih pravnih poslov.

Zakon v sebi tako skriva elemente sankcioniranja, ki pa je v pristojnosti kazenskega prava. Obstoječa zakonodaja tudi že ureja sankcioniranje tovrstnih namerno škodljivih ravnanj v škodo upnikov, zato je takšen zakon povsem odveč tudi iz tega vidika.

Sredstva, ki jih zakonodajalec uporabi morajo biti *smiselna* in *potrebna* oziroma *nujna* za dosego zelenega cilja. Šteje se, da je sredstvo potrebno oziroma nujno, če zakonodajalec ni imel na izbiro drugega enako učinkovitega sredstva, ki ne bi omejevalo temeljnih svoboščin ali pa bi jih omejevalo v znatno manjšem obsegu oziroma z manjšo intenzivnostjo. Ukrep mora biti utemeljen s ciljem na takšen način, da v najmanjši možni meri vpliva na pravice in interese prizadetih subjektov.

Ukrep, ki v osnovi brez izjem preprečuje ustanavljanje, vodenje in nadziranje družb osebam, ki so bile člani posloводства ali nadzornega organa družbe, nad katero je bil začet postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja oz. so imele takšen status v družbi dve leti pred začetkom postopka insolventnosti ali prisilnega prenehanja ne prestane testa sorazmernosti, saj glede na cilje, ki jih zasleduje ni niti primeren, niti nujen za zagotovitev ciljev, z njim pa se prekomerno posega v lastnino in svobodno izbiro dejavnosti in poklica. Zakonodajalec bi lahko cilj, ki ga zasleduje z zgoraj navedenimi določbami dosegel tudi na druge načine, ki bi bistveno manj posegali v lastninsko pravico. Poseg v lastninsko pravico mora biti neizogiben za dosego cilja, saj je lahko le kot takšen tudi skladen z Ustavo. Navedenega kriterija sprejeta ureditev ne izpolnjuje.

Ob navedenem ne gre spregledati dejstva, da so postopki zaradi insolventnosti in prisilnega prenehanja zakoniti postopki, ki jih ureja ZFPPIPP. Med drugim ZFPPIPP ureja tudi odgovornosti posloводства, nadzornih organov in družbenikov glede upravljanja tveganj in upravljanja likvidnostnih tveganj v družbah, tako ob normalnem poslovanju družb, ob insolventnosti kot tudi v postopkih prisilnega prenehanja.

Ustava v prvem odstavku 74. člena zagotavlja pravico do svobodne gospodarske pobude. Gospodarska pobuda obsega odločitve o opravljanju gospodarske dejavnosti, torej svobodno sprejemanje gospodarskih odločitev na ravni podjetja. Svoboda gospodarske pobude se ne omejuje le na svobodo sprejemanja poslovnih odločitev, ampak vsebuje tudi podjetniško pravico do zasebne lastnine, saj je smisel podjetniške lastnine pridobivanje dohodka.

Ureditev pomeni kršitev več ustavnih pravic – pravice do svobode del, proste izbire zaposlitev, dostopnosti do delovnega mesta pod enakimi pogoji (49. člen Ustave) in kršitev pravice do socialne varnosti (50. člen Ustave).

Ker sta določbi 10.a in 10.b Zakona o gospodarskih družbah za slovensko gospodarstvo izrazito dolgoročno škodljiva in ker gre za očitno neutemeljen prekomeren poseg v zgoraj navedene ustavne pravice in svoboščine, Ustavnemu sodišču predlagamo, da za čas do odločitve sodišča ustavi izvrševanje Zakona o dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 9/11) in po prednostni obravnavi ugotovi njegovo neustavnost ter ga odpravi s pričetkom veljavnosti ex tunc.

* * *

Državni svet je za svojega predstavnika v postopku pred Ustavnim sodiščem določil državnega svetnika Boruta Meha.

Mag. Blaž Kavčič
predsednik