

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.736:347.191.6

Omejitev *ipso facto* klavzul pri postopkih finančnega prestrukturiranja

MASHA KOROŠEC
doktorska študentka in asistentka
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Povzetek

Pogodbeni stranki pogosto med pogodbene določbe vključita klavzulo, ki prenehanje pogodbenega razmerja pogojuje z začetkom enega izmed postopkov zaradi (grozeče) insolventnosti (*ipso facto* klavzula). Regulacija tovrstnih pogodbenih določb je znotraj držav članic Evropske unije postala predmet razprav predvsem s sprejetjem Direktive 2019/1023, ki prepoveduje pogodbene določbe, ki prenehanje pogodbe vežejo na začetek postopka preventivnega prestrukturiranja. Številne države so po vzoru Direktive 2019/1023 za uporabo takšnih določb uvedle številne omejitve. Tudi Slovenija je z uveljavitvijo novele ZFPPIPP-H sprejela nov 24.c člen, ki takšne klavzule pod določenimi pogoji razglaša za nične. Vendar sta tako ureditev *ipso facto* klavzul, ki jo vsebuje Direktiva 2019/1023, kot tista, ki jo najdemo v ZFPPIPP, zastavljeni precej široko. Ključno vprašanje, ki se ob branju relevantnih določb obeh omenjenih pravnih aktov zastavlja, je domet prepovedi *ipso facto* klavzul. Prispevek je zato namenjen predstavitvi splošne problematike uporabe in prepovedi *ipso facto* klavzul, hkrati pa obravnava nekatera odprta vprašanja, ki se zastavljajo ob analizi veljavne ureditve tega področja.

Ključne besede: *ipso facto* klavzula, ključna pogodba, Direktiva 2019/1023, preventivno prestrukturiranje, finančno prestrukturiranje

Restriction of *ipso facto* clauses in financial restructuring proceedings

Abstract

Contracting parties often include a provision in their contract that makes the termination of the contractual relationship contingent upon the initiation of insolvency proceedings (*ipso facto clause*). The regulation of such contractual provisions within the European Union

member states has become a topic of discussion, particularly with the adoption of Directive 2019/1023, which prohibits clauses that link the termination of a contract to the initiation of preventive restructuring proceedings. Many countries, following the example of Directive 2019/1023, have subjected the use of such provisions to numerous restrictions. Under the Slovenian ZFPPIPP-H amendment, Article 24c renders such clauses null and void under specific conditions. However, the regulation of *ipso facto* clauses, both in Directive 2019/1023 and the ZFPPIPP, is broadly framed, leaving several questions unresolved. A key issue arising from the reading of the relevant provisions of both legal sources is the scope of the prohibition of *ipso facto* clauses. This article, therefore, aims to outline the broader challenges associated with the use and prohibition of *ipso facto* clauses, while also addressing several open questions that arise when analyzing the current regulatory framework in this area.

Keywords: *ipso facto* clause, executory contract, Directive 2019/1023, preventive restructuring, financial restructuring

1. Uvod

Finančno prestrukturiranje sestavljajo različni ukrepi, katerih namen je odprava dolžnikove grozeče insolventnosti ter zagotovitev njegove ponovne kratko- in dolgoročne plačilne sposobnosti (glej 15. člen Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP).¹ Ker lahko finančno prestrukturiranje učinkuje na terjatve upnikov, ali kot zmanjšanje glavnice terjatev, znižanje obrestne mere, odložitev dospelosti ali pa celo kot prenehanje terjatve,² je lahko začetek finančnega prestrukturiranja indic, da bo izpolnjevanje pogodbenih obveznosti dolžnika težje, kot je bilo sprva predvideno. Da se izognejo negotovostim, ki jih oslavljen finančni položaj dolžnika prinaša v pogodbeni razmerja, pogodbeni stranke pogosto uporabijo različne ukrepe, s katerimi želijo preprečiti tako časovne kot finančne izgube, ki jih lahko prinese dolžnikova (grozeča) insolventnost.³ Eden izmed načinov reševanja takšnih položajev so t. i. *ipso facto* pogodbene klavzule.

To so pogodbene določbe, skladno s katerimi začetek postopka zaradi (grozeče) insolventnosti povzroči prenehanje pogodbenega razmerja med strankama. Tako kot pri preostalih pogodbenih klavzulah imata tudi tu škarje in platno v rokah pogodbeni stranki, ki lahko učinkovanje *ipso facto* klavzul vežeta na različne pogoje.⁴ Prenehanje pogodbenega razmerja oziroma odstopno upravičenje stranke je lahko zato pogojeno denimo z začetkom postop-

¹ Uradni list RS, št. 126/07 in nasl.

² Plavšak 2014, str. 954.

³ Enforceability of »Termination on Bankruptcy« or Ipso Facto Contract Clauses, str. 2.

⁴ Prav tam.

ka preventivnega prestrukturiranja, sodnega prestrukturiranja zaradi grozeče insolventnosti, prisilne poravnave ali stečajnega postopka. Lahko pa stranki prenehanje vežeta že na začetek finančnega prestrukturiranja oziroma na začetek pogajanj o prestrukturiranju. »*Ipsa facto*« v tem smislu pomeni »po samem dejstvu«, saj je skladno s takšno pogodbeno klavzulo podana kršitev pogodbe, ki omogoča njen razdor, že zgolj na podlagi dejstva, da se je začel v pogodbi opredeljen postopek.⁵ Torej lahko začetek takšnega postopka pomeni *ipso facto* kršitev pogodbe.⁶ Ne glede na to, da so možnosti oblikovanja *ipso facto* klavzul številčne, se prispevek v nadaljevanju osredotoča na tiste, ki kot pogoj za prenehanje pogodbenega razmerja določajo začetek postopka finančnega prestrukturiranja.

Načelo pogodbene avtonomije strankama omogoča, da odstop ter prenehanje pogodbenega razmerja v pogodbi natančneje uredita, zaradi česar so *ipso facto* klavzule kot varovalka upnikov v praksi pogost pojav. Kljub temu se njihova veljavnost pogosto postavlja pod vprašaj. Nekaj več jasnosti na tem področju je prinesla šele Direktiva (EU) 2019/1023 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. junija 2019 o okvirih preventivnega prestrukturiranja, odpustu dolgov in prepovedih opravljanja dejavnosti ter ukrepih za povečanje učinkovitosti postopkov glede prestrukturiranja, insolventnosti in odpusta dolgov ter o spremembi Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva 2019/1023),⁷ ki *ipso facto* klavzule v določenih primerih prepoveduje. Pristop k vprašanju veljavnosti *ipso facto* klavzul je v nekaterih *common law* pravnih redih urejen že dlje časa. V Združenih državah Amerike Zakon o insolventnosti (U.S. Bankruptcy Code) takšne pogodbene določbe z nekaterimi izjemami prepoveduje⁸ že od sprejetja leta 1979.⁹ Prav tako pa je veljavnost *ipso facto* klavzul že dlje časa urejena tudi v Angliji, Kanadi in Avstraliji.

V slovenskem pravnem redu je veljavnost *ipso facto* klavzul v postopkih finančnega prestrukturiranja povezana z dvema mejnikoma preteklih let, ki sta vplivala na insolvenčno pravo, najprej na ravni EU, nato pa tudi na nacionalni ravni. Zlasti gre za sprejetje že omenjene Direktive 2019/1023. Države članice so imele čas do 17. 7. 2021, da so sprejele in objavile zakone, namenjene implementaciji vsebine Direktive (glej 34. člen Direktive 2019/1023). Čeprav je bila Slovenija na Direktivo 2019/1023 ustrezno pripravljena, saj je ZFPPIPP vseboval

⁵ Segal, str. 48–49.

⁶ Prav tam.

⁷ UL L 172, 26. 6. 2019.

⁸ U.S. Bankruptcy Code v točki e drugega odstavka 365. člena določa: »*Notwithstanding a provision in an executory contract or unexpired lease, or in applicable law, an executory contract or unexpired lease of the debtor may not be terminated or modified, and any right or obligation under such contract or lease may not be terminated or modified, at any time after the commencement of the case solely because of a provision in such contract or lease that is conditioned on (A) the insolvency or financial condition of the debtor at any time before the closing of the case; [...]*«

⁹ Fabrice, str. 3.

dobro podlago za njeno implementacijo,¹⁰ so bile potrebne nekatere dodatne dopolnitve. Oktobra 2023 je tako začela veljati novela ZFPPIPP-H, ki med drugim v naš pravni red vnaša prepoved *ipso facto* klavzul.

V nadaljevanju se prispevek najprej osredini na pomen, ki ga ima prepoved *ipso facto* klavzul tako za insolventnega dolžnika kot njegove upnike. Temu sledi analiza implementacije Direktive 2019/1023 v ZFPPIPP. Tretji del prispevka pa je namenjen pregledu nekaterih odprtih vprašanj, ki bodo v prihodnje po vsej verjetnosti obravnavana tudi v praksi.

2. Razlogi za omejevanje in prepoved *ipso facto* klavzul

Izvrševanje *ipso facto* klavzul, na podlagi katerih bi imel upnik zagotovljeno odstopno upravičenje zgolj zaradi začetka postopka finančnega prestrukturiranja, čeprav je dolžnik do tega trenutka pogodbeno obveznosti pravilno izpolnjeval, bi negativno vplivalo na dolžnikovo poslovanje in možnosti uspešne sanacije njegovega podjetja (uvodna izjava 40 Direktive 2019/1023). S tem bi bila torej okrnjena težnja po spodbudi njegove »rehabilitacije«.¹¹ Zato je ključni razlog za omejitev veljavnosti *ipso facto* pogodbenih klavzul potreba po varstvu dolžnika in omogočanje njegovega poslovanja tudi med finančno krizo, v kateri se znajde. Drugače povedano, z omogočanjem nadaljnjega poslovanja dolžnika se torej zagotovi njegovo preživetje na trgu, kar pa ni mogoče, kadar lahko upniki pogodbeno razmerja prekinajo že na podlagi dejstva, da je bil začet postopek finančnega prestrukturiranja, ali pa zgolj pogajani glede tega, čeprav je dolžnik svoje obveznosti do tega trenutka pravilno izpolnjeval (uvodna izjava 40 Direktive 2019/1023).

Poleg tega lahko dolžnik z nadaljnjim poslovanjem tudi ohranja ter povečuje vrednost gospodarske družbe in njenega podjetja, kar je nedvomno tudi v interesu upnikov.¹² Ne nazadnje pa je ohranjanje poslovanja gospodarske družbe in vzdrževanje njene tržne vrednosti lahko koristno tudi z vidika morebitnega kasnejšega začetka stečajnega postopka.¹³ Nadaljevanje pogodb, ki so koristne ali bistvene za dolžnikovo poslovanje in prispevajo k povečanju njegovega premoženja, in prepoved *ipso facto* klavzul sta torej ključni za doseg ciljev finančnega prestrukturiranja.

Ne glede na to prepoved *ipso facto* klavzul ni bila vedno pozitivno sprejeta. Slednje je bilo razvidno predvsem med reformo nemškega insolventnega prava. Prepoved *ipso facto* klavzul,

¹⁰ Cepec 2023, str. 1189.

¹¹ Enforceability of »Termination on Bankruptcy« or Ipso Facto Contract Clauses, str. 2.

¹² Janis, Payne, Madaus, str. 67.

¹³ Prav tam.

ki naj bi prenehanje pogodbe pogojevala z začetkom stečajnega postopka ali s poslabšanjem premoženjskega stanja ene od pogodbenih strank, je bila 1994 zavrnjena z utemeljitvijo, da takšna ureditev pogodbenim strankam onemogoča, da bi avtonomno odločale o usodi svojih pogodbenih pravic v primeru nadaljnjega poslabšanja finančnega položaja dolžnika.¹⁴ Dejstvo, da *ipso facto* pogodbene klavzule posredno omejujejo pravico stečajnega upravitelja pri izbiri pogodb, od katerih lahko odstopi oziroma jih želi ohraniti, naj ne bi bil zadosten razlog za takšen poseg v pogodbeno svobodo.¹⁵ Poleg tega naj bi imela prepoved takšnih pogodbenih klavzul določene negativne učinke, predvsem v postopkih, v katerih se s finančnim prestrukturiranjem cilja na nadaljnjo poslovanje subjekta.¹⁶ Natančneje, s tem bi dolžniku otežili sklepanje novih pogodb med njegovo »rehabilitacijo«, saj potencialni novi pogodbeni partnerji ne bi želeli prevzeti tveganj, ki jih zajema absolutna vezanost na poslovanje z dolžnikom, ki mu grozi insolventnost.¹⁷ Slednje bi torej odvrčalo stranke od vstopanja v pogodbeno razmerja z dolžnikom ravno v času, ko so lahko takšne pogodbe ključne za njegov nadaljnji obstoj. Nadalje naj bi *ipso facto* klavzule delovale tudi kot spodbuda dolžnika za uresničitev njegovih obveznosti, ki jih je prevzel s pogodbo, saj se zaveda, da bo sicer nasprotna stranka od pogodbe odstopila.¹⁸ Kadar pa *ipso facto* odstop od pogodbe ne bi bil mogoč, naj bi bila tudi prizadevanja dolžnika za pravilno izpolnitev njegove obveznosti manjša, predvsem kadar se izkaže, da bodo stroški, povezani z izpolnjevanjem pogodbenih obveznosti, višji od dobička, ki ga pričakuje na podlagi pogodbenega razmerja.¹⁹ Gre torej za stališča, ki *ipso facto* klavzule razumejo kot nekaj pozitivnega, s čimer je upoštevan tudi pomen, ki ga ima takšna prepoved za nasprotno pogodbeno stranko, tj. upnika. Upniku *ipso facto* klavzule zagotavljajo učinkovito sredstvo, s katerim zmanjša tveganje, ki ga zanj pomeni dolžnikova grozeča insolventnost.²⁰

Kljub različnim stališčem večina pravnih redov danes spodbuja dolžnike, ki imajo določen potencial za preživetje na trgu, ter jim poskuša zagotoviti možnosti nadaljnjega poslovanja. Slednje je razvidno tudi iz ureditve, ki jo je predvidel evropski zakonodajalec in je bila prenesena v ZFPPIPP.

¹⁴ Deutscher Bundestag, str. 170.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Prav tam.

¹⁷ Prav tam.

¹⁸ Fabrice, str. 19.

¹⁹ Prav tam.

²⁰ Prav tam, str. 47.

3. Direktiva 2019/1023

Direktiva 2019/1023 obravnava postopke, ki so oziroma bi morali biti na voljo dolžniku, še preden postane insolventen.²¹ Njen namen je zagotoviti, da ima vsaka država članica vzpostavljen učinkovit mehanizem prestrukturiranja, ki olajša reševanje gospodarskih družb, ki so kljub finančni stiski sposobne preživeti.²² Gre za postopanje v zgodnji fazi, ko se je še mogoče izogniti insolventnosti ter tako omejiti nepotrebno likvidacijo (uvodna izjava 2 Direktive 2019/1023). Postopki preventivnega prestrukturiranja naj bi dolžnikom v finančnih težavah omogočili, da v celoti ali delno nadaljujejo poslovanje, tako da spremenijo sestavo, pogoje ali strukturo svojega premoženja in svojih obveznosti ali katerikoli drug del svoje strukture kapitala.²³ Gre za ukrepe, ki dolžniku na podlagi sporazuma o finančnem prestrukturiranju omogočijo izvedbo ustreznih ukrepov prestrukturiranja finančnih obveznosti, potrebnih za odpravo vzrokov, zaradi katerih bi lahko postal insolventen.²⁴ Evropski zakonodajalec si tako prizadeva preprečiti med drugim tudi izgubo delovnih mest ter povišati skupno vrednost premoženja za upnike v primerjavi z vrednostjo, ki bi jo dobili izplačano ob likvidaciji (uvodna izjava 2 Direktive 2019/1023).

V nasprotju s predstavljenimi cilji evropskega zakonodajalca pa je učinkovanje *ipso facto* klavzul, katerih namen je varovanje upnikov, ki stojijo nasproti dolžniku v fazi prestrukturiranja, pri čemer omogočajo odpoved pogodbenega razmerja zgolj zaradi dejstva, da je bil začet postopek prestrukturiranja (uvodna izjava 40 Direktive 2019/1023). To velja zlasti, kadar na ta način pride do prenehanja pogodb, na podlagi katerih si dolžnik zagotavlja osnovne dobrine, kot so pogodbe o dobavi plina, električne energije, vode, telekomunikacijskih storitev in storitev plačila s kartico (uvodna izjava 41 Direktive 2019/1023). Po mnenju evropskega zakonodajalca je v takšnih primerih zato nujno določiti, da se upnikom ne dovoli sklicevanje na *ipso facto* pogodbene klavzule, katerih učinkovanje je vezano na začetek pogajanj o načrtu prestrukturiranja (uvodna izjava 40 Direktive 2019/1023).

Izrecna prepoved *ipso facto* klavzul je vsebovana v petem odstavku 7. člena Direktive 2019/1023, skladno s katero:

»Države članice zagotovijo, da upnikom ni dovoljeno zadržati izvajanja ali odpovedati, pospešiti ali v škodo dolžnika kakor koli drugače spremeniti neizpolnjenih pogodb na podlagi pogodbene določbe, ki določa take ukrepe, zgolj zaradi:

(a) zahteve za uvedbo postopka preventivnega prestrukturiranja;

²¹ Prav tam.

²² Janis, Payne, Madaus, str. 62.

²³ Prav tam.

²⁴ Plavšak 2014, str. 12.

- (b) zahteve za prekinitev posameznih postopkov izvršbe;
- (c) uvedbe postopka preventivnega prestrukturiranja ali
- (d) same odobritve prekinitve posameznih postopkov izvršbe.«

Poleg same prepovedi *ipso facto* klavzul, povezanih s postopki preventivnega prestrukturiranja, pa Direktiva 2019/1023 še dodatno spodbuja nemoteno pogajanje o načrtu prestrukturiranja dolžnika. Skladno s 6. členom Direktive 2019/1023 imajo države članice namreč dolžnost zagotoviti prekinitev posameznih postopkov izvršbe proti dolžniku. S tem se dolžniku omogoči, da v vmesnem času nadaljuje poslovanje ter ohrani vrednost svojega premoženja (uvodna izjava 32 Direktive 2019/1023). Upnikom, za katere velja prekinitev posameznih postopkov izvršbe in katerih terjatve so nastale pred samo prekinitvijo, dolžnik pa jih še ni plačal, ne sme biti dovoljeno, da med prekinitvijo odpovedo ali kakorkoli drugače spremenijo ključne neizpolnjene pogodbe (glej 6. člen Direktive 2019/1023). Navedeno velja le, kadar dolžnik še naprej izpolnjuje svoje obveznosti na podlagi takšnih pogodb, ki zapadejo v plačilo med obdobjem prekinitve (uvodna izjava 41 Direktive 2019/1023).

4. Implementacija Direktive 2019/1023 v ZFPPIPP-H

Predstavljena prepoved *ipso facto* klavzul, ki jo vsebuje Direktiva 2019/1023, je bila v ZFPPIPP prenesena z novim 24.c členom. Člen, naslovljen »ključna pogodba dolžnika«, je v poglavju splošnih določb v oddelku 1.2, namenjenem opredelitvi pojmov in kratic. Zakonodajalec je vprašanje prepovedi *ipso facto* določb uredil izključno v povezavi s t. i. ključnimi pogodbami. Te so v prvem odstavku 24.c člena ZFPPIPP opredeljene kot vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, katerih izvajanje je potrebno za nemoteno tekoče poslovanje dolžnika. Tu so mišljene pogodbe za dobavo energentov, vode in telekomunikacijskih storitev, vključno s pogodbami glede dobav, katerih prekinitev bi ustavila opravljanje dolžnikove dejavnosti. Pri tem pa so vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe opredeljene kot tiste dvostranske pogodbe, ki so bile sklenjene pred začetkom postopka zaradi insolventnosti in pri katerih do začetka postopka zaradi insolventnosti (1) niti insolventni dolžnik niti nasprotna pogodbeni stranka nista izpolnila svoje obveznosti glede izpolnitvenega ravnanja na podlagi te pogodbe ali (2) nobeden od njiju teh obveznosti ni izpolnil v celoti (glej 24. člen ZFPPIPP).

V drugem odstavku 24.c člena ZFPPIPP je za tem določeno, da pogodbeni stranki ni dovoljeno, da bi samo zaradi začetka ali posledic postopka sodnega prestrukturiranja zaradi odprave grozeče insolventnosti ali začetka postopka prisilne poravnave odstopila od pogodbe, zadržala njeno izvajanje ali v škodo dolžnika kakorkoli drugače spremenila izvajanje pogodbe, razen če dolžnik ni plačal dolgov, ki so nastali po začetku takega postopka. Nadalje pa tretji odstavek istega člena kot nična določa pogodbeni stranki ključne pogodbe, ki bi dopuščala, da se zaradi začetka ali posledic postopka sodnega prestrukturiranja zaradi odprave grozeče insolventnosti

ali začetka postopka prisilne poravnave lahko odstopi od pogodbe, zadrži njeno izvajanje ali v škodo dolžnika kakorkoli drugače spremeni izvajanje pogodbe. Gre torej za prepoved *ipso facto* klavzul in implementacijo predstavljenega petega odstavka 7. člena Direktive 2019/1023.

Slovenski zakonodajalec je prepoved *ipso facto* klavzul vezal na ključne pogodbe, ki so vzajemno neizpolnjene. Gre za ožjo formulacijo, kot je določena v Direktivi 2019/1023, ki prepoved *ipso facto* klavzul veže na t. i. neizpolnjene pogodbe. To so pogodbe med dolžnikom in enim ali več upniki, na podlagi katerih imajo v trenutku odobritve ali izvajanja prekinitve posameznih postopkov izvršbe stranke še vedno obveznosti, ki jih morajo izpolniti (glej 5. točko prvega odstavka 2. člena Direktive 2019/1023). Na podlagi navedene definicije ni mogoče zaključiti, da je evropski zakonodajalec želel omejiti prepoved *ipso facto* klavzul zgolj na ključne pogodbe.

Poleg tega ZFPPIPP ničnost predvideva za pogodbene določbe, ki odpoved pogodbe povezujejo z začetki postopka sodnega prestrukturiranja zaradi odprave grozeče insolventnosti in začetkom prisilne poravnave. Drugače kot Direktiva 2019/1023, ki se nanaša na postopke pred nastopom dolžnikove insolventnosti, je ZFPPIPP s tem, ko prepoveduje pogojevanje odstopa z začetkom prisilne poravnave, razširil domet določbe tudi na postopke zaradi insolventnosti. Opaziti je tudi mogoče, da ZFPPIPP znotraj prepovedi *ipso facto* klavzul ne omenja postopkov preventivnega prestrukturiranja. Čeprav je sodno prestrukturiranje na novo uveden postopek zaradi grozeče insolventnosti, ta ne nadomešča postopka preventivnega prestrukturiranja. Vprašanje, zakaj zakonodajalec prepovedi *ipso facto* klavzul ni vezal tudi na začetek postopka preventivnega prestrukturiranja, ostaja nejasno in neodgovorjeno tudi znotraj obrazložitve predloga novele ZFPPIPP-H.

5. Nekatera odprta vprašanja

5.1. Varstvo upnikov

Temeljni namen prepovedi *ipso facto* klavzul je varstvo dolžnika in zagotovitev njegovega preživetja na trgu. Hkrati pa ureditev, ki takšne pogodbene določbe prepoveduje, pomeni določeno stopnjo tveganja za upnike, ki so s tega vidika obremenjeni s poslovanjem s takšnim finančno nestabilnim subjektom. Posledično si zakonodajalci pogosto prizadevajo iskati ravnotežje med interesi obeh pogodbenih strank. To je mogoče predvsem na dva načina, in sicer zakonodajalec lahko določi posebne pogoje, pod katerimi so *ipso facto* klavzule dopustne, ali pa predvidi, da je zaradi posebne narave pravnega posla določen tip pogodb izvzet iz te prepovedi. Drugače kot nekateri tuji pravni redi niti Direktiva 2019/1023 niti ZFPPIPP ne predvidevata takšnih mehanizmov.

Vprašanje varstva upnikov je posebej urejeno predvsem v *common law* državah, v katerih ima prepoved *ipso facto* klavzul že daljšo tradicijo. V Kanadi tako Zakon o stečaju in insolventno-

sti (Bankruptcy and Insolvency Act) v 65.1. členu določa, da v primeru obvestila o nameri postopka zaradi insolventnosti prekinitev pogodbe zgolj zaradi tega razloga ni dopustna.²⁵ Kljub temu četrti odstavek omenjenega člena določa, da ta omejitev ne pomeni hkrati tudi prepovedi upnika, da zahteva takojšnje plačilo za blago, storitve, uporabo ali drugo plačilo za uporabo zakupljenega premoženja ali licenčnega premoženja.²⁶ Čeprav nasprotna stranka od pogodbe ne more odstopiti in mora še naprej izpolnjevati svoje obveznosti, lahko zahteva, da se ji za vse dobavljeno blago in storitve v prihodnje plačuje po načelu plačila ob dostavi (*cash-on-delivery*).²⁷ Nadalje kanadski Zakon o stečaju in insolventnosti v šestem odstavku istega člena pooblašča sodišče, da na zahtevo pogodbene stranke razgласi, da se prepoved odstopa od pogodbe ne uporablja ali se uporabi le v obsegu, ki ga predvidi sodišče, če dokaže, da bi zaradi tega zašel v finančne težave.²⁸

Z vidika ureditve prepovedi *ipso facto* klavzul je primerjalnopravno zanimiva tudi ureditev, ki velja v Angliji, kjer uporabo *ipso facto* klavzul v pogodbah za dobavo blaga in storitev prepoveduje 233B. člen²⁹ Zakona o insolventnosti (Insolvency Act 1986, ki je bil leta 2020 spremenjen z zakonom Corporate Insolvency and Governance Act 2020). Kljub splošni prepovedi pa ureditev predvideva nekaj izjem.

Najprej se lahko pogodbeni stranki prepovedi *ipso facto* klavzul izogneta, kadar se s tem izrecno strinja dolжник oziroma stečajni upravitelj ali kadar soglasje k izvršljivosti takšne klavzule poda sodišče, vendar pod pogojem, da bi nadaljevanje konkretne pogodbe pri upniku povzro-

²⁵ Prvi odstavek 65.1. člena v kanadskem Bankruptcy and Insolvency Act določa: »If a notice of intention or a proposal has been filed in respect of an insolvent person, no person may terminate or amend any agreement, including a security agreement, with the insolvent person, or claim an accelerated payment, or a forfeiture of the term, under any agreement, including a security agreement, with the insolvent person, by reason only that (a) the insolvent person is insolvent; or (b) a notice of intention or a proposal has been filed in respect of the insolvent person.«

²⁶ Četrti odstavek 65.1. člena v kanadskem Bankruptcy and Insolvency Act določa: »Nothing in subsections (1) to (3) shall be construed (a) as prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided after the filing of (i) the notice of intention, if one was filed, or (ii) the proposal, if no notice of intention was filed; (b) as requiring the further advance of money or credit.«

²⁷ Glej tudi Janis, Payne, Madaus, str. 50.

²⁸ Šesti odstavek 65.1. člena v kanadskem Bankruptcy and Insolvency Act določa: »The court may, on application by a party to an agreement or by a public utility, declare that subsections (1) to (3) do not apply, or apply only to the extent declared by the court, where the applicant satisfies the court that the operation of those subsections would likely cause it significant financial hardship.«

²⁹ Insolvency Act 1986 v tretjem odstavku 233B. člena določa: »A provision of a contract for the supply of goods or services to the company ceases to have effect when the company becomes subject to the relevant insolvency procedure if and to the extent that, under the provision (a) the contract or the supply would terminate, or any other thing would take place, because the company becomes subject to the relevant insolvency procedure, or (b) the supplier would be entitled to terminate the contract or the supply, or to do any other thing, because the company becomes subject to the relevant insolvency procedure.«

čilo določeno stisko.³⁰ Poleg tega zakon vsebuje tudi posebno prilogo, t. i. Schedule 4ZZA, ki določa seznam pogodb, katerih prepoved *ipso facto* klavzul ne zadeva. Gre predvsem za bančne posle, kot so posojilne pogodbe, faktoring, finančni leasing, pogodbe o izvedenih finančnih instrumentih, garancije, pogodbe za nakup vrednostnih papirjev in medbančna posojila.

Tako je zakonodajalec upošteval posebno naravo in pomen finančnih pogodb. Ker se v teh primerih lahko banke kot upniki sklicujejo na *ipso facto* klavzule, tako zmanjšujejo tveganja in izgube, ki bi nastale, če bi bile vezane na poslovanje z nasprotno stranko v finančnih težavah.³¹ V nasprotnem primeru bi v očeh finančnih institucij takšne pogodbe postale bolj tvegane, s tem pa tudi dražje in gospodarskim subjektom težje dostopne.³²

Posebno ureditev *ipso facto* klavzul je mogoče najti tudi v nemškem pravnem sistemu. Drugače od prenosa Direktive 2019/1023 neposredno v ZFPPIPP je Nemčija v ta namen sprejela poseben zakon. Zakon o stabilizaciji in prestrukturiranju podjetij (Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen; StaRUG) je bil sprejet 22. 12. 2020, veljati pa je začel 1. 1. 2021 in z implementacijo Direktive 2019/1023 zagotavlja gospodarskim subjektom možnost stabilizacije in prestrukturiranja zunaj formalnega postopka zaradi insolventnosti.³³ Prepoved *ipso facto* klavzul se nahaja v 44. členu StaRUG (*Verbot von Lösungsklauseln*), ki v prvem odstavku med drugim določa, da samo dejstvo, da poteka postopek prestrukturiranja, nasprotni stranki ne daje samodejne pravice do odstopa od pogodbe ali njene spremembe. Takšne klavzule so namreč skladno z drugim odstavkom istega člena neveljavne.³⁴ Tretji odstavek 44. člena StaRUG pa določa posle, ki so izvzeti iz prepovedi prvega in drugega odstavka tega člena. Kot izjema so *ipso facto* klavzule veljavne pri različnih bančnih

³⁰ Insolvency Act 1986 v petem odstavku 233B. člena določa: »Where a provision of a contract ceases to have effect under subsection (3) or an entitlement under a provision of a contract is not exercisable under subsection (4), the supplier may terminate the contract if (a) in a case where the company has become subject to a relevant insolvency procedure as specified in subsection (2)(b), (c), (e) or (f), the office-holder consents to the termination of the contract, (b) in any other case, the company consents to the termination of the contract, or (c) the court is satisfied that the continuation of the contract would cause the supplier hardship and grants permission for the termination of the contract.«

³¹ Takšen pomislek je bil izražen tudi s strani Združenja bank Slovenije, glej str. 131 Osnutka Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju z dne 15. 11. 2022, <https://www.gzs.si/Portals/Panoga-Poslovanje-Nepremicnine/Vsebine/Zakonodaja/ZFPPIPP-H_nov22.pdf> (30. 9. 2024).

³² Prav tam.

³³ Pauw.

³⁴ Prvi in drugi odstavek 44. člena StaRUG določata: »(1) Die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache oder die Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens durch den Schuldner ist ohne Weiteres kein Grund 1. für die Beendigung von Vertragsverhältnissen, an denen der Schuldner beteiligt ist, 2. für die Fälligkeit von Leistungen oder 3. für ein Recht des anderen Teils, die diesem obliegende Leistung zu verweigern oder die Anpassung oder anderweitige Gestaltung des Vertrags zu verlangen. Sie berühren ohne Weiteres auch nicht die Wirksamkeit des Vertrags. (2) Dem Absatz 1 entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.«

poslih (na primer pogodbe o izvedenih finančnih instrumentih ali finančnih zavarovanjih).³⁵ Navedeno ne velja za pogodbene klavzule, ki možnost upnikovega odstopa od pogodbe pogujejo z nastopom drugih okoliščin, kot so na primer dolžnikova zamuda. Takšne določbe so v vsakem primeru dopustne.³⁶

Dejstvo, da je varstvo upnikov pri prepovedi *ipso facto* klavzul vprašanje, glede katerega Direktiva 2019/1023 molči, je tudi eden izmed pomislekov, ki ga poudarjajo kritiki ureditve.³⁷ Ne nazadnje tudi že same zakonodajne smernice za insolvenčno pravo, ki jih je pripravil UNCITRAL, domnevajo, da bi se lahko negativni učinek, ki ga ima takšna prepoved za upnike, izravnal z ustreznim nadomestilom upniku, kadar ta dokaže, da je utrpel škodo ali izgubo zaradi nadaljevanja pogodbe po začetku postopka v primeru insolventnosti.³⁸

5.2. Ključne pogodbe kot odprto vprašanje Direktive 2019/1023 in ZFPPIPP

V slovenski zakonski ureditvi se izrecna prepoved *ipso facto* klavzul pojavlja v zvezi s postopki sodnega prestrukturiranja zaradi grozeče insolventnosti in prisilne poravnave. Kot rečeno je ZFPPIPP vezal prepoved *ipso facto* klavzul na ključne pogodbe, zato bo v praksi moralo najprej priti do temeljitejše razjasnitve, kateri posli dolžnika sploh ustrezajo temu pojmu.³⁹ Gre za vprašanje, ki je tesno povezano z varstvom upnikov, saj lahko z opredelitvijo ključnih pogodb zamejimo domet splošne prepovedi *ipso facto* klavzul. Torej pogodbe, ki sicer vsebujejo *ipso facto* klavzulo, vendar niso ključne, so iz prepovedi po 24.c členu ZFPPIPP izvzete.

Skladno z definicijami pojmov, ki jih ponuja Direktiva 2019/1023, je ključna pogodba tista, ki je potrebna za vsakodnevno poslovanje subjekta, vključno s pogodbami glede dobav, katerih prekinitev bi ustavila dolžnikove dejavnosti (glej četrti odstavek 7. člena Direktive 2019/1023).⁴⁰ Primeroma je pojasnjeno, da bi te lahko vključevale na primer »pogodbe za zagotavljanje bistvenih storitev, kot so telefon, elektrika, plin, voda in zbiranje odpadkov« (glej 41. uvodno izjavo Direktive 2019/1023). Vendar je pri tem treba opozoriti, da so ta merila

³⁵ Vse pogodbe, ki so izvzete iz prepovedi *ipso facto* klavzul so navedene v tretjem odstavku 44. člena StaRUG, ki določa: »Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Geschäfte nach § 104 Absatz 1 der Insolvenzordnung und Vereinbarungen über das Liquidationsnetting nach § 104 Absatz 3 und 4 der Insolvenzordnung und Finanzsicherheiten im Sinne von § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes. Dies gilt auch für Geschäfte, die im Rahmen eines Systems nach § 1 Absatz 16 des Kreditwesengesetzes der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen unterliegen.«

³⁶ Glej sodbo nemškega Vrhovnega sodišča z dne 27. 10. 2022 – IX ZR 213/21, točka 25. V navedenem primeru je BGH obravnavalo vprašanje, ali *ipso facto* klavzula nasprotuje 103. členu InsO, ki zagotavlja stečajnemu upravitelju pravico, da sam presodi, ali bo od konkretne pogodbe odstopil ali jo bo obdržal v veljavi.

³⁷ Cepec 2024, str. 47.

³⁸ UNCITRAL, str. 123, točka 118.

³⁹ Cepec 2024, str. 46.

⁴⁰ Paulus, Dammann, str. 130.

povzeta po zakonodajnih smernicah, ki jih je za insolvenčno pravo pripravil UNCITRAL leta 2004.⁴¹ Navedeni primeri pogodb zato v današnjem času morda niti niso več najboljši prikaz ključnih pogodb. Opaziti je mogoče, da večino omenjenih storitev danes ne ponuja več zgolj en ponudnik na trgu (na primer zagotavljanje telefonskih storitev).⁴² Včasih so bile to nena-domestljive storitve in je bila njihova zagotovitev ključna za poslovanje dolžnika. Danes pa so to (vsaj deloma) nadomestljive storitve, pri katerih lahko subjekti izbirajo med različnimi ponudniki. Mnogo bolj kritične z vidika tekočega poslovanja so pogodbe, katerih storitve ali predmeti dobave so danes nenadomestljivi, denimo različne licenčne pogodbe ali kreditne pogodbe. Če so takšne pogodbe nenadoma prekinjene, je verjetnost, da bo dolžnikovo poslovanje obstalo, večja kot na primer pri prekinitvi takoj zamenljive pogodbe o telekomunikacijskih storitvah, kot to poudarja Direktiva 2019/1023.⁴³

Ne glede na navedeno je končna opredelitev pojma »ključne pogodbe« v rokah posameznih držav članic. Definicija v 7. členu Direktive državam pri tem pušča širok manevrski prostor,⁴⁴ zato se lahko pričakuje, da se bo do tega pojma v prihodnje opredelilo tudi Sodišče EU.⁴⁵

6. Sklep

Veljavnost *ipso facto* pogodbenih določil je predmet številnih razprav predvsem v tujih pravnih sistemih. Večinsko stališče danes je, da so takšna pogodbeni določila nedopustna oziroma je njihovo veljavnost treba vsaj omejiti. Tudi pravni redi držav članic EU so se z vprašanjem veljavnosti tovrstnih pogodbenih klavzul v preteklosti že srečali, vendar je dodaten navdih za razprave na to temo prinesla Direktiva 2019/1023, ki se osredotoča na fazo prestrukturiranja gospodarskih družb ter spodbuja njihovo rehabilitacijo. Zato da se dolžniku, ki mu grozi insolventnost, omogoči preživetje, je ključno zagotoviti neprekinjeno izvajanje pogodb z njegovimi ključnimi poslovnimi partnerji. *Ipso facto* klavzule to ne samo omejujejo, ampak ob ustrezni formulaciji tudi preprečujejo, saj lahko upnik brez soglasja dolžnika od pogodbe predčasno odstopi, čeprav je dolžnik svoje obveznosti pravilno izpolnjeval. Prepoved *ipso facto* klavzul je v slovenskem pravnem redu izrecna le, če so takšne klavzule del ključnih pogodb in pogojujejo odstop z začetkom postopkov sodnega prestrukturiranja zaradi odprave grozeče insolventnosti in prisilne poravnave. Vendar zaradi široke opredelitve pojma ključne pogodbe tudi v tem delu ostaja domet prepovedi nejasen.

⁴¹ Prav tam, str. 132.

⁴² Prav tam.

⁴³ Prav tam.

⁴⁴ Prav tam.

⁴⁵ Cepec 2024, str. 47.

Čeprav je vodilni interes Direktive 2019/1023, ki je bila prenesena v ZFPPIPP, spodbujanje prestrukturiranja ter sanacija gospodarskih subjektov, ki se srečujejo s finančnimi težavami, predvsem kadar so izkazi uspeha takšnega postopka očitni, to ne pomeni, da je mogoče interese upnikov zanemariti. Kot kažejo tuje pravne ureditve, je smiselno iskati ravnotežje med interesi dolžnika, ki mora ohraniti ključne pogodbene partnerje, in interesi upnikov, za katere neveljavnost *ipso facto* pogodbenega določila pomeni tveganje v obliki možnosti finančnih izgub. Ker niti Direktiva 2019/1023 niti ZFPPIPP tega vidika ne obravnavata dovolj celovito, je mogoče pričakovati, da se bodo nejasnosti, ki se poudarjajo v teoretičnih razpravah, v prihodnje pojavile tudi v praksi.

Literatura

- CEPEC, Jaka. Izzivi slovenskega insolvenčnega prava po noveli ZFPPIPP-H. *Podjetje in delo*, 2023, letn. 49, št. 6/7, str. 1188–1202.
- CEPEC, Jaka. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP) (neuradno prečiščeno besedilo)*, Uvodna pojasnila k noveli ZFPPIPP-H. Ljubljana: Uradni list RS, 2024.
- Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 12/2443 – Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), <<https://dserver.bundestag.de/btd/12/073/1207302.pdf>> (27. 9. 2024).
- Enforceability of »Termination on Bankruptcy« or Ipso Facto Contract Clauses, <<https://www.bclplaw.com/a/web/99476/Enforceability-of-Termination-on-Bankruptcy-or-Ipso-Facto-Cont.pdf>> (26. 8. 2024).
- FABRICE, Robert-Tisso. The Effects of a Reorganization on (Executory) Contracts: A Comparative Law and Policy Study [United States, France, Germany and Switzerland], <https://www.iiiglobal.org/file.cfm/12/docs/2012_bronze_robert_tissot_submission.pdf> (27. 9. 2024).
- JANIS, P. Sarra, PAYNE, Jennifer, MADDAUS, Stephan. The Promise and Perils of Regulating Ipso Facto Clauses. *International Insolvency Review*, 2021, letn. 31, št. 1, str. 45–80.
- PAULUS, Christoph G., DAMMANN, Reinhard. *European preventive restructuring: Article-by-article commentary*. Bloomsbury Academic, 2021.
- PAUW, Dominik. Insolvenzantragsgründe und -pflichten nach dem neuen Sanierungsgesetz (StaRUG / SanInsFoG), <<https://starug-blog.de/artikel/insolvenzantragsgruende-und-pflichten-nach-dem-neuen-starug-saninsfog/>> (20. 9. 2024).
- PLAVŠAK, Nina. Postopek preventivnega prestrukturiranja. *Pravna praksa*, 2024, št. 3, str. 12–16.
- PLAVŠAK, Nina. Ukrepi finančnega prestrukturiranja. *Podjetje in delo*, 2014, letn. 40, št. 6/7, str. 954–975.
- SEGAL, Jordan B. Just the (Ipso) Fact(o)s, Ma'am. *Michigan Bar Journal*, 2020, str. 48–49.
- United Nations, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two. New York, 2005.