

UNIVERZA V LJUBLJANI
EKONOMSKA FAKULTETA

MAGISTRSKO DELO

UPNIKI V INSOLVENČNIH
POSTOPKIH Z MEDNARODNIM
ELEMENTOM

Ljubljana, maj 2006

MATEVŽ ZGAGA

Študent Matevž Zgaga izjavljam, da sem avtor tega magistrskega dela, ki sem ga napisal pod mentorstvom prof. dr. Krešimirja Puhariča, in v skladu s 1. odstavkom 21. člena zakona o avtorski in sorodnih pravicah dovolim objavo magistrskega dela na fakultetnih spletnih straneh.

V Ljubljani, 9. maja 2006

Podpis: _____

KAZALO

1. UVOD	i
1.1. OPREDELITEV PROBLEMA	1
1.2. NAMEN IN CILJ DELA	2
1.3. METODE PROUČEVANJA	5
1.4. ZASNOVA DELA	5
1.5. NEKATERA TERMINOLOŠKA POJASNILA	6
2. OBLIKE INSOLVENČNIH POSTOPKOV V PRIMERJALNEM PRAVU	7
2.1. RAZVOJ IN GOSPODARSKI POMEN INSOLVENČNIH POSTOPKOV	8
2.1.1. Zgodovinski oris	8
2.1.2. Stečaj ali sanacija?	10
2.1.3. Dualizem ali enovit postopek?	12
2.2. STEČAJ	14
2.2.1. Načelo <i>pari passu</i> : vsi enaki, vsi enakopravni?	14
2.2.1.1. Izjeme od načela <i>pari passu</i>	14
2.2.1.2. Instituti insolvenčnega prava, izpeljani iz načela <i>pari passu</i>	15
2.2.2. Poseben položaj zavarovanih upnikov	16
2.3. SANACIJA	17
2.3.1. Poravnava ali reorganizacija – mik »Chapter 11«	17
2.3.2. Prisilna ali nadzirana uprava?	18
2.3.3. Še vedno <i>pari passu</i> ?	19
3. PROBLEMI INSOLVENČNIH POSTOPKOV Z MEDNARODNIM ELEMENTOM	20
3.1. OZEMELJSKI IN UNIVERZALNI PRISTOP	20
3.2. TRI GLAVNA VPRAŠANJA V MEDNARODNEM INSOLVENČNEM PRAVU	23
3.2.1. Mednarodna pristojnost	23
3.2.2. Izbira prava: <i>lex fori concursus</i> in alternative	25
3.2.3. Učinek tujih odločb	27
4. POLOŽAJ UPNIKOV V PRIMERJALNEM PRAVU	29
4.1. UVOD	29
4.2. IZVIRNI GREH: RAZLIKE V STVARNEM PRAVU	30
4.3. PRIMERJALNOPRAVNA ANALIZA	33
4.3.1. Nemčija	33
4.3.1.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov	33
4.3.1.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj	34
4.3.1.3. Pobotanje	34
4.3.1.4. Mednarodno insolvenčno pravo	35
4.3.2. Francija	36
4.3.2.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov	37
4.3.2.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj	37
4.3.2.3. Pobotanje	38
4.3.2.4. Mednarodno insolvenčno pravo	38

4.3.3. Anglija	40
4.3.3.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov.....	40
4.3.3.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.....	41
4.3.3.3. Pobotanje.....	42
4.3.3.4. Mednarodno insolvenčno pravo	42
4.3.4. Švica	43
4.3.4.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov.....	44
4.3.4.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.....	44
4.3.4.3. Pobotanje.....	45
4.3.4.4. Mednarodno insolvenčno pravo	45
4.3.5. ZDA.....	47
4.3.5.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov.....	47
4.3.5.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.....	48
4.3.5.3. Pobotanje.....	49
4.3.5.4. Mednarodno insolvenčno pravo	49
4.3.6. Primerjava (tudi s slovensko ureditvijo).....	51
4.3.6.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov.....	51
4.3.6.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.....	52
4.3.6.3. Pobotanje.....	52
4.3.6.4. Mednarodno insolvenčno pravo (avtonomne ureditve)	53
4.3.6.5. Sklepne ugotovitve	54
5. HARMONIZACIJA MEDNARODNEGA INSOLVENČNEGA PRAVA IN UPNIKI	55
5.1. OSNUTKA SPORAZUMOV EGS.....	56
5.2. CARIGRAJSKA KONVENCIJA	56
5.3. UREDBA SVETA (ES) 1346/2000 O POSTOPKIH V PRIMERU INSOLVENTNOSTI. 58	
5.3.1. Mednarodna pristojnost.....	59
5.3.1.1. Glavni insolvenčni postopek	59
5.3.1.2. Sekundarni postopki	63
5.3.2. Priznanje tujih sodnih odločb	63
5.3.3. Uporaba prava	66
5.3.3.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov.....	66
5.3.3.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj.....	68
5.3.3.3. Pobotanje.....	68
5.3.3.4. Uporaba prava v sekundarnem postopku	69
5.4. UNCITRALOV MODELNI ZAKON O MEDNARODNEM INSOLVENČNEM PRAVU .. 70	
5.4.1. Mednarodna pristojnost.....	71
5.4.2. Priznanje tujih sodnih odločb	72
5.4.3. Uporaba prava	74
5.4.4. UNCITRAL-ov zakonodajni priročnik o insolvenčnem pravu.....	75
5.5. PRIMERJAVA UREDBE 1346/2000 IN UNCITRALOVEGA MODELNEGA ZAKONA 75	
5.5.1. Položaj upnikov.....	78

5.6. EKSKURZ: POSKUSI POENOTENJA MATERIALNEGA PRAVA	80
5.6.1. Direktiva 2002/47 o dogovorih o finančnem zavarovanju	80
5.6.2. Konvencija OZN o odstopu terjatev (cesiji) v mednarodni trgovini	81
5.6.3. UNIDROIT-ova konvencija o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi..	81
5.7. NADALJNJI RAZVOJ MEDNARODNEGA INSOLVENČNEGA PRAVA	82
6. SKLEPNE UGOTOVITVE.....	83
LITERATURA	86
VIRI	95
 PRILOGE	

SEZNAM UPORABLJENIH KRATIC IN OKRAJŠAV

AD 2d	New York Supreme Court Appellate Divison, 2nd Series
All ER	All England Law Reports
BC	Bankruptcy Code (ZDA)
BCC	British Company Law Cases
BCLC	Butterworths Company Law Cases (Anglija)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Nemčija)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Nemčija)
BK	Bruseljska konvencija (Evropska konvencija o sodni pristojnosti in izvršitvi odločb v civilnih in trgovinskih zadevah)
BR	Bankruptcy Reports (ZDA)
CA	Companies Act (Anglija ali Irska)
CC	Code de commerce (Francija)
CCiv	Code civil (Francija)
CK	Carigrajska konvencija o nekaterih mednarodnih vidikih stečaja
CLOUT	ang. Case Law on UNCITRAL Texts
COMI	ang. Centre of Main Interests
čl.	člen
DBS	Deželna banka Slovenije d.d.
EA	Enterprise Act (Združeno kraljestvo)
ECR	European Court Reports
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Nemčija)
EGS	Evropska gospodarska skupnost
et al.	lat. et alii; in drugi
EU	Evropska unija
F 3rd	Federal Report, 3rd Series (ZDA)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Nemčija)
IA	Insolvency Act (Združeno kraljestvo)
IEHC	High Court of Ireland Decisions
in nasl.	in naslednji
InsO	Insolvenzordnung (Nemčija)
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Švica)
IR	Insolvency Rules (Anglija)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Nemčija)
LC	Ley concursal (Španija)
LF	Legge fallimentare (Italija)
MOCI	ang. Model Law on Cross-Border Insolvency
MZMIP	Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu
NCPC	Nouveau code de procedure civile (Francija)
NJW	Neue juristische Wochenschrift
obj.	objavljeno
op.	opomba
OZ	Obligacijski zakonik

oz.	oziroma
OZN	Organizacija združenih narodov
PEU	Pogodba o Evropski uniji
prid.	pridržek
RK	Rimska konvencija o pravu, ki se uporablja za pogodbene obveznosti
RS	Republika Slovenija
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Švica)
SE	Svet Evrope
SGA	Sale of Goods Act (Anglija)
SFRJ	Socialistična federativna republika Jugoslavija
Sodišče ES	Sodišče Evropskih skupnosti
SPZ	Stvarnopravni zakonik
t.	točka
t. i.	tako imenovani
UCC	Uniform Commercial Code (ZDA)
UNCITRAL	ang. United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	ang. International Institute for the Unification of Private Law
ZFPPOd	Zakon o finančnem poslovanju podjetij
ZFZ	Zakon o finančnih zavarovanjih
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGD-1	Zakon o gospodarskih družbah-1
ZMZPP	Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku
ZPP	Zakon o pravnem postopku
ZPPSL	Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Nemčija)
ŽK	Ženevska konvencija o mednarodnem priznavanju pravic na letalih

1. UVOD

1.1. OPREDELITEV PROBLEMA

Sočasna izpolnitev obveznosti iz dvostransko odplačne pogodbe, ki v pravnem prometu nikoli ni bila pravilo, danes bolj kot kdajkoli doslej postaja izjema. V gospodarstvu, ki tolerira oziroma celo spodbuja dajanje kreditov, je nastop trajne plačilne nesposobnosti ali prezadolženosti pri nekaterih subjektih neizogiben stranski pojav. Insolventnost dolžnika je najbolj tipično tveganje, s katerim se sooča vsak upnik (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 89).

Trajno plačilno nezmožni oziroma prezadolženi dolžnik ogroža plačilno disciplino in sočasno onemogoča delovanje kreditnega sistema. Tak dolžnik ogroža druge gospodarske subjekte, v primeru večjega števila insolventnih dolžnikov pa gospodarstvo kot celoto (Ude, 1992a, str. 513). Stečaj ekonomskega giganta lahko za seboj potegne plaz stečajev drobnih subjektov (Juhart et al., 1995, str. 8). Pravni red mora vsebovati pravila, ki naj kar se da učinkovito odpravijo takšne ovire. Insolvenčno pravo se v tradicionalnem smislu največkrat razume kot sistem pravnih pravil za celostno izvršbo nad dolžnikovim premoženjem ob upoštevanju načela enakega obravnavanja upnikov. Poleg tega ima še eno pomembno funkcijo: kadar je to mogoče, naj zagotovi sanacijo dolžnika in ohranitev podjetja.

Mednarodni insolvenčni postopki v širšem pomenu so tisti insolvenčni postopki, v katerih se bodisi dolžnikovo premoženje bodisi njegovi upniki nahajajo zunaj države, v kateri se izvaja postopek. V ožjem pomenu se pojem mednarodnega insolvenčnega postopka nanaša na položaj, ko sta nad istim dolžnikom formalno začeta najmanj dva insolvenčna postopka v različnih državah (Homan, 2004, str. 243).

V razmerah globalizacije svetovnega gospodarstva, hitre rasti mednarodne trgovine ter razvoja multinacionalnih družb število takšnih postopkov nesporno narašča. Do neke mere je to mogoče pojasniti s splošno rastjo števila stečajev (prim. Jahn, Sahm, 2004, str. 555-589). Še precej bolj je opisani trend posledica sprememb v svetovni trgovini in liberalizacije zahtev za nastopanje podjetij na tujih trgih.

Pravnih aktov mednarodne narave, ki bi urejali mednarodne insolvenčne postopke, do devetdesetih let 20. stoletja ni bilo veliko. Že tako dovolj zapleten insolvenčni postopek pridobi dodatno dimenzijo, če se v njem pojavi inozemski element (Ma. Ilešič, 1991, str. 71). Mednarodni insolvenčni postopki zato v praksi povzročajo vrsto težav in odpirajo številna vprašanja, ki jih je v grobem mogoče razvrstiti v tri sklope, značilne za mednarodno zasebno pravo:

- kako določiti mednarodno pristojnost,
- po pravu katere države se presojuje določena procesnoppravna in materialnoppravna vprašanja,
- *ex lege* opredeljen krog zahtev oziroma pogojev za priznanje odločb sodišč drugih držav, izdanih v insolvenčnih postopkih.

V pravni teoriji se vse od 19. stoletja kažeta dva osnovna pristopa k mednarodnemu insolvenčnemu pravu: teritorialni (ozemeljski) pristop ter univerzalni pristop¹. Zagovorniki načela teritorialnosti se zavzemajo, da bi insolvenčni postopek imel učinke le v državi postopka in bi zajel zgolj premoženje, ki se nahaja v tej državi. Skladno z načelom univerzalnosti pa se učinki insolvenčnega postopka nanašajo na vse dolžnikovo premoženje, ne glede na to, da se nahaja v več državah. Različne države so pod različno močnim vplivom enega ali drugega teoretičnega pristopa. Poleg tega so v primerjalnem pravu velike razlike tudi v materialnem pravu. Zato je potek in razplet mednarodnih insolvenčnih postopkov silno negotov.

Omar (2002, str. 174) je mnenja, da je prav mednarodno insolvenčno pravo tisto področje mednarodnega zasebnega prava, kjer je največ možnih konfliktov glede mednarodne pristojnosti ter največ nejasnosti glede kolizijskih pravil. Kot se je o vlogi stečajnega upravitelja slikovito izrazil Homan (2004, str. 244), je vodenje insolvenčnega postopka v več državah mogoče primerjati s partijo šaha, v kateri igralec ne sme premikati trdnjav in lovcev, s kraljem in z damo gre lahko le diagonalno za eno polje naenkrat, kako lahko premika kmete, pa sploh ne ve.

Osnovna vprašanja mednarodnega insolvenčnega prava so izrazito teoretične narave, toda njihov pomen za prakso mednarodnega gospodarskega poslovanja je zelo velik. Obseg magistrske naloge je občutno premajhen za vseobsežen primerjalnopravni vpogled v vse možne izzive mednarodnega insolvenčnega prava. Zato bom obravnaval le izbrani nabor tem, ki ga bom opredelil v naslednjem razdelku pričujočega magistrskega dela.

1.2. NAMEN IN CILJ DELA

Namen magistrskega dela je dvojen.

Osnovni namen magistrske naloge je opraviti primerjalnopravno analizo položaja upnika v mednarodnih insolvenčnih postopkih ter priti do spoznanj, potrebnih gospodarskemu subjektu, ki se želi pripraviti na možnost insolvenčnega postopka nad njegovim tujim sopogodbnikom. Težišče analize bo na primerjavi šestih nacionalnih ureditev ter ureditev po dveh najpomembnejših mednarodnih pravnih aktih s področja mednarodnega insolvenčnega prava, Uredbi Sveta (ES) št. 1346 z dne 29. 5. 2000 o postopkih v primeru insolventnosti ter UNCITRAL-ovem Modelnem zakonu o mednarodnem insolvenčnem pravu. V zvezi s tem želim preizkusiti veljavnost naslednjih dveh delovnih hipotez:

- Insolvenčno pravo razvitih držav temelji na načelu enakega obravnavanja upnikov.
- Zavarovanja stvarnopravne narave, ki so bila veljavno ustanovljena po pravu države, v kateri se je zavarovanje nahajalo v trenutku ustanovitve, dajejo upniku pravico do ločenega poplačila oziroma izločitvenega zahtevka ne glede na to, v kateri državi poteka insolvenčni postopek in kje se stvar nahaja v trenutku začetka tega postopka.

¹ Podrobneje v razdelku 3.1. ter posebej v op. 61.

Naslednji namen magistrske naloge bo, izhajajoč iz pridobljenih spoznanj, analizirati smer razvoja mednarodnega insolvenčnega prava s poudarkom na prizadevanjih za njegovo harmonizacijo. V tej zvezi bom preizkusil veljavnost naslednjih dveh delovnih hipotez:

- Uredba Sveta ES št. 1346 o postopkih v primeru insolventnosti ter UNCITRAL-ov Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu bistveno izboljšujeta predvidljivost pravnega položaja upnikov v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom.
- Ne glede na vsebinske razlike med UNCITRAL-ovim Modelnim zakonom o mednarodnem insolvenčnem pravu in Uredbo 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti, zasnova Modelnega zakona ni v nasprotju z zasnovo Uredbe. Zlasti v državah, ki še niso izrecno uredile mednarodnega insolvenčnega prava v zadostnem obsegu, je Modelni zakon lahko dopolnilo sistemu mednarodnega insolvenčnega prava Uredbe.

Moje magistrsko delo bo pripravljeno z zornega kota upnika – gospodarskega subjekta poljubne dejavnosti, z rahlo uokvirjenim poudarkom na bančni dejavnosti. Glede na to bom nekatera druga zanimiva vprašanja² pustil ob strani. Predpostavka bo, da gre za upnika, katerega izpostavljenost v poslih z mednarodnim elementom je velika. Veliko izpostavljenost je težko opredeliti v določenem kvantitativnem kazalcu. Bolj primerna se mi zdi definicija, po kateri gre v tem primeru za izpostavljenost, pri kateri lahko nastop škodnega dogodka pomembno vpliva na poslovni rezultat.

Pri sklepanju zunanjetrgovinskih poslov so pravni vidiki in še posebej zavarovanje plačila pogosto zanemarjeni, četudi nam praksa dokazuje, da prav pravne napake povzročajo škodljive posledice našim udeležencem v zunanjetrgovinskem prometu. Pravnim vidikom zunanjetrgovinskega poslovanja je potrebno posvetiti vsaj enako pozornost, kot se jo sicer namenja vidiku financiranja, pričakovane gospodarske koristi itn. (Puharič, 1997, str. 130). Če pogodbeni pogoji ne določajo sočasne izpolnitve obveznosti obeh strank, mora dober gospodarstvenik veliko izpostavljenost zavarovati z zastavno pravico na primernem predmetu dolžnikovega premoženja ali drugače. Izkušnje iz vseh držav namreč kažejo, da nezavarovani upniki v stečajnih postopkih največkrat ostanejo brez znatnejšega poplačila³. Pozornost zato ne bo usmerjena k temu, kaj lahko upnik stori, ko se nad

² Zelo aktualna so na primer delovnopravna vprašanja insolvenčnih postopkov. Nič manj zahteven ni izziv glede stečajev nad fizičnimi osebami, ki se ne ukvarjajo s pridobitno dejavnostjo – tako imenovani potrošniški stečaj. Veliko pomembnih posebnosti je tudi v pravu stečaja finančnih organizacij. Tudi tega v magistrskem delu (skoraj) ne bom obravnaval. Bralca naj ne moti, da je moje delovno mesto v banki: pozornost večine bančnih pravnikov je usmerjena predvsem v možnost neplačila oziroma insolvenčnega postopka nad nefinančnimi družbami, ki se zadolžujejo pri banki.

³ Delež poplačila terjatev nezavarovanih upnikov brez prednostnega vrstnega reda je po vsem svetu nizek. Schwehr (2003, str. 15) ugotavlja, da se v Nemčiji skoraj 80 % stečajnih postopkov sploh ne začne ali je takoj ustavljenih, ker dolžnik nima sredstev niti za kritje stroškov postopka. Če se postopek že konča z unovčenjem dolžnikovega premoženja in razdelitvijo izkupička, je povprečna stopnja poplačila nezavarovanih upnikov manj kot 5 %. Kuhn et al. (1994, str. 842) omenjajo v Nemčiji povprečno stopnjo poplačila 3 %. Za Finsko sem zasledil podatek o povprečno 10-odstotnem poplačilu (Jahn, Sahn, 2004, str. 121). V Angliji je povprečno plačilo navadnim upnikom 7 % (Finch, 2002, str. 341, op. 86). V Avstriji je bilo med letoma 1994 in 2003 povprečno plačilo navadnim upnikom v tistih stečajih, kjer je prišlo do kakršnegakoli plačila, 7,1 %, pri čemer se 28 % vseh stečajev konča brez kakršnegakoli poplačila;

njegovim partnerjem začne insolvenčni postopek, temveč kako naj se v zapletenem svetu različnih materialnopravnih, postopkovnih in kolizijskih ureditev upnik vnaprej zavaruje pred posledicami insolvenčnega postopka nad njegovim partnerjem.

Takšen upnik mora biti pozoren na več vprašanj. Različni avtorji naštevajo vsaj tri. Bütter (2002, 3.D.1.) navaja, da je eno glavnih vprašanj v mednarodnih insolvenčnih postopkih priznanje pravic ločitvenih in izločitvenih upnikov. Zeeck (2003, str. 1) opozarja na vprašanje izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj; to vprašanje je v tesni zvezi s prejšnjim, saj je ob ustanovitvi zavarovanja vedno potrebno preveriti, ali utegne biti to pravno dejanje morda izpodbojno. Nekateri avtorji namenjajo opazen poudarek tudi vprašanju pobotanja v stečajnem postopku (McBryde et al., 2003, str. 60). Poleg tega so ključna še pravila mednarodnega zasebnega prava. Poznati načela, po katerih vsa naštetá vprašanja obravnava primerjalno pravo, je temeljna naloga pravnega svetovalca upnika z veliko izpostavljenostjo v zunanjetrgovinskih poslih.

Moja odločitev za temo je povezana z zaposlitvijo v Oddelku pravnih poslov Deželne banke Slovenije d.d. Kreditnih, garancijskih in drugih poslov, kjer komitent ponuja v zavarovanje premoženje v drugi državi ali pa je znaten del njegovih poslovnih aktivnosti v tujini, ta trenutek sicer še ni veliko, vendar se njihovo število trajno in razmeroma hitro povečuje. Zlasti aktualno je zavarovanje z vrednostnimi papirji tujih izdajateljev ter s terjatvami, ki jih imajo komitenti banke do tretjedolžnikov v tujini. V okviru te naloge je zanimivo tudi zavarovanje z vozili, ki v času trajanja kreditnega razmerja niso ves čas na ozemlju RS. DBS se je že srečala z uveljavljanjem terjatev v tujini, v prihodnje pa bo z rastjo mednarodnega poslovanja takšnih primerov – zunaj dvoma – še več.

Cilj mojega magistrskega dela bo dosežen, če bo bralec z osnovnim predznanjem insolvenčnega, stvarnega ter mednarodnega zasebnega prava v njem našel izhodišče za reševanje problemov v zvezi s stvarnopravnim zavarovanjem mednarodnih gospodarskih poslov, ki bi se mu utegnili zastaviti v praksi.

povprečno plačilo navadnim upnikom v *izpolnjenih* prisilnih poravnavaéh je 23 % (Klikovits, 2004, str. 17). Gl. tudi Westbrook, 1991, str. 511.

Zelo podobno je stanje v Sloveniji: iz sodne statistike za leti 2003 in 2004 je mogoče razbrati, da se je zaradi nezadostnih sredstev ali nesorazmernih stroškov končalo 59,1 % oziroma 57 % primerov. Upošteva je, da v slabi četrtini primerov predlogom za začetek stečajnega postopka iz različnih vzrokov sploh ni bilo ugodeno, znaša delež primerov, ki so bili brez poplačila zaključeni, še preden bi se pričelo z unovčevanjem premoženja, kar 77,5 % (Sodna statistika 2003, str. 56) oziroma 76,9 % (Sodna statistika 2004, str. 57). V zvezi s tem prim. tudi Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 3; Thurner, 1997, str. 465.

Dodati velja, da niti zavarovani upniki največkrat ne dosežejo polnega poplačila svoje terjatve. Finch (2002, str. 257) navaja podatek, da se v Veliki Britaniji v celoti poplača le 18 % le-teh. Povprečna stopnja poplačila je 37 %. Kot upnikov pooblaščenec v stečajnih postopkih imam podobne izkušnje. Ločitvena pravica redko zadošča za poplačilo celotne terjatve, vseeno pa ločitveni upnik skoraj vedno dobi bistveno več od navadnih upnikov.

1.3. METODE PROUČEVANJA

Naloga temelji na treh metodah dela. To so opisna metoda, metoda analize in sinteze ter primerjalna metoda.

Drugo in tretje poglavje sta namenjeni zgodovinsko-teoretičnemu okviru naloge. V teh dveh poglavjih se bom osredotočil na opisovanje in analizo pojavov s področja insolvenčnega prava in mednarodnega zasebnega prava. Preučil bom nova teoretična spoznanja s teh področij s poudarkom na delih, objavljenih v zadnjih 10 letih, pri čemer bom uporabljal analitično metodo dela.

Primerjalna metoda pomeni postopek primerjanja podobnih dejstev, iskanja stičnih točk ter ugotavljanja razlik med njimi. Pri pripravi četrtega in petega poglavja bo ta metoda najpomembnejša, pri čemer bo primerjava predvsem sinhrona. V tem delu naloge bom analiziral vsebino posameznih ureditev in pravni položaj upnikov. Z izborom petih tujih držav (Nemčija, Francija, Anglija, ZDA, Švica) sem želel zajeti kar se da različne, vendar značilne sisteme insolvenčnega prava. V skupini izbranih držav so tako upnikom naklonjeni sistemi, kot dolžnikom naklonjeni sistemi; sistemi civilnega prava in sistemi občega prava; sistemi pod vplivom načela univerzalnosti in sistemi pod vplivom ozemeljskega načela; sistemi germanskega in sistemi romanskega pravnega kroga.

Posebej bom primerjal (a) avtonomne ureditve izbranih držav ter (b) ureditev po mednarodnih pravnih aktih. Analiziral bom pozitivne predpise izbranih šestih držav, sodno prakso in mednarodne pravne akte. Z njihovo vsebino se bom seznanil posredno, preko literature, pa tudi z analizo primarnih virov (predpisi in odločitve sodišč), med drugim s pomočjo nekaterih zelo dobrih baz podatkov na internetu, ki jih naštevam med viri. Pregledal bom tudi dokumentacijo primerov, v katere je bila vpletena DBS.

Izhajajoč iz trendov v mednarodnem insolvenčnem pravu v zadnjih 20 letih bom na koncu 5. poglavja z uporabo prognostične metode napovedal verjetno smer nadaljnjega razvoja.

1.4. ZASNOVA DELA

Vsebino magistrske naloge bom razdelil na šest poglavij. Uvodnemu poglavju bo sledilo poglavje, v katerem bom orisal temeljne značilnosti insolvenčnega prava in dveh glavnih vrst postopkov ter poiskal skupne značilnosti stečajnih postopkov. Obravnaval bom teoretične argumente v prid sanaciji pred stečajem in pri sanacijskih postopkih poudaril razliko med ameriškim pristopom reorganizacije ter tradicionalnim kontinentalnim pristopom poravnave. Ta razlika postaja vse manj izrazita.

Tretje poglavje bo namenjeno obravnavi splošnih teoretičnih vprašanj mednarodnega zasebnega prava v zvezi z insolvenčnimi postopki. Začel ga bom s predstavitvijo vsebine načela teritorialnosti in načela univerzalnosti.

V četrtem poglavju bom primerjal, kako šest nacionalnih ureditev ureja vprašanja, ki so za upnike ključnega pomena še pred sklenitvijo pogodbe z mednarodnim elementom, da lahko predvidijo svoj pravni položaj v morebitnem poznejšem insolvenčnem postopku. Od materialnopravnih vprašanj bom analiziral uveljavljanje ločitvenih in izločitvenih pravic, izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj in pobotanje. Posvetil se bom tudi vsem trem že omenjenim vprašanjem mednarodnega zasebnega prava.

V petem poglavju bom obravnaval harmonizacijo mednarodnega insolvenčnega prava. Opisal bom dosednji razvoj na tem področju. Poudarek bo na dosežkih zadnjih 20 let; šele v tem obdobju je namreč prišlo do bolj otipljivih rezultatov in sprejema naprednejših pozitivnih predpisov. Podrobneje bom – z enakimi vsebinskimi poudarki kot v četrtem poglavju – primerjal vsebino dveh najpomembnejših pravnih aktov s tega področja in sicer Uredbo Sveta (ES) št. 1346 z dne 29. 5. 2000 o postopkih v primeru insolventnosti ter UNCITRAL-ov Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu.

V šestem poglavju bom strnil sklepne ugotovitve.

1.5. NEKATERA TERMINOLOŠKA POJASNILA

Pravna terminologija uporablja izraza *stečajno pravo* in *insolvenčno pravo*. Sam sem se odločil za uporabo izraza *insolvenčno pravo*, ki je v tujih pravnih terminologijah v zadnjem času bolj pogost⁴, saj je poudarek mojega magistrskega dela na primerjalnopravni analizi. Kadar bom govoril o insolvenčnem pravu ali insolvenčnih postopkih, bo izraz torej zajemal tako likvidacijske oziroma stečajne postopke, kakor tudi sanacijske postopke. Če bom želel poudariti, da se razpravljanje nanaša samo na stečajni postopek v ožjem smislu, bom uporabil besedno zvezo *stečajni postopek*.

Za sodišče, ki vodi insolvenčne postopke, bom uporabljal izraz *stečajno sodišče*, saj je besedno zvezo *insolvenčno sodišče* mogoče napačno razumeti kot sodišče, ki ni plačevito. Angleška terminologija dopušča obe možnosti (*bankruptcy court*⁵, *insolvency court*), prav tako nemška (*Insolvenzgericht* in *Konkursgericht*; slednji izraz prevladuje v delih švicarskih avtorjev). V italijanskem jeziku se uporablja izraz *stečajno sodišče* (*tribunale fallimentare*).

Pod izrazoma *sanacija* oziroma *sanacijski postopek* razumem samo tiste postopke, ki potekajo pred državnimi organi⁶. Angleška terminologija uporablja izraza *rescue* in *reorganisation*. Dobesedni prevod prvega, reševanje, pravna stroka pri nas le redko uporablja, pod pojmom *reorganizacija* pa razumemo predvsem statusno reorganizacijo⁷.

⁴ Razlogi za to so različni. Novejši, vendar pomemben razlog je, da se v primerjalnem pravu vse bolj uveljavlja ureditev enovitega insolvenčnega postopka namesto dveh (ali več) postopkov stečaja in sanacije. V zvezi s tem gl. str. 12.

⁵ *Bankruptcy* sicer pomeni stečaj nad fizično osebo. Na stečaj pravne osebe se nanaša izraz *winding up*.

⁶ Skoraj vedno je to sodišče, z nekaterimi izjemami: najpomembnejša je *amministrazione straordinaria* za velike družbe v Italiji. Vodi jo poseben državni organ, vendar je odločitev o začetku postopka še vedno v izključni pristojnosti sodišča (McBryde et al., 2003, str. 23).

⁷ Gl. Poročevalec Skupščine RS, 1992 (18), 16, str. 21.

Sanacija podjetja lahko zajema tudi skup ukrepov, ki ne potekajo pred sodiščem in ki potekajo brez sodelovanja vseh upnikov. Kadar bom obravnaval tovrstno, neformalno sanacijo, bom na to posebej opozoril.

Zavarovani upniki so upniki, ki lahko v insolvenčnem postopku uveljavljajo pravice stvarnopravne narave na delu dolžnikovega premoženja, ne glede na to, ali gre za pravico do ločenega, prednostnega poplačila iz nekega predmeta ali za lastninsko pravico. Kadar uporabljam izraz *stvarnopravno zavarovanje* ali primerljiv izraz, se razpravljanje torej nanaša tako na zavarovanja z zastavno pravico kot tudi na zavarovanja s pridržkom lastninske pravice.

Načelo univerzalnosti in *načelo teritorialnosti (ozemeljsko načelo)* sta pomembni načeli mednarodnega insolvenčnega prava (prim. str. 20). Načelo univerzalnosti pa je tudi temeljno načelo (splošnega) insolvenčnega prava ter pomeni, da celotno premoženje stečajnega dolžnika (doma in v tujini) rabi za poplačilo vseh njegovih upnikov (Plavšak, 1997, str. 30; Puharič, 2004, str. 154). V tem magistrskem delu bom izraz *načelo univerzalnosti* rabil izključno v pomenskem polju načela univerzalnosti v mednarodnem insolvenčnem pravu.

Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske ima, ne upošteva čezmorska ozemlja, štiri sestavne dele: Anglijo, Wales, Škotsko in Severno Irsko. Ureditev nekaterih vprašanj insolvenčnega prava je v pristojnosti posameznih sestavnih delov. Ureditve so si v precejšnji meri podobne, vendar med njimi obstajajo razlike. V tej nalogi bom obravnaval predvsem ureditev v Angliji (in Walesu) in v tej zvezi uporabljal izraza *angleško pravo* oziroma *angleška ureditev*. Občasno se bo razprava nanašala na celotno Združeno kraljestvo; v tem primeru bom uporabljal citirano poimenovanje.

2. OBLIKE INSOLVENČNIH POSTOPKOV V PRIMERJALNEM PRAVU

Drugo poglavje za razliko od naslednjih treh ne bo izrecno obravnavalo vprašanj *mednarodnega* insolvenčnega prava. V tem poglavju bom strnjeno orisal razvoj, gospodarski pomen in današnje pojavne oblike insolvenčnih postopkov. S tem želim doseči dva namena. Kratek pregled splošnih tem insolvenčnega prava bo po eni strani primeren uvod v naslednja tri poglavja, ki bodo težišče naloge. Poleg tega bo povzetek zgodovinskega razvoja insolvenčnih postopkov pojasnil njihovo gospodarsko in družbeno funkcijo ter različne interese, ki si v teh postopkih nasprotujejo. Velike razlike v pozitivni ureditvi insolvenčnih postopkov v različnih državah, ki jih bom obravnaval v 4. poglavju, so predvsem posledica neenakih pogledov na namen postopkov ter neenakega vpliva posameznih interesov v zadevni državi.

2.1. RAZVOJ IN GOSPODARSKI POMEN INSOLVENČNIH POSTOPKOV

2.1.1. Zgodovinski oris

Moderno insolvenčno pravo se je izoblikovalo po industrijski revoluciji, vendar ima pravni institut stečaja dolgo zgodovino. Stečaj je poznalo že rimsko pravo; že takrat je bil le-ta tudi institut generalne izvršbe⁸. V celotnem času pred industrijsko revolucijo je bil stečajni dolžnik fizična oseba, praviloma kot nosilec gospodarske dejavnosti. Prvi celovit stečajni zakon je bil angleški *Bankruptcy Act* iz leta 1542. To je bil pomemben predpis, ki je zasledoval namena sorazmernega poplačila upnikov in preprečitve stihijskega napada upnikov na premoženje prezadolženega dolžnika (Finch, 2002, str. 8; Đorđević, 2003, str. 155).

18. stoletje je v stečajno pravo prineslo pomembno novost. Angleški zakon iz leta 1705 (*The Statute of Anne*) je prvi uvedel možnost razbremenitve dolgov za stečajne dolžnike – trgovce. Če jim ni bilo mogoče očitati goljufige ravnanja, so imeli možnost po končanem stečaju in enakomernem poplačilu upnikov začeti znova, prosti odgovornosti za stare dolgove. Vzrok za drugačno obravnavanje trgovcev od netrgovcev naj bi bil ta, da so trgovci zaradi narave njihove dejavnosti lahko postali nezmožni plačevanja dolgov brez lastne krivde⁹.

Stečaj so veliki kodeksi v glavnem uredili v 19. stoletju. ZDA so leta 1800 sprejele *Bankruptcy Act*, ki je bil prvi v nizu razmeroma kratek čas veljavnih ameriških stečajnih zakonov 19. stoletja (Warren, Westbrook, 2001, str. 162). V Franciji je stečaj leta 1807 podrobno uredil *Code de commerce*. Ureditev, zgled vrsti drugih držav »francoskega sistema«, je bila sprva zelo stroga do dolžnika¹⁰. Angleški *Companies Act* iz leta 1862 je bil moderen stečajni zakon, ki je vseboval natančno ureditev pravil tega pravnega instituta (Finch, 2002, str. 10).

Vsi naštetni zakoni so izhajali iz enakega obravnavanja upnikov, vendar na pravice zastavnih upnikov stečaj vsaj v državah francoskega sistema ni vplival (Ivanjko, 1991, str. 593). Vsi predpisi so prav tako že poznali možnost tožbe na izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika; vzorec za to tožbo je bila stara rimskopravna *actio Pauliana* (Đorđević, 2003, str. 18-19). Med danes specifičnimi instituti insolvenčnega prava se je najprej razvilo prav izpodbijanje (McBryde et al., 2003, str. 53-54).

Ena glavnih značilnosti modernega insolvenčnega prava je spoznanje, da je tudi sanacija povsem enakovreden pristop k reševanju problematike prezadolženega dolžnika.

⁸ O tem kratko npr. Ivanjko (1991, str. 593). Bolj podrobno o vprašanju obravnave neplačevitega dolžnika v rimskem pravu npr. Kroppenberg Inge: *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht*. Köln: Böhlau, 2001, 536 str.

⁹ Netrgovci so v Angliji dobili to možnost šele leta 1961 (Finch, 2002, str. 9-10).

¹⁰ Francoska ureditev je bila zgled za nastanek mnogih drugih stečajnih zakonov, ki so poudarili vlogo upnikov – »francoski sistem stečaja«. Nasprotno govorimo o »španskem sistemu« kot o sistemu z omejeno vlogo upnikov. Pod vplivom španskega sistema so bili stečajni predpisi Kraljevine Srbije (Ivanjko, 1991, str. 593). Zanimivo je, da je danes prav francoska ureditev zgled upnikom razmeroma neprijaznega insolvenčnega prava (prim. str. 37).

Neformalni dogovori med upniki in plačilno nesposobnim dolžnikom, ki naj bi vse vpletene strani odrešili neprijetnosti stečajnega postopka, so se dogajali vselej. Pravna ureditev postopka rešitve subjekta v finančnih težavah pa je novost zadnjih 200 let in še posebej druge polovice 20. stoletja (Trunk, 1996, str. 46; McBryde et al., 2003, str. 66-67). Vzrok za to gre iskati v pojavu velikih gospodarskih družb z omejeno odgovornostjo ustanoviteljev. Ko so te postale nosilec gospodarskega razvoja, je vpliv stečaja nad eno od njih presegel tradicionalni doseg dokaj omejenega kroga upnikov in dolžnikovih družinskih članov. Stečaj delniške družbe ni prizadel le upnikov, temveč tudi dolžnikove lastnike, delavce, kupce njegovih proizvodov, kraj ali regijo njegove dejavnosti ter državni proračun. To spoznanje je botrovalo potrebi po oblikovanju sanacijskega postopka kot formalno urejenega insolvenčnega postopka.

Tudi stečaj z mednarodnim elementom ni pojav, ki bi se pojavil šele v 20. stoletju. Da je imel dolžnik premoženje ali upnike zunaj matične države, je bilo pogosto že, na primer, v srednjeveških mestnih državah¹¹. Spoznanje, da posledice stečaja niso nujno omejene na območje ene države, je prineslo prve sporazume s področja stečajnega prava¹². Moderne mednarodne pogodbe s področja insolvenčnega prava so se prvič pojavile v 19. stoletju. V Evropi so jih v prvi polovici 19. stoletja nekatere nemške države sklenile s švicarskimi kantoni (Walther, 2004, str. 70-71). Francosko-švicarsko pogodbo iz leta 1869 Omar (2002, str. 187) omenja kot moderni model za dvostranske pogodbe s področja mednarodnega insolvenčnega prava. Na ameriški celini je prvi tovrstni dokument pogodba iz Montevidea o mednarodnem trgovinskem pravu iz leta 1889. Omar (2003, str. 168) zgodovino meddržavnih sporazumov s področja mednarodnega insolvenčnega prava deli v dve obdobji: od 18. do zgodnjega 20. stoletja so prevladovali dvostranski sporazumi, po začetku procesa evropske integracije pa je bila pozornost usmerjena v pripravo aktov večstranske (multilateralne) narave¹³.

Na našem ozemlju je veljal avstrijski zakon o stečaju iz leta 1868. Zadnja sprememba avstrijskih stečajnih predpisov je bila leta 1916. Nato je bil pod njihovim vplivom leta 1929 sprejet stečajni zakon za Kraljevino Jugoslavijo (Ivanjko, 1991, str. 593-594; Štruc, 2005, str. 159). V obdobju po drugi svetovni vojni je bil stečaj potisnjen v ozadje. Zakonodaja pred letom 1989 je sicer poznala vse klasične institute stečajnega prava, vendar je vsebovala izredno razvejan sistem sanacije podjetja vključno s predsanacijskimi postopki. Takšna ureditev naj bi stečaj in povezane neugodne posledice preprečevala v največji možni meri tudi za ceno toleriranja gospodarskega obstoja nesposobnih gospodarskih subjektov¹⁴. Stečajev je bilo v obdobju do leta 1989 le malo¹⁵ in so potekali nad manjšimi organizacijami (Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 4). Z vidika mednarodnega

¹¹ Za dober zgodovinski pregled razvoja mednarodnega insolvenčnega prava na evropskem kontinentu v srednjem in novem veku gl. Trunk, 1996, str. 34-45.

¹² Omar (2002, str. 186) kot najstarejši primer navaja pogodbo med italijanskima mestoma Verona in Trento iz leta 1204.

¹³ Prim. tudi Trunk, 1996, str. 69.

¹⁴ O družbenem pomenu ter zgodovini insolvenčnih postopkov v nekdanji SFRJ gl. npr. Ivanjko, 1991, str. 591-592. Bralcu, zainteresiranemu za bolj podroben vpogled v to obdobje, priporočam npr. Kašanin Ratimir et al.: Komentar zakona o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada. Beograd: Savremena administracija, 1981, 418 str.

¹⁵ Med letoma 1983 in 1989 je bilo v Sloveniji skupaj vloženih le 62 predlogov za začetek stečajnega postopka, od katerih je bilo končanih 41 (Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 4).

insolvenčnega prava je imel jugoslovanski sistem navzven univerzalne učinke, medtem ko naj bi tuji stečajni ne imeli vpliva v Jugoslaviji¹⁶. Zvezni zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji iz leta 1989 je bil poskus stečajno pravo prilagoditi družbenim spremembam. Institut prodaje dolžnika kot pravne osebe je bil nenavadna novost, ki ga primerjalno pravo v tej obliki ne pozna (Ivanjko, 1997, str. 472). »Preživel« je tudi sprejem slovenskega zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji iz leta 1993, ki z novelama v letih 1997 in 1999 velja danes.

2.1.2. Stečaj ali sanacija?

V prejšnjem razdelku sem strnil glavne namene insolvenčnega prava. Kaznovalni namen je danes v ozadju; to funkcijo je prevzelo kazensko pravo¹⁷. Aktualna sta namen sanacije ter namen kolektivne izvršbe. Slednji ima tudi represivno komponento, saj naj bi plačilno nesposobnega dolžnika izločil iz pravnega prometa. Sanacijski postopek naj bi, po drugi strani, dolžnika vrnil v promet. Namena institutov stečaja in sanacije se torej močno razlikujeta in sta v določeni meri vsebinsko nezdržljiva.

Kateri izmed dveh namenov bo dobil prednost, je predvsem politična odločitev (Westbrook, 1991, str. 511; Flessner, 2004, str. 890-892)¹⁸. Med ureditvami insolvenčnega prava v razvitih državah so tako takšne, ki favorizirajo upnike, kakor tudi takšne, ki so izrazito naklonjene rešitvi ekonomske usode podjetja, če je mogoča¹⁹. Upnikom izrazito naklonjena je na primer ureditev v Angliji (Burbidge, 2002, str. 594-595), pa tudi v Švici (Kirchhof et al., 2003, str. 1037-1038); rešitvi podjetij močno naklonjeni ureditvi imajo ZDA (Schwehr, 2003, str. 12-14) in Francija (Burbidge, 2002, str. 594-595)²⁰.

¹⁶ Tako Cigoj, 1984, str. 251; prim. tudi Ma. Ilešič, 1991, str. 73.

¹⁷ Vendar predpisi insolvenčnega prava vsebujejo tudi določbe represivne narave. Pri nas 35. člen ZPPSL-A osebam, odgovornim za stečaj ali prisilno poravnavo, vsaj pet let od uvedbe postopka prepoveduje ustanavljanje novih družb ter izvrševanje določenih pooblastil v drugih družbah. Podobno velja na Irskem (VII. pogl. CA; čl. 149-169) ter v Združenem kraljestvu, kjer je seznam oseb, ki jim je prepovedano opravljanje določenih funkcij, objavljen celo na internetu (<http://www.insolvency.gov.uk>). V Franciji *Code de commerce* določa naslednje možne sankcije: prepoved upravljanja poslovnega subjekta, začasno izgubo pravice biti voljen na javne funkcije, izgubo glasovalnih pravic iz delnic v insolvenčni družbi ali celo njihovo prisilno prodajo (CC, čl. L653-1 in nasl.). V Italiji kazenske določbe vsebuje kar stečajni zakon (gl. čl. 216-222 LF). Prim. tudi Eurofenix, 2004, 1, str. 6-7.

¹⁸ Flessner (2004, str. 891) opozarja na zanimivo razliko med definicijama temeljnih ciljev insolvenčnih postopkov, kakor sta jih definirala (i) nemški zakon (InsO) z besedilom, sprejetim leta 1994 na predlog Kohlove konservativne vlade, ter (ii) francoski CC z besedilom, sprejetim v času socialističnega predsednika Mitteranda:

»Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Betriebs und der Arbeitsplätze und der Bereinigung der Verbindlichkeiten dienen soll.« (InsO, 1994, čl. 1)

»Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif.« (CC, 1985, čl. L 620-1)

Za odličen povzetek teoretičnih pogledov na vlogo insolvenčnega prava gl. Finch, 2002, str. 28-42.

¹⁹ Za pregled kriterijev za presojo, ali je določen sistem naklonjen rešitvi podjetja ali upnikom, gl. Finch, 2002, str. 194-195.

²⁰ Vendar se razlike zmanjšujejo. Zadnje spremembe zakonodaje so v obeh državah okrepile položaj upnikov. Gl. Leonard, 2005, str. 15; Gaillot, 2006, str. 13-16.

Trend v insolvenčnem pravu je favoriziranje ohranitve podjetij. V Nemčiji in Angliji, ki sta v začetku devetdesetih let imeli upnikom najbolj naklonjeni ureditvi, sta v letih 1999 oziroma 2003 pričela veljati nova predpisa²¹, ki dajeta prizadevanjem za ohranitev podjetja v finančnih težavah bistveno večji poudarek kot dotlej. Irska, ki je nekoč prav tako imela upnikom zelo naklonjeno ureditev, je podobno reformo izpeljala že leta 1990 (Kirchhof et al., 2003, str. 984-986). V Avstriji so institut reorganizacije uvedli leta 1997 (Thurner, 1997, 464-466; Kirchhof et al., 2003, 1028-1029; o kritikah tudi Brus, 1999, str. VI). Podobno tudi novi španski *Ley Concursal* iz leta 2003 poudarja rešitev podjetja v težavah (Wessels, Lopez, Beron, 2003, str. 4). V Sloveniji so se devetdeseta leta sicer začela s sanacijo bistveno manj naklonjeno ureditvijo, kot je bila več desetletij poprej, vendar je bil od takrat naprej tudi pri nas trend v prid sanaciji²².

Ekonomska in pravna teorija sta naklonjeni reševanju podjetja v finančnih težavah²³. Utemeljitev tega – po mojem prepričanju v izhodišču pozitivnega – pristopa so različne. Ivanjko (1991, str. 595) opozarja, da je edini pozitivni učinek stečaja delno poplačilo upnikov, vse druge vrednosti podjetja, kot sta organizacija in tržni položaj, pa se izničijo. Finch (2002, str. 190) omenja naslednje argumente: na dolgi rok večja vrednost podjetja kot celote od prodaje po delih²⁴, ohranitev delovnih mest, zaščita interesov dobaviteljev, kupcev in fiskusa, ohranitev poslovnega zaupanja v določeno panogo. Ni zanemarljivo tudi to, da obstajajo družbe, ki imajo zelo malo premoženja, ki ga je mogoče prodati v klasičnem stečaju. Njihova glavna vrednost so pogodbe, sklenjene na dolgi rok, *know-how*, zaposleni in splošen poslovni ugled (McBryde et al., 2003, str. 66). Takšnih družb je ob naraščajočem pomenu storitev v gospodarstvu ter naraščanju obsega elektronskega poslovanja vedno več.

Zanimivo je, da je uspeh sanacijskih postopkov – delež podjetij, ki se preko teh postopkov izognejo prenehanju in znova poslujejo z dobičkom – razmeroma skromen. To velja celo v

²¹ Gre za *Insolvenzordnung* iz leta 1999 (za kratek komentar gl. Schwehr, 2003, str. 14-16) ter *Enterprise Act* iz leta 2002 (za kratek komentar gl. Jungmann, Bisping, 2002, str. 930-938).

²² Gl. npr. Plavšak, 1997, str. 57-58. ZPPSL iz leta 1993 je uvedel institut finančne reorganizacije. Njegova novela iz leta 1997 (ZPPSL-A) je olajšala pogoje poplačila v primeru sklenjene prisilne poravnave. Tako lahko npr. v primeru poplačila v enem letu dolжник navadnim upnikom po noveli ponudi 20-odstotno poplačilo, medtem ko je zakon iz leta 1993 v takem primeru določal najmanj 50-odstotno poplačilo. Leta 1999 je bil sprejet Zakon o finančnem poslovanju podjetij (ZFPPod), navidez strog do vodstev podjetij. Vendar prav ta strogost sili upravo k pravočasnemu predlaganju prisilne poravnave (čl. 12-14 ZFPPod), ki jo zakon z možnim odpisom obresti od dolga iz naslova davkov in prispevkov (čl. 16 ZFPPod) po drugi strani tudi olajšuje. Za primerjalnopravni komentar gl. Brus, 1999, str. V.

²³ Sredstva, ki jih je mogoče uporabiti za dosego sanacije, so različna. Ivanjko (1997, str. 964) jih razvršča glede na vzrok težavam podjetja. Osnovni metodi sta znižanje obstoječih obveznosti in dokapitalizacija. Vendar zadoščata zgolj v primeru nenadnih dogodkov, ki prizadenejo sicer dobro organizirano podjetje. Ob drugih vzrokih so potrebni bolj temeljiti ukrepi. Finch (2002, str. 188) našteva reorganizacijo, restrukturiranje, refinanciranje (vključno z zmanjšanjem obstoječih obveznosti), deinvestiranje in prodajo podjetja. Končni rezultat sanacijskega postopka ni vedno enak. Skupni imenovalec vsaj delno uspešnih sanacijskih postopkov je, da po zaključku postopka podjetje kot celota ali njegov pomemben del spet z dobičkom posluje naprej. Gl. tudi Plavšak, 1997, str. 132-134. Prim. tudi čl. 1123 stečajnega zakona ZDA (*Bankruptcy Code*), ki v desetih alinejah primeroma našteva različne metode.

²⁴ Ameriški postopek reorganizacije po znamenitem 11. poglavju *Bankruptcy Code* ima korenine v prezadolženosti železniških podjetij poznega 19. stoletja. Železniška infrastruktura je imela kot celota mnogo večjo vrednost, kakor bi lahko bila dosežena s prodajo po delih. Postopek reorganizacije je dopolnil in formaliziral *National Bankruptcy Act* iz leta 1898 (Schwehr, 2003, str. 12-13; tudi Flessner, 2004, str. 891).

državah, kjer jim je pravna ureditev izrazito naklonjena²⁵. Eden od možnih vzrokov za takšno stanje je, da podjetja odlašajo z vložitvijo predloga za začetek sanacijskega postopka, dokler ni prepozno (Thurner, 1997, str. 465)²⁶. Poleg tega pa podjetja v finančni krizi nočejo tvegati dodatnih razmeroma visokih stroškov postopka (Thurner, 1997, str. 471; Finch, 2002, str. 200, str. 283)²⁷.

Odločitev dati prednost enemu ali drugemu od namenov, opisanih v začetku tega razdelka, ima na položaj upnikov, še posebej zavarovanih, daljnosežne posledice. Angleški upnik, ki je z dolžnikom dogovoril tako imenovano »*flotantno zastavno pravico*« (floating charge)²⁸, je lahko do sprejema *Enterprise Act* leta 2002 v neplačevitem podjetju brez vključitve sodišča in brez napovedi dolžniku angažiral prisilnega upravitelja s širokimi pooblastili (gl. str. 40). Zastavni upnik v Nemčiji pred letom 1999 je lahko sam prodal zastavljeno stvar (Veder, 2004, str. 24). Po drugi strani je zastavna pravica v korist upnika francoskega dolžnika omejena z vrsto varovalk, med katerimi je najpomembnejša, da v prvi fazi postopka (faza opazovanja, gl. str. 36) obremenjenega predmeta ni mogoče prodati. Namen takšne ureditve je povečati možnosti za ohranitev podjetja.

Položaj dveh upnikov v insolvenčnem postopku, ki sta z vsebinsko skoraj enako pravico – na primer s hipoteko – pridobila pravico ločenega poplačila iz dela dolžnikovega premoženja, se zato lahko glede na to, po katerem pravu se presoja njun položaj, precej razlikuje. Konkretna analiza tega položaja v izbranih ureditvah bo zato predmet obravnave v 4. poglavju.

2.1.3. Dualizem ali enovit postopek?

Hkrati s tem, ko moderne ureditve insolvenčnega prava poudarjajo prizadevanja za sanacijo dolžnika, je v primerjalnem pravu opaziti še en trend. Nekatere države so opustile razlikovanje med sanacijo in stečajem ter uvedle enovit insolvenčni postopek.

Argumenta za enotni postopek sta vsaj dva. Prvi je načelne narave: če je sanacija enakovreden pristop likvidaciji, zakaj jo urejati posebej (Flessner, 2004, str. 902)? Drugi argument je praktične narave: likvidacija in sanacija se lahko vzajemno dopolnjujeta. Del dolžnikovega premoženja, ki je zaključena celota, je mogoče prodati ter z izkupičkom delno poplačati dolgove, njihov preostali del pa reprogramirati (McBryde et al., 2003, str.

²⁵ V ZDA je 80 % družb, nad katerimi je začel postopek po 11. poglavju *Bankruptcy Code*, nazadnje likvidiranih (Finch, 2002, str. 201). V Franciji se kljub močnemu poudarku na reševanju podjetij v krizi okoli 90 % postopkov konča s stečajem (Jahn, Sahn et al., 2004, str. 161). Po drugi strani Klikovits (2004, str. 17) ugotavlja, da je v Avstriji – avstrijska ureditev sicer ne sodi med sanaciji tradicionalno prijazne ureditve – izpolnjenih 83 % potrjenih prisilnih poravnjav in da je v ca. 90 % primerov to osnova za trajno sanacijo podjetja. Stečajev je ca. štirikrat več od potrjenih prisilnih poravnjav.

²⁶ Podobno Finch (2002, str. 286), ki za vzroke za odlašanje omenja nezaupanje do strokovnjakov s področja reševanja insolvenčnosti, pretiran poslovni optimizem, strah pred insolvenčnim postopkom, pred izgubo podpore pri bankah ter pred stroški.

²⁷ Prim. tudi Marshall et al., 2004, str. 28/13: v primeru *Enron* naj bi samo honorarji strokovnjakov, angažiranih v postopku reorganizacije družbe, znašali preko 2 milijardi dolarjev.

²⁸ Več o tem specifičnem pravnem institutu gl. Paul, Montagu, 2003, str. 192-193; Bridge, Stevens, 2004, str. 31-32; Smid, 2004, str. 57-59.

18). Nemci govorijo o *sanirajoči likvidaciji* (Ivanjko, 1991, str. 596). Poleg tega se lahko v nekaterih primerih²⁹ še le med postopkom izkaže, kakšna je najbolj primerna rešitev za dolžnika v težavah.

TABELA 1: SPREMEMBE INSOLVENČNE ZAKONODAJE
V PRID SANACIJI PODJETIJ V TEŽAVAH V DRŽAVAH EU (1996-2006)³⁰

	Leto zadnje pomembne spremembe	Vsebina spremembe
Avstrija	1997	uvedba instituta reorganizacije (<i>Unternehmensreorganisation</i>)
Belgija	1997	bistveno večji pomen sanacije
Češka	2006 (?) ³¹	uvedba reorganizacije po zgledu ZDA
Estonija	2004	uvedba enotnega insolvenčnega postopka; večji pomen sanacije
Francija	2006	uvedba novega tipa postopka za podjetja, ki še niso nelikvidna (<i>sauvegarde</i>); večje možnosti za izvensodno sanacijo
Nemčija	1999	uvedba enotnega insolvenčnega postopka; večji pomen sanacije
Italija	2004, 2005	uvedba posebne izredne uprave (<i>amministrazione straordinaria</i>) več možnosti za izvensodno sanacijo
Litva	2001	uvedba instituta reorganizacije
Poljska	2003	uvedba enotnega insolvenčnega postopka; večji pomen sanacije
Portugalska	2004	uvedba enotnega insolvenčnega postopka; večji pomen sanacije
Slovaška	2006	večji pomen sanacije
Španija	2004	uvedba enotnega insolvenčnega postopka; večji pomen sanacije
Združeno kraljestvo	2000, 2002	odprava prisilne uprave po zavarovanih upnikih; večji pomen sanacije; moratorij za manjša podjetja v postopku CVA (gl. str. 40)

Za enovit postopek so se v Evropi doslej odločile na primer Nemčija (McBryde et al., 2003, str. 18-19), Hrvaška (Turner, 1997, str. 470), Španija (Flessner, 2004, str. 902) ter

²⁹ V zgodnji fazi insolvenčnega postopka je praviloma vedno veliko neznank: kateri vlagatelji so pripravljeni vložiti nov kapital; kateri upniki so pripravljeni pristati na reprogram in pod kakšnimi pogoji; kateri kupci so pripravljeni kupiti pomembne predmete dolžnikovega premoženja in za kakšno ceno. Že začetni stečajni postopek se zelo redko spremeni v sanacijski postopek, tudi če zakonodaja to omogoča, zato je prezgodnja odločitev za prvi ali drugi tip postopka lahko škodljiva. Prim. čl. 172. ZPPSL ter sodno statistiko 2004 (str. 57) in 2003 (str. 56); v obeh letih se je stečajni postopek končal s potrditvijo prisilne poravnave (čl. 172 ZPPSL) v samo 0,1 % primerov.

³⁰ Vir: Kirchhof et al., 2003; Jahn, Sahm, 2004; Marshall et al., 2004, razen za Češko (gl. op. 31).

³¹ Zakonodajni postopek je v teku. Gl. Reisch Ulla, Michaela Löff: Tschechisches Recht. ZIK – Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 2006 (12), 1, str. 16-21.

Portugalska (Marshall et al., 2004, str. 22/5). Večina drugih držav zaenkrat vztraja pri dualizmu postopkov³².

2.2. STEČAJ

2.2.1. Načelo pari passu: vsi enaki, vsi enakopravni?

V stečaju naj bi se celotno dolžnikovo premoženje porabilo za poplačilo vseh njegovih dolgov, pri čemer naj bi bila terjatev vsakega stečajnega upnika poplačana v enakem deležu: *In concursum condicio omnium creditorum par*. Načelo enakega obravnavanja upnikov (tudi: načelo sorazmernega poplačila upnikov) je eno od temeljnih načel stečajnega prava. Ob številnih razlikah med posameznimi ureditvami je to načelo redke skupni imenovalec insolvenčnih postopkov (Fletcher, 1999, str. 9). Cigoj (1984, str. 40) ga omenja celo kot značilno načelo v mednarodnem zasebnem pravu. Obstajajo sicer tudi avtorji, ki se zavzemajo za drugačen pristop³³, toda moderne ureditve, ki ne bi načelno izhajala iz enakosti upnikov, ni.

2.2.1.1. Izjeme od načela pari passu

Povsem enakega obravnavanja vseh upnikov v resnici ne pozna nobena ureditev. Neenak, privilegirani položaji upnikov s pravico do ločenega poplačila ali izločitve posameznega predmeta iz stečajne mase je eno osrednjih vprašanj te naloge in ga bom izčrpno obravnaval v 4. in 5. poglavju. Tudi stroški stečajnega postopka, vključno s terjatvami upnikov, ki so nastale zaradi stečajnega postopka, imajo v vseh obravnavanih pravnih redih prednostni vrstni red.

Toda celo znotraj kategorije »navadnih« oziroma »nezavarovanih« upnikov skoraj vsaka zakonodaja nekatere upnike postavlja v boljši, druge pa v slabši položaj, kot bi jim šel ob dosledni uveljavitvi načela enakopravnosti.

Primer »nerazrednega stečaja« (McBryde et al., 2003, str. 82) v Evropi je nova nemška ureditev, ki mimo ločitvenih in izločitvenih upnikov pozna le en razred upnikov s slabšim položajem, v katerem so terjatve upnikov, ki so s pogodbo, sklenjeno z dolžnikom, še pred nastopom njegove insolventnosti izrecno pristali na izplačilo po popolnem poplačilu terjatev vseh navadnih upnikov, ter še nekatere druge terjatve³⁴. Nasprotno sta Belgija in

³² Med te države sodijo na primer Belgija, Italija, Avstrija, Anglija, Švica in ZDA. Tudi v Sloveniji je prisilna poravnava urejena kot poseben postopek, resda v sklopu zakona, ki ureja tudi stečajni postopek, in ob smiselni uporabi pravil, ki veljajo v stečajnem postopku (71. člen ZPPSL). V primerjalnem pravu to ni nujno. Na primer v Avstriji in v Belgiji postopek (prisilne) poravnave urejata posebna zakona.

³³ Za pregled alternativnih konceptov gl. Finch, 2002, str. 487-490. Avtorica našteva kot možna alternativna merila čas nastanka terjatve, velikost terjatev, etična merila, politična merila ter velikost terjatev (manjši upniki naj bodo poplačani nadproporcionalno; takšna možnost je ponekod določena v sanacijskih postopkih – v ZDA je na primer mogoče v postopku reorganizacije majhne terjatve razvrstiti v poseben razred, kar omogoča njihovo 100-odstotno poplačilo – Meyer-Löwy et al., 2005, str. 739).

³⁴ Gl. 39. čl. InsO. Med temi so tudi terjatve upnikov - družbenikov s kontrolnim deležem (25 %) v družbi z omejeno odgovornostjo (32a. čl. GmbHG); sodna praksa je pravilo raztegnila tudi na delničarje z vsaj 10-

Nizozemska primera držav z zapletenim sistemom privilegijev, ki jih nekateri upniki uživajo bodisi na celotni stečajni masi bodisi na njenih delih (Veder, 2004, str. 32-35). V mnogih državah skuša insolvenčno pravo vsaj delno zadostiti načelu socialne države in zagotavlja prednostno poplačilo terjatev zaposlenih pri stečajnem dolžniku iz naslova plač v zadnjem obdobju pred stečajem³⁵. Prednostni položaj imajo lahko upniki, ki so med neuspešnim poskusom sanacije vložili nov kapital. Prav tako so lahko privilegirane nekatere terjatve javnopravne narave³⁶.

Tudi upniki, ki imajo do stečajnega dolžnika nasprotno obveznost in jim jo zakon dovoljuje pobotati, so v privilegiranem položaju. Pri vprašanju dopustnosti pobotanja v stečaju se ureditve v različnih državah močno razlikujejo. V Angliji velja obvezno, avtomatično pobotanje³⁷. Nasprotno so v večjem delu kontinentalne Evrope³⁸ zahteve oziroma merila zanj stroga (Moss et al., 2002, str. 55-56)³⁹.

Poseben primer izjeme od načela enakopravnosti upnikov se pojavlja v mednarodnem insolvenčnem pravu. Nekatero državo določajo prednostni vrstni red, prednost namreč dajejo domačim upnikom, na primer Švica v sekundarnih postopkih (gl. str. 45). Takšnih držav je sicer razmeroma malo⁴⁰.

2.2.1.2. Instituti insolvenčnega prava, izpeljani iz načela *pari passu*

V okviru načela *pari passu* ima posebno mesto institut izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj. Ta ima sicer samostojno zgodovino, ki je v precejšnji meri neodvisna od razvoja sodobnih insolvenčnih postopkov (prim. Đorđević, 2003, str. 18-19). Vendar je moderno insolvenčno pravo v tem institutu našlo pomemben pripomoček za udejanjenje načela enakega obravnavanja upnikov. Podrobna ureditev tega instituta se med državami močno razlikuje, čemur bom namenil posebno pozornost v 4. poglavju magistrskega dela.

Ena od posledic načela enakega obravnavanja upnikov je prekinitev vseh sodnih postopkov proti stečajnemu dolžniku (ang.: *stay*; nem.: *Exekutionssperre*). To pravilo je

odstotnim deležem v delniški družbi (Jäkel, 2004, str. 110-111). Na to posebej opozarjam, ker smo podoben institut po zgledu nemške ureditve prevzeli tudi v ZGD (227., 498. čl. ZGD-1).

³⁵ To je zlasti izrazito v Franciji in Italiji (McBryde et al., 2003, str. 50); v Sloveniji podobno 160. člen ZPPSL.

³⁶ Največkrat gre za fiskalne terjatve ter terjatve iz naslova prispevkov za socialno varnost. Tako velja na primer v Franciji, Italiji in Luksemburgu (McBryde et al., 2003, str. 82). V primerjalnem pravu je zaznati rahel trend v prid opuščanja teh privilegijev: v Angliji so imele nekatere (ne vse – prim. Burbidge, 2002, str. 598) davčne terjatve privilegiran položaj – »*crown preferences*«, ki je bil odpravljen s sprejemom *Enterprise Act* leta 2002. Kot rečeno, so bili leta 1999 odpravljeni skoraj vsi privilegiji v Nemčiji. Na Danskem so bili privilegiji fiskusa odpravljeni že leta 1969 (McBryde et al., 2003, str. 82). O ureditvi v ZDA gl. Habscheid, 1998, str. 99 in str. 509.

³⁷ Čl. 323 IA.

³⁸ To ne velja za Slovenijo – prim. 117. čl. ZPPSL v primeru stečaja, 37. čl. ZPPSL v primeru prisilne poravnave.

³⁹ V Franciji in Luksemburgu je dopustno samo pobotanje koneksnih – iz istega razmerja izvirajočih – terjatev (Francija: čl. L621-24 CC; prim. Burbidge, 2002, str. 598). V Španiji morata biti obe terjatvi zapadli že pred stečajem, določene pa so še nekatere dodatne omejitve (Kirchhof et al., 2002, str. 1057). Tudi v Belgiji pobotanje načeloma ni dovoljeno (Jahn, Sahm, 2004, str. 19). Gl. tudi 4. poglavje.

⁴⁰ Prim. UNCITRAL Model law, 1999, t. 104.

danes splošno sprejeto⁴¹, vendar ni značilno samo za stečajne, marveč tudi za sanacijske postopke. Namen tega pravila v stečajnih postopkih je ožji: upnikom preprečuje, da bi si izborili privilegiran položaj pri poplačilu na račun drugih. V sanacijskih postopkih pravilo zasleduje dva namena, saj dolžniku obenem omogoča, da v kritičnem času pripravi načrt reorganizacije mirneje, brez grožnje takojšnjega posega upnikov v njegovo premoženje.

Zagotavljanje enakega položaja upnikov je hkrati argument (vendar ne najpomembnejši) v prid univerzalni in proti ozemeljski koncepciji mednarodnega insolvenčnega prava (prim. Smid, 2004, str. 3). V današnjih razmerah, ko je čisti univerzalni koncept še utopijski, pluralizem postopkov pa realnost, moderni pravni akti mednarodnega insolvenčnega prava določajo, da morajo upniki, ki so delno poplačani v postopku v eni državi, v postopku v drugi državi najprej počakati, da so vsi ostali upniki poplačani v enaki meri, preden so lahko tudi sami udeleženi pri poplačilu v drugi državi⁴².

2.2.2. Poseben položaj zavarovanih upnikov

Fletcher (1999, str. 9) poleg načela *pari passu* omenja samo še eno skupno značilnost insolvenčnega prava v vseh državah: stečaj ne posega v pridobljene upniške pravice stvarnopравne narave (ang.: *rights in rem*; nem.: *dingliche Rechte*)⁴³. V resnici je skupnih značilnosti različnih nacionalnih ureditev še več, priznavanje posebnega, privilegiranega položaja zavarovanim upnikom pa je za kreditno poslovanje in za delovanje gospodarstva izjemnega pomena. Ustanovitev zavarovanja v mnogih primerih sploh omogoča kreditiranje, ali pa ga omogoča po nižji ceni, kar ugodno vpliva na gospodarsko rast (prim. Town, 2004, str. 11-14; Paul, Montagu, 2003, str. 188-189).

Zavarovani upniki niso absolutno zavarovani. Njihov privilegirani položaj se nanaša na predmet zavarovanja, ne na dolžnikovo osebo. Presežek svoje terjatve, ki ga tak upnik ne uspe izterjati iz predmeta, na katerem ima posebno pravico, mora uveljavljati pod enakimi pogoji kot navadni upniki⁴⁴. Poleg tega velja, da v mnogih ureditvah zavarovani upniki v insolvenčnem postopku izgubijo pravico samostojne prodaje predmeta zavarovanja. Tega unovči upravitelj. Iz izkupička nato prednostno poplača stroške prodaje, ponekod pa tudi določene posebej privilegirane – superprivilegirane (fr.: *superprivilège*) terjatve (McBryde et al., 2003, str. 58-59)⁴⁵.

⁴¹ Fletcher (2004, str. 268) ima to pravilo za temeljni kamen vseh reorganizacijskih postopkov v vseh sistemih, ki so urejeni po zgledu postopka reorganizacije iz 11. poglavja ameriškega *Bankruptcy Code*. Gl. tudi Warren, Westbrook, 2001, str. 196; McBryde et al., 2003, str. 38.

⁴² Gl. 20. čl. Uredbe 1346/2000; 32. čl. MZMIP; gl. tudi str. 74.

⁴³ Gl. tudi Trunk, 1996, str. 384.

⁴⁴ Gl. Kirchhof et al. (2003) za Italijo (str. 994), Luksemburg (str. 1007) in Norveško (str. 1017); za Nemčijo gl. 52., 190. čl. InsO; za Slovenijo gl. 132. čl. ZPPSL.

⁴⁵ Gl. 170. čl. InsO; L622-17 CC (tudi za terjatve zaposlenih); 158. čl. ZPPSL. Superprivilegij lahko poleg nekdanjih delavcev in fiskusa ponekod (npr. v Franciji, Italiji ali na Švedskem) uživajo tudi terjatve upnikov, ki so dolžniku v *sanacijskem* postopku odobrili nov kredit (Eurofenix, 2004, 4, str. 10-11).

V nekaterih državah z začetkom insolvenčnega postopka preneha ločitvena pravica tistih upnikov, ki so jo pridobili prisilno, v okviru sodnega postopka. Tak pristop je na primer v Švici⁴⁶.

Položaj zavarovanih upnikov se lahko v nekaterih ureditvah občutno spremeni tudi ob začetku sanacijskega postopka, o čemer bom pisal v razdelku 2.3.

2.3. SANACIJA

V tem delu magistrskega dela bom najprej predstavil dva glavna pristopa k vsebinski opredelitvi sanacijskih postopkov. V nadaljevanju bom obravnaval še dve pomembni vprašanji: kdo v sanacijskih postopkih izvršuje upravljalna pooblastila v dolžniku ter ali tudi sanacijski postopki temeljijo na načelu enakega položaja upnikov.

2.3.1. Poravnava ali reorganizacija – mik »Chapter 11«

Dolžnik v finančnih težavah potrebuje reprogramiranje obstoječih obveznosti: znižanje obstoječih terjatev, odlog plačila ali oboje skupaj. Dolžniki v težavah so se v vseh zgodovinskih obdobjih neformalno pogajali z upniki o reprogramu⁴⁷. Moderno insolvenčno pravo na dva načina olajša položaj dolžnikom. Moratorij na potek obstoječih postopkov za prisilno poplačilo upnikov vsaj na kratek rok omogoča tekoče poslovanje in ustvari razmere, v katerih je moč pripraviti načrt reorganizacije. Obvezno učinkovanje dogovora o reprogramu na terjatve vseh upnikov, če je bil pri sprejemu dogovora dosežen določen kvorum upnikov, pa je bistvenega pomena za rešitev podjetja na dolgi rok.

Sanacijske postopke takšne ali drugačne vrste poznajo vsi moderni pravni redi. Ponekod, npr. v Švici, je njihova vsebina v glavnem omejena na prisilni reprogram obveznosti – prisilno poravnavo. Toda zgolj reprogram dolgov v mnogih primerih ne zadošča in za resnično sanacijo je potrebna temeljita reorganizacija dolžnikovega poslovanja. Seznam potrebnih ukrepov lahko vključuje odprodajo pomembnega dela premoženja ali njegov prenos na hčerinsko družbo, opustitev dela dejavnosti, vključno z odpuščanjem zaposlenih, statusne spremembe, konvertiranje dolžniškega v lastniški kapital in druge ukrepe⁴⁸.

Dejansko je večina naštetih ukrepov reorganizacije v mnogih državah mogoča tudi, če jih insolvenčna zakonodaja izrecno ne dopušča⁴⁹. Njihova izvedba pa je lažja in jo spremlja

⁴⁶ Gl. čl. 199 SchKG v primerjavi s čl. 198 SchKG.

⁴⁷ Finch (2002, str. 205-206) kot primer držav, kjer poslovna kultura še danes daje veliko težo pogajanjem izven formalnih sodnih postopkov, omenja Japonsko in Nemčijo.

⁴⁸ Gl. npr. Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31; Ude, 1992a, str. 520; str. 4-5; Finch, 2002, str. 188; Meyer-Löwy et al., 2005, str. 739.

⁴⁹ Flessner (1992, str. 152) celo meni, da ameriški postopek *reorganisation* v bistvu ni nič drugega kot klasični nemški postopek prisilne poravnave, kot so ga v Nemčiji imeli pred reformo v devetdesetih letih, le da je bistveno bolj celovit.

visoka stopnja pravne varnosti⁵⁰, če so formalno urejeni oziroma vsaj dovoljeni s predpisi insolvenčnega prava. Tak pristop se je uveljavil najprej v ZDA (prim. op. 24). Na evropskem kontinentu je v 20. stoletju prevladoval ožji, v prvem stavku prejšnjega odstavka opisani pristop prisilne poravnave.

V zadnjem obdobju se vedno več evropskih držav odloča za širši koncept in različne ukrepe reorganizacije formalno vključuje v insolvenčno zakonodajo (gl. tabelo 1, str. 13). V Sloveniji smo institut (finančne) reorganizacije prevzeli v Zakonu o prisilni poravnavi, stečajju in likvidaciji iz leta 1993 ter se pri tem oprli na izvorni ameriški vzor, pa tudi na to, kako je ameriški izvirnik prevzela nemška ureditev (Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 5).

Na položaj navadnih upnikov načelna odločitev za en ali drugi pristop nima vpliva. Nasprotno je za zavarovane upnike značilno, da je njihov položaj bolj ugoden v ureditvah, ki so obdržale ožji pristop prisilne poravnave. Ko se podjetje znajde v finančnih težavah, so predmeti njegovega premoženja, ki imajo večjo vrednost, pogosto vsi obremenjeni ali last tretjih (Monti et al., 1997, str. 867). Možnosti za temeljito reorganizacijo so v mnogih primerih realne samo, če se upniku vsaj za nekaj časa prepreči unovčenje obremenjenega premoženja (Trunk, 1996, str. 384)⁵¹.

2.3.2. Prisilna ali nadzirana uprava?

Z začetkom stečajnega postopka dolžnikovim prejšnjim organom upravljanja prenehajo vsa pooblastila ter preidejo na upravitelja, ki ga imenuje sodišče. V sanacijskih postopkih to ni nujno in obstoječi organi dolžnika lahko obdržijo vsa pooblastila ali njihov del (ang.: *debtor in possession*; nem.: *Eigenverwaltung*⁵²).

Tudi to vprašanje je v primerjalnem pravu neenotno urejeno. V nekaterih državah (večina evropskih držav vključno s Slovenijo⁵³, ZDA⁵⁴) je nadaljnje upravljanje dolžnika po

⁵⁰ Slovenska sodišča so na primer pred uvedbo reorganizacije v našo ureditev večkrat stala pred vprašanjem, ali je takšno ravnanje upnikov in dolžnikov sploh zakonito (Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 4). Prim. tudi Ude, 1992a, str. 520; Kocbek et al., 1997, str. 6.

⁵¹ Angleška ureditev pred in po letu 2002 (sprejem Enterprise Act) je šolski primer, kako favoriziranje sanacije vpliva na zavarovane upnike. Čeprav je postopek sanacije (*administration*) natančno uredil že *Insolvency Act* iz leta 1986, je bilo teh postopkov malo (gl. op. 158). Poskusi njihove izpeljave so večinoma propadli zato, ker so zavarovani upniki (največkrat banke), v korist katerih je bil ustanovljen *floating charge* (gl. op. 28), imenovali prisilnega upravitelja. *Enterprise Act* je lahko dal postopku sanacije in s tem prizadevanjem za rešitev podjetij v krizi spodbudo le tako, da je občutno omejil pravice omenjenih upnikov (čl. 250 EA).

⁵² Teorija navaja naslednje argumente za koncept *debtor in possession*: obstoječi organi veliko bolje poznajo razmere pri dolžniku; lahko so zelo motivirani za ohranitev podjetja; postopek je cenejši; nenazadnje pa bodo bolj verjetno pravočasno sami predlagali začetek sanacijskega postopka, če ta ne bo nujno pomenil prenehanja njihovih pooblastil (Finch, 2002, str. 295; McBryde et al., 2003, str. 86). Glavni argument nasprotnikov lastne, nadzirane uprave je mogoče povzeti s primerjavo iz živalskega sveta: pustiti pooblastila obstoječim dolžnikovim organom je kakor »pustiti lisico v kokošnjaku« (Flaschen et al., 2001, IV.B.).

⁵³ Gl. McBryde et al., 2003, str. 87; za Slovenijo gl. 31. čl. ZPPSL.

⁵⁴ Čl. 1107 BC.

dosedanjih organih pravilo. V drugih je mogoče, vendar ni pravilo (Nemčija⁵⁵, Francija za postopke nad velikimi družbami). Ponekod zakonodaja te možnosti sploh ne predvideva, vsaj v vseh vrstah sanacijskih postopkov ne. Vsem ureditvam, ki nekdanjim dolžnikovim organom dopuščajo, da upravljajo dolžnika tudi v sanacijskem postopku, je skupno, da so ti organi pod nadzorom nevtralne osebe ali celo neposredno pod nadzorom sodišča (McBryde et al., 2003, str. 87; Meyer-Löwy et al., 2005, str. 737).

Zdi se, da je za zavarovane upnike prisilna uprava manj ugodna. V državah, kjer dolžnika v sanacijskem postopku (praviloma) upravlja nevtralna oseba, je možnost unovčenja zavarovanja omejena⁵⁶. Kjer nekdanji dolžnikovi organi obdržijo večino pooblastil, se zavarovani upniki ponekod lahko poplačajo kljub sanacijskemu postopku, ki je v teku⁵⁷.

2.3.3. Še vedno pari passu?

Načelo pari passu je temeljno načelo insolvenčnega prava in ni omejeno na stečajne postopke. Že v razdelku 2.2.1. sem opozoril na številne izjeme od tega načela, na primer na poseben položaj zavarovanih upnikov ali upnikov, ki lahko uveljavljajo pobot. Naštete izjeme so značilne tudi za sanacijske postopke, vendar se v njih izrazijo na drugačen način. Privilegiji zavarovanih upnikov so v sanacijskih postopkih manj očitni kot v stečaju, saj sanacijski postopki niso namenjeni predvsem prisilnemu poplačilu upnikov.

V insolvenčnih postopkih se dovolj jasno kaže še ena izjema od načela enakega obravnavanja upnikov: ureditve, ki poznajo razvrščanje upnikov v glasovalne razrede, v prid potrditvi sanacije in ohranitvi podjetja, vendar v škodo enakosti upnikov omogočajo – ali vsaj tolerirajo – manipuliranje pri njihovem razvrščanju v razrede. Schwehr (2003, str. 33) ob tem ugotavlja, da ameriški *Bankruptcy Code* v 11. poglavju sicer prepoveduje razvrščanje neenakih upnikov v en razred, vendar ne nalaga razvrstitve vseh enakih upnikov v isti razred. To pomanjkljivost je kljub negativnim izkušnjam ZDA prevzela tudi nova nemška ureditev⁵⁸. V Sloveniji so določeni različni ponderji za določene kategorije upnikov⁵⁹. Enak položaj upnikov je torej zagotovljen samo znotraj posameznega razreda.

Ugotovim lahko, da je načelo enakega obravnavanja upnikov vsaj deklarativno skupna značilnost in izhodišče vseh modernih insolvenčnih postopkov. V tej meri je mogoče potrditi prvo tezo magistrskega dela. Vendar to načelo v primerjalnem pravu, razen znotraj posameznega razreda upnikov, ni dosledno upoštevano in zaradi številnih izjem v praksi precej izgubi na pomenu. Kot splošno sprejeto načelo ga je mogoče uporabiti za odločitev

⁵⁵ Čl. 270-285 InsO. Po Smidovem (2004a, str. 408) mnenju je to v nekaterih primerih mogoče celo v stečaju.

⁵⁶ To je pravilo v vseh baltskih državah, Italiji, na Malti in na Portugalskem. V vseh naštetih državah se z začetkom sanacije postopki izvršbe na zastavljeno premoženje praviloma ustavijo (Marshall et al., 2004, 29/12-29/17). Za ureditev v Nemčiji gl. 159., 165. čl. InsO.

⁵⁷ Tako tudi v Sloveniji, gl. 36. čl. ZPPSL, ter prav tako na Češkem, Slovaškem, Nizozemskem ter Švedskem (Marshall et al., 2004, str. 29/12-29/17).

⁵⁸ Čl. 222 InsO.

⁵⁹ Čl. 56 ZPPSL.

v primerih, ki niso izrecno urejeni s pozitivnimi predpisi⁶⁰. Mimo tega načelna enakost upnikov največkrat ne seže daleč. Finch (2002, str. 484, op. 163) je ustvarila dovtip: »je *pari passu passé*?« Westbrook (1991, str. 508; gl. tudi str. 500) načelno enakost upnikov v insolvenčnih postopkih ocenjuje kot »enakost živalske farme«: vsi upniki so enakopravni, toda nekateri upniki so »enakopravnejši« od drugih. Izpostavljeni upnik si mora zato pravočasno priskrbeti kakovostno zavarovanje.

3. PROBLEMI INSOLVENČNIH POSTOPKOV Z MEDNARODNIM ELEMENTOM

V tem poglavju bom obravnaval glavna teoretična vprašanja mednarodnega insolvenčnega prava. Ta so enaka kot v mednarodnem zasebnem pravu nasploh. Prvi razdelek tega poglavja bo namenjen opisu dveh osnovnih teoretičnih konceptov mednarodnega insolvenčnega prava. V drugem razdelku bom analiziral možna izhodišča za reševanje vprašanj mednarodne pristojnosti, izbire prava ter učinkov tujih sodnih odločb v insolvenčnih postopkih.

3.1. OZEMELJSKI IN UNIVERZALNI PRISTOP

Fletcher (1999, str. 10) razlike med nacionalnimi ureditvami ocenjuje kot tako velike, da je po njegovem mnenju insolvenčno pravo v vsaki državi pravzaprav sistem zase. Po njegovem mnenju o značilnih konceptih insolvenčnega prava ni mogoče niti govoriti.

Kljub temu večina sodobnih teoretikov ugotavlja obstoj dveh osnovnih teoretičnih konceptov, ki izvirata še iz 19. stoletja: teritorialni in univerzalni koncept⁶¹. Zagovorniki načela teritorialnosti se zavzemajo, da bi insolvenčni postopek imel učinke le v državi postopka in bi zajel zgolj premoženje, ki se nahaja v tej državi. Nad dolžnikom, ki ima premoženje v več državah, naj vzporedno teče več samostojnih postopkov. Skladno z načelom univerzalnosti pa se učinki insolvenčnega postopka nanašajo na vse dolžnikovo premoženje, ne glede na to, da se le-to nahaja v več državah.

Čeprav sta si oba pristopa diametralno nasprotna, pa je mogoče zagovarjati oba. Glavna prednost teritorialnega pristopa je v tem, da omogoča polno uveljavljanje prednosti domačih upnikov, zlasti privilegiranih⁶². V idealnem svetu samih teritorialnih postopkov imajo lahko tudi tuji upniki korist: če so dovolj aktivni, jo namreč dosežejo na račun bolj

⁶⁰ Pravilo, da morajo ločitveni upniki po potrditvi prisilne poravnave del terjatve, ki ga niso uspeli poplačati iz vrednosti stvari – predmeta zavarovanja, uveljavljati pod pogoji navadnih upnikov (str. 16), v nekaterih državah (vključno s Slovenijo) ni izrecno določeno in je izpeljano iz načela *pari passu*; prim. Plavšak, 1991, str. 33-34; v stečajju velja čl. 132 ZPPSL. V Švici je izpdobojno tudi dejanje plačila zavarovanega dolga, če presega vrednost predmeta zavarovanja (Honsell et al., 1998, str. 2088).

⁶¹ Gl. npr. Ma. Ilešič, 1991, str. 73; Lupone, 1995, str. 58-61; Trunk, 1996, str. 10-11; Fletcher, 1999, str. 10-14; Warren, Westbrook, 2001, str. 979-981; Omar, 2002, str. 176-179; Kirchhof et al., 2003, str. 684-686; Smid, 2004, str. 1-4; Veder, 2004, str. 85-89; Vischer et al., 2004, str. 1853-1855.

⁶² Na to prednost teritorialnega pristopa univerzalisti odgovarjajo z nasprotno tezo, da bo v primeru univerzalnega koncepta izguba, ki bi jo domači subjekti utrpeli v enem primeru, kompenzirana s koristjo v drugem primeru (Greene, 2005, str. 726).

pasivnih tekmecev. Ob zadostni količini informacij lahko aktivni upniki poplačilo terjajo povsod tam, kjer je dovolj dolžnikovega premoženja, in na ta način morda dosežejo nadproporcionalni delež (Westbrook, 1991, str. 513; Omar, 2002, str. 177). Tudi za zavarovane upnike je teritorialni (ozemeljski) pristop lahko ugodnejši: svojo pozornost lahko osredotočijo predvsem na tisto ureditev, kjer se nahaja predmet zavarovanja.

Toda teorija je bolj naklonjena univerzalnemu konceptu. Ta omogoča cenejše, bolj učinkovito in bolj pregledno vodenje insolvenčnega postopka ter izbiro najbolj primerne prava, po katerem se presojuje določena vprašanja. Ta pristop tudi zmanjša možnosti dolžnikovih zlorab s prenosom premoženja v druge države. Mnogo bolj je primeren za sanacijske postopke: pomemben argument v prid načelu teritorialnosti je maksimiranje koristi domačih *upnikov*, kar gotovo ni v prid sanaciji (Omar, 2002, str. 177-179). Upoštevati je treba tudi, da so stroški in čas kritični dejavniki za uspeh sanacijskih postopkov (Warren, Westbrook, 2001, str. 510-512; Finch, 2002, str. 200). Ločeno vodenje sanacije v več teritorialnih postopkih hkrati zahteva neprimerno večji vložek časa in denarja. Načelo univerzalnosti je nenazadnje bolj kompatibilno s temeljnim postulatom insolvenčnega prava, načelom enakega položaja upnikov⁶³, saj se v primeru ločenega poteka postopkov upniki – zaradi stroškov⁶⁴, nepoznavanja tuje ureditve in drugih vzrokov – neradi udeležijo vseh postopkov in zato niso oziroma ne morejo biti v enakem položaju.

V praksi je malo držav, ki bi uveljavile bodisi teritorialno bodisi univerzalno načelo v njuni čisti obliki (Berends, 1998, str. 314)⁶⁵. Pravzaprav je vsebino obeh načel težko natančno definirati (Kirchhof et al., 2003, str. 684-685). Skoraj vse ureditve se nahajajo med obema skrajnima teoretičnima modeloma in so praviloma bližje univerzalni kot ozemeljski koncepciji. Mnoge države postopkom, ki jih začnejo njihovi organi, pripisujejo univerzalne učinke, kar pa ne velja za postopke, ki potekajo v drugih državah⁶⁶.

Trend je v prid univerzalizmu. ZDA so se po primeru *Herstatt* v sedemdesetih letih opazno usmerile k univerzalnemu konceptu⁶⁷. Nemška sodna praksa se je spremenila po

⁶³ Gl. tudi Sekolec, 2002, str. 148.

⁶⁴ Vendar je teritorialni koncept stečaja z mednarodnim elementom za nekatere upnike lahko tudi stroškovno ugodnejši: za tiste, ki vedo, da morajo sodelovati samo v določenem postopku – zavarovane upnike.

⁶⁵ Japonska ureditev pred letom 1999 je bila redke primer doslednega upoštevanja načela teritorialnosti (Habscheid, 1998, str. 7; Cross-Border Insolvency, 2003, str. 139). Teritorialni koncept poznajo Argentina in nekatere druge južnoameriške države (Trunk, 1996, str. 46) ter Malta (Vischer et al., 2004, str. 1854). Do neke mere je vpliv teritorialnega načela opazen v obstoječi nizozemski, švicarski in francoski ureditvi, čeprav Trunk (1996, str. 50) Francijo uvršča med države univerzalnega koncepta; nasprotno meni Mi. Ilešič (1991, str. 76). V resnici načelo teritorialnosti upošteva predvsem sodna praksa, saj francoska sodišča razmeroma široko interpretirajo svojo mednarodno pristojnost in začnejo insolvenčni postopek, če ima tuji dolžnik pomembnejše premoženje v Franciji (Marshall et al., 2004, str. 10/39; prim. tudi Cigoj, 1984, str. 250; Gdanski, 2004, str. 88-89).

Še težje je imenovati državo, ki bi dosledno udeležila načelo univerzalnosti. Vischer et al. (2004, str. 1854) omenjajo Luksemburg, Dansko in Nemčijo.

⁶⁶ Za Slovenijo gl. čl. 184 ZPPSL; prim. Plavšak, 1997, str. 420. Gl. tudi Sekolec, 2002, str. 149.

⁶⁷ Primer *Herstatt* je eden najbolj (ne)slavnih primerov v mednarodnem stečajnem pravu in je dodobra razgalil slabosti takratne ameriške ureditve. Nad nemško banko *IB Herstatt KGA* s sedežem v Kölnu je bil leta 1974 začel stečajni postopek. Banka je imela v ZDA premoženje, ki ga je nemški stečajni upravitelj seveda želel vključiti v stečajno maso. Mednarodno insolvenčno pravo je v ZDA takrat urejal le *case law*, ki je bil izrazito pod vplivom teritorialnega koncepta. Ameriški upniki so zaradi časovne razlike še istega dne reagirali z izvršbo na *Herstattovo* premoženje v ZDA; posledično je bil poseben stečajni postopek začel še v

znameniti odločitvi Zveznega sodišča v letu 1985⁶⁸. Vsi novejši mednarodni pravni akti so pod vidnim vplivom univerzalističnega razmišljanja. Vseeno je popoln univerzalizem v mednarodnem insolvenčnem pravu zelo daleč. Nemški profesor Nadelmann je že leta 1946 zapisal: »V stečajih z mednarodnim elementom se zdi nujno potrebno imeti fleksibilne predpise. Možni položaji, do katerih lahko pride v teh postopkih, so tako raznoliki, da nobeno togo pravilo ne more na ustrezen način rešiti vseh. Niti ozemeljska teorija niti teorija povsodnosti ne moreta ustrezno urediti vseh različnih položajev.« (Cross-Border Insolvency Concordat, 1996, str. 3).

Kako do sinteze ozemeljskega in univerzalnega pristopa? Praksa je zlasti v zadnjih 15 letih izoblikovala dve poti. Fletcher (1999, str. 13) zagovarja *načelo mednarodnega sodelovanja*, po katerem naj bi, namesto da dogmatično vztrajajo pri enem ali drugem pristopu, države delovale pragmatično in si prizadevale za sodelovanje med sodišči tako, kakor je v posameznem primeru najbolj primerno. Ta pristop prinaša vrsto koristi: enostavnejše uveljavljanje pravic upnikov, večjo preglednost postopka, manjše možnosti zlorab in nižje stroške. V nekaterih primerih v zadnjem desetletju, npr. *Maxwell* ali *Singer*, je bil tak pristop nadvse uspešen, vendar je primeren predvsem za države občega prava, kjer imajo sodišča večjo moč ustvarjanja prava (Trunk, 1996, str. 56; Flaschen et al., 2001, III.E)⁶⁹. UNCITRAL-ov Modelni zakon je nastal pod močnim vplivom tega razmišljanja (Wimmer, 1997, str. 2223).

Druga pot predvideva natančno ureditev *sekundarnih* oziroma *pomožnih* postopkov na mednarodni ravni (Omar, 2002, str. 180). Izhodiščna logika je naslednja: če je že treba dopustiti hkraten potek večih postopkov v več državah, potem naj bo vsaj natančno določeno, kakšna so medsedbojna razmerja med temi postopki. Ta pristop je prevladal med pripravo Uredbe Sveta (ES) št. 1346 z dne 29. 5. 2000 o postopkih v primeru insolventnosti. Sekundarni postopki tečejo poleg glavnega insolvenčnega postopka, vendar so mu podrejeni (gl. str. 63)⁷⁰.

ZDA. Vloženih je bilo več tožb. Primer se je končal s poravnavo, sprožil pa je reformo ameriškega mednarodnega insolvenčnega prava. Rezultat te reforme je bil *Bankruptcy Reform Act* iz leta 1978, ki je pod vplivom univerzalnega pristopa. O primeru *Herstatt* gl. Lupone, 1995, str. 31-36; Habscheid, 1998, str. 62; Fletcher, 1999, str. 201-202, Flaschen, 2001, II.

⁶⁸ Nemški teoretiki so se v 20. stoletju intenzivno ukvarjali s problemom teritorialnega oziroma univerzalnega koncepta mednarodnega insolvenčnega prava. Pred letom 1985 je bila Nemčija ena izmed razmeroma številnih držav, ki so domačim stečajnim postopkom pripisovale univerzalne učinke, tujim pa ne. Zvezno sodišče je s »prelomno odločbo« z dne 11. julija 1985 odstopilo od prejšnje prakse in odločilo, da je glede na izpolnjene pogoje tuji postopek treba priznati (Kirchhof et al., 2003, str. 681-682).

⁶⁹ Vendar Flaschen et al. (2001, III.E) omenjajo primer *Nakash*, kjer se je tak pristop izkazal kot uspešen tudi v zadevi, kjer je ameriško sodišče sodelovalo z izraelskim. Izraelski pravni sistem je sistem civilnega prava, res pa je, da je ureditev insolvenčnega prava pod močnim vplivom angleške ureditve.

⁷⁰ Nekateri avtorji (Warren, Westbrook, 2001, str. 980; Westbrook, 2005, str. 715-716) ugotavljajo, da se je vsebina obeh temeljnih pristopov v zadnjem desetletju spremenila. Zagovorniki načela univerzalnosti so pristali na zmeren, pragmatični pristop, ki upošteva, da je in bo vsaj še nekaj časa obstoj več postopkov realnost, ki jo je treba ustrezno urediti, če je ni mogoče odpraviti. Na drugi strani pristaši načela teritorialnosti vse bolj priznavajo vsaj, da je sodelovanje med stečajnimi sodišči nujno, kar lahko do neke mere omili negativne posledice strogega teritorialnega pristopa. Vischer et al. (2004, str. 1855) govorijo o »zrahljani teritorialnosti« (*aufgelockerten Teritorialität*) oziroma »omiljeni univerzalnosti« (*abgeschwächten Universalität*); Huber (2002, str. 491) o modificirani univerzalnosti (*modifizierten Universalitätsprinzip*). Ameriški avtor, po drugi strani, poudarja sodelovalno komponento »kompromisnega« pristopa: *limited cooperation* (Westbrook, 1991, str. 516). Isti avtor na istem mestu meni, da je prvi kompromisni model (načelo

Načela univerzalnosti in načela teritorialnosti ne gre istiti z načeloma *enotnosti postopka* ter *pluralnosti postopkov*. (Fletcher, 1999, str. 10-11; prim. Mi. Ilešič, 1991, op. 4)⁷¹. Res je sicer, da je koncept enega postopka v skladu z načelom univerzalnosti, koncept večih postopkov hkrati pa je načelu teritorialnosti celo inherenten. Vendar je mogoče kot kompromis tudi v sistemu, ki priznava univerzalne učinke tujih postopkov, tolerirati hkraten potek sekundarnih oziroma pomožnih postopkov (Veder, 2004, str. 87).

3.2. TRI GLAVNA VPRAŠANJA V MEDNARODNEM INSOLVENČNEM PRAVU

Izhajajoč iz načelne opredelitve v prid teritorialnemu ali univerzalnemu konceptu mednarodnega insolvenčnega prava mora zakonodajalec predpisati kriterije za pristojnost domačih sodišč in priznavanje odločb tujih sodišč. Prav tako mora glede nekaterih vprašanj posebej določiti navezne okoliščine za uporabo prava. Namen tega razdelka (in magistrskega dela) ni opredeliti se, kateri odgovori na ta vprašanja so najboljši. V tretjem poglavju bom možne odgovore le na splošno predstavil. Posamezne nacionalne ureditve bom analiziral v četrtem poglavju, določbe pravnih aktov meddržavne narave pa bom potem podrobneje obravnaval v petem poglavju.

3.2.1. Mednarodna pristojnost

Mednarodna pristojnost je sodna pristojnost v zadevah, ki vsebujejo tuje elemente. Na splošno ni urejena z meddržavnimi pravili, temveč jo določajo države same. Razumljivo je, da lahko zato več držav v isti zadevi šteje za pristojna svoja sodišča (Cigoj, 1984, str. 43).

Različne pravne ureditve največkrat izhajajo iz pravila *actor sequitur forum rei*, ki izvira še iz rimskega prava. Kot primerno okoliščino, zaradi katere je mogoče koga tožiti v določenem kraju, upoštevajo dejstvo, da toženec tam živi, ima sedež oziroma je dosegljiv (Cigoj, 1984, str. 44; Pivka, Puharič, 1999, str. 178). Mednarodno zasebno pravo v preteklosti na splošno ni poznalo posebnih pravil za stečaj (Cigoj, 1984, str. 68). Pravilo, da insolvenčne postopke vodijo tam, kjer se nahaja dolžnik, se zato ne zdi vprašljivo, vendar to velja zgolj na prvi pogled.

Če bi vse ureditve pojem prisotnosti insolvenčnega dolžnika na nekem kraju interpretirale enako, vprašanja mednarodne pristojnosti sploh ne bi bilo. Vendar temu ni tako. Anglo-saksonski sistemi mednarodno pristojnost na splošno izvajajo po načelu dejanske prisotnosti⁷², sistemi evropskega kontinenta pa po sedežu (Cigoj, 1984, str. 53-57; prim.

mednarodnega sodelovanja) možno opredeliti kot omiljeno obliko univerzalizma in drugi kompromisni model (natančna ureditev sekundarnih postopkov) kot omiljeno obliko ozemeljskega pristopa.

⁷¹ Za drugačno vsebino načela pluralnosti postopkov gl. Berends, 1998, str. 316.

⁷² Podrobno vsebino načela določa obsežna sodna praksa. Sodeč zgolj po besedilu zakona (gl. čl. 221 IA) lahko angleška sodišča začnejo stečajni postopek praktično nad vsako tujo družbo. *Common law* vendarle postavlja pogoj zadostne zveze (*sufficient connection*; Dawson, 2005, str. 33).

Ma. Ilešič, 1991, str. 72). Pri tem se tudi pogledi na to, kje je sedež dolžnika, v določeni meri razlikujejo; govorimo o *teoriji statutarnega sedeža* in *teoriji dejanskega sedeža*⁷³.

Mnoge države⁷⁴ dopuščajo vsaj možnost *partikularnega* oziroma *sekundarnega* insolvenčnega postopka⁷⁵. To so postopki, ki se v državi začnejo nad dolžnikom, nad katerim ta država po lastnih pravilih nima mednarodne pristojnosti za glavni insolvenčni postopek, ter v katerih se praviloma unovči le premoženje, ki se nahaja v tej državi. Primerjalno se ureditve teh postopkov ter njihovega odnosa do glavnega postopka močno razlikujejo.

Kolizije glede mednarodne pristojnosti lahko države uredijo z meddržavnimi pogodbami. To je bil že namen prvih modernih mednarodnih pogodb (prim. str. 9)⁷⁶. To vprašanje je bilo v ospredju tudi ob pripravi obeh pomembnih pravnih aktov mednarodnega insolvenčnega prava, Uredbe št. 1346/2000 ter UNCITRAL-ovega Modelnega zakona. Oba akta sta uveljavila na videz enak⁷⁷, do neke mere nov in kompromisno⁷⁸ naravnani koncept določanja mednarodne pristojnosti za glavni insolvenčni postopek: mednarodno pristojna so sodišča države, v kateri je središče dolžnikovih glavnih interesov (ang.: *Center of main interests – COMI*; nem.: *Mittelpunkt hauptsächlichen Interessen*). V skladu s 13. odstavkom recitala ter v nekoliko neposrečenem slovenskem prevodu je to »kraj rednega poslovanja dolžnika in je zato preverljiv za tretje osebe«. Pod vplivom Uredbe št. 1346/2000 so podoben kriterij tudi zoper dolžnike zunaj EU vpeljale nekatere države, ki v domače avtonomno pravo sicer niso povzele določb UNCITRAL-ovega Modelnega zakona, npr. Nemčija⁷⁹.

Uredba št. 1346/2000 ter UNCITRAL-ov Modelni zakon poznata samo opisano merilo za določitev mednarodne pristojnosti. Večje število kriterijev bi povečalo možnost konkurence (glavnih) postopkov (prim. UNCITRAL Model Law, 1999, t. 127), čeprav Modelni zakon

⁷³ Sedež dolžnika – pravne osebe največkrat določa statut. Težave lahko nastanejo v dveh primerih: če statut ne določa ničesar ali če določa sedež v enem kraju, poslovna oziroma upravljalna aktivnost pa se odvija na drugem kraju (»dejanski sedež«). V Nemčiji se pristojnost v insolvenčnih zadevah presoja po dejanskem sedežu (Mock, Schildt, 2003, str. 396), čeprav je ta na drugih področjih podrejenega pomena in velja statutarni sedež (prim. Kropholler, 2004, str. 598-599). V Švici se pristojnost primarno določa po statutarinem sedežu, če tega ni, pa po središču dejanske uprave (čl. 46 SchKG; prim. čl. 21 IPRG za mednarodno pristojnost). V Italiji se pristojnost določa po sedežu (čl. 9 LF; prim. Mucciarelli, 2005, str. 514).

⁷⁴ Slovenija ni ena izmed njih (prim. str. 53).

⁷⁵ Izraz *partikularni postopek* se uporablja za postopek, ki teče, če glavni postopek še ni začel; nasprotno se izraz *sekundarni postopek* uporablja, če je glavni postopek že začel.

⁷⁶ Te pogodbe so poznale različne rešitve: določitev pristojnosti po dolžnikovem domicilu; določitev pristojnosti glede na to, v kateri državi je več premoženja ali več upnikov. Zanimivo je, da se je že francosko-švicarska pogodba iz leta 1869 soočila s težavo, ki je poldrugo stoletje pozneje s sprejemom Uredbe št. 1346/2000 enako aktualna: da sodišča obeh držav vsebine pogodbe niso enako interpretirala (Omar, 2002, str. 186-187).

⁷⁷ Vendar s pomembno razliko, saj Uredba 1346/2000 mednarodno pristojnost določa neposredno, Modelni zakon pa posredno (gl. str. 72).

⁷⁸ Lauterfeld (2001, str. 83) je po drugi strani mnenja, da med konceptoma pristojnosti po središču dolžnikovih glavnih interesov ter po dolžnikovem dejanskem sedežu v resnici ni nobene razlike in vsaj glede na nemški koncept *dejanskega sedeža* sploh ne gre za kompromis.

⁷⁹ Čl. 3 InsO določa domačo krajevno pristojnost, vendar se uporablja tudi za določitev mednarodne pristojnosti za dolžnike, za katere Uredba št. 1346/2000 sicer ne bi veljala. Ta določba predvideva v primeru, da se kraj, kjer je »*der Mittelpunkt einer selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners*«, ne ujema s krajem, ki je kot sedež dolžnika vpisan v sodni register, izključno pristojnost sodišča po kraju dejanskega središča dolžnikovih aktivnosti.

tega ne izključuje (gl. str. 72). Slabost kompromisnega pristopa je, da je pojem središča dolžnikovih glavnih interesov v tej zgodnji fazi veljavnosti obeh predpisov še precej nejasen; v določeni meri je v pomoč domneva, da je središče glavnih interesov tam, kjer je sedež dolžnika, razen če se dokaže kaj drugega. Oba akta predvidevata možnost partikularnega ter sekundarnega postopka, če ima dolžnik v neki državi poslovno enoto. Ključne vsebinske prvine obeh aktov bom podrobneje obravnaval v 5. poglavju magistrskega dela.

3.2.2. Izbira prava: *lex fori concursus* in alternative

Insolvenčno pravo je v pretežnem delu procesno pravo, vendar insolvenčna zakonodaja vsebuje tudi pomembne materialnopravne določbe (Šinkovec, Škerget, 1999, str. 13). Glede postopkovnih vprašanj se v vseh državah vedno uporablja pravo države, v kateri poteka postopek (Pivka, Puharič, 1999, str. 178). Vse od pojava insolvenčnih postopkov z mednarodnim elementom je splošno uveljavljeno, da je merodajno pravo za vsa postopkovna vprašanja pravo države stečajnega sodišča, *lex fori concursus*⁸⁰.

Toda tega pravila ni mogoče uporabiti tudi za vsa materialnopravna vprašanja. Nekaterim udeležencem insolvenčnih postopkov je mogoče priznati utemeljen interes, da se zanašajo na okoliščine, ki so bile prisotne še v fazi normalnega poslovanja dolžnika⁸¹. V kateri državi bo potekal insolvenčni postopek, je, kot sem povedal v prejšnjem razdelku (3.2.1.), do neke mere negotovo, zato določena vprašanja terjajo bolj trdno navezno okoliščino, kot je kraj vodenja postopka.

To velja zlasti za upnike s stvarnimi pravicami na delih dolžnikovega premoženja. Možnost varnega in poceni kreditiranja poslov z mednarodnim elementom, kar koristi vsemu gospodarstvu, je optimalna samo ob popolnem posojilodajalčevem zaupanju v (pravno) kakovost zavarovanja (Town, 2004, str. 13; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 89, str. 105). Vsi sodobni pravni sistemi poznajo enotno navezno okoliščino za presojanje stvarnopravnih razmerij: za lastninskopravna razmerja in druge pravice na stvareh se uporablja pravo kraja, kjer je stvar – *lex rei sitae* (Pivka, Puharič, 1999, str. 38-39). Kljub temu, da je pravilo tako rekoč splošno veljavno, ne odpravi vseh dilem, ki se na primer utegnejo pojaviti, če je premična stvar med trenutkom, ko je na njej nastala neka pravica, ter trenutkom začetka insolvenčnega postopka spremenila svojo lego (t. i. *mobilni konflikt*)⁸².

Težavno je tudi vprašanje meje med instituti stvarnega prava na eni strani ter instituti procesnega prava in insolvenčnega prava na drugi strani. V primeru ustanovitve hipoteke

⁸⁰ Tako Cigoj, 1984, str. 249; Ma. Ilešič, 1991, str. 74; Trunk, 1996, str. 21, str. 34, str. 370; Fletcher, 2004, str. 265; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 72; prim. čl. 5 Uredbe 1346/2000.

⁸¹ Prim. 11. točko preambule Uredbe 1346/2000. Gl. tudi Trunk, 1996, str. 371; Liersch, 2004, str. 5.

⁸² Še bolj kot v primeru ustanovitve zastavne pravice – dolžniki namreč kredite največkrat najemajo pri lokalni banki in, razen vozil, predmet zastavne pravice med trajanjem kreditnega razmerja največkrat ne menja lege – je to aktualno v primeru prodaje s pridržkom lastninske pravice. Navezanost kupcev na lokalne dobavitelje je zlasti pri specialni opremi mnogo manjša ter dobavitelja poiščejo, če je potrebno, na drugem koncu sveta. V primeru prodaje s pridržkom lastninske pravice to lahko odpira vrsto vprašanj. Gl. tudi razdelek 4.2.

na nepremičnini je nesporno, da se bodo vprašanja primernosti predmeta hipoteke, veljavnosti pridobitve ter vrstnega reda presojala po pravu kraja, kjer leži nepremičnina. Manj nesporno, vendar za hipotekarnega upnika bolj pomembno je, po določbah katerega prava bo lahko unovčil hipoteko ter po katerem pravu bo sodišče odločalo v zadevi izpodbijanja pravnega dejanja ustanovitve hipoteke⁸³.

Teorija ni enotna, kako v zadevah z mednarodnim elementom obravnavati *pobotanje*, saj se nacionalne ureditve močno razlikujejo (prim. str. 52). Možnost pobotanja terjatev do dolžnika ima za upnika do neke mere učinke, primerljive učinkom zavarovanja na stvareh. Upnik se za sklenitev določenega pravnega posla z dolžnikom lahko odloči prav zato, ker se zanaša na razbremenitev svojih obveznosti preko pobotanja (Bridge, Stevens, 2004, str. 43). Tudi takšen upnik lahko upravičeno računa, da bo pravni red varoval njegovo zanašanje na to, da lahko *de lege causae* svojo terjatev pobota z dolžnikovo terjatvijo do njega (prim. v. Wilmowsky, 1998, str. 347). Vendar v primerjalnem pravu ni vselej tako in mogoče so različne rešitve. Glede tega vprašanja lahko velja *lex fori concursus*, *lex causae* ali različne kombinacije obeh (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 111).

Še težje vprašanje je določitev naveznih okoliščin za *izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj*. Iskanje ravnovesja med nasprotnimi interesi je tu še posebej težko. Teorija zagovarja različna stališča, ki so v določeni meri primerljiva tistim, ki sem jih omenil v prejšnjem odstavku. Po prvem stališču naj bi bilo odločilno pravo, po katerem se presoja dejanje, ki je predmet izpodbijanja, *lex causae*⁸⁴. Drugo teoretično stališče (prim. Flessner, 1997, str. 9 in op. 82) je dokaj praktično, vendar razmeroma šibko argumentirano⁸⁵: za izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj naj se uporablja *lex fori concursus*. Poleg obeh »čistih« stališč so mogoče tudi njune različne kombinacije⁸⁶.

V primerjalnem pravu se pojavljajo še druge izjeme od splošnega pravila *lex fori concursus*. Prvi primer so delovnopravna vprašanja, kjer se *lahko* (ker ni nujno, da je za delavce bolj ugodno) uporablja pravo, ki velja za pogodbo o zaposlitvi. Iz podobnih vzrokov, ki narekujejo presojo veljavnosti pravic stvarnopravne narave na delih

⁸³ Gl. razdelek 4.3.6.5. in primer 4 v prilogi 1.

⁸⁴ Nekateri avtorji (Zeeck, 2003, str. 30-31) opozarjajo, da to stališče pretirano ščiti interese nasprotnika izpodbijanja, kar je v nasprotju z namenom izpodbijanja v stečajnem postopku: maksimirati vrednost stečajne mase ter zagotoviti enak položaj upnikov. Po drugi strani Virgós in Garcimartín (2004, str. 89) opozarjata, da stranke vedno oblikujejo pogodbeno razmerje v senci pravnega okolja. V določenih okoliščinah je primerno dovoliti in tudi gojiti njihovo zaupanje v to pravno okolje.

⁸⁵ Zeeck (2003, str. 41) ugotavlja, da je število zagovornikov tega stališča, ki je pred reformo leta 2003 dosledno veljalo npr. v avstrijskem pravu (Oberhammer, Domej, 2003, op. 48; o ureditvi po reformi gl. Schumacher, 2004, str. 39), veliko predvsem iz praktičnih razlogov: saj sodišče »svoje« pravo seveda najbolje pozna. Vendar pa zagovorniki tega stališča po Zeecku zanemarjajo vprašanje vsebinske primernosti rešitve. Za kritičen pogled ameriškega avtorja gl. Westbrook, 1991, str. 525-528.

⁸⁶ Na primer: (1) dejanje je izpodbojno, če tako določajo predpisi obeh držav; (2) dejanje je izpodbojno, če tako določajo predpisi ene (katerekoli) izmed obeh držav; (3) sodišče ima diskrecijsko pravico, da v konkretnem primeru odloči, katero pravo ali kombinacija prava dveh držav je relevantno; (4) dejanje je izpodbojno, če tako določa *lex fori concursus*, nasprotnik izpodbijanja pa ima ugovore po drugem pravu (prim. čl. 13 Uredbe 1346/2000). Po Westbrookovem (1991, str. 499) mnenju bo v primeru ozemeljskega pristopa k mednarodnemu insolvenčnemu pravu sodišče odločalo po pravu kraja postopka, v primeru univerzalnega pristopa pa po pravu, ki velja za izpodbijano dejanje. Gl. tudi Westbrook, 1991, str. 525-527; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 134.

dolžnikovega premoženja po pravu kraja stvari, velja pogosto enako pravilo tudi za prodajne pogodbe⁸⁷.

3.2.3. Učinek tujih odločb

Sodna odločba učinkuje na ozemlju države, v kateri je bila izdana. Na ozemlju druge države praviloma neposredno ne učinkuje. O priznanju in izvršitvi tuje sodne odločbe odločajo pristojni organi v skladu s pravili, ki so v pravnih redih različna (Pivka, Puharič, 1999, str. 178; Kropholler, 2004, str. 641)⁸⁸.

Priznanje je potrebno predvsem za konstitutivne sodne odločbe, ki bodo ustanovljale, spreminjale ali ukinjale pravice ali pravna razmerja le v primeru priznanja, in za deklaratorne sodne odločbe. Ti dve vrsti sodnih odločb ne potrebujeata izvršitev, temveč učinkujeta s pravnomočnostjo. Dajativne sodne odločbe ne potrebujejo (le) priznanja, temveč izvršitev (ki vsebuje tudi priznanje; Ude, 1992, str. 314). Predpostavke, ki jih mora sodna odločba izpolnjevati za priznanje, so lahko stroge; v skrajnem primeru nekatere države določenih ali vseh odločb sodišč tujih držav celo sploh ne priznavajo⁸⁹. V insolvenčnih zadevah pa je treba formalni postopek priznanja razlikovati od dejanskega priznavanja učinka tujih odločb⁹⁰.

Države Evropske gospodarske skupnosti so leta 1968 sklenile Evropsko konvencijo o sodni pristojnosti in izvršitvi odločb v civilnih in trgovinskih zadevah – *Bruseljsko konvencijo*⁹¹. Ta je začela veljati leta 1973, 1. marca 2002 pa jo je praktično v celoti nadomestila Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah. Konvencija je pomenila povsem nov pristop v mednarodnem zasebnem pravu, saj je predvidela avtomatično priznanje sodnih

⁸⁷ Zlasti za tiste, katerih predmet je nepremičnina.

⁸⁸ Cigoj (1984, str. 183) našteva nekatere izjeme, ko v določenih državah odločba tujega sodišča učinkuje avtomatično in ni potreben poseben postopek priznavanja. Ti primeri so s področja statusnih zadev fizičnih oseb (npr. razveza zakonske zveze).

⁸⁹ Prim. Cigoj, 1984, str. 183. Tujih insolvenčnih postopkov sploh ne priznavajo v Koreji ter praviloma tudi ne na Nizozemskem (Trunk, 1996, str. 409; Berends, 1998, str. 397-399; Veder, 2004, str. 212-237). Niso jih priznavali na Japonskem pred letom 1999 in v Avstriji med letoma 1982 in 2003 (z zelo zanimivim argumentom: da bo nepriznavanje tujih odločb pritisk na druge države k sklenitvi meddržavnih sporazumov – gl. Oberhammer, Domej, 2003, op. 5; Schumacher, 2004, str. 22-24). Poudariti je treba, da to za upnike in še posebej za zavarovane upnike ni nujno slabo, saj jim predpisi ne branijo uveljavljanja njihovih terjatev v postopku individualne izvršbe – brez konkurence oziroma z manjšo konkurenco drugih upnikov.

⁹⁰ Smid (2004, str. 5) opozarja na napačno razumevanje pojma priznanja tujega insolvenčnega postopka. Za to priznanje je bistveno, da država priznava *dejanske* učinke, zlasti statusne spremembe, ki so nastopile zaradi začetka insolvenčnega postopka, kar vključuje pravice insolvenčnega upravitelja. Formalni postopek priznanja zanj ni bistvenega pomena.

⁹¹ Več o Bruseljski konvenciji npr. Rijavec Vesna: Evropsko civilno procesno pravo. Pravnik, 1993 (48), 4-6, str. 149-166. Več o Uredbi 44/2001 o pristojnosti ter priznavanju in izvrševanju odločb v civilnih in gospodarskih zadevah Galič Aleš: Pristojnost ter priznanje in izvršitev sodb v civilnih in gospodarskih zadevah. Podjetje in delo, 2005 (31), 6-7, str. 1118-1130; Varanelli Luigi: Pristojnost nacionalnih sodišč v civilnih in gospodarskih zadevah. Podjetje in delo, 2005 (31), 3, str. 584; Neumayr Matthias: Grundlegendes zur Brüssel I-Verordnung, vor allem zur internationalen Zuständigkeit. ERA – Forum: Scripta Iuris Europaei, 2005 (6), 2, str. 172-204.

odločb sodišč druge države članice⁹² ter močno poenostavila postopek izvršitve tujih sodnih odločb. Vendar se – žal – ni nanašala na odločitve v insolvenčnih zadevah⁹³.

Prav v insolvenčnih zadevah je čas, ki mine do priznanja, lahko usodnega pomena. Dolžnik lahko pomembne dele svojega premoženja⁹⁴ hitro prestavi iz države, v kateri ga bodo vsak trenutek zadele posledice stečajnega postopka, v državo, v kateri bo lahko nemoteno vsaj še nekaj časa razpolagal s premoženjem. Po drugi strani lahko po premoženju posežejo tudi upniki. Zato je bila že v šestdesetih letih 20. stoletja na ravni EGS oblikovana delovna skupina za pripravo osnutka dokumenta, ki bi imel na področju insolvenčnih postopkov z mednarodnim elementom znotraj EGS učinke, primerljive učinkom Bruseljske konvencije (gl. str. 56). Po več neuspešnih poskusih in dobrih treh desetletjih je bila maja 2000 sprejeta Uredba Sveta ES 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti. Ta je uveljavila koncept avtomatičnega priznavanja odločb sodišč drugih držav tudi za insolvenčne postopke, začete znotraj EU. Sodne odločbe, za katere je potreben postopek individualne izvršbe⁹⁵ zunaj države, katere sodišče jih je izdalo, se izvršijo po postopku, predvidenem z Uredbo 44/2001⁹⁶. Uredbo 1346/2000 bom podrobno obravnaval v 5. poglavju.

Pod vplivom procesa oblikovanja Uredbe 1346/2000 sta se za praktično enako ureditev priznavanja odločb sodišč drugih držav, nečlanic EU, v insolvenčnih zadevah odločili Nemčija⁹⁷ in Avstrija⁹⁸. Tudi v Italiji je po stališču teorije 64. člen novega zakona št. 218/1995 potrebno interpretirati tako, da pod določenimi pogoji učinki tuje odločbe na italijanskem ozemlju nastopijo brez posebnega postopka priznanja (Jahn, Sahm, 2004, str. 247)⁹⁹. Podobno velja v Luksemburgu (Jahn, Sahm, 2004, str. 303) in v Grčiji (Kirchhof et al., 2003, str. 975; Marshall et al., 2004, str. 12/26). V Evropi smo tako v zadnjih letih priča pomembnim in daljnosežnim spremembam v mednarodnem insolvenčnem pravu. Podoben trend je v anglosaških državah (Leonard, Spizziri, b.l., V.2.I; Cross-Border Insolvency, 2003, str. 99, str. 213), čeprav zaenkrat brez avtomatičnega priznanja.

Večina držav, vključno s Slovenijo¹⁰⁰, sicer še vedno predvideva poseben postopek priznanja tujih odločb, izdanih v insolvenčnih zadevah. Najpogostejši vzroki, zaradi katerih države zavrnejo priznanje odločbe tujega sodišča, so neobstoj mednarodne pristojnosti

⁹² Stranka, ki je zainteresirana, sicer lahko zahteva tudi posebno odločbo o priznanju (čl. 26/2 BK). Razlogi, zaradi katerih lahko sodišče priznanje zavrne, so močno omejeni. Prav tako je zelo malo razlogov, iz katerih je mogoče odkloniti izvršitev (čl. 27, 28, 34 BK). Meritorni preizkus tuje odločbe v nobenem primeru ni dopusten.

⁹³ Gl. 1. čl. BK.

⁹⁴ Šolski primer je denar na bančnih računih.

⁹⁵ Na primer odločbe o dolžnikovi obveznosti plačati določene zneske, ki je bila izdana v sanacijskem postopku (prim. Smid, 2004, str. 109).

⁹⁶ Gl. 25. čl. Ur 1346/2000; prim. tudi Haubold, 2002, str. 159-160.

⁹⁷ Avtomatizem – z nekaj izjemami – predpisuje 343. čl. InsO; komentar gl. Smid, 2004, str. 193; Garašić, 2005, str. I/270-277.

⁹⁸ Tako – z nekaj izjemami – čl. 240 KO; komentar: Schumacher, 2004, str. 24-26.

⁹⁹ Nasprotno stališče v Marshall et al., 2004, str. 15/36, vendar lahko tudi po tem stališču tuji upravitelj na italijanskem ozemlju zahteva začasne ukrepe.

¹⁰⁰ Gl. 185. čl. ZPPSL.

tuje države (seveda po kriterijih države, v kateri se zahteva priznanje), nasprotovanje javnemu redu države, v kateri se zahteva priznanje, ter neobstoj vzajemnosti¹⁰¹.

4. POLOŽAJ UPNIKOV V PRIMERJALNEM PRAVU

4.1. UVOD

Razlike v primerjalnem pravu, zaradi katerih so insolvenčni postopki z mednarodnim elementom zelo zahtevni, položaj upnikov pa nepredvidljiv, so večplastne. Prvič, razlikujejo se pravila klasičnega civilnega prava, veljavna v času, ko se insolvenčni postopek še ni začel ali dolžnik celo sploh še ni v finančnih težavah. Gre za vprašanja sposobnosti za sklepanje pravnih poslov, njihove dopustnosti, obličnosti, veljavnosti pooblastil, pogojev za pridobitev stvarnih pravic in tako naprej. Drugič, razlikujejo se pravila insolvenčnega prava, ki urejajo pobotanje, izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, uveljavljanje pravic ločitvenih upnikov, razmerje med stečajnim upraviteljem in upniki in tako naprej¹⁰². Tretjič, razlikujejo se pravila mednarodnega zasebnega prava – ali jih celo sploh ni¹⁰³.

V tem poglavju bom na primerih petih tujih nacionalnih ureditev (Nemčija, Francija, Anglija, Švica in ZDA) ter slovenske ureditve analiziral izbrana vprašanja, ki sem jih naštel v prvem odstavku. Preučeval bom splošno ureditev insolvenčnega prava¹⁰⁴. Z razlikami v splošnih pravilih civilnega prava se ne bom posebej ukvarjal; saj bi to občutno preseгло zastavljeni namen magistrskega dela. Vseeno bom za uvod v nadaljnjo analizo opravil zelo kratko primerjavo, kako je v izbranih šestih ureditvah urejena pridobitev stvarnih pravic, ki v insolvenčnem postopku upnikom dajejo privilegiran položaj.

Med klasičnimi vprašanji insolvenčnega prava bom obravnaval tri: 1) uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov, 2) izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj ter 3) pobotanje. Za upnika, ki želi vnaprej predvideti svoj pravni položaj v morebitnem insolvenčnem postopku, so to – brez dvoma – vsebinsko najpomembnejša vprašanja (prim. str. 4).

¹⁰¹ Zahteve po vzajemnosti ne poznajo vse države in se opušča (prim. Garašič, 2005, str. I/216). Značilna je za Švico (Bürgi, 2004, str. 85-87).

¹⁰² »Klasične« veje prava (npr. stvarno pravo, obligacijsko pravo) danes povsod v Evropi – tudi v Angliji – v večjem ali manjšem obsegu izvirajo iz rimskega prava. Čeprav je stečaj tudi poznalo že rimsko pravo (gl. str. 8), pa insolvenčno pravo po drugi strani »skupnega prednika« nima, kar je po svoje prispevalo k velikim razlikam med modernimi ureditvami (McBryde et al., 2003, str. 227).

¹⁰³ Nekatera vprašanja mednarodnega insolvenčnega prava v številnih državah niso urejena s predpisi. Tipičen primer je izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom. Kjer ni pozitivnih predpisov, je subjektom v pomoč pri načrtovanju njihovega pravnega položaja le sodna praksa. Še ta je celo v največjih pravnih sistemih lahko zelo skromna (Warren, Westbrook, 2001, str. 1009). To ne pomeni, da težav v praksi ni; po mojem mnenju je bolj prepričljivo pojasnilo, da so ta vprašanja vsebinsko tako zahtevna, da stranke in upravitelji ne upajo tvegati reševanja spornih zadev v sodnih postopkih (Kessedjian, 2004, str. 160).

¹⁰⁴ Ob strani bom pustil specialne ureditve insolvenčnih postopkov nad določenimi vrstami pravnih oseb ter nad fizičnimi osebami – potrošniki. Ko bom obravnaval pravni položaj zavarovanih upnikov ter izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj, ne bom posebej obravnaval položaja v primeru finančnih zavarovanj v smislu Direktive 2002/47 o dogovorih o finančnem zavarovanju; slednjo kratko analiziram v razdelku 5.6.1. tega magistrskega dela.

Zatem bom za vsako od izbranih držav analiziral njen pristop k mednarodnemu insolvenčnemu pravu. V Nemčiji, Franciji ter Angliji to področje primarno ureja Uredba št. 1346/2000, ki jo bom podrobneje obravnaval v petem poglavju. V tem, četrtem poglavju bom analiziral *avtonomno ureditev* mednarodnega insolvenčnega prava v izbranih državah. Tudi ta analiza je pomembna, saj veljavnost Uredbe 1346/2000 ni univerzalna¹⁰⁵.

V sklepnem delu tega poglavja pa bom primerjal ureditev v petih tujih državah med seboj ter s slovensko ureditvijo. Tako bom orisal možen razpon rešitev v primerjalnem pravu in sočasno skušal poiskati tudi »skupni imenovalec« izbranih pravil insolvenčnega prava v vseh šestih ureditvah. V nalogi obravnavam vprašanja, ki so pomembna za slovenskega upnika v mednarodnem gospodarskem poslovanju. Predpostavka naloge je, da bralec pozna slovensko ureditev, zato ima vključitev prava naše države v pričujočo analizo drugačno ciljnost. Opozoriti namreč želim, da nekatere rešitve, ki jih imamo za skoraj samoumevne, v primerjalnem pravu niso edine možne oziroma jih smemo uvrstiti celo med izjeme. Primerjava v tem poglavju bo pretežno sočasna.

4.2. IZVIRNI GREH: RAZLIKE V STVARNEM PRAVU

V namišljenem idealnem svetu docela poenotениh pravil stvarnega prava bi mednarodni gospodarski promet najbrž kar dobro prenesel razlike v insolvenčnem ter mednarodnem zasebnem pravu med posameznimi državami. Žal obstajajo očitne razlike – kljub obstoju »skupnega prednika« (prim. op. 102) – že na področju stvarnega prava¹⁰⁶. Tako v različnih državah poznajo različne pravne institute, s katerimi se lahko zavaruje izpolnitev pogodbe. Poleg tega se med državami, lahko tudi občutno, razlikujejo pravila, ki urejajo isti pravni institut.

Tipičen primer je zavarovanje s premožninami. Klasično zastavno pravico na premožni stvari v posesti upnika, ki izvira iz rimskopravnega *pigno*, poznajo vse sodobne ureditve. Za potrebe sodobnega gospodarskega prometa le-ta ne zadošča¹⁰⁷. Pod pritiskom zahtev poslovne prakse so bili razviti pravni instituti, ki odpravljajo zahtevo po publikaciji zastavnega razmerja izključno s prenosom posesti. Tudi v državah, kjer zavarovanju brez prenosa posesti niso naklonjeni, so neposestna zavarovanja mogoča vsaj na določenih

¹⁰⁵ Gl. str. 58. Slovenski upnik, ki presoja pravna tveganja v primeru stečaja bosanskega partnerja s podružnicami v EU, bo še vedno moral preučiti avtonomno mednarodno insolvenčno pravo članic EU.

¹⁰⁶ To ugotovitev najdemo tudi v uvodnem recitalu k Uredbi 1346/2000: gl. 11. odstavek recitala.

¹⁰⁷ Glavni razlog je, da dolžnik zastavljene premožnine ne more gospodarsko izkoriščati. Poleg tega se vrednost premožnin sčasoma navadno manjša (resda se pri dolgoročnih kreditnih razmerjih sčasoma navadno sproti manjša tudi dolg po kreditni pogodbi). Poleg tega je premožnino treba vzdrževati, kar je prav tako neugodno za upnika. Ne preseneča torej, da je bilo v DBS manj kot 1 ‰ kreditov pravnim osebam in samostojnim podjetnikom zavarovanih z ročno zastavo premožnin, v zadnjih 5 letih pa niti eden. Banka nikoli ni vzela v ročno zastavo premožnin, namenjenih gospodarski rabi.

vrstah stvari¹⁰⁸. Vse večjo razširjenost neposestnega zavarovanja sočasno spremlja tudi ureditev javnih registrov, iz katerih je zastavno razmerje razvidno javnosti¹⁰⁹.

Vrste stvarnih pravic (ang.: *rights in rem*; nem.: *dingliche Rechte*) v primerjalnem pravu ter pogoji za njihov nastanek in veljavnost se med državami torej razlikujejo. Razlike se kažejo že pri naslednjih vprašanjih:

- Na katerih premičnih stvareh lahko nastane neposestno zavarovanje? Neposestno zastavno pravico na ladjah in letalih poznajo vse moderne ureditve. Druge vrste stvari v nekaterih ureditvah ne morejo biti predmet neposestnega zavarovanja.
- Kako nastane neposestno zavarovanje? Juhart (2004, str. 733-734) našteva tri načine: sistem registrske zastavne pravice, prenos lastninske pravice v zavarovanje, pogodbeni kreacija položaja, primerljivega rubežu v izvršilnem postopku.
- Ali mora biti neposestno zavarovanje, da bi učinkovalo *erga omnes*, vpisano v javni register?
- Ali in pod kakšnimi pogoji je dovoljeno globalno neposestno zavarovanje – zavarovanje na vsem dolžnikovem premoženju določene vrste (npr. vse dolžnikove zaloge ali vse dolžnikove zaloge na določeni lokaciji), ne da bi bili posamezni predmeti zavarovanja individualno opredeljeni?
- Ob katerih pogojih dogovor o pridržku lastninske pravice učinkuje proti tretjim osebam?
- Katere vrste dogovora o pridržku lastninske pravice so dovoljene¹¹⁰?

Našteta vprašanja so zahtevna. Vsako izmed njih je lahko predmet samostojnega obravnavanja; sam se bom temu izognil. Vseeno bom kot uvod v nadaljnjo razpravo v tabeli 2 – na poenostavljen način, zgolj v ilustracijo razlik med državami na tem področju in brez namena izčrpne vsebinske analize – predstavil nekatere bistvene značilnosti in razlike v izbranih šestih pravnih ureditvah. S tem želim opozoriti tudi na možne

¹⁰⁸ Takšni državi sta na primer Francija in Švica. Tudi tam si del teorije prizadeva za razširitev možnosti za neposestne oblike zavarovanja (za Švico gl. Honsell et al., 1998, str. 2026-2027; za Francijo gl. Gdanski, 2004, str. 80).

¹⁰⁹ Grošljeva (2005) podrobno opisuje ureditev teh registrov v treh državah, ki so registre uvedle v zadnjem času: na Norveškem (str. 106), na Madžarskem (str. 109) in v Makedoniji (str. 113). V Sloveniji smo register uvedli leta 2004. Glede primernosti sistema registrske neposestne zastavne pravice ni enotnega mnenja; skeptičen je npr. Juhart (2004, str. 765-766).

¹¹⁰ Enostavni pridržek lastninske pravice (*Simple Retention of Title*) je omejen na samo stvar. Z njeno nadaljnjo prodajo dobrovernemu kupcu, pomešanjem, predelavo ali vgraditvijo prodajalčeva lastninska pravica ugasne. Pridržek lastninske pravice s klavzulo o predelavi (*Retention of Title with Proceeds Clause; Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungs-klausel*) lastninsko pravico (ali solastnino) ohrani prodajalcu tudi v določenih primerih predelave ali vgraditve prodane stvari. Podaljšani pridržek lastninske pravice (*Retention of Title with Proceeds Clause; verlängerter Eigentumsvorbehalt*) pomeni, da lahko kupec stvar proda naprej. Če to stori, preden je prodajalcu plačal kupnino in tako pridobil lastninsko pravico na stvari, se šteje, da je terjatev kupca do tretjega kupca avtomatično prenešana v korist prodajalca. V primeru, da je dogovorjen razširjeni pridržek lastninske pravice (*Retention of Title with All-Debts Clause; erweiterter Eigentumsvorbehalt*), postane kupec lastnik stvari, ki mu jih je dobavil prodajalec, šele takrat, ko je poravnal vse odprte terjatve do prodajalca iz vseh dobav. Dolej ima lastninsko pravico prodajalec, v primeru nadaljnje prodaje pa ima prodajalec kupčeve terjatve do tretjih kupcev. Preneseni pridržek lastninske pravice (*übertragener Eigentumsvorbehalt*) pomeni, da prodajalec dovoli kupcu nadaljnjo prodajo, a le pod pogojem, da tudi kupec izgovori pridržek lastninske pravice do tretjega kupca (Monti et al., 1997, str. 874-889; Vrenčur, Knez, 2000, str. 398-407).

razsežnosti *mobilnega konflikta*, do katerega pride, če so premičnine v mednarodnem prometu predmet različnih pravnih režimov (Vrenčur, Knez, 2000, str. 414).

V ta sklop bi lahko uvrstil tudi vprašanja, povezana s pogodbo o leasingu. Zaradi specifičnosti dejavnosti leasinga jih glede na namen magistrskega dela ne bom posebej analiziral.

TABELA 2: NEKATERE RAZLIKE MED IZBRANIMI STVARNOPRAVNIMI ZAVAROVANJI V PRIMERJALNEM PRAVU

	Nemčija	Francija	Anglija	Švica	ZDA	Slovenija
Neposestno zavarovanje na premičninah	DA	samo v nekaterih primerih ^a	DA	samo izjemoma ^b	DA	DA
Je potreben vpis neposestnega zavarovanja v register?	NE	DA	DA	DA ^c	DA ^d	v nekaterih primerih ^e
Odstop od načela specialnosti	samo zaloge v skladišču / terjatve ^f	samo v nekaterih primerih ^g	DA	samo terjatve ^h	DA	samo zaloge in terjatve
Prid. last. pravice - navadni - podaljšani - s klavz. predelave - razširjeni	DA ⁱ DA ^j DA ^k vprašljivo ^l	DA ^m DA ⁿ NE ^o NE ^p	DA ^q vprašljivo ^r NE ^s DA ^t	DA ^u NE ^v	DA ^x DA ^x DA ^y NE ^z	DA ^{aa} DA ^{ab} DA ^{ac} vprašljivo ^{ad}
Je potreben vpis pridržka lastninske pravice v register?	NE	NE (potreben pri leasingu)	DA	DA ^{ae}	DA ^{af}	NE

VIRI: a – Mogoče je neposestno zavarovanje na določenih vrstah premoženja gospodarske družbe (*fonds de commerce*) po čl. L142-1 CC in nasl.; to se lahko nanaša npr. na pravice intelektualne lastnine, opremo (ne pa tudi zaloge) in na nekatere druge predmete dolžnikovega premoženja (gl. čl. L142-2 CC). Prav tako je mogoča neposestna zastavna pravica na opremi in zalogah v zavarovanje terjatev iz naslova kreditiranja nakupa tega opreme oz. zalog (*nantissement de l'outillage et du matériel*) po čl. L525-1 CC in nasl.; b – samo živina (gl. čl. 885 ZGB) ter nekatere vrste prevoznih sredstev po specialnih predpisih; c – čl. 885 ZGB ter specialni predpisi; d – čl. 9-203 UCC; e – čl. 171, 177 SPZ ter Uredba o registru neposestnih zastavnih pravic ter zarubljenih premičnin; f – Jäkel, 2004, str. 99-102; g – gl. pod »a«; poleg tega je možno globalno zavarovanje s terjatvami, vendar samo za obveznosti do finančnih institucij (gl. zakon 81-1 z dne 2. 1. 1981); h – Honsell et al., 1998, str. 2155; i – Palandt et al., 2004, str. 1412 in nasl. oz. komentar k čl. 929/26 in nasl.; j – gl. pod »i« ter čl. 398 BGB; k – gl. pod »i« ter čl. 947 BGB; l – Mon., str. 888; Vren., str. 403; m – gl. čl. 1583 CCiv, ki pa ni kogentne narave; prim. čl. L624-9 CC; n – gl. pod »m«; o – Mon., str. 881; Niggeman, Blenske, 2003, str. 57; p – Mon., str. 889; Niggeman, Blenske, 2003, op. 57; q – čl. 19 SGA; r – Mon., str. 883-885; s – Mon., str. 879; t – Mon., str. 887; u – čl. 715 ZGB; v – Honsell et al., 1998, str. 2019; x – čl. 9-312 UCC; y – čl. 9-315 UCC; z – Mon., str. 901; aa – čl. 520 OZ, čl. 63 SPZ; ab – Juhart et al., 2004, str. 321, str. 865; ac – Juhart et al., 2004, str. 321; ad – Vren., str. 317; ae – čl. 715 ZGB; af – čl. 9-203 UCC in nasl.

Okrajšavi: Mon. – Monti et al., 1997; Vren. – Vrenčur, Knez, 2000.

4.3. PRIMERJALNOPRAVNA ANALIZA

4.3.1. Nemčija

V Nemčiji insolvenčno pravo ureja Insolvenčni zakon (*Insolvenzordnung*; v nadaljnjem besedilu: *InsO*), ki velja od leta 1999. Nemška ureditev zdaj pozna samo en insolvenčni postopek, ki se lahko konča s potrditvijo sanacijskega načrta (*Insolvenzplan*) ali s stečajem.

4.3.1.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Nemško pravo razlikuje ločitvene (*Absonderung*-) in izločitvene (*Aussonderung*-) upnike. Izločitveni upniki na posameznih predmetih premoženja v dolžnikovi posesti uveljavljajo lastninsko pravico. Tem upnikom ni treba prijaviti terjatve v insolvenčni postopek, zato je njihov položaj bolj ugoden od položaja, ki ga imajo ločitveni upniki¹¹¹.

Ureditev pred letom 1999 je bila tudi za ločitvene upnike nadvse ugodna, saj so lahko, ne glede na začetek insolvenčnega postopka, sami prodali stvar, na kateri so imeli zastavno pravico. Tako ugoden položaj zastavnih upnikov je oviral učinkovit potek insolvenčnih postopkov, kar je bil eden od razlogov za reformo (McBryde et al., 2003, str. 339; Veder, 2004, str. 24). Nova ureditev ni posegla v pravico zavarovanih upnikov do ločenega poplačila, temeljito pa je spremenila pravila postopka. Dolžnikovo premoženje je do prvega zbora upnikov zamrznjeno¹¹².

Po zboru upnikov lahko nepremičnino prodata upravitelj ali upnik. Vendar lahko upravitelj v nekaterih primerih prepreči prodajo nepremičnine upniku; v praksi se bo za to največkrat odločil, če je nepremičnina pomembna za nadaljevanje dolžnikove dejavnosti oziroma za prodajo celotnega dolžnikovega podjetja (čl. 30d ZVG)¹¹³. Poleg tega lahko to stori, če bi bila prodaja v nasprotju s sanacijskim načrtom¹¹⁴. Stroški prodaje grede v breme upnika. Na pravico ločitvenih upnikov do ločenega poplačila celotne terjatve iz zastavljenega premoženja potrditev sanacijskega načrta načeloma ne vpliva¹¹⁵. Sanacijski načrt (razen za nekatere vrste zavarovanj¹¹⁶) lahko določi tudi drugače. Toda v tem primeru so prizadeti ločitveni upniki razporejeni v poseben razred, ki mora prav tako potrditi sanacijski načrt¹¹⁷. Dejansko so torej možnosti, da bi bili ločitveni upniki brez njihovega soglasja z znižanjem terjatve prizadeti v svojih pravicah, zelo majhne.

¹¹¹ Čl. 47 InsO.

¹¹² Če je sodni izvršilni postopek že v teku, ga sodišče na upraviteljevo zahtevo prekine (čl. 165 InsO, čl. 30d ZVG). Upnik je v tem primeru lahko upravičen do nadomestila za zmanjšano vrednost nepremičnine (čl. 30e ZVG).

¹¹³ Prodaja dolžnikovega podjetja kot celote (*übertragende Sanierung*) je bila mogoča že pred reformo iz leta 1999. Bila je konstrukt prakse, vendar razmeroma uspešna (Schwehr, 2003, str. 15-16).

¹¹⁴ Čl. 223 InsO.

¹¹⁵ Čl. 223 InsO.

¹¹⁶ Čl. 223 InsO.

¹¹⁷ Vsi razredi morajo sanacijski načrt potrditi z dvojno večino: za potrditev načrta mora glasovati več kot polovica upnikov, hkrati pa tudi upniki, katerih terjatve presegajo polovico vseh terjatev upnikov iz tega razreda (čl. 244 InsO). Če posamezen razred zavrne sanacijski načrt, ga lahko sodišče vseeno potrdi pod določenimi pogoji, od katerih je bistvenega pomena ta, da položaj upnikov tega razreda pod pogoji iz sanacijskega načrta ne bo očitno slabši, kot bi bil v primeru stečaja (*Obstruktionsverbot*; čl. 245 InsO); prim. op. 212.

Pridržek lastninske pravice je institut, ki ga je prinesla pravno poslovna praksa in se v Nemčiji pogosto uporablja. Pripravljenci novega zakona so nepoplačanemu prodajalcu s pridržkom lastninske pravice sprva namenili položaj ločitvenega upnika, toda ta rešitev v zakonodajnem postopku ni bila sprejeta¹¹⁸. Začetek insolvenčnega postopka zato ne vpliva na prodajalčev pridržek lastninske pravice. Prodano stvar, za katero kupnina ni bila plačana, lahko upnik terja nazaj po splošnih pravilih civilnega procesnega prava¹¹⁹. Pač pa je fiduciar v insolvenčnem postopku obravnavan kot ločitveni upnik¹²⁰.

4.3.1.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Tožbo na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj lahko v nemškem pravu vloži le upravitelj¹²¹. Upniki v nobenem primeru nimajo aktivne legitimacije za vložitev takšne tožbe, vendar je upravitelj odškodninsko odgovoren v primeru opustitve (Jahn, Sahn, 2004, str. 83).

Splošni, objektivni pogoj za izpodbojnost dejanja je, da je bilo v škodo upnikom¹²². Roki, v katerih je dejanje lahko izpodbojno, so določeni različno. Splošni rok je tri mesece pred vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka. V tem primeru morata biti izpolnjena subjektivna pogoja, da je bil dolžnik v času, ko je bilo dejanje storjeno, že insolventen, upnik pa je za to vedel ali bi moral vedeti¹²³. Védenje se domneva, če je bilo dejanje storjeno v zadnjem mesecu pred vložitvijo predloga¹²⁴ ali če gre za povezane osebe¹²⁵. Določeni so še trije posebni roki¹²⁶.

4.3.1.3. Pobotanje

Nova nemška ureditev je pobotanju v insolvenčnem postopku razmeroma naklonjena. Začetek insolvenčnega postopka ne vpliva na dopustnost pobotanja, če je bil upnik že pred začetkom upravičen do pobotanja na podlagi zakona ali dogovora z dolžnikom¹²⁷. Posebna prijava v insolvenčni postopek ni potrebna in zadošča enostranska izjava upravitelju¹²⁸. Do pobotanja ni upravičen upnik, ki je terjatev pridobil od drugega upnika po začetku insolvenčnega postopka¹²⁹.

¹¹⁸ Temu so se močno upirala zlasti majhna in srednja podjetja (McBryde et al., 2003, str. 341).

¹¹⁹ Čl. 47 InsO. Toda v primeru podaljšanega pridržka lastninske pravice ima prodajalec samo ločitveno pravico na terjatvi (Bridge, Stevens, 2004, str. 116).

¹²⁰ Čl. 51 InsO.

¹²¹ V primeru lastne uprave (*Eigenverwaltung*) pa posebni zastopnik (*Sachwalter*; Jahn, Sahn, 2004, str. 83).

¹²² Čl. 129 InsO.

¹²³ Čl. 130 InsO.

¹²⁴ Čl. 131 InsO.

¹²⁵ Čl. 138 InsO.

¹²⁶ To so desetletni (dejanja z namenom prikrajšati upnike, če je nasprotnik izpodbijanja vedel za namen; čl. 133 InsO), štiriletni (neodplačna razpolaganja; čl. 134 InsO) in dveletni rok (dejanja z namenom prikrajšati upnike, če je nasprotnik izpodbijanja povezana oseba; dokazno breme je na strani nasprotnika izpodbijanja; čl. 133 InsO).

¹²⁷ Čl. 94 InsO. Avtomatičnega pobotanja vseh, torej tudi nezapadlih terjatev, nemško pravo ne pozna (čl. 95 InsO).

¹²⁸ Zadošča lahko tudi konkludentno ravnanje (Jahn, Sahn, 2004, str. 83).

¹²⁹ Čl. 96 InsO.

4.3.1.4. Mednarodno insolvenčno pravo

Enako kot po določbi čl. 3 Uredbe 1346/2000 (gl. str. 59) lahko nemško sodišče tudi po določbah avtonomnega prava začne glavni insolvenčni postopek, če je središče dolžnikovih glavnih interesov v Nemčiji. Pomožni postopek se lahko začne, če ima dolžnik v Nemčiji podružnico (*Niederlassung*). Za razliko od Uredbe 1346/2000 nemška avtonomna ureditev pomožni postopek dopušča tudi tedaj, ko ima dolžnik v Nemčiji le premoženje, vendar le, če upnik izkaže, da ima za odprtje pomožnega postopka poseben interes¹³⁰. Glede priznanja sklepa tujega sodišča o začetku insolvenčnega postopka ter sklepov o začasnih ukrepih v zavarovanje ohranitve dolžnikovega premoženja je nova nemška ureditev skoraj enaka ureditvi po Uredbi 1346/2000 ter – s podobnimi omejitvami kot Uredba 1346/2000 – predvideva *ipso iure* priznanje teh odločb.

Osnovno pravilo glede pravic na stvareh določa 43. čl. EGBGB: *lex rei sitae*¹³¹. Odločilnega pomena je, kje se je stvar nahajala v trenutku ustanovitve zavarovanja¹³². V skladu s 3. odstavkom tega člena so pravice na stvareh veljavno pridobljene celo, če se je stvar v odločilnem trenutku nahajala v tujini in *de lege rei sitae* niso bili izpolnjeni pogoji za nastanek stvarne pravice, nato pa se je znašla v Nemčiji in bi bila po nemškem pravu stvarna pravica pridobljena, če bi bila v tujini opravljena pravna dejanja opravljena v Nemčiji¹³³. Za zavarovanja na terjatvah velja pravo, ki se uporablja za terjatev, ki je predmet zavarovanja (Veder, 2004, str. 292). Toda za pravice, ki izhajajo iz vrednostnega papirja (v fizični obliki), velja *lex rei sitae* (Bridge, Stevens, 2004, str. 150). Uveljavljanje pravic in unovčenje zavarovanja ne sme biti v nasprotju s predpisi države, v kateri se pravice uveljavljajo oziroma zavarovanje unovči (čl. 43 EGBGB). Kot v vseh drugih državah tudi v Nemčiji v mednarodnem zasebnem pravu velja pridržek javnega reda¹³⁴.

Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj ureja čl. 339 InsO. Dejanje je izpodbojno, če so izpolnjeni pogoji za izpodbijanje po pravu države, kjer je bil začel insolvenčni postopek. Toda nasprotnik izpodbijanja se lahko svoje obveznosti restitucije razbremeni, če dokaže,

¹³⁰ Čl. 354 InsO.

¹³¹ Izjema je določena za ladje, letala in tirna vozila (čl. 45 EGBGB). Ta izjema je v mednarodnem zasebnem pravu zelo pogosta (za letala gl. čl. I ŽK). Izjemo tesnejše zveze določa tudi čl. 46 EGBGB: če je podana občutno tesnejša zveza s pravom neke druge države, naj bi se za pravice na stvari uporabljalo to pravo. Ta določba naj bi se uporabljala zelo restriktivno (Palandt et al., 2004, str. 2625 oz. čl. EG 46/2; Bridge, Stevens, 2004, str. 149). Prim. razdelek 5.6.3.

¹³² Del teorije se zavzema, da bi v nekaterih primerih – pri stvareh, za katere je težko določiti, kje se v nekem trenutku nahajajo, ali je kraj, kjer se nahajajo, izrazito naključen, npr. pri vozilih – veljala drugačna pravila (Veder, 2004, str. 263-267). Glede letal, ladij in tirnih vozil je to zavzemanje prodrlo tudi v zakonodajo (gl. op. 131), kar pa ne velja za cestna vozila. Prim. razdelek 5.6.3.

¹³³ To omogoča široko priznavanje dogovorov o pridržku lastninske pravice, sklenjenih v državah, ki za veljavnost takega dogovora določajo stroge pogoje; nemško pravo je namreč zelo naklonjeno priznavanju dogovora o pridržku lastninske pravice. Veder (2004, str. 271) opozarja, da naj bi to pravilo veljalo le, če je bil že *poprejšnji namen* strank, da stvar iz tujine odpremijo v Nemčijo; prim. Kropholler, 2004, str. 550; Bridge, Stevens, 2004, str. 154. Gl. tudi Vrenčur, Knez, 2000, str. 147.

¹³⁴ Dogovor o zavarovanju terjatve bi na primer lahko nasprotoval nemškemu javnemu redu, če vrednost predmeta zavarovanja ob ustanovitvi zavarovanja občutno presega vrednost zavarovane terjatve (kar je lahko že, če presega 150 % terjatve). Tak pravni posel namreč nasprotuje dobrim običajem (*sittenwidriges Rechtsgeschäft*) v smislu čl. 138 BGB (Monti et al., 1997, str. 888; Vrenčur, Knez, 2000, str. 407; Palandt et al., 2004, str. 143 oz. komentar čl. 138/97; str. 1418 oz. komentar čl. 930/23). Ne glede na določbo 5. člena Uredbe 1346/2000 se celo v razmerjih znotraj EU upnik s preveč zavarovano terjatvijo izpostavlja nevarnosti, da bo nemško sodišče sklicujoč se na pridržek javnega reda iz 26. člena Uredbe 1346/2000, takšno pogodbo o zavarovanju spoznalo za nično (Bütter, 2002, 3.D.2.b.2.đ; isti vir, tudi Conclusion.7).

da je za pravno dejanje, ki je predmet izpodbijanja, odločilno pravo druge države, po katerem sporno dolžnikovo pravno dejanje v nobenem primeru ni sporno (*Kumulationslösung*). Pravilo je praktično identično s pravilom 13. člena Uredbe 1346/2000 (gl. str. 68)¹³⁵.

Na pravico upnika, da uveljavlja pobotanje, začetek stečajnega postopka ne vpliva, če je bil v trenutku začetka upravičen uveljavljati pobotanje po pravu, ki je veljalo za terjatev insolvenčnega dolžnika, zoper katero upnik uveljavlja pobotanje¹³⁶.

4.3.2. Francija

V Franciji je bil od leta 1985 do 2005 insolvenčni postopek dejansko enoten. Zakon sicer ni poznal samo enega postopka, toda razen v očitno brezupnih primerih se je insolvenčni postopek začel s fazo opazovanja (*période d'observation*). V tej fazi naj bi upravitelj (*administrateur judiciaire*) ugotovil, ali obstajajo možnosti za sanacijo podjetja¹³⁷. Če je podjetje mogoče rešiti, poteka postopek naprej kot sanacijski postopek (*redressement judiciaire*), sicer pa kot stečajni postopek (*liquidation judiciaire*).

Več novosti je prinesla sprememba zakonodaje, ki je pričela veljati leta 2006. Med drugim je zakonodajalec uvedel še tretji tip sodnega postopka, *procédure de sauvegarde*¹³⁸. Po zgledu ameriške *reorganisation* lahko podjetja v težavah predlagajo začetek postopka *sauvegarde* tudi že pred nastopom neplačevitosti. Tudi z začetkom tega postopka nastopita moratorij ter faza opazovanja. Postopek se načeloma zaključi s sprejemom načrta (*plan de sauvegarde*). Če se dolžnik ne drži načrta ali postane plačilno nesposoben, lahko sodišče začne stečajni postopek (Gaillot, 2006, str. 11).

Poleg naštetih postopkov v Franciji poznajo še *mandat ad hoc* in *procédure de conciliation*¹³⁹. Postopka sta preventivne narave. Potekata pretežno zunajsodno, moratorija ni. Namenjena sta oblikovanju dogovora o reprogramu obveznosti s pomembnimi upniki v fazi, ko podjetje še ni plačilno nesposobno.

¹³⁵ Kritično glede tega npr. že omenjeni Zeeck, 2003, str. 69; prim. Flessner, 1997, str. 9; Veder, 2003, str. 315. Osnutek zakona, ki ga je pripravila nemška zvezna vlada, je bil izpodbijanju bolj naklonjen, vendar vlada ni želela, da bi po določbah avtonomnega prava veljali milejši pogoji za izpodbijanje kot v postopkih proti dolžnikom s središčem glavnih interesov znotraj EU (Veder, 2003, str. 324; Smid, 2004, str. 185; prim. tudi Flessner, 1997, str. 9). Pri kolizijskih pravilih o pravu, ki se uporablja v zadevah izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom, se je po Uredbi 1346/2000 zgledovala tudi Avstrija (Schumacher, 2004, str. 39).

¹³⁶ Čl. 338 InsO; v. Wilmsky (1998) se je zavzemal za nekoliko drugačno rešitev: pravica do uveljavljanja pobotanja se presoja samo *de lege causae* (str. 348). Omejitve te pravice v insolvenčnih postopkih pa naj načeloma ureja *lex fori concursus* (str. 351); enako Huber, 2002, op. 48; Ehrlicke, Ries, 2003, str. 316. Gl. tudi Garašič, 2005, str. II/272-275. Prim. tudi str. 26.

¹³⁷ Faza opazovanja traja praviloma do 12 mesecev (gl. čl. L621-3 CC in nasl.). Sanacijski načrt lahko predvideva nadaljevanje pravne kontinuitete dolžnika (*plan de continuation*) ali pa prodajo (skoraj) celotnega podjetja tretji osebi (*plan de cession*). Pred novelo v letu 2006 je veljalo, da je prodaja podjetja kot celote vrsta sanacije. Po novem velja, da izdelava *plan de cession* poteka v okviru sanacijskega postopka, njegova izvršitev pa v okviru stečajnega postopka (Marshall et al., 2004 in 2005, str. 10/11).

¹³⁸ Čl. L620-1 CC in nasl. Številne določbe, ki urejajo *sauvegarde*, se uporabljajo tudi v drugih dveh postopkih (gl. čl. L631-18, čl. L631-19, čl. L631-21, čl. L641-14 CC).

¹³⁹ Čl. L611-1 CC in nasl.

4.3.2.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Zavarovani upniki so sicer v privilegiranem položaju v primerjavi z nezavarovanimi, vendar je pot do poplčila razmeroma težavna. Z začetkom kateregakoli insolvenčnega postopka nastopi moratorij in med fazo opazovanja je dolžnikovo premoženje praktično zamrznjeno¹⁴⁰. Ko je ta faza končana, se postopek lahko nadaljuje in konča na tri načine: (a) s potrditvijo sanacijskega načrta, (b) s prodajo dolžnikovega podjetja oziroma njegovega večjega dela, oz. (c) s stečajem. V nobenem od naštetih primerov zavarovani upnik ne more sam prodati premoženja, na katerem ima zastavno pravico. Toda tudi upravitelj prodaja premoženje po posameznih predmetih le v stečaju¹⁴¹, a še v tem primeru so pred zavarovanim upnikom poplačani t. i. »superprivilegirani« upniki¹⁴².

Če se izkaže, da obstajajo možnosti za dolžnikovo sanacijo, se postopek nadaljuje kot *redressement judiciaire*. Francoska ureditev pozna pravilo, ki je v Evropi *unicum*: o načrtu reorganizacije (*plan de continuation*), ki ga pripravi upravitelj, ne glasujejo upniki, temveč o njem odloča sodišče, ki pri tem upošteva načelo enakega obravnavanja upnikov¹⁴³. Načrt reorganizacije na položaj vseh upnikov, tudi zavarovanih, vpliva predvsem tako, da določa odlog plačila, medtem ko je znižanje plačil mogoče samo s pristankom prizadetega upnika¹⁴⁴. Zavarovani upniki v vsakem primeru obdržijo zastavno pravico. Če se proda celotno dolžnikovo podjetje oziroma del, ki je celota, sodišče določi, kolikšna je bila vrednost posameznih predmetov, na katerih so imeli upniki zastavne pravice. Zavarovani upniki v tem primeru dobijo sorazmeren delež kupnine.

Izločitveni upniki imajo trden pravni položaj. V treh mesecih od objave odločbe o začetku postopka lahko stvar zahtevajo nazaj ali uveljavljajo plačilo njene vrednosti pred vsemi drugimi upniki¹⁴⁵.

4.3.2.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Tudi v Franciji upniki načeloma niso sami aktivno legitimirani za vložitev tožbe na izpodbijanje pravnih dejanj, vendar sodna praksa dopušča možnost, da vložijo civilnopravno *actio Pauliana* po 1167. členu CC (Fletcher, 1999, str. 347, op. 60; McBryde

¹⁴⁰ Izjemoma lahko premoženje vseeno prodaja upravitelj, vendar je tudi v tem primeru izkupiček do konca faze opazovanja deponiran pri posebni finančni organizaciji v državni lasti – *Caisse des Dépôts et Consignations* (čl. L622-8 CC). Za komentar gl. Gdanski, 2004, str. 83-86.

¹⁴¹ Resda je v praksi to daleč najpogostejši razplet insolvenčnega postopka. S stečajem se je v preteklosti končalo 90 % primerov (Jahn, Sahm, 2004, str. 189).

¹⁴² Gre predvsem za plače delavcev v zadnjem obdobju pred začetkom insolvenčnega postopka. Gl. čl. L622-17 CC. Prim. tudi čl. L611-11 CC. Pred letom 2006 je stari čl. L621-32 CC določal več »superprivilegijev«.

¹⁴³ Gl. tabelo v Marshall et al., 2004, str. 29/12-29/17. Pred letom 2006 so lahko upniki zgolj izrazili mnenje, toda sodišče se nanj pogosto ni oziralo (McBryde et al., 2003, str. 297). Po novi ureditvi se lahko v sanacijskem postopku oblikujeta dva upniška odbora, ki glasujeta o predlaganem načrtu. Če sta bila odbora oblikovana in sta glasovala za načrt, sodišče lahko samó potrdi ali (če ne varuje interesov manjšine upnikov) zavrne načrt, spremeniti ga ne sme. Enako velja v *procédure de sauvegarde* (gl. čl. L626-30 CC in nasl.), vendar sta v tem postopku upniška odbora obvezna.

¹⁴⁴ Roki so lahko zelo dolgi. McBryde in drugi (2003, str. 293) omenjajo redke primere, ko je bil določen celo rok, daljši od 25 let. Praviloma je določeno plačevanje na obroke in rok ni daljši od 10 let (čl. L626-12 CC). Spodbudo za upnike, da sprejmejo znižanje plačila, ponavadi predstavlja znatno krajši rok plačila v tem primeru.

¹⁴⁵ Čl. L624-9 CC.

et al., 2003, str. 282). Aktivno legitimacijo imajo upravitelji, *commissaire à l'exécution du plan*¹⁴⁶ ter državni tožilec (*ministère public*)¹⁴⁷.

Francosko pravo razlikuje med dejanji, ki so izpodbojna ne glede na to, ali je bilo nasprotniku izpodbijanja znano stanje plačilne nesposobnosti pri dolžniku, ter takšnimi, kjer mora tožnik to dokazati¹⁴⁸. V prvo skupino sodijo neodplačna razpolaganja s premoženjem, plačila obveznosti pred dospelostjo, plačila dospelih obveznosti na neobičajen način in ustanovitev zastavne pravice v zavarovanje terjatev, ki so obstajale že prej. V drugo skupino sodijo vsa plačila in vsi dolžnikovi pravni posli, storjeni v škodo ostalih upnikov.

Obdobje (*période suspecte*; ang. *suspect period*), znotraj katerega so dejanja lahko izpodbojna, določi stečajno sodišče. Začne se takrat, ko je dolžnik postal nezmožen poravnati tekoče obveznosti iz svojih likvidnih sredstev, vendar največ 18 mesecev pred začetkom insolvenčnega postopka¹⁴⁹. Izjemoma se lahko začetek tega obdobja določi celo do 24 mesecev pred začetkom insolvenčnega postopka, kadar gre za neodplačna razpolaganja¹⁵⁰.

4.3.2.3. Pobotanje

V francoskem pravu pobotanje nastopi avtomatično (*compensation légale*), kadar so izpolnjeni pogoji zanj¹⁵¹; izjava o pobotu takrat ni potrebna. Če se to zgodi pred začetkom insolvenčnega postopka, upniku terjatve ni treba uveljavljati v insolvenčnem postopku. Nasprotno je pobotanje, če so pogoji izpolnjeni šele po začetku insolvenčnega postopka, dovoljeno le tedaj, če gre za terjatvi, ki izvirata iz istega (krovnega) razmerja – koneksni terjatvi (*dettes connexes*)¹⁵².

4.3.2.4. Mednarodno insolvenčno pravo

Mednarodna pristojnost francoskih sodišč je *ex lege* predvidena v dveh primerih: kadar ima dolžnik v Franciji sedež (*siège*) ali glavno središče interesov (*centre principal de ses intérêts*)¹⁵³. Sporno je, ali za insolvenčni postopek velja načelo univerzalnosti ali načelo teritorialnosti (prim. op. 65). Če hkrati poteka en ali več insolvenčnih postopkov v tujini, je francoski postopek vsekakor teritorialne narave in zajema le premoženje dolžnika, ki se nahaja v Franciji. Koncepta sekundarnih ali pomožnih postopkov avtonomno pravo sicer

¹⁴⁶ Tudi to je nevtralen pooblaščenec sodišča, ki nadzoruje izpolnjevanje potrjenega sanacijskega načrta; pogosto pred potrditvijo sodeluje v postopku kot upravitelj (čl. L626-25 CC).

¹⁴⁷ Čl. L632-4 CC; gl. tudi čl. L641-14 CC.

¹⁴⁸ Čl. L632-1 CC in nasl.

¹⁴⁹ Uprava dolžnika naj bi sicer v 45 dneh (čl. L631-4 CC, L640-4 CC; pred letom 2006 v samo 15 dneh) od nastopa nelikvidnosti predlagala začetek insolvenčnega postopka. Kadar izpolni to obveznost, *période suspecte* traja le kratek čas, seveda pa se uprava temu v mnogih primerih izogiba (McBryde et al., 2003, str. 246 in 282; Gdanski, 2004, str. 82).

¹⁵⁰ Čl. L632-1 CC.

¹⁵¹ Terjatvi morata biti določeni, likvidni in zapadli.

¹⁵² Čl. L622-7 CC.

¹⁵³ Sodna praksa je mednarodno pristojnost v insolvenčnih zadevah v preteklosti razširila tudi na primere, ko je tuji dolžnik v Franciji opravljal gospodarsko aktivnost (Cross-Border Insolvency, 2003, str. 108), imel v Franciji premoženje (Marshall et al., 2004, str. 10/39) ali, v skladu s čl. 15 CCiv, celo, kadar so bili upniki francoski državljani (Kessedjian, 2004, str. 177). Od spremembe zakona v letu 1985 naprej naj bi bila možnost tako širokega razlaganja mednarodne pristojnosti izključena (Kessedjian, 2004, str. 178).

ne pozna (Cross-Border Insolvency, 2003, str. 108). Če francoska sodišča niso mednarodno pristojna, je edina pot do kolektivne izvršbe na dolžnikovo premoženje v Franciji na temelju priznanja tuje sodne odločbe.

Za materialnopravna vprašanja velja predvsem *lex fori concursus* (Kessedjian, 2004, str. 181). Vendar glede stvarnih pravic načeloma velja *lex rei sitae*. Toda zavarovanje, ustanovljeno v tujini, lahko upnik uveljavlja v Franciji, če je veljavno nastalo po predpisih tuje države, kjer se je predmet zavarovanja nahajal ob ustanovitvi zavarovanja in če obenem izpolnjuje pogoje za enako ali zelo primerljivo vrsto zavarovanja v francoskem pravu¹⁵⁴. Francoska ureditev ni naklonjena neposestni zastavni pravici (prim. tabelo 2, str. 32). Neposestnih oblik zavarovanja, ki so v nasprotju s francoskimi predpisi, sodišča ne priznajo, če se zavarovana stvar znajde na francoskem ozemlju; tuji upnik, ki želi terjatev zavarovati z neposestno zastavno pravico na tovornjaku, se mora torej prepričati, ali dolžnik pogosto vozi v Francijo. Dokler je stvar v tujini, velja *lex rei sitae* (Niggemann, Blenske, 2003, str. 474; Kessedjian, 2004, str. 177). Dogovor o pridržku lastninske pravice učinkuje proti tretjim v insolvenčnem postopku v Franciji samo, če izpolnjuje pogoje po francoskem pravu (Kirchhof et al., 2003, str. 966; prim. Niggemann, Blenske, 2003, op. 58).

Za zavarovanja na terjatvah velja *Rimska konvencija*; njen 12. člen določa, da za razmerje med upnikom iz pogodbe o zavarovanju ter dolžnikom iz temeljnega posla velja *lex causae*. V skladu s pravili splošnega dela konvencije se stranke lahko dogovorijo tudi drugače. Ni jasno, ali to velja tudi za ugovore tretjih oseb, ki se želijo poplačati iz terjatve, ki je predmet zavarovanja¹⁵⁵. *Situs* imenskih vrednostnih papirjev je kraj njihovega izdajatelja; prinosniški vrednostni papirji se obravnavajo kot premične stvari (Kessedjian, 2004, str. 169).

Pri odločanju v zadevah izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj se prav tako uporablja francosko pravo (Niggemann, Blenske, 2003, str. 477-478; Kessedjian, 2004, str. 180).

Dopustnost pobotanja v francoskem insolvenčnem postopku se presoja predvsem po francoskem pravu (Kessedjian, 2004, str. 181). Več avtorjev zagovarja, da mora biti pobotanje kumulativno dopustno po pravu, ki velja za terjatev, proti kateri se uveljavlja pobotanje, in tudi *de lege fori concursus* (Niggemann, Blenske, 2003, str. 476; op. 60). Razumljivo je, da se sam obstoj obeh terjatev presoja *de lege causae* (Kirchhof et al., 2003, str. 966).

Priznanje tujih sodnih odločb v insolvenčnih zadevah ni avtomatično, temveč se zahteva odločba o priznanju (*exequatur*). Priznanje tujih odločb splošno ureja čl. 509 NCPC. V postopku priznanja sodišče ne opravlja meritorne presoje, seveda pa tudi francoska sodišča ne priznajo tujih odločb, ki so v nasprotju s francoskim javnim redom. Po priznanju

¹⁵⁴ Možno je »predevanje« (*transposition*; Kessedjian, 2004, str. 171-173; prim. Vrenčur, Knez, 2000, op. 106).

¹⁵⁵ Kessedjian (2004, str. 168) sicer navaja, da je tradicionalno stališče sodne prakse, da za ta vprašanja velja *lex causae*. O Rimski konvenciji gl. tudi op. 176.

tuje odločbe ima ta na francoskem ozemlju učinke, ki ji gredo po pravu države, kjer je bila izdana.

4.3.3. Anglija

Angleško insolvenčno pravo je ohranilo razlikovanje med stečajem (*liquidation*) in sanacijo podjetja, čeprav osnovne stečajne in sanacijske postopke ureja isti predpis, *Insolvency Act* iz leta 1986. Rešitvi podjetja sta namenjena zlasti dva postopka: sanacijski postopek¹⁵⁶ (*administration*) in poravnava (*company voluntary arrangement*). Poravnava je glede poteka in učinkov primerljiva s klasično kontinentalno poravnavo (prim. str. 17). Sanacijski postopek je bolj temeljito zasnovana alternativa, ki dopušča ukrepe različnih vrst za to, da se po možnosti ohrani dolžnikovo podjetje ali vsaj njegov pomemben del¹⁵⁷.

Do nedavnih reform je bil eden od bolj pogostih postopkov¹⁵⁸ nad plačilno nesposobnimi trgovinskimi družbami v Angliji prisilna uprava (*administrative receivership*). To ni klasičen insolvenčni postopek, saj je v prvi vrsti namenjen poplačilu konkretnega upnika (gl. razdelek 4.3.3.1.). Zato se kaže kot sporno, ali je ta postopek mogoče uvrstiti med insolvenčne postopke¹⁵⁹.

4.3.3.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

»Če je bil ameriški bankir zelo zelo dober, bo šel po smrti v Združeno kraljestvo.« (Finch, 2002, str. 198.) Upnik lahko v primeru stečaja nad dolžnikom angažira pooblaščenca, ki bo zanj unovčil predmet zavarovanja¹⁶⁰. Nedavne reforme, zlasti precejšnja omejitev pravice upnikov, da v sanaciji imenujejo prisilnega upravitelja (*administrative receiver*)¹⁶¹, so izredno močan položaj zavarovanih upnikov zunaj stečaja oslabile. Ne glede na to pa angleška ureditev ostaja razmeroma prijazna do zavarovanih upnikov.

¹⁵⁶ Prevode imen vseh treh insolvenčnih postopkov sem izpeljal iz pomensko bližjih nemških prevodov v Kirchof et al., 2003, str. 937-943: *Sanierungsverfahren*, *Vergleichsverfahren*, *Zwangsverwaltung*; glede *administrative receivership* enako Longyka et al. Rodin (2005, str. 193) uporablja tudi izraz pogodbena prisilna uprava (*verträgliche Zwangsverwaltung*), saj upravičenje za njeno uvedbo izhaja iz (zastavne) pogodbe.

¹⁵⁷ Do nedavnega so podjetja v težavah hkrati predlagala oba postopka, ker so tako lahko združili prednosti obeh. Prednost poravnave je v tem, da jo lahko predlaga tudi dolžnik, ki še ni nelikviden; postopek je enostaven in manj formalne narave. Po drugi strani je bila prednost sanacijskega postopka, da je njegov začetek avtomatično pomenil nastop moratorija. Po reformi iz leta 2002 je moratorij za manjša podjetja mogoč tudi v postopku poravnave (IA, pril. A1, čl. 2-4). Za primerjavo med postopkoma gl. Rodin, 2005, str. 194-197.

¹⁵⁸ Gl. Finch, 2002, str. 280; Jungmann, Bisping, 2003, op. 11. Omenjena vira navajata, da je bilo pred reformo v letu 2002 zelo malo sanacijskih postopkov (*company voluntary arrangement* ter *adiministration*): Finch omenja manj kot 1 %, Jungmann in Bisping pa 3 % vseh insolvenčnih postopkov.

¹⁵⁹ Prim. Finch, 2002, str. 16-17; gl. tudi aneks A k Uredbi 1346/2000, ki tega postopka ne navaja med insolvenčnimi postopki v smislu Uredbe.

¹⁶⁰ Če je terjatev zavarovana s hipoteko (*mortgage*) ali klasično zastavno pravico (*pledge*), ima upnik že po zakonu določena upravičenja glede prodaje. Če je terjatev zavarovana s *charge*, morajo biti ta upravičenja dogovorjena s pogodbo; v praksi skoraj vedno so (Bridge, Stevens, 2004, str. 33-34). O razliki med *pledge*, *mortgage* in *charge* gl. isti vir, str. 17-26; Paul, Montagu, 2003, str. 191-193.

¹⁶¹ To lahko še vedno storijo upniki, v korist katerih je bila flotantna zastavna pravica ustanovljena pred 15. 9. 2003. V praksi bo trajalo še desetletja, preden bodo vse flotantne zastavne pravice, ustanovljene pred 15. 9. 2003, ugasnile. Še naprej pa lahko prisilnega upravitelja imenujejo upniki v izjemnih primerih po čl. 72B-72G IA, med katere sodijo npr. nekateri primeri kreditiranja finančnega sektorja ali projektnega financiranja.

Zavarovani upnik je v manj ugodnem položaju, če je nad dolžnikom začet sanacijski postopek, pri majhnih podjetjih pa tudi v primeru poravnave. V teh primerih z vložitvijo predloga za začetek postopka nastopi moratorij na vse postopke upnikov proti dolžniku, vključno z unovčenjem zavarovanja s strani zavarovanih upnikov. Ta ravnanja lahko upniki opravljajo le s soglasjem upravitelja ali sodišča¹⁶². Stvarne pravice zavarovanih upnikov so med moratorijem nedotaknjene. Upravitelj lahko obremenjeno premoženje sicer odtuji, če je to v interesu ohranitve podjetja, vendar je izkupiček namenjen najprej za poplačilo zavarovanih upnikov¹⁶³.

Nekateri upniki s flotantno zastavno pravico imajo tudi po omenjenih reformah še vedno zelo ugoden položaj, saj lahko z imenovanjem prisilnega upravitelja uveljavijo nekakšen veto na začetek vseh sanacijskih postopkov. Ker prisilnega upravitelja največkrat imenujejo sami, mimo sodišča, imajo tudi velik vpliv na postopek prodaje dolžnikovega podjetja ali premoženja. Prisilni upravi navadno sledi stečaj. V primerih, ko upniki s flotantno zastavno pravico po letu 2003 ne morejo več imenovati prisilnega upravitelja, pa imajo po novem pravico predlagati začetek sanacijskega postopka¹⁶⁴.

Pri vrstnem redu poplačila zavarovane upnike vedno bremenijo stroški unovčenja njihovega zavarovanja. Nato se prednostno poplačajo zavarovani upniki s pravico na *določenem* predmetu dolžnikovega premoženja. Za njimi so na vrsti privilegirani upniki (splošni stroški postopka, nekatere terjatve zaposlenih) in šele na četrtem mestu upniki s flotantno zastavno pravico. Zato samostojen dogovor o ustanovitvi flotantne zastavne pravice v praksi ni pogost. Za upnike najbolj ugodna rešitev je kombinacija zastavne pravice na točno določenih predmetih dolžnikovega premoženja (*fixed charge* ali *mortgage*), kar varuje njihov vrstni red na teh predmetih, ter flotantne zastavne pravice na vsem dolžnikovem premoženju, kar jim daje prej opisana postopkovna upravičenja.

Na položaj upnikov, ki imajo lastninsko pravico na stvari v dolžnikovi posesti, nastop insolvenčnih postopkov ne vpliva. Vendar moratorij v postopkih sanacije oziroma poravnave tudi tem upnikom preprečuje vse procesne aktivnosti.

4.3.3.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Aktivno legitimiran je samo upravitelj¹⁶⁵, ki lahko dolžnikova pravna dejanja izpodbija na dveh temeljih:

A. Razpolaganja pod vrednostjo (*transactions at an undervalue*; čl. 238 IA) so izpodbojna, če so bila storjena v zadnjih dveh letih pred nastopom insolventnosti.

B. Dejanja privilegiranja upnikov (*preference*; čl. 239 IA) so vsa dolžnikova dejanja, zaradi katerih je določen upnik v insolvenčnem postopku v boljšem položaju, kot bi bil sicer.

¹⁶² IA, pril. B1, čl. 43.

¹⁶³ IA, pril. B1, čl. 73.

¹⁶⁴ Jungmann, Bisping, 2003, str. 933 in op. 91; prim. IA, pril. B1, čl. 14/2.

¹⁶⁵ Pač pa lahko vsak upnik (*victim of the transaction*) – tudi izven insolvenčnih postopkov – sproži tožbo na izpodbijanje dejanj oškodovanja upnikov (čl. 423-425 IA). Vendar mora tožnik dolžniku dokazati namen odtujevanja oziroma prikrievanja premoženja zaradi oškodovanja upnikov. Glede na to je praktični pomen te tožbe razmeroma majhen (McBryde et al., 2003, str. 222; gl. tudi Fletcher, 1999, str. 347).

Pogoj za uspešno izpodbijanje je, da se dolžniku dokaže namen privilegiranja upnika. Izpodbojna so dejanja, storjena v zadnjih šestih mesecih pred nastopom insolventnosti¹⁶⁶. Za povezane osebe je to obdobje daljše: dve leti. Poleg tega se v tem primeru domneva dolžnikov namen. Ustanovitev flotantne zastavne pravice v zadnjem letu pred nastopom insolventnosti, v primeru povezanih oseb pa v zadnjih dveh letih, je izpodbojna, razen če je bila ustanovljena v zavarovanje novega kredita¹⁶⁷.

V obeh primerih je pogoj za uspešno izpodbijanje tudi, da je dolžnik v času razpolaganja plačilno nesposoben ali je zaradi razpolaganja zašel v položaj plačilne nesposobnosti. V primeru razpolaganj pod vrednostjo se domneva, da je ta zahteva izpolnjena, če gre za povezane osebe¹⁶⁸.

4.3.3.3. Pobotanje

Če so vzajemne terjatve zapadle *pred* začetkom stečajnega postopka, veljajo v stečaju avtomatično za pobotane¹⁶⁹. Angleško pravo pogreša določbo, ki bi preprečila pobotanje upniku, ki je terjatev do dolžnika pridobil s cesijo, potem ko je že vedel za dolžnikove težave (McBryde et al., 2003, str. 224).

V postopkih sanacije in poravnave moratorij ne vpliva na pravico do uveljavljanja pobotanja. Avtomatičnega pobotanja kakor v stečajnem postopku ni (Finch, 2002, str. 439; McBryde et al., 2003, str. 224).

4.3.3.4. Mednarodno insolvenčno pravo

Združeno kraljestvo naj bi v letu 2006 prevzelo določbe MZMIP¹⁷⁰. Vprašanje mednarodne pristojnosti za začetek insolvenčnih postopkov ter priznavanja tujih sodnih odločb bo v angleškem avtonomnem pravu poslej urejeno po zgledu MZMIP, ki ga podrobneje opisujem v petem poglavju. Modelni zakon mednarodno pristojnost določa posredno (gl. str. 71). Angleška sodišča pa bodo glede mednarodne pristojnosti še naprej lahko delovala tudi po obstoječem pravu. Po njem so doslej imela široke pristojnosti za začetek insolvenčnih postopkov nad tujimi dolžniki. Angleška ureditev je tradicionalno naklonjena priznavanju tujih odločb v insolvenčnih zadevah¹⁷¹.

MZMIP ne vsebuje kolizijskih pravil. V tem pogledu bo torej obstoječa ureditev nespremenjena veljala naprej. V insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom sodišča uporabljajo angleško pravo ne le glede postopkovnih, pač pa tudi glede večine

¹⁶⁶ Čl. 240 IA; v primeru sanacijskega postopka se šteje, da insolventnost nastopi z vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka, v primeru stečaja pa, da nastopi z začetkom stečaja (*the date of the commencement of the winding up*).

¹⁶⁷ Čl. 238 IA.

¹⁶⁸ Čl. 240 IA.

¹⁶⁹ Pravilo 4.90 IR.

¹⁷⁰ Pravna podlaga za to je čl. 14 *Insolvency Act* 2000. Gl. *Developments in Insolvency Law*, 2005, t. 2; gl. tudi <http://www.insolvency.gov.uk>. Na tej spletni strani sem 20. marca 2006 zasledil podatek, da naj bi Modelni zakon v Združenem kraljestvu pričel veljati 6. aprila 2006. Žal potrditve tega podatka do oddaje magistrskega dela nisem dobil. V vsakem primeru je velika verjetnost, da se bo to zgodilo v letu 2006.

¹⁷¹ Za temeljit pregled angleške avtonomne ureditve pred sprejemom določb Modelnega zakona gl. Fletcher, 1999, str. 123-184; za povzetek gl. *Cross-Border Insolvency*, 2003, str. 99-105, Kirchhof et al., 2003, str. 947-948. Gl. tudi čl. 426 IA.

materialnopravnih vprašanj (Fletcher, 1999, str. 152). Sodna praksa se je že izjasnila, da se pri vprašanju dopustnosti pobotanja uporablja samo angleško pravo¹⁷². V literaturi je zaslediti, da se angleško pravo uporablja tudi v zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj¹⁷³.

Med redke izjeme¹⁷⁴ sodi veljavnost stvarnih pravic, kjer *načeloma* velja *lex rei sitae*¹⁷⁵. Odločilen je trenutek ustanovitve zavarovanja. *Situs* nematerialnega premoženja (*chose in action*) je tam, kjer se da izterjati pravico; *situs* terjatve torej po večinskem mnenju v državi, kjer je dolžnik rezident¹⁷⁶. Za prinosniške papirje velja *lex rei sitae (lex situs cartae)*; tudi v tem primeru je bistven trenutek ustanovitve zavarovanja (Bridge, Stevens, 2004, str. 216). Glede delnic sta se v sodni praksi devetdesetih let 20. stoletja izoblikovali dve različni navezni okoliščini: (a) kraj inkorporacije izdajatelja, če delnice ne glasijo na prinosnika, ali (b) kraj, kjer se delnice nahajajo, če glasijo na prinosnika (prim. str. 39). Če je delniška knjiga v tretji državi, se ponuja rešitev, da je merodajno pravo te tretje države. Vendar se mora sodna praksa glede tega še izreči (Bridge, Stevens, 2004, str. 217).

4.3.4. Švica

Insolvenčno pravo v Evropi v zadnjem času zaznamuje trend povečevanja možnosti za sanacijo podjetij v krizi. Švicarsko insolvenčno pravo je v tem pogledu še razmeroma konservativno. Dolžnik v finančnih težavah lahko upnikom preko sodišča predlaga sklenitev dogovora o poravnavi oz. popuščanju (*Nachlassvertrag*) po 11. poglavju SchKG; poudarek je na reprogramu obveznosti, ne na celoviti reorganizaciji. Kot nekakšna prostovoljna *missio in bona debitoris* je mogoča tudi poravnava z odstopom premoženja

¹⁷² Gl. Bridge, Stevens, 2004, str. 220. Dopustnost pobotanja *zunaj stečaja* v zadevah z mednarodnim elementom novejša angleška sodna praksa presoja *de lege causae* (v. Wilmsky, 1998, str. 347).

¹⁷³ Gl. Bridge, Stevens, 2004, str. 221; Fletcher, Anderson, 2004, str. 279. V 80-ih letih se je sicer zdelo, da bo to vprašanje v Združenem kraljestvu izrecno in enotno urejeno z zakonom, do česar potem ni prišlo (Fletcher, Anderson, 2004, str. 280-281). Prim. tudi Moss, 2002a, t. 38.

¹⁷⁴ Te izjeme našteva Bütter (2002, 1.B.). Poleg vsebine stvarnih pravic se po tujem pravu presojata npr. veljavnost pogodbe in pravni status stečajnega dolžnika oziroma njegovih zastopnikov.

¹⁷⁵ Gl. Bütter, 2002, 1.B. Angleška sodišča priznajo tudi pravico, veljavno pridobljeno po angleškem pravu, čeprav je stvar v tujini (tako npr. flotantna zastavna pravica, ki zajema vsa dolžnikova vozila, kadarkoli bodo pridobljena, v primeru stečaja »kristalizira« in zajema tudi kasneje kupljeni avto v Franciji, čeprav avto nikoli ni vozil po angleških cestah in čeprav zastavna pravica na njem po francoskem pravu nikoli ni bila ustanovljena). Vendar je določene vrste stvarnih zavarovanj po angleškem pravu treba registrirati v registru gospodarskih družb (*companies registry*; CA čl. 395). Fletcher (1999, str. 157) omenja primer *Weldtech Equipment*, v katerem je angleško sodišče odločilo, da je *podaljšani* pridržek lastninske pravice (predmet pridržka lastninske pravice je bil že prodan in je upnik uveljavljal pravico na terjatvi iz naslova kupnine), sicer veljavno ustanovljen po nemškem pravu, neučinkovit proti tretjim osebam, ker ni bil ustrezno registriran.

¹⁷⁶ V angleški teoriji je sporno, ali se pravo, po katerem se presojajo lastninski učinki odstopa terjatve v zavarovanje, izbere tako, da se določi *situs* terjatve in ravna dalje po pravu »kraja terjatve«, ali pa iz določb *Rimske konvencije* o pravu, ki se uporablja za pogodbene obveznosti iz leta 1980. 12. člen RK določa, da se medsebojne obveznosti odstopnika in prevzemnika presojajo po pravu, ki velja za njuno pogodbo, medtem ko dopustnost odstopa terjatve ter dolžnikov položaj določa pravo, ki velja za pogodbo med odstopnikom in dolžnikom. Ali je to pravilo mogoče razlagati, da se tudi za presojo stvarnopravnih učinkov odstopa terjatve v zavarovanje uporablja pravo pogodbe, ki je predmet zavarovanja, je vprašljivo. Ti učinki niso pomembni samo med strankama pogodbe o zavarovanju, temveč tudi za tretje, ki se želijo poplačati iz terjatve, ki je predmet zavarovanja. Povrh tega se Rimska konvencija ne uporablja za vse tipe pogodb. Kljub temu ima opisano stališče svoje zagovornike. V mnogih primerih sicer oba pristopa vodita do izbire istega prava. V zvezi s tem gl. Krupski, 2002, str. 746-753; Bridge, Stevens, 2004, str. 126-130 in str. 213-216.

(*Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung*)¹⁷⁷. Po drugi strani se lahko dolžnik zelo hitro znajde v stečaju. Če namreč dolžnik ni sposoben izpolniti plačilnega naloga (*Zahlungsbefehl*), ki ga na upnikov predlog izda Urad za izterjavo (*Betreibungsamt*), in zoper plačilni nalog tudi ne vloži ugovora, urad praviloma takoj začne stečajni postopek, ne da bi preverjal obstoj nelikvidnosti ali prezadolženosti, dveh klasičnih pogojev za začetek stečajnega postopka v primerjalnem pravu¹⁷⁸.

4.3.4.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Ločitveni upniki v Švici sicer ne morejo sami prodati stvari, na kateri imajo zastavno pravico, toda njihov položaj je ugoden. Stečajni postopek je izrazito usmerjen v unovčenje dolžnikovega premoženja in poplačilo upnikov in je relativno hiter (Bürgi, 2004, str. 100). Zastavni upniki so iz vrednosti zastavljenega premoženja poplačani pred vsemi ostalimi upniki¹⁷⁹. Prodajalec s pridržkom lastninske pravice ima v stečaju kupca izločitveno pravico¹⁸⁰.

V primeru začetka postopka poravnave oz. popuščanja (*Nachlassverfahren*) lahko nastopi moratorij (*Stundung*), med katerim postopki proti dolžniku praviloma mirujejo¹⁸¹. Upniki, ki imajo terjatev zavarovano z nepremičnino, lahko kljub temu začnejo izvršilni postopek, vendar med moratorijem ne morejo zahtevati unovčenja, kar je druga faza postopka¹⁸². Sklenjena poravnava ne vpliva na njihovo pravico do ločenega poplačila¹⁸³.

4.3.4.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Aktivna legitimacija praviloma pripada upravitelju. Podrejeno pripada tudi upnikom¹⁸⁴.

Švicarsko pravo določa dva roka. Od dejanj, storjenih v zadnjem *letu dni* pred začetkom stečajnega postopka, so vselej izpodbojna neodplačna razpolaganja s premoženjem¹⁸⁵. Le v primeru, da je bil znotraj tega roka dolžnik že prezadolžen, sta izpodbojna tudi ustanovitev zastavne pravice za od prej obstoječi dolg ter plačilo zapadlega dolga na neobičajen način. Plačilo dolga pred zapadlostjo je prav tako izpodbojno, vendar ima nasprotnik izpodbijanja možnost, da se razbremeni obveznosti vračila, če dokaže, da za dolžnikovo prezadolženost ni vedel niti ni bil dolžan vedeti¹⁸⁶. Znotraj strožjega, *petletnega* roka pred začetkom stečajnega postopka so izpodbojna dejanja, ki jih je dolžnik storil z namenom oškodovati upnike ali določene upnike postaviti v privilegiran položaj¹⁸⁷.

¹⁷⁷ Čl. 317 SchKG in nasl.

¹⁷⁸ Tudi plačilna nesposobnost je sicer stečajni razlog (čl. 190, 191 SchKG). O stečajnih razlogih gl. npr. Puharič, 2004, str. 153-154; Gale-Robežnik, Kruhar-Puc, 2005, str. 88-90.

¹⁷⁹ Čl. 219 SchKG.

¹⁸⁰ Čl. 242 SchKG.

¹⁸¹ Moratorij naj ne bi trajal skupaj več kot 8 mesecev, vendar lahko traja tudi 26 mesecev; čl. 293, 295 SchKG.

¹⁸² Čl. 297 SchKG.

¹⁸³ Čl. 310 SchKG.

¹⁸⁴ Če je upravitelj mnenja, da je uspeh tožbe na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj malo verjeten, lahko zahtevek odstopi zainteresiranim upnikom. Ti tožbo vodijo na lastne stroške, vendar se iz koristi, če je dosežena, poplačajo pred ostalimi upniki. Presežek vplačajo v stečajno maso (gl. čl. 260 SchKG).

¹⁸⁵ Čl. 286 SchKG.

¹⁸⁶ Čl. 287 SchKG.

¹⁸⁷ Čl. 288 SchKG.

4.3.4.3. Pobotanje

V splošnem je pobotanje dopustno, vendar mora upnik to uveljavljati¹⁸⁸. Izpodbojno je, kadar je tisti, ki uveljavlja pobotanje, terjatev pridobil z namenom sebi ali drugemu omogočiti privilegirani položaj, če se je zavedal plačilne nesposobnosti dolžnika¹⁸⁹.

4.3.4.4. Mednarodno insolvenčno pravo

Švica je bila prva evropska država, ki je razmeroma podrobno izrecno uredila mednarodno insolvenčno pravo (Habscheid, 1998, str. 3)¹⁹⁰.

Mednarodna pristojnost je podana, če ima dolžnik v Švici sedež¹⁹¹. To lahko vodi v pozitivne in negativne kompetenčne konflikte v zadevah, ko druge države mednarodno pristojnost določajo po središču interesov. Če ima tuji subjekt v Švici podružnico, ki je vpisana v sodni register, so švicarska sodišča pristojna tudi za (pomožni) stečajni postopek nad to podružnico¹⁹².

Glavni stečajni postopek, začel v Švici, obsega vse dolžnikovo premoženje, tudi tisto v tujini. Partikularni postopek pa obsega le premoženje v Švici, kar velja tudi za sekundarni postopek, ki se začne po priznanju tuje stečajne odločbe. V sekundarnem postopku so tuji nezavarovani upniki izrazito diskriminirani, saj se iz izkupička najprej poplačajo švicarski upniki ter tuji zavarovani upniki. Le morebitni presežek se izroči tujemu upravitelju¹⁹³.

Značilna je široka uporaba švicarskega prava¹⁹⁴. Pridobitev zastavne pravice se sicer presoja po pravu kraja stvari¹⁹⁵; zastavna pravica, veljavno ustanovljena v tujini, ostane v veljavi, ko se premična stvar znajde v Švici. Vendar je temu, za upnike ugodnemu pravilu, odvzeto veliko moči, ker dejansko velja le za ročno zastavo. Švicarsko pravo je namreč nenaklonjeno neposestni zastavni pravici ter (neposestnemu) prenosu lastninske pravice v zavarovanje (gl. tabelo 2, str. 32). Neposestne oblike zavarovanja, veljavno ustanovljene v tujini, zato ne veljajo, dokler je stvar v Švici (Honsell et al., 1998, str. 2065; Vischer et al., 2004, str. 1103). Glede prevoznih sredstev veljajo posebni predpisi (Vischer et al., 2004, str. 1130-1133).

¹⁸⁸ Čl. 213 SchKG.

¹⁸⁹ Čl. 214 SchKG.

¹⁹⁰ Leta 1987 sprejeti zakon o mednarodnem zasebnem pravu (IPRG) mednarodno insolvenčno pravo ureja v členih 166-175. Švicarski model mednarodnega insolvenčnega prava je vplival na zasnovo Carigrajske konvencije iz leta 1990, ki je bila – čeprav ni nikoli začela veljati – pomemben mejnik v razvoju evropskega mednarodnega insolvenčnega prava (Omar, 2003, str. 157; gl. str. 56).

¹⁹¹ Čl. 21 IPRG v povezavi s čl. 2 IPRG.

¹⁹² Čl. 50 SchKG.

¹⁹³ Čl. 172 in čl. 173 IPRG. Celo izročitev presežka je pogojena s priznanjem tujega razdelitvenega načrta s strani švicarskega sodišča; če sodišče zavrne priznanje, se presežek razdeli med upnike s podrejenimi terjatvami v Švici (čl. 173, 174 IPRG). Posledično se mora tuji upravitelj vprašati, ali se mu sploh splača tvegati stroške, ki jih bo imel v postopku priznanja tuje odločbe v Švici, saj je vprašljivo, ali bo iz premoženja v Švici sploh kaj prejel (Bürgi, 2004, str. 93). Toda če je imel tuji dolžnik v Švici podružnico (v primeru partikularnega postopka torej vedno), se iz izkupička poplačajo vsi dolgovi, ki izvirajo iz poslovanja podružnice, ne glede na status upnikov (Kirchhof et al., 2003, str. 698).

¹⁹⁴ Čl. 170 IPRG.

¹⁹⁵ Čl. 100 IPRG.

Pridržek lastninske pravice, veljavno ustanovljen po pravu kraja, kjer se je stvar nahajala v trenutku ustanovitve, je treba registrirati v Švici v treh mesecih po tem, ko je stvar prišla v Švico¹⁹⁶.

Za terjatev stečajnega dolžnika se šteje, da se nahaja v Švici, če ima dolžnikov dolžnik sedež v Švici¹⁹⁷. Pravilo je pomembno tudi zato, ker se v sekundarnem stečajnem postopku unovčuje le premoženje v Švici.

Vprašanje dopustnosti pobotanja se presoja po švicarskem pravu (Garašić, 2005, str. II/276-277; čl. 170 IPRG). Tudi za tožbo na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj se uporablja švicarsko pravo. Določba 171. člena IPRG se zdi jasna, vendar del švicarske teorije v določenih primerih zagovarja uporabo *legis fori concursus*¹⁹⁸. Aktivno legitimiran je tudi tuji upravitelj in pod določenimi pogoji tuji upniki (Vischer et al., 2004, str. 1918)¹⁹⁹.

Tuji upravitelj in tudi posamezni upniki lahko pri švicarskem sodišču predlagajo priznanje tuje odločbe o začetku stečajnega postopka²⁰⁰. Pogoji, da švicarsko sodišče predlogu ugodi, so naslednji: mednarodna pristojnost tujega sodišča²⁰¹, vzajemnost²⁰², legitimacija predlagatelja, obstoj dokončne tuje odločbe ter skladje s švicarskim javnim redom²⁰³. Priznanje tuje odločbe ima za posledico začetek švicarskega pomožnega (partikularnega) stečajnega postopka (»Kleinkonkurs«; »IPR-Konkursverfahren«).

Pogoji za priznanje odločbe, izdane v tujem sanacijskem postopku, so enaki kot za odločbe, izdane v stečajnem postopku. Pred izdajo odločbe o priznanju sodišče zasliši upnike s sedežem v Švici²⁰⁴.

¹⁹⁶ Čl. 102 IPRG; prim. Vrenčur, Knez, 2000, str. 416; Kropholler, 2004, str. 547.

¹⁹⁷ Čl. 167 IPRG.

¹⁹⁸ Na primer takrat, ko se je predmet dolžnikovega izpodbijanega razpolaganja v kritičnem trenutku nahajal v tujini (Garašić, 2005, str. II/356).

¹⁹⁹ Švicarsko sodišče je v primeru iz leta 2000 dovolilo tožbo na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj celo ne da bi bila v Švici prej priznana tuja odločba o začetku stečaja (Vischer et al., 2004, str. 1918).

²⁰⁰ Čl. 166 IPRG.

²⁰¹ Seveda se mednarodna pristojnost presoja po merilih švicarskega prava: v državi, kjer je izšla odločba, katere priznanje se predlaga, mora torej dolžnik imeti sedež ali vsaj podružnico. Vendar sodna praksa to pravilo razlaga široko in vsaj v dveh odločbah je prvostopenjsko sodišče sprejelo koncept dejanskega sedeža (Vischer et al., 2004, str. 1872-1875).

²⁰² Pogoj vzajemnosti v devetdesetih letih 20. stoletja ni bil izpolnjen pri več državah, ki so pomembne gospodarske partnerice Švice: pri Belgiji, Franciji (številna vprašanja mednarodnega insolvenčnega prava sta Švica in Francija sicer uredili z mednarodno pogodbo), Japonski, Nizozemski itd. Med pregledi obstoja vzajemnosti po posameznih državah različni viri največkrat navajajo: Hans Hanisch, Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG. Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 1992 (2), 1, str. 3-32. Slovenije (ali drugih držav nekdanje SFRJ) nisem zasledil niti na pozitivni niti na negativni listi. Prim. tudi Bürgi, 2003, str. 85-87; gl. tudi op. 101.

²⁰³ Primere kršitev javnega reda našteva Bürgi (2004, str. 84-85). V materialnem pomenu so v nasprotju z javnim redom odločbe, ki neutemeljeno diskriminirajo posamezne skupine upnikov (npr. na temelju njihovega državljanstva); odločbe, na podlagi katerih je začet navidezni stečaj, ki ne zasleduje namena kolektivne izvršbe; odločbe o začetku t. i. »davčnega stečaja«, ko so vsi ali velika večina upnikov fiskus in druge osebe javnega prava. V formalnem pomenu odločba tujega sodišča nasprotuje švicarskemu javnemu redu, če so bila kršena bistvena pravila procesnega prava, npr. načelo zaslišanja strank. Prim. tudi Vischer et al., 2004, str. 1879-1880.

²⁰⁴ Čl. 175 IPRG.

4.3.5. ZDA

Ameriški stečajni zakon ureja pet vrst stečajnih postopkov. V kontekstu mojega magistrskega dela sta daleč najpomembnejša postopek stečaja (*Liquidation*) po 7. poglavju in postopek reorganizacije (*Reorganisation*) po 11. poglavju Stečajnega zakona (*Bankruptcy Code*)²⁰⁵. Insolventnost dolžnika ni pogoj za začetek postopka reorganizacije, poleg tega pa v primeru tega postopka poslovni ugled zaradi drugačne poslovne kulture, kot je evropska, ne trpi v večji meri, zato je postopek reorganizacije v praksi pogost. V nekaterih primerih imajo dolžniki od uspešne izvedbe tega postopka lahko občutno korist. Nekateri kritiki ameriške ureditve insolvenčnega prava menijo celo, da se lahko podjetjem v določeni panogi konkurenčnost zniža, če se njihovi tekmeci na trgu »zatečejo« pod zaščito postopka reorganizacije po 11. poglavju Stečajnega zakona (Marshall et al., 2004, str. 28/18).

4.3.5.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Ureditev zastavne pravice je v ZDA prepuščena posameznim zveznim državam, vendar je dejstvo, da so vse²⁰⁶ sprejele Enotni trgovinski zakonik (*Uniform Commercial Code*), pripomoglo k precejšnjemu poenotenju. Najpomembnejša vprašanja v zvezi z zavarovanjem terjatev in s postopkom unovčenja zavarovanja je urejal 9. člen UCC. Besedilo tega člena ni bilo nedvoumno, zato sta pripravljavca UCC²⁰⁷ v drugi polovici devetdesetih let pripravila revidirano, modernejšo besedilo 9. člena. To je v prvih zveznih državah pričelo veljati leta 2001. Upnik lahko v primeru dolžnikovega neplačila v skladu s členom 9-504(3) zastavljeno stvar proda tudi sam, brez sodelovanja sodišča, vendar na primeren način²⁰⁸. Razlaga tega pravnega standarda je v praksi povzročila veliko sodnih sporov (Bridge, Stevens, 2004, str. 55-57). Revidirani člen 9 naj bi zato pripomogel k večji stopnji pravne gotovosti.

Čeprav ima torej upnik načeloma pravico sam unovčiti predmet zavarovanja, pa ima začetek insolvenčnega postopka avtomatično za posledico moratorij na potek vseh postopkov proti dolžniku²⁰⁹. Sodišče lahko na upnikovo zahtevo dovoli izjemo, če je za to podan utemeljen razlog, npr. zniževanje vrednosti predmeta zavarovanja²¹⁰. Načrt reorganizacije lahko predvideva spremembo položaja zavarovanih upnikov²¹¹. Vendar

²⁰⁵ 9. poglavje sicer ureja reprogramiranje dolgov organov lokalne samouprave, 12. poglavje reprogramiranje dolgov kmetovalcev in 13. poglavje reprogramiranje dolgov posameznika – »potrošniški stečaj«.

²⁰⁶ Izjema je Louisiana, edina zvezna država, v kateri je pravni sistem pod močnim vplivom civilnega prava. Kljub temu je v svojo zakonodajo na primeren način v glavnem povzela določbe UCC.

²⁰⁷ To sta *American Law Institute (ALI)* in *National Conference on Commissioners on Uniform State Laws*. V obeh primerih gre za neprofitni nevladni organizaciji, ustanovljeni z namenom izpopolnitve pravne ureditve v ZDA.

²⁰⁸ Čl. 9-504 UCC: »(...) every aspect of the disposition (of the collateral), including the method, manner, time, place and terms must be commercially reasonable.« Čl. 9-507 UCC (nespremenjen v revidirani verziji): »(...) the fact that a better price could have been obtained by a sale at a different time or in a different method from that selected by the secured party is not of itself sufficient to establish that the sale was not made in a commercially reasonable manner.«

²⁰⁹ Čl. 362 BC. Ta člen določa tudi nekatere izjeme. Gl. tudi Habscheid, 1998, str. 137-143; Marshall et al., 2004, str. 28/18.

²¹⁰ Čl. 362/d BC.

²¹¹ Čl. 1123/d BC.

njihov položaj varuje pravilo, da sodišče načrta reorganizacije ne more potrditi, če se izkaže, da kateri od upnikov v skladu z načrtom ne bi prejel vsaj toliko, kot bi prejel, če bi se nad dolžnikom takoj začel stečajni postopek po 7. poglavju BC²¹².

Evropski koncept pridržka lastninske pravice je drugačen kot v ameriškem pravnem sistemu, kjer je praviloma potrebno vsako neposestno obliko zavarovanja vpisati v javni register. Kljub temu imajo dobavitelji blaga in opreme tudi v ZDA možnost, da terjatev iz naslova kupnine zavarujejo s prodano stvarjo (*purchase money security interests*)²¹³. Njihov položaj v insolvenčnih postopkih je primerljiv položaju ostalih zavarovanih upnikov.

4.3.5.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Ameriška ureditev razlikuje med izpodbijanjem dajanja ugodnosti upnikom in izpodbijanjem dejanj oškodovanja upnikov. Ureditvi imata ločen razvoj, neenaka je tudi sedanja ureditev (Đorđević, 2003, str. 170). V obeh primerih je aktivno legitimiran predvsem upravitelj²¹⁴.

A. Izpodbijanje dajanja ugodnosti upnikom. Ravnanja, s katerimi dolžnik posameznega upnika ali več upnikov postavi v privilegiran položaj, so izpodbojna, če je kumulativno izpolnjenih pet objektivnih pogojev²¹⁵: razpolaganje v korist upnika; razpolaganje na račun dolga, ki je obstajal pred razpolaganjem (*antecedent debt*); razpolaganje med dolžnikovo insolventnostjo²¹⁶; razpolaganje v zadnjih 90 dneh, za insiderje pa v zadnjem letu²¹⁷ pred vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka; upnik na račun razpolaganja prejme več, kot bi sicer. Nasprotnik izpodbijanja ima na voljo več ugovorov. Đorđević (2003, str. 188) kot najpomembnejša izpostavlja ugovor sočasne izpolnitve in ugovor običajnega načina izpolnitve.

B. Izpodbijanje oškodovanja upnikov. Zakon razlikuje dve skupini dejanj. V prvo uvrščamo dejanja, ki jih je dolžnik opravil z *namenom* (*intent*) otežkočanja, zavlačevanja oziroma onemogočanja plačila upnikov. Da je dejanje izpodbojno, mora biti torej izpolnjen subjektivni element. V drugi skupini so dejanja, pri katerih dolžnik ni prejel ustreznega nadomestila (*reasonable value*). Ta dejanja so izpodbojna le, če je poleg tega izpolnjen vsaj še eden od objektivnih elementov²¹⁸. Nasprotnik izpodbijanja se lahko sklicuje na dobro vero (Habscheid, 1998, str. 171-173; Đorđević, 2003, str. 211-212). Po zveznem zakonu so izpodbojna dejanja oškodovanja upnikov v zadnjem letu pred vložitvijo

²¹² Čl. 1129/a (7) BC; zavarovani upnik mora torej dokazati, da lahko predmet zavarovanja unovči pod boljšimi pogoji, kot mu jih namenja načrt finančne reorganizacije.

²¹³ Čl. 9-103 BC.

²¹⁴ Če upravljalna upravičenja niso prešla na upravitelja (*debtor in possession*) ali če bi tožbo lahko vložil upravitelj, pa je ni, je aktivno legitimiran tudi dolžnik (čl. 522/h BC). Po sodni praksi je za izpodbijanje dejanj dajanja ugodnosti upnikom podrejeno aktivno legitimiran tudi upniški odbor, ne pa posamezni upniki (Đorđević, 2003, str. 180).

²¹⁵ Čl. 547 BC.

²¹⁶ Velja domneva, da je bil dolžnik insolventen 90 dni pred vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka. Domneva je izpodbojna.

²¹⁷ Odločilen je čas razpolaganja (gl. čl. 547/e BC). Za definicijo *insiderja* gl. čl. 101 (31) BC.

²¹⁸ Pogoje določa čl. 548 BC: insolventnost dolžnika ali nastop insolventnosti zaradi tega dejanja; dolžniku je po dejanju ostal neprimerno majhen kapital za nadaljevanje poslovanja; dolžnik je imel namen prevzeti dolgove, ki jih ne bo sposoben plačati.

predloga, za *insiderje* pa v zadnjih dveh letih²¹⁹. Posamezne države prav tako urejajo splošno – zunaj stečaja – izpodbijanje dejanj oškodovanja upnikov in lahko določijo daljše roke²²⁰.

4.3.5.3. Pobotanje

Moratorij, ki napoči z začetkom insolvenčnega postopka, se nanaša na vsa dejanja upnikov, vključno s pobotanjem. V moratoriju je prepovedano pobotanje brez dovoljenja sodišča. Vendar za upnike, ki so finančne organizacije, veljajo pomembne izjeme (*safe harbours*)²²¹.

Upniki lahko sicer z dovoljenjem sodišča uveljavljajo pobotanje. Za razliko od npr. angleškega pojmovanja pobotanja v stečaju (gl. str. 42) v ZDA ne gre za poseben institut insolvenčnega prava, temveč za priznanje pobotnega upravičenja, ki izhaja iz splošnih pravil civilnega prava (Marshall et al., 2004, str. 28/15). Sodišče lahko dovoli pobot, če sta terjatvi vzajemni in nastali pred vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka. Če je upnik terjatev pridobil s cesijo, je pobotanje dovoljeno, razen če je terjatev pridobil v zadnjih 90 dneh pred vložitvijo predloga za začetek postopka in je bil dolžnik takrat že insolventen²²².

4.3.5.4. Mednarodno insolvenčno pravo

Od leta 2005 sta mednarodna pristojnost ter priznavanje tujih sodnih odločb urejena v novem 15. poglavju Stečajnega zakona. Vanj je Kongres v glavnem prenesel določbe UNCITRAL-ovega Modelnega zakona²²³. Postopek priznanja je hiter in enostaven (Westbrook, 2005, str. 721; prim. str. 72).

Razmeroma zahtevna kolizijska pravila, po katerih se presoja veljavnost zavarovanja proti tretjim osebam ter vrstni red pridobitve zavarovanja, vsebuje revidirani 9. člen Enotnega trgovinskega zakonika (UCC)²²⁴. Ta razlikuje med neposestnimi in posestnimi oblikami zavarovanja:

- Učinek neposestnega zavarovanja proti tretjim se presoja po pravu dolžnikovega sedeža²²⁵.

²¹⁹ Čl. 548 BC.

²²⁰ Pred aprilom 2006 je veljal enoletni rok tudi za *insiderje*. Med zveznimi državami na primer New York določa šestletni rok (Marshall et al., 2004, str. 28/15). Glede ureditve izpodbijanja dejanj oškodovanja upnikov v zveznih državah gl. tudi Habscheid, 1998, str. 161-163; Đorđević, 2003, str. 198-201.

²²¹ Čl. 362/a,b BC. Gl. tudi Habscheid, 1998, str. 147-155.

²²² Čl. 553 BC. Ta člen določa še dve izjemi: če sodišče zavrne upnikovo terjatev (*disallowed claim*), je razumljivo, da tudi pobotanje ni mogoče. Zavrnitev je mogoča npr. za nekatere terjatve družbenikov (prim. op. 34). Druga izjema je določena, če se je upnik z *namenom*, da bi pozneje uveljavljal pobotanje, zadolžil pri dolžniku v zadnjih 90 dneh pred vložitvijo predloga in je bil dolžnik takrat že insolventen.

²²³ Za temeljito primerjavo z ureditvijo pred sprejemom 15. poglavja gl. Greene, 2005. Za kritičen pogled na 15. poglavje gl. Růfner, 2005.

²²⁴ Revidirani 9. člen UCC ureja razmerja enako na interlokalni kot tudi na mednarodni ravni, z dvema izjemama (gl. op. 225). Revidirani 9. člen je v prvih državah začel veljati leta 2001. Leta 2006 velja v večini držav. Za natančno stanje gl. <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html>.

²²⁵ To je ena od dveh izjem, kjer na mednarodni ravni UCC določa drugačno pravilo kot na interlokalni ravni. Za razmerja znotraj ZDA je novelirano besedilo 9. člena sprejelo teorijo inkorporacije. Z vidika upnikove pravne varnosti je to vsekakor bolje. Kraj inkorporacije je v primerjavi s krajem sedeža zelo stabilna navezna okoliščina.

- Vprašanje vrstnega reda pridobitve zavarovanja se za neposestna zavarovanja na netelesnih stvareh in pravicah prav tako presoja po pravu dolžnikovega sedeža, za neposestna zavarovanja na telesnih stvareh pa se uporablja pravo kraja stvari.
- Za posestna zavarovanja tako glede učinka proti tretjim kakor tudi glede vrstnega reda velja pravo kraja stvari.

Od opisanih osnovnih pravil obstaja vrsta izjem²²⁶. Tudi če ni podana nobena izmed njih, je pravo dolžnikovega sedeža merodajno le, če predvideva publiciranje neposestnih zavarovanj v javnem registru. V nasprotnem primeru velja fikcija, da je dolžnikov sedež v Distriktu Columbia²²⁷. Neregistrirano neposestno zastavno pravico ali pridržek lastninske pravice na stvari, ki je ob ustanovitvi zavarovanja v Sloveniji, je v ZDA torej potrebno registrirati, če je stvar pozneje tam. V skladu s t. i. *four months rule* imajo upniki za to štiri mesece časa²²⁸. Celó v primeru klasične ročne zastave morajo biti v primeru spremembe lokacije tudi v novi državi izpolnjeni pogoji za veljavnost zastavne pravice²²⁹.

V zvezi z izpodbijanjem dolžnikovih pravnih dejanj in pobotanjem je položaj manj jasen, saj je pravni vir le sodna praksa, primerov, ki bi obravnavali ti vprašanji, pa je bilo doslej malo (Habscheid, 1998, str. 272, str. 276; Warren, Westbrook, 2001, str. 1009). Če ameriško sodišče začne glavni insolvenčni postopek, načeloma uporablja ameriško pravo, vendar ne neomejeno²³⁰. Morda najpomembnejši judikat v tej zvezi je bil sprejet v znani zadevi *Maxwell*²³¹; sodišče je odločilo, da se ameriško pravo ne uporablja, kadar je bilo izpodbijano ravnanje storjeno v tujini in nima tesnejše zveze z ZDA²³².

²²⁶ Pomembnejše izjeme: zavarovanja na netelesnem premoženju (*intangibles*; velja *lex rei sitae*), stvari, za katere se izda potrdilo o lastništvu (*certificate of title*; velja pravo kraja, kjer je izdan certifikat), zavarovanja na sredstvih na bančnih računih (pravo kraja banke ali celó pravo, ki ga stranki sami izbereta).

²²⁷ Čl. (R) 9-307 UCC.

²²⁸ Čl. 9-316 UCC.

²²⁹ Ta zahteva se zdi neproblematična: splošni pogoji za veljavnost ročne zastavne pravice se niso posebej spremenili vse od pretorske dobe. Vendar je položaj zares neproblematičen le, če je zastavljena stvar v upnikovi posesti. Če je v posesti pri tretjem, se pogoji za veljavnost zastavne pravice med državami lahko razlikujejo. Iz prakse ameriških sodišč je znan primer *Anderson*. Na znameniti Rubensovi sliki *Pokrajina z mavrico* je bila po švicarskem pravu veljavno ustanovljena ročna zastavna pravica. Zastavni upnik je sliko nesrečno prepustil v posest ameriškem depozitarju, ne da bi jih podučil o tem, da je na njej ustanovljena zastavna pravica; po pravu kraja depozitar je bil takšen poduk potreben, da bi upnik ohranil zastavno pravico v času, ko je zastavljena stvar v hrambi. Ameriško sodišče je odločilo, da je zastavna pravica glede na to ugasnila (Kuhn, 2000, str. 336).

²³⁰ Habscheid, 1998, str. 275 (pobotanje), str. 293 (izpodbijanje); Rűfner, 2005, str. 1865.

²³¹ Medijski imperij britanskega bogataša Roberta Maxwella se je raztezal preko vseh petih celin, daleč največji del premoženja pa se je nahajal v ZDA, čeprav je bila holdinška družba *Maxwell Communications* sicer ustanovljena v Angliji. Potem ko so se leta 1991 začele hude finančne težave, je 16. decembra 1991 omenjena družba vložila predlog za začetek postopka po 11. poglavju Stečajnega zakona v ZDA, naslednji dan pa tudi predlog za *administration* v Angliji. Primer je bil za stroko zelo pomemben. Oba upravitelja sta namreč sklenila poseben dogovor (*protocol*), ki sta ga potrdili obe sodišči. Upravljalna upravičenca je prevzel angleški upravitelj, vendar je določena dejanja moral potrditi tudi ameriški upravitelj. Dogovor je omogočil hitrejši in bolj učinkovit potek izredno zahtevnega insolvenčnega postopka (*Maxwell Communications* so upravljale s 400 družbami po vsem svetu). Literatura ta dogovor pogosto postavlja kot zgled za bodoče delovanje v zahtevnih mednarodnih insolvenčnih postopkih. O »protokolu« v primeru *Maxwell*: Flaschen et al., 2001, III.A; Bűtter, 2002, 1.F.1.a. Za bolj skeptičen pogled gl. Homan, 2004, str. 250-253.

²³² V zadevi izpodbijanja dolžnikovega vračila ca. sto milijonov dolarjev kreditov trem neameriškim bankam tik pred začetkom insolvenčnih postopkov je sodišče odločitev glede uporabe prava oprlo na kriterij tesnejše zveze, torej, ali je izpodbijano ravnanje v tesnejši zvezi z angleškim ali ameriškim pravom (Habscheid, 1998, str. 277, str. 287-292; Warren, Westbrook, 2001, str. 1018; Fletcher, Anderson, 2004, str. 280; Rűfner, 2005,

4.3.6. Primerjava (tudi s slovensko ureditvijo)

4.3.6.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Zavarovani upniki v vseh analiziranih ureditvah obdržijo pravico do prednostnega poplačila iz predmeta zavarovanja ali do njegove izločitve iz dolžnikovega premoženja. Načeloma jim brez njihovega soglasja te pravice nikjer ni mogoče odvzeti. Vendar je v Nemčiji, ZDA in v Franciji kljub temu mogoče, da morajo v primeru potrditve sanacijskega načrta pristati na spremenjene pogoje plačila, pri čemer naj bi zaradi tega ne bili na slabšem kot v primeru takojšnjega stečaja. Slovenska ureditev te možnosti ne pozna, razen na temelju soglasja prizadetega upnika²³³.

Način unovčenja zavarovanja se razlikuje glede na državo in na tip postopka. V nekaterih državah (Francija, Švica) dolžnikovo premoženje (ob manj pomembnih izjemah) unovčuje upravitelj, drugod imajo upniki v stečajnem postopku pravico do samostojnega ukrepanja v določenem obsegu (ZDA, Anglija). Slovenska ureditev je v tem pogledu primerljiva s švicarsko²³⁴. V sanacijskem postopku upniki nikjer ne smejo sami unovčiti zavarovanja, praviloma pa začetek sanacijskega postopka pomeni tudi moratorij na potek sodnega izvršilnega postopka. Zavarovanim upnikom v prid naš ZPPSL vsebuje določbo, ki je v primerjalnem pravu čedalje bolj redka: začetek postopka prisilne poravnave ne vpliva na potek izvršilnih postopkov zaradi poplačila iz zastavljenega premoženja²³⁵. V ostalih petih državah dolžnik z začetkom sanacijskega postopka avtomatično ali po sklepu sodišča dobi časovno omejen moratorij na potek vseh postopkov proti njemu. Razmeroma močna zaščita dolžnika v tej fazi sanacijskega postopka ni značilnost samo obravnavanih držav. Moratorij, ki vpliva tudi na zavarovane upnike, pozna večina evropskih držav (Marshall et al., 2004, str. 29/12-29/17; prim. str. 17).

V vseh obravnavanih evropskih državah veljaven dogovor o pridržku lastninske pravice varuje prodajalčev položaj tudi v primeru začetka insolvenčnega postopka nad kupcem. V ZDA ne poznajo tega instituta z vsebino, kot jo ima le-ta v Evropi, vendar z drugimi predpisi prodajalcu vseeno omogočajo praktično enako varstvo tudi v primeru insolvenčnega postopka. Predpisi glede oblike, ki je potrebna za ustanovitev pridržka lastninske pravice, se razlikujejo.

str. 1865). Zaradi različnih pogojev za izpodbijanje po angleškem in ameriškem pravu (po angleškem pravu je za uspešno izpodbijanje namreč treba dokazati dolžnikov namen – gl. str. 42) je bila izbira prava izjemnega pomena.

Na prvi pogled je mogoče podobno sklepati tudi iz odločitve v zadevi *Axona* leta 1990, ko je ameriško sodišče ugodilo tožbi na izpodbijanje dejanja z mednarodnim elementom (ZDA in Hong Kong) po ameriškem pravu. Vendar je podoben le »končni rezultat«, iz obrazložitve v zadevi *Axona* pa ni bilo jasno razvidno, kaj je bilo bistvenega pomena za odločitev sodišča in kakšno vlogo je imelo merilo močnejše zveze. »A reasonable reading (of decision) would be this: where a transaction has substantial contacts with the US and the home country, it may be avoided under US avoidance law (...)« (Westbrook, 1991, str. 523; prim. tudi drugačno – vendar kritizirano – odločitev ameriškega sodišča v prid izključni uporabi ameriškega prava: Westbrook, 1991, op. 528; o primeru *Axona* tudi Habscheid, 1998, str. 280-287).

²³³ Čl. 48 in čl. 60 ZPPSL.

²³⁴ Stvari, ki spadajo v stečajno maso, unovčuje stečajni upravitelj (čl. 80 ZPPSL).

²³⁵ Čl. 36 ZPPSL.

4.3.6.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Aktivno legitimacijo ima v primerjalnem pravu praviloma le upravitelj²³⁶. Upnikom gre aktivna legitimacija podrejeno ali jim sploh ne gre. Slovenska ureditev, kjer je vsak upnik aktivno legitimiran²³⁷, je izjema. Izpodbijanje je v Angliji, Nemčiji, Franciji, ZDA in v nekaterih primerih v Švici mogoče tudi v sanacijskem postopku; v Sloveniji to ni mogoče²³⁸.

A. Dejanja oškodovanja upnikov, neodplačnega razpolaganja s premoženjem ali razpolaganja brez ustrezne nasprotne dajatve so izpodbojna v vseh obravnavanih državah²³⁹. Roki se precej razlikujejo. Preteklo obdobje, v katerem so dejanja izpodbojna, lahko traja tudi do deset let, pri čemer se lahko nanaša na trenutek nastopa insolventnosti, na trenutek vložitve predloga za začetek insolvenčnega postopka ali na sam začetek insolvenčnega postopka. V nekaterih državah ima lahko obstoj določenega subjektivnega elementa pri dolžniku za posledico, da je obdobje, v katerem so dejanja izpodbojna, daljše kot sicer (Nemčija, Švica). V vseh obravnavanih državah pa so neodplačna razpolaganja v določenem obdobju pred insolvenčnim postopkom izpodbojna, ne da bi bil podan subjektivni element²⁴⁰. Pasivno legitimiran je poleg insolvenčnega dolžnika praviloma samo prvi okoriščenec, naslednji dobroverni pridobitelji pa ne.

B. Za dejanja privilegiranja upnikov so za izpodbijanje predvideni krajši roki, ki v obravnavanih državah praviloma ne presegajo leta dni, razen v izjemnih primerih (povezane osebe). Praviloma so ta dejanja izpodbojna le, če je podan tudi subjektivni element pri dolžniku (namen privilegiranja upnika; Anglija), ali, pogosteje, pri upniku (vednost o dolžnikovih finančnih težavah; Nemčija, Francija, Švica, Slovenija). Obstoj subjektivnega elementa se v nekaterih primerih domneva (povezane osebe; nenavaden način izpolnitve; dejanje v obdobju tik pred začetkom insolvenčnega postopka²⁴¹). Izjema je ureditev v ZDA, kjer obstoj subjektivnega elementa ni potreben in ima tožnik najlažje delo.

4.3.6.3. Pobotanje

Ureditve pobotanja v stečaju se razlikujejo zlasti glede dveh značilnosti. Prvič: pobotanje je ponekod avtomatično, drugod se mora upnik nanj sklicevati in morda celo pridobiti dovoljenje sodišča. Drugič: pobotanje je ponekod splošno dovoljeno za vse terjatve, vključno s tistimi, ki pred začetkom insolvenčnega postopka še niso zapadle, drugod je pogoj zapadlost, ponekod pa je pogoj za dopustnost pobotanja celo ta, da sta terjatvi na nek način v zvezi. Slovenska ureditev, ki predvideva avtomatično pobotanje vseh, tudi nezapadlih, z dovoljenjem stečajnega senata pa celo pogojnih terjatev²⁴², je izrazito

²³⁶ Nasprotno imajo lahko posamezni upniki možnost vložitve klasične civilnopravne *actio Pauliana* oziroma njenega ekvivalenta. Pogoji za izpodbijanje so v tem primeru strožji kot za izpodbijanje v stečaju.

²³⁷ Čl. 125 ZPPSL. Prim. tudi Štruc, 2005, str. 161.

²³⁸ Čl. 71 ZPPSL.

²³⁹ In ne samo v njih, temveč praktično v vsem razvitem svetu (Westbrook, 1991, str. 504).

²⁴⁰ Prim. čl. 126 ZPPSL. Enoletno obdobje pred začetkom stečaja, določeno v slovenskem pravu, je razmeroma kratko. V primerjalnem pravu ni pogosto, da je obdobje, v katerem so izpodbojna dejanja razpolaganja s premoženjem brez ustrezne nasprotne dajatve, enako dolgo kot obdobje, v katerem so izpodbojna dejanja naklanjanja ugodnosti upnikom (prim. tudi Štruc, 2005, str. 161).

²⁴¹ Prim. čl. 125/4.2 ZPPSL.

²⁴² Čl. 39, 117 ZPPSL.

naklonjena upnikom z nasprotnimi obveznostmi. Med obravnavanimi državami je pobotanju v stečaju najmanj naklonjena Francija.

Nemčija, Francija, Švica, ZDA in Slovenija²⁴³ imajo pravila, ki v primeru stečaja onemogočajo pobotanje upnikom, ki so nasprotne terjatve pridobili v zadnjem obdobju pred začetkom insolvenčnega postopka.

4.3.6.4. Mednarodno insolvenčno pravo (avtonomne ureditve)

Mednarodna pristojnost za začetek glavnega insolvenčnega postopka se v obravnavanih državah določa pretežno po dveh kriterijih: sedežu in središču dolžnikovih glavnih interesov. V Švici in Sloveniji²⁴⁴ je odločilen dolžnikov sedež, v Franciji mora biti izpolnjen eden od obeh omenjenih kriterijev. Za Anglijo je značilno zelo široko izvajanje mednarodne pristojnosti, pri čemer bo zanimivo videti, ali bodo angleška sodišča po pričetku veljave UNCITRAL-ovega Modelnega zakona to pristojnost izvajala kaj ožje. ZDA in Nemčija izvajata mednarodno pristojnost za glavni postopek po središču dolžnikovih glavnih interesov. Razlaga tega pojma v praksi ni enotna, kot bom podrobneje pojasnil v petem poglavju. V insolvenčnih postopkih za večino pravnih vprašanj velja *lex fori*. Izbira prava je torej v tesni zvezi z določitvijo mednarodne pristojnosti. Zato je negotovost, v kateri državi bo potekal morebitni postopek, pri načrtovanju njegovega pravnega položaja upniku v breme.

V pomožnih (sekundarnih in partikularnih) postopkih se unovči in razdeli med upnike le premoženje na območju države, kjer poteka pomožni postopek. Pomožne postopke poznajo v Nemčiji, ZDA, Angliji in Švici.

Razmeroma natančno določena kolizijska pravila vsebuje le nemški zakon²⁴⁵. Drugod je glede izbire prava določeno kvečjemu splošno pravilo ter nekaj glavnih izjem. V vseh obravnavanih državah je osnovno pravilo, da sodišča v insolvenčnih postopkih uporabljajo predvsem domače pravo. Vprašanji mednarodne pristojnosti ter izbire prava sta povezani in pri načrtovanju upnikovega pravnega položaja enako pomembni. Vse obravnavane države tudi poznajo izjemo glede stvarnih pravic, za katere naj bi veljalo pravo kraja, kjer so stvari²⁴⁶. Pri razlagi tega pravila so med državami precejšnje razlike²⁴⁷. Glede dopustnosti pobotanja v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom je v vseh državah osnovno pravilo *lex fori concursus*. Francoski avtorji niso enotni, ali mora biti pobotanje poleg tega dovoljeno tudi *de lege causae*. Nasprotno je v Nemčiji pobotanje možno *tudi* po pravu, ki velja za nasprotno terjatev. Večina evropskih držav izpodbija dolžnikovih pravnih dejanj v stečaju presoja po pravu kraja postopka (Balz, 1996, III.C.5; prim. op. 85).

²⁴³ Za Slovenijo gl. čl. 118 ZPPSL.

²⁴⁴ Čl. 184 ZPPSL. Ma. Ilešič (1991, str. 72) sicer meni, da je treba kot sedež šteti dejanski sedež dolžnika.

²⁴⁵ Čl. 335-358 InsO.

²⁴⁶ Gl. 18 ZMZPP.

²⁴⁷ Zlasti ni enotnega pristopa k priznanju stvarnih pravic v primeru mobilnega konflikta. Priznanju najbolj naklonjena je nemška ureditev, najmanj pa švicarska in francoska. V Sloveniji iz samega besedila zakona ni jasnega odgovora. Določbi čl. 18 ZMZPP (*lex rei sitae* za stvari) ter 7. člena ZMZPP (*favor negotii*) si nasprotujeta. Teorija se zavzema, da naj bi se v tujini pridobljene stvarne pravice priznalo v Sloveniji (Ilešič et al., 1992, str. 45; Vrenčur, Knez, 2000, str. 418). Vrenčur in Knez menita, da tega stališča ni mogoče uporabiti le, če bi bilo potrebno priznati stvarno pravico, ki je slovenski pravni red sploh ne prizna. Po mojem mnenju to velja npr. za flotantno zastavno pravico po angleškem pravu (gl. op. 28).

Pri vprašanju priznanja tujih odločb v insolvenčnih zadevah nemška avtonomna ureditev sledi konceptu avtomatičnega priznanja iz Uredbe 1346/2000. V Angliji in ZDA se po vzoru UNCITRAL-ovega Modelnega zakona tuja odločba prizna po enostavnem in posebej hitrem postopku brez meritornega preizkusa. Francija, Švica in Slovenija²⁴⁸ predvidevajo navaden postopek priznanja, vendar sodišča v tem postopku ne izvajajo meritornega preizkusa²⁴⁹. Kljub temu švicarska in slovenska²⁵⁰ ureditev priznanju tujih odločb zaradi zahteve po vzajemnosti nista najbolj prijazni.

4.3.6.5. Sklepne ugotovitve

Ena od delovnih hipotez magistrske naloge je, da zavarovanja stvarnopravne narave, veljavno ustanovljena po pravu države, v kateri se je zavarovanje nahajalo v trenutku ustanovitve, dajejo upniku pravico do ločenega poplačila oziroma izločitvenega zahtevka ne glede na to, v kateri državi poteka insolvenčni postopek in kje se stvar nahaja v trenutku začetka tega postopka. Pričakovati bi bilo potrditev te hipoteze. Stvarni statut v mednarodnem zasebnem pravu namreč temeljno uporablja kot navezno okoliščino *lex rei sitae* (Vrenčur, Knez, 2000, str. 412).

Žal to ne drži vedno, vsaj če preizkus omejimo na avtonomna pravila mednarodnega insolvenčnega prava. Upniki se lahko zanesejo na veljavnost v neki državi pridobljenega zavarovanja le, če je predmet zavarovanja nepremičnina. Prav tako je njihov položaj dokaj predvidljiv (a) v primeru premičnin, ki ne zapustijo ozemlja države, kjer je bilo ustanovljeno zavarovanje, ter (b) v primeru nekaterih prevoznih sredstev (ladje, letala; prim. Paul, Montagu, 2003, str. 212). Celo v teh primerih varnost upnikov ni stoodstotna. Le-ti morajo upoštevati še najmanj dve okoliščini. Prvič, zaradi različnih pravil o izbiri prava, ki se uporablja v zadevah izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj v zadevah z mednarodnim elementom, lahko upnika doletijo posledice uspelega izpodbijanja ustanovitve zavarovanja, čeprav po pravu države, kjer je stvar, to ni (več) mogoče²⁵¹. Drugič, pravilo *lex rei sitae* se uporablja glede nastanka in vrstnega reda pridobitve pravic. Za nekatera druga vprašanja – na primer vprašanja procesne narave – se v avtonomnem pravu praviloma uporablja *lex fori*²⁵². Prva okoliščina je razmeroma malo verjetna, vendar je posledica zelo huda. Druga okoliščina je prej neprijetna kakor usodna, vendar je bolj verjetno, da nastopi in vpliva na upnikov pravni položaj. Obe je potrebno upoštevati pri načrtovanju zavarovanja posla z mednarodnim elementom (prim. Fletcher, Anderson, 2004, str. 287).

Še bolj negotov je položaj pri zavarovanju s premičnimi stvarmi. Neposestna zastavna pravica je tipičen primer. Čeprav v Švici in Franciji glede stvarnih pravic načelno velja *lex*

²⁴⁸ Čl. 185 ZPPSL.

²⁴⁹ Za Slovenijo prim. čl. 94-101 ZMZPP.

²⁵⁰ Čl. 101 ZMZPP. Za razliko od Švice neobstoj vzajemnosti v Sloveniji ni ovira za priznanje tuje odločbe, če priznanje zahteva slovenski državljan, vendar je malo verjetno, da bi se slednji s predlogom za priznanje tuje odločbe odrekel »prednosti domačega igrišča«, ki jo ima pred tujimi upniki v postopku individualne izvršbe.

²⁵¹ Gl. primer 4 v prilogi 1.

²⁵² Eidenmüller (2001, str. 14) ter Ehrlicke in Ries (2003, str. 316) pod vplivom takšnega razmišljanja komentirajo tudi Uredbo 1346/2000. Nemška ureditev je pod vplivom univerzalnega koncepta in razmeroma naklonjena uporabi tujega prava (gl. razdelek 4.3.1.4.), vendar za uveljavljanje zavarovanih terjatev vseeno velja čl. 43 EGBGB: uveljavljanje stvarnih pravic ne sme nasprotovati pravu kraja, kjer so stvari.

rei sitae, sta ti državi zaenkrat nenaklonjeni priznanju neposestnih oblik zavarovanja s premičninami, če se te znajdejo na njenem ozemlju. V ZDA upnik pravice na predmetu zavarovanja sicer ne izgubi takoj, vendar mora hitro poskrbeti za ustrezno registracijo²⁵³.

Tudi zavarovanja s terjatvami prinašajo negotovost, saj se sodišča v različnih državah opirajo na različne navezne okoliščine in uporabljajo neenaka kolizijska pravila (prim. Krupski, 2002, str 741-742). Z inkorporacijo terjatve v vrednostni papir, npr. menico, lahko stranke sicer odpravijo marsikatero negotovost. Vendar to ni mogoče v vsakem primeru, mogoče ni na primer takrat, kadar gre za globalno cesijo.

Na ravni obravnavanja avtonomnih ureditev izbranih šestih držav v uvodu tega razdelka omenjene hipoteze ni mogoče potrditi. V naslednjem poglavju bom obravnaval harmonizacijo mednarodnega insolvenčnega prava. Osrednjo pozornost bom posvetil dvema najpomembnejšima pravnima aktoma mednarodne narave, Uredbi Sveta (ES) št. 1346 o postopkih v primeru insolventnosti ter UNCITRAL-ovemu Modelnemu zakonu o prekomejnih insolvenčnih postopkih. Posebej bom preveril, kakšne izboljšave omenjena predpisa prinašata (zavarovanim) upnikom. Pravilnost omenjene hipoteze bom preizkusil tudi z vidika obeh citiranih predpisov.

5. HARMONIZACIJA MEDNARODNEGA INSOLVENČNEGA PRAVA IN UPNIKI

Poudarek v tem poglavju bo na analizi dveh najpomembnejših pravnih aktov mednarodnega insolvenčnega prava: Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti ter UNCITRAL-ovega Modelnega zakona o mednarodnem insolvenčnem pravu. Pozornost bom namenil istemu problemskemu sklopu kot v četrtem poglavju. Ker omenjena pravna akta, z redkimi izjemami, ne vsebujeta materialnopravnih določb, bom analiziral zlasti njuna pravila (a) o mednarodni pristojnosti, (b) o pravu, ki se uporablja za izbrana vprašanja ter (c) o priznavanju tujih sodnih odločb. Pri tem bom posebej pozorno spremljal vpliv teh določb na pravni položaj upnikov.

Poleg obeh navedenih pravnih aktov bom – krajše – obravnaval tudi Carigrajsko (Istanbulsko) konvencijo Sveta Evrope o določenih mednarodnih vidikih stečaja iz leta 1990. Ta nikoli ni postala del pozitivnega prava in bržčas tudi nikoli ne bo, saj jo je »prehitela« vsebinsko bolj dodelana Uredba 1346/2000. Kljub temu gre za strokovno zanimivo besedilo, ki je vredno kratke obravnave že zaradi osvetlitve okoliščin, v katerih je pozneje potem nastala Uredba 1346/2000.

²⁵³ Čl. 9-316 UCC.

5.1. OSNUTKA SPORAZUMOV EGS

Ustanoviteljice Evropske gospodarske skupnosti so se s pogodbo o ustanovitvi EGS leta 1957 med drugim zavezale²⁵⁴ poenostaviti postopke priznanja in izvršitve sodnih odločb. Ta zaveza je leta 1968 prinesla pomemben rezultat: Evropsko konvencijo o sodni pristojnosti in izvršitvi odločb v civilnih in trgovinskih zadevah – Bruseljsko konvencijo (gl. op. 91).

Bruseljska konvencija se ni uporabljala za sodne odločbe, izdane v insolvenčnih zadevah. Insolvenčne postopke z mednarodnim elementom znotraj EGS naj bi posebej uredil drug pravni akt. Priprava tega sporazuma se je začela hitro in leta 1970 je bil pripravljen prvi osnutek²⁵⁵. Poleg pozitivnih je bil deležen tudi nekaterih negativnih ocen, kar je bil hkrati s širitvijo EGS leta 1973 tudi vzrok, da ni bil sprejet. Evropska komisija je leta 1980 pripravila še en vsebinsko skromnejši osnutek sporazuma²⁵⁶, toda tudi v tem primeru se je izkazalo, da so bile razlike med pogledi članic prevelike, da bi le-te lahko dosegle soglasje²⁵⁷.

5.2. CARIGRAJSKA KONVENCIJA

Neuspeh prizadevanj za harmonizacijo mednarodnega insolvenčnega prava na ravni EGS je bil katalizator nameri Sveta Evrope, da doseže napredek na tem področju (Omar, 2003, str. 156). Po približno desetletju priprav je svet ministrov Sveta Evrope februarja 1990 sprejel besedilo Konvencije o nekaterih mednarodnih vidikih stečaja (*European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy*, Carigrajska konvencija).

Konvencija ni uredila tolikšnega števila vprašanj kot osnutka sporazumov EGS (Kirchhof et al., 2003, str. 704; Omar, 2003, str. 157). Vsebovala je predvsem tri sklope pravil: (a) o sekundarnem postopku²⁵⁸, (b) o pooblastilih upravitelja izven države glavnega postopka

²⁵⁴ Čl. 220 (sedaj čl. 293) Pogodbe o ustanovitvi EGS.

²⁵⁵ V zvezi z osnutkom uredbe o stečaju, poravnavi in podobnih postopkih (*Verordnung über den Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren*) gl. Mi. Ilešič, 1991, str. 77; Kirchhof et al., 2003, str. 703 in op. 151. Osnutek je predvideval enoten insolvenčni postopek brez sekundarnih postopkov ter avtomatično priznanje vseh učinkov sodnih odločb; natančno je določal tudi mednarodno pristojnost: izključno mednarodno pristojnost bi imela država, v kateri ima dolžnik središče upravljanja (fr.: *centre des affaires*). Če ga ni imel v EGS, bi bila pristojna vsaka država, v kateri ima dolžnik poslovalnico. Če bi imel dolžnik poslovalnice v več državah, velja načelo prioritete. Če dolžnik ne bi imel poslovalnice nikjer v EGS, bi lahko insolvenčni postopek začela vsaka država, v kateri bi bilo po njenih avtonomnih pravilih mednarodnega zasebnega prava to mogoče.

²⁵⁶ V zvezi z osnutkom uredbe o stečaju, poravnavi in podobnih postopkih (*Verordnung über den Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren*) gl. Mi. Ilešič, 1991, str. 77; Kirchhof et al., 2003, str. 704 in op. 154.

²⁵⁷ Gl. Moss et al., 2002, str. 10; Kirchhof et al., 2003, str. 704; Omar, 2003, str. 151-155. Posebej problematično je bilo vprašanje priznanja stvarnih pravic. Velike razlike v predpisih s področja stvarnega prava med članicami so vodile v oblikovanje zapletenega kompromisa, ki je bil po nekaterih ocenah neživljenjski.

²⁵⁸ Sekundarnih postopkov osnutka konvencij EGS nista predvidevala. Carigrajska konvencija je skušala s tem, ko je predvidela možnost sekundarnega postopka, ustreči tako državam bolj univerzalnega kot državam bolj ozemeljskega pristopa (Garašić, 2005, str. I/82; gl. tudi Omar, 2003, str. 157).

ter (c) o prijavah terjatev tujih upnikov. Konvencija ni vsebovala natančnih kolizijskih pravil. Glede priznanja tujih sodnih odločb ni določala ničesar.

Mednarodno pristojnost za začetek glavnega insolvenčnega postopka je konvencija predpisovala samo posredno. To pomeni, da bi države še vedno lahko izvajale mednarodno pristojnost po lastnih pravilih mednarodnega zasebnega prava. Toda učinke insolvenčnega postopka v tujini bi bile druge države dolžne priznati le v primeru, če bi bila država mednarodno pristojna po določbi konvencije (Garašić, 2005, str. I/185). Mednarodno pristojnost naj bi imela sodišča države, kjer je središče glavnih interesov dolžnika. Če se le-to ne nahaja na območju držav podpisnic konvencije, bi bila pristojna sodišča države, kjer ima dolžnik podružnico²⁵⁹.

Sekundarni postopek bi se lahko začel v vsaki državi, kjer ima dolžnik podružnico (*establishment*)²⁶⁰. V konvenciji pojem podružnice ni podrobneje vsebinsko opredeljen. Stečajno maso v sekundarnem postopku tvori premoženje, ki se nahaja v državi postopka.

Položaj zavarovanih upnikov po določbah Carigrajske konvencije je bil razmeroma ugoden: začetek insolvenčnega postopka v eni državi ne vpliva na pravice upnikov na stvari, ki se je nahajala v drugi državi. Vendar po drugi strani v tej drugi državi tudi dolžnik ne bi nujno izgubil upravičenja razpolagati s tem premoženjem, saj konvencija ni predvidevala avtomatičnega učinkovanja sodnih odločb v drugih državah²⁶¹.

V sekundarnem postopku bi se glede izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj uporabljalo pravo države sekundarnega postopka, če je izpodbijano dejanje povzročilo zmanjšanje premoženja, ki bi bilo sicer del mase v sekundarnem postopku²⁶². Enako velja glede pobotanja: *lex fori concursus secundariae* velja, če je glavna terjatev del stečajne mase sekundarnega postopka (Garašić, 2005, str. II/285).

Ker je konvencijo ratificirala samo ena podpisnica, ni nikoli pričela veljati²⁶³. Če osnutki Evropske komisije niso bili sprejeti, ker so bili preveč ambiciozni, Carigrajska konvencija ni začela veljati, ker je bila premalo ambiciozna (Balz, 1996, II). Kljub temu jo je del stroke ocenil ugodno (Omar, 2003, str. 157). Nekatere značilnosti konvencije, npr. določanje mednarodne pristojnosti po sedežu dolžnikovih glavnih interesov²⁶⁴, so uporabili ob pripravi Evropske konvencije o insolvenčnih postopkih.

²⁵⁹ Čl. 4 CK.

²⁶⁰ Čl. 16 CK.

²⁶¹ Gl. čl. 14 CK: Upravitelj v drugi državi pogodbenici ne more izvajati dejanj, ki nasprotujejo kateremukoli zavarovanju katerekoli osebe (*The liquidator cannot perform in another Party an act which is contrary to any security held by any person*). Konvencija torej »varuje« zavarovanega upnika samo pred dejanji upravitelja. Toda ker ni predvideno avtomatično priznanje tujih odločb, zavarovani upnik drugega varstva ne potrebuje. Drugačen položaj zanj nastane v primeru, če je v državi, kjer je zavarovanje, začel sekundarni postopek. V tem primeru seveda nastopijo vsi učinki insolvenčnega postopka po pravu te države (Garašić, 2005, str. II/248-249).

²⁶² Čl. 19 CK; Garašić, 2005, str. II/360.

²⁶³ Konvencija bi začela veljati po tem, ko bi jo ratificirale tri podpisnice (čl. 34 CK). Ratificiral jo je le Ciper.

²⁶⁴ Tako Balz, 1996, III.B.1. Gl. tudi Moss et al., 2002, str. 11; Kirchhof et al., 2003, str. 705; Oberhammer, Domej, 2003, str. 5-6.

5.3. UREDBA SVETA (ES) 1346/2000 O POSTOPKIH V PRIMERU INSOLVENTNOSTI

Leta 1995, skoraj tri desetletja po sprejemu Bruseljske konvencije, se je zdelo, da bo končno prišlo tudi do sprejema in poenotenja mednarodnega insolvenčnega prava na ravni Evropske unije. Po petih letih priprav²⁶⁵ je petnajsterica članic EU namreč parafirala besedilo Evropske konvencije o insolvenčnih postopkih (*The European Convention on Insolvency Proceedings*). Toda tudi ta konvencija ni nikoli pričela veljati²⁶⁶.

Po zaslugi Nemčije in Finske je besedilo konvencije – z nekaj nebitnimi dopolnitvami²⁶⁷ – nekaj let pozneje vendarle postalo del evropskega prava v obliki Uredbe 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti (v nadaljevanju tega razdelka: Uredba). Uredba, sprejeta 29. maja 2000, je stopila v veljavo 31. maja 2002 in se uporablja za insolvenčne postopke, ki so se začeli na ta dan ali pozneje. Uredbe se načeloma neposredno uporabljajo v vseh državah članicah (čl. 249 PEU)²⁶⁸, vendar Uredba 1346/2000 na Danskem ne velja²⁶⁹. Ko bom v nadaljevanju razdelka 5.3. uporabljal izraz »Evropska unija« (EU) oziroma »članice EU«, se poimenovanje zato nanaša na (članice) EU brez Danske, če ni iz konteksta razvidno drugače. Uredba prav tako ne velja v insolvenčnih postopkih nad bankami, zavarovalnicami in nekaterimi investicijskimi družbami (čl. 1/2)²⁷⁰.

Glavni nameni Uredbe so naslednji: (a) zagotoviti pravno varnost v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom, (b) povečati njihovo učinkovitost ter (c) odpraviti neenakosti

²⁶⁵ Pravosodni ministri držav članic EGS so na posvetovanju v San Sebastiánu leta 1989 ugotovili, da je poslovanje podjetij na skupnem trgu v vedno večji meri urejeno z enotnimi pravili prava skupnosti, medtem ko insolvenčne postopke v vseh članicah še vedno ureja izključno nacionalno pravo. V tem času so potekala zaključna usklajevanja besedila konvencije Sveta Evrope (Carigrajske konvencije). Zato naj bi leta 1990 ustanovljena delovna skupina pri (takratnem) Svetu ministrov EGS, izhajajoč prav iz omenjene konvencije, pripravila nov, bolj dovršen in vsebinsko širši pravni akt, ki naj bi znotraj tesnejše mednarodne integracije – kar je bila EGS v primerjavi s SE – še bolj poenotil mednarodno insolvenčno pravo. To je bilo obdobje recesije na koncu osemdesetih in v začetku devetdesetih let 20. stoletja, v katerem je bilo več odmevnih stečajev, na primer že omenjeni (op. 231) *Maxwell* ali *Bank of Credit and Commerce International*, oba leta 1991. To je ustvarilo primerno politično ozračje za ureditev mednarodnega insolvenčnega prava (prim. Strub, 1996, str. 71).

Za povzetek kritičnih pogledov na konvencijo gl. Omar, 2003, str. 157-159.

²⁶⁶ Zaradi ukrepov ob boleznih norih krav je Združeno kraljestvo sredi devetdesetih let 20. stoletja za krajši čas blokiralo zakonodajni proces v EU. Ko je maja 1996 potekel nepodaljšljivi rok za podpis konvencije, je slednjo podpisalo 14 članic, brez Združenega kraljestva. Tihi vzrok za nesodelovanje te države je bil morda tudi nedorečeni položaj Gibraltarja. Gl. Balz, 1996, Conclusion.A; Kirchhof et al., 2003, str. 705, Omar, 2003, str. 161.

²⁶⁷ Gl. Eidenmüller, 2001, str. 7-8; Omar, 2003, str. 165-166.

²⁶⁸ Številke členov upoštevajo prečiščeno verzijo iz leta 1997 (Amsterdamska pogodba), razen v opombi št. 254.

²⁶⁹ Pravna podlaga za sprejem Uredbe sta člena 61/c in 67/1 v povezavi s členom 65 Pogodbe o Evropski uniji, vendar se določbe IV. poglavja PEU ter vsa sekundarna zakonodaja, ki ima pravno podlago za sprejem v določbah IV. poglavja, v Združenem kraljestvu, na Irskem in Danskem uporabljajo v skladu s posebnima protokoloma o položaju teh treh držav (čl. 69 PEU). V primeru Uredbe 1346/2000 je od treh omenjenih držav Danska izkoristila možnost, ki jo ima po 69. členu PEU, in Uredba na Danskem ne velja. Ob takšni pravni podlagi je možnost nadzora Sodišča ES v postopku predhodnega odločanja omejena na primere, ko po nacionalnem pravu ni mogoče več nobeno pravno sredstvo (čl. 68 PEU; čl. 234 PEU).

²⁷⁰ Za izjemo glede bank se je najbolj zavzemala Belgija, ki je želela ohraniti univerzalno koncepcijo insolvenčnih postopkov nad bankami, brez možnosti sekundarnih postopkov. Za razširitev veljavnosti Uredbe na banke sta se najbolj zavzemali Nemčija in Združeno kraljestvo (Balz, 1996, III.A.2.b). Pomemben del evropskega insolvenčnega prava pa pomenita Direktiva 2001/24 o reorganizaciji in prenehanju kreditnih institucij in Direktiva 2001/17/EC o reorganizaciji in prenehanju zavarovalnic (gl. op. 271).

med upniki iz različnih držav članic (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 7). Uredba je kompromis med ozemeljskim in univerzalnim pristopom²⁷¹.

5.3.1. Mednarodna pristojnost

5.3.1.1. Glavni insolvenčni postopek

Uredba neposredno določa mednarodno pristojnost za začetek²⁷² glavnega insolvenčnega postopka: pristojno je sodišče v državi, v kateri ima dolžnik središče glavnih interesov (*centre of main interests; Mittelpunkt hauptsächlichen Interessen*)²⁷³. Ta navezna okoliščina torej določa tudi, ali se Uredba sploh uporablja²⁷⁴.

Nacionalno sodišče samo presoja, ali je podana mednarodna pristojnost. Čeprav Uredba tega izrecno ne predpisuje, je več avtorjev mnenja, da bi sodišče moralo po uradni dolžnosti preveriti, ali se središče dolžnikovih glavnih interesov nahaja v državi in se ne zadovoljiti z domnevo iz 1. odstavka 3. člena Uredbe, po kateri se pri družbi ali pravni osebi, dokler se ne dokaže nasprotno, domneva, da je središče njenih glavnih interesov na kraju registriranega sedeža²⁷⁵.

Izpodbijanje odločitve sodišča je mogoče samo s pravnimi sredstvi, ki jih predvidevajo pravila postopkovnega prava v tej državi. Sodišča drugih držav morajo priznati odločitev

²⁷¹ Večina avtorjev meni, da prevladujejo značilnosti univerzalnega pristopa. Virgós in Garcimartín (2004, str. 15) ocenjujeta, da gre za prilagojeno univerzalnost (*mitigated universality*); enako Huber (2002, str. 491), Smid (2004, str. 10). Po drugi strani direktivi 2001/24/EC in 2001/17/EC, ki urejata insolvenčne postopke nad finančnimi družbami, predvidevata univerzalni koncept postopkov (prim. 6. odstavek recitala ter čl. 3 in čl. 9 direktive 2001/24; 10. odstavek recitala ter čl. 4 in čl. 8 direktive 2001/17).

²⁷² Slovenski prevod Uredbe uporablja izraz »uvedba« (ang. *opening*, nem. *Eröffnung*) insolvenčnega postopka. Jan (2004, op. 2) je opozoril, da ta prevod ni ustrezen, saj pravne posledice stečajnega postopka nastopijo šele z njegovim začetkom, ne z uvedbo (čl. 102, 103 ZPPSL). Glede na to v tem poglavju uporabljam izraz »začetek« insolvenčnega postopka.

²⁷³ Čl. 3 Uredbe. Odločilen je čas, ko je bil vložen predlog za začetek insolvenčnega postopka (tako Sodišče ES v zadevi *Staubitz-Schreiber*, kjer je odgovorilo na vprašanje, ali se mednarodna pristojnost spremeni, če pride do spremembe kraja središča dolžnikovih glavnih interesov med vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka in izdajo sklepa o začetku le-tega).

Nemško prvostopenjsko sodišče je v zadevi 67a IN 450/065 odločilo, da je mednarodna pristojnost nemških sodišč podana, če je bilo središče glavnih interesov v Angliji ustanovljene družbe v Nemčiji, družba pa je še pred vložitvijo predloga za začetek insolvenčnega postopka prenehala poslovati v Nemčiji, vendar dejavnosti ni nadaljevala v drugi državi (gl. Herweg, Tschauner, 2006, str. 169-170).

Prim. Laukemann, 2005, str. 104-106; Smid, 2004a, str. 397-398; Konecny, 2005, str. 5). Sodišče naj upošteva tudi položaj v nekoliko daljšem obdobju pred vložitvijo predloga (Marshall et al., 2004, str. 2/32).

²⁷⁴ Gl. 14. odstavek uvodnega recitala. V postopkih z mednarodnim elementom, ko središče dolžnikovih glavnih interesov ni na ozemlju katere izmed članic EU, torej še naprej veljajo le avtonomna pravila mednarodnega insolvenčnega prava (prim. op. 105).

Do neke mere sporno je bilo, ali se Uredba uporablja, če je dolžnikov registrirani sedež zunaj EU (Pannen, Riedemann, 2004, str. 649; Marshall et al., 2004, str. 2/20; prim. tudi Virgós, Garcimartín, 2004, str. 22: njuno mnenje je pritrdilno). Precedenčni primer se je zgodil hitro, kje drugje kot v Angliji: v primeru *BRAC Rent-a-Car* je angleško sodišče začelo insolvenčni postopek nad družbo, registrirano v Delawaru (ZDA), saj je dejavnost opravljala skoraj izključno v Združenem kraljestvu in je bilo potemtakem središče njenih glavnih interesov na ozemlju ene od članic EU.

²⁷⁵ Mock in Schildt (2003, str. 398) menita, da se je na domnevo mogoče opreti samo, če dejanskega središča glavnih interesov ni mogoče ugotoviti. Preizkus po uradni dolžnosti zagovarjajo tudi Smid, 2004, str. 41; Wessels, 2004, str. 76-77; Tirado, 2005, str. 41. Fletcher (2003, str. 29) takšen *ex officio* preizkus priporoča kot del »dobre prakse« (*best practice*). Prim. čl. 102 InsO; čl. 10 LC.

sodišča, ki je prvo začelo insolvenčni postopek (načelo prioritete; *Prioritätsprinzip*)²⁷⁶. Postopki, ki se pozneje začnejo v drugih državah, so lahko le sekundarni postopki²⁷⁷.

Pomanjkljivost Uredbe je, da pojma središče glavnih interesov vsebinsko ne pojasni dovolj (prim. Homan, 2004, str. 254). Izjemo predstavlja le 13. odstavek recitala, ki pravi, da mora za središče dolžnikovih glavnih interesov veljati kraj rednega poslovanja dolžnika in je zato preverljiv za tretje osebe²⁷⁸. Po slabih štirih letih veljave Uredbe se je oblikovala že razmeroma obsežna sodna praksa nacionalnih sodišč. Daleč največ spornih primerov je trenutno prav glede mednarodne pristojnosti. V praksi je mogoče – ob splošni težnji širokega razlaganja središča dolžnikovih glavnih interesov²⁷⁹ – opredeliti dve osnovni skupini kriterijev. Pri tem se sodišča pogosto niso omejila na kriterije ene skupine, temveč so svojo mednarodno pristojnost utemeljila s kombinacijo kriterijev iz obeh skupin.

A. Središče dolžnikovih glavnih interesov je tam, kjer poteka *upravljanje* dolžnika (možni kriteriji: kje so sprejete glavne strateške odločitve; kje je navzoč višji management oziroma kje zaseda dolžnikova uprava; kje je finančna služba; kje je banka, pri kateri se dolžnik največ zadolžuje; kdo odobri pomembne pravne posle).

²⁷⁶ Smid, 2004, str. 42-43. O načelu prioritete gl. tudi razdelek 5.3.2.

V zvezi s tem je zanimivo mnenje, ki ga zastopa Laukemann (2005, str. 109). Avtor meni, da bi v trenutku, ko je pri sodišču v katerikoli članici EU vložen predlog za začetek insolvenčnega postopka, morala nastopiti visečnost zadeve. Dokler prvo sodišče, pri katerem je bil vložen predlog, ne odloči o stvari, ostala sodišča ne bi smela začeti postopka. Sam menim, da je nujen pogoj, da bi se takšna rešitev dobro obnesla v praksi, zelo hitro odločanje sodišč v vseh članicah EU. Ker odločanje o predlogu za začetek insolvenčnega postopka v Angliji lahko traja le nekaj dni, v Nemčiji več tednov ali celo mesecev (Pannen, Riedemann, 2004, op. 6), v Sloveniji pa – po lastnih izkušnjah – tudi do enega leta, je težko pričakovati, da bodo »hitra« sodišča pripravljena dlje časa čakati »počasna« sodišča.

Smid (2004a, str. 403) po drugi strani ne nasprotuje odločitvi nemškega sodišča v zadevi *EMBIC* v delu, kjer je sodišče – zavedajoč se, da je bil predlog za začetek glavnega insolvenčnega postopka prej kot v Nemčiji že vložen v Angliji – vedoma in nalašč z izdajo sklepa o začetku glavnega insolvenčnega postopka prehitelo »konkurenčno« angleško sodišče. O zadevi *EMBIC* gl. tudi Pannen, Riedemann, 2004, str. 649.

Zanimivo je tudi vprašanje, ali je sodišče prvo začelo insolvenčni postopek, če je sklep v prvi državi izšel potem, ko je insolvenčni postopek začelo tudi sodišče v drugi državi, vendar pa po pravu prve države velja fikcija, da se je insolvenčni postopek začel z dnem vložitve predloga. V zadevi *Eurofood* je irsko vrhovno sodišče to vprašanje (poleg drugih) predložilo Sodišču ES v postopek predhodnega odločanja (gl. op. 284).

²⁷⁷ Do zanimivega (in nezaželenega) pravnega položaja lahko kljub temu pride, če sodišči v dveh državah začneta dva glavna insolvenčna postopka, proti odločbi sodišča, ki je postopek začelo drugo, pa se nobena stranka ni pritožila in je odločba postala pravnomočna. Gl. Marshall et al., 2004, str. 2/62.

²⁷⁸ Takšna rešitev v Uredbi je zelo blizu teoriji dejanskega sedeža. Zanimivo je, da je Uredba začela veljati v času, ko je v praksi Sodišča ES zaznati opazen trend opuščanja teorije dejanskega sedeža v prid teoriji inkorporacije (prim. npr. Lauterfeld, 2001, str. 79-81; Mock, Schildt, 2003, str. 396-397; Mucciarelli, 2005, str. 516-519; v slovenščini npr. Kalss Susanne: Vpliv primera Centros na srednje- in vzhodnoevropske države. Podjetje in delo, 2001 (27), 1, str. 5-29).

Da gre pri navezovanju na središče dolžnikovih glavnih interesov v bistvu za sprejem teorije dejanskega sedeža, menijo Mock in Schildt, 2003, str. 397; Eidenmüller (2004, str. 3456); prim. op. 73. Podobno tudi Virgós in Garcimartín, 2004, str. 37, ki pa poudarjata, da gre pri središču dolžnikovih glavnih interesov vendarle za avtonomen koncept, specifičen za Uredbo 1346/2000 in ga ne gre enačiti z uveljavljenimi pravili posameznih držav članic EU.

²⁷⁹ S široko razlago so – ne presenetljivo, glede na tradicionalen pristop v avtonomnem mednarodnem zasebnem pravu (prim. str. 60 ter op. 72) – začela angleška sodišča. Moss (2002a, str. 152) je ob uveljavitvi Uredbe napovedal, da bi angleška sodišča lahko imela vodilno vlogo pri razlagi določil Uredbe. Napoved se, kot kaže, vsaj glede vprašanja mednarodne pristojnosti uresničuje, saj so začela sodišča v kontinentalni Evropi posnemati njihovo prakso široke razlage (Pannen, Riedemann, 2004, str. 646).

B. Središče dolžnikovih glavnih interesov je tam, kjer dolžnik *opravlja dejavnost* (možni kriteriji: kje operativno potekajo glavne poslovodne funkcije; kje je glavni proizvodni obrat; kje opravlja delo večina zaposlenih; kje je dolžnik pridobil dovoljenje za opravljanje dejavnosti; od kod so glavni dobavitelji; katero pravo velja za najpomembnejše dolžnikove pogodbe).

Menim, da je pravilen prvi pristop, ob razmeroma ozki razlagi²⁸⁰. Kje potekajo proizvodnja, skladiščenje in upravljanje s kadri, ne bi smelo biti pomembno. Odločilen bi moral biti dejanski sedež upravljanja, kot ga lahko *objektivno* prepoznajo upniki. Strinjam se s Konecnim (2005, str. 4), da naj sodišča upoštevajo okoliščine, ki so razvidne navzven in vsem upnikom. Virgós in Garcimartín (2004, str. 40-43) predlagata trodelni test: (a) kje poteka upravljanje dolžnikovih ekonomskih zadev, (b) kako se dolžnik redno javno kaže (*manifests himself*) navzven in je to določljivo za tretje osebe, (c) središče dolžnikovih glavnih interesov je vedno samó eno. Tudi upoštevaje opisane kriterije je lokacij, ki bi lahko veljale za središče dolžnikovih glavnih interesov, morda več in se nahajajo v različnih državah. Šele v takem primeru je v pomoč pri odločanju lahko tudi struktura upnikov oziroma subjektivni test: kateri kraj je večina (po velikosti terjatev) izmed njih imela za središče glavnih interesov dolžnika (prim. Eidenmüller, 2004, str. 3457). Če prepričljivega odgovora ni, pride v poštev domneva iz 3. člena Uredbe (gl. op. 275).

Sodišča držav članic EU so – včasih dokaj neprepričljivo – svoje odločitve glede mednarodne pristojnosti opirala še na nekatere druge okoliščine²⁸¹. V zadevi *Cirio* je italijansko sodišče na primer menilo, da je središče dolžnikovih glavnih interesov v Italiji (med drugim) zato, ker so bili člani uprave Italijani z bivališčem v Italiji²⁸². V zadevi *Kosingen* je švedsko sodišče upoštevalo, da je dolžnik davčni zavezanec na Švedskem; podobno tudi irsko sodišče v zadevi *Eurofood*²⁸³.

Uredba ne vsebuje posebnih določb glede mednarodne pristojnosti v primeru koncernov²⁸⁴. Temu vprašanju so se njeni avtorji nalašč izognili. Pojasnilo je naslednje:

²⁸⁰ V postopku nad poljsko družbo *Parkside Flexibles* so bili kriteriji prve skupine v prid Angliji, kriteriji druge skupine pa v prid Poljski. Angleško sodišče se v takem položaju vseeno ni oprlo na domnevo, da je v dvomu središče dolžnikovih glavnih interesov tam, kjer je registriran sedež (na Poljskem), temveč je sámó začelo insolvenčni postopek. Do neke mere drugačno mnenje je angleško sodišče izreklo v zadevi *MG Rover* (Marshall et al., 2004/2005, str. 2/73, 8.38.b). Gl. tudi Konecny, 2005, str. 5 (3.8).

²⁸¹ Po oceni Konecnega (2005, str. 2) so sodišča v nekaterih primerih ravnala že precej čustveno: »*England – Deutschland, Italien – Irland – das bezeichnet keine Fussballspiele, sondern teils mit einiger Emotionalität geführte Streitigkeiten über die massgeblichen Kriterien zur Bestimmung des COMI (Center of Main Interests)*«.«

Na površje so spet prišli tudi nekateri stari stereotipi. Nemški profesor Mankowski (2003, str. 1239) je široko tolmačenje Uredbe (sprva samó) s strani angleških sodišč tako označil za »*Insolvenz – Imperialismus*«.

²⁸² Kritika: Marshall et al., 2004/2005, str. 2/28.

²⁸³ V zvezi s tem gl. Marshall et al., 2004/2005, str. 2/37, str. 2/66 in str. 2/71; Tirado, 2005, str. 46 in op. 2; gl. tudi op. 284.

²⁸⁴ Vprašanje je pomembno tudi na mojem delovnem mestu: slovenske banke trenutno skoraj ne dajejo kreditov tujim nefinančnim družbam (Bilten Banke Slovenije 2004, str. 56). Kolikor jih, gre največkrat za družbe v pretežni ali izključni lasti slovenskih družb in je lahko vprašljivo, kje bi potekal morebitni insolvenčni postopek.

Vprašanje kraja središča dolžnikovih glavnih interesov v primeru družb, ki so del koncerna, je obravnavalo že več avtorjev. Hčerinska družba s samostojno pravno osebnostjo ne more veljati za podružnico v smislu Uredbe (Oberhammer, Domej, 2003, str. 10; Eidenmüller, 2004, str. 3458); po mnenju večine teoretikov niti

Uredba izrecno ne preprečuje, da bi bilo središče glavnih interesov hčerinske družbe na sedežu koncerna. Vendar tega tudi ne zapoveduje. Takšna rešitev bi namreč lahko imela za posledico »domino efekt« za zdrave hčerinske družbe, ki bi jih stečaj družbe – matere v drugi državi potegnil s seboj v prepad (prim. Balz, 1996, III.A.2.b). Tega nihče ni želel v besedilu Uredbe. Vseeno so sodišča okoliščino, da je določena družba v večinski ali izključni lasti druge družbe, že upoštevala pri določitvi središča dolžnikovih glavnih interesov²⁸⁵.

Ni presenetljivo, da se po kratkem času veljavnosti konvencije že pojavljajo prve pobude za spremembo tretjega člena²⁸⁶. Eidenmüller (2004, str. 3458) zagovarja predlog, da bi tudi v mednarodnem insolvenčnem pravu veljala predvsem teorija inkorporacije. Takšna rešitev bi po mojem mnenju nedvomno povečala predvidljivost pravnega položaja upnikov. Vprašljiva pa je njena vsebinska primernost. Pogoji za ustanovitev pravne osebe z omejeno odgovornostjo ustanoviteljev (zlasti višina osnovnega kapitala) se med državami razlikujejo. Glede na zadnjo prakso Sodišča ES²⁸⁷ se utegne povečati število podjetij, ustanovljenih po pravu držav z razmeroma blagimi pogoji za ustanovitev, ki pa bodo dejavnost izvajala predvsem v tretji državi (»*Delaware efekt*«). Sprejem teorije inkorporacije v mednarodno insolvenčno pravo utegne v skrajni fazi pripeljati do tega, da bo določen odstotek insolvenčnih postopkov nad družbami, ki so dejavne skoraj izključno v Sloveniji, potekal npr. v Angliji. Predlog za spremembe sta pripravila tudi Moss in Paulus (Eurofenix, 2005, 3, str. 9). Za razliko od Eidenmüllerja se zavzemata za vztrajanje pri središču dolžnikovih glavnih interesov, vendar bi vsebino slednjega opredelila drugače in tako, da bi večjo težo imel kraj dolžnikovega registriranega sedeža.

v primeru, če je v stoddotni lasti družbe – matere (Duursma-Kepplinger, Duursma, 2003, str. 509). Pannen in Riedemann (2004, str. 651) sta mnenja, da bi Uredbo veljalo dopolniti z določilom, da imajo hčerinske družbe znotraj koncerna središče glavnih interesov na (dejanskem) sedežu koncerna (prim. Jan, 2004, str. IV); takšno določilo bi seveda izpostavilo problem definicije koncerna. Gl. tudi Pannen, Riedemann, 2004, str. 647-648; Smid, 2004a, str. 399-405; Konecny, 2005, str. 3-4.

Pričakovati je, da bo za evropsko insolvenčno pravo koncernov velikega pomena odločitev, ko jo bo Sodišče ES sprejelo predvidoma v letu 2006 v zadevi *Eurofood*. *Eurofood* je bila hčerinska družba italijanskega koncerna *Parmalat*, nad katerim od leta 2003 poteka insolvenčni postopek. Insolvenčni postopek nad družbo *Eurofood*, ki ima sedež na Irskem in je bila ustanovljena po irskem pravu, sta začeli sodišči na Irskem in v Italiji, pri čemer je italijansko sodišče mednarodno pristojnost utemeljilo s tesno povezanostjo med družbo – materjo in hčerinsko družbo. Irsko vrhovno sodišče je leta 2004 Sodišču ES v postopek predhodnega odločanja predložilo več vprašanj, povezanih s tem izrazito spornim insolvenčnim postopkom. Z vidika koncernskega insolvenčnega prava je najpomembnejše 5. vprašanje: če upravljanje interesov hčerinske družbe redno in na način, ki je razviden tretjim osebam, poteka v državi sedeža, po drugi strani pa ima družba – mati možnost širokega vpliva na poslovno politiko družbe in tudi dejansko vpliva, kateri od omenjenih dejavnikov ima prednost pri določitvi središča dolžnikovih glavnih interesov? O zadevi *Eurofood* gl. Pannen, Riedmann, 2004, str. 650; Smid, 2004a, str. 410-411; Tirado, 2005, str. 42-44 in str. 46-47; Wimmer, 2005, str. 119-127. Mnenje javnega pravobranilca (*advocate general*) je že objavljeno na <http://curia.eu.int>.

²⁸⁵ Tako med drugim v zadevi *Hettlage Austria*, kjer je dalo nemško sodišče veliko težo okoliščini, da je avstrijski dolžnik hčerinska družba nemške družbe, ter vsaj v dveh primerih *Parmalatovih* hčerinskih družb (Marshall et al., 2004/2005, str. 2/32-2/34; str. 2/65-2/71).

²⁸⁶ Uredba sama sicer predvideva, da Komisija vsakih pet let o uporabi Uredbe poroča Evropskemu parlamentu, Svetu in Ekonomsko-socialnemu odboru in po potrebi priloži predlog za prilagoditev Uredbe (46. člen).

²⁸⁷ Gl. op. 278.

5.3.1.2. Sekundarni postopki²⁸⁸

Kadar je središče dolžnikovih glavnih interesov na ozemlju države članice, so sodišča druge države članice pristojna za začetek sekundarnih postopkov zoper istega dolžnika samo, če ima ta *poslovalnico* na ozemlju navedene druge države članice. Učinki teh postopkov so omejeni na dolžnikovo premoženje, ki se nahaja na ozemlju te države članice²⁸⁹. Pojem poslovalnice ni omejen na podružnico, vpisano v sodni register: po določbi čl. 2/h Uredbe je poslovalnica kraj poslovanja, v katerem dolžnik opravlja stalno gospodarsko dejavnost, ki predpostavlja udeležbo ljudi in premoženja.

Začetek teritorialnih postopkov pred začetkom glavnega postopka – partikularnih postopkov (prim. op. 75) – je mogoč v dveh primerih: (a) kadar začetek glavnega postopka ni mogoč zaradi pogojev, ki jih določa pravo države članice, na ozemlju katere je središče dolžnikovih glavnih interesov²⁹⁰, (b) kadar začetek postopka zahteva upnik, ki ima stalno ali običajno prebivališče oz. registrirani sedež v državi članici, na ozemlju katere ima dolžnik poslovalnico, ali čigar terjatev izhaja iz poslovanja navedene poslovalnice²⁹¹.

Sekundarni postopki – ne pa tudi partikularni postopki – morajo biti stečajni postopki²⁹².

5.3.2. Priznanje tujih sodnih odločb

Koncept avtomatičnega priznanja tujih odločb o začetku insolvenčnega postopka je »srčika« Uredbe 1346/2000 (Smid, 2004, str. 85); Fletcher (2003, str. 39) meni, da ta koncept predstavlja »napredek brez primere«. Od trenutka, ko odločba učinkuje (četudi še ni pravnomočna) v državi, kjer je bila izdana, učinkuje tudi na ozemlju vsake članice EU *ipso iure*, ne da bi bil potreben kakršenkoli formalen postopek priznanja²⁹³. Z izjemo, ki se nanaša na položaj zavarovanih upnikov, ima ta odločba v vseh državah enak učinek, kot ga ima po pravu države, v kateri je bila izdana. Vsebinska presoja po sodiščih druge države ni dopustna. Sodišče druge države ne sme presojati niti, ali je sodišče, ki je začelo insolvenčni postopek, pravilno uporabilo določbe Uredbe o mednarodni pristojnosti²⁹⁴.

²⁸⁸ V slovenskem jeziku o sekundarnih postopkih razmeroma podrobno Herman, 2004, str. 38.

²⁸⁹ Čl. 3/2 Uredbe.

²⁹⁰ Če je na primer dolžnik fizična oseba – »potrošnik«, po pravu države njegovega stalnega bivališča pa ni mogoče začeti insolvenčnih postopkov nad fizičnimi osebami, ki ne opravljajo samostojne gospodarske dejavnosti.

²⁹¹ Čl. 3/4 Uredbe.

²⁹² Tako čl. 3/3 Uredbe. Posledično po tem, ko se v eni državi začne glavni (stečajni ali sanacijski) postopek, ni več mogoče začeti sanacijskega postopka v drugi državi. Prim. tudi čl. 34 Uredbe.

²⁹³ Tako čl. 16 Uredbe. Gre torej za koncept razširjanja (*extension*) učinkov v nasprotju s konceptom asimilacije, po katerem ima konstitutivna odločba v drugi državi učinke primerljive odločbe po pravu te države. Model razširjanja zagotavlja, da so vse stranke, katerih pravni položaj je z izdajo odločbe prizadet, prizadete na enak način oziroma imajo enake pravice in obveznosti (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 191). Izvršilni postopki, ki tečejo po vseh državah EU, se torej prekinejo, če in kakor to predvideva pravo države, kjer je bil začel postopek (glede položaja zavarovanih upnikov gl. str. 66). Stečajni upravitelj, ki se ustrezno izkaže, lahko nemudoma začne upravljati npr. sredstva na dolžnikovih računih v banki v drugi državi. Sporno je, po katerem pravu mora upravitelj ravnati pri unovčevanju dolžnikovega premoženja v drugi državi: *de lege concursus* ali *de lege rei sitae*? Gl. čl. 18 Uredbe, prim. Veder, 2004, str. 183.

²⁹⁴ Tako npr. Csőke, 2004, str. 78; Wessels, 2004, str. 78. Drugačnega mnenja je Mankowski (2003, str. 1240; gl. tudi Mucciarelli, 2005, str. 530): »Avtomatično priznanje in načelo prioritete sta legitimna samo

Druge države lahko priznanje odrečejo samo v primeru, da tuja odločba nasprotuje njihovemu javnemu redu²⁹⁵.

Tudi ostale odločbe, izdane v insolvenčnem postopku, učinkujejo avtomatično (čl. 25 Uredbe)²⁹⁶. To velja tudi (a) za odločbe o ukrepih zavarovanja, sprejete po vložitvi predloga za začetek insolvenčnega postopka; (b) za odločbe, izdane v sanacijskih postopkih, kakršen je npr. sklep o potrditvi prisilne poravnave po slovenskem pravu, ter (c) za odločbe, ki so neposredno sprejete na podlagi postopkov v primeru insolventnosti in so

takrat, kadar je postopek prvo začelo sodišče, ki je v resnici pristojno.« Stališče Mankowskega je razmeroma osamljeno. Gl. tudi op. 295.

²⁹⁵ Tako čl. 26 Uredbe. Gl. tudi 22. odst. recitala: »Priznavanje odločb sodišča držav članic mora temeljiti na načelu medsebojnega zaupanja. Zato je treba vzroke za nepriznavanje zmanjšati na najmanjšo potrebno mero.« Komentatorji Uredbe soglašajo, da je potrebno določbo čl. 26 razlagati ozko (Huber, 2002, str. 495; Moss et al., 2002, str. 77; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 214; Laukemann, 2005, str. 106). Pridržek javnega reda pride v poštev le izjemoma, v primeru očitnega nasprotja z javnim redom navedene države, zlasti z njenimi temeljnimi načeli ali ustavnimi pravicami in svoboščinami posameznikov.

Smid (2004, str. 113) je mnenja, da napačna uporaba Uredbe po sodišču druge države sama po sebi še ne pomeni kršitve javnega reda. Da se sodišče ne more sklicevati na pridržek javnega reda, če meni, da je sodišče druge države napačno razlagalo določbe Uredbe o mednarodni pristojnosti, soglašajo Huber (2002, str. 494), Virgós in Garcimartín (2004, str. 212) ter Wimmer (2005, str. 123).

Smid (2004, str. 114) meni, da tudi ni mogoče odreči priznanja odločbi, izdani v sanacijskem postopku, s katero je upniku namenjeno nižje izplačilo, kot bi ga dobil v takojšnjem stečajnem postopku (prim. op. 117, 212), če je zadevni sanacijski postopek naštet v aneksu A k Uredbi. Tudi dejstvo, da je sodišče v drugi državi začelo insolvenčni postopek nad subjektom, nad katerim po pravu države, kjer se uveljavlja priznanje, ne more biti začet insolvenčni postopek, nikakor ne opravičuje sklicevanja na pridržek javnega reda: vsako odločbo je potrebno priznati z učinki, kakršni ji gredo po pravu države, kjer je bila izdana (17. čl. Uredbe; gl. tudi Balz, 1996, III.D.1).

Kdaj potem lahko pridržek javnega reda pride v poštev? Virgós in Garcimartín (2004, str. 215-219) naštevata nekatere položaje (prim. op. 203): diskriminacija upnikov na podlagi njihovega državljanstva ali domicila; odločba o začetku stečaja izključno kot pretveza za poseg v dolžnikovo lastnino; ignoriranje oz. kršitev minimalnih standardov poštenega postopka. Ti standardi so kršeni npr. (i) v primeru pomanjkljivosti glede javne objave ali (ii) odrekanja pravice dolžniku, da se izjasni glede predloga za začetek postopka. Tako tudi Laukemann (2005, str. 106) ter Tirado (2005, op. 14), ki meni, da zgolj dejstvo, da niso bili zaslišani *upniki*, še ne zadošča za sklicevanje na pridržek javnega reda; po Eidenmüllerjevem mnenju (2004, str. 3457) bi kršitev procesnih pravic upnikov lahko bila sporna, kadar gre za manjše število »velikih« upnikov, sploh če je začetek postopka predlagal eden od njih. Irsko sodišče je v zadevi *Eurofood* prav s sklicevanjem na to, da »konkurenčno« italijansko sodišče velikemu upniku, čeprav je vedelo zanj, ni omogočilo sodelovanja v postopku, zavrnilo priznanje odločbe italijanskega sodišča. Tudi o pravilnosti takšne razlage Uredbe bo odločalo Sodišče ES (gl. op. 284). Po drugi strani je bilo v zadevi *Daisytek*, ko je insolvenčni postopek začelo angleško sodišče, v Franciji (med drugim) sporno nesodelovanje sindikata v angleškem postopku, vendar je francosko sodišče angleško odločbo v končni fazi priznalo.

Zanimivo vprašanje je, ali so odločbe, izdane v postopku *redressement judiciaire* po francoskem pravu lahko v nasprotju z javnim redom drugih držav, glede na to, da so imeli upniki (zlasti pred letom 2006) v tem postopku izrazito pasiven položaj (prim. str. 36-37). Smid (2004, str. 114) je tudi v tem primeru mnenja, da to ni dopustno, ker je postopek uvrščen na seznam v Aneksu A k Uredbi.

Nekaj časa je kazalo, da francosko sodišče, sklicujoč se na nasprotovanje francoskemu javnemu redu, ne bo priznalo odločbe angleškega sodišča v zadevi *MG Rover*. Ker je bilo sporno, ali bo angleški upravitelj spoštoval razmeroma široke privilegije zaposlenih pri dolžniku, ki jim gredo po francoskem pravu (prim. op. 142), bi lahko šlo za nasprotovanje francoskemu javnemu redu. V končni fazi je bila odločba angleškega sodišča vendarle priznana, saj je angleški upravitelj zagotovil, da bo spoštoval pravice zaposlenih, ki jih uživajo po francoskem pravu, pri čemer pravni položaj zaposlenih varuje že čl. 10. Uredbe.

Prim. tudi op. 134.

²⁹⁶ Csőke (2004, str. 79), sicer stečajni sodnik na Madžarskem, izpostavlja zanimivo vprašanje: kako naj ravna sodni register v državi, kjer ima dolžnik sedež, če je središče glavnih interesov v tretji državi in je sodišče v tej državi začelo ter tudi že zaključilo glavni insolvenčni postopek? Njegovo mnenje je, da mora država, kjer je registriran dolžnik, odločbo o zaključku stečajnega postopka vsekakor spoštovati ter dolžnika izbrisati iz sodnega registra, ne da bi se spuščala v vsebinsko pravilnost odločitve.

z njimi tesno povezane. Izključno mednarodno pristojnost v teh tesno povezanih zadevah imajo sodišča države, kjer je bil začet insolvenčni postopek²⁹⁷. Če je potrebna prisilna izvršitev odločb, izdanih v insolvenčnih postopkih, poteka izvršilni postopek po pravilih Uredbe 44/2001, ki je nadomestila Bruseljsko konvencijo. Toda razlogi, iz katerih lahko sodišče zavrne izvršitev odločbe, izdane po sodišču druge države, so ožji kot po splošnih pravilih Uredbe 44/2001: veljajo izključno pravila Uredbe 1346/2000²⁹⁸. Izvršitev odločbe je torej mogoče zavrniti samo v primeru, če nasprotuje javnemu redu. Poleg tega pa 25. člen Uredbe 1346/2000 določa, da države članice niso zavezane priznati ali izvršiti odločbe, ki bi lahko vodila do omejevanja osebne svobode ali poštna tajnosti²⁹⁹.

Če se v drugi državi začne sekundarni postopek, njegovi učinki v *tej državi* prevladajo nad učinki glavnega postopka³⁰⁰. Učinki sekundarnega postopka pa so omejeni na državo, kjer je bil ta postopek začet, in na premoženje, ki se nahaja v njej (čl. 17 Uredbe).

Oberhammer in Domej (2003, str. 18) opozarjata, da Uredba predvideva priznanje le, če je sodišče uveljavilo mednarodno pristojnost po Uredbi in se v tem pogledu razlikuje od evropskega prava pravnega postopka, saj se v skladu z Uredbo 44/2001 vse odločbe iz vseh držav članic priznavajo v vseh državah, ne glede na to, ali je sodišče mednarodno pristojnost utemeljilo z Uredbo 44/2001.

Avtomatično priznanje tujih odločb je velik korak naprej v mednarodnem insolvenčnem pravu, vendar ni brez šibkih točk. Eden od namenov Uredbe je preprečiti t. i. »iskanje poceni sodišča« (»forum shopping«): da ima dolžnik s prestavljanjem premoženja ali s prestavitvijo sedeža iz ene države v drugo možnost sam izbrati sodišče, kjer bo potekal določeni postopek, ter posledično tudi pravo ter si na ta način izboljšati svoj pravni položaj³⁰¹. Zaradi nedorečenosti pojma središča dolžnikovih glavnih interesov na eni strani

²⁹⁷ Gre za odločbe v zadevah, ki so v tesni zvezi z insolvenčnim postopkom, tudi če sicer ne potekajo pred stečajnim sodiščem. Sodišče ES je kriterije, po katerih zadeva sodi med zadeve insolvenčnopravne narave, opredelilo v zadevi *Gourdain/Nader*; v zvezi s tem gl. Balz, 1996, III.D.6; Haubold, 2002, str. 158-160; Oberhammer, Domej, 2003, str. 18; prim. tudi Huber, 2002, str. 496.

Prej opisani kriterij nedvomno izpolnjuje tožba na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj v insolvenčnem postopku. Po mojem mnenju enako velja za tožbo proti članom nekdanjih organov dolžnika, ki jo v Sloveniji urejata čl. 19. in čl. 20. ZFPPOd.

²⁹⁸ Gl. čl. 45/1 Uredbe 44/2001, ki vsebinsko ustreza določbi čl. 34/2 Bruseljske konvencije. Uredba 1346/2000 določa, da se v zadevah izvršitve odločb po Uredbi 1346/2000 omenjena določba Uredbe 44/2001 ne uporablja. Čl. 45/1 s sklicevanjem na druge določbe Uredbe določa razloge, zaradi katerih sodišče v eni državi lahko zavrne priznanje tuje odločbe. Ker v insolvenčnih zadevah ta določba ne velja, odpadejo naslednji razlogi za zavrnitev: (a) nevročitev sodnega pisanja (čl. 34. t. 2. Uredbe 44/01), (b) nezdržljivost s sodno odločbo, izdano v sporu med istima strankama v državi, kjer se zahteva priznanje (čl. 34. t. 3. Uredbe 44/01), (c) nezdržljivost s predhodno sodno odločbo glede istega zahtevka med istima strankama (čl. 34. t. 4 Uredbe 44/01), (d) kršitve nekaterih pravil o mednarodni pristojnosti sodišč (čl. 35 Ur. 44/01). »Pretok« odločb, izdanih v insolvenčnih zadevah, je znotraj EU, odkar velja Uredba 1346/2000, torej še bolj prost, kot to splošno velja za sodne odločbe v civilnih in gospodarskih zadevah, potem ko je bilo desetletja obratno (prim. Haubold, 2002, str. 159).

²⁹⁹ V nekaterih državah, npr. v Nemčiji (čl. 99 InsO), je začetek insolvenčnega postopka razlog, zaradi katerega je mogoče odrediti nadzor nad sredstvi komuniciranja. V Sloveniji je dolžnika oz. nekdanjega člana organa upravljanja dolžnika, ki ne sodeluje s stečajnim sodiščem, na podlagi 96. čl. ZPPSL v povezavi z 241. čl. ZPP teoretično mogoče tudi zapreti (glede ukrepov sodišča ob nesodelovanju dolžnika prim. Plavšak, 1997, str. 237). Iz baze sodnih odločb *Ius-info* nisem zasledil, da bi do takšnega primera že prišlo.

³⁰⁰ To se nanaša tudi na položaj upravitelja, imenovanega v glavnem postopku (čl. 18 Uredbe).

³⁰¹ Gl. 4. odstavek uvodnega recitala k Uredbi.

ter koncepta enega univerzalnega postopka in avtomatičnega priznanja odločb, izdanem v tem postopku na drugi strani, Uredba vsaj v zgodnji fazi veljavnosti, ko še ni enotne sodne prakse glede središča dolžnikovih glavnih interesov, pobegov dolžnikov v pristojnost »poceni sodišč« ne preprečuje. Pannen in Riedemann (2004, str. 647) ter Laukemann (2005, str. 104) menijo, da jih trenutna sodna praksa celo olajšuje³⁰².

5.3.3. Uporaba prava

Splošno pravilo določa 4. člen Uredbe: če v členih 5-15 ni drugače določeno, velja glede ostalih pravnih vprašanj pravo države, kjer se je začel insolvenčni postopek. V 4. členu so v 13 alinejah primeroma naštet nekatera vprašanja, za katera se uporablja *lex fori concursus*. V tem razdelku bom posebej pojasnil, kakšna so kolizijska pravila Uredbe glede uveljavljanja pravic zavarovanih upnikov, pobotanja ter izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj, čemur sem posebno pozornost namenil že pri analizi nacionalnih ureditev v 4. poglavju. Vsa kolizijska pravila Uredbe se nanašajo na materialno pravo določene države; zavračanja (*renvoi*) Uredba ne upošteva.

5.3.3.1. Uveljavljanje pravic zavarovanih upnikov

Za zavarovane upnike je najpomembnejše pravilo 5. člena Uredbe: začetek insolvenčnih postopkov ne sme vplivati na stvarne pravice upnikov na dolžnikovem premoženju, če se v trenutku začetka postopka to premoženje nahaja na ozemlju druge države članice. Ta določba je zavarovanim upnikom izrazito v prid³⁰³. Začetek, nadaljnji potek in zaključek insolvenčnega postopka v ničemer ne spremenijo njihovega pravnega položaja, predvsem pravice, da unovčijo zavarovanje in se iz njegove vrednosti poplačajo po splošnih pravilih, ki veljajo v kraju, kjer je predmet zavarovanja³⁰⁴. Toda če se v državi, kjer je predmet zavarovanja, začne sekundarni postopek³⁰⁵, za položaj zavarovanega upnika veljajo pravila insolvenčnega prava države sekundarnega postopka³⁰⁶.

³⁰² »This is a real draw for Forum Shoppers. Simply pick your favoured jurisdiction, transfer your company's papers and bank accounts there and you're in business. If you're worried about antecedent transaction, go to Greece. Preferential creditors? Try Germany or the UK, which don't have any. Want to protect jobs? Go to France ...« (Pannen, Riedemann, 2004, str. 647).

³⁰³ Virgós in Garcimartín (2004, str. 92) naštevata tri možne pristope glede uveljavljanja stvarnih pravic zavarovanih upnikov v zadevah z mednarodnim elementom. Za položaj zavarovanih upnikov, ko se predmet zavarovanja nahaja v tretji državi in ne v državi insolvenčnega postopka, lahko velja (a) insolvenčno pravo države glavnega insolvenčnega postopka, (b) insolvenčno pravo države, kjer so stvari, ali pa (c) začetek insolvenčnega postopka sploh ne vpliva na njihov položaj in veljajo splošna pravila države, kjer so stvari. Tretja možnost je za zavarovane upnike najugodnejša. Ne brez kritik (Liersch, 2002, str. 15-17; Oberhammer, Domej, 2003, op. 42; Zeeck, 2003, str. 68 v povezavi z op. 237) so jo sprejeli pripravljavci Uredbe, upošteva pri tem zlasti interese mednarodnega kreditnega poslovanja (prim. npr. Balz, 1996, III.C.2), vendar po trditvah Virgós in Garcimartína (2004, str. 90) tudi zaradi namena poenostavitve in pocenitve mednarodnih insolvenčnih postopkov!

³⁰⁴ Tudi vrstni red poplačila se ne spremeni. Če splošna pravila kraja, kjer je stvar, to dopuščajo, lahko zavarovani upnik stvar proda sam ter se iz nje prednostno poplača, četudi *insolvenčno* pravo kraja, kjer je stvar, sicer določa nadprivilegij določene kategorije upnikov (prim. Veder, 2004, str. 344-347).

³⁰⁵ Pravico zahtevati začetek sekundarnega postopka ima tudi upravitelj v glavnem postopku (čl. 29 Uredbe). Vendar je, kot že rečeno, sekundarni postopek dopusten samo, če ima dolžnik v državi poslovalnico (gl. str. 63).

³⁰⁶ Oziroma po pravu kraja, kjer so stvari, na katerih je zavarovanje. V tem primeru gre nujno za isto pravo.

Pravilo velja ne glede na to, ali je glavni postopek sanacijski postopek (Veder, 2004, str. 353; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 106) ali stečajni postopek. Prav tako pravilo velja tako v postopkovnem (vsa upnikova postopkovna upravičenja so nespremenjena) kakor tudi v vsebinskem oziru (odločba o znižanju dolžnikovih obveznosti, izdana v insolvenčnem postopku, ne učinkuje proti zavarovanemu upniku, kolikor je njegova terjatev pokrita z vrednostjo predmeta zavarovanja³⁰⁷). Pravilo velja tudi za pravice do pridobitve stvarne pravice, če so vknjižene in veljajo *erga omnes* (Oberhammer, Domej, 2003, str. 14).

Kljub temu 5. člen Uredbe zavarovanega upnika ne razbremeni negotovosti, saj mora le-ta pri predvidevanju svojega pravnega položaja v morebitnem insolvenčnem postopku upoštevati več pravno določujočih vsebinskih danosti:

- Pravilo 5. člena Uredbe velja le, če se predmet zavarovanja nahaja v državi EU. Če se nahaja zunaj EU, veljajo avtonomna pravila mednarodnega zasebnega prava (Smid, 2004, str. 55; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 101).
- Ali je na dolžnikovem premoženju veljavno pridobljena stvarna pravica v zavarovanje upnikove terjatve ali ne, se presoja po pravu države, v kateri so se nahajale stvari ob začetku insolvenčnega postopka; če pravila mednarodnega zasebnega prava te države napotijo na pravo druge države, pa po pravu druge države. 5. člen Uredbe torej ne preprečuje možnih negativnih posledic mobilnega konflikta³⁰⁸! Namen Uredbe je poenotenje pravil (mednarodnega) *insolvenčnega* prava, ne mednarodnega zasebnega prava ali stvarnega prava.
- Če je predmet zavarovanja netelesna stvar, je lahko sporno, kako določiti lokacijo stvari v trenutku začetka insolvenčnega postopka (prim. str. 55). Glede terjatev težave navidez preprečuje pravilo, da je *situs* terjatve v državi članici, na katere ozemlju ima dolžnikov dolžnik središče glavnih interesov³⁰⁹. Vendar zaradi različne razlage središča glavnih interesov (gl. str. 60) upnikov položaj vseeno ni vedno jasn³¹⁰. Lokacija prinosniških vrednostnih papirjev, vpisanih v register ali shranjenih pri depotni hiši, je tam, kjer se nahaja tretja oseba, ki vzdržuje relevantni register³¹¹.
- Uredba ne določa, kako obravnavati stvari v tranzitu. Kraj, kjer se takšne stvari nahajajo v trenutku začetka insolvenčnega postopka, je največkrat naključen. Teorija ni naklonjena temu, da bi naključni kraj določal, katero pravo naj se uporabi (Veder, 2004, str. 264; prim. tudi Vrenčur, Knez, 2000, str. 413 in op. 85). Virgós in Garcimartín (2004, str. 103) se zavzemata, da bi se v tem primeru kraj, kjer so

³⁰⁷ Tako Virgós, Garcimartín, 2004, str. 104. Sporno pa je, ali bi soglasje zavarovanega upnika k znižanju ali odlogu plačila, ki ga je tak upnik izrazil v državi, kjer poteka sanacijski postopek (ki je nujno tudi glavni postopek), vplivalo na njegove pravice na predmetu zavarovanja v tretji državi (prim. Moss et al., 2002, str. 122-124).

³⁰⁸ Gl. Moss et al, 2002, str. 52; Fletcher, 2003, str. 34; Jan, 2004, str. II; Smid, 2004, str. 57; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 95.

³⁰⁹ Čl. 2g Uredbe.

³¹⁰ Če je terjatev zavarovana z dolžnikovim dobroimetjem na bančnem računu, naj bi bil *situs* tretjedolžnika – banke v kraju poslovne enote (*branch*) in ne sedeža banke (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 168). Prim. 8. odstavek recitala Direktive 2002/47.

³¹¹ T. i. PRIMA pristop (*Place of the Relevant InterMediary Approach*), ki je že na več mestih prodrl v pravo EU (prim. direktive 1998/26/EC, 2001/24/EC, 2002/47/EC; Virgós, Garcimartín, 2004, str. 167).

stvari, določil (pravzaprav fingiral) v skladu s pravili države glavnega insolvenčnega postopka³¹².

- Sodišče ne bi smelo dopustiti upnikovega sklicevanja na 5. člen Uredbe, če se je predmet zavarovanja znašel v tretji državi z goljufivim namenom (Veder, 2004, str. 331).
- Čl. 5 Uredbe ne vpliva na možnost ugotovitve ničnosti ali izpodbojnosti pravnega posla ustanovitve zavarovanja³¹³.

Zelo podobno pravilo, kot ga vsebuje 5. člen za upnike s stvarno pravico na delu dolžnikovega premoženja, določa 7. člen za upnike, ki na delu dolžnikovega premoženja uveljavljajo pridržek lastninske pravice. Ali pridržek lastninske pravice sploh obstaja, se tudi v tem primeru presoja po pravu države, v kateri se stvar nahaja ob začetku insolvenčnega postopka; če pravila mednarodnega zasebnega prava te države napotijo na pravo druge države, pa po pravu te druge države (Smid, 2004, str. 66)³¹⁴. Po mnenju Virgós in Garcimartína (2004, str. 110) določilo 7. člena velja samo za enostavni pridržek lastninske pravice³¹⁵.

5.3.3.2. Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj

Izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj je med vprašanji, ki so primeroma naštet v 4. členu in za katera velja *lex fori concursus*. Toda upoštevati je potrebno tudi pravilo 13. člena Uredbe: *lex fori concursus* se ne uporablja, če nasprotnik izpodbijanja kumulativno dokaže, (a) da je za navedeno dejanje odločilno pravo države članice³¹⁶, ki ni država, v kateri je bil začet insolvenčni postopek, ter (b) da pravo te druge države članice ne dopušča nobenega sredstva za izpodbijanje navedenega dejanja. To pomeni, da *konkretno*³¹⁷ dejanje ni izpodbojno niti po predpisih te države, ki urejajo izpodbijanje v insolvenčnem postopku, niti po kateremkoli drugem predpisu te države³¹⁸. Dokazno breme nosi nasprotnik izpodbijanja.

5.3.3.3. Pobotanje

Pobotanje je v deveti (»j«) alineji četrtega člena Uredbe prav tako naštet med vprašanji, za katere velja pravo kraja glavnega postopka. Vendar položaj upnikov, ki lahko uveljavljajo nasprotno terjatev v pobot, pomembno izboljšuje še pravilo 6. člena: začetek insolvenčnega postopka ne vpliva na pravico upnikov, da zahtevajo pobotanje, kadar je tak pobot dopusten po pravu, ki se uporablja za insolventnega dolžnika³¹⁹. Pripravljalci

³¹² ZMZPP (čl. 18/2) v takem primeru napoti na pravo namembnega kraja.

³¹³ Čl. 5/4 Uredbe.

³¹⁴ Nasprotno meni Eidenmüller (2001, op. 30): velja pravo, na katerega napotijo kolizijska pravila države, v kateri se je začel insolvenčni postopek.

³¹⁵ Smid (2004, str. 66) dodaja, da za ostale oblike pridržka lastninske pravice (gl. op. 110) velja 5. člen Uredbe.

³¹⁶ Pravilo 13. člena velja le, če je merodajno pravo države članice EU. V nasprotnem primeru veljajo avtonomna pravila države, kjer poteka insolvenčni postopek (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 137).

³¹⁷ Ni pomembno, ali so dejanja določene vrste izpodbojna ali ne. Nasprotnik izpodbijanja mora dokazati, da prav *konkretno* dejanje v nobenem primeru ni bilo sporno (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 136).

³¹⁸ Dejanje torej ne sme biti izpodbojno zaradi napak v volji, neizpolnjevanja pogojev glede obličnosti, nasprotovanja dobrim poslovnim običajem (Smid, 2004, str. 79) ipd.; prav tako ne po pravilih, ki urejajo izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj zunaj insolvenčnega postopka (*actio Pauliana*).

³¹⁹ Po Smidovem (2004, str. 63) mnenju tudi to pravilo velja le, če napoti na pravo države članice EU. Nasprotno meni Fletcher (2003, str. 35).

Uredbe so tudi v tem primeru – podobno kot pri 5. členu (gl. op. 303) – upoštevali predvsem interese upnikov, ki so se proti dolžniku izpostavili zanašajoč se na možnost pobotanja kot na obliko zavarovanja³²⁰.

V teoriji (zlasti v kontinentalni Evropi) je razlaga tega pravila sporna. Ni enotnega mnenja, ali se 6. člen nanaša samo na morebitne insolvenčnopravne omejitve upravičenja do pobotanja ali tudi na dopustnost pobotanja po splošnih pravilih civilnega prava³²¹. Prevladujoče mnenje je, da 4. člen (*lex fori concursus*) velja tako za materialnopravno pridobitev upravičenja do pobotanja kakor tudi za insolvenčnopravne omejitve tega upravičenja (Eidenmüller, 2001, op. 33; Huber, 2002, str. 493; Garašić, 2005, str. II/280). Vendar mnogi avtorji menijo drugače³²².

Določba 1. odstavka 6. člena Uredbe ne vpliva na možnost ugotovitve ničnosti ali izpodbojnosti določenega pravnega posla. Sodišče ne bi smelo dovoliti, da bi sklicujoč se na 6. člen Uredbe pobotanje uveljavljal nedobroverni upnik, ki je pridobil terjatev od drugega upnika (Smid, 2004, str. 6; prim. str. 53).

5.3.3.4. Uporaba prava v sekundarnem postopku

V sekundarnem insolvenčnem postopku velja pravo države tega postopka, če Uredba ne določa drugače³²³. Z vidika te magistrske naloge je najpomembnejša izjema določena za stvar, na kateri je pridržek lastninske pravice (prim. razdelek 5.3.3.1.)³²⁴. Glede izpodbijanja pravnih dejanj v sekundarnem postopku se analogno (Smid, 2004, str. 79) uporabljata 4. in 13. člen Uredbe: sodišče odloča po pravu države, kjer je bil začet sekundarni postopek, nasprotnik izpodbijanja pa lahko v obrambo dokaže, (a) da je za navedeno dejanje odločilno pravo države članice, ki ni država, v kateri je bil začet sekundarni postopek in hkrati (b) da po pravu te druge države članice izpodbijano dejanje v nobenem primeru ni sporno (prim. razdelek 5.3.3.2.).

³²⁰ Ker je dogovor o izbiri prava v mednarodnem zasebnem pravu načeloma dopusten (prim. Pivka, Puharič, 1999, str. 33-35), je v pogodbah z mednarodnim elementom upniku morda v interesu določiti pravo, ki je pobotanju v stečaju razmeroma naklonjeno (prim. Moss, 2002a, str. 144); to je tudi slovensko pravo (prim. str. 52).

³²¹ Če bi bilo pobotanje v insolvenčnem postopku v vseh državah poseben postopkovni institut insolvenčnega prava, kakor je na primer v Združenem kraljestvu ali na Irskem, potem težav glede razlage ne bi bilo. V omenjenih državah se nasprotne terjatve v stečaju avtomatično pobotajo (gl. str. 42) in ni pomembno, iz kakšnega pravnega razmerja izvirajo (Virgós, Garcimartín, 2004, str. 114; prim. Moss et al., 2004, str. 56). Ocenjujem, da velja enako za slovensko ureditev (čl. 39, čl. 117 ZPPSL). Če po drugi strani insolvenčno pravo določa le omejitve upravičenja do pobotanja, ki sicer temelji na splošnih pravilih civilnega prava, potem ni nesporno, ali se 6. člen Uredbe nanaša tudi na splošne civilnopravne pogoje za pobotanje ali ne (v primeru Nemčije prim. čl. 94 in 95 InsO).

³²² Ehrlicke in Ries (2003, str. 316) menita, da se obstoj materialnopravnega upravičenja do pobotanja vselej presoja *de lege causae*. 6. člen Uredbe je po njunem mnenju treba razumeti tako, da je pobotanje po 6. členu dopustno, če so izpolnjeni materialnopravni pogoji po pravu, ki velja za glavno terjatev, *in* če tudi insolvenčno pravo te države te pravice ne omejuje. Podobno v. Wilmowsky (1998, str. 348).

Gl. tudi Virgós, Garcimartín (2004, str. 115): Uredba ne vzpostavlja posebne pravne ureditve za pobotanje v insolvenčnih postopkih. 4. člen priznava ureditev pobotanja po pravu kraja postopka, kakršnakoli že je.

³²³ Čl. 28 Uredbe.

³²⁴ Gl. tudi Smid, 2004, str. 122.

5.4. UNCITRALOV MODELNI ZAKON O MEDNARODNEM INSOLVENČNEM PRAVU³²⁵

Komisija Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), ustanovljena z namenom razvijati harmonizacijo mednarodnega trgovinskega prava, je od ustanovitve leta 1966 pripravila vrsto osnutkov mednarodnih pogodb ter modelnih zakonov³²⁶. Priprava pravnega akta, ki bi uredil nekatera vprašanja mednarodnega insolvenčnega prava, je bila zahtevna zaradi velikih razlik v ureditvi insolvenčnega prava med državami in politične občutljivosti problematike. Pomembno vlogo pri pripravi je imel *INSOL International*, mednarodno stanovsko združenje strokovnjakov, ki se poklicno ukvarjajo s sanacijo podjetij in stečajem. Priprava dokumenta je trajala tri leta, od 1994 do maja 1997³²⁷. Generalna skupščina OZN je na 72. plenarnem zasedanju 15. decembra 1997 članicam OZN priporočila, naj besedilo Modelnega zakona upoštevajo pri sprejemu lastne zakonodaje o mednarodnem insolvenčnem pravu³²⁸.

UNCITRAL-ov Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu (v nadaljevanju tega razdelka: Modelni zakon) ni mednarodna pogodba³²⁹. Posameznim državam je prepuščena odločitev, ali bodo njegovo besedilo po rednem zakonodajnem postopku prenesle v svojo ureditev. Za razliko od mednarodnih pogodb se jim ni treba dosledno držati izvirnega besedila; posamezne dele lahko izpustijo ali jih uredijo drugače. Vendar je UNCITRAL-ovo priporočilo, naj bodo odstopanja čim manjša (UNCITRAL Model Law, 1999, t. 12)³³⁰. Tudi Modelni zakon dopušča možnost, da države izključijo njegovo uporabo za insolvenčne postopke nad bankami, zavarovalnicami in drugimi pravnimi osebami, za katere v posamezni državi veljajo posebna pravila insolvenčnega prava³³¹.

Na dan 1. aprila 2006 je Modelni zakon ali vsaj večino njegovih določb v svojo zakonodajo preneslo 9 držav oziroma ozemelj³³². Proces zaenkrat ni hiter³³³, vendar je pričakovati, da

³²⁵ Slovenski prevod zakona vsebuje diplomatska naloga Alice Sekolec: Mednarodno insolvenčno pravo. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2000, 98 str. Žal je bila diplomatska naloga ves čas priprave mojega magistrskega dela nedosegljiva. Od avtorice sem zato povzel samo prevod naslova zakona, ki sicer odstopa od dobesednega prevoda (*Model Law on Cross-Border Insolvency*). Iz tega prevoda sem izpeljal kratico MZMIP (uradna UNCITRAL-ova kratica v angleškem jeziku je MOCI).

³²⁶ Gl. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts.html.

³²⁷ Fletcher (1999, str. 328) to ocenjuje kot zelo hiter napredek.

³²⁸ O nastajanju Modelnega zakona gl. Harmer, 1997, str. 145-147; Fletcher, 1999, str. 325-330; UNCITRAL Model Law, 1999, t. 1-8.

³²⁹ Glavni razlog v prid modelnemu zakonu namesto konvencije je narekovala bojazen, da bi bilo v primeru zavezujoče konvencije mnogo težje doseči soglasje širokega kroga držav (Wimmer, 1997, str. 2221; Sekolec, 2002, str. 148). Na odločitev so vplivale tudi slabe izkušnje z neratifikacijo Carigradske konvencije. »Modelni zakon je boljši kot neratificirana konvencija« (Berends, 1998, str. 319). Gl. tudi Garašič, 2005, str. I/83.

³³⁰ Večina držav, ki so doslej prevzele Modelni zakon v svojo zakonodajo, je v določeni meri odstopila od izvirnega besedila. Za pregled teh odstopanj gl. Khumalo, 2004, str. 13-26; Developments, 2005, t. 5-17. Prim. tudi op. 349, 360.

³³¹ Čl. 1 MZMIP.

³³² To so Eritreja, Japonska, Mehika, Poljska, Romunija, Južna Afrika, Črna gora, Britanski Deviški otoki, ZDA; glede Združenega kraljestva gl. str. 42. Nekatere države so prevzele samo posamezne določbe Modelnega zakona. Wessels (2004, str. 49) tako ugotavlja, da je čl. 347/2 nemškega InsO povzel vsebino čl. 18. MZMIP (dolžnost tujega upravitelja, da obvešča sodišče v državi priznanja o vseh pomembnih spremembah). Po Modelnem zakonu se je v omejenem obsegu zgledoval tudi novi španski *Ley Concursal* iz leta 2003 (Wessels, 2004, str. 50-53).

bo po tem, ko so leta 2005 ZDA vključile Modelni zakon v svojo zakonodajo kot 15. poglavje ameriškega stečajnega zakona (gl. str. 49), ameriškemu zgledu sledilo več držav.

Modelni zakon je glede na tematiko, ki jo ureja, manj obsežen pravni akt od Uredbe 1346/2000. Ureja predvsem tri vprašanja: pravice upravitelja v postopku pred sodiščem v drugi državi, priznanje tujih insolvenčnih postopkov ter sodelovanje sodišč iz različnih držav ter upraviteljev iz različnih držav³³⁴. Velik poudarek je namenjen hitremu in usklajenemu postopanju sodišč v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom, kjer lahko že en dan odlašanja prinese težko popravljive posledice³³⁵. Fletcher (1999, str. 332) meni, da so štirje temelji Modelnega zakona naslednji: pravica upravitelja do sodelovanja v postopku v drugih državah (*Access*), priznanje insolvenčnih postopkov v drugih državah (*Recognition*), učinki insolvenčnih postopkov v drugih državah (*Relief*) ter sodelovanje med sodišči in med upravitelji (*Cooperation*).

Kolizijskih pravil Modelni zakon ne vsebuje. V razdelku 5.4. se bom, vztrajajoč pri dosedanjih vsebinskih poudarkih magistrskega dela, osredotočil predvsem na pravila o mednarodni pristojnosti in priznanju tujih sodnih odločb.

5.4.1. Mednarodna pristojnost

Glavni insolvenčni postopek je tisti postopek, ki ga začne sodišče v državi, kjer ima dolžnik središče glavnih interesov³³⁶. Velja domneva, da je središče glavnih interesov tam, kjer je dolžnikov registrirani sedež³³⁷. Postopek, ki ni glavni postopek (*non-main proceeding*)³³⁸, je postopek, ki poteka v državi, kjer ima dolžnik poslovalnico (*establishment*)³³⁹. Poslovalnica je kraj poslovanja, v katerem dolžnik opravlja stalno gospodarsko dejavnost, ki predpostavlja udeležbo ljudi in premoženja ali storitev³⁴⁰.

³³³ Za primerjavo: uspešni UCNITRAL-ov Modelni zakon o mednarodni trgovinski arbitraži iz leta 1985 je v 21 letih, do 1. aprila 2006, prevzelo 50 držav oziroma ozemelj (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

³³⁴ Prim. Harmer, 1997, str. 147; Sekolec, 2002, str. 150 (t. 4).

³³⁵ »The general idea behind the Model Law is that there are only three things that are important in a cross-border insolvency: speed, speed and more speed. (...) To put it bluntly: act first, think later.« (Berends, 1998, str. 321; avtor je sodeloval pri pripravi Modelnega zakona.)

³³⁶ Čl. 2/b MZMIP.

³³⁷ Čl. 16 MZMIP.

³³⁸ Modelni zakon se izogiba izrazu »sekundarni postopek« ter uporablja izraz »postopek, ki ni glavni« (ang. *non-main proceeding*, fr. *procédure non principale*; rus. *неосновное производство*). Vzrok je v tem, da za razliko od Uredbe 1346/2000, v skladu s katero je začetek glavnega postopka praviloma pogoj za to, da se lahko začnejo sekundarni postopki, začetek partikularnega postopka pred začetkom glavnega postopka pa je dopusten le izjemoma (gl. str. 63), po določbah Modelnega zakona nič ne preprečuje sodiščem v državi, kjer dolžnik nima središča glavnih interesov, da začnejo insolvenčni postopek, čeprav se glavni postopek še ni začel (Berends, 1998, str. 331; avtor meni tudi, da izraz »*non-main proceeding*« ni posrečen; moj slovenski prevod »postopek, ki ni glavni«, je slišati še bolj okorno, vendar se tudi po seznanitvi z besedilom Modelnega zakona v ostalih jezikih boljšega prevoda nisem domislil).

³³⁹ Čl. 2/c MZMIP.

³⁴⁰ Tako čl. 2/f MZMIP. Prevod sem izpeljal iz slovenskega besedila čl. 2/h Uredbe 1346/2000, saj sta angleški besedili člena 2/h Uredbe ter člena 2/f Modelnega zakona skoraj identični (prim. Fletcher, 1999, str. 336).

Omenjene določbe se zdijo znane iz Uredbe 1346/2000. Pripravljavci Modelnega zakona so sledili rešitvi, ki je bila sprejeta ob pripravi Evropske konvencije o insolvenčnih postopkih³⁴¹. Vendar so med ureditvama pomembne razlike: medtem ko je Evropska konvencija (in sedaj enako Uredba 1346/2000) mednarodno pristojnost določala neposredno, jo Modelni zakon določa posredno. Za postopek, začet v državi, kjer ima dolžnik središče glavnih interesov oziroma poslovalnico, velja obveznost priznanja v drugih državah. Modelni zakon pa ne prepoveduje, da države lastne mednarodne pristojnosti ne izvajajo tudi širše. Omejitev – ki ni stroga – določa samo čl. 28: če je sodišče v eni državi že priznalo tuji insolvenčni postopek kot glavni postopek, lahko začne postopek, ki ni glavni, samo če ima dolžnik v državi priznanja premoženje (*assets*)³⁴².

Razlika med Uredbo 1346/2000 in Modelnim zakonom je tudi glede načela zaupanja: medtem ko so sodišča držav članic EU dolžna spoštovati odločbo sodišča, ki je prvo začelo glavni insolvenčni postopek, po določbah Modelnega zakona vsako sodišče samo odloča, ali bo tuji postopek priznalo kot glavni postopek ali ne³⁴³. Modelni zakon predpisuje le merilo, po katerem naj sodišče odloča. Glede na to, da sodišča neenotno razlagajo pojem središča dolžnikovih glavnih interesov že v razmeroma homogeni Evropski uniji (gl. str. 60), je pri uporabi Modelnega zakona pričakovati še več neenotnosti³⁴⁴.

5.4.2. Priznanje tujih sodnih odločb

Osrednji del Modelnega zakona je 3. poglavje (čl. 15-24), ki ureja priznanje tujih insolvenčnih postopkov³⁴⁵. Modelni zakon za razliko od Uredbe 1346/2000 ne pozna koncepta avtomatičnega priznanja. Namesto tega določa obveznost priznati tuji postopek, če so izpolnjeni štirje formalni kriteriji³⁴⁶. Priznanje lahko zahteva tuji upravitelj³⁴⁷; hkrati z

³⁴¹ Gl. Harmer, 1997, str. 149; Berends, 1998, str. 329, str. 354; Fletcher, 1999, str. 335; UNCITRAL Model Law, 1999, t. 72.

³⁴² *A contrario* lahko sodišče *pred* priznanjem odločbe o začetku tujega glavnega postopka (in ne glede na to, da je morda že priznalo odločbo o začetku tujega postopka, ki ni glavni) začne insolvenčni postopek na temelju dolžnikovega sedeža, čeprav dolžnik v državi razen poštnega nabiralnika sploh nima premoženja. Seveda je vprašljivo, ali bodo v drugih državah priznali odločbo o začetku takšnega insolvenčnega postopka; če mednarodno insolvenčno pravo v tuji državi ureja le Modelni zakon, priznanja ne bo. O tem gl. Fletcher, 1999, str. 333, str. 336; Fletcher, Anderson, 2004, str. 285; Homan, 2004, str. 255.

Za kritiko čl. 28 MZMIP gl. Berends, 1998, str. 383-384. Avtor meni, da je omejitev, določena v 28. členu, premalo stroga, in se zavzema, da bi države, ki prevzamejo Modelni zakon, lastno mednarodno pristojnost omejile strožje. Postopkov, ki lahko tečejo hkrati, naj bo čim manj.

³⁴³ Tuji upravitelj lahko sodišču predlaga, ali naj postopek prizna kot glavni postopek ali ne, vendar sodišče na predlog ni vezano (prim. Westbrook, 2005, str. 722).

³⁴⁴ Takšne težave so konceptu modelnega zakona inherentne, kar samo po sebi ne zmanjšuje njegove vrednosti (prim. Fletcher, 1999, str. 361). V zvezi s tem gl. čl. 8 MZMIP, ki določa, da morajo sodišča pri njegovi razlagi upoštevati mednarodni izvor (*international origin*) zakona.

³⁴⁵ Za razliko od Uredbe 1346/2000 Modelni zakon uporablja izraz »priznanje postopka« (*recognition of a foreign proceeding*), ne »priznanje odločb«. Zastavlja se mi vprašanje, ali je takšna dikcija združljiva s slovensko pravno terminologijo (prim. čl. 1 ZMZPP). Vendar se s tem vprašanjem ne bom ukvarjal ter bom pri analizi Modelnega zakona tudi sam uporabljal izraz »priznanje postopka«.

³⁴⁶ Čl. 17 MZMIP: Tuji insolvenčni postopek mora ustrezati široki opredelitvi insolvenčnega postopka iz 2/a člena MZMIP; tuji upravitelj mora biti upravitelj v smislu široke opredelitve upravitelja iz 2/d člena MZMIP; zahtevi za priznanje morajo biti priložene nekatere osnovne listine in priloge, določene v čl. 15 MZMIP; vložena mora biti pri pristojnem sodišču.

vložitvijo zahteve lahko zahteva začasne ukrepe³⁴⁸. Postopek priznanja mora biti hiter³⁴⁹. Sodišče tuje odločbe vsebinsko ne preizkusi. Tudi postopek preizkusa formalnih kriterijev skuša Modelni zakon olajšati: sodišče je upravičeno – ne pa tudi zavezano³⁵⁰ – domnevati (med drugim), da so listine, ki jih mora predlogu za priznanje priložiti tuji upravitelj, avtentične³⁵¹.

Pravne posledice priznanja tujega insolvenčnega postopka so odvisne od tega, ali je sodišče tuji postopek priznalo kot glavni postopek ali ne. V primeru, da sodišče prizna tuji *glavni postopek*, avtomatično nastopi moratorij z učinki, kot jih ima primerljiva vrsta insolvenčnega postopka po domačem pravu. Organom dolžnika prenehajo vsa upravičenja za razpolaganje s premoženjem³⁵². Poleg tega lahko sodišče odredi še dodatne ukrepe³⁵³. Če sodišče prizna tuji postopek, ki *ni glavni*, odločba o priznanju nima avtomatičnih pravnih posledic. Sodišče na predlog tujega upravitelja v vsakem primeru posebej določi pravne posledice³⁵⁴ tako, da bo dosežen namen zavarovati dolžnikovo premoženje ter interese upnikov. Pri tem upošteva interese prizadetih oseb in lahko učinke odločbe o priznanju veže tudi na določene pogoje ter učinke pozneje spremeni ali odpravi³⁵⁵. Če je sodišče v državi priznanja samo začelo insolvenčni postopek (gl. opombo 338), veljajo drugačna pravila. Nekoliko poenostavljeno je mogoče njihovo vsebino strniti takole: učinki domačega postopka imajo vselej prednost pred učinki priznanega tujega postopka³⁵⁶.

Za razliko od Uredbe 1346/2000 po Modelnem zakonu vse pravne posledice priznanja tujega postopka nastopijo po določbah prava domače države³⁵⁷. Nastopi lahko torej položaj, v katerem ima insolvenčni postopek v tuji državi, kjer je bil priznan, bolj obsežne pravne posledice kot v državi, kjer je bil začel³⁵⁸. Nemški avtorji menijo, da je to velika pomanjkljivost Modelnega zakona³⁵⁹.

³⁴⁷ Na Japonskem tudi vsak upnik v tujem postopku (Developments, 2005, t. 8).

³⁴⁸ Čl. 19 MZMIP.

³⁴⁹ Čl. 17/3 MZMIP: O zahtevi je treba odločiti v najkrajšem možnem roku. Glede na to, da mora biti insolvenčni postopek že sicer hiter, se postavlja vprašanje, kako razlagati to določbo. Japonska, Poljska in Mehika te določbe niso prevzele (Developments, 2005, t. 9). Če do priznanja ne pride zelo hitro, je toliko večji pomen začnih ukrepov po čl. 19 MZMIP.

³⁵⁰ V dvomu lahko zahteva ustrezno overitev. Vendar naj sodišče tako ravna le v zvezi z odločbami, izdanimi v državah, katerih pravne ureditve ne pozna (UNCITRAL Model Law, 1999, t. 114).

³⁵¹ Čl. 16/2 MZMIP; gl. UNCITRAL Model Law, 1999, t. 114; prim. Fletcher, 1999, str. 337-338.

³⁵² Čl. 20 MZMIP.

³⁵³ Čl. 21 MZMIP.

³⁵⁴ Čl. 21. MZMIP našteva možne pravne posledice: moratorij, prenehanje upravičenj dolžnikovih organov za razpolaganje s premoženjem, prenos le-teh na tujega upravitelja ali tretjo osebo, zavarovanje dokazov, podaljšanje po čl. 19 določenih začnih ukrepov, druge pravne posledice začetka insolvenčnega postopka po pravu države, ki je priznala tuji postopek.

³⁵⁵ Čl. 22 MZMIP.

³⁵⁶ Gl. čl. 29 MZMIP; Berends, 1998, str. 387.

³⁵⁷ Čl. 17 Uredbe 1346/2000; čl. 20, 21 MZMIP.

³⁵⁸ Na primer, če v državi začetka postopka dolžnikovi organi obdržijo upravljalska upravičenja (lastna uprava; prim. str. 18), v državi priznanja pa to ni mogoče ali če se v državi začetka postopka moratorij ne nanaša na zavarovane upnike, v državi priznanja pa tudi nanje.

³⁵⁹ Gl. Wimmer, 1997, str. 2222; Kirchhof et al., 2003, str. 708. Prim. tudi Rűfner, 2005, str. 1862-1863. Mnogo manj kritičen je Fletcher (1999, str. 342). Gl. tudi Berends, 1998, str. 364.

Priznanja tujih postopkov naj države ne bi pogojevale z vzajemnostjo (Fletcher, 1999, str. 331). Kljub temu so nekatere države predpisale ta pogoj³⁶⁰.

Tudi Modelni zakon pozna izjemo javnega reda³⁶¹. Pridržek javnega reda naj pride v poštev le ob očitnem nasprotovanju javnemu redu³⁶².

5.4.3. Uporaba prava

Modelni zakon ne vsebuje kolizijskih pravil. Doseči kompromis o kolizijskih pravilih bi bilo posebno težko. V tem razdelku omenjam nekatera pravila Modelnega zakona, ki so za upnike bolj pomembna.

V vsakem primeru morajo biti tuji upniki obravnavani enako kot domači³⁶³. Zavarovane upnike Modelni zakon omenja na dveh mestih. V 32. členu določa t. i. »pravilo skupne sklede« (*hotchpot rule*): upnik, ki v insolvenčnem postopku v eni državi doseže poplačilo svoje terjatve v določenem odstotku, v postopku v drugi državi ni upravičen do poplačila, dokler tudi vsi ostali upniki v postopku v drugi državi niso poplačani v enakem deležu³⁶⁴. 32. člen izrecno določa, da na pravico zavarovanih upnikov do ločenega poplačila oziroma do izločitve dela premoženja to pravilo ne vpliva. V 14. členu Modelni zakon določa obveznost individualnega obveščanja tujih upnikov; glede tujih zavarovanih upnikov posebej določa, da jih je treba v obvestilu podučiti tudi o tem, ali morajo terjatev prijaviti ali ne. V nekaterih državah se namreč prijavi zavarovane terjatve v insolvenčnem postopku šteje za odpoved zavarovanju (UNCITRAL Model Law, 1999, t. 111).

V primeru priznanja tujega glavnega postopka avtomatično napoči moratorij³⁶⁵. Ali za zavarovane upnike velja izjema od moratorija, določa pravo države priznanja. Pravila njenega mednarodnega zasebnega prava lahko napotijo na pravo druge države³⁶⁶.

Na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj se nanaša samo ena določba Modelnega zakona: upravitelj, imenovan v tujem insolvenčnem postopku, ima potem, ko je sodišče priznalo odločbo o začetku tujega postopka, aktivno legitimacijo za tožbo na izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj po predpisih prava države, kjer je bila odločba priznana. Pravilo

³⁶⁰ Tako Romunija, Britanski Deviški otoki, Mehika ter Južna Afrika. Pogoj vzajemnosti je zlasti problematičen pri slednji, saj naj bila vzajemnost razvidna iz posebnega, v ta namen pripravljenega seznama držav. Uvrstitev na ta seznam mora potrditi celo parlament (Developments, 2005, t. 16).

³⁶¹ Čl. 6. MZMIP. Berends (1998, str. 336) meni, da je takšna določba v modelnem zakonu nenavadna. Običajna je v mednarodnih pogodbah, ne pa v modelnih zakonih, ki postanejo del pozitivnega prava po rednem zakonodajnem postopku.

³⁶² Gl. UNCITRAL Model Law, 1999, t. 89. Enako Berends, 1998, str. 336: »*International public policy is less restrictive than domestic public policy. Courts observing international public policy may be inclined to say 'Okay, it is not the way we would do it, but we can accept it.'*« Gl. tudi Fletcher, 1999, str. 339. Nekateri člani delovne skupine, ki je pripravila Modelni zakon, so se zavzemali za še bolj strogo besedilo po zgledu Uredbe 1346/2000 (gl. tabelo 3, str. 76), vendar v tem niso uspeli (Wimmer, 1997, str. 2221).

³⁶³ Prim. čl. 13 MZMIP. Po Fletcherjevem (1999, str. 352) mnenju se ta člen ne nanaša nujno tudi na terjatve javnopravne narave tujih upnikov (davki ipd.). Enako meni Sekolec (2002, str. 150).

³⁶⁴ Enako čl. 20/2 Uredbe 1346/2000.

³⁶⁵ Čl. 20 MZMIP.

³⁶⁶ Čl. 20/2 MZMIP; UNCITRAL Model Law, 1999, t. 33, t. 148; prim. Garašić, 2005, str. II/251.

velja ne glede na to, ali je domače sodišče tuji postopek priznalo kot glavni ali ne, toda v slednjem primeru je upraviteljeva aktivna legitimacija omejena na izpodbijanje dejanj, ki so povzročila zmanjšanje premoženja, ki bi bilo sicer del mase v postopku, ki ni glavni³⁶⁷.

5.4.4. UNCITRAL-ov zakonodajni priročnik o insolvenčnem pravu

Na področju insolvenčnega prava UNCITRAL-ova dejavnost ni omejena na pripravo Modelnega zakona. Peta UNCITRAL-ova delovna skupina za insolvenčno pravo je leta 2004 pripravila »Zakonodajni priročnik o insolvenčnem pravu« (*Legislative Guide on Insolvency Law*). To ni pravni akt, temveč zelo temeljito pripravljena »bela knjiga« smernic in priporočil državam za vzpostavitev učinkovite ureditve insolvenčnega prava.

V drugem delu priročnik obravnava vprašanje uporabe prava v mednarodnih insolvenčnih postopkih; splošno pravilo naj bo *lex fori concursus* (UNCITRAL Legislative Guide, 2004, str. 67). Položaj zavarovanih upnikov, pobotanje in izpodbijanje dolžnikovih pravnih dejanj so navedeni v 31. priporočilu med vprašanji, za katere *lahko* velja *lex fori concursus*³⁶⁸. Izjeme naj bodo omejene in natančno opredeljene³⁶⁹. O tem, v katerih primerih izjeme konkretno pridejo v poštev, v priročniku – žal – ni odgovora.

5.5. PRIMERJAVA UREDBE 1346/2000 IN UNCITRALOVEGA MODELNEGA ZAKONA

Uredba 1346/2000 je vsebinsko bolj dovršen pravni akt od UNCITRAL-ovega Modelnega zakona; s tem soglašajo tudi avtorji, ki Modelni zakon močno odobravajo³⁷⁰. Kljub temu sem prepričan, da je tudi Modelni zakon dober izdelek. Vendar je poenotenje mednarodnega insolvenčnega prava na svetovni ravni mnogo zahtevnejša naloga kot na ravni EU, ki jo je v času priprave Evropske konvencije o insolvenčnih postopkih tvorilo le 12 in pozneje 15 članic z močno tradicijo sodelovanja na področju harmonizacije različnih pravnih področij. Modelni zakon je – enako kot Uredba – prvi in pomemben korak v pravo smer (prim. Omar, 2002, op. 109; Westbrook, 2005, str. 728); Fletcher (1999, str. 368) uporablja izraz »umetnost možnega«.

Ob tem naj opozorim na zanimivo vprašanje – obravnavalo ga je sicer že več avtorjev – ali sta si omenjena pravna akta vsebinsko združljiva in dopolnjujoča ali pa gre za dva nasprotna koncepta ureditve mednarodnega insolvenčnega prava³⁷¹. Oba imata več stičnih točk; Modelni zakon je vsekakor nastal pod vplivom Evropske konvencije o insolvenčnih postopkih³⁷². V razdelku 5.5. bom oba oba pravna akta najprej na kratko primerjal, nato pa odgovoril na v začetku odstavka omenjeno vprašanje. Težišče

³⁶⁷ Čl. 23 MZMIP.

³⁶⁸ »The insolvency law of the State in which the insolvency proceedings are commenced (*lex fori concursus*) should apply to all aspects (...) These may include, for example: (...) (g) avoidance of certain transactions, (i) set-off, (j) treatment of secured creditors.« (UNCITRAL Legislative, 2004, str. 73.)

³⁶⁹ Takšna je vsebina 34. priporočila (UNCITRAL Legislative, 2004, str. 74).

³⁷⁰ Prim. Fletcher, 1999, str. 368; Westbrook, 2005, op. 53.

³⁷¹ Fletcher (1999, str. 370), Sekolec (2002, str. 140) in Wessels (2004, str. 45), menijo, da gre za dopolnjujoča se pravna akta. Po drugi strani Eidenmüller (2001, str. 3) meni, da gre za »konkurenta«.

³⁷² UNCITRAL Model Law, 1999, t. 18; gl. tudi str. 71.

primerjave bo na položaju upnikov v mednarodnih insolvenčnih postopkih. Glavna izhodišča za primerjavo sem strnil v tabeli 3.

TABELA 3: PRIMERJAVA UREDBE 1346/2000
IN UNCITRALOVEGA MODELNEGA ZAKONA

	Uredba 1346/2000	UNCITRAL-ov Modelni zakon
Pristojnost za začetek glavnega postopka	neposredno določena: središče dolžnikovih glavnih interesov (čl. 3)	posredno določena: središče dolžnikovih glavnih interesov (čl. 2/b in 16/3)
Pristojnost za začetek pomožnega postopka	neposredno določena: poslovalnica (čl. 3)	posredno določena: poslovalnica (čl. 2/c)
Priznanje tujih postopkov	avtomatično (čl. 16)	posebno hiter postopek; preverijo se samo štirje formalni pogoji (čl. 17)
Učinki priznanja	praviloma po pravu države začetka postopka (čl. 17)	praviloma po pravu države priznanja (čl. 20-21)
Pridržek javnega reda	v primeru očitnega nasprotja odločbe z javnim redom države priznanja, zlasti z njenimi temeljnimi načeli ali ustavnimi pravicami in svoboščinami posameznikov (čl. 26)	v primeru očitnega nasprotja (čl. 6)
Pravo, ki se uporablja	splošno pravilo: <i>lex fori concursus</i> (čl. 4); več pomembnih izjem (čl. 5-15)	ne določa ničesar
Položaj zavarovanih upnikov	začetek insolvenčnega postopka ne vpliva nanj (čl. 5, 7)	ne določa ničesar
Obveščanje znanih upnikov v tujini	individualno (čl. 40) ³⁷³	praviloma individualno (čl. 14/2)
Sodelovanje organov	sodelujejo predvsem upravitelji (čl. 31)	sodišča in upravitelji naj sodelujejo neposredno in v največjem možnem obsegu (čl. 25-27)
Razmerje do sklenjenih mednarodnih pogodb	prednost ima Uredba (čl. 44)	prednost ima mednarodna pogodba (čl. 3)

³⁷³ Gl. obrazca v prilogi 2.

Bistvena značilnost in prednost Uredbe je po mnenju nekaterih avtorjev (prim. str. 63) koncept avtomatičnega priznanja odločb tujih sodišč. Menim, da Modelni zakon v tem pogledu ne zaostaja veliko, vendar le pod pogojem, da bodo sodišča v praksi postopek priznanja izpeljala zares hitro in pridržek javnega reda razlagala ozko³⁷⁴.

V pristopih obeh aktov pa je še ena razlika, ki je po mojem mnenju izrazita: Uredba skuša učinkovitost insolvenčnih postopkov povečati z jasno *hierarhijo postopkov*: mogoč je samo en glavni insolvenčni postopek, ki so mu vsi morebitni drugi postopki podrejeni³⁷⁵. Po drugi strani Modelni zakon ne predvideva takšne stroge hierarhije. Bistveno je hitro in učinkovito *sodelovanje* med sodišči in upravitelji iz več držav³⁷⁶.

Kako se to kaže v praksi? Zaradi neenotne razlage Uredbe prej omenjena hierarhija postopkov v zahtevnejših primerih – posebej v primeru koncernov – ne deluje brez težav (gl. str. 61). Na drugi strani obsežne sodne prakse v zvezi z Modelnim zakonom še ni³⁷⁷. Vendar je koncept sodelovanja, značilen za UNCITRAL-ov Modelni zakon, prevzet iz prakse, ki se je v državah občega prava razvila zlasti v devetdesetih letih 20. stoletja. Ta praksa je uspešna. Natančen dogovor med upraviteljema dveh insolvenčnih postopkov v dveh različnih državah (*protocol*) je bil prvič sklenjen v primeru *Maxwell* (gl. op. 231); sledila je vrsta drugih tovrstnih dogovorov³⁷⁸. Pooblaščenca na tujem (*foreign representative*), zadolženega za sodelovanje z organi tujega insolvenčnega postopka, je

³⁷⁴ Na takšno razmišljanje me navdajajo lastne izkušnje, tako v vlogi pooblaščenca banke kot upnika kakor tudi v vlogi pravnega svetovalca banke kot nevtralnega posrednika v plačilnem prometu. Brez slabe vesti smem povedati, da smo lahko bančni delavci pretirano previdni, kadar nam – na primer – upravitelj vroči sklep slovenskega sodišča o začetku stečajnega postopka in njegovem imenovanju. Že manjše nepravilnosti ali nejasnosti v besedilu sklepa so lahko vzrok, da od sodišča zahtevamo dodatna pojasnila; previdnost ni pač nikoli odveč. Kako bo ravnala prva slovenska banka (ali pa zemljiška knjiga – prim. čl. 22 Uredbe 1346/2000), ki ji bo tuji stečajni upravitelj vročil odločbo npr. ciprskega sodišča, sklicujoč se na avtomatične neposredne učinke v Sloveniji, bo zanimivo opazovati. Če sodišče tujo odločbo prizna hitro in pri tem upošteva le formalne pogoje, ki niso posebej strogi, je v nekaterih primerih za učinkovit potek postopka to lahko celo bolje od sklicevanja na načelno avtomatično veljavo tuje odločbe. Green (2005, str. 724) po drugi strani zelo pozitivno ocenjuje koncept avtomatičnega priznanja. Ameriška avtorica meni, da se ZDA ne bi smele zadovoljiti s poenostavljenim postopkom priznanja po zgledu Modelnega zakona, temveč bi si morale prizadevati za uvedbo avtomatičnega priznanja nasproti čim večjemu številu držav.

³⁷⁵ To je razvidno na primer iz 12. in 20. odstavka recitala ter členov 16/2, 29/a, 31, 33, 35, 37 Uredbe. Ideja vodilne vloge enega postopka – če je že treba sprejeti hkraten potek več postopkov nad istim dolžnikom – je prisotna tudi v Dogovoru o mednarodnem insolvenčnem pravu (*Cross-Border Insolvency Concordat*) kot prvi princip (*Cross-Border Insolvency Concordat*, 1996, str. 4)

»Dogovor o mednarodnem insolvenčnem pravu« ni dobesedni prevod; zgledoval sem se po prevodu naslova UNCITRAL-ovega Modelnega zakona o mednarodnem insolvenčnem pravu (gl. op. 325).

³⁷⁶ Čl. 25-27 MZMIP. Določbe teh členov so zlasti pomembne za države civilnega prava, kjer se sodišča brez zakonske pravne podlage praviloma ne morejo neposredno obrniti na sodišča drugih držav (Berends, 1998, str. 379). Neustrezno sodelovanje med organi različnih držav in nekoordinacija različnih insolvenčnih postopkov nad istim dolžnikom v teh državah pogosto nista posledici tega, da organi ne želijo sodelovati, temveč tega, da jim predpisi tega ne dopuščajo (Sekolec, 2002, str. 150).

³⁷⁷ Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu je vključen v sistem zbirke odločb v zvezi z UNCITRAL-ovimi pravnimi akti *CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts)*; http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html Do 10. aprila 2006 v zbirki ni bila objavljena nobena odločba v zvezi z Modelnim zakonom o mednarodnem insolvenčnem pravu.

³⁷⁸ Za pregled protokolov, sklenjenih v zadevah, ki so potekale v ZDA, na eni strani, ter drugih državah (predvsem Kanadi) do leta 2001, gl. Flaschen et al., 2001, III.C. in op. 46-61. Gl. tudi <http://www.iiiglobal.org/international/protocols.html>.

ameriško sodišče prvič imenovalo v primeru *Singer*. Tudi ta institut je zaživel v praksi³⁷⁹. Oba instituta pozna Modelni zakon³⁸⁰. Nobenega vzroka nimam, da bi dvomil, da bo takšno sodelovanje med sodišči in upravitelji iz držav občega prava uspešno tudi potem, ko bodo te države prevzele Modelni zakon. Pravi preizkus pa bo sodelovanje med organi držav civilnega prava.

Prvi primer priznanja tujega postopka in obenem eden od prvih primerov tesnega sodelovanja med sodiščem države občega prava in sodiščem države civilnega prava v mednarodnem insolvenčnem postopku je bil primer *Xacur*. Mehško sodišče je v tem primeru priznalo dva postopka, ki sta se leta 1997 začela v ZDA, čeprav so bili bratje *Xacur* mehški državljanji, ZDA pa v tem času tudi še niso prevzele Modelnega zakona. V Mehiki se ni začel poseben insolvenčni postopek, temveč je mehško sodišče imenovalo le domačega pooblaščenca, ki je tesno in uspešno sodeloval z ameriškim upraviteljem. Manj spodbudno je, da je od zahteve ameriškega upravitelja za priznanje ameriškega postopka do priznanja preteklo 19 mesecev³⁸¹.

5.5.1. Položaj upnikov

Kaj oba pravna akta prinašata upnikom v mednarodnih insolvenčnih postopkih, skušam ilustrirati z nekaj primeri iz lastnih izkušenj, ki sem jih zbral kot prilogo magistrskemu delu. S pomočjo teh primerov ter upošteva je analizo obeh aktov v petem poglavju ugotavljam, da oba obravnavana pravna akta v določeni meri izboljšujeta predvidljivost pravnega položaja upnikov v morebitnem insolvenčnem postopku, vendar ne oba v enaki meri in na enak način.

Ureditev po Uredbi 1346/2000 je nadvse ugodna za položaj zavarovanih upnikov (gl. prilogo 1, primere 1-3). Toda v insolvenčnih postopkih ni dovolj premoženja za poplačilo vseh upnikov. Vse, kar je enemu razredu upnikov ali enemu upniku v korist, je ostalim upnikom v škodo. V primeru Uredbe 1346/2000 so poraženci navadni upniki. Slednji tudi ne morejo vedno predvideti, v kateri državi se bo začel glavni insolvenčni postopek; to je

³⁷⁹ Pregled do leta 2001 v Flaschen et al., 2001, t. V.

³⁸⁰ Čl. 27 MZMIP. Oba instituta sta *primeroma* naštetata med sredstvi sodelovanja med sodišči. Gl. tudi Flaschen et al., 2001, IV.D. Priznanje tujega postopka po določbah Modelnega zakona ni pogoj, da pride do medsebojnega sodelovanja sodišč (Sekolec, 2002, str. 149). Modelni zakon v 27. členu predvideva tudi koordinacijo postopkov ter izmenjavo informacij – tudi o vsebini tujega prava – na kakršenkoli primeren način; torej ne preko uradnih dopisov, temveč neposredno. Nekateri sodniki iz držav občega prava navajajo iz izkušenj, da lahko tuje sodišče preprosto pokličejo po telefonu. Modelni zakon skuša takšno ravnanje spodbuditi (Berends, 1998, str. 379).

Posamezne države lahko določijo tudi druge oblike sodelovanja ali podrobneje določijo način sodelovanja. Pri tem so lahko v pomoč Smernice za komunikacijo med sodišči v insolvenčnih postopkih z mednarodnim elementom (*Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*) Ameriškega pravnega inštituta (*The American Law Institute*) ter Mednarodnega inštituta za insolvenčno pravo (*The International Insolvency Institute*). Pri njihovi pripravi je sodeloval tudi sodnik Vrhovnega sodišča RS Miodrag Đorđević, ki je bil poleg angleških sodnikov edini sodnik iz Evrope. Za upnike je pomembno, da lahko v primeru komunikacije po telefonu, video konferenci ali drugem elektronskem mediju med sodišči ali med sodiščem in tujim upraviteljem komunikaciji prisostvujejo tudi pooblaščenca vseh udeleženih strank (7. in 8. smernica).

³⁸¹ Mehika je Modelni zakon prevzela leta 2000. Ameriški upravitelj je priznanje zahteval v začetku leta 2001, o zahtevi pa je bilo odločeno decembra 2002. Prim. op. 349.

posledica neenotne razlage pojma središča dolžnikovih glavnih interesov. Od tega, kje se bo začel glavni postopek, so odvisne pravne posledice v vseh ostalih državah – posebno tam, kjer dolžnik nima poslovalnice in sekundarni postopek zato ni mogoč. Za zavarovane upnike je negotovost glede kraja glavnega insolvenčnega postopka manj pomembna³⁸².

Modelni zakon nima »prerazdelitvenih« učinkov in je s tega vidika nevtralen. Kako poteka delitev iz »skupne skled« (*hotchpot*), naj države uredijo po svoje. Predvidljivost pravnega položaja upnikov (v primeru sanacije pa tudi dolžnika) Modelni zakon povečuje s tem, da zagotavlja hitro priznanje tujega postopka. Poleg tega pravne posledice tujega postopka – drugače kot po pravilih Uredbe 1346/2000 – določa pravo države priznanja. Kot sem pojasnil na strani 73, takšna rešitev ni vedno vsebinsko najbolj ustrezna, vseeno pa vnaša določeno predvidljivost³⁸³. Poleg tega je posebna vrednost Modelnega zakona, da ni omejen na uporabo v državah, ki so članice določene tesne zveze držav, temveč katerikoli državi na svetu ponuja osnovni normativni okvir za delovanje organov v mednarodnih insolvenčnih postopkih (prim. Fletcher, 1999, str. 369)

Pomen ugotovljene razlike ni tolikšen, da bi bil Modelni zakon zaradi nje vsebinsko nezdržljiv z zasnovo mednarodnega insolvenčnega prava, vsebovano v Uredbi 1346/2000. Modelni zakon dopušča možnost, da se države, ki ga prevzamejo, z drugimi državami ali znotraj tesnejše skupnosti držav o posameznih vprašanih dogovorijo tudi več ali drugače. Države lahko tudi enostransko vzpostavijo pravni red, ki je priznanju tujih postopkov ali tujim upnikom še bolj naklonjen, kot predvideva Modelni zakon. Glede na to menim, da se Modelni zakon in Uredba lahko dopolnjujeta. Modelni zakon zagotavlja *minimum* sodelovanja v tistih insolvenčnih zadevah, kjer sodelovanja sicer sploh ne bi bilo³⁸⁴.

Končno ugotavljam, da nobeden od obeh pravnih aktov ne poskuša doseči poenotenja materialnopravnih pravil insolvenčnega prava, kaj šele stvarnega prava. Uredba in Modelni zakon ne preprečujeta možnosti mobilnega konflikta (gl. str. 32), ki je s pravnega vidika največja »past« zavarovanja terjatev z mednarodnim elementom (prim. Fletcher, Anderson, 2004, str. 287). Hipoteze iz 2. alineje na strani 2 torej tudi z vidika Uredbe in Modelnega zakona ni moč potrditi. Zavarovanje blagovnih ali denarnih kreditov z mednarodnim elementom bo od upnikov torej še naprej zahtevalo tudi natančno analizo mogočih pravnih položajev, ki jih lahko prinese sprememba lokacije stvari, na kateri je ustanovljeno zavarovanje.

³⁸² V zvezi s tem, kot že rečeno, gl. čl. 5 in 7 Uredbe.

³⁸³ V skladu z MZMIP bo dolžnikovo premoženje v neki državi – če sodišče te države prizna tuji postopek – zagotovo podvrženo posledicam, ki jih predvideva pravo te države. Vendar položaj ni popolnoma predvidljiv, saj ni gotovo: (a) ali bo sodišče tuji postopek sploh priznalo, (b) ali ga bo priznalo kot glavni postopek ali ne (v slednjem primeru pravne posledice priznanja namreč niso avtomatične, temveč jih, upoštevaje »nabor« mogočih, določi sodišče – čl. 21 MZMIP) ter (c) ali teh posledic sodišče morda ne bo pozneje odpravilo (čl. 22 MZMIP).

³⁸⁴ Zato je mogoče v določeni meri pojasniti, zakaj so nemški avtorji Modelnemu zakonu nenaklonjeni (prim. op. 359): nemška avtonomna ureditev tudi glede tujih insolvenčnih postopkov, ki jih niso začeli organi države članice EU, že sedaj določa praktično vse ugodnosti, ki jih vsebuje tudi Modelni zakon, in še več, vključno s konceptom avtomatičnega priznanja učinkov tujega postopka (čl. 335 InsO; gl. str. 35). Vendar pa v nemškem zakonu (InsO) ni določb, ki bi ustrezale členom 25-27 MZMIP, kar bi nemškemu sodišču dalo pravno podlago za neposredno sodelovanje s tujimi sodišči.

5.6. EKSKURZ: POSKUSI POENOTENJA MATERIALNEGA PRAVA

Ni verjetno, da bi v bližnji prihodnosti lahko prišlo do poenotenja splošnih pravil civilnega prava ter mednarodnega zasebnega prava v takšnem obsegu, da bi bila možnost mobilnega konflikta izključena ali omejena na osamljene primere. Zato je toliko večji pomen pravnih aktov mednarodne narave, ki poenotijo materialno pravo vsaj na izbranem ožjem vsebinskem področju. V razdelku 5.6. bom kratko obravnaval tri pravne akte: Direktivo 2002/47 Evropskega parlamenta in Sveta o dogovorih o finančnem zavarovanju, Konvencijo OZN o odstopu terjatev (cesiji) v mednarodni trgovini in UNIDROIT-ovo konvencijo o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi.

5.6.1. Direktiva 2002/47 o dogovorih o finančnem zavarovanju

Direktiva 2002/47 Evropskega parlamenta in Sveta o dogovorih o finančnem zavarovanju je bila sprejeta z namenom poenostaviti postopek zavarovanja denarnih terjatev s finančnimi zavarovanji ter povečati pravno varnost zavarovanih upnikov³⁸⁵.

Finančno zavarovanje so (a) gotovina na računu (ne tudi bankovci) ter (b) finančni instrumenti (delnice, obveznice ter drugi vrednostni papirji, s katerimi se običajno trguje na kapitalskem trgu, vključno s kuponi investicijskih skladov)³⁸⁶. V primeru, da dolžnik ne izpolni obveznosti iz temeljnega posla, lahko upnik takoj unovči zavarovanje brez sodne intervencije³⁸⁷. Iz uvodnega recitala je razvidno, da mora biti unovčenje izvedeno na komercialno sprejemljiv način³⁸⁸.

Direktiva občutno izboljšuje položaj upnikov v insolvenčnih postopkih. Poleg tega, da lahko tudi v primeru insolvenčnega postopka, ne glede na določbe o moratoriju, upnik sam unovči predmet zavarovanja, takšno zavarovanje tudi ni neveljavno *samó* zato, ker je bilo ustanovljeno na dan, ko je bil nad dajalcem zavarovanja začet insolvenčni postopek³⁸⁹, če prejemnik³⁹⁰ zavarovanja lahko dokaže, da tega ni vedel niti ni bil dolžan vedeti. Prav tako finančno zavarovanje ni izpodbojno *samó* zato, ker je bilo ustanovljeno v kritičnem obdobju pred začetkom insolvenčnega postopka, znotraj katerega so dolžnikova pravna dejanja lahko izpodbojna. Drugače povedano: za izpodbojnost ustanovitve finančnega

³⁸⁵ Direktiva ne velja neposredno; članice EU so morale njeno vsebino na primeren način povzeti v svojo zakonodajo, pri čemer direktiva daje proste roke glede nekaterih vprašanj. Eno izmed njih je, ali pravila o finančnih zavarovanjih veljajo tudi za pravne posle med pravnimi osebami, ki niso osebe javnega prava ali finančne družbe. V Sloveniji od leta 2004 velja Zakon o finančnih zavarovanjih; velja tudi za velike družbe v smislu ZGD, čeprav niso osebe javnega prava ali finančne družbe, kadar sklepajo posle finančnega zavarovanja s temi osebami (čl. 2/3 ZFZ).

³⁸⁶ Čl. 2/d, 2/e direktive; prim. čl. 2 ZFZ.

³⁸⁷ Čl. 4; prim. čl. 8 ZFZ.

³⁸⁸ 17. odstavek recitala Direktive 2002/47; prim. op. 208.

³⁸⁹ Čl. 8 direktive.

³⁹⁰ *Taker*; v slovenskem prevodu direktive napačno *dajalec*.

zavarovanja mora biti vselej prisoten tudi določen subjektivni element (Obermüller, Hartenfels, 2004, str. 445)³⁹¹.

Končno direktiva vsebuje tudi pomembna kolizijska pravila: vprašanja, ki izhajajo iz zavarovanja z nematerializiranimi vrednostnimi papirji (pravna narava, lastniški učinki, pogoji za izpolnitev dogovora o finančnem zavarovanju, razpolagalna upravičenja dajalca zavarovanja ipd.), ureja pravo države, kjer se nahaja dotični račun³⁹².

5.6.2. Konvencija OZN o odstopu terjatev (cesiji) v mednarodni trgovini³⁹³

Konvencija iz leta 2001 ureja mnoga vprašanja cesije z mednarodnim elementom. Nanaša se tako na odstop terjatev v zavarovanje kakor tudi na »polni« odstop terjatev. Konvencija ločuje med položajema, ko sta odstopnik in prevzemnik navzoča (*located*) v različnih državah (*international assignment of receivables*) ter ko sta odstopnik in dolžnik navzoča v različnih državah (*assignment of international receivables*).

Konvencija določa kolizijska pravila za razmerje med odstopnikom in prevzemnikom ter med prevzemnikom in dolžnikom. Razmerje med odstopnikom in prevzemnikom se presoja po pravu, ki sta ga določili stranki; če ga nista določili, velja pravo države, s katero je dogovor o odstopu terjatve v najtesnejši zvezi³⁹⁴. Za razmerje med prevzemnikom in dolžnikom pa pričakovano velja *lex causae* odstopljene terjatve³⁹⁵. Vrstni red pridobitve pravic ureja pravo države odstopnika³⁹⁶, pri čemer lahko posamezna država ob ratifikaciji konvencije v skladu z aneksom h konvenciji izbere tudi drugače. Konvencija še ni pričela veljati³⁹⁷.

5.6.3. UNIDROIT-ova konvencija o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi³⁹⁸

UNIDROIT-ova konvencija o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi je namenjena poenotenju pravne ureditve neposestnega zavarovanja na določenih vrstah premičnih stvari. Izraz »oprema« (ang.: *equipment*; nem.: *Ausrüstung*) je nekoliko zavajajoč, saj konvencija trenutno velja predvsem za nekatere vrste prevoznih sredstev.

³⁹¹ Slovenski ZFZ je to uredil v 13. členu, vendar ne preveč posrečeno; iz besedila 13. člena ZFZ pravzaprav ni mogoče ugotoviti, na kaj vse se nanaša določba. V Nemčiji so ustrezno prilagodili besedilo stečajnega zakona (prim. npr. čl. 104, 130, 223 InsO; gl. tudi čl. 1/17 KWG.)

³⁹² 8. odstavek recitala in čl. 9 direktive.

³⁹³ UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade.

³⁹⁴ Čl. 28 konvencije.

³⁹⁵ Čl. 29 konvencije.

³⁹⁶ Čl. 30 konvencije.

³⁹⁷ Veljati bo začela, ko jo bo ratificiralo 5 držav (čl. 45 konvencije). Doslej je to storila le Liberija, podpisali pa so jo tudi Luksemburg, Madagaskar in ZDA (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/2001Convention_receivables_status.html). O konvenciji gl. tudi Goode, 2004, str. 228.

³⁹⁸ Ang. *UNIDROIT Mobile Equipment Convention*; nem. *Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung*.

Bistvo konvencije je v vzpostavitvi enotnega globalnega registra neposestnih zavarovanj na premočninah. Z vpisom zavarovanja³⁹⁹ v register, ki se lahko opravi v katerikoli državi konvencije, pridobi zastavni upnik pravico, ki učinkuje proti vsem tretjim osebam v vseh državah konvencije. Za vrstni red pridobitve zavarovanja velja načelo prioritete brez izjem; to velja celo, če je zastavni upnik vedel za prej ustanovljeno, a neregistrirano zavarovanje na isti stvari⁴⁰⁰. Zavarovanja, veljavno ustanovljena po pravu države, kjer je stvar, so veljavna, čeprav niso bila registrirana (oziroma so bila registrirana v nacionalnem registru države, kjer je stvar). Toda če je bilo na stvari ustanovljeno zavarovanje, ki je bilo registrirano po pravilih konvencije, se bo tako zavarovani upnik iz zavarovanja prednostno poplačal pred upniki z neregistriranimi zavarovanji, sicer veljavno ustanovljenimi po pravu kraja stvari (Goode, 2004, str. 234).

Čeprav so se med pripravo konvencije nekateri zavzemali, da bi zajela kar se da širok nabor premočnih stvari – po možnosti vse, kjer je mogoča enolična identifikacija – pa konvencija zaenkrat velja le za zavarovanja na letalih, železniškem voznem parku (*railway rolling stock*) in premoženju za vesoljske namene (ang.: *space assets*; nem. *Weltraumvermögenswerte*). Možnost vsebinske nadgraditve konvencije in vzpostavitve registra tudi za druge vrste premočnih stvari pa ostaja⁴⁰¹. Ali bo do tega prišlo, je odvisno od uspeha prve faze. Konvencija je pričela veljati 1. aprila 2004⁴⁰². Register zavarovanj na letalih je bil vzpostavljen 1. marca 2006⁴⁰³. Za uspeh Konvencije bo bržčas bistvenega pomena, ali jo bodo sprejele države, ki neposestnemu zavarovanju na premočninah niso naklonjene (gl. tabelo 2, str. 32).

5.7. NADALJNI RAZVOJ MEDNARODNEGA INSOLVENČNEGA PRAVA

Uredba 1346/2000 ni brez pomanjkljivosti, vendar bo najmanj desetletje – morda pa desetletja – najbolj temeljito izdelan pravni akt mednarodnega insolvenčnega prava. V zgodnjem obdobju njene veljavnosti je razlaga nekaterih njenih določb neenotna in nepredvidljiva. Sčasoma in ob večjem številu odločb sodišč držav članic EU ter – posebej pomembno – Sodišča ES, verjetno pa tudi ob določenih spremembah in dopolnitvah besedila Uredbe pričakujem nadaljnje povečanje predvidljivosti pravnega položaja vseh strank, tako upnikov kot tudi dolžnika. Pravila, ki jih vsebuje Uredba 1346/2000, bodo vplivala tudi na avtonomno mednarodno insolvenčno pravo članic EU (prim. op. 135). Z verjetnimi nadaljnjimi širitvami EU bo Uredba veljala v vse večjem prostoru in še pridobivala na pomenu; pomembna bo tudi za ureditev v državah, ki niso članice EU, zlasti za tiste v Evropi (prim. Bürgi, 2004, str. 97). Ni pa verjetno, da bi se v kratkem lahko uresničila Westbrookova (2005, op. 53) zamisel, da bi EU dovolila pristop k Uredbi tudi nečlanicam.

³⁹⁹ Konvencija ureja takó neposestno zastavno pravico kakor tudi pridržek lastninske pravice ter leasing (čl. 2); v register pa se lahko vpišejo tudi nepogodbena zavarovanja (čl. 20, 23, 39-40).

⁴⁰⁰ Čl. 29 konvencije.

⁴⁰¹ Tako Goode (2004, str. 232); gl. tudi čl. 51 konvencije.

⁴⁰² 1. aprila 2006 je veljala v osmih državah. To so Etiopija, Malezija, Nigerija, Oman, Pakistan, Panama, ZDA in Irska (<http://www.unidroit.org/english/implementation/2001-convention.pdf>).

⁴⁰³ Hitra ratifikacija konvencije s strani Irske je koristila npr. irski družbi Aviareto, ki je bila izbrana za upravljalca registra zavarovanj na letalih. Gl. <http://www.internationalregistry.aero> ter <http://www.aviareto.aero>.

Usodo UNCITRAL-ovega Modelnega zakona o mednarodnem insolvenčnem pravu ter poenotenja mednarodnega insolvenčnega prava v svetovnem prostoru je težje napovedati. Zgled ZDA in Združenega kraljestva bo vlekli; vprašanje pa je, kako močno. V nekaj letih bodo Modelni zakon verjetno prevzele tudi Avstralija, Nova Zelandija in še nekaj držav (Developments, 2005, t. 2). Toda da bi se Modelni zakon zares uveljavil, bi ga poleg Združenega kraljestva morale prevzeti še vsaj nekaj pomembnih članic EU. Nedvomno je potreba po poenotenju prava na tem področju posebej velika in bo z nadaljnjim naraščanjem mednarodne trgovine samo še naraščala. Žal velike razlike med nacionalnimi ureditvami pomenijo oviro za občuten napredek na tem področju. »Obvoz« okoli prej omenjene ovire je mogoč s poenotenjem pravne ureditve izbranih vprašanih stvarnega prava. Razlike med nacionalnimi ureditvami so tudi tu velike, vendar se je mogoče – kot na primer UNIDROIT-ova konvencija o mednarodnih zavarovanjih na premični opre – v začetku osredotočiti na zelo ozko področje. Menim, da bo v naslednjih dvajsetih letih v svetu največji napredek dosežen prav na ta način.

6. SKLEPNE UGOTOVITVE

Osnovni namen magistrskega dela je bil opraviti primerjalnopravno analizo položaja upnika v mednarodnih insolvenčnih postopkih. Tveganje plačilne nesposobnosti sopogodbnika je osnovno tveganje v gospodarskem poslovanju, dalj časa trajajoča plačilna nesposobnost pa je najpogostejši razlog za začetek insolvenčnega postopka. Pred tem tveganjem se upnik lahko zavaruje s temeljito analizo sopogodbnikove bonitete (kar ni bil predmet obravnave mojega magistrskega dela) ali – bolje – z ustreznim zavarovanjem njegove terjatve. S pravne vidika je zavarovanje terjatev v mednarodnem poslovanju zaradi razlik v predpisih med državami razmeroma zahtevno.

Vse do 20. stoletja je bilo insolvenčno pravo predvsem pravo stečajja. Stečajni postopek je bil postopek kolektivne izvršbe proti dolžniku s ciljem sorazmernega poplačila upnikov. V zadnjem času izrazito pridobiva na pomenu pravna ureditev postopka sanacije dolžnika v težavah. Tudi v sanacijskih postopkih vse razvite države sprejemajo načelo enakega obravnavanja upnikov in je v tem obsegu mogoče potrditi prvo delovno hipotezo magistrskega dela (str. 2). Vendar imajo v vseh pravnih ureditvah poseben položaj upniki, ki so svojo terjatev zavarovali s stvarno pravico na delu dolžnikovega premoženja. Posledično upniki v insolvenčnih postopkih niso poplačani v enakem deležu; nezavarovani upniki so v stečajnih postopkih največkrat deležni manj kot 10-odstotnega poplačila ali sploh nikakršnega. Enakost upnikov v resnici velja samo znotraj posameznega razreda upnikov. Kadar se gospodarski subjekt nasproti tujemu sopogodbniku izpostavi v tolikšni meri, da bi sopogodbnikova plačilna nesposobnost lahko pomembno vplivala na poslovni rezultat, si mora priskrbeti ustrezno zavarovanje ter si s tem zagotoviti, da se v insolvenčnem postopku ne bo znašel v razredu navadnih upnikov.

Med državami obstajajo pomembne razlike v pravilih stvarnega prava, insolvenčnega prava in mednarodnega zasebnega prava. Zato ni enostavno predvideti pravnih učinkov

zavarovanja v zadevah z mednarodnim elementom. Osnovno vprašanje je naslednje: ali zavarovanje stvarnopravne narave, veljavno ustanovljeno po pravu države, v kateri se je predmet zavarovanja nahajal v trenutku ustanovitve, ohrani vse pričakovane pravne kvalitete, če je insolvenčni postopek začel v drugi državi ali če se v trenutku začetka insolvenčnega postopka predmet zavarovanja nahaja v drugi državi? Druga hipoteza mojega magistrskega dela je, da je odgovor na to vprašanje pritrdilen. Presoja te hipoteze je sestavljena iz dveh delov.

V prvem delu je treba preučiti, ali bo pravni red države, kjer bo potekal insolvenčni postopek, sploh priznal stvarne pravice, pridobljene v drugi državi. To ni vprašanje insolvenčnega prava; s to pravno panogo ga veže okoliščina, da je aktualno takrat, ko je nad dolžnikom začel insolvenčni postopek. Odgovor na vprašanje je žal negativen. Res je, da so nekatere države naklonjene (vendar ne brez pridržkov) priznanju stvarnih pravic, pridobljenih v tujini. Primer takšne države je Nemčija; sodeč po stališčih teorije tudi Slovenija. Druge države – zlasti tiste, kjer so določeni strožji pogoji za veljavnost nekaterih vrst zavarovanj, kot na primer Francija, Švica ali ZDA – imajo bolj omejevalen pristop.

V drugem delu je treba preveriti še, kako začetek insolvenčnega postopka vpliva na priznane stvarne pravice (upnikov), pridobljene v drugi državi, oziroma kako jih omejuje. Med posameznimi nacionalnimi ureditvami so tudi v tem pogledu pomembne razlike. Ločnico je v splošnem mogoče potegniti med pravnimi ureditvami, kjer upnik po začetku insolvenčnega postopka lahko unovči zavarovanje po enakem postopku in pod enakimi pogoji kot pred začetkom, ter tistimi, kjer je njegov položaj manj ugoden. V nekaterih državah – ena izmed njih je Slovenija – omejitve nastopijo le v stečajnem postopku, ne pa tudi v sanacijskem postopku. Še bolj pogost je obraten položaj: omejitve nastopijo le v sanacijskem postopku. Kadar se zavarovanje v trenutku začetka insolvenčnega postopka ne nahaja v državi začetka postopka, ni jasno, katero pravo določa insolvenčnopravne omejitve upnikovih pravic. Upnik torej nima zadostne pravne varnosti. Druge hipoteze ni mogoče potrditi.

Velikega pomena za položaj zavarovanih upnikov v postopkih znotraj EU je zato Uredba Sveta (ES) 1346/2000 o insolvenčnih postopkih, ki določa – ne brez kritik v teoriji – da začetek insolvenčnih postopkov ne sme vplivati na stvarne pravice upnikov na dolžnikovem premoženju, če se v trenutku začetka postopka to premoženje nahaja na ozemlju druge države članice. Poleg tega so njena pravila razmeroma naklonjena pobotanju in razmeroma omejevalna za izpodbijanje pravnih dejanj v zadevah z mednarodnim elementom. To je v škodo navadnim, nezavarovanim upnikom. Vendar koncept avtomatičnega priznanja odločb tujih sodišč pomeni hitrejši in bolj učinkovit potek insolvenčnih postopkov z mednarodnim elementom. Posledično Uredba 1346/2000 izboljšuje tudi položaj navadnih upnikov.

Pomemben predpis je tudi UNCITRAL-ov Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu. Vsebinsko ni tako obsežen pravni akt kot Uredba 1346/2000. S pravili o hitrem postopku priznanja tujih insolvenčnih postopkov brez vsebinskega preizkusa, o pooblastilih upravitelja v drugih državah ter o neposrednem sodelovanju organov več držav v primeru hkratnega poteka več insolvenčnih postopkov proti istemu dolžniku je tudi

Modelni zakon znaten korak v smeri učinkovitega poteka mednarodnih insolvenčnih postopkov in predvidljivosti pravnega položaja upnikov. Tretjo hipotezo magistrskega dela (str. 3, 1. alineja) je mogoče potrditi.

Čeprav se vsebina UNCITRAL-ovega Modelnega zakona na več mestih razlikuje od vsebine Uredbe 1346/2000 (v resnici že ni veliko določb, ki so v obeh predpisih enake), omenjena pravna akta nista v konceptualnem neskladju. Modelni zakon določa minimalno vsebino sodelovanja v mednarodnih insolvenčnih postopkih. Države članice EU ga lahko prevzamejo v svojo ureditev brez strahu, da bi s tem ogrozile delovanje enotnega in bolj naprednega režima mednarodnega insolvenčnega prava, kot ga določa Uredba 1346/2000. Potrditi je torej mogoče tudi četrto hipotezo.

Vendar niti Uredba 1346/2000 niti UNCITRAL-ov Modelni zakon ne posegata na področje stvarnega prava ter ne zagotavljata in tudi ne olajšujeta priznanja stvarnih pravic, pridobljenih zunaj države insolvenčnega postopka. Zavarovanje denarnih in blagovnih kreditov v mednarodnem poslovanju bo občutno olajšalo šele poenotenje pravil stvarnega prava. V zadnjem času je bilo sprejetih več pomembnih pravnih aktov, ki zasledujejo ta namen. V magistrskem delu sem izmed njih na kratko predstavil naslednje izmed njih: Direktivo 2002/47 o dogovorih o finančnem zavarovanju, Konvencijo OZN o odstopu terjatev v mednarodni trgovini in UNIDROIT-ovo konvencijo o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi.

Ti predpisi so leta 2006 v najboljšem primeru šele dobro zaživel. Pričakujem, da bo njihov pomen sčasoma vse večji. Mednarodna trgovina z blagom in storitvami, katere obseg se bo še naprej hitro povečeval, namreč nujno potrebuje pravni okvir, ki bo omogočal varno kreditiranje. Večja varnost kreditiranja pomeni manjše izgube upnikov in posledično nižje stroške kredita. Učinkovit sistem insolvenčnega prava je v končni fazi torej tudi v prid potrošnikom.

LITERATURA

1. Balz Manfred: The European Union Convention on Insolvency Proceedings. *The American Bankruptcy Law Journal*, 1996 (26), str. 485 in nasl.
2. Berends André: The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1998 (6), str. 309-413.
3. Bridge Michael, Robert Stevens: *Cross-Border Security and Insolvency*. Oxford: Oxford University Press, 2004, 408 str.
4. Brus Marko: Zakon o finančnem poslovanju podjetij (ZFPPod). *Pravna praksa*, 1999 (18), 26, str. I-XV.
5. Burbidge Peter: Cross Border Insolvency within the European Union: Dawn of New Era. *European Law Review*, 2002 (27), 5, str. 589-609.
6. Bürgi Urs: Verfahren und Anerkennung ausländischer Konkursentscheide in der Schweiz. Liersch Oliver et al.: *Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht*. Köln: Dr.Otto Schmidt, 2004, str. 79-105.
7. Bütter Michael: Cross-Broder Insolvency under English and German Law. *Oxford University Comparative Law Forum*. [URL: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/buetter.shtml>], obj. 2002.
8. Cigoj, Stojan: *Mednarodno pravo osebnih in premoženjskih razmerij*. Ljubljana: Uradni list SRS, 1984, 352 str.
9. *Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*. London: Insol International, 2003, 263 str.
10. Csóke Andrea: Problems Related to Collective Insolvency Proceedings Having Cross-Border Effects – From the Perspective of Hungary. *International Insolvency Review*, 2004 (13), 1, str. 77-86.
11. Dawson Kate: The Doctrine of Forum Non Conveniens and the Winding Up of Insolvent Foreign Companies. *Journal of Business Law*, 2005 (49), 1, str. 28-43.
12. Duursma-Kepplinger Henriette, Dieter Duursma: Der Anwendungsbereich der Insolvenzverordnung. *IPRax* 2003 (23), 6, str. 505-511.
13. Đorđević Miodrag: *Izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika (pravne osebe)*. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2003, 264 str.

14. Ehrlicke Ulrich: Die neue europäische Insolvenzverordnung. Juristische Schulung, 2003 (43), 4, str. 313-320.
15. Eidenmüller Horst: Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht. IPRax 2001 (21), 1, str. 2-15.
16. Eidenmüller Horst: Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO. Neue Juristische Wochenschrift, 2004 (57), 48, str. 3455-3459.
17. Finch Vanessa: Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 616 str.
18. Flaschen Evan, Anthony Smits, Leo Plank: Foreign Representatives in US Chapter 11 Cases. Connecticut Journal of International Law, 2001 (17), 3; članek sem prejel brez oznak strani.
19. Flessner Axel: Das amerikanische Reorganisationsverfahren vor deutschen Gerichten. IPRax, 1992 (12), 3, str. 151-153.
20. Flessner Axel: Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform. IPRax, 1997 (17), 1, str. 1-10.
21. Flessner Axel: Grundsätze des europäischen Insolvenzrechts. Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 2004 (12), 4, str. 887-907.
22. Fletcher Ian: Insolvency in Private International Law. Oxford: Clarendon Press, 1999, 455 str.
23. Fletcher Ian: The European Union Regulation on Insolvency Proceedings. Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement. London: Insol International, 2003, str. 15-45.
24. Fletcher Ian, Hamish Anderson: The Insolvency Issues. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 257-288.
25. Gaillot Laurent: Sweeping Reform for French Bankruptcy Law. 20 str. [URL: http://www.iiiglobal.org/country/france/020306_Gaillot.pdf] (obj. 14.02.2006)
26. Gale Robežnik Suzana, Romana Kruhar Puc: Reševanje insolventnih postopkov v praksi. Lesce: Legat, 2005, 416 str.
27. Garašić Jasnica: Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren (Teil 1,2). Frankfurt: Peter Lang, 2005, 499 str. + 633 str.

28. Goode Roy: The UNIDROIT Mobile Equipment Convention. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 225-240.
29. Greene Jennifer: Bankruptcy Beyond Borders: Recognizing Foreign Proceedings in Cross-Border Insolvencies. Brooklyn Journal of International Law, 2005 (31), str. 685-727.
30. Grošelj Neda: Neposestna zastava premičnin. Magistrsko delo. Ljubljana: Ekonomska fakulteta, 2005, 142 str.
31. Habscheid Edgar: Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, 534 str.
32. Harmer, R. W.: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. International Insolvency Review, 1997 (6), str. 145-160.
33. Herweg Christian, Heiko Tschauer: Kurzkomentar zum Beschluss von 1.12.2005 (AG Hamburg 67a IN 450/05). Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 2006 (22), 6, str. 169-170.
34. Herman Špela: Insolvenčni postopki v EU. Evro pravna praksa, 2004 (2), 2, str. 37-39.
35. Haubold Jens: Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche in Zusammenhang mit Insolvenzverfahren. IPRax, 2002 (22), 3, str. 157-163.
36. Homan Mark: An Insolvency Practitioner's Perspective. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 243-256.
37. Honsell Heinrich et al.: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1998, 2824 str.
38. Huber Peter: Die europäische Insolvenzverordnung. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2002 (13), 16, str. 490-496.
39. Ilešič Marko: Stečaj z mednarodnim elementom. Pravosodni bilten, 1991 (12), 3-4, str. 71-74.
40. Ilešič Marko, Ada Polajnar-Pavčnik, Dragica Wedam-Lukić: Mednarodno zasebno pravo: komentar zakona. Ljubljana: Uradni list RS, 1992, 186 str.

41. Ilešič Mirko: Izbrane teme iz francoskega prava in prava EGS v zvezi s stečajem. Pravosodni bilten, 1991 (12), 3-4, str. 75-84.
42. Ivanjko Šime: Stečaj stečaja. Podjetje in delo, 1991 (17), str. 590-604.
43. Ivanjko Šime: Kriza podjetja. Podjetje in delo, 1997 (23), str. 961-978.
44. Jahn Uwe, Anne Sahm: Insolvenzen in Europa. Heidelberg: Economica, 2004, 281 str.
45. Jäkel Burkhard: Outline of Security Interests under German Law. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 91-119.
46. Jan Matjaž: Uredba ES o postopkih v primeru insolventnosti. Evro pravna praksa, 2004 (2), 6, str. I-XVI.
47. Juhart Miha et al.: Zavarovanje in utrditev obveznosti. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1995, 303 str.
48. Juhart Miha et al.: Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 2004, 1077 str.
49. Jungmann Carsten: Die Reform des britischen Unternehmens-insolvenzrechts durch den Enterprise Act 2002. Recht der internationalen Wirtschaft, 2003 (49), 12, str. 930-938.
50. Kessedjian Catherine: The Conflict of Laws Principles in French Law with Respect to Security Interests in Movable Assets. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 159-185.
51. Khumalo Sandile: International Response to the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Amsterdam: Vrije Universiteit, 2004, 32 str.
52. Kirchhof Hans Peter et al.: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3: § 270 - 335, Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht. München: Beck, 2003, 1208 str.
53. Klikovits Alexander: Der Zwangsausgleich – eine österreichische Erfolgsstory. ZIK – Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 2004 (10), 1, str. 12-17.
54. Kocbek Marijan, Saša Prelič, Rajko Knez: Kurzgefasste Darstellung des slowenischen Insolvenzrechts unter Rechtsvergleichen der Berücksichtigung der österreichischen und deutschen Insolvenzgesetze. Dunaj: Fowi, 1997, 88 str.

55. Konecny Andreas: Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen gem. Art 3 Abs 1 EulnsVO. ZIK – Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 2005 (11), 1, str. 2-5.
56. Kropholler Jan: Internationales Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, 719 str.
57. Krupski Jan: Connecting Security Rights in Receivables – A Canadian Perspective on the Rome Convention. European Review of Private Law, 2002 (10), 6, str. 739-760.
58. Kubis Sebastian: Internationale Gläubigeranfechtung – vor und nach Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform. IPRax, 2000 (20), 6, str. 501-506.
59. Kuhn Georg, Wilhelm Uhlenbruck, Hans Jochem Luer: Konkursordnung: Kommentar (11. Auflage). München: Vahlen, 1994, 2223 str.
60. Kuhn Hans: Neufassung des Kollisionsrechts für Mobiliarsicherungsgeschäfte in den Vereinigten Staaten von Amerika. IPRax, 2000 (20), 4, str. 332-339.
61. Laukemann Björn: Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht. Recht der Internationalen Wirtschaft, 2005 (51), 2, str. 104-112.
62. Lauterfeld Marc: »Centros« and the EC Regulation on Insolvency Proceedings. European Business Law Review, 2001 (12), 2, str. 79-87.
63. Leonard Bruce, Frank Spizziri: Canada's New International Insolvency System. Insolvency Bulletins, [URL: <http://www.globalinsolvency.com/insol/casenote/intinsolsystem.pdf>] (20.03.2006)
64. Leonard Bruce: Reforming Chapter 11 – An International Perspective. Eurofenix, 2005 (7), 3, str. 14-15.
65. Liersch Oliver: Sicherungsrechte im internationalen Insolvenzrecht. Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, 2002 (5), 1, str. 15-19.
66. Liersch Oliver et al.: Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2004, 136 str.
67. Lupone Angela: L'insolvenza transnazionale; Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero. Padova: CEDAM, 1995, 309 str.
68. Mankowski Peter: Kurzkomentar zum Urteil von 4.9.2003 (Cour d'appel Versailles). Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2003 (24), str. 1239-1240.
69. Marshall Jennifer (ed.): European Cross-border Insolvency. London: Sweet & Maxwell, 2004 (dopolnitve 2005), loč. str.

70. McBryde William (ed.): Principles of European Insolvency Law. Deventer: Kluwer Legal Publishers, 2003, 674 str.
71. Meyer-Löwy Bernd, Christoph Poertzgen, Lars Eckhoff: Einführung in das US-amerikanische Insolvenzrecht. Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2005 (8), 14, str. 735-740.
72. Mock Sebastian, Charlotte Schildt: Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland. Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2003 (6), 9, str. 396-402.
73. Monti Girogio, Gilles Nejman, Wolf Reuter: Future of Reservation of Title Clauses in the European Community. International and Comparative Law Quarterly, 1997 (46), 4, str. 866-907.
74. Moss Gabriel (ed.): The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide. Oxford: Oxford University Press, 2002, 388 str.
75. Moss Gabriel: The Impact of the EU Regulation on UK Insolvency Proceedings. International Insolvency Review, 2002 (11), 3, str. 139-152 (Moss, 2002a).
76. Mucciareli Federico Maria: The Transfer of the Registered Office and Forum-Shopping in International Insolvency Cases: an Important Decision from Italy. European Company and Financial Law Review, 2005 (2), 4, str. 512-533.
77. Niggeman Friedrich, Holger Blenske: Die Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 auf den deutsch-französischen Rechtsverkehr. Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, 2003 (6), 9, str. 471-480.
78. Oberhammer Paul, Tanja Domej: Mednarodno stečajno pravo evropskega notranjega trga. Podjetje in delo, 2003 (29), 1, str. 5-20.
79. Obermüller Manfred, Holger Hartenfels: Finanzsicherheiten. Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, 2004 (4), 11, str. 440-447.
80. Omar Paul: The Landscape of International Insolvency Law. International Insolvency Review, 2002 (11), 3, str. 173-200.
81. Omar Paul: Genesis of the European Initiative in Insolvency Law. International Insolvency Review, 2003 (12), 3, str. 147-170.
82. Palandt Otto et al.: Bürgerliches Gesetzbuch (63. Auflage). München: Beck, 2004, 2916 str.

83. Pannen Klaus, Susanne Riedemann: Der Begriff des »centre of main interests« im Sinne des Art. 3 I 1 EulnsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung. Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, 2004 (7), 12, str. 646-651.
84. Paul Colin, Gerald Montagu: Banking and Capital Markets Companion. London: Cavendish Publishing, 2003, 398 str.
85. Pivka Hilda Marija, Krešo Puharič: Pravo mednarodne trgovine. Ljubljana: Uradni list, 1999, 365 str.
86. Plavšak Nina: Zastavna pravica in stečaj. Jakopanec Renata et al.: Hipoteka – instrument zavarovanja terjatev. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1991, str. 33-45.
87. Plavšak Nina: Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (ZPPSL-A) s komentarjem. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1997, 557 str.
88. Potočnik Janez et al.: Evropsko pravo. Ljubljana: Primath, 2004, 891 str.
89. Prelič Saša, Nina Plavšak: Stečajno pravo. Maribor: Pravna fakulteta, 1999, 198 str.
90. Puharič Krešo: Pravna ureditev plačil. Vidic Franci (ed.): Kako razviti uspešno malo podjetje? – 2. zvezek. Ljubljana: Gea College, 1997, str. 125-134.
91. Puharič Krešo: Gospodarsko pravo z osnovami prava. Ljubljana: Uradni list RS, 2004, 369 str.
92. Rodin Guy: Corporate Insolvency – Verfahren der Unternehmeninsolvenz in England und Wales. ZIK – Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 2005 (11), 6, str. 193-197.
93. Rüfner Thomas: Neues internationales Insolvenzrecht in den USA. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2005 (26), 42, str. 1859-1865.
94. Schumacher Hubertus: Neues internationales Insolvenzrecht in Österreich. Liersch Oliver et al.: Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht. Köln: Dr.Otto Schmidt, 2004, str. 21-46.
95. Schwehr Bianca: Corporate Rehabilitation Proceedings in the United States and Germany. International Insolvency Review, 2003 (12), 1, str. 11-35.
96. Sekolec Jernej: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: An Indispensable Complement to the EU Insolvency Regulation. Tijdschrift voor Insolventierecht, 2002 (9), str. 147-150.

97. Smid Stefan: Deutsches und europäisches internationales Insolvenzrecht. Stuttgart: Kohlhammer, 2004, 343 str.
98. Smid Stefan: Judikatur zum internationalen Insolvenzrecht. Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht, 2004 (14), 10, str. 397-411 (Smid, 2004a).
99. Šinkovec Boštjan, Drago Škerget: Zakon o finančnem poslovanju z uvodnimi pojasnili in zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji s komentarjem. Ljubljana: Primath, 1999, 493 str.
100. Štruc Laura Tjaša: Slowenisches Insolvenzrecht. ZIK – Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz, 2005 (11), 5, str. 159-164.
101. Thurner Mario: Razvoj insolvenčnega prava v tranzicijskih državah srednje in vzhodne Evrope. Podjetje in delo, 1997 (23), 5, str. 463-471.
102. Tirado Ignacio: Die Anwendung der europäischen Insolvenzverordnung durch die Gerichte der Mitgliedstaaten. GPR – Zeitschrift für Gemeinschafts-privatrecht, 2005 (2), 1, str. 39-48.
103. Town Lindsay: A Banker's Perspective. Bridge Michael, Robert Stevens (ed.): Cross-Border Security and Insolvency. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 11-14.
104. Trunk Alexander: Internationales Insolvenzrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, 1998, 463 str.
105. Ude Lojze: Civilni pravdni postopek. Ljubljana: Uradni list RS, 1992, 335 str.
106. Ude Lojze: Osnovne značilnosti in koncept nove stečajne zakonodaje. Podjetje in delo, 1992 (18), 6, str. 512-524 (Ude, 1992a).
107. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York: United Nations, 2005, 384 str.
108. UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment. New York: United Nations, 1999, 102 str.
109. Veder Paul Michael: Cross-border Insolvency Proceedings and Security Rights. Deventer: Kluwer Legal Publishers, 2004, 468 str.
110. Virgós Miguel, Francisco Garcimartín: The European Insolvency Regulation: Law and Practice. Den Haag: Kluwer Law International, 2004, 256 str.
111. Vischer Frank et al.: Zürcher Kommentar zum IPRG (2. Auflage). Zürich: Schulthess, 2004, 2218 str.

112. von Wilmovsky Peter: Aufrechnung in internationalen Insolvenzfällen. KTS – Zeitschrift für Insolvenzrecht, 1998 (10), 3, str. 343-365.
113. Vrenčur Renato, Rajko Knez: Posebne oblike pridrška lastninske pravice kot inovacija gospodarske poslovne prakse. Pravniki, 2000 (55), 6-8, str. 395-422.
114. Walther Fridolin: Grundlagen des internationalen Insolvenzrechts der Schweiz. Liersch Oliver et al.: Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht. Köln: Dr.Otto Schmidt, 2004, str. 47-77.
115. Warren Elizabeth, Jay Lawrence Westbrook: The Law of Debtors and Creditors. Gaithersburg - New York: Aspen Publishers, 2001, 1076 str.
116. Wessels Bob, Blanca Manzano López, Juliana Reyes Berón: The Reform of the Spanish Insolvency Law. International Insolvency Institute, 2003, 14 str. [URL: <http://www.iiiglobal.org/country/spain/SpainIntlInsLawPaper.pdf>] (6.1.2006)
117. Wessels Bob: Current Development Towards International Insolvencies in Europe. International Insolvency Review, 2004 (13), 1, str. 43-75.
118. Wessels Bob: Realisation of the EU Insolvency Regulation in Germany, France and the Netherlands. European Business Law Review, 2004 (15), 2, str. 73-83.
119. Westbrook Jay: Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies. Brooklyn Journal of International Law, 1991 (17), 3, str. 499-538.
120. Westbrook Jay: Chapter 15 at Last. American Bankruptcy Law Journal, 2005 (35), str. 713-728.
121. Wimmer Klaus: Die UNCITRAL-Modelbestimmungen über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1997 (18), 51-52, str. 2220-2224.
122. Wimmer Klaus: Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des irischen Supreme Court in Sachen Parmalat. Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, 2005 (8), 3, str. 119-127.
123. Zeeck Sebastian: Das Internationale Anfechtungsrecht in der Insolvenz. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 152 str.

VIRI

a. pravni akti

Nemčija:

1. Insolvenzordnung
 2. Bürgerliches Gesetzbuch
 3. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
 4. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
 5. Gesetz über das Kreditwesen
 6. Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
- Našteti predpisi so objavljeni na <http://bundesrecht.juris.de/aktuell.html>.

Francija:

7. Code de commerce
 8. Code civil
 9. Nouveau code de procedure civile
- Našteti predpisi so objavljeni na <http://www.legifrance.gouv.fr/> (franc. verzija).

Anglija:

10. Insolvency Act
 11. Insolvency Rules
 12. Enterprise Act
 13. Companies Act
- Našteti predpisi so objavljeni na <http://www.opsi.gov.uk/>.

Švica:

14. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
 15. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
- Našteta predpisa sta objavljena na <http://www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html>.

ZDA:

16. Bankruptcy Code
 17. Uniform Commercial Code
- Našteta predpisa sta objavljena na <http://www.law.cornell.edu/>.

Slovenija:

18. Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (Uradni list RS 67/1993, 39/1997, 52/1999)
 19. Zakon o finančnem poslovanju podjetij (Uradni list RS 110/1999)
 20. Zakon o finančnih zavarovanjih (Uradni list RS 47/2004)
 21. Zakon o gospodarskih družbah-1 (Uradni list RS 42/2006)
 22. Zakon o mednarodnem zasebnem pravu (Uradni list RS 56/1999)
 23. Zakon o pravnem postopku (Uradni list RS 26/1999, 96/2002, 69/2004)
- Našteti predpisi so objavljeni tudi na <http://www.ius-software.si/> ter <http://www.dz-rs.si>.

Druge države:

24. Companies Act (Irska)

Predpis je objavljen na <http://www.irishstatutebook.ie/ZZA33Y1990.html>.

25. Ley concursal (Španija)

Predpis je objavljen na http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l22-2003.html.

EGS/EU:

26. Uredba Sveta (ES) 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti

27. Direktiva 2001/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta o reorganizaciji in prenehanju kreditnih institucij

28. Direktiva 2001/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta o reorganizaciji in prenehanju zavarovalnic

29. Pogodba o Evropski uniji (Amsterdamska pogodba)

30. Evropska konvencija o sodni pristojnosti in izvršitvi odločb v civilnih in trgovinskih zadevah (Bruseljska konvencija)

31. Uredba Sveta (ES) 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah

32. Direktiva 2002/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta o dogovorih o finančnem zavarovanju

33. Convention on Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC) – Rome Convention (Rimska konvencija o pravu, ki se uporablja za pogodbene obveznosti)

Našteti predpisi so objavljeni na <http://www.ius-software.si/> ter <http://europa.eu.int>, razen predpisa pod 33, ki je objavljen na <http://www.rome-convention.org>.

UNCITRAL:

34. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (UNCITRAL-ov Modelni zakon o mednarodnem insolvenčnem pravu)

35. United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (Konvencija OZN o odstopu terjatev v mednarodni trgovini)

Našteta predpisa sta objavljena na <http://www.uncitral.org>.

Drugo:

36. UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment (UNIDROIT-ova konvencija o mednarodnih zavarovanjih na premični opremi)

Predpis je objavljen na <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

37. European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (Evropska konvencija o nekaterih mednarodnih vidikih stečaja)

Predpis je objavljen na <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/136.htm>.

38. Convention on the International Recognition of Rights in Aircraft (signed at Geneva at 19th June 1948) (Ženevska konvencija o mednarodnem priznavanju pravic na letalih)

Predpis je objavljen na http://dgca.nic.in/int_conv/Chap_XIV.pdf.

b. drugi pravni viri

39. Comitée J Cross-Border Insolvency Concordat. International Bar Association, 1996, 11 str. Gradivo je objavljeno na <http://www.iiiglobal.org/international/projects/concordat.pdf>.
40. Developments in Insolvency Law: Adoption of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Gradivo ob 38. zasedanju UNCITRAL, Dunaj, 4.-15.7.2005. 17 str. Gradivo je objavljeno na http://www.iiiglobal.org/organizations/uncitral/118_UNCITRAL_38th_Developments.pdf.
41. Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases. The American Law Institute, 2003, 11 str. Gradivo je objavljeno na <http://www.iiiglobal.org/international/guidelines.html>.
42. Predlog za izdajo Zakona o prisilni poravnavi in stečaju z osnutkom zakona. Poročevalec Skupščine RS, 1991 (17), 31, str. 3-26.
43. Predlog Zakona o prisilni poravnavi in stečaju. Poročevalec Skupščine RS, 1992 (18), 16, str. 2-23.
44. Predlog Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji. Poročevalec DZ RS, 1993 (19), 18, str. 62-85.

c. spletne strani

45. <http://curia.eu.int>
46. <http://unis.unvienna.org>
47. <http://www.abiworld.org>
48. <http://www.aviareto.aero>
49. <http://www.bailii.org>
50. <http://www.bankruptcydata.com>
51. <http://www.eir-database.com>
52. <http://www.globalinsolvency.com>
53. <http://www.iiiglobal.org>
54. <http://www.insol.org>
55. <http://www.insol-europe.org>
56. <http://www.insolvency.gov.uk>
57. <http://www.inso-rechtsprechung.de>
58. <http://www.sachwalter-swissair.ch> (tudi <http://www.liquidator-swissair.ch>)
59. <http://www.uncitral.org>
60. <http://www.unidroit.org>

Vire na internetu sem pregledal med 1. januarjem in 15. aprilom 2006.

d. slovarji

61. Apovnik Paul, Ludwig Karničar: Slovar pravnega in ekonomskega jezika (nemško-slovenski). Dunaj/Wien: Manz, 1989, 397 str.
62. Longyka Tomaž (ed.): Angleško-slovenski pravni slovar. Ljubljana: Prestige Group, 2003, 590 str.
63. Romac Ante: Riječnik latinskih pravnih izraza / Vademecum iuridicum. Zagreb: Informator, 1992, 775 str.

e. drugi viri

64. Sodna statistika za leto 2003. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje, 2004, 145 str.
65. Sodna statistika za leto 2004. Ljubljana: Ministrstvo za pravosodje, 2005, 183 str.
66. Letno poročilo Banke Slovenije 2004. Ljubljana: Banka Slovenije, 2005, 95 str., pril.
67. Eurofenix 2000-2006 (bilten INSOL Europe; objavljen na <http://www.insol-europe.org>)
68. Interna gradiva Deželne banke Slovenije d.d.
69. Sodni spisi stečajnih zadev, v katerih je Deželna banka Slovenije d.d. upnik

PRILOGE

PRILOGA 1: SLOVENSKA BANKA V INSOLVENČNIH POSTOPKIH Z MEDNARODNIM ELEMENTOM

Z namenom na primerih iz prakse pokazati prednosti in slabosti različnih ureditev mednarodnega insolvenčnega prava na tem mestu obravnavam pet primerov iz lastnih izkušenj. V vseh naštetih primerih ni prišlo do insolvenčnega postopka, temveč gre za »črne scenarije« obstoječih ali nameravanih pravnih poslov, ki jih je v fazi priprave potrebno predvideti. Dva od petih primerov sta se v resnici končala s stečajem.

Predpostavka vseh petih primerov je, da je v avtonomnem pravu vseh tujih držav, kakor tudi v slovenskem pravu, mednarodna pristojnost določena po registriranem sedežu dolžnika.

Glede UNCITRAL-ovega Modelnega zakona ločeno obravnavam dva položaja:

- (a) s sprejemom UNCITRAL-ovega Modelnega zakona države niso spremenile pravil o lastni mednarodni pristojnosti in jo še vedno izvajajo po registriranem sedežu dolžnika. Pravila o mednarodni pristojnosti, vsebovana v UNCITRAL-ovem Modelnem zakonu, so pomembna le glede priznanja tujih postopkov;
- (b) s sprejemom UNCITRAL-ovega Modelnega zakona so države prejšnja pravila o lastni mednarodni pristojnosti v celoti nadomestile s pravili Modelnega zakona in tudi lastno mednarodno pristojnost za glavni insolvenčni postopek izvajajo po središču dolžnikovih glavnih interesov.

PRIMER 1

Banka je dala kredit tuji družbi, sicer hčerinski družbi slovenske družbe (v 100-odstotni lasti). V zavarovanje kredita je bila na nepremičnini v lasti dolžnikove hčerinske družbe s sedežem v tujini ustanovljena hipoteka.

Kako naj banka spremlja objave o začetku insolvenčnih postopkov, da bo pravočasno prijavila svojo terjatev? Katero pravo bo določalo pravne posledice insolvenčnega postopka na položaj banke kot zavarovanega upnika?

1.1. Avtonomno pravo: Insolvenčni postopek nad kreditojemalcem bo potekal v tujini. Banka mora spremljati objave o insolvenčnih postopkih, kakor so predvidene po pravu tuje države. Pravne posledice začetka insolvenčnega postopka na položaj banke bo določalo pravo države sedeža hčerinske družbe.

1.2. Uredba 1346/2000: Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v Sloveniji ali v tujini, odvisno od presoje sodišča ene ali obeh držav, kje je središče njenih glavnih interesov. Če bo potekal v tuji državi, bo banka individualno obveščena o začetku postopka. Pravne posledice začetka insolvenčnega postopka na položaj banke bo v tem primeru določalo pravo tuje države. Če pa bo insolvenčni postopek potekal v Sloveniji, to ne bo

vplivalo na pravni položaj banke kot hipotekarnega upnika v tujini, razen če bo v tuji državi začet sekundarni postopek; v tem primeru bo veljalo pravo tuje države.

1.3. MZMIP:

(a) Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v tujini. Banka naj bi bila individualno obveščena o začetku postopka, vendar lahko tuji upravitelj odredi tudi objavo obvestila v Uradnem listu RS ali drugače. Banka mora iz previdnosti spremljati tudi objave o insolvenčnih postopkih v tuji državi. Pravne posledice začetka insolvenčnega postopka na zavarovanje bo v vsakem primeru določalo pravo tuje države.

(b) Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v Sloveniji ali v tujini, odvisno od presoje sodišč, kje je središče njenih glavnih interesov. Če bo potekal v tujini, naj bi bila banka individualno obveščena o začetku postopka, vendar lahko tuji upravitelj odredi tudi objavo obvestila v Uradnem listu RS ali drugače. Banka mora iz previdnosti spremljati tudi objave o insolvenčnih postopkih v tuji državi.

Pravne posledice na zavarovanje bo v vsakem primeru določalo pravo tuje države. Toda če bo insolvenčni postopek potekal le v Sloveniji, bodo pravne posledice nastopile šele po priznanju slovenskega postopka v tuji državi, kar pa naj bi se zgodilo hitro. Dotlej lahko banka skuša unovčiti zastavljeno nepremičnino.

PRIMER 2

Banka je dala kredit slovenski družbi s sedežem in središčem glavnih interesov v Sloveniji. Družba se je sčasoma znašla v finančnih težavah. Banka je želela zavarovati svoje terjatve in je dosegla, da je dolžnik v zavarovanje ustanovil zastavno pravico na terjativah do njegove hčerinske družbe v tujini. Kmalu po ustanovitvi zastavne pravice se je nad dolžnikom začel insolvenčni postopek. Ustanovitev zastavne pravice je izpodbojna po slovenskem pravu, po pravu države sedeža hčerinske družbe pa so pogoji za izpodbijanje strožji.

Nesporno je, da bo insolvenčni postopek potekal v Sloveniji. Katero pravo bo sodišče uporabilo pri odločitvi glede izpodbijanja dejanja ustanovitve zastavne pravice?

2.1. Avtonomno pravo: Slovensko pravo izrecno ne ureja vprašanja izbire prava pri izpodbijanju pravnih dejanj v stečaju z mednarodnim elementom. Sodišče bo najverjetneje odločalo po slovenskem pravu.

2.2. Uredba 1346/2000: Banka se bo lahko izognila izpodbijanju, če bo uspela dokazati, da za ustanovitev zastavne pravice na terjativah velja pravo druge države članice EU in da ustanovitev zastavne pravice po tem pravu v nobenem primeru ni sporna. To bi lahko veljalo predvsem v primeru dogovora banke in dolžnika, da za kreditno razmerje (prim. čl. 27 ZMZPP) velja pravo tuje države.

2.3. MZMIP: Položaj je enak kot v primeru, ko velja le avtonomno pravo.

PRIMER 3

Banka je dala kredit slovenski družbi s sedežem in središčem glavnih interesov v Sloveniji. Kredit je zavarovan z zastavno pravico na delnicah slovenske družbe, vpisanih v Klirinško depotno družbo v Ljubljani. Delnice so last dolžnikove hčerinske družbe s sedežem v tujini.

Kje se bo začel insolvenčni postopek? Ali mora banka spremljati objave o začetkih insolvenčnih postopkov v tuji državi? Po katerem pravu bodo nastopile pravne posledice tujega insolvenčnega postopka na zavarovanje v Sloveniji?

3.1. Avtonomno pravo: Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v tuji državi. Toda če bo tuji upravitelj želel razpolagati z zastavljenimi delnicami, bo moral doseči priznanje odločbe sodišča tuje države o začetku insolvenčnega postopka v Sloveniji. Do priznanja odločbe lahko banka sama proda zastavljene delnice in se poplača iz njihove vrednosti. Priznanje tuje odločbe bo objavljeno v Uradnem listu RS (čl. 185 ZPPSL). Po priznanju odločbe bodo nastopile pravne posledice, ki jih določa ZPPSL (čl. 186 ZPPSL).

3.2. Uredba 1346/2000: Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v Sloveniji ali v državi sedeža, odvisno od presoje sodišč obeh držav, kje je središče njenih glavnih interesov. Če bo potekal v tujini, bo banka individualno obveščena o začetku postopka. To ne bo vplivalo na pravni položaj banke kot zastavnega upnika v Sloveniji, razen če bo v Sloveniji začel sekundarni postopek; v tem primeru bodo nastopile pravne posledice po slovenskem pravu in bo delnice v primeru stečaja unovčil stečajni upravitelj. Enako bo veljalo, če bo (glavni) insolvenčni postopek potekal v Sloveniji.

3.3. MZMIP:

(a) Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v tuji državi. Toda če bo tuji upravitelj želel razpolagati z zastavljenimi delnicami, bo moral doseči priznanje odločbe sodišča tuje države o začetku insolvenčnega postopka v Sloveniji. Postopek priznanja bo hiter, toda do priznanja odločbe lahko banka sama proda zastavljene delnice in se poplača iz njihove vrednosti. Po priznanju odločbe bodo nastopile pravne posledice po slovenskem pravu.

(b) Insolvenčni postopek nad hčerinsko družbo bo potekal v Sloveniji ali v tuji državi, odvisno od presoje obeh sodišč, kje je središče njenih glavnih interesov. Če bo potekal v Sloveniji, bodo za zavarovanje nastopile pravne posledice po slovenskem pravu; banka bo morala prijaviti svojo terjatev, zastavljene delnice pa bo v primeru stečaja unovčil stečajni upravitelj. Če bo insolvenčni postopek potekal v tuji državi, naj bi bila banka individualno obveščena o začetku postopka. Tudi če ne bo, bo tuji upravitelj, če bo želel razpolagati z zastavljenimi delnicami, najprej moral doseči priznanje tujega postopka v Sloveniji. Postopek priznanja bo hiter, toda do priznanja odločbe lahko banka še vedno sama proda zastavljene delnice. Po priznanju odločbe bodo nastopile pravne posledice po slovenskem pravu.

PRIMER 4

Nad gradbenim podjetjem s središčem glavnih interesov v Sloveniji, ki mu je banka dala kredit, je bil začel stečajni postopek. Očitno je, da bo kljub ločitveni pravici velik del terjatve banke ostal nepoplačan. Dolžnik je imel v tujini veliko gradbišče. Oprema velike vrednosti ter terjatve iz naslova del na tem gradbišču so bile v zavarovanje od prej obstoječega dolga zastavljene tretjemu upniku 5 mesecev pred začetkom stečaja. Po pravu tuje države v tem primeru za uspešno izpodbijanje ni potreben obstoj subjektivnega elementa.

Pred katerim sodiščem bo stečajni upravitelj lahko izpodbijal ustanovitev zavarovanja? Katero pravo bo sodišče uporabilo pri odločanju?

4.1. Avtonomno pravo: Mogoče je, da se po določbah tujega prava teritorialni stečajni postopek lahko začne v tuji državi zgolj na podlagi tega, da se v tej državi nahaja dolžnikovo premoženje. V tem primeru bo morala banka svojo terjatev prijaviti v tujem postopku. Če tuji upravitelj dejanja ustanovitve zavarovanja ne bo izpodbijal, lahko to stori banka, če je to dovoljeno po pravu tuje države. Tuje sodišče bo v zadevi izpodbijanja ustanovitve zavarovanja uporabilo pravo, na katerega napotijo predpisi mednarodnega zasebnega prava tuje države; verjetno je, da ne napotijo na drugo pravo in bo sodišče odločalo kar po pravu njegove države.

Če bo nad dolžnikom potekal stečajni postopek samo v Sloveniji, bo o izpodbijanju odločalo slovensko sodišče. Slovensko pravo izrecno ne ureja vprašanja izbire prava pri izpodbijanju pravnih dejanj v stečaju z mednarodnim elementom. Sodišče bo najverjetneje odločalo po slovenskem pravu. Da bo izpodbijanje uspešno, bo moral tožnik dokazati tudi subjektivni element (čl. 125 ZPPSL).

4.2. Uredba 1346/2000: Če v tujini ne bo začel sekundarni stečajni postopek, bo o izpodbijanju odločalo slovensko sodišče po slovenskem pravu. Tretji upnik bi imel možnost izogniti se izpodbijanju, če bi uspel dokazati, da je za ustanovitev zastavne pravice merodajno tuje pravo in da ustanovitev zastavne pravice po tujem pravu v nobenem primeru ni sporna. Vendar so v konkretnem primeru pogoji za izpodbijanje po pravu tuje države manj strogi kot po slovenskem pravu, zato pravilo 13. člena Uredbe tujemu upniku ne bo v pomoč.

Ker so v konkretnem primeru pogoji za izpodbijanje po tujem pravu manj strogi kot po slovenskem pravu (in obenem ni nujno, da bo tretji upnik uspel dokazati, da za izpodbijano dejanje velja slovensko pravo *in* da po slovenskem pravu izpodbijano dejanje v nobenem primeru ni sporno), se upravitelju v slovenskem (glavnem) postopku morda splača izkoristiti pooblastilo, ki mu ga daje 29. člen Uredbe, in zahtevati začetek sekundarnega postopka v tuji državi. Če upravitelj tega ne bo storil, lahko to stori banka, če je po pravu tuje države upravičena do tega. Če bo v tujini začel sekundarni stečajni postopek, bo o izpodbijanju odločalo tuje sodišče. Odločalo bo po pravu tuje države, pri čemer bo imel tuji upnik možnost izogniti se izpodbijanju, če bo uspel dokazati, da za ustanovitev zastavne pravice na terjativah velja slovensko pravo in da ustanovitev zastavne pravice po slovenskem pravu v nobenem primeru ni sporna.

4.3. MZMIP: Če v tuji državi ni mogoč sekundarni stečajni postopek, bo slovenski stečajni upravitelj lahko dosegel priznanje slovenskega postopka v tuji državi in bo aktivno legitimiran za vložitev tožbe na izpodbijanje pravnih dejanj. Tuje sodišče bo glede izpodbijanja uporabilo pravo, ki ga določajo predpisi mednarodnega zasebnega prava tuje države.

PRIMER 5

Banka je dala kredit slovenski družbi s središčem glavnih interesov v Sloveniji. Kredit je zavarovan samo z menicami družbe. Pozneje je edini družbenik, državljan in rezident RS, celoten poslovni delež odsvojil v korist družbe s sedežem v tretji državi, ki je članica EU; tudi ta družba je v 100-odstotni lasti družbenika, ki je obenem njen direktor. Ta tuja družba je nato sklenila likvidirati slovensko družbo po skrajšanem postopku (čl. 425 ZGD-1 v povezavi s čl. 522 ZGD-1). Banka kot edini večji upnik se ni pritožila zoper sklep o likvidaciji po skrajšanem postopku. Premoženje družbe – kreditojemalca so v trenutku likvidacije predstavljali predvsem vrednostni papirji slovenskih izdajateljev. To premoženje je bilo prenešeno na tujo družbo, ki bo še leto dni odgovarjala za dolgove (čl. 425 ZGD-1). Tuja družba se je sicer strinjala, da bo dolg do banke plačala, vendar naj bi to storila v nekaj mesecih, ko naj bi po pričakovanjih nekoliko narasla vrednost delnic. Banka ne razpolaga z izvršilnim naslovom.

Kmalu po likvidaciji se je izkazalo, da je tuja pravna oseba v državi njenega sedeža nepričakovano izgubila pomembno pravdo, za katero banka ni vedela, in je postala prezadolžena. Tuji upnik bo v kratkem začel izvršbo proti tuji pravni osebi na njeno premoženje v Sloveniji, v skladu s pravili Uredbe 44/2001. Kaj naj stori banka?

V tem primeru obstajata dve tveganji. Prvič: v novonastalem položaju, ko je tuja pravna oseba postala prezadolžena, želi njen lastnik morda na hitro rešiti, kar se rešiti da, ter delnice v Sloveniji odtujiti. Banka naj torej nemudoma vloži tožbo proti tuji pravni osebi kot pravnemu nasledniku prvotnega dolžnika. Tožbo lahko vloži pred slovenskim sodiščem, ki je mednarodno pristojno zaradi obstoja premoženja, iz katerega bo mogoče izvršiti sodbo (čl. 58 ZMZPP), obenem pa naj zahteva izdajo začasne odredbe prepovedi razpolaganja z delnicami.

Drugič: premoženje tuje družbe bo morda v celoti porabljeno za poplačilo tujega upnika, saj za razliko od banke ta že ima izvršilni naslov. Banka mora torej predlagati in čim hitreje doseči začetek stečajnega postopka.

5.1. Avtonomno pravo: Banka naj v tuji državi predlaga začetek stečajnega postopka nad tujo družbo. Po začetku stečajnega postopka naj pri slovenskem sodišču predlaga priznanje tuje odločbe; vzajemnosti ne bo potrebno dokazovati (čl. 101/2 ZMZPP).

5.2. Uredba 1346/2000: Banka naj preuči, v kateri državi je sedež dolžnikovih glavnih interesov, ter tam predlaga začetek stečajnega postopka. Ker je edini družbenik in direktor tako prvotnega dolžnika kakor tudi tuje družbe državljan in rezident RS, je središče glavnih interesov tuje družbe najverjetneje v Sloveniji. Če banka uspe to dokazati, bo

stečajni postopek začelo slovensko sodišče. Če je središče glavnih interesov tuje družbe vendarle v tujini, naj banka začetek stečajnega postopka predlaga tam, sklep o začetku stečajnega postopka pa nemudoma posreduje Klirinško depotni družbi ter naj obenem vpliva na tujega upravitelja, da to stori tudi sam.

5.3. MZMIP:

(a) Banka naj v tuji državi predlaga začetek stečajnega postopka nad tujo družbo. Po začetku stečajnega postopka naj vpliva na tujega upravitelja, da pri slovenskem sodišču predlaga priznanje tujega postopka, oziroma naj to stori sama. Postopek priznanja naj bi bil posebno hiter; če ne pride v poštev priznanje po pravilih MZMIP, je priznanje mogoče po čl. 185 ZPPSL in pravilih ZMZPP.

(b) Banka naj preuči, v kateri državi je sedež dolžnikovih glavnih interesov, ter tam predlaga začetek stečajnega postopka. Ker je edini družbenik in direktor tako prvotnega dolžnika kakor tudi tuje družbe državljan in rezident RS, je središče glavnih interesov tuje družbe najverjetneje v Sloveniji in bo stečajni postopek začelo slovensko sodišče. Če je središče glavnih interesov tuje družbe vendarle v tuji državi, naj banka začetek stečajnega postopka predlaga tam. Po začetku stečajnega postopka naj vpliva na tujega upravitelja, da pri slovenskem sodišču predlaga priznanje tujega postopka, oziroma naj to stori sama. Postopek priznanja naj bi bil posebno hiter.

Opozarjam, da je to primer, ki se banki ne bi smel zgoditi. Banka bi se morala pritožiti že zoper sklep o likvidaciji kreditorejmalca po skrajšanem postopku ali pa pridobiti zavarovanje za svojo terjatev. Vendar je mogoče, da banka prezre objavo o likvidaciji, če je družba – kreditorejmalca morda tik pred likvidacijo spremenila tudi firmo, v objavi o začetku postopka likvidacije pa je sodišče navedlo le novo firmo.

PRILOGA 2.1: OBRAZEC POZIVA K PRIJAVI TERJATEV V INSOLVENČNEM
POSTOPKU PO UREDBI SVETA (ES) ŠT. 2000/1346

(es) «Convocatoria para la presentación de créditos. Plazos aplicables»
(cs) "Výzva k přihlášení pohledávky. Závazné lhůty"
(da) »Opfordring til anmeldelse af fordringer. Vær opmærksom på fristerne«
(de) „Aufforderung zur Anmeldung einer Forderung. Etwaige Fristen beachten!“
(et) "Nõude esitamise kutse. Järgitavad tähtajad"
(el) «Πρόσκληση για αναγγελία απαιτήσεως. Προσοχή στις προθεσμίες»
(en) 'Invitation to lodge a claim. Time limits to be observed'
(fr) «Invitation à produire une créance. Délais à respecter»
(it) «Invito all'insinuazione di un credito. Termine da osservare»
(lv) "Uzaicinājums iesniegt prasījumu. Terminī, kas jāievēro"
(lt) "Kvietimas pateikti reikalavimą. Privalomieji terminai"
(hu) "Felhívás követelés bejelentésére. Betartandó határidők"
(mt) "Stedina għal preżentazzjoni ta' talba. Limiti taż-żmien li għandhom jiġu osservati"
(nl) „Oproep tot indiening van schuldvorderingen. In acht te nemen termijnen”
(pl) "Wezwanie do zgłoszenia wierzytelności. Przestrzegać terminów".
(pt) «Aviso de reclamação de créditos. Prazos legais a observar»
(sk) "Výzva na prihlásenie pohľadávky. Je potrebné dodržat' stanovené termíny"
(sl) "Poziv k prijavi terjatve. Roki, ki jih je treba upoštevati!"
(fi) "Kehotus saatavan ilmoittamiseen. Noudatettavat määräajat"
(sv) "Anmodan att anmäla fordran. Tidsfrister att iaktta"

This information notice is to be filled in and sent by the court or the liquidator to each creditor, immediately after the opening of the insolvency proceedings.

1. Information about the debtor

2. Information about proceedings for the lodgement of claims

- Time limits:
- Penalties in regard to time limits:
- Body or authority empowered to accept the lodgement of claims:
- Other requirements:

3. Information about certain categories of claims

Creditors whose claims are preferential or secured in rem:

- need lodge their claims
- are exempted to do so

Done at, date

Signature and/or stamp

PRILOGA 2.2: OBRAZEC ZA PRIJAVO TERJATEV V INSOLVENČNEM POSTOPKU PO UREDBI SVETA (ES) ŠT. 2000/1346

(es) «Presentación de crédito»	(lt) "Reikalavimo pateikimas"
(cs) "Přihlášení pohledávky"	(hu) "Követelésbejelentés"
(da) »Anmeldelse af fordring«	(mt) "Preżentazzjoni ta' talba"
(de) „Anmeldung einer Forderung“	(nl) „Indiening van een schuldvordering”
(et) "Nõude esitamine"	(pl) "Zgłoszenie wierzytelności"
(el) «Αναγγελία απαιτήσεως»	(pt) «Reclamação de crédito»
(en) 'Lodgement of claim'	(sk) "Prihláška pohľadávky"
(fr) «Production de créance»	(sl) "Prijava terjatve"
(it) «Insinuazione di credito»	(fi) "Saatavaa koskeva ilmoitus"
(lv) "Prasījuma iesniegums"	(sv) "Anmälan av fordran"

1. Personal data

2. Information about your claim

- Nature:
- Date:
- Amount:EURO

Please supply copies of supporting documents

3. In respect of this claim, do you allege:

- Any preference
- Any security in rem
- Any reservation of title

Please cross the relevant box and give below a description of assets that are covered by the guarantee:

Done at, date

Signature

PREGLED PRIMEROV

	stran (opomba)
Andersson (ZDA) 192 AD 2d 124.....	(229)
Axona (ZDA) 88 BR 597.....	(232)
Bank of Credit and Commerce International.....	(265)
BRAC Rent-a-Car (Anglija) [2003] 2 All ER 201.....	(274)
Cirio (Italija) 13.8.2003.....	61
Daisytek (Francija) 03/0538 (<i>La cour d'appel de Versailles</i>).....	(295)
EMBIC (Nemčija) 19 IN 54/04.....	(276)
Enron.....	(27)
Eurofood (Irska) [2004] IEHC 607; (Italija) [2004] LL Pr. 14; (Sodišče ES) C-341/04.....	61, (276, 284, 295)
Gourdain/Nadler (Sodišče ES) 133/78; 1979 ECR 733.....	(297)
Hettlage Austria (Nemčija) 1501 IE 1276/04.....	(285)
IB Herstatt.....	21, (67)
Kosingen (Švedska) Ö 21-05, RIC 12-05.....	61
Maxwell Communications (Anglija) [1992] BCC 7572; (ZDA) 593 F 3rd 1036; 170 Br 800.....	22, 50, 77, (231, 265)
MG Rover (Ang.) 18. 4. 2005, 11. 5. 2005; (Fr.) 4. 5. 2005, 20. 5. 2005.....	(280, 295)
Nakash (ZDA) 190 BR 763	(69)
Parkside Flexibles (Anglija) 9.2.2005.....	(280)
Parmalat.....	(284)
Prelomna sodba (Wende-Urteil) nemškega Zveznega sodišča BGHZ 88, 147; NJW, 38, 2897.....	22, (68)
Singer (ZDA) 262 BR 257.....	22, 78
Staubitz-Schreiber (Sodišče ES) C-1/04.....	(273)
Weldtech Equipment (Anglija) [1991] BCC 16, [1991] BCLC 393.....	(175)
Xacur (Mehika) <i>Inc.Rec.Proc.Ext.Quiebra 29/2001</i> ; (ZDA) 216 BR 187 (Xacur 1), 219 BR 956 (Xacur 2)	78

Podatke o mestu objav sodnih odločb navajam v obliki, ki je uveljavljena glede zadevnih publikacij. Ti načini citiranja se razlikujejo od načina, ki je predpisan s pravili Ekonomske fakultete Univerze v Ljubljani, vendar so dodobra uveljavljeni, zato bo bralec na ta način lažje našel besedilo sodne odločbe. Citiranja je sicer potrebno brati takole:

ZDA: št. zvezka – kratica publikacije – št. strani;

Anglija, Irska, Sodišče ES: leto izida – kratica publikacije – št. strani;

Nemčija: kratica publikacije – št. zvezka – št. strani.

Za primere, ki še niso bili objavljeni ali mi ni znano, kje so bili objavljeni, navajam v *ležečem tisku* kot pomoč pri iskanju opravilno številko ali – če nisem pridobil niti tega podatka – datum izdaje odločbe.

SLOVARČEK TUJIH IZRAZOV

Tuje izraze sem pretežno pojasnil sproti v besedilu, razen latinskih izrazov. Na tem mestu sem zbral latinske izraze ter štiri angleške izraze, ki jih nisem pojasnil že sproti v besedilu.

LATINSKI IZRAZI

actio Pauliana	<i>paulijanska tožba; tožba za izpodbijanje pravnih poslov dolžnika, s katerimi je zmanjšal svoje premoženje in oškodoval upnike</i>
a contrario	<i>nasprotno (kot načinovni prislov)</i>
actor sequitur forum rei	<i>tožnik sledi sodišču toženca</i>
erga omnes	<i>proti vsem</i>
ex lege	<i>po zakonu, na podlagi zakona</i>
favor negotii	<i>ugodnejša obravnava pravnega posla; način razlage, katerega cilj je ohraniti veljavnost sklenjenega pravnega posla</i>
fiduciar	<i>(v pomenu na str. 34) oseba, ki je pridobila lastninsko pravico na neki stvari zaradi zavarovanja njene terjatve in je zavezana po plačilu zavarovane terjatve lastninsko pravico prenesti nazaj osebi, od katere jo je pridobila</i>
in concursum condicio omnium creditorum par	<i>v stečajju je položaj vseh upnikov enak</i>
ipso iure	<i>že po zakonu</i>
lex causae	<i>materialno pravo (na katerega napoti mednarodno zasebno pravo kraja sodišča), ki velja za pravno razmerje z mednarodnim elementom</i>
lex fori concursus (secundariae)	<i>pravo (kraja) stečajnega sodišča (sodišča sekundarnega stečaja)</i>
lex rei sitae	<i>pravo (kraja) lege stvari</i>
lex situs cartae	<i>pravo (kraja) lege (vrednostnega) papirja</i>
missio in bona debitoris	<i>uvajanje nekoga v posest tuje lastnine; prepustitev posesti prezadolženčevega imetja upnikom</i>

pari passu	<i>z enakim korakom; enako (pravično) proti vsakomur</i>
pignus	<i>ročna zastava</i>
situs	<i>lega</i>
unicum	<i>edino; pojav, ki je nekaj izjemnega</i>

ANGLEŠKI IZRAZI

case law	<i>pravo precedensov (prejšnjih odločb sodišč, zavezujočih za sodišča, ki pozneje odločajo v podobnih zadevah); celota odločb sodišč; izraz se pogosto uporablja kot nasprotje »statute law« (pravo, vsebovano v predpisih)</i>
charge	<i>v pomenu v op. 160 je izraz težko prevedljiv (prim. Bridge, Stevens, 2004, str.23); gre za obremenitev premoženja zaradi zavarovanja terjatve po angleškem pravu, pri čemer ta obremenitev ni hipoteka (mortgage) ali ročna zastavna pravica (pledge)</i>
common law	<i>obče pravo</i>
insider	<i>v pomenu na str. 48-49 gre za fizično ali pravno osebo, ki je zaradi družinskih, poslovnih, statusnopravnih ali drugačnih razlogov povezana z insolvenčnim dolžnikom (prim. čl. 101/31 BC).</i>