

Ustavnopravni epilog bančnega izbrisa: ušiv, a vseeno zadosten



[Tadej Kotnik](#), Finance, 01.11.2016

Po 1.045 dneh odločanja je ustavno sodišče v domislicah, ki jih je »domača trojka« leta 2013 stlačila v zakon o bančništvu, kršitev ustave ugotovilo le v posegu v pravico do sodnega varstva. Še pravna mnenja, ki so jih takrat naročili vladajoči, so v teh domislicah prepoznala širšo protiustavnost, a če nam bo po treh letih in pol nazadnje le omogočeno učinkovito in pošteno sodno varstvo, bo to za tiste, ki nam izbris ni ogrozil materialne eksistence, dovolj; plačali bomo takse, odvetnike in izvedence ter prej ali slej dokazali oškodovanje, ki je precej očitno. To je bržkone jasno tudi ustavnim sodnikom, saj so v obrazložitvi svoje odločitve pilatovsko poudarili, da se izrekajo le o formulaciji zakona in prav nič o njegovi implementaciji.

Ker sem bil prvi pobudnik presoje ustavnosti novembra 2013 noveliranega zakona o bančništvu (ZBan-1), ki je v četrtek le dočakala epilog, mnogi bralci verjetno pričakujete od mene komentar tega epiloga. Ker je postopek končan, ga lahko zdaj tudi zares komentiram brez dlake na jeziku, ne da bi mi kdo očital pritiskanje na ustavne sodnike. Kako vidim končno odločitev in zakaj, najlažje razložim z orisom, kako sem skozi vmesne odločitve ustavnih sodnikov postopoma dojemal njihova stališča in načrte v kar 1.045 dni trajajoči »absolutno prednostni« obravnavi določil ZBan-1, izvršenih z izbrisom brez nadomestila vseh podrejenih obveznic vseh bank v naši državi, ki so takšne obveznice imele, kar tudi tri leta pozneje ostaja vseevropski unikum.

Pot bančnih izbrisancev na ustavnem sodišču se je začela 4. decembra 2013, ko sva z odvetnikom Miho Kuničem vložila pobudo za oceno ustavnosti, ki sva jo napisala na predlog Vseslovenskega združenja malih delničarjev (VZMD) za 158 fizičnih oseb, imetnikov obveznic NLB 26. izdaje (NLB26), ki so jih v NLB na bančnih okencih ponujali varčevalcem kot alternativo vezavi, »manj togo zaradi možnosti borzne prodaje še pred dospeljem, a podobno varno in donosno«.

Da ta pot ne bo lahka, sem zaslutil že dva tedna zatem, 18. decembra 2013, ko smo prejeli sklep o zavrnitvi našega predloga, naj sodišče do svoje končne odločitve o spornih določilih ZBan-1 zadrži njihovo izvrševanje. V »obrazložitvi« so sodniki citirali Banko Slovenije (BS), češ da bi takšno zadržanje »imelo za nujno posledico stečaj vseh sistemskih bank, propad praktično vseh udeležencev na finančnem trgu, izgubo za vse deponente v bankah in ogrožitev izplačila zajamčenih vlog«, nato so ta zatrjevanja ponovili še kot lastno stališče in razlog za zavrnitev predloga za zadržanje.

Verjetno je vsakomur jasno, da se kaj takega, razen morda v vojni, ne more zgoditi in se ni zgodilo še nikjer v EU; še nikoli niso šle v nobeni članici v stečaj vse sistemske banke, pa še v nečlanici Islandiji, kjer so tri sistemske banke, vse zasebne in neprimerno bolj zabredle od katerekoli pri nas, leta 2008 namerno poslali v stečaj, niti približno ni prišlo do »izgube za vse deponente« (vsi domači so bili poplačani v celoti, do zajamčenega zneska pa tudi vsi tuji). Ker to vsekakor vedo tudi ustavni sodniki, sem se ob tej njihovi »copy-paste obrazložitvi« začel zavedati, da nameravajo BS, pa čeprav gre za izvršiteljico in najglasnejšo hvaliteljico izbrisa, obravnavati kot prijatelja sodišča (*amicus curiae*) – nepristranskega strokovnjaka, ki sodišču svetuje pri odločanju.

To se je prvič potrdilo le malo pozneje, ko je ustavno sodišče povsem nekritično posvojilo absurdno zatrjevanje BS, češ da izpiski borznoposredniških družb, s katerimi smo izkazali imetništvo izbrisanih obveznic NLB26 za 158 pobudnikov in s tem njihov pravni interes za pobudo, naj ne bi bili kredibilen izkaz imetništva, temveč naj bi bili to le izvorni žigosani izpisi iz registra Klirinško-depotne družbe (KDD). Ustavno sodišče nam je tako poslalo dopis s pozivom, naj v desetih dneh dostavimo še te izpise, sicer bo našo pobudo zavrglo. Ko sem poklical na sekretariat sodišča in razložil, da bo skoraj nemogoče doseči, da bi vseh 158 pobudnikov v zgolj desetih dneh pridobilo in oddalo izpise KDD, ki so tudi precej dragi, nasprotno pa ustavno sodišče lahko te izpise zahteva od KDD po funkciji in brezplačno, so mi odgovorili, da lahko sicer vložim takšno prošnjo, a to ne bo zadržalo izteka desetdnevnega roka, ugoditev pa ni samoumevna. Zato smo pač storili skoraj nemogoče in na zadnji dan roka oddali izvorno žigosane izpise KDD. A le nekaj dni zatem je BS začela ustavnim sodnikom pošiljati nove »utemeljitve«, zakaj naj bi našo pobudo morali zavreči.

Skrbi o zavrnjenju je bilo konec, ko je protiustavnost v spornih določilih ZBan-1 prepoznala še varuhinja človekovih pravic in vložila lastno zahtevo za oceno ustavnosti, saj te ustavni sodniki niso mogli zavreči s sklicevanjem na neobstoj pravnega interesa; varuhinja varuje človekove pravice in če oceni, da so z nekim zakonom kršene, mora ustavno sodišče njeno zahtevo sprejeti v vsebinsko obravnavo. Ker so ustavni sodniki postopek, ki so ga vseskozi imenovali »Tadej Kotnik in drugi«, v končni odločitvi preimenovali v »postopek, začet z zahtevami Državnega sveta, Varuha človekovih pravic in Okrožnega sodišča v Ljubljani«, pa čeprav so bile te zahteve vložene pozneje od »moje« pobude (zahteva okrožnega sodišča kar 13 mesecev zatem!), to še utrjuje vtis, da brez nadgradnje pobude v zahtevo ne bi bilo niti vsebinske obravnave, kaj šele odločitve o kršitvi ustave.

Da ustavni sodniki ne želijo razveljaviti nobenega od tistih določil ZBan-1, na katerih je temeljil sam izbris, saj da bi nas to »zamerilo Evropi«, je postalo dokončno jasno iz formulacije vprašanj, ki so jih 6. novembra 2014 posredovali Sodišču EU. Če bi jih res zanimalo, ali je bil izbris brez nadomestila nujen, bi vprašali, ali je Sporočilo EK o bančništvu treba razlagati tako, da ob državni pomoči banki, ki bi imela v primeru stečaja negativen kapital, nalaga izbris vseh njenih podrejenih obveznic brez nadomestila, ali pa zadošča pretvorba v tolikšen lastniški delež, kolikor posledično prenehanje obveznosti banke prispeva k njeni sanaciji (na konkretnem primeru bom to dilemo ilustriral dva odstavka nižje). Kakšen bi bil odgovor na to vprašanje, je jasno iz empirike sanacije bank – tudi takih z globoko negativnim kapitalom – v zadnjih

treh letih drugod po EU, ki sem jo tu že večkrat dokumentiral in jo tudi ustavni sodniki vsekakor poznajo. A tega niso vprašali.

Takrat sem se sprijaznil z ugotovitvijo, da realpolitično od ustavne presoje ZBan-1 ne gre pričakovati ugotovitve, da je izbris podrejenih obveznic brez nadomestila nesorazmeren poseg, pa četudi je to iz dejstva, da bi se z njihovo pretvorbo v delnice dosegla enaka javna korist (enako zmanjšanje zneska potrebne državne dokapitalizacije za doseg ciljnega količnika kapitalske ustreznosti), očitno.

Naj ilustriram na primeru. NKBM so 18. decembra 2013 sanirali s tremi ukrepi: izbrisali so njene obveznosti do imetnikov podrejenih obveznic (64 milijonov evrov) in njene obveznosti do države (361 milijonov evrov), država pa je vplačala še 509 milijonov evrov (258 v denarju in 251 v državnih obveznicah). NKBM je bila torej sanirana z 934 milijoni evrov – država jih je prispevala 870 (361 plus 509), imetniki podrejenih obveznic pa 64. Zato bi bilo edino pravilno in pravično, da bi od novonastalih kapitalskih deležev (novih delnic NKBM, izdanih tistega dne) državi pripadlo 93,15 odstotka (870 deljeno z 934) in »izbrisancem« 6,85 odstotka (64 deljeno z 934). To ne bi nič zmanjšalo javne koristi, deklarirane kot prihranek proračunu ob dokapitalizaciji banke: ta javna korist bi, če bi imetniki obveznic za svoj prispevek k sanaciji prejeli 6,85 odstotka novoizdanih delnic, znašala istih 64 milijonov evrov kot pri popolni nacionalizaciji. Edina razlika bi nastopila dve leti in pol pozneje, ob prodaji NKBM, ko je zaradi izbrisa obveznic brez nadomestila država prejela celotno kupnino 250 milijonov evrov in »izbrisanci« nič, v primeru pretvorbe obveznic v delnice pa bi država prejela 232,9 milijona (93,15 odstotka) in »pretvorjenci« 17,1 milijona (6,85 odstotka); a to ni več vprašanje javne koristi pri sanaciji banke, katere ustavnost so presojali ustavni sodniki, temveč kvečjemu javne koristi pri poznejši prodaji banke.

Z besedami nekdanjega ustavnega sodnika in profesorja ustavnega prava je težko najti bolj učbeniški primer kršitve ustavnega načela sorazmernosti; če bi zdajšnji ustavni sodniki to pripoznali, bi morali ukrep izbrisa brez nadomestila razglasiti za nesorazmernega in zato protiustavnega. A so tudi to »spregledali«, da nas ne bi »zamerili Evropi«.

Upoštevač opisane realpolitične razmere sem že 19. februarja lani v oddaji Tarča povedal, da od ustavnega sodišča osebno pričakujem (le še) pravico zahtevati neodvisno in objektivno preverbo, ali so bili pravni in ekonomski pogoji za izbris mojih terjatev do bank res izpolnjeni. To sem si drznil pričakovati iz treh razlogov: prvič, ker ne bi pomenilo razveljavitve izbrisa, temveč le pravico dokazovanja oškodovanja; drugič, ker je med ustavnimi pravniki praktično popoln konsenz, da je poseg v sodno varstvo v ZBan-1 protiustaven; in tretjič, ker je predsednik ustavnega sodišča za časnik Delo 17. marca 2014 že povedal, da je ZBan-1 »primer zakona, ob kakršnih ustavno sodišče že dolgo opozarja na neprimeren odnos do ustavnosti«, zaradi česar bi to sodišče z razglasitvijo popolne ustavne skladnosti ZBan-1 zašlo v nasprotje z lastnimi preteklimi stališči (*venire contra factum proprium*).

Da se nameravajo ustavni sodniki omejiti na sodno varstvo, problematičnost samega izbrisa z vidika kršitev ustave RS (sorazmernost, prepoved retroaktivnosti) pa relativizirati s sklicevanjem na odgovor Sodišča EU, da izbris ni nujno kršitev »nadrejenega« prava EU (varstvo upravičenih pričakovanj), je postalo dokončno jasno ob njihovi odločitvi, da postopku ne pridružijo marca letos vložene zahteve Vrhovnega sodišča RS. V tej zahtevi so namreč še vrhovni sodniki Peter Golob, Erik Kerševan in Marko Prijatelj v ZBan-1 prepoznali protiustavnost in ustavnemu sodišču v obrazložitvi razčlenili, da »se s posegom v kvalificirane obveznosti banke nedvomno poseže v upravičena pričakovanja imetnikov vrednostnih papirjev«, pri tem pa »podlage za odločbe BS v bistvenem delu temeljijo na pravni ureditvi RS, zato je tudi presoja v tej zadevi v pristojnosti sodišč RS«. Če bi ustavni sodniki to zahtevo pridružili postopku, bi v odločitvi, sprejeti prejšnji teden, morali upoštevati tudi argumente vrhovnih sodnikov. Ker je niso pridružili, pa se s temi argumenti niso ukvarjali (kot tudi ne z dejstvom, da njihovi avstrijski kolegi niso nič spraševali Sodišča EU, preden so julija lani razveljavili leto prej izvršeni izbris podrejenih obveznic banke Hypo in obrazložili, da »terjatev ni mogoče kar razglasiti za izbrisane«), zahtevo vrhovnega sodišča pa bodo v nadaljevanju lahko zavrnil, saj da je bilo o tej zadevi že odločeno.

Odločitev, s katero so ustavni sodniki odlašali kar 1.045 dni »absolutno prednostnega« odločanja, nato pa v domislicah, ki jih je »domača trojka« leta 2013 stlačila v ZBan-1, prepoznali le kršitev pravice do učinkovitega sodnega varstva, je tako precej realpolitično ušiva. Ne le varuhinja človekovih pravic, državni svet, okrožno sodišče v Ljubljani, višje sodišče v Ljubljani in vrhovno sodišče RS, temveč celo tisti pravniki, ki so pravna mnenja pisali po naročilu takratnih vladajočih (Združenje bank Slovenije, agencija za zavarovalni nadzor, Pravni inštitut Mediteran-Alpe, Inštitut za primerjalno pravo, Zakonodajno-pravna služba državnega zbora ...), so v teh domislicah prepoznali širšo protiustavnost.

A če nam bodo zdajšnji vladajoči po treh letih in pol le omogočili učinkovito in pošteno sodno varstvo, bo to za tiste, ki nam izbris ni ogrozil materialne eksistence, dovolj; plačali bomo takse, odvetnike in izvedence ter prej ali slej dokazali oškodovanje, ki je že tako precej očitno, z novorazkritimi dokumenti in dejstvi pa postaja še očitnejše. Da je to jasno tudi ustavnim sodnikom, so v obrazložitvi svoje odločitve razkrili s poudarjanjem, da se izrekajo le o formulaciji ZBan-1 in prav nič o njegovi implementaciji. A to je pilatovsko umivanje rok; prav nič jim namreč ni bilo treba ugibati, kako vse bi sporna določila ZBan-1 lahko morda bila izvrševana, saj so bila napisana in uveljavljena z namenom enkratne izvršitve ter izvršena že ob samem začetku njihovega odločanja.

Tako ostajam pri stališču, četudi komu zveni protislovno, da je ustavnopravni epilog bančnega izbrisa sicer realpolitično ušiv, a je vseeno utilitarno zadosten. Seveda me žalosti, da je v našem pravu z vsakim dnem več politike, ne more pa me ravno žalostiti, da bo v mojih odškodninskih zahtevkih z vsakim dnem več zamudnih obresti.

Tadej Kotnik je bil imetnik izbrisanih podrejenih obveznic več slovenskih bank ter soavtor in prvopodpisani pobude (pozneje zahteve) za oceno ustavnosti ZBan-1 na Ustavnem sodišču RS (U-I-295/13).