

ANDREJ ABRAMOVIĆ
sudac Ustavnog suda Republike Hrvatske

Na temelju članka 27. stavaka 4. i 5. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst) prilažem sljedeće

IZDVOJENO MIŠLJENJE
U ODNOSU NA RJEŠENJE USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE U
PREDMETIMA BROJ: U-I-1694/2017, U-I-1793/2017, U-I-1817/2017,
U-I-1857/2017, U-I-1859/2017, U-I-3320/2017, U-I-3791/2017, U-I-3848/2017,
U-I-4991/2017, U-I-479/2018, U-I-501/2018, U-I-984/2018 od 2. svibnja 2018.

Žalim što se ne mogu složiti s mišljenjem većine da se u konkretnim ustavnosudskim predmetima broj: U-I-1694/2017, U-I-1793/2017, U-I-1817/2017, U-I-1857/2017, U-I-1859/2017, U-I-3320/2017, U-I-3791/2017, U-I-3848/2017, U-I-4991/2017, U-I-479/2018, U-I-501/2018, U-I-984/2018 ne prihvate prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku ("Narodne novine" broj 32/17.; u daljnjem tekstu: "Zakon o postupku izvanredne uprave").

Prvenstveno smatram da se potreba za donošenje zakona temeljila na proizvoljnim, neprovjerenim i dokazima nepotkrijepljenim tvrdnjama. U obrazloženju Vlade prilikom predlaganja donošenja zakona spominje se mogućnost "nekontroliranog kolapsa", navodi se da se "postojeći pravni okvir definiran Stečajnim zakonom i Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi pokazuje nedostatnim, neučinkovitim i stoga neprimjenjivim". U očitovanju Vlade Ustavnom sudu navodi se da je npr. "postalo očigledno da postojeći zakonski okvir ne može osigurati zadržavanje kontinuiteta poslovanja i spriječiti lančano prelijevanje negativnih posljedica na ostatak gospodarstva u slučaju predstečaja ili stečaja", te da bi "bez uvođenja zakona u hrvatskom pravnom sustavu ostala pravna praznina... Primjena ostalih instituta (predstečajnog i stečajnog postupka) dovela bi do neučinkovite i nedjelotvorne pretvorbe s mogućom posljedicom kolapsa gospodarskog sustava" itd.

Ne smatram bilo koji od iznesenih argumenata validnim.

Prvenstveno treba reći da se od dva, u pokušaju argumentacije spomenuta zakona, jedan tj. Stečajni zakon u vrijeme donošenja osporenog Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku primjenjivao tek godinu i sedam mjeseci, dok je drugi tj. Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi u relevantnom djelu praktički inkorporiran u Stečajni zakon, te je prestao postojati. Iz toga slijedi da se "pravni okvir" u vrijeme donošenja Zakona o postupku izvanredne uprave nije mogao u praksi još nikako pokazati, niti u dobrom, niti u lošem svijetlu.

Moram izraziti skepsu nad situacijom kada država sama argumentira potrebu donošenja novog propisa razlogom vlastitog lošeg zakonodavstva. Takav razlog, čak i da je opravdan, ne može biti validan, jer nije jasno što bi garantiralo da će, nakon loših prethodnih zakona, konačno biti donesen jedan dobar. Ali i drugi pokazatelji upućuju na nevaljanost takvog zaključka. Naime, kada je 2015. godine u proceduri bio danas važeći Stečajni zakon, Vlada je kao razlog donošenja novog zakona navela "potrebu učinkovitijeg rješenja problema insolventnosti poslovnih subjekata u vremenu izrazite gospodarske krize, kao i problema koji su se pojavili u njegovoj dosadašnjoj primjeni". Još se navodi "Vezano za navedenu dugotrajnost stečajnih postupka, dugotrajnost ostalih vrsta sudskih postupaka koji proizlaze iz otvorenog stečajnog problema, također je jedan od utjecaja na neriješene odnose sa stečajnim dužnikom", te da bi se "dugotrajnost stečajnih postupaka smanjila bi se i propisivanjem obveze sudu da u postupku u kojem je stranka stečajni dužnik, uvijek obrati osobitu pažnju na potrebu hitnog rješavanja - postupak pred prvostupanjskim sudom morao bi biti okončan u roku od šest mjeseci od dana otvaranja stečajnog postupka", pri čemu bi se "vjerovnicima omogućilo donošenje odluke o tome hoće li se poslovanje dužnika nastaviti li obustaviti".

Dakle, danas važeći Stečajni zakon donesen je 2015. godine upravo s istom namjerom i zbog istih uočenih nedostataka koji, navodno, opravdavaju 19 mjeseci kasnije donošenje posebnog Zakona o postupku izvanredne uprave. Ako je problem riješen 2015. godine donošenjem Stečajnog zakona, nije ga bilo potrebno ponovno rješavati, a ako nije riješen tada, ne znam kako objasniti okolnost da je dobar dio Zakona o postupku izvanredne uprave prepisan upravo iz važećeg Stečajnog zakona. Principijelno sam protiv da se za svaki (politički) problem donosi novi zakon koji predstavlja izuzetak u odnosu na generalno zakonsko rješenje: to će narušiti temeljno načelo jednakosti građana, dovesti do pravne nesigurnosti i otvoriti put pritisku na legislativu i korupciji.

Još se u očitovanju Vlade, koje u svojoj odluci kao valjano preuzima većina u Ustavnom sudu, kao važan razlog za donošenje novog zakona tj. Zakona o postupku izvanredne uprave, navodi potreba usklađenja zakonodavstva s propisima EU-a i njezinom pravnom stečevinom, sve u smislu članka 141.c Ustava Republike Hrvatske. U tom smislu se spominju Preporuka Europske komisije o novom pristupu stečaju i nesolventnosti poduzeća od 12.03.2014. godine, kao i Prijedlog Direktive o dopuni Uredbe (EU) 2015/848, pri čemu je sadržaj Prijedloga Direktive u većem dijelu identičan sadržaju Preporuke.

Pri tome se zaboravlja, namjerno ili nenamjerno, da je prilikom donošenja novog Stečajnog zakona 2015. godine, kao razlog ne samo navedeno usklađenje hrvatskog zakonodavstva s Preporukom od 12.03.2014. godine, već je i izrijekom u odredbu članka 394. Stečajnog zakona uneseno pravo koje propisuje Uredba (EU) 2015/848. Dakle, naše je pravo s europskim pravom u tom dijelu već potpuno usklađeno. Isto se, mutatis mutandis, odnosi i na rješenja iz tzv. "chapter 11" insolventijskog propisa SAD, budući da su njihova rješenja već preuzimana ne samo zadnjim, već čak i prethodnim (1999.) Stečajnim zakonom.

Legitimni cilj donošenja zakona nužno je vezan za javni interes za donošenje takvog propisa, kao i za prikladnost i nužnost donošenja zakona. Smatram da javni interes, u svjetlu gornjih argumenata, ničim nije obrazložen (osim maglovitim slutnjama moguće nesreće), pa je s tog aspekta legitimni cilj ostao upitan. Što se tiče (ne)prikladnosti donesenog Zakona o postupku izvanredne uprave, više će biti rečeno u daljnjem tekstu.

Moram priznati da ne razumijem kako bi to Zakon o postupku izvanredne uprave mogao trajno djelovati na "zaštitu održivosti poslovanja trgovačkog društva od sistemskog značaja za RH". Ponajprije, zakon će se primjenjivati najviše 15 mjeseci, što je vrlo kratko vrijeme da se poslovanje čak i stabilizira, a kamo li promijeni. Kao drugo, ne samo da postupak ne mora završiti nagodbom, već ju izvanredni povjerenik niti ne mora predložiti vjerovnicima (u čl. 43. st. 1. zakonodavac koristi termin "može predložiti nagodbu"), a osim toga može u svako doba odlučiti okončati postupak izvanredne uprave i pokrenuti stečaj ako "nema vjerojatnosti za uspostavu ekonomske ravnoteže..." (čl. 45. st. 1.). Osim navedenog, i vjerovnici mogu odbiti ponuđenu nagodbu. Nakon bilo čega od pobrojanog bi, vjerojatno, nastupio klasični stečaj, bez u Stečajnom zakonu predviđenog postupka restrukturiranja i bez stečajnog plana, budući da je sve to u biti već pokušano po Zakonu o postupku izvanredne uprave kao lexu specialisu. Dakle, zakonodavac je Zakonom o postupku izvanredne uprave predvidio kratki time-out, insignifikantan u odnosu na moguće ostvarenje proklamiranih ciljeva, osim prijeteće mogućnosti da se za njegova kratkog važenja karte djelomično drugačije promiješaju u odnosu na vrijeme nastupanja stečajnih razloga. Ako je to jedina razlika u odnosu na klasični postupak, onda je jednostavnom logikom moguće zaključiti da je "novo miješanje karata" upravo cilj i motiv Zakona o postupku izvanredne uprave, a što držim u potpunosti neustavnim.

Odluka većine poziva se na doktrinu ekonomske neutralnosti Ustava prema gospodarskim politikama i slobodi izbora zakonodavca, uz uvažavanje tzv. "relativne gospodarske neutralnosti". S teoretskim dijelom tih postavki ja sam suglasan kao s polaznom točkom, ali moram primijetiti da socijalni problem ne predstavljaju samo radnici dužnika, već i radnici vjerovnika, te da se pokušaj očuvanja poslovanja treba jednako odnositi kako na tvrtke dužnike, tako i na tvrtke vjerovnike. Svi oni predstavljaju, ili bi trebali predstavljati socijalnu brigu odgovorne države.

Koncept svakog modernog insolventijskog postupka temelji se na primarnoj ulozi vjerovnika u pogledu odluke što će dalje biti sa stečajnim dužnikom. Ako se taj temeljni princip donekle i korigira zbog razloga stabilnosti države, socijale ili nekog drugog razloga, nužno je da i dalje vjerovnici međusobno u postupku budu u jednakom položaju, kao što traži i drevna максима *in concursu conditio omnium creditorum par est* (položaj svih vjerovnika u stečaju je jednak). U konkretnom slučaju, a nakon prigovora (ne)legitimnosti donošenja zakona, to je moj najveći prigovor neustavnosti Zakona o postupku izvanredne uprave. Naime, Zakon o postupku izvanredne uprave u članku 18. predviđa sastav vjerovničkog vijeća i razvrstavanje vjerovnika u skupine, sve na prijedlog izvanrednog povjerenika, ali prema ničim definiranim kriterijima. Stoga i ne čudi da se do dana kada ovo pišem, dakle, više od godinu dana od donošenja Zakona o postupku izvanredne uprave (i manje od tri mjeseca do prestanka važenja konkretne izvanredne uprave), vjerovničko vijeće nije uspjelo oformiti, niti je izvjesno da će to uopće uspjeti.

Privremeno vjerovničko vijeće, kakvo je definirano u članku 31. Zakona o postupku izvanredne uprave, sastavljeno je na prijedlog izvanrednog povjerenika, pa niti može reprezentativno održavati strukturu vjerovnika, niti može valjano nadzirati onoga tko ih je i predložio tj. izvanrednog povjerenika. Stečajni zakon predviđa, što se vjerovnika tiče, odbor vjerovnika kao nadzorno tijelo i skupštinu vjerovnika kao glavno tijelo donošenja strateških odluka. U Zakonu o postupku izvanredne uprave predviđeno vjerovničko vijeće nije ništa od toga, čak i kada bi se uspjelo formirati.

Također Stečajni zakon poznaje različite skupine vjerovnika, pri čemu su to većinom klasične podjele vjerovnika. Međutim, kako bi od njih i prema kojim kriterijima u smislu odredbe članka 29. Zakona o postupku izvanredne uprave trebalo biti sastavljeno vjerovničko vijeće, nigdje se ne navodi, pa će nužno svaki pokušaj sastavljanja morati biti ocijenjen proizvoljnim. Inače, članak 29. stavci 4. i 5. Zakona o postupku izvanredne uprave direktno su prepisani iz članka 140. Stečajnog zakona, pa je zakonodavac mogao prepisati i neki drugi članak Stečajnog zakona radi lakšeg formiranja vjerovničkog vijeća.

Insolventni postupak kojem je prvenstveni cilj zadržanje poslovanja dužnika u što većem obujmu nije moguće ozbiljno shvatiti bez rješavanja novog financiranja dužnika nakon otvaranja insolventnog postupka. To je samo po sebi razumljivo, dužnik je i ušao u problem, posljedično i u postupak, baš zato što je bio insolventan.

Za roll-up kredit - u smislu u kojem je definiran u chapter 11. američkog zakona - u okviru ove odluke ne mogu reći ništa po pitanju ustavnosti, budući da on Zakonom o postupku izvanredne uprave nije niti predviđen, te budući da konkretne ugovore o kreditu koje je sklapao izvanredni povjerenik nisam imao prilike vidjeti. Međutim, baš zato mogu reći tek da bi bio, očito, nezakonit, kao i da bi - zbog nedefinirane svote za roll-up i nedefiniranih kriterija izbora vjerovnika za roll-up - sasvim sigurno negativno i diskriminatorno utjecao na prava (barem nekih) vjerovnika u postupku.

Također smatram povredom prava vjerovnika, pa samim time i povredu ustavnih prava iz članaka 49., 50. i 29. Ustava, predviđenu mogućnost djelomične namire starih tražbina vjerovnika za trajanje insolventnog postupka kako je definirana člankom 40. stavkom 1. Zakona o postupku izvanredne uprave. To ne stoga što je takav institut uopće predviđen - budući da je isti predviđen i u Stečajnom zakonu - već stoga što je ovdje, za razliku od Stečajnog zakona, takav institut predviđen bez valjane kontrole vjerovnika. To otvara mogućnost da se za trajanja postupka vjerovnici namiruju različito, da se pogoduje jednima na račun drugih, te da se posljedično, kada se podvuče crta, vjerovnici tretiraju različito. Još k tomu, izostaje mogućnost sudske kontrole takvog zaduženja prema izričitoj odredbi čl. 39. st. 4. Zakona o postupku izvanredne uprave. Takav rezultat smatram temeljno neustavnim.

Ono što vrijedi za uzimanje kredita jednako vrijedi i za djelomične namire za trajanja insolventnog postupka: prije nego što stanje dužnika postane sasvim jasno, niti se zna koliko kredita treba uzeti, niti se zna kako i koliko starih tražbina se može podmiriti bez opasnosti za (restrukturirano) poslovanje.

Posebno naglašavam da neustavnom smatram i okolnost da se Zakon o postupku izvanredne uprave, prema odredbi članka 5., primjenjuje i nad povezanim i ovisnim

društvima tj. društvima sa sjedištem u RH u kojima glavni dužnik ima najmanje 25 % udjela, neovisno o tome što kod takvih društava ne postoji neki od stečajnih razloga. Takva su društva uvučena u postupak mimo svoje volje i mimo interesa vlastitih dioničara (izuzev vlasničkog dijela glavnog dužnika), te sasvim sigurno trpe negativne posljedice zbog toga. Čak i da iz postupka izađu "neoštećena", nemogućnost samostalnog upravljanja i razvijanja kroz više od godinu dana i neminovan pad cijene dionica posljedice su koje, smatram, ne mogu biti ocijenjene ustavnima u smislu odredbe članaka 49. i 50. Ustava. Takvo odstupanje od ustavnosti ničim se ne može opravdati, posebno ne socijalnim razlozima. Naime, i ta društva imaju radnike, imaju male dioničare, doprinose proračunu kroz naplaćeni porez i mirovinski fondovi često u njima drže udio.

Treba dodati i da je Stečajni zakon iz 2015. godine u članku 391. također predviđao tzv. substantivnu konsolidaciju, odnosno slično rješenje prema kojem se protiv svih članova grupe povezanih društava vodi jedan insolventni postupak, ali i da je novelom iz 2016. godine zakonodavac izrijekom od takvog rješenja odustao brišući članak 391. iz Stečajnog zakona. Ako se od toga odustalo godinu dana nakon uvođenja i takvo rješenje ocijenilo lošim, kako je onda ono postalo dobro nakon sljedećih nepunih godinu dana?

Stečajni zakon parnice koje proizlaze iz stečajnog postupka definira hitnima, uz postavljanje rokova za njihove dovršenje od 6 mjeseci za prvostupanjski i 6 mjeseci za drugostupanjski postupak. Čak i tako optimistički postavljeni rokovi, sve da se i uspiju poštovati, neće moći garantirati sudsku zaštitu vjerovnicima u postupku temeljem Zakona o postupku izvanredne uprave, budući da je maksimalno trajanje tog zakona predviđeno na 15 mjeseci. To dovodi u ozbiljno pitanje sudsku zaštitu sudionika postupka, bilo dužnika, bilo vjerovnika, te kao skoro neizvedivo zakonodavno rješenje narušava ustavna prava garantirana odredbom članka 29. Ustava.

Zaključno navodim da ne smatram predmetni Zakon o postupku izvanredne uprave niti kao propis koji bi se mogao opravdati nekim legitimnim ciljem, niti smatram da je njegovo donošenje bilo nužno i u javnom interesu.

Posebno ne smatram da je takav propis prikladan u odnosu na proklamirane ciljeve donošenja, jer ne rješava - a posebno ne na ustavnopravno prihvatljiv način - osnovni problem u odnosu na ostvarenje proklamiranog cilja, a to je novo financiranje.

U pogledu same dikcije zakona, u potpunosti se slažem sa izdvojenim mišljenjem kolegice Kušan i kolege Selanca i s njihovom analizom i ocjenom neustavnih odredaba, posebice u odnosu na nedostatnu mogućnost predviđene sudske kontrole, te na propust da se zakonom obuhvate i povezana ili ovisna društva upisana u registar drugih država.

Zaključno, Zakon o postupku izvanredne uprave smatram neustavnim u smislu odredaba članaka 29., 49. i 50. Ustava zbog marginaliziranja i nejednakog položaja vjerovnika u postupku, nedovoljne sudske zaštite kako vjerovnika, tako i dužnika, protezanja na povezana društva kod kojih ne postoje stečajni razlozi i neprotezanja na povezana društva registrirana u inozemstvu. Stoga smatram da je prijedloge za

pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku trebalo prihvatiti, te Zakon kao neustavan u cijelosti ukinuti.

U Zagrebu, 3. svibnja 2018.

SUDAC
Andrej Abramović, v. r.

LOVORKA KUŠAN
dr. sc. GORAN SELANEC
suci Ustavnog suda Republike Hrvatske

Na temelju članka 27. stavaka 4. i 5. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst) i članka 50. i 51. Poslovnika Ustavnog suda Republike Hrvatske ("Narodne novine" broj 181/03., 16/06., 30/08., 123/09., 63/10., 121/10., 19/13., 37/14. i 2/15.) prilažemo sljedeće

IZDOJENO MIŠLJENJE

uz rješenje broj: U-I-1694/2017 i dr. od 2. svibnja 2018.

Ne možemo se složiti s Rješenjem koje je podržala većina naših kolegica i kolega, a kojim nije prihvaćen prijedlog za ocjenu ustavnosti Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku ("Narodne novine" broj 32/17.; u daljnjem tekstu: Zakon o postupku izvanredne uprave). Za razliku od većine smatramo da značajan broj odredbi Zakona o postupku izvanredne uprave nije u skladu s Ustavom. Slažemo se s većinom u ocjeni da je s ustavnog aspekta cilj radi kojeg je Zakon donesen legitiman, no bez obzira na pitanje ustavne legitimnosti cilja, Zakon predstavlja nerazmjerno ograničenje ustavnog jamstva poduzetničke slobode odnosno temeljnog prava na djelotvornu sudsku zaštitu (pravni lijek) kojeg nije moguće opravdati ciljem radi kojeg je donesen.

Izdvojeno mišljenje iznijeli smo kroz tri zasebna, ali usko povezana dijela. U prvom dijelu osvrnut ćemo se na svrhu koja se Zakonom o postupku izvanredne uprave pokušala ostvariti te pitanje njene opravdanosti s ustavnog aspekta (pitanje legitimnosti cilja). U drugom dijelu obrazložili smo razloge temeljem kojih smo ocijenili da odredbe članka 49. Zakona o postupku izvanredne uprave predstavljaju nerazmjerno ograničenje poduzetničke slobode vjerovnika koji su se u okviru postupka izvanredne uprave našli u manjinskom položaju u pogledu odluke o prihvatu nagodbe. U trećem dijelu obrazložili smo razloge temeljem kojih smo ocijenili da odredbe članka 31., članka 39. i članka 40., zbog svoje nedorečenosti u pogledu bitnih kriterija formiranja ključnih tijela postupka i djelotvornog nadzora nad odlukama tih tijela, ne osiguravaju jednakost prilika svim vjerovnicima da u okviru postupka izvanredne uprave iskažu i zaštite svoje interese čime ograničavaju njihovu poduzetničku slobodu i pravo na djelotvornu pravnu zaštitu.

Ustavna ocjena legitimnosti cilja kojim se opravdava Zakon o postupku izvanredne uprave

Cilj koji je zakonodavac namjeravao postići Zakonom o postupku izvanredne uprave jasno je izražen odredbom stavka 1. članka 1. koja navodi da je Zakon

donesen "... radi zaštite održivosti poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku koja svojim poslovanjem samostalno, ili zajedno sa svojim ovisnim ili povezanim društvima, utječu na ukupnu gospodarsku, socijalnu i financijsku stabilnost u Republici Hrvatskoj." Kako bi ostvario zacrtani cilj, Zakonom je ustrojen mehanizam restrukturiranja financiranja i/ili poslovanja trgovačkog društva kojem zbog nelikvidnosti prijeti urušavanje poslovanja i moguća likvidacija u okviru stečajnog postupka što bi, s obzirom na njegovu poslovnu umreženost i ekonomski utjecaj, imalo izuzetno štetne posljedice za cjelokupnu ekonomiju te bi dovelo do ozbiljnih poremećaja kako u tržišnom poslovanju tako i u financijskom sustavu te sustavu socijalnog osiguranja. Kroz mehanizam izvanredne uprave zakonodavac je pokušao osigurati uvjete za restrukturiranje posrnulog trgovačkog društva, bilo izmjenama u pogledu postojećih uvjeta financiranja društva, bilo reorganizacijom njegove institucionalne korporativne strukture i poslovne prakse, kako bi spriječio njegovu likvidaciju te omogućio drugu priliku i nastavak poslovanja. Na taj način Zakon bi u konačnici trebao spriječiti gospodarsko-socijalnu krizu do koje bi moglo doći prelijevanjem učinaka nelikvidnosti i urušavanja poslovanja na vjerovnike posrnulog društva, njegove zaposlenike kao i s njim povezane financijske institucije.

Mehanizam izvanredne uprave kojim se nelikvidnim trgovačkim društvima pokušava pružiti "druga prilika" poslovnim restrukturiranjem radi izbjegavanja likvidacije nije stran drugim društvima tržišne ekonomije i njihovim pravnim porecima. Nalazimo ga u nizu država članica Europske unije (za komparativni pregled v. Gerard McCormack, Andrew Keay, Sarah Brown and Judith Dahlgreen, (University of Leeds), *Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency: Comparative Legal Analysis of the Member States' Relevant Provisions and Practices*, Directorate-General for Justice and Consumers, European Commission, 2016), dok njegova najpoznatija inačica potječe iz Sjedinjenih Američkih Država i globalno je poznata pod nazivom "Poglavlje 11" (Chapter 11 of the Title 11 of the United States Code). Štoviše, u okviru zakonodavnog postupka Europske unije trenutno se odlučuje o usvajanju Prijedloga Direktive o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanju druge prilike i mjerama za povećanje učinkovitosti restrukturiranja i postupaka u pogledu nesolventnosti i razrješenja te izmjeni Direktive 2012/30/EU (nadalje Direktiva za preventivno restrukturiranje). Direktivom bi se uveo mehanizam restrukturiranja poslovanja nelikvidnih trgovačkih društava radi izbjegavanja njihove likvidacije na razni Europske unije. S obzirom na raširenost mehanizma dobro su znani i njegovi glavni instrumenti. U osnovnim crtama, mehanizam restrukturiranja u načelu dozvoljava obustavu naplate svih potraživanja prema nelikvidnom društvu kao i obustavu svih ili većine pravnih postupaka koji se vode protiv društva. Uprava društva biva u potpunosti zamijenjena od suda imenovanim povjerenikom ili joj je nametnut nadzor koji je odgovoran sudu. Tijekom postupka dužniku su na raspolaganju razni instrumenti refinanciranja od kojih je najraširenija mogućnost ugovaranja novih zaduženja kojima je zajamčen seniorski status u poretku naplate. S obzirom da značajno zadire u interese vjerovnika mehanizam legitimitet svojih odluka u značajnom dijelu temelji na načelu tzv. "vjerovničke demokracije". U načelu, bitne odluke vezane uz poslovanje dužnika donose se bilo uz izravno sudjelovanje vjerovnika u donošenju odluka ili uz njihov nadzor. Kako bi se osigurala jednakost prilika vjerovnika da iskažu i zaštite svoje interese ustrojavaju se posebna tijela postupka koja predstavljaju vjerovnike koji ih biraju. Konačni ishod postupka odnosno odluka o nastavku poslovanja dužnika donosi se većinskom odlukom vjerovnika (tzv.

kompozicijski dogovor vjerovnika odnosno nagodba) uz osiguranu zaštitu minimalnog interesnog praga onih koji su nadglasani kao manjina.

Zakon o izvanrednoj upravi dobrim dijelom prati opisani osnovni okvir, ali uz značajne razlike u pogledu zaštite interesa manjinskih vjerovnika što i je razlog zbog kojeg smatramo da je njime povrijeđeno ustavno jamstvo poduzetničke slobode.

U svakom slučaju jasno je kako Zakon o izvanrednoj upravi slijedi znatno drugačiji pristup suočavanja s nelikvidnošću trgovačkog društva od pristupa na kojem je izgrađen stečajni zakonodavni okvir. Stečajni zakonodavni okvir omogućava dogovor oko nastavka poslovanja nelikvidnog poduzeća, ali je njegova primarna svrha osigurati pravičnu raspodjelu imovine dužnika odnosno što veći stupanj povrata duga vjerovnicima u slučaju likvidacije. Niti ovo nije neuobičajeno u komparativnim pravnim sustavima. Različiti pravni poreci na različit način uređuju odnos između mehanizma restrukturiranja poslovanja nelikvidnih trgovačkih društava i postupka njihove likvidacije. Pojedini sustavi, poput talijanskog, imaju nekoliko inačica mehanizma izvanrednog restrukturiranja ovisno o ekonomskom utjecaju urušavanja poslovanja konkretnog trgovačkog društva. Kakav god bio odnos oba mehanizma čine sastavni dio zakonodavnog okvira za rješavanje problema nelikvidnosti trgovačkih društava.

Dobro ustrojen insolventni zakonodavni okvir sposoban je ostvariti pa i pomiriti niz ekonomsko-socijalnih ciljeva. S jedne strane, takav okvir služi postizanju dobro poznatih ekonomskih ciljeva. Kroz postupak restrukturiranja ili pravovremene prodaje zakonodavstvo je moguće staviti u funkciju spašavanja održivih poduzeća koja su upala u nevolju. Istovremeno, putem insolventnog zakonodavstva moguće je što bezbolnije ukloniti neodrživo poduzeće s tržišta kako bi se vjerovnicima osigurala što veća stopa povrata duga odnosno kako bi se zaustavilo stvaranje daljnjih dugova koji vjerojatno neće moći biti vraćeni te tako zaštitila stabilnost sustava financiranja. S druge strane, insolventni okvir moguće je upregnuti u svrhu postizanja važnih socijalnih ciljeva koji su nerijetko u tenziji s navedenim ekonomskim ciljevima koji se uobičajeno vežu uz insolventno zakonodavstvo. Očuvanje zaposlenosti, okupljenog znanja i mreže poslovne povezanosti samo su neki od takvih socijalno-ekonomskih ciljeva.

Smatramo kako nije upitno da zakonodavac ima punu ustavnu ovlast odabrati ovu vrstu pristupa suočavanju s nelikvidnošću. Štoviše, u okolnostima u kojima nelikvidnost i moguće gašenje određenog poduzeća prijeti dalekosežnim štetnim posljedicama za same osnove stabilnosti ekonomskog i socijalnog sustava o kojima ovisi redovno funkcioniranje društvene zajednice zakonodavac ima obvezu poduzeti mjere kako bi spriječio prijeteću krizu takvih razmjera.

U tom smislu smatramo da na razini legitimnog cilja Zakon o izvanrednoj upravi nije u neskladu s Ustavom. Tu smo u djelomičnom suglasju s većinom iako se ne slažemo sa stajalištem da je legitimni cilj koji opravdava donošenje ovog zakona primarno izražen kroz načelo socijalne države. Izneseni razlozi ekonomske prirode jednako dobro, ako ne i uvjerljivije ukazuju na interes zakonodavca da u insolventno zakonodavstvo uvede i ovakav mehanizam.

Stoga držimo da Ustav dopušta zakonodavcu da se s nepovoljnim učincima koji problem nelikvidnosti trgovačkih društava stvara za stabilnost poslovnog, financijskog odnosno socijalnog sustava suoči uvođenjem posebnog mehanizma restrukturiranja poslovanja (potencijalno) nelikvidnih poduzeća kako bi ona dobila drugu šansu i u konačnici izbjegla likvidaciju. Štoviše, uzimajući u obzir ranije spomenutu činjenicu da je u zakonodavnom postupku na razini Europske unije u tijeku odlučivanje o Direktivi za preventivno restrukturiranje bilo bi teško braniti stajalište da zaseban mehanizam restrukturiranja poslovanja u svrhu izbjegavanja likvidacije služi legitimnom cilju na razini zajedničkog pravnog poretka Europske unije dok na razini ustavnog poretka države članice ne prolazi taj isti test.

Načelna ocjena razmjernosti

Ono gdje se uistinu razilazimo s većinom jest ocjena da mjera zaštite održivosti poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značenja za Republiku Hrvatsku ne zadovoljava ustavni uvjet razmjernosti u smislu da nije niti prikladna niti neophodna za ostvarenje svog legitimnog cilja. Ocjenu razmjernosti proveli smo prvenstveno u odnosu na ustavno jamstvo slobode poduzetništva iz članka 49. Ustava. No, propitkivanje zakonskih odredbi u okviru ocjene razmjernosti njihovih ograničavajućih učinaka po jamstvo slobode poduzetništva otvorilo je i pitanje povrede ustavnog jamstva djelotvornosti sudske zaštite (određenih skupina) vjerovnika u okviru odredbe članka 29. stavka 1. Ustava.

Konkretnije, smatramo da zbog značajne nedorečenosti dijela odredbi Zakona, prije svega odredbi koje se odnose na formiranje, ovlasti i međusobni odnos privremenog vjerovničkog vijeća i stalnog vjerovničkog vijeća te odredbi koje se odnose na opseg sudske kontrole korištenja ovlasti izvanrednog povjerenika i privremenog vjerovničkog vijeća, Zakon u konačnici nije prikladan za ostvarenje cilja brzog i preventivnog restrukturiranja trgovačkog društva od sistemskog značenja čime se u konačnici štiti ukupna gospodarska, socijalna i financijska stabilnost u Republici Hrvatskoj.

Ne smatramo kako mogućnost različitog tumačenja zakonskih odredbi *per se* predstavlja razlog temeljem kojeg bi trebalo zaključiti da određeni zakon nije u skladu s Ustavom. Zakonodavac načelno ima široku slobodu u ocjeni hoće li određeni cilj ostvariti putem načelnih zakonskih odredbi koje nadležnim provedbenim tijelima ostavljaju mogućnost prilagodbe promjenjivim životnim okolnostima ili usko i precizno određenih definiranih pravila. No, u okolnostima u kojima zakonodavac uvodi mjere značajnog ograničenja ustavnih prava i sloboda, kao što je slučaj o konkretnom predmetu, pravdajući ih pritom žurnom potrebom zaštite nekog izuzetno važnog društvenog cilja onda same postavke tako postavljenog zakonskog temelja nalažu da su mjere koje se uvode kako bi se djelotvorno ostvario takav legitimni cilj što jasnije određene kako u pogledu ovlasti i obveza onih koji su ih dužni provoditi tako i u pogledu onih granica zaštite pojedinaca čije interese te mjere ograničavaju koje se ne mogu prijeći. Jednostavno nije realno očekivati da će postupak izvanredne uprave biti uspješno okončan u propisanom roku od najviše 15 mjeseci ako će sudionici postupka čiji interesi su, po samoj prirodi ove vrste situacije, suprotstavljeni odnosno često i nepomirljivi, učestalo zahtijevati od suda da ocjeni je li neki konkretan akt nekog od tijela postupka izvanredne uprave dopušten jer zakonom nije dovoljno jasno određeno ima li to tijelo ovlast poduzeti takav akt odnosno što je dopušten

sadržaj takvog akta. Takva situacija nije sukladna čak niti pretpostavci što manjeg uplitanja sudskih tijela u postupke donošenja odluka u okviru postupka izvanredne uprave temeljene na principu "vjerovničke demokracije" kao temeljnoj karakteristici koja taj postupak razlikuje od postupka predstečajne nagodbe odnosno postupka stečaja, koje je zakonodavac ocijenio nedostatnima za suočavanje s problemom nelikvidnosti trgovačkih društava od sistemskog značenja, te ga čini učinkovitijim mehanizmom zaštite gospodarske, socijalne i financijske stabilnosti od prijetnji koje za nju donosi nelikvidnost poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značenja za Republiku Hrvatsku.

Također mislimo da Zakon ne zadovoljava ocjenu neophodnosti s obzirom da mjere koje ograničavaju interese onih vjerovnika koji se u postupku izvanredne uprave nađu u manjinskom položaju u odnosu na odluke privremenog povjerenika i ostalih vjerovnika prelaze minimum zaštite koja za njih proizlazi iz ustavnog jamstva slobode poduzetništva. Smatramo da struktura postupka izvanredne uprave, prije svega način na koji je uređena struktura postupka odlučivanja vjerovnika, kako o financiranju nastavka poslovanja dužnika za vrijeme trajanja postupka tako i o sklapanju nagodbe, neopravdano krši načelo jednako povoljnog položaja manjinskog vjerovnika onom položaju koji bi imao u slučaju da se o povratu njegovih potraživanja odlučuje u okviru likvidacije dužnika unutar stečajnog postupka.

Mehanizam izvanredne uprave u svrhu zaštite održivosti poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značenja zasigurno predstavlja ograničenje poduzetničke slobode. Na primjer, otvaranjem postupka izvanredne uprave aktivira se zabrana pokretanja postupka likvidacije dužnika odnosno predstečajnog ili stečajnog postupka te se na taj način onemogućava vjerovnike da pravno utjeruju povrat svojih potraživanja kada dužnik više nije u mogućnosti ostvarivati svoje obveze. Njihov kapital je tom mjerom zamrznut na period od (dodatnih) dvanaest, a vjerojatno i petnaest mjeseci. Nadalje, odlukama ovlaštenih tijela odlučivanja vjerovnik tijekom postupka izvanredne uprave može biti doveden u položaj koji nije povoljan za njegove interese i s kojim se ne slaže, ali ga obvezuju kao rezultat tzv. "vjerovničke demokracije".

Primjera je čitav niz. Izvanredni povjerenik, uz suglasnost (privremenog) vjerovničkog vijeća ima ovlast preuzimati nova zaduženja, bilo od postojećih ili od novih vjerovnika, koja uživaju veću zaštitu u pogledu prednosti prilikom namirenja (čl. 39. Zakona o izvanrednoj upravi) čime izravno utječe na šanse (manjinskih) vjerovnika da se uspješno namire, bilo u okviru postupka izvanredne uprave, bilo u nekom budućem, mogućem postupku stečajne likvidacije dužnika. Izvanredni povjerenik, uz suglasnost (privremenog) vjerovničkog vijeća, ima uvjetovanu ovlast izvršiti plaćanja dospjelih ili tzv. graničnih tražbina (čl. 40. Zakona o izvanrednoj upravi) čime također utječe, umanjenjem imovine dužnika, na šanse (manjinskog) vjerovnika da povрати svoju potraživanu tražbinu u što većem obujmu. Slično je i s ovlašću izvanrednog povjerenika da imenuje savjetnike (čl. 12. st. 11. Zakona o izvanrednoj upravi) podmirujući njihove nemale troškove iz prihoda redovnog poslovanja (koje je vjerojatno omogućeno novim zaduživanjima dužnika u okviru izvanrednog postupka) iz kojih se također podmiruju i svi ostali troškovi vezani uz postupak izvanredne uprave (čl. 20. Zakona o postupku izvanredne uprave), uključujući troškove funkcioniranja tijela koja sudjeluju u postupku, što također utječe na šanse (manjinskih) vjerovnika da ostvare svoje tražbine. Pri tome nije moguće

zanemariti činjenicu da Zakon ne određuje ikakve konkretnije kriterije u pogledu visine ove vrste troškova odnosno njihove smislenosti, prikladnosti i svrhovitosti, već se zadovoljava vrlo načelnom odredbom da rad povjerenika nadzire sud, čime se otvara pitanje učinkovite zaštite vjerovnika od rizika tzv. moralnog hazarda koji ova vrsta odluka donosi.

Najuvjerljiviji primjer ograničenja jamstva poduzetničke slobode vjerovnika predstavljaju zakonske mjere izrade prijedloga nagodbe, odlučivanja o prihvaćanju nagodbe i njenim učincima za njihov položaj (čl. 49. Zakona o postupku izvanredne uprave). Mogući sadržaj nagodbe je izuzetno dalekosežan. Nagodbom je moguće smanjiti ili odgoditi isplatu obveza dužnika, prodati odnosno raspodijeliti imovinu dužnika među vjerovnicima, obveze dužnika pretvoriti u kredit ili zajam odnosno u temeljni kapital, dati novo osiguranje za ispunjenje obveza dužnika odnosno na drugi način urediti odgovornost dužnika nakon nagodbe. Pri tome, obzirom da se oslanja na princip "vjerovničke demokracije", Zakon dopušta mogućnost da nagodba izglasana propisanom kvalificiranom većinom vjerovnika obvezuje i one vjerovnike koji se nisu složili s njenim uvjetima smatrajući da šteti njihovim poslovnim interesima. Za razliku od predstečajnog ili stečajnog postupka koji također poznaju elemente "vjerovničke demokracije" postupak izvanredne uprave ne sadrži jednaka jamstva zaštite nadglasane manjine. Štoviše, osim propisane kvalificirane većine koja, zahtijevajući viši stupanj suglasnosti među vjerovnicima, djelomično služi kao zaštita od apsolutne dominacije partikularnih interesa ekonomski najmoćnijih vjerovnika, Zakon o izvanrednoj upravi ne pruža niti minimalna jamstva zaštite interesa nadglasanih manjinskih vjerovnika. Zasiurno ne na način koji bi bio izričito, precizan i izravan. To vrlo jasno proizlazi iz jednostavne usporedbe sa Stečajnim zakonom koju smo detaljnije iznijeli u kasnijim dijelovima mišljenja koji se odnose na ocjenu članka 31., članka 39. i članka 40. Zakona o postupku izvanredne uprave.

Naše kolege i kolegice koje čine većinu ocjenjuju da je izostanak ove vrste jamstava vjerovnika koji su se u postupku izvanredne uprave našli u manjini posljedica urgentnosti situacije odnosno da odražava rezolutnost zakonodavca da ostvari legitimni cilj zaštite ukupne gospodarske, socijalne i financijske stabilnosti što bržim uklanjanjem rizika štetnih posljedica kojima prijeti nelikvidnost i urušavanje poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značaja. Njihova je ocjena da ozbiljnost ove prijetnje opravdava uklanjanje navedenih ili sličnih jamstava poslovnog položaja manjinskih vjerovnika. Naša ocjena je znatno drugačija. Ne vidimo uvjerljiv razlog temeljem kojeg bi mogli zaključiti da je uklanjanje čak i samog minimalnog praga zaštite interesa manjinskih vjerovnika da povrate svoje pravno neupitne tražbine prema dužniku neophodno kako bi se zaštitio čak i ovako važan legitimni cilj. Štoviše, bojimo se da uklanjanjem minimalne zaštite vjerovnika otvaramo pitanje u kojoj mjeri je uistinu moguće ostati vjeran temeljnom ustavnom načelu hrvatskog ekonomskog sustava prema kojem se gospodarsko ustrojstvo Republike Hrvatske temelji na poduzetničkoj i tržišnoj slobodi.

Ustavno jamstvo slobode poduzetništva

Poduzetnička sloboda počiva, između ostalog, na slobodi ugovaranja. Ugovor, kao suglasnost autonomnih slobodnih volja, počiva na pretpostavci da će svaka od ugovornih strana u dobroj vjeri ispuniti svoje ugovorom preuzete obveze. S obzirom da dobra volja i dobra vjera ugovornih stranka nerijetko izostaju, tržišna ekonomija

pretpostavlja da će država, putem svog pravnog sustava, jamčiti da preuzete obveze u ovom ili onom obliku budu ispunjene, ako treba i prijetnjom prisile. Niti jedan ugovorni odnos nije apsolutno slobodan u smislu da se oslanja isključivo na suglasnost volja stranaka već ovisi o sposobnosti pravnog sustava da jamči njegovo ispunjenje. Poduzetnici koji su putem ugovornog odnosa na pravno valjan način stekli određenu tražbinu imaju razumljiv interes da se ista ispuni, a u najmanju ruku da im se vrati ona vrijednost koju su činidbom prenijeli na ugovornog partnera. Poduzetnici koji nisu u mogućnosti ispunjavati svoje preuzete obveze mogu očekivati da će njihova dugovanja u konačnici biti podmirena likvidacijom njihove imovine. To su rudimenti tržišne ekonomije bez kojih je teško zamisliti njeno uspješno funkcioniranje. Mogućnost da država vjerovnicima ne bi bila sposobna jamčiti niti minimum zaštite njihovih poslovnih interesa - zadovoljenje tražbina likvidacijom imovine dužnika barem u mjeri u kojoj dopušta njena vrijednost - otvara pitanje njene predanosti temeljenom ustavnom ekonomskom načelu iz članka 49. st. 1. Ustava.

Kako naša ocjena ne bi ostala tek na pukim tvrdnjama smatramo korektnim preciznije obrazložiti razloge na kojima je temeljimo. U tu svrhu prvenstveno ćemo se usredotočiti na mjere koje Zakon o izvanrednoj upravi koristi u kontekstu izrade i usvajanja nagodbe. Nakon toga ćemo ukazati na nedostatke odredbi koje se odnose na ovlasti izvanrednog povjerenika i privremenog vjerovničkog vijeća. Uz ova dva aspekta ukazat ćemo i na one aspekte Zakona vezane uz ulogu suda u postupku izvanredne uprave zbog kojih držimo da je povrijeđeno jamstvo na djelotvornu sudsku zaštitu. Također ćemo se osvrnuti na pitanje neusklađenosti Zakona s relevantnim propisima EU prava te na nedostatke koji proizlaze iz izostanka uređene tranzicije iz postupka izvanredne uprave u mogući stečajni postupak.

Ocjena ustavnosti odredbe Zakona o izvanrednoj upravi koja se odnosi na postizanje nagodbe (članak 43. Zakona o postupku izvanredne uprave)

Mogućnost postizanja nagodbe u svrhu namirenja vjerovnika predstavlja glavni mehanizam preventivnog restrukturiranja poslovanja dužnika od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, a time i glavni instrument koji povjerenik, kao ovlaštenik izvršne državne vlasti, ima na raspolaganju kako bi ostvario konačni cilj Zakona - zaštitu ukupne gospodarske, socijalne i financijske stabilnosti u Republici Hrvatskoj. Kao što je ranije ukazano, mogući sadržaj nagodbe je zakonski određen vrlo široko te ima potencijalno dalekosežne posljedice po poslovne interese vjerovnika. Ono što nagodbu u postupku izvanredne uprave čini različitom od sličnih mehanizama u predstečajnom i stečajnom postupku je vrlo široki prostor za tzv. "vjerovničku demokraciju" kao temelj njenog legitimiteta. Nagodba će biti prihvaćena ako je za nju glasala većina svih vjerovnika s priznatim pravom glasa i ako je u svakoj zasebno određenoj skupini vjerovnika zbroj tražbina onih koji podržavaju nagodbu veći od zbroja onih koji joj se protive. Ako dovoljan broj vjerovnika unutar najmanje jedne zasebne skupine ne prihvati nagodbu aktivira se sustav preglasavanja kvalificiranom apsolutnom većinom iznosa tražbina (tzv. cramdown sustav). Nagodba će tako biti prihvaćena usprkos "vetu" pojedinih skupina pod uvjetom da ukupni zbroj tražbina vjerovnika koji podržavaju nagodbu iznosi najmanje dvije trećine od ukupnih tražbina.

Iz ovako postavljenog sustava glasanja jasno je kako je ustrojavanje zasebnih skupina vjerovnika izuzetno važno za njihov položaj u postupku. No usprkos ključnoj

ulozi ovog elementa Zakon, prema našoj ocjeni, ne osigurava dovoljno jasne parametre koji bi omogućili formiranje skupina na način koji odgovara ne samo interesu djelotvorne zaštite vjerovnika u postupku prihvaćanja nagodbe već i samom cilju da se postupak izvanredne uprave završi u zakonom određenom roku od najduže petnaest mjeseci. Konkretnije, Zakon propisuje da će se skupine vjerovnika oformiti prema vrsti njihovih tražbina (čl. 29. st. 2. Zakona o izvanrednoj upravi). No, Zakon dalje ne precizira kriterije prema kojima se formiraju skupine vjerovnika za potrebe glasanja na ročištu na kojem se odlučuje o nagodbi (čl. 43. st. 9. Zakona o izvanrednoj upravi). Zakon, doduše, propisuje da se za potrebe rada vjerovničkog vijeća vjerovnici razvrstavaju u skupine vjerovnika s obzirom na pravni položaj svake skupine te dozvoljava da se vjerovnici istog pravnog položaja mogu, temeljem valjanih razloga, dodatno razvrstati u zasebne skupine prema istovrsnosti gospodarskih interesa. No, kako o nagodbi ne odlučuje vjerovničko vijeće, već Zakon za potrebe glasanja propisuje posebnu strukturu u okviru sazvanog sudskog ročišta, ništa u tekstu Zakona ne nalaže kao neizbježan zaključak da se skupine vjerovnika za potrebe glasanja o nagodbi formiraju temeljem istih sadržajnih kriterija temeljem kojih se formiraju skupine za potrebe rada vjerovničkog vijeća. Štoviše, u odredbi stavka 21. članka 43. Zakona o izvanrednoj nagodbi propisano je da se na odnose koji nisu regulirani odredbama tog članka kojim se uređuje pitanje postizanja nagodbe na odgovarajući način primjenjuju odredbe Stečajnog zakona o stečajnom planu (čl. 303. - 355. Stečajnog zakona). Kriteriji formiranja skupina propisani člankom 308. Stečajnog zakona u dobrom dijelu odgovaraju kriterijima formiranja zasebnih skupina za potrebe funkcioniranja vjerovničkog vijeća u okviru postupka izvanredne uprave, ali nisu identični. Naravno, to ostavlja otvorenim pitanje koje kriterije i na koji način ih primijeniti pri formiranju skupina za potrebe ročišta na kojem se odlučuje o prihvatu nagodbe.

Ne smatramo da je ova vrsta nedorečenosti u pogledu sadržaja jednog od ključnih mehanizama predviđenih Zakonom o izvanrednoj upravi dovoljna *per se* za zaključak da je Zakon u neskladu s Ustavom. Zakonske nedorečenosti moguće je ukloniti kroz praksu redovnih sudova ovlaštenih za njegovo tumačenje i primjenu. No, za stvaranje stabilnije sudske prakse potrebno je vrijeme, a u odnosu na postupak izvanredne uprave ono je značajno ograničeno samim Zakonom koji propisuje rok trajanja postupka izvanredne uprave.

U tom smislu osnovanost naše zabrinutosti vidimo i u odlukama sudova koji su nadležni za primjenu Zakona u kontekstu postupka izvanredne uprave nad koncernom "Agrokor" čija prijeteća nelikvidnost i poslovno urušavanje je i ukazalo na potrebu za ustrojavanjem ove vrste mehanizma. Na primjer, u rješenju broj: 75 PŽ-1754/2018-2 od 5. travnja 2018. (objavljenog tek 30. travnja 2018.) Visoki trgovački sud (nadalje: VTS) je, rješavajući o pitanju zakonitosti formiranja vjerovničkih skupina za potrebe rada vjerovničkog vijeća, zauzeo stajalište koje povjereniku dopušta široku diskreciju pri konkretnijem definiranju sadržaja kriterija na osnovi kojih ustrojava zasebne skupine vjerovnika. Radi se o trenutno vodećoj odluci VTS-a u odnosu na pitanje formiranja vjerovničkih skupina. Iz obrazloženja odluke proizlazi da izvanredni povjerenik, kao tijelo postupka izvanredne uprave, ima široku slobodu tumačenja u pogledu načina na koji će odrediti skupine prema kriteriju "pravnog položaja", a potom i prema kriteriju "istovrsnosti gospodarskih interesa". Usprkos nekih općenitih primjera mogućeg razvrstavanja koje je u obrazloženju odluke VTS dao kao neku vrstu smjernice, čini se kako je jedino ograničenje koje je izvanredni

povjerenik dužan poštivati odlučujući o formiranju zasebnih skupina uvjet da obrazloži parametre svoje odluke. Drugim riječima, izvanredni povjerenik je dužan obrazložiti zašto je kriterije "pravnog položaja" i "istovrsnosti gospodarskog interesa" primijenio na način na koji je odlučio. Radi se o formalnom uvjetu osnovne transparentnosti korištenja ovlasti. Jasno je da je uvjet transparentnosti minimum od kojeg VTS nije mogao odstupiti jer u suprotnom nije moguće ocijeniti temelji li se konkretno razvrstavanje vjerovnika po zasebnim skupinama na "valjanim razlozima" kako to nalaže odredba stavka 3. članka 18. Zakona o postupku izvanredne uprave. No, istovremeno, VTS se odlučio ne upustiti u konkretniju razradu sadržaja pravnog standarda "valjanih razloga" iako se radi o konačnom mjerilu ispravnosti razvrstavanja u zasebne vjerovničke skupine. Drugim riječima, VTS je to pitanje za sada ostavio otvorenim, odnosno, ukinuvši prvostupanjsko rješenje i vrativši predmet na ponovo odlučivanje, prepustio ga je prvostupanjskom sudu.

S obzirom da se u konkretnom predmetu radi o tzv. apstraktnoj ocjeni ustavnosti zakona možda je korisno pobliže pojasniti zbog čega se u našem mišljenju osvrćemo i na postojeće konkretne odluke sudova nadležnih za primjenu Zakona čija ustavnost je predmet ocjene Ustavnog suda. Razmatranjem postojeće prakse nadležnih redovnih sudova u poziciji smo testirati opravdanost i uvjerljivost naših pretpostavki i zaključaka donesenih temeljem "apstraktne" analize odredaba osporavanog Zakona. Slijedom navedenog, postojeća praksa redovnih sudova u pogledu pitanja formiranja zasebnih skupina vjerovnika, kao jednom od ključnih pitanja uspješne primjene Zakona, je izuzetno korisna jer ukazuje na njegovu sljedeću karakteristiku. Gore izloženi pristup VTS-a pitanju formiranja zasebnih skupina vjerovnika nije u suprotnosti sa samim odredbama Zakona o postupku izvanredne uprave. Ništa u samom tekstu relevantnih odredaba članaka 18., 29., i 30. Zakona ne priječi ovakvo tumačenje koje nalazimo u trenutno vodećoj odluci nadležnih sudova. Odredba članka 18. Zakona o postupku izvanredne uprave ne priječi tumačenje prema kojem izvanredni povjerenik ima široku slobodu konkretnije definirati sadržaj kriterija pravnog statusa odnosno kriterija istovrsnosti gospodarskih interesa, prilagođavajući ih konkretnim okolnostima postojećih ugovornih odnosa između dužnika i njegovih vjerovnika, sve dok se razlozi za takvu konkretizaciju čine razumnima u kontekstu konkretnih odnosa odnosno dok ne ostavlja dojam samovolje povjerenika. No, ista ta odredba ne priječi niti tumačenje prema kojem primarna ovlast konkretizacije kriterija formiranja zasebnih skupina ne leži na izvanrednom povjereniku već su nadležni sudovi ovlašteni te odgovorni jasnije odrediti sadržaj zakonom propisanih standarda "pravnog položaja" i "istovjetnosti gospodarskih interesa" kao kriterija raspodjele vjerovnika u zasebne skupine odnosno jasnije odrediti sadržaj pravnog standarda "valjanih razloga" kao konačnog mjerila ispravnosti takve raspodjele.

No, upravo u toj činjenici se skriva određena kontradiktornost koja potvrđuje našu ocjenu da Zakon u konačnici nije prikladan za ostvarenje svog predstavljenog legitimnog cilja kojim predlagatelj (i većina) opravdavaju njegovo postojanje usprkos značajnih ograničenja koje on nosi za temeljne interese vjerovnika. Naime, Zakon o postupku izvanredne uprave pretpostavlja hitnost postupka, a time i žurnost pri rješavanju ključnih dilema tumačenja i primjene njegovih odredbi. To vrlo jasno proizlazi iz činjenice da je zakonodavac propisao da postupak mora završiti u roku od 12 mjeseci, a iznimno, uz sudsku ocjenu opravdanosti produljenja, u roku od 15 mjeseci. Polazeći od ove činjenice ostaje pitanje je li gore izloženi sudski pristup

kojim se ključna pitanja primjene zakona ostavljaju otvorenim, odnosno koji dopušta da povjerenik, prvostupanjski sud i VTS, kao tijela postupka, koristeći svoje ovlasti odlučivanja, ukidanja i vraćanja na ponovo odlučivanje, kroz svoje odluke vode neku vrstu pravne rasprave o tome tko je primarno ovlašten konkretnije određivati sadržaj kriterija formiranja, odnosno što je njihov ispravan sadržaj svrsishodan činjenici da bi se postupak izvanredne uprave trebao završiti u što kraćem vremenu. Iako formalno nije suprotan zakonskom tekstu relevantnih odredbi ovakav pristup primjene Zakona ne ohrabruje ako se uzme u obzir da je žurnost postupka u konačnici odraz činjenice da postupak predstavlja, kao što smo ranije obrazložili konkretnim primjerima, značajna ograničenja poduzetničkih interesa vjerovnika. Smatramo kako ovo nije pitanje primjerenog postupanja sudova koje bi načelno bilo rezervirano za postupke tzv. konkretne ocjene ustavnosti povodom ustavnih tužbi. Uvjereni smo da je u okolnostima poput ovih koje karakteriziraju ovaj predmet, gdje zakonodavac koristi mjere koje predstavljaju ozbiljno zadiranje u temeljna prava i slobode zajamčena Ustavom te otvaraju ozbiljna pitanja predanosti nekim temeljnim načelima ustavnog poretka (kao što su tržišna ekonomija temeljena na slobodi poduzetništva ili pravna sigurnost), a da istovremeno te mjere pravda izuzetnom važnošću i hitnošću zaštite legitimnog cilja, taj isti zakonodavac imao obvezu na precizniji i jasniji način odrediti sadržaj propisanih kriterija od ključne važnosti za učinkovitu primjenu Zakona ili barem jasnije precizirati koje tijelo postupka ima primarnu ovlast za njihovu konkretizaciju u nekom jasno određenom i svrsi prigodnom roku.

Gore iznesene analize, kako samih zakonskih odredbi tako i postojeće prakse kroz koju se te odredbe primjenjuju, ukazuju da zakonodavac nije ispunio ovu obvezu. Neodređenost zakonskih normi kojima se uređuju pitanja od ključnog značenja za učinkovito funkcioniranje postupka izvanredne uprave stavlja tijela primjene pred zahtjevni izazov njihove konkretizacije u praksi što samo po sebi ne bi bilo problem da na raspolaganju imaju vrijeme koje je za tako što neophodno. Pridodamo li tome i činjenicu da je sudovima koje je zakonodavac zadužio za nadzor nad funkcioniranjem postupka pruženo vrlo malo vremena da se upoznaju s njegovom svrhom, specifičnostima i komparativnim iskustvima njegove primjene odnosno da im nije osigurana stručna pomoć u obliku neke vrste specijaliziranih sudskih savjetnika, kao što je to slučaj u nizu drugih pravnih sustava koji koriste ovu vrstu mehanizma, moramo zaključiti da za razliku od većine ne vidimo argumente koji bi nas uvjerali da su ključni instrumenti postupka izvanredne uprave u konačnici prikladni odnosno sposobni ostvariti legitimni cilj kojem bi trebali služiti. Zakon pred provedbena tijela jednostavno stavlja previše nepoznanica, a premalo vremena da bi na njih našla odgovarajući odgovor.

No, navedeno nije najvažniji razlog na kojem temeljimo ocjenu da odredbe kojima se uređuje izrada i sklapanje nagodbe (čl. 43. Zakona o postupku izvanredne uprave) predstavljaju nerazmjerno ograničenje ustavnog jamstva poduzetničke slobode. Ključni razlog zbog kojeg smatramo da članak 43. Zakona o postupku izvanredne uprave predstavlja povredu članka 49. Ustava Republike Hrvatske je činjenica da Zakon ne propisuje da se manjinskim (preglasanim) vjerovnicima jamči, u najgorem slučaju, jednak položaj onom koji bi imali u stečajnom postupku likvidacije dužnika. Člankom 43. Zakona o postupku izvanredne uprave propisano je da iskazana volja većine vjerovnika obvezuje i manjinske odnosno preglasane vjerovnike. Drugim riječima, bez obzira na opseg umanjenja njihovih tražbina,

vjerovnici koji su ostali u manjini moraju poštovati nagodbu izglasanu propisanim brojem glasova većine.

Kao što smo ranije ukazali, Zakon o postupku izvanredne uprave oslanja se na načelo demokratičnosti postupka odlučivanja kako bi vodeću riječ o načinu na koji bi trebalo urediti buduće poslovanje dužnika stavio u ruke njegovih vjerovnika kojima više nije u stanju vratiti imovinu kojom se koristio. No, poistovjetiti demokraciju, kao oblik donošenja odluka, s pukom voljom većine je dokazani recept za nepravdu. Većinsko glasovanje je koristan instrument donošenja odluka kada nije moguće pomiriti raznovrsne subjektivne interese i iznaći rješenje koje bi bilo prihvatljivo svima. No, ostane li volja većine neograničena minimalnim okvirom zaštite nekih temeljnih interesa pojedinaca, odnosno onih koji su ostali u manjini, trajni sukob, nestabilnost i sporovi su neizbježni. Na razini političkog upravljanja društvom demokracija kao oblik odlučivanja stoga i nije svedena na puki zbroj glasova. Većinska volja predstavlja izvor političkog legitimiteta, ali samo pod uvjetom da se odvija unutar okvira koji se sastoji od niza jamstava koji osiguravaju prava manjine odnosno individualna prava svakoga pojedinca. Dva osigurača imaju posebno važnu ulogu. Izbori za predstavničko tijelo političkog odlučivanja koji se održavaju u unaprijed određenim vremenskim periodima te ustavna jamstva temeljnih prava i sloboda pojedinaca i manjinskih društvenih skupina. Periodičnost izbora za predstavnička tijela s jedne strane omogućava građanima da preispitaju svoju odluku o poklonjenom povjerenju političkim zastupnicima i iskažu svoje (ne)zadovoljstvo učinjenim u mandatu koji je prethodio izborima dok, s druge strane, onima koji su ostali u manjini omogućava da prihvate volju većine kao autoritet za određeno vrijeme s obzirom da će po završetku mandata imati novu priliku da osvoje povjerenje većine građana te ostvare svoj politički program. Ustavna jamstva temeljnih prava i sloboda predstavljaju ustavnu "policu osiguranja" koja svakom pojedincu, kao autonomnoj osobi, jamče da se volja većine neće izokrenuti u despotsko gušenje njihove slobode i osnovnog dostojanstva.

S obzirom da se zakonodavac odlučio legitimitet odluka u postupku izvanredne uprave utemeljiti na demokratičnosti odlučivanja vjerovnika nije na odmet uzeti u obzir iskustvo koje smo kao društvo stekli koristeći demokraciju na razini političkog upravljanja državom. Barem u njegovim osnovnim crtama. Razlika koju je moguće odmah uvidjeti čak i na ovoj osnovnoj razini je činjenica da vjerovnici imaju samo jednu priliku iskazati svoju volju. Glasanje o nagodbi je jednokratno događaj. Druga prilika ne postoji. Stoga, onim vjerovnicima koji će ostati u manjini, drugi osigurač zaštite manjine - jasna povučena crta preko koje se ne ide - dobiva još više na važnosti. Zakon o postupku izvanredne uprave ne povlači takvu crtu. Zakon je kroz odredbu stavka 5. članka 43. moguću sadržaj nagodbe odredio izuzetno široko. Dapače, s obzirom da tekst konkretne odredbe sadrži izraz "između ostalog" legitimno je sumnjati da Zakon postavlja ikakve granice u pogledu dozvoljenog sadržaja nagodbe (usporedbe radi, tekst odredbe članka 303. stavka 2. Stečajnog zakona o sadržaju stečajnog plana razlikuje se upravo po tome što ne sadrži izraz "između ostalog"). Istovremeno, Zakon ne propisuje niti ikakva ograničenja u pogledu učinaka koje bi nagodba, kakav god njen sadržaj bio, mogla proizvoditi za one koje obvezuje, prije svega manjinske vjerovnike koji su glasali protiv nje. Ukratko, jedina mogućnost koju vjerovnici imaju na raspolaganju kako bi zaštitili svoje temeljne interese je da u okviru postupka odlučivanja o nagodbi prikupe dovoljnu podršku kako bi blokirali njeno donošenje.

Kao što smo ranije napomenuli, da bi nagodba bila prihvaćena mora dobiti podršku većine kako na razini ukupnog broja vjerovnika tako i na razini vrijednosti tražbina po zasebnim vjerovničkim skupinama. S obzirom da glasanje po skupinama predstavlja jedinu realniju šansu da se vjerovnici koji predstavljaju manjinu zaštite od za njih nepovoljne nagodbe jasno je da je pitanje formiranja skupina od izuzetnog interesa kako za proponente nagodbe tako i za njene protivnike. Na probleme s formiranjem skupina smo već ranije ukazali te ćemo mu se ponovo vratiti nešto kasnije. U ovom trenutku smatramo korisnim ukazati da niti glasanje po skupinama ne predstavlja čvrsti osigurač interesa manjinskih vjerovnika. U slučaju da vjerovnička manjina uspije ostvariti većinu unutar zasebne skupine i time blokira prihvaćanje nagodbe Zakon dopušta da većina preglasa takav manjinski veto temeljem svoje ekonomske snage izražene kroz dvotrećinski udio u ukupnom zbroju tražbina. Ovakav sustav formiranja većine nije iracionalan. Zakonodavac je s jedne strane ocijenio da vjerovnici koji imaju najviše izgubiti s obzirom na vrijednost svojih tražbina ne bi trebali biti "taoci" manjine dok je s druge strane, u odnosu na procjenu održivosti poslovanja dužnika, svoje povjerenje dao prosudbi kvalificiranoj apsolutnoj većini vjerovnika.

Istovremeno, ostaje činjenica da nema jamstva da je poslovna ocjena većine o održivosti poslovanja ispravna, tim više ako je njena cijena "žrtvovanje" poslovnih interesa vjerovnika koji su radi toga ostali u manjini. Sve navedeno stoga ukazuje kako je jedina učinkovita zaštita temeljnih interesa vjerovnika koji su prilikom izglasavanja nagodbe ostali u manjini jasno određeni zakonski minimum njihovih zaštićenih interesa. Usporedbe radi, Stečajni zakon sadrži nekoliko zaštitnih osigurača manjine, kako u kontekstu predstečajne nagodbe tako i u kontekstu stečajnog plana. U našoj ocjeni usredotočili smo se prvenstveno na zaštitu manjine u kontekstu donošenja stečajnog plana. Na primjer, Stečajni zakon je znatno precizniji u pogledu načina na koji se u stečajnom planu moraju precizirati njeni učinci na interese određenih skupina vjerovnika (čl. 309. - 311. Stečajnog zakona). Nadalje, članak 312. Stečajnog zakona jamči ista prava svim sudionicima pojedine skupine odnosno dopušta različito postupanje prema sudionicima iste skupine samo uz suglasnost svih sudionika koji su time pogođeni. Na ovaj način onemogućava se vjerovnicima iz drugih skupina, posebno onih koji su financijski snažniji, da utječu na vjerovnike u onim skupinama za koje nije sigurno da će glasati na isti način kao i oni. Sličan zaštitni osigurač interesa manjinskih vjerovnika odnosno sprječavanje pojave tzv. "moralnog hazarda" ne postoji u tekstu Zakona o postupku izvanredne nagodbe.

Ključno, za razliku od Zakona o postupku izvanredne uprave, Stečajni zakon precizno i izričito ovlašćuje sud da ne potvrdi izglasani stečajni plan ako bi njime vjerovnik bio stavljen u nepovoljniji položaj od onog u kojem bi bio da plana nema pod uvjetom da vjerovnik iznese teret dokaza te učini vjerojatnim da je stečajnim planom stavljen u lošiji položaj. Na ovaj način država je ispunila svoju obvezu iz članka 49. Ustava zaštite poduzetničke slobode jamčeći poduzetnicima povrat pravno utemeljenih tražbina likvidacijom imovine dužnika, barem u onom dijelu u kojem to dopušta obujam njihove imovine. To je ustavni minimum koji nedostaje u Zakonu u postupku izvanredne uprave.

Vrijedi ukazati i na to da je Stečajni zakon puno jasnije i čvršće odredio ovlasti suda u pogledu nadzora kako forme tako i sadržaja stečajnog plana. U tom smislu

korisno je prvo ukazati na to da Stečajni zakon nalaže sudu da po službenoj dužnosti uskrati potvrdu stečajnog plana iz istih razloga i identičnim izričajem kojim Zakon o postupku izvanredne uprave u članku 43. stavku 16. nalaže sudu da uskrati potvrdu nagodbe s jednom značajnom razlikom. Dok Zakon o postupku izvanredne uprave propisuje da sud neće potvrditi nagodbu "ako je prihvata nagodbe postignut na nedopušten način" Stečajni zakon propisuje da sud neće prihvatiti stečajni plan "ako je prihvat nagodbe postignut na nedopušten način, *osobito stavljanjem u povoljniji položaj pojedinih vjerovnika*". Izostavljanjem ovog dijela odredbe zakonodavac kao da je ocijenio da je rizik partikularnog pogodovanja nekim vjerovnicima na uštrb ostalih dionika postupka izvanredne uprave manji u odnosu na isti rizik u stečajnom postupku. Teško nam je prihvatiti takvu procjenu tim više što, kao što smo detaljno obrazložili, Zakon o postupku izvanredne uprave ne pruža dovoljnu razinu zaštite manjinskih vjerovnika. Izvan navedenog zakonskog naloga prema kojem mora odbiti prihvat stečajnog plana odnosno naloga da ne prihvati stečajni plan ako je njime neki vjerovnik stavljen u lošiji položaj od onog u kojem bi bio da plana nema, sud ima, sukladno članku 334. Stečajnog zakona, punu ovlast samostalno procijeniti hoće li potvrditi stečajni plan iako je izglasan propisanom većinom u propisanom obliku. Istovremeno, Zakon o postupku izvanredne uprave propisuje u članku 43. stavku 16. da "Nagodbu koja je prihvaćena od strane vjerovnika sud će potvrditi rješenjem o potvrdi nagodbe.". S obzirom da odredba koristi izričaj koji je karakterističan za nalog opravdano je zaključiti kako u pogledu nadzora sadržaja nagodbe sud nema široke ovlasti poput onih kojima raspolaže u okviru stečajnog postupka.

Razloge koji potvrđuju našu ocjenu o odredbama Zakona o postupku izvanredne uprave koje se odnose na izradu i prihvat nagodbe našli smo i u pravnom poretku Europske unije. Kao što smo ranije spomenuli, trenutno se u zakonodavnom postupku na razini Europske unije nalazi Prijedlog Direktive o okvirima za preventivno restrukturiranje, pružanju druge prilike i mjerama za povećanje učinkovitosti restrukturiranja i postupaka u pogledu nesolventnosti i razrješenja te izmjeni Direktive 2012/30/EU. Bude li izglasana, Direktiva o preventivnom restrukturiranju će na razini Europske unije uvesti mehanizam restrukturiranja nelikvidnih poduzeća kako bi se izbjegla likvidacija onih trgovačkih društava koja po svom poslovnom potencijalu zaslužuju "drugu priliku". Postupak izvanredne uprave zasigurno bi ušao u doseg ove Direktive. Europska komisija, kao predlagatelj Direktive, precizno je obrazložila glavne aspekte ovog mehanizma u svom Prijedlogu. Nama je posebno značajan bio dio obrazloženja koji se odnosi na zaštitu temeljnih prava vjerovnika zajamčenih Poveljom o temeljnim pravima Europske unije i instrumente koje bi Direktiva trebala sadržavati kako bi se osigurala njena, a onda posredno i provedbenih pravnih akata država članica, usklađenost s Poveljom.

U obrazloženju Prijedloga Europska komisija tako navodi da "*Pravo vlasništva i pravo na učinkovit lijek i pošteno suđenje (članci 17. i 47. Povelje): iako određeni dijelovi postupka mogu utjecati na ta prava, oni su nužni i razmjerni da bi se olakšala brza provedba planova restrukturiranja koja može vratiti održivost dužnika. Odgovarajuće mjere zaštite moraju biti uključene u svaki slučaj da bi se osiguralo da su legitimni interesi strana zaštićeni od zlouporabe*". Odgovarajuće mjere zaštite pobježe su navedene u Preambuli same Direktive.

Što se tiče pitanja formiranja zasebnih skupina vjerovnika u okviru postupka restrukturiranja Direktiva u odlomku 25. Preambule propisuje sljedeće: "*Da bi se*

osiguralo da se prava koja su u suštini slična tretiraju pravično i da se planovi restrukturiranja mogu donijeti bez dovođenja u pitanje prava zahvaćenih strana, zahvaćene strane trebaju se tretirati u zasebnim kategorijama u skladu s kriterijima formiranja kategorija prema nacionalnom pravu. Za početak, osigurani i neosigurani vjerovnici uvijek se trebaju tretirati u zasebnim kategorijama. Nacionalnim pravom može biti određeno da se osigurana potraživanja mogu podijeliti na osigurana i neosigurana potraživanja na temelju vrednovanja kolaterala. U nacionalnom pravu mogu se utvrditi i specifična pravila koja podržavaju formiranje kategorija u kojima nerazvrstani ili na drugi način posebno ranjivi vjerovnici, poput radnika ili malih dobavljača, mogu profitirati od takvog formiranja kategorija. Nacionalnim pravom mora se u svakom slučaju osigurati da se pitanja od posebne važnosti za svrhu formiranja kategorija, poput potraživanja povezanih strana, tretiraju na odgovarajući način, a trebaju i sadržavati pravila koja se bave potencijalnim potraživanjima i spornim potraživanjima. Sudsko ili upravno tijelo trebalo bi pregledati formiranje kategorija kada se plan restrukturiranja preda za potvrdu, ali države članice mogu odrediti i da ta tijela mogu pregledavati formiranje kategorija i u ranijoj fazi ako predlagatelj plana unaprijed traži potvrdu ili smjernice.". Naše ranije analize jasno pokazuje kako Zakon o postupku izvanredne uprave nema jamstva koja se navode u odlomku 25. Preambule. To se prije svega odnosi na nedostatak jasnih pravila ili smjernica kojima bi se osiguralo da se pitanja od posebne važnosti za formiranje kategorija tretiraju na odgovarajući način, a kao što smo obrazložili upitan je i doseg sudskog nadzora nad formiranjem skupina.

Direktiva također navodi (odlomak 26. Preambule) da bi nacionalno zakonodavstvo trebalo osigurati pravila glasanja o planu restrukturiranja prema kojima manjina zahvaćenih strana u svakoj zasebnoj skupini ne bi mogla spriječiti donošenje plana restrukturiranja pod uvjetom da taj plan ne smanjuje njihova prava i interese na nepravedan način. Zakon o postupku izvanredne uprave sadrži pravila koja onemogućavaju manjini da spriječi donošenje nagodbe, ali ne sadrži pravila kojima štiti manjinu od nepravednog smanjenja njihovih prava i interesa.

Najvažnije, Direktiva inzistira na načelu "najboljeg interesa vjerovnika". Ovo jamstvo zaštite manjinskih vjerovnika nalaže da se *"nesuglasnim vjerovnicima osigura da ne budu oštećeni planom restrukturiranja, nego što bi to bilo u slučaju likvidacije, bilo da to podrazumijeva djelomičnu likvidaciju ili prodaju poslovanja kao društva koje nastavlja poslovati. To ispitivanje trebalo bi se primjenjivati u svakom slučaju kada se plan treba potvrditi da bi bio obvezujući za nesuglasne vjerovnike ili kategorije vjerovnika, što može biti slučaj.".* Jamstvo "najboljeg interesa vjerovnika" odraz je članka 16. Povelje o temeljnim pravima Europske unije kojim je propisano da *"Sloboda poduzetništva priznaje se u skladu s pravom Unije te nacionalnim zakonodavstvima i praksom."* te članka 17. Povelje koji jamči da *"Svatko ima pravo na vlasništvo nad svojom na zakonit način stečenom imovinom, koristiti je, njome raspolagati i ostaviti je u nasljedstvo. Vlasništvo nikome ne može biti oduzeto, osim u javnom interesu u slučajevima i pod uvjetima koje propisuje zakon, ako se pravodobno isplati pravična naknada za gubitak vlasništva. Uživanje prava vlasništva može biti uređeno zakonom u mjeri u kojoj je to potrebno radi općeg interesa.".*

Uz načelo "najboljeg interesa vjerovnika" Direktiva zahtjeva poštivanje dodatnog instrumenta zaštite manjinskih vjerovnika: pravilo apsolutnog prioriteta. Ovo pravilo *"osigurava da je nesuglasna kategorija vjerovnika u potpunosti isplaćena"*

prije nego što niža kategorija može primiti bilo koju distribuciju ili zadržati bilo kakav interes prema planu restrukturiranja. Pravilo apsolutnog prioriteta služi kao osnova za raspodjelu vrijednosti među vjerovnicima u restrukturiranju. Kao posljedica apsolutnog pravila prioriteta, nijedna kategorija vjerovnika ne može prema planu restrukturiranja primiti ili zadržati gospodarske vrijednosti ili koristi koje premašuju ukupan iznos potraživanja ili interesa te kategorije." S obzirom da Zakon o postupku izvanredne uprave nije sukladno čak niti temeljnom načelu "najboljeg interesa vjerovnika" naša ocjena nije ulazila procjenu neophodnosti ovog pravila.

Na kraju vrijedi ukazati i na dio iz Prijedloga direktive koji se odnosi na mjere koje bi jamčile poštivanje temeljnog prava na djelotvornu sudsku zaštitu zajamčenog člankom 47. Povelje o temeljnim pravima Europske unije koji propisuje da *"Svatko čija su prava i slobode zajamčeni pravom Unije povrijeđeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek pred sudom, u skladu s uvjetima utvrđenima ovim člankom. Svatko ima pravo da zakonom prethodno ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Svatko ima mogućnost biti savjetovan, branjen i zastupan."* Odlomkom 30. Preambule stoga je propisano da je neophodno *"da sudsko ili upravno tijelo potvrdi plan restrukturiranja kako bi se osiguralo da je smanjenje prava vjerovnika ili interesa nositelja udjela proporcionalno prednostima restrukturiranja i da oni imaju pristup učinkovitom pravnom lijeku. Sudsko i upravno tijelo stoga bi trebalo odbiti plan za koji je utvrđeno da smanjuje prava nesuglasnih vjerovnika ili nositelja udjela tako da su ona manja od onoga što bi mogli razumno očekivati u slučaju likvidacije poslovanja dužnika, bilo djelomičnom likvidacijom i prodajom ili prodajom kao društva s trajnim poslovanjem, ovisno o određenim okolnostima svakog dužnika. Međutim, kada se plan potvrdi putem mehanizma nadglasavanja među kategorijama, pravilo apsolutnog prioriteta treba se primijeniti na temelju procjene poduzeća u kojoj se u obzir uzima dugoročna vrijednost poslovanja dužnika, za razliku od likvidacijske vrijednosti društva s trajnim poslovanjem."*

Zaključno, kao što proizlazi iz iznesene argumentacije, analizom mogućih posljedica odredbi Zakona o postupku izvanredne uprave koji se odnose na izradu i prihvataj nagodbe, postojeće sudske prakse redovnih sudova u kojoj se zrcale analizirane odredbe te komparacijom kako s odredbama Stečajnog zakona koje reguliraju situacije nelikvidnosti dužnika tako i s argumentima na kojima počiva Prijedlog Direktive o mehanizmu restrukturiranja, ocijenili smo da članak 43. Zakona o postupku izvanredne uprave predstavlja nerazmjerno ograničenje ustavnog jamstva poduzetničke slobode iz članka 49. Ustava odnosno jamstva djelotvorne sudske zaštite iz članka 29. Ustava Republike Hrvatske.

Ocjena ustavnosti odredaba Zakona o izvanrednoj upravi koje se odnose na ovlasti i nadzor nad odlukama izvanrednog povjerenika i privremenog vjerovničkog vijeća (članci 31., 39. i 40. Zakona o postupku izvanredne uprave)

Uz argumente koje smo iznijeli u odnosu na odredbe članka 43. Zakona o postupku izvanredne uprave dodatan razlog zbog kojeg smatramo da Zakon nije sukladan Ustavu nalazimo i u odredbama koje se odnose na ustrojavanje, ovlasti i međusobni odnos izvanrednog povjerenika i privremenog vjerovničkog vijeća. Posebno smo razmotrili ovlasti koje je zakon dodijelio ovim tijelima postupka prije sklapanja nagodbe, prije svega ovlasti preuzimanja novih zaduženja s prednošću

plaćanja odnosno podmirenja tražbina koje su nastale prije otvaranja postupka i tzv. graničnih tražbina. Smatramo izuzetno problematičnom činjenicu da Zakon nije propisao niti preciznije kriterije procjene nužnosti i svrsishodnosti plaćanja starih tražbina odnosno preuzimanja novih zaduženja, niti je u tom kontekstu osigurao učinkovit nadzor nad radnjama ova dva tijela postupka. Takva nedorečenost zakonskih odredbi otvorila je suviše prostor za favoriziranje određenih vjerovnika u pogledu zaštite njihovih tražbina odnosno suspektno umanjenje imovine dužnika u svrhu zadovoljenja partikularnih interesa nekih od dionika postupka (tzv. moralni hazard) te je dopustila mogućnost da se kroz ove ovlasti neprimjereno utječe na pozicioniranje vjerovnika u odnosu na glasanje o prihvatu nagodbe. U tom smislu naša ocjena je bila usmjerena prema odredbama članka 31., članka 39. odnosno članka 40. Zakona o postupku izvanredne uprave.

Kako bi obrazložili izneseno, korisno je poći od odredaba članka 31. Zakona o postupku izvanredne uprave koji uređuje formiranje, ulogu i ovlasti privremenog povjereničkog vijeća. Stavkom 5. članka 31. Zakona određeno je da privremeno vjerovničko vijeće ima ista prava, ovlasti i obveze određene za vjerovničko vijeće te preuzima i vrši funkciju vjerovničkog vijeća sve dok ono nije uredno osnovano. S obzirom da postupak utvrđivanja tražbina vjerovnika sukladno članku 33. Zakona, kao preduvjet formiranju vjerovničkog vijeća, zahtjeva značajno vrijeme, jasno je kako privremeno vjerovničko vijeće predstavlja izuzetno važno tijelo postupka izvanredne uprave. Izričiti izričaj stavka 5. članka 31. to i potvrđuje. Dodatnu potvrdu nalazimo i u njegovim široko postavljenim ovlastima. Privremeno vjerovničko vijeće, između ostalog, daje suglasnost izvanrednom povjereniku na preuzimanje novog zaduženja odnosno na plaćanje tražbina nastalih prije otvaranja postupka. Ono također ima ovlast sudjelovati u izradi prijedloga nagodbe. Ono što je posebno interesantno je činjenica da Zakon dopušta mogućnost da privremeno vjerovničko vijeće *de facto* u potpunosti preuzme ulogu vjerovničkog vijeća. Dovoljno je da se iz nekog razloga oduži postupak utvrđivanja tražbina odnosno formiranja vjerovničkog vijeća (kao što je očigledno slučaj u postupku izvanredne uprave koji je trenutno u tijeku) i privremeno vjerovničko vijeće će biti u poziciji sudjelovati u donošenju svih ključnih odluka tijekom postupka do trenutka glasanja o prijedlogu nagodbe. Štoviše, s obzirom da Zakon dopušta da postupak izvanredne uprave završi i bez izrade prijedloga nagodbe (čl. 43. st. 1.) moguće je sve ključne odluke donijeti bez sudjelovanja vjerovničkog vijeća bez obzira na dalekosežnost njihovih posljedica po ostale dionike postupka, prije svega vjerovnike. Ovakva mogućnost predstavlja značajno odstupanje od načela "vjerovničke demokracije" kao temeljnog izvora legitimnosti postupka. Stoga je izuzetno bitno razmotriti način na koji se formira privremeno vjerovničko vijeće odnosno ispitati je li zakonodavac osigurao mjere koja jamče da je privremeno predstavničko vijeće tijelo postupka koje pruža jednako priliku svim vjerovnicima da zaštite svoje interese. Naša ocjena je da mjere koje je propisao zakonodavac nisu prikladne kako bi vjerovnicima omogućile tu priliku.

Iz izričaja članka 31. Zakona proizlazi da odlučujuću ulogu u formiranju privremenog vjerovničkog vijeća ima izvanredni povjerenik. Stavak 1. članka 31. propisuje da privremeno vjerovničko vijeće osniva sud u svrhu zaštite vjerovnika. No, kroz odredbe stavka 2. i stavka 3. uloga suda je svedena gotovo na formalnost. Zakon tako nalaže da će sud imenovati članove privremenog vjerovničkog vijeća "kako su predloženi od izvanrednog povjerenika" i to "bez odgode čim zaprimi prijedlog izvanrednog povjerenika". Istovremeno, izvanredni povjerenik predlaže

članove privremenog vjerovničkog vijeća za odgovarajuće skupine sukladno zatečenom stanju u poslovnim knjigama dužnika. Zakon ne precizira formiraju li se te odgovarajuće skupine prema istim kriterijima temeljem kojih se formiraju i zasebne skupine vjerovničkog vijeća. Takvo tumačenje nije isključeno s obzirom da stavak 6. članka 31. sadrži odredbu prema kojoj "*U slučaju kada se ovaj zakon poziva na vjerovničko vijeće, smatra se da se poziva i na privremeno vjerovničko vijeće pod uvjetom da vjerovničko vijeće nije osnovano...*". Tvrditi da se članak 18. Zakona kojim se uređuje pitanje osnivanje vjerovničkog vijeća, kao takav, "poziva i na privremeno vjerovničko vijeće" zasigurno ne predstavlja uobičajen način tumačenja, tim više što u stavku 4. stoji da članove vjerovničkog vijeća određuju vjerovnici sukladno odredbama Zakona. Činjenica da se vjerovničko vijeće, sukladno odredbama zakona, formira tek po "konačnom" utvrđenju tražbina ne govori u prilog tvrdnji da se članak 18. "poziva" i na privremeno vjerovničko vijeće. No, bez obzira na ovu činjenicu, formalno gledajući, ništa u samom tekstu zakona izričito ne priječi takvo tumačenje.

Problem je što istom linijom argumentacije Zakon još manje priječi tumačenje prema kojem se citirana odredba stavka 6. članka 31. odnosi na one odredbe Zakona kojima se vjerovničkom vijeću daju određene ovlasti, a ne na odredbe kojima se ciljano uređuje način formiranja i sastav privremenog vjerovničkog vijeća. Prema tom tumačenju vjerovničko vijeće i privremeno vjerovničko vijeće osnivali bi se temeljem zasebnih, sebi specifičnih kriterija propisanih odvojenim odredbama Zakona. U odnosu na privremeno vjerovničko vijeće to bi konkretno značilo da bi sloboda izvanrednog povjerenika pri formiranju privremenog vjerovničkog vijeća bila ograničena jedino odredbama Stečajnog zakona koje se odnose na razvrstavanje stečajnih vjerovnika prema njihovom pravnom statusu. U konačnici, pitanje koje je od ova dva tumačenja ispravno možda i nije odlučujuće za pitanje ocjene ustavnosti Zakona. No, radi se o još jednom zornom primjeru nedovoljne određenosti Zakona kada se radi o pitanjima bitnim za učinkovitu primjenu Zakona.

Ono što je sigurno važno istaknuti u kontekstu ocjene ustavnosti Zakona je činjenica da postoji očigledna neravnoteža između položaja privremenog vjerovnika i položaja suda u pogledu utjecaja na formiranje privremenog vjerovničkog vijeća. Izričiti izričaj članka 31. koji upućuje na vezanost suda prijedlogom izvanrednog povjerenika s jedne strane te njegova nedorečenost u pogledu kriterija prema kojima povjerenik ustrojava privremeno vjerovničko vijeće s druge strane usmjeruju na zaključak da izvanredni povjerenik ima izuzetnu slobodu procjene prilikom formiranja privremenog vjerovničkog vijeća, a da pri tome ne postoji izričito ustrojena kontrola nad njegovim odlukama. Ovakav nerazmjer ne bi bio problematičan kada bi uloga privremenog vjerovničkog vijeća bila ograničena na neku vrstu savjetodavnog tijela. No, u svjetlu činjenice da ono ima izuzetno bitnu ulogu u donošenju odluka od ključnog značenja za konačni ishod postupka izvanredne uprave opisani nerazmjer otvara pitanje učinkovitosti pravne zaštite jednake prilike vjerovnika da zaštite svoje interese kroz to tijelo postupka.

Kako bismo što zornije ukazali na problematičnost nedostatka učinkovitog sudskog nadzora nad ustrojavanjem i djelovanjem privremenog vjerovničkog vijeća korisno je razmotriti odredbe članka 39. i članka 40. Zakona o izvanrednoj upravi.

Članak 40. Zakona dopušta izvanrednom povjereniku da izvrši plaćanje dospjelih tražbina nastalih prije otvaranja postupka izvanredne uprave ako je to nužno radi smanjenja sistemskog rizika, nastavka poslovanja, očuvanja imovine i ako se radi o tražbinama iz redovnog ili operativnog poslovanja. Zakon ne propisuje preciznije kriterije temeljem kojih bi se trebalo odrediti kada je plaćanje starih tražbina nužno za ostvarenje jednog od navedenih, vrlo široko određenih poslovnih razloga. Zakon također ne propisuje ovlast suda da nadzire ovu vrstu odluka i propituje ocjenu nužnosti, tim više što se radi o vrsti poslovne odluke (umanjuje imovinu dužnika u svrhu očuvanja poslovanja) na koju se teško može analogijom posredno primijeniti Stečajni zakon. Jedini nadzor nad ocjenom izvanrednog povjerenika koji je izričito propisan Zakonom je uvjet pribavljanja prethodne suglasnosti (privremenog) vjerovničkog vijeća. Posljedično, pitanje jednakosti prilika vjerovnika da kroz rad privremenog vjerovničkog vijeća zaštite svoje interese odnosno pitanje njegove reprezentativnosti svih vjerovnika dolazi u središte fokusa. Naime, odluke o izvršenju starih dugova imaju očigledne dalekosežne posljedice na položaj vjerovnika. Prvo, izvršenje starih ili graničnih dugova nekim od vjerovnika u pravilu umanjuje vrijednost imovine dužnika, a time i vjerojatnost povrata duga ostalim vjerovnicima. Štoviše, kako se postupak izvanredne nagodbe ne mora nužno završiti nagodbom izvršenjem starih ili graničnih dugova moguće je neke vjerovnike "zaštititi" od neizvjesnosti mogućeg budućeg stečajnog postupka dok bi drugi ostali izloženi istom. Drugo, promišljenim izborom izvršenja starih ili graničnih dugova pojedinim vjerovnicima moguće je unaprijed utjecati na snagu zasebnih vjerovničkih skupina u kontekstu budućeg glasanja o prihvatu nagodbe. Jasno je kako ove odluke sa sobom nose izuzetno velik rizik pogodovanja partikularnim interesima nekih vjerovnika u odnosu na druge. Prostor za moralno upitne postupke važnih dionika postupka je vrlo širok. Stoga je pitanje reprezentativnosti privremenog vjerovničkog vijeća, kao tijela koje zajedno s izvanrednim povjerenikom suodlučuje u odlukama o izvršenju plaćanja starih i graničnih dugova, jedno od ključnih pitanja pravične i svrsishodne primjene ovog Zakona.

Iz naših ranijih argumenata jasno je kako držimo da Zakon ne sadrži instrumente koji su sposobni osigurati zadovoljavajuću reprezentativnost privremenog vjerovničkog vijeća koja bi jamčila da to tijelo na podjednak način štiti interese svih vjerovnika. Ne radi se samo o ranije navedenoj činjenici da odlučujući utjecaj u pogledu formiranja, uključujući i sam sastav privremenog vjerovničkog vijeća nemaju sami vjerovnici ili sud kao nezavisno tijelo postupka već izvanredni povjerenik koji se u postupku vodi svojim interesima koji se po prirodi stvari načelno ne poklapaju sa interesima (svih) vjerovnika. U obzir smo uzeli i činjenicu da Zakon ne jamči niti minimum transparentnosti odlučivanja unutar privremenog povjereničkog vijeća. Pozivanje na posrednu primjenu Stečajnog zakona nije dovoljno s obzirom da taj postupak ne poznaje ovako specifičnu vrstu tijela. Tijelo stečajnog postupka koje bi naizgled bilo najbliže privremenom vjerovničkom vijeću je odbor vjerovnika (čl. 96. Stečajnog zakona). No, razlike između ova dva tijela su suviše velike da bi ih se moglo uspoređivati. Za razliku od privremenog vjerovničkog vijeća, odbor vjerovnika ustrojavaju prvenstveno sami vjerovnici (čl. 97. Stečajnog zakona), a podredno sud prema zakonom propisanim kriterijima (čl. 96. st 2. Stečajnog zakona). Članovi odbora vjerovnika u stečajnom postupku čak ne moraju biti osobe koje su vjerovnici (čl. 96. st 4. Stečajnog zakona). Odbor je po svojim savjetodavnim i nadzornim ovlastima u biti produžena ruka suda (čl. 98. Stečajnog zakona). Posljedično, obzirom da Stečajni zakon ne sadrži odgovarajuće odredbe, način rada i njegova

transparentnost ostavljeni su u potpunoj diskreciji samog privremenog vjerovničkog vijeća. To ne može biti jamstvo njegove reprezentativnosti. Posebno zabrinjava činjenica da Zakon čak ne uređuje situaciju u kojoj bi izvanredni povjerenik uz suglasnost privremenog vjerovničkog vijeća izvršio plaćanje stare ili granične tražbine vjerovniku čiji je predstavnik član vijeća. Ništa u samom tekstu Zakona ne priječi tom članu da usprkos ovoj činjenici nastavi sudjelovati u radu privremenog vjerovničkog vijeća. Zakon se jednostavno ne suočava s ovakvom situacijom iako je ona izraziti primjer nereprezentativnosti vijeća.

Uloga i ovlasti privremenog vjerovničkog vijeća u pogledu odluka o izvršenju plaćanja starih i graničnih tražbina nije jedini problem. Jednako je problematična njegova uloga u odnosu na odluke o preuzimanju novih zaduženja. Prema članku 39. Zakona o postupku izvanredne uprave izvanredni povjerenik može uz prethodnu suglasnost (privremenog) vjerovničkog vijeća preuzeti novo zaduženje u ime i za račun dužnika radi smanjenja sistemskog rizika, nastavka poslovanja, očuvanja imovine ili ako se radi o podmirenju tražbina iz operativnog poslovanja. Sve zamjerke koje smo u pogledu nedovoljne određenosti kriterija nužnosti i ograničene uloge sudskog nadzora iznijeli u kontekstu odluka o izvršenju plaćanja starih i graničnih tražbina iz članka 40. Zakona jednako su primjenjive i na članak 39. No, ovaj članak uvodi i dodatni aspekt koji dodatno pojačava našu zabrinutost oko reprezentativnosti privremenog vjerovničkog vijeća. Naime, novo zaduženje koje izvanredni povjerenik preuzme uz suglasnost privremenog vjerovničkog vijeća ima prednost prilikom namirenja pred ostalim tražbinama vjerovnika te će se vjerovnici tražbina iz tih zaduženja smatrati vjerovnicima s pravom prednosti prije svih drugih tražbina kako u postupku izvanredne uprave tako i u mogućem budućem stečajnom postupku. Posljedice ovakvog seniorskog statusa novih zaduženja u pogledu prioriteta naplate za položaj vjerovnika su izuzetno dalekosežne. Seniorski status novog zaduženja ne smatramo problematičnim *per se*. Njegov ekonomski *ratio* u postupku restrukturiranja poslovanja trgovačkog društva koje je suočeno s nelikvidnošću je neupitan. Da bi društvo s problematičnim poslovanjem došlo do novog neophodnog financiranja vjerovnicima koji su spremni preuzeti rizik poslovanja s takvim društvom potrebno je pružiti jamstvo da svoju imovinu ne bacaju u "crnu rupu". Ovaj instrument poznat je gotovo u svim pravnim porecima koji imaju neki oblik mehanizma restrukturiranja poslovanja nelikvidnih trgovačkih društava kako bi se izbjegla njihova likvidacija (v. Directorate-General for Justice and Consumers, European Commission, *Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency: Comparative Legal Analysis of the Member States' Relevant Provisions and Practices*, 2016).

No, ne možemo ignorirati činjenicu da u rukama tijela za kojeg zakonodavac nije osigurao osnovnu razinu transparentnosti rada, čije odluke izmiču djelotvornoj sudskoj kontroli i čija reprezentativnost nije zajamčena, instrument seniorskog statusa tražbine predstavlja značajnu prijetnju zaštiti interesa manjinskih vjerovnika. Naime, bez čvrstog nadzora bilo od strane svih vjerovnika uključenih u postupak bilo od strane nezavisnog tijela kao što je sud privremeno vjerovničko vijeće moglo bi iskoristiti ovlast pružanja suglasnosti na preuzimanje novih zaduženja kako bi svježja sredstva iskoristili za isplatu starih tražbina biranim vjerovnicima ili kako bi putem raznih oblika financijskih aranžmana s prvenstvom naplate (tzv. roll-up aranžman) svoje stare i granične tražbine konvertirali u tražbine sa seniorskim statusom. Zadnjom mogućnošću ne samo da bi zaštitili svoja potraživanja u kontekstu prvenstva naplate već bi mijenjajući pravni položaj i gospodarski karakter tražbina

izravno utjecali na formiranje skupina za vjerovničko vijeće odnosno potrebe glasanja o mogućoj nagodbi. Naša ranija argumentacija kojom smo ukazali na problematične aspekte formiranja zasebnih vjerovničkih skupina za potrebe (stalnog) vjerovničkog vijeća odnosno potrebe glasanja o prihvatu nagodbe govori u prilog našoj ocjeni da Zakon ne sadrži prikladne mjere kojima bi spriječio ovu vrstu mogućeg neprimjerenog pogodovanja.

Štoviše, brine nas mogućnost da se na ovaj način omogući suspektno preuzimanje upravljanjem dužnika na uštrb ne nužno niti manjinskog dijela vjerovnika. To je posebno slučaj sa specifičnom vrstom vjerovnika čiji interesi su učestalo u izravnoj suprotnosti s konačnim ciljem restrukturiranja poslovanja dužnika. To su vjerovnici koji svoje poslovanje grade oko prakse otkupa dugova onih trgovačkih društava koje se radi nelikvidnosti suočavaju s prijetnjom poslovnog urušavanja, ali po značajno umanjenoj cijeni od inicijalne ili redovne. Ova skupina vjerovnika nerijetko to čini kako bi "jeftinije" došla do utjecaja na odluke o poslovnoj sudbini dužnika. Radi se o tzv. "pozajmi da bi vladao" (loan-to-own) strategiji. Njihov cilj nije nužno, pa niti uobičajeno, vraćanje dužnika na "zdrave noge". Upravo suprotno, svoju "diskontno" stečenu vjerovničku poziciju koriste kako bi što efektnije i učinkovitije višestruko povratili sredstva kojima su (diskontno) kupili dio duga vjerovnika. U slučaju da brza i dovoljno lukrativna prodaja imovine dužnika nije moguća, svoj udio u ukupnoj masi dugova pokušat će pretvoriti u što veća upravljačka prava nad budućim poslovanjem dužnika kako bi željeni povrat ostvarili u što je moguće skorijoj budućnosti.

S obzirom na nedostatak jamstava reprezentativnosti privremenog vjerovničkog vijeća te djelotvorne nezavisne kontrole nad njegovim odlukama ne možemo ignorirati činjenicu da je time otvorena mogućnost ovoj skupini vjerovnika da koristeći svoju "diskontno" stečenu vjerovničku poziciju iskoristi kako bi utjecali na odluke tijela izvanrednog postupka o izvršenju isplate njihovih tražbina u punoj cijeni ili odluke o novom zaduživanju dužnika kroz financijski okvir koji bi im omogućio pretvaranje stare u novu tražbinu seniorskog statusa (tzv. roll-up aranžman). Ovisno o veličini udjela njihovih tražbina u ukupnoj masi dugova konkretnog dužnika, korištenjem instrumenta seniorskog statusa ova skupina vjerovnika bi se mogla jednostavno naći u posjedu upravljačke kontrole nad (budućim) poslovanjem dužnika. To bi ugrozilo ostvarenje same svrhe postupka izvanredne uprave - restrukturiranje poslovanja dužnika kako bi mogao nastaviti poslovanje - te sama činjenica da Zakon ne uključuje mjere kojima je cilj spriječiti takav razvoj situacije ponovo ukazuje na njegovu nedovoljnu sposobnost da ostvari svoj legitimni cilj.

Ukazali bismo na još jednu paradoksalnu mogućnost do koje može doći zbog nedorečenosti zakonskih odredbi o djelotvornom nadzoru nad odlukama iz članka 39. odnosno članka 40. Zakona o izvanrednoj upravi. S obzirom da Zakon dozvoljava završetak postupka izvanredne uprave bez da se pokušala ostvariti nagodba među vjerovnicima ne vidimo da je Zakon predvidio djelotvorne instrumente kojima bi mogla biti spriječena situacija u kojoj su odluke iz navedenih zakonskih odredbi iskorištene kako bi se određenim vjerovnicima pogodovalo isplatom starih tražbina ili refinanciranjem istih u tražbine seniorskog statusa za potrebe raspodjele preostale imovine dužnika u okviru stečajnog postupka. S obzirom da u našem viđenju mogućnost da postupak izvanredne uprave završi s ovakvim ishodom predstavlja

izravno izdaju njegove temeljne svrhe smatramo da ju je zakonodavac bio dužan spriječiti na izričit i nedvosmislen način.

Sve navedeno ukazuje da Zakon ne sadrži dovoljna jamstva reprezentativnosti privremenog vjerovničkog vijeća. Odgovarajuća raspodjela i klasifikacija vjerovnika po zasebnim skupinama čiji predstavnici sudjeluju u odlučivanju privremenog vjerovničkog vijeća načelno potiče raspravu i kompromise oko najprikladnije upotrebe imovine dužnika s obzirom da različite skupine vjerovnika mogu imati različita viđenja vrijednosti imovine budućeg restrukturiranog poduzeća odnosno rizika koji bi mogli proizaći iz odgode naplate starih tražbina ili novog zaduživanja. S druge strane, suspektna odnosno nedovoljno obrazložena raspodjela vjerovnika po zasebnim skupinama narušava povjerenje vjerovnika u legitimitet postupka strukturiranja i izaziva nepovjerenje kako prema ostalim tijelima postupka poput izvanrednog povjerenika tako i prema ostalim vjerovnicima. U takvim okolnostima vjerovnici će biti skloni opstruiranju konstruktivnog dogovora što će vjerojatno voditi prekidu njihovog poslovanja s dužnikom. Ovako narušeni odnosi pridonijet će stvaranju negativne reputacije dužnika i time utjecati na povjerenje poslovne zajednice prema njemu. Drugim riječima, poslovno neutemeljena ili arbitrarna klasifikacija vjerovnika za potrebe odlučivanja u okviru postupka izvanredne uprave znatno umanjuje šanse dužnika da uspješno provede restrukturiranje svog poslovanja. Zakon koji ne osigurava mjere kojima jamči ovu vrstu reprezentativnosti tijela u okviru kojih vjerovnici iskazuju i štite svoje interese u postupku izvanredne uprave nije prikladan ostvariti cilj kojim pravda svoje postojanje odnosno ograničenja pravno utemeljenih interesa vjerovnika koji ne svojom voljom sudjeluju u ovom postupku.

Slijedom navedenog ocijenili smo kako odredbe članka 31., članka 39. i članka 40. Zakona o postupku izvanredne uprave predstavljaju nedopušteno ograničenje jamstva temeljne slobode poduzetništva iz članka 49. Ustava te prava na djelotvornu sudsku zaštitu iz članka 29. Ustava.

Neusklađenost Zakona o postupku izvanredne uprave s Uredbom (EU) 2015/848

Dodatnu sumnju u prikladnost mjere koju predstavlja Zakon o postupku izvanredne uprave jest njegovo potpuno ignoriranje mogućnosti, točnije vjerojatnosti, da se dio imovine dužnika nalazi izvan Republike Hrvatske. To ignoriranje vidljivo je u potpunom nedostatku odredbi koje bi se odnosile na međunarodno insolventijsko pravo odnosno pravo Europske unije koje uređuje ta pitanja odnosno ugrađivanjem u Zakon odredbi koje bi olakšale odnosno omogućile da radnje i odluke iz postupka izvanredne uprave imaju učinak i u zemljama u kojima se nalazi imovina dužnika odnosno njegova povezana i ovisna društva.

Naime, Zakon uvodi supstancijalnu konsolidaciju (čl. 43. st. 5., st. 6. i st. 12. Zakona o postupku izvanredne uprave) tj. u postupak izvanredne uprave uključena su i sva društva povezana s i ovisna o dužniku (bez obzira na njihovu solventnost), koja imaju sjedište u Republici Hrvatskoj (čl. 4. i 5. Zakona o postupku izvanredne uprave).

Nije neočekivano da društva od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku imaju izvan Republike Hrvatske (kako u drugim članicama Europske unije tako i izvan

nje) značajnu imovinu odnosno određen broj povezanih i ovisnih društava. Moguća je čak i situacija da upravo zbog ulaganja u imovinu izvan Republike Hrvatske dođe do insolventnosti društva u Hrvatskoj. Očekivano je i da razlozi koji postoje za supstancijalnu konsolidaciju odnosno uključivanje u postupak izvanredne uprave povezanih i ovisnih društava, postoje i u odnosu na takva društva izvan Republike Hrvatske. I na kraju, moguće su i situacije da do insolventnosti dužnika u Republici Hrvatskoj dođe upravo zbog zloupotreba pravne odvojenosti društava u grupi koja najčešće i opravdava supstancijalnu konsolidaciju odnosno ukidanje pravne odvojenosti u slučaju insolventnosti.

U insolventnom postupku povezana i ovisna društva imaju trostruku ulogu: predstavljaju imovinu dužnika ali mogu biti i njegovi vjerovnici, kao i njegovi dužnici. U slučaju supstancijalne konsolidacije njihova uloga svedena je samo na imovinu dužnika, jer zbog sjedinjenja prestaju biti i vjerovnici i dužnici dužnika. S obzirom na "automatsko" podvrgavanje povezanih i ovisnih društava u Republici Hrvatskoj postupku izvanredne nagodbe, očita je razlika između položaja povezanih i ovisnih društava s obzirom na mjesto njihovog sjedišta, pa time i razlika položaja njihovih vjerovnika. Osim toga, to isključenje povezanih i ovisnih društava koja imaju sjedište izvan Republike Hrvatske otvara i pitanje perspektive zaštite održivosti poslovanja koji je glavni cilj Zakona. S obzirom na važnost razloga donošenja Zakona, kojima se ujedno opravdava ukidanje jednog od najvažnijih načela trgovačkog prava - odvojenost pravnih osoba, nije jasno tretiranje imovine dužnika izvan područja Republike Hrvatske kao da se radi o krajnje nevažnom pitanju.

Zakon potpuno ignorira činjenicu da pojedini vjerovnici mogu za vrijeme postupka izvanredne uprave jedno te isto potraživanje prijaviti u postupku izvanredne uprave i istovremeno ga naplatiti od povezanog i ovisnog društva u drugoj državi. Isto tako nije jasno na koji način bi nagodba trebala tretirati imovinu dužnika odnosno njegova povezana i ovisna društva koji se nalaze izvan Republike Hrvatske. Stoga je nejasno zašto Zakon potpuno ignorira Uredbu (EU) 2015/848 od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti. Ona se doduše nije primjenjivala u vrijeme donošenja Zakona, ali je bilo izvjesno da će se početi primjenjivati kratko nakon donošenja Zakona, a svakako u vrijeme vođenja nekog od postupka izvanredne uprave.

Zaključna razmatranja

Prethodno navedeno odražava našu ocjenu da Zakon o postupku izvanredne uprave nije sukladan odredbama članaka 49. i 29. Ustava Republike Hrvatske. Smatramo da je prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom Zakona o postupku izvanredne uprave trebalo prihvatiti, te u najmanju ruku ukinuti odredbe članka 31., članka 39., članka 40. i članka 43. Zakona s nalogom zakonodavcu da u što kraćem roku izglasa izmjene kojima bi ispravio njihove nedostatke. Pri tome je Ustavni sud imao i mogućnost da temeljem svojih ovlasti iz članka 45. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu privremeno obustavi daljnji protok roka za završetak postupka izvanredne uprave u tijeku do izglasavanja naloženih izmjena Zakona.

No, s obzirom da je većina stigla do drugačijeg zaključka i ocijenila da je Zakon o postupku izvanredne uprave u skladu s Ustavom, jasno je da će on i dalje

nastaviti egzistirati i proizvoditi pravne učinke. U tom smislu izražavamo nadu da će redovni sudovi u budućim predmetima povodom primjene Zakona o postupku izvanredne uprave iskoristiti svoje ovlasti i prilikom tumačenja njegovih odredbi uzeti u obzir argumente iznesene u obrazloženju ovog mišljenja te putem sudske prakse osigurati zaštitu ustavnog jamstva poduzetničke slobode onim vjerovnicima koji su se našli u manjinskom položaju tijekom konkretnog postupka. To se prije svega odnosi na primjenu načela "najboljeg interesa vjerovnika" prilikom odobravanja nagodbe te zahtjevniju kontrolu zajedničkih odluka izvanrednog povjerenika i privremenog vjerovničkog vijeća vezanih uz izvršenje plaćanja "starih" tražbina odnosno preuzimanja novih zaduženja dužnika. Pogreške zakonodavca možda je moguće ispraviti kroz sudsku praksu koja će ustavno problematične zakonske odredbe nadograditi kroz izravnu ili neizravnu primjenu Ustava. U suprotnom zahtjevi kojima se propitkuje ustavnost odredbi ovog zakona neće stati s okončanjem ovog postupka apstraktne ocjene njegove ustavnosti već će kroz ustavne tužbe biti preusmjereni na pitanje učinkovitosti sudske zaštite temeljnih prava u njegovoj primjeni.

U Zagrebu, 7. svibnja 2018.

SUCI

dr. sc. Goran Selanec, v. r.

Lovorka Kušan, v. r.