



REPUBLIKA SLOVENIJA
DRŽAVNI SVET

7 a

Številka: 450-03/13-24/
Ljubljana, 10. 12. 2013

Predlog

Državni svet Republike Slovenije je na 13. seji dne 11. 12. 2013 na podlagi tretje alineje prvega odstavka 23.a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 - UPB1, 108/07 in 109/2012) sprejel

Z A H T E V O

- za začetek postopka za oceno ustavnosti 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člena Zakona o Bančništvu (ZBan-1, Ur. L. RS št. 131/2006), kot so bili v ta zakon vnešeni oziroma v njem dopolnjeni z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o Bančništvu (ZBan-1L, Ur. I. RS št. 96/2013),
- za začasno zadržanje izvrševanja 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člena Zakona o Bančništvu (ZBan-1, Ur. L. RS št. 131/2006), kot so bili v ta zakon vnešeni oziroma v njem dopolnjeni z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o Bančništvu (ZBan-1L, Ur. I. RS št. 96/2013) in
- za prednostno obravnavo.

Obrazložitev

I. UVODNO

Zahtevo vlaga Državni svet Republike Slovenije na podlagi 23. a člena Zakona o ustavnem sodišču ter jo dopolnjuje s predlogoma za začasno zadržanje izvrševanja in za prednostno obravnavo.

II. KRATKA PREDSTAVITEV BESEDILA ZBAN-1 IN ZBAN -1L

Državni zbor Republike Slovenije je dne 14.11.2013, po tem, ko je Državni svet na Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o bančništvu (v nadaljevanju: ZBan-1L) dne 5.11.2013 izglasoval odločilni veto, ponovno z glasovanjem sprejel ta zakon. ZBan-1L je bil objavljen v Ur. I. 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 Državnega sveta 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 ukrepa razlastitve imetnikov obveznic tako, da jim arbitrarno odvzame 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 odvzem lastništva obveznic.

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

Obveznica je dolžniški vrednostni papir, s katerim se izdajatelj obveznice zadalži 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-1)¹ 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, saj je likvidacija postopek prenehanja nad solventnim dolžnikom, torej takim, ki lahko v celoti poplača vse svoje obveznosti. Ker ZBan-1 ne določa, da bi se smelo te instrumente uporabiti za kritje izgub banke v likvidaciji, za to tako doslej ni bilo zakonite podlage.

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, ki opredeljuje dva postopka zaradi insolventnosti – 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 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 ne smeta biti uporabljena (oz. nista smela biti uporabljena od uveljavitve ZBan-1L, torej ni (bila) dovoljena ne konverzija terjatve v lastniški delež banke, ne njen odpis, 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 ali NKBM, 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

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

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

ne bi zadoščala za odpravo kapitalske neustreznosti. Tako bi bili celo v primeru stečaja NLB ali NKBM 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. V NLB te po zadnjih javno razpoložljivih podatkih znašajo okoli milijarde evrov.⁴

ZBan-1 v 2. odstavku 129. člena določa, da podrobnejše pogoje, razmerja, omejitve, lastnosti in vrste dolžniških instrumentov bank, ki se upoštevajo pri izračunu njihovega kapitala, predpiše Banka Slovenije.

II.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 hranilnic⁵. 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).

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

ZBan-1L⁶ s 15. členom uvaja v veljavni ZBan-1 nov 261.a člen, ki v 1. odstavku opredeljuje, da lahko Banka Slovenije izda odločbo o izrednem ukrepu, s katero 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 1. odstavka tega člena deluje zaporedoma, tako, da se najprej izvede na kvalificiranih obveznostih prvega reda, nato drugega, nato tretjega in nato četrtega.

ZBan-1L bistveno posega v pogodbeni odnos med banko izdajateljico obveznic in imetnikom obveznice, še posebej v primeru podrejenih obveznic z dospetjem, ki se le začasno vključujejo v dodatni kapital banke, saj prospekti mnogih med temi obveznicami (npr. tudi obveznice NLB 26. izdaje, med imetniki katerih je najširši krog fizičnih oseb) ne opredeljujejo, da bi te lahko služile za kritje izgub banke izdajateljice tudi mimo njenega stečaja, sedaj pa lahko in to brez soglasja imetnika obveznice, pri čemer ta niti nima 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

⁴ Bo država sama sebe ostrigla za pokritje bančne luknje? Finance, 4. novembra 2013

⁵ Ur. l. RS 135/2006, 104/2007, 85/2010, 97/2010, 100/2011, 100/2012

⁶ Ur. l. RS 96/2013

še vedno ureja to področje, ne prospekti mnogih podrejenih obveznic z dospetjem, 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, zato NLB tega prospekta niti ne more spremeniti ali preklicati. Ureditev pred novelo ZBan-1L je imetnikom mnogih takšnih obveznic (npr. obveznice NLB 26. izdaje) 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 odpis (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 uvaža v veljavni 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.

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 vloži 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 odpisu ali konverziji imetniki obveznic ne morejo vložiti tožbe, saj gre za izredni ukrep Banke Slovenije. Torej bi zoper to odločbo (ki jo bo Banka Slovenije predvidoma sprejela med 13.12.2013 do 15.12.2013) lahko v imenu imetnika tožbo vložila le banka izdajateljica. Pri tem sta največji banki izdajateljici podrejenih dolžniških instrumentov v državni lasti, torej člane njunih 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 zelo 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, ki ga vanj uvaža 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 pooblašcene 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 in NKBM 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 350a. člena ZBan-1, ki ga uveljavil ZBan-1L, in 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 niti ne morejo imeti nobenega zahtevka več, prav tako pa nimajo pravnega sredstva, ki bi jim lahko omogočil sodno presojo zakonitosti odločbe o konverziji obveznic v delnice banke.

Poleg tega tudi novelirani 318. člen ZBan-1 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 temu 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 dal družbi družbenik, 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. Zapisali so: »Ker se bodo za pomoč bankam v težavah uporabili ukrepi iz zakona o bančništvu, ne bo podlage za uporabo določbe ZGD-1, ki ureja položaj terjatev družbenikov oziroma tretjih oseb do družbe v stečaju, saj do stečaja banke ne bo prišlo.« Po tem tolmačenju je zakonsko določilo 498. člen 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 irelevantno ali nepomembno; po novi zakonodaji bodo pri kritju izgub na vrsti prej in z ustrezno 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, retroaktivno posega v že pridobljene pravice imetnikov podrejenih obveznic, ki so jih imetnikom 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 odpis obveznic ali njihovo konverzijo v delnice. Hkrati v pravice imetnikov posega tudi neskladnost ukrepov ZBan-1L s še vedno veljavnima 318. členom ZBan-1 in 498. členom ZGD-1, ki sta veljala že v času, ko so 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 njegova terjatev kot upnika 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 pogodbeni uredevec, ki je v nasprotju s to določbo, nična, bistveno kršena tudi pravica imetnikov do pravnega varstva.

Državni svet tako pri Ustavnem sodišču RS vloga zahtevo, da oceni ustavnost ZBan-1L, ter ob tem predlaga, da zadrži izvrševanje izpodbijanih določb 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 261f., 347. in 350a. ZBan-1L.

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.

Vlagatelj zahteve ocenjuje, da bi lahko z izvajanjem določil ZBan-1L prišlo do nepopravljivih posledic za imetnike, 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 zahtevo dopolnjuje s predlogom za zadržanje izvrševanja zakona. Poleg tega, da je vrsta ureditev, ki jih uvaja ZBan-1L, po prepričanju vlagatelja zahteve v nasprotju z ustavo, vlagatelj ne ve in ne more vedeti, v kakšnem pravnem položaju se bodo znašli imetniki podrejenih obveznic na dan 13.12.2013, za katerega je napovedana objava višine manjkajočega kapitala bank za doseg njihove kapitalne ustreznosti, z napovedjo, da bodo v nedeljo dne 15.12.2013 vse banke že dokapitalizirane. Ker je skladno z določili, ki jih je v ZBan-1 uvedel ZBan-1L, dokapitalizacija bank mogoča šele po izvedbi ukrepov odpisa podrejenih obveznic in/ali njihove konverzije v delnice, to pomeni, da bosta v teh dveh dneh že dokončno in nepovratno izvedena tudi ta dva ukrepa. To nevzdržno negotovost lahko odpravi le Ustavno sodišče, ki mu predlagamo, naj upoštevač našeta dejstva zadrži izvrševanje zakona.

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

ZBan-1L uvaja ukrepa odpisa obveznic in njihove konverzije v delnice. Lastninska pravica je, kot bo v nadaljevanju natančneje pojasnjeno, pravica imeti stvar v posesti, jo uporabljati in uživati na najboljše možni način ter z njo razpolagati. Omejitve uporabe, uživanja in razpolaganja 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 ta odvzame, bodisi z odpisom (v tem primeru odškodnine ni), bodisi s konverzijo v 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.

III. OČITANE KRŠITVE USTAVE RS

Vlagatelj zahteve poziva Ustavno sodišče, da podrobneje preuči morebitno kršitev naslednjih ustavnih določb:

- da je Slovenija pravna in socialna država (2. člen Ustave RS), predvsem v okviru načela zaupanja v pravo (t.i. *reliance*)
- da ima vsakdo pravico do pravnega sredstva (22. in 23. člen Ustave v povezavi s 3. odstavkom 120. člena Ustave RS)

- varstvo lastnine v povezavi s pravico do zasebne lastnine (67. člen in 33. člen Ustave RS),
- prepoved povratne veljave pravnih aktov (155. člen Ustave RS), v povezavi z navedenim 2. členom Ustave RS
- pravice svobodne gospodarske pobude oziroma svobodnega podjetništva (74. člen Ustave RS)
- načelo določnosti pravnih aktov v povezavi z 2. in 120. členom Ustave RS

KRŠITEV NAČELA VARSTVA ZAUPANJA V PRAVO (T.I. *RELIANCE*) V SMISLU KRŠITVE 2. V POVEZAVI S 33., 67. IN 155. ČLENOM USTAVE RS

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

Mnogi imetniki podrejenih obveznic 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 v svojih poklicih ustvarili prihranke, ki so jih hranili na bančnih računih, nato pa so jim bančni uslužbenci predlagali, 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. in NKBM d.d. kot največjih in po lastništvu večinsko državnih bank so se zavedali, da stečaj bank 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. in NKBM d.d. je največji lastnik Republika Slovenija, ki ima v obeh bankah 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 obveznic NLB d.d. ali NKBM d.d. soudeleženi pri pokrivanju izgub banke izdajateljice.

Imetniki obveznic NLB d.d. in NKBM d.d. so zaupali državnemu zboru RS in Vladi RS, da bo slovenska zakonodaja ostala v kritičnih delih takšna, da bo lastnike obveznic ščitila pred možnostjo njihovega odvzema. Tudi poročila Banke Slovenije ter revidirana letna poročila NLB d.d. in NKBM d.d. so zagotavljala, da gre za kapitalsko ustrezni in varni banki, Agencija za trg vrednostnih papirjev pa je zagotavljala, da so prospekti obveznic teh bank njihova 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 investitorji ali osebe s poklicnim znanjem o vlaganju v obveznice, temveč navadni državljani, ki so prihranke na pobudo bančnih uslužbencev vložili v obveznice namesto v depozite pri teh bankah. Z odpisom ali konverzijo teh obveznic v delnice, ki jo je omogočila bistvena sprememba pravne ureditve v Republiki Sloveniji, uveljavljena z ZBan-1L, pa bodo izgubili celotne prihranke.

Pri vsem navedenem je najpomembnejše, da pri imetnikih pretežno ne gre za položaj, ko bi ti svoj nakup temeljili na želji po kratkoročnega špekulativnega 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 držati do njihovega dospelja, 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 NLB d.d. in NKBM d.d. vložili znatna finančna sredstva, saj so se odločili za to vrsto varčevanja prav na podlagi zaupanja v pravni okvir in dejstvo, da se je edini možen postopek, ki bi prizadel njihova pričakovanja, stečajni postopek nad banko izdajateljico. Upošteva se splošno znano dejstvo, da sta ti banki večinsko državni in poleg tega še »preveliki, da bi padli«, 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 odpis teh obveznic oziroma njihovo konverzijo v delnice, so imetniki obveznic večkratno oškodovani. Celo v primeru, da bodo za svoje obveznice prejeli delnice NLB d.d. ali NKBM d.d., je očitno, da bodo te delnice lahko prodali le po ceni, ki bo predstavljala zanemarljiv delež vrednosti glavnice obveznic, v primeru odpisa pa sploh ne bodo prejeli ničesar. Imetniki podrejenih obveznic bodo tako k »porazdelitvi bremen«, o kateri govori ZBan-1L, prispevali svoj celoten denarni vložek v obveznice (v primeru odpisa), 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, zato je njihova prodaja še dodatno otežena).

Ukrep konverzije, ki se bo po napovedih guvernerja Banke Slovenije zgodil v obdobju med petkom, 13.12.2013, in nedeljo, 15.12.2013, bo 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 nakupa obveznice. 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.

K bistvenim elementom pravne države (2. člen Ustave RS) sodi pravna varnost, ki za fizične in pravne osebe pomeni predvsem varstvo zaupanja v pravo. Iz tega pravna teorija in ustavnosodna praksa izpeljuje prepoved prave in neprave retroaktivnosti. V tem primeru gre z vidika posega v pravice imetnikov za t.i. pravo retroaktivnost. Prava retroaktivnost je poseganje zakona v že nastala dejanska stanja, ki naknadno in spreminjajoče (ta dejanska stanja so nastala pred sprejemom zakona) poseže v že pridobljene pravice.

Neprava retroaktivnost je t.i. »pravo« povratno delovanje zakona, ki sega na sedanja zatečena, toda že zaključena stvarna in pravna stanja, ki učinkujejo v prihodnosti in zaradi tega istočasno tudi zatečene pravne položaje naknadno razvrednotijo. V kolikor tak poseg ni upravičen z močnejšo ustavno zavarovano pravico, gre tudi iz tega razloga za kršitev 2. člena Ustave RS (v tem primeru v povezavi z drugimi navedenimi ustavno zaščitnimi načeli in pravicami). To načelo namreč fizičnim in pravnim osebam zagotavlja, da jim država (zakonodajalec) njegovega pravnega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, torej brez stvarnega 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 je Ustavno sodišče sprejelo odločitev, ki se nanaša na t.i. nepravo retroaktivnost, ter s katero 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 potrebno opozoriti, da je obveznica pogodbeni odnos pogodbenih strank, 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 bo (bi lahko) s sklicevanjem na izredni ukrep, kiga je uveljavil ZBan-1L, Banka Slovenije z avtoritativnim, arbitrarnim aktom posegla v že določeno pogodbeno razmerje in banki izdajateljici prepovedala izplačilo obveznic ter sama določila, da imetnik obveznice ni več imetnik, temveč je teh bodisi v celoti razlaščen, ali pa postane lastnik delnic, ki so brez realne vrednosti.

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

Prvo tehtanje, ki ga je potrebno opraviti, je, 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.

Imetniki podrejenih obveznic v tem trenutku niti ne vedo, ali so ukrepi potrebni ali nujni. Minister za finance je namreč izjavil, da bodo vsi stresni testi bank znani in objavljeni dne 13.12.2013, ter da bo dokapitalizacijo bank izvedel dne 15.12.2013. Pri tem je že vnaprej sporočil, da »Bruseljska« zahteva oz. da je pogoj »Brusljska« za državno dokapitalizacijo bank ta, da se najprej imetnike podrejenih obveznic razlasti v celoti. To pomeni, da bo ukrep sprejet le dan po tem (in to čez vikend, ko so sodišča in banke zaprte), ko bodo rezultati znani, čeprav ni jasno, kaj naj bi ti stresni testni pokazali. Pri tem je potrebno opozoriti, da so se dosedanja testi, ki so bili opravljeni, med seboj močno razlikovali, večkrat pa je bilo tudi poudarjeno, da so mnoge predpostavke v teh testih v veliki meri arbitrarne.

Nujnost oziroma potrebnost izrednih ukrepov, ki jih je uveljavil ZBan-1L, je močno vprašljiva tudi 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 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, z vsako realizirale znaten izredni dobiček, za 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 nominalne 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 dospetja, ponudila njihovo zamenjavo v obveznice 16. izdaje (BCE16, kotacija na borzi v Ljubljani), ki imajo lastnosti instrumenta podrejenega dolga z dospetjem, 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 novoizdane nepodrejene obveznice z dospetjem 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 novoizdane nepodrejene obveznice z dospetjem 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 odpis terjatve upnika v celoti, imetnik je s tem odpisom zgolj seznanjen, ZBan-1L pa določa še, da imetnik iz naslova kršitve pogodbenih obveznosti banke, ki nastane zaradi takega odpisa, 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 ustreznega kapitala bank, ter načini, kako 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 dospeljem pa so zanje prejeli med 85% in 89% nominalne vrednosti.⁷ Po zadnjih znanih ocenah je španski bančni sistem zdaj že stabiliziran, Španija pa že dosega gospodarsko rast.

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. Imetniki obveznic že zdaj vlečejo vzporednice s premožnejšimi kmeti ali tovarnarji, ki so jim leta 1946 odvzeli vse premoženje. Republika Slovenija že vse od leta 1993 rešuje vprašanje denacionalizacije, ki še vedno ni povsem zaključeno, stroški postopkov same denacionalizacije pa se merijo v desetinah milijonov evrov. Pri tem ne gre zanemariti niti dejstva, da nacionalizacija očitno tudi ni dala želenih dolgoročnih učinkov, saj je politično-gospodarski sistem, ki jo je vpeljal, že propadel, strošek tega eksperimenta pa nosimo državljani Republike Slovenije.

Poudariti je tudi, da je imela Slovenija v letu 2013 najmanjši delež tujih naložb od vseh regionalnih držav. Vsak investitor ob svojih odločitvah seveda skrbno pregleda državo, njeno dolgoročno stabilnost, pravno varnost ter zmožnost vračila njegove naložbe. Signal, ki bi ga Republika Slovenija poslala vsem potencialnim investorjem z izvedbo ukrepov po ZBan-1L, bi bil predvsem ta, da bo v primeru proračunski težav najprej razlastila prav investitorje in to na način, da zoper ukrep oblastvenega organa ne bodo imeli nobenega učinkovitega pravnega sredstva. Ustava RS določa, da je Slovenija socialna država, država pa je lahko po mnenju Državnega sveta socialna le, če ima dovolj sredstev za socialne programe. Z ukrepom po ZBan-1L pa je obstaja veliko tveganje, da bo tak ukrep nivo socialne države zvišal le kratkoročno in predvsem na papirju, na daljši rok in realno pa jo lahko tudi zniža, saj bo podal jasen signal potencialnim investorjem, da Slovenija ni »resna« država, saj lahko investitorje preprosto razlasti in temu sproti prilagodi tudi zakonodajo. Da je zaupanje investorjev že zdaj zelo nizko, jasno izhaja iz dejstva, da se sedaj Slovenija zadolžuje po obrestni meri cca. 7% letno, sosednje države pa po nekajkrat nižji obrestni meri.

Po mnenju vlagatelja zahteve tako interesi Banke Slovenije po zagotovitvi dodatnega kapitala bank iz naslova odpisov ali konverzij podrejenih obveznic ne morejo predstavljati ustavne pravice, s katero bi tehtali in dopustili poseg v načelo (v tem primeru že kar imetnikovo pravico do) varstva zaupanja v pravo. Vprašljiva je tudi upravičenost ureditve, v kateri ena skupina imetnikov obveznic financira sanacijo banke prekomerno s celotnim vložkom, druge skupine imetnikov obveznic pa sploh nič, temveč dobijo svoj vložek poplačan v celoti in z obrestmi vred. Za tak poseg ni mogoče najti niti stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu.

⁷ Strategiji v zadregi, Analiza družbe NLB Skladi, 8. oktobra 2013

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 na konkretnem primeru, kot najbolj razširjeno med fizičnimi osebami pa za ta primer izbiramo obveznico NLB 26. izdaje. Zadnja v medijih objavljena ocena potrebne višine dokapitalizacije NLB d.d. je, da bo ta znašala 1,5 milijarde EUR.⁸ Emisijska vrednost obveznic NLB 26. izdaje 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. To bi bil manj nesorazmeren poseg od 100% odpisa, ki ga bodo imetniki obveznic NLB 26. izdaje deležni skladno 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, ne da bi se jim dalo karkoli konkretnega v zameno, 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 in skrajn ukrep.

IV. KRŠITEV NAČELA VARSTVA PRAVICE DO SODNEGA VARSTVA V SMISLU 22. IN 23. ČLENA V POVEZAVI S 3. ODSTAVKOM 120. ČLENA USTAVE RS

Ustava RS v 22. in 23. členu določa bistvo pravice do sodišča in do poštenega sojenja (*fair trial*). Ta člena sta po vsebini primerljiva s ključnim prvim stavkom 1. odst. 6. člena 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.«*)

Slovensko ustavno varstvo pravice do sodišča in poštenega sojenja je torej 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 sodišča in do poštenega sojenja ima po oceni ESČP v demokratični družbi zelo ugledno mesto (*the prominent place*) v okviru spoštovanja pomena Konvencije (De Cubber v. Belgija, 26. 10. 1984, A 86, p. 30). Zaradi tega »ni nobenega razloga, da bi lahko razlagali 1. odst. 6. člena omejevalno« (Moreira de Azevedo v. Portugalska, 23. 10. 1990, A 189, § 66). V zadevi Kraška v. Švica (19. 4. 1993, A 254-B, s. 49; glej tudi sodbo Barbera, Messegue in Jabardo v. Španija, 6. 12. 1988, A 146, s. 31), je ESČP odločilo, *inter alia*, da je namen člena 6 Konvencije *»zadolžiti tribunal, da izvede pravilno analizo izjav, argumentov in dokazov, ki jih*

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

predložijo stranke, ne da bi se pri tem opiralo na lastno oceno, ali so slednje za njegovo odločitev relevantne.«

Pravica do poštenega sojenja pomeni eno od ključnih pravnih jamstev ter izvedbenih določil načela pravne države (2. člen) oziroma vladavine prava (Preambula EKČP). Ne glede na visok ugled najbolj pomembnih normativnih instrumentov, ki določajo človekove pravice in temeljne svoboščine — to so predvsem nacionalne ustave in Konvencija kot regionalni instrument — obstaja nevarnost, da bi ostale ustrezne normativne formulacije zgolj teoretične in akademske, ne pa tudi praktične in učinkovite, če bi bile brez ustreznega sodnega varstva. In ko EKČP že v 1. členu zahteva od držav članic, da priznavajo vsakomur, ki sodi v njihovo pristojnost, pravice in svoboščine, ki so opredeljene v prvem delu Konvencije, se ve, da je to priznavanje končno odvisno od učinkovitega sistema nacionalnega sodnega varstva, ki ga po možnosti zaključuje zadnje varovalo ustavnega sodišča.

V 1. členu EKČP je implicirano načelo subsidiarnosti evropskega nadzornega mehanizma in prvotnosti nacionalnega, predvsem sodnega varstva pravic, ki spodbuja ESČP, da posveča posebno skrb utrjevanju, razvoju in harmonizaciji nacionalnih sodnih sistemov. Zato sodno pravo ESČP na podlagi 6. člena EKČP pomeni nenehno uveljavljanje skupnih evropskih meril poštenega sodnega postopka na področjih civilnega, kazenskega, upravnega prava ter na drugih posebnih pravnih področjih.

Spričo zgoraj povedanega se zdi logično, da za ESČP pošteno sojenje ne pomeni le pravnega jamstva, ampak konstitutivno sestavino vladavine prava. V zadevi Golder v. Združeno kraljestvo, 21. 2. 1975, A 18, šp. 34-36) je ESČP odločilo, da si je zelo težko zamisliti vladavino prava brez možnosti dostopa do sodišč. Pri tem se je sklicevalo na Preambulo Konvencije, ki opozarja, da predstavlja vladavina prava eno izmed prvin skupnega duhovnega izročila članic Sveta Evrope, in na statut Sveta Evrope, ki v 3. členu zavezuje *»vsako članico Sveta Evrope, da sprejema načelo vladavine prava [...]«*. Tri leta kasneje je ESČP v zadevi Klass določilo razmerja med na čelom vladavine prava in poštenim sojenjem: *»Vladavina prava pomeni, inter alia, da mora biti poseg izvršnih oblasti v posameznikove pravice podrejen učinkovitemu nadzoru, ki naj ga normalno zagotavlja sodstvo vsaj kot zadnje poročilo, upošteva, da sodna kontrola nudi najboljša jamstva neodvisnosti, nepristranskosti in dobrega postopka.«* (Klass in drugi v. Nemčija, 6. 9. 1978, A 28, s. 17). Že v zadevi Golder je ESČP ugotovilo, da je treba šteti načelo, da ima vsakdo pravico pritožiti se v civilni zadevi na sodišče, tudi za enega od splošno priznanih temeljnih pravnih načel; isto velja za princip mednarodnega prava, ki prepoveduje, da bi se komurkoli odreklo pravico do sojenja.

ZBan-1L jasno določa, da lahko Banka Slovenije izda odločbo o izrednem ukrepu, zoper katerega imetnik obveznice nima pravnega sredstva oz. neposrednega pravnega interesa. S 3. odst. 120. člena Ustave RS je zagotovljeno državljanom in organizacijam 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 pravico do sodnega varstva razširja tudi na dejanja, s katerimi bi upravni organi in nosilci javnih pooblastil posegli v pravni položaj oseb zasebnega in javnega prava. Ustava torej v 157. členu v razmerju do 120. člena zagotavlja varstvo zakonitosti, in to 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, izjemoma pa pred kakšnim drugim sodiščem - delovnim in socialnim, ki pa je v konkretnem primeru po določilih ZBan-1L izrecno prepovedano. Specializirano sodno varstvo pred upravnimi sodišči v konkretnem primeru niti ni možno niti dovoljeno, saj je v zvezi s odločbami Banke Slovenije možna samo posebna tožba pri vrhovnem sodišču RS.

Ustavno sodišče je že v zadevi U-M46/98, 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 v ZBan-1L prepoveduje sodno varstvo v upravnem sporu in da prepoveduje kakršnokoli tožbo imetnikov obveznic zoper odločbo o izrednem ukrepu Banke Slovenije, s katerim se izvede konverzija obveznic v delnice, je jasno, da je določilo 350a. člena ZBan-1 neustavno. 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 konverzija zakonita ali ne in ali gre za upravičen ukrep ali ne.

V. KRŠITEV NAČELA VARSTVA LASTNINE V POVEZAVI S PRAVICO DO ZASEBNE LASTNINE V SMISLU KRŠITVE 67. V POVEZAVI S 33. ČLENOM 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 lastninsko svobodo, ter 67. člen, ki govori o »gospodarski, socialni in ekološki funkciji« lastnine. 67. člen Ustave 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 svobode.

Prvi odst. 67. člena ima dva dela (prvi daje pooblastilo zakonodajalcu, da uredi način pridobivanja in uživanja lastnine, drugi pa določa merilo tega urejanja - gospodarska, socialna in ekološka funkcija lastnine), ki sta v vzajemni povezavi. Pooblastilo

zakonodajalca je omejeno z merilom urejanja; gospodarska, socialna in ekološka funkcija lastnine pa se lahko konkretizira le z zakonom. Način pridobivanja in uživanja lastninske pravice v prvi vrsti ureja civilno (stvarno) pravo. Le-to izoblikuje lastninsko pravico kot pravni institut oziroma jo napolni z vsebino - lastninskimi upravičenji. Stvarno pravo vsebuje tudi osnovna pravila glede načina pridobivanja lastninske pravice. Stvarno pravo izhaja iz maksimalnih lastninskih upravičenj, tako daje njegova funkcija predvsem v realizaciji 37. člena, ki določa: »Lastninska pravica je pravica imeti stvar v posesti, jo uporabljati in uživati na najobsežnejši način. Omejitve uporabe in uživanja lahko določi samo zakon.«.

Zakonska ureditev, ki uvede omejitve lastninske svobode, 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 predvideti bodisi prehodni režim ali pa pravično nadomestilo (odškodnino), tako da izravna »posebno žrtev« (*Sonderopfer*), ki so jo utrpeli imetniki obveznic.

Načelo zaupanja v pravo do določene mere varuje pravne subjekte pred spremembo pravnega položaja na slabše. Ustavno sodišče RS 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 uzakonitve prehodnega režima je torej odvisna od rezultata tehtanja med javnim interesom, zaradi katerega je potrebna takojšnja uveljavitev sprememb, in predvidljivostjo sprememb na eni strani ter težo teh sprememb na drugi strani.

Specifika zakonskih posegov v lastninskopravna razmerja (v nasprotju s posegi v številna druga pravna razmerja) pa je v tem, da lahko zakonodajalec na tehniko 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« (Sonderopfer).

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: *»To be compatible with Article 1 of Protocol No. 1, a measure of interference must fulfil three basic conditions: it must be carried out "subject to the conditions provided for by law", which excludes any arbitrary action on the part of the national authorities, it must be "in the public interest", and it must strike a fair balance between the owners rights and the interests of the community (see Vistnš and Perepjolkins v. Latvia no.71243/01. The concern to achieve a fair balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole. In each case involving an alleged violation of that Article the Court must therefore ascertain whether by reason of the State's interference the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden«*. ESČP je torej odločilo, da se nekoga 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-1L v. 1. odstavku 261b. člena določa: *»Banka Slovenije odloči o prenehanju ali konverziji kvalificiranih obveznosti na podlagi ocene vrednosti sredstev banke, ki jo izdela neodvisni cenilec podjetij tako, da oceni...«*, nato pa 3. odstavku, 261b. člena določa: *»Kadar zaradi nujnosti ukrepa ni mogoče pravočasno pridobiti ocene iz prvega odstavka, oceno vrednosti izdela Banka Slovenije.«*. ZBan-1L je torej v ZBan-1 uvedel arbitrarno odločitev, ki Banke Slovenije omogoča, da razlasti lastnike obveznic, če pač tako sama oceni. ZBan-1 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 (OdIUS III, 62), 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. 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. Pri tem velja tudi opozoriti na 74. člen Ustave RS, ki jasno določa, da je v slovenskem pravnem redu zajamčena svobodna gospodarska pobuda. Ustavno sodišče je med drugim v citirani odločbi navedlo: *»Za razmerje med zakonodajno in izvršilno oblastjo je odločilnega pomena spoštovanje legalitetnega načela, ki izhaja iz drugega odstavka 120. člena ustave. Legalitetno načelo ureja razmerje med parlamentom in vlado kot vrhom uprave. Pravna teorija opredeljuje legalitetno načelo tako, da*

razmerja med zakonodajno in izvršilno oblastjo opredeljuje kot vsebinsko vezanost delovanja izvršilne oblasti na zakon. Zakon mora biti vsebinska podlaga za izdajanje podzakonskih predpisov in posamičnih aktov izvršilne oblasti, tako vlade kot upravnih organov (ne da bi bilo za to potrebno izrecno pooblastilo v zakonu), ta dejavnost pa mora biti v vsebinskem pogledu prav tako v celoti v zakonskem okviru. V drugem odstavku 120. člena ustave je določeno, da opravljajo upravni organi svoje delo samostojno v okviru in na podlagi ustave in zakonov. Načelo vezanosti delovanja upravnih organov na okvir ustave in zakonov, še posebej pa na ustavno in zakonsko podlago (legalitetno načelo), je eno od temeljnih ustavnih načel. Legalitetno načelo delovanja državne uprave je namreč povezano z drugimi ustavnimi načeli in se nanja opira. Tako je v skladu z načeli pravne države (2. člen ustave), da so zakonske določbe jasne in nedvoumne. Pogoji za vzpostavitev pravne države je namreč obstoj transparentnega pravnega reda. Delovanje vseh tistih državnih organov, ki izdajajo podzakonske splošne akte, mora biti v vsebinskem pogledu pravno odvisno in sme s svojimi splošnimi predpisi zakon samo tehnično dopolnjevati, razčlenjevati in opisovati. Nikakor ne sme vanj posegati vsebinsko, saj bi v tem primeru zakonodajne funkcije prešle na druge državne organe. Strogo mora biti spoštovano pravno razmerje med originarnimi pravnimi normami v pravnih aktih z značajem zakona in odvisnimi pravnimi normami v podzakonskih splošnih pravnih aktih. Pri svojem pravnem urejanju so upravni organi v vsebinskem pogledu vezani na namen zakonodajalca in morajo upoštevati vrednostna merila za izvrševanje zakona. Namen in merila morajo biti v zakonu jasno izraženi ali iz njega nedvoumno razvidni.«

Glede na prakso Ustavnega sodišča RS in prakso ESČP je jasno, da določila 261a., b., c., d., e. in f. člena grobo posegajo v človekove pravice imetnikov. Po eni stranki daje ZBan-1L Banki Slovenije praktično neomejene in arbitrarne možnosti razlastitve imetnikov obveznic, pri čemer zakon krši legalitetno načelo, saj ne določa, v katerih primerih lahko pride do razlastitve, hkrati pa lastniki obveznic nimajo pravnega sredstva, s katerim bi lahko nasprotovali odločitvi Banke Slovenije o razlastitvi. Pri tem je poudariti, da je zakonodajalec v 2. odstavku 350a. člena ZBan-1, kot ga v ta zakon uvaja 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, saj je povsem jasno, da je zakonodajalec dal Banki Slovenije takšne možnosti arbitrarnega odločanja in razlastitve imetnikov obveznic, da so že preventivno zavarovali uradnike Banke Slovenije pred morebitnimi osebnimi odškodninskimi tožbami.

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.

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

ZBan-1L je v ZBan-1L vnesel v 1. alinejo 1. odstavka 261b. člena določilo: »*[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 NLB še kaj vredne), bodo sodišča, ki bodo odločala o odškodninah, morala slediti tem zakonodajalčevim navodilom, namesto, da bi se določila poštena odškodnina, ki bi se jo izmerilo v gotovini. To pa pomeni, da ima to določilo neposreden učinek na imetnike obveznic, ki očitno za dosego primerne odškodnine nimajo ustreznega pravnega sredstva, saj bo lahko najkasneje po tem, ko se izkoristijo vsa pravna sredstva, prišlo do stanja, ko bo Ustavno sodišče odločalo o primernosti odškodnine ter razveljaviti predvidoma več sto sodb in jih vrnilo v ponovno odločanje. Ustrezno pravno sredstvo je namreč le tisto, ki lahko teoretično 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 to odškodnino, učinkovitega pravnega sredstva imetniki obveznic nimajo.

VI.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.

Vlagatelj zahteve je že v tč IV.b. jasno navedel, zakaj ukrepi razlastitve imetnikov obveznic niso primeren ukrep in se v izogib ponavljanju v celoti sklicuje na že navedeno v tej točki. 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, noveliran z ZBan-1L, v 2. in 3. odstavku 261a. člena 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 ukrep razlastitve, torej ji ni potrebno opraviti nobenega tehtanja upravičenosti izvajanja ukrepa, niti ji potrebno opraviti testa javnega interesa – torej presoje, ali je v javnem interesu, da se imetnike obveznic v celoti razlasti in kakšen je ta interes. Pri tem vlagatelj zahteve že sedaj poudarja, da je ta interes lahko različen glede na vrsto izdane obveznice in seveda banko, ki je takšno obveznico izdala, prav tako pa ji ni potrebno opraviti nobenega tehtanja med pravicami imetnikov obveznic in interesom skupnosti. 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. Glede na to, da je vlagatelj zahteve že v tč. IV.b. jasno 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 RS in pravne predvidljivosti pravičnejši, saj bi zagotavljal zaupanje v trajnostno pravno ureditev, ki 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 zahteve je že v tč IV.b. jasno 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, ki pravi:

(1) Družbenik, ki je v času, ko bi morali družbeniki kot dobri gospodarstveniki zagotoviti družbi lastni kapital, namesto tega družbi dal posojilo, ne more proti družbi uveljavljati zahtevka za vračilo posojila v stečajnem postopku ali postopku prisilne poravnave. Tako posojilo se v stečajnem postopku ali postopku prisilne poravnave šteje za premoženje družbe.

(2) Tretja oseba, ki je v času, ko bi morali družbeniki kot dobri gospodarstveniki zagotoviti družbi lastni kapital, namesto tega družbi dala posojilo in ji je družbenik dal zavarovanje za vračilo posojila ali se je k temu družbenik zavezal kot porok, lahko v stečaju ali postopku prisilne poravnave zahteva le izplačilo razlike, ki je ni dobila ali je ne bi dobila iz naslova zavarovanja ali poročstva.

(3) Določbe tega člena veljajo tudi za druga pravna dejanja družbenika ali tretje osebe, ki gospodarsko ustrezajo zagotovitvi posojila.

(4) Ne šteje se za posojilo družbi namesto lastnega kapitala, če tretji ni izkoristil pravice zahtevati zavarovanje ali pravice odpovedi pogodbe in vračila danega posojila.«

... 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 vseh dolžniških instrumentov banke izdajateljice NLB, ki se upoštevajo pri izračunu njenega kapitala in katerih skupna nominalna vrednost znaša okoli 250 milijonov evrov, kar bo prispevalo manj kot petino potrebne višine kritja izgube ali kapitalskih potreb NLB. Tako je jasno, da s samo razlastitvijo, tudi če se jo izvede nad vsemi podrejenimi dolžniškimi instrumenti, 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).

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

VI. ZAKLJUČNO IN ZAHTEVA

Glede na navedeno je vlagatelj predloga mnenja, da je nujno potrebno preveriti skladnost določil 261a., 261b., 261c., 261d., 261e., 347. in 350a. člena Zakona o Bančništvu (ZBan-1, Ur. L. RS št. 131/2006), kot so bili v ta zakon vnešeni oziroma v njem dopolnjeni z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o Bančništvu (ZBan-1L, Ur. L. RS št. 96/2013), z Ustavo Republike Slovenije.

VII. PREDLOG ZA ZAČASNO ZADRŽANJE IZVRŠEVANJA

Na podlagi 39. člena Zakona o ustavnem sodišču 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.

Vlagatelj zahteve predlaga, da Ustavno sodišče zadrži izvajanje ZBan-1L, saj bi v nasprotnem lahko nastale nepopravljive škodljive posledice za imetnike podrejenih obveznic, prav tako pa za pravno varnost tako upnikov kot bank dolžnic in delovanje pravosodja kot celote.

Ob tem po mnenju vlagatelja z zadržanjem 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 IV.b te zahteve.

VIII. PREDLOG ZA PREDNOSTNO OBRAVNAVO

Vlagatelj zahteve predlaga še, 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 pomembno pravno vprašanje, saj bo odgovor dal rešitev na vprašanje, 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. Gre tudi za vprašanje, na katerega odgovor čaka tako strokovna kot politična in tudi laična javnost, kar nenazadnje izkazuje obširna medijska pokritost tega vprašanja.

Prav gotovo še nobeno vprašanje glede retroaktivnosti v Republiki Sloveniji in zgodovini odločanja Ustavnega sodišča RS ni bilo tako javno znano in ni potrebovalo tako hitrega odgovora in nenazadnje tudi omejitve in smernic zakonodajalcu, koliko je glede na gospodarsko in finančno krizo dopustno posegati v pravice drugih in še zlasti, koliko, če sploh, je to dovoljeno za nazaj.

* * *

Državni svet je za svojega predstavnika v postopku pred Ustavnim sodiščem določil državnega svetnika Jožeta Slivška.