

PRAVOSODNI BILTEN

1/2013

UREDNIŠKI ODBOR

Predsednica Uredniškega odbora

mag. Nina BETETTO

Vrhovno sodišče Republike Slovenije

Namestnica predsednice

Vlasta NUSSDORFER

Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

Člani:

Mateja SENIH

Državno pravobranilstvo Republike Slovenije

Rok ČEFERIN

Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER

Notarska zbornica Slovenije

mag. Valerija JELEN KOSI

Ministrstvo za pravosodje in javno upravo

Jezikovno uredil

Sektor za prevajanje Generalnega sekretariata Vlade Republike Slovenije

Tajnica uredniškega odbora

Špela EST

Ministrstvo za pravosodje in javno upravo

tel. št. 01/369 5772

Izdaja

Ministrstvo za pravosodje in javno upravo

Center za izobraževanje v pravosodju

Ljubljana, Župančičeva 3

Periodičnost

4 številke letno

Naklada

700 izvodov

Grafična priprava, prelom in tisk

✂ **grafex** agencija | tiskarna

PREGLED VSEBINE

doc. dr. Peter Podgorelec Ekonomsko-poslovna fakulteta Univerze v Mariboru VPIS PROKURISTA V SODNI REGISTER PRI DRUŽBI Z OMEJENO ODGOVORNOSTJO	7
Jerneja Prostor univerzitetna diplomirana pravnica asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru AKTUALNA VPRAŠANJA V ZVEZI Z IZKLJUČITVIJO IN IZSTOPOM DRUŽBENIKA IZ D. O. O.	13
prof. dr. Rajko Knez Pravna fakulteta Univerze v Mariboru ANALIZA PRAKSE UPORABE PRAVA EU V SLOVENIJI - DELOVNI IN SOCIALNI SPORI.....	27
dr. Etelka Korpič - Horvat ustavna sodnica Ustavno sodišče Republike Slovenije NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S PODROČJA SOCIALNIH SPOROV	39
prof. dr. Rajko Knez Pravna fakulteta Univerze v Mariboru EVROPSKO PREKRŠKOVNO PRAVO (S PONAZORITVIJO NA PRIMERU VINJETNEGA SISTEMA IN NELEGALNO ODLOŽENIH ODPADKOV).....	45
Nina Jerala višja pravosodna svetovalka Vrhovno sodišče Republike Slovenije UPORABA MILEJŠEGA ZAKONA V PREKRŠKOVNEM PRAVU	65
Franc Seljak višji sodnik Okrožno sodišče v Ljubljani GRADBENA POGODBA - REŠEVANJE SPORA V PRAVDI - POMOČ IZVEDENCA	79
doc. dr. Peter Podgorelec Ekonomsko-poslovna fakulteta Univerze v Mariboru ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ČLANOV UPRAVE DELNIŠKE DRUŽBE PO ZGD-1.....	89

mag. Damjan Orož višji sodnik Višje sodišče v Ljubljani	
SMISELNA UPORABA ZAKONA O PRAVDNEM POSTOPKU V IZVRŠILNIH POSTOPKIH V POVEZAVI Z INFORMATIZIRANIMI IZVRŠILNIMI VPISNIKI.....	105

mag. Damjan Orož višji sodnik Višje sodišče v Ljubljani	
UPORABA ZFPPIPP V INFORMATIZIRANIH IZVRŠILNIH POSTOPKIH.....	113

mag. Barbara Mejač višja pravosodna svetovalka Vrhovno sodišče Republike Slovenije	
IZVRŠBA PO URADNI DOLŽNOSTI.....	123

mag. Barbara Mejač višja pravosodna svetovalka Vrhovno sodišče Republike Slovenije	
PRAVNI VIDIK ELEKTRONSKEGA POSLOVANJA V IZVRŠILNEM POSTOPKU.....	143

Bogdan Greif odvetnik	
VŠTEVANJE PLAČE ZA DELO PREK POLNEGA DELOVNEGA ČASA (NADURNO DELO) V POKOJNINSKO OSNOVO.....	163

Miha Šepec univerzitetni diplomirani pravnik asistent za kazensko pravo na Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici in Fakulteti za varnostne vede	
RAČUNALNIŠKA GOLJUFIJA KOT NOVA OBLIKA TRADICIONALNE GOLJUFIJE.....	181

UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na REGISTRSKI ŠOLI (Čatež ob Savi, od 19. do 21. septembra 2012), na DELOVNO-SOCIALNI SODNIŠKI ŠOLI 2012 (Čatež ob Savi, od 3. do 5. oktobra 2012), na PREKRŠKOVNI SODNIŠKI ŠOLI 2012 (Čatež ob Savi, od 22. do 23. oktobra 2012), na GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2012 (Čatež ob Savi, od 24. do 26. oktobra 2012), na IZVRŠILNI ŠOLI IV/2012 (Čatež ob Savi, od 26. do 27. oktobra 2012 in od 14. do 15. januarja 2013) ter na LETNEM POSVETU SODNIKOV VIŠJEGA DELOVNEGA IN SOCIALNEGA SODIŠČA (Ljubljana, 3. marec 2011) in so se odločili za objavo, za kar smo jim zelo hvaležni.

Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju pri Ministrstvu za pravosodje in javno upravo v sodelovanju z Vrhovnim sodiščem Republike Slovenije, Upravnim sodiščem Republike Slovenije, Ministrstvom za notranje zadeve Republike Slovenije in Državnim pravobranilstvom Republike Slovenije.

Dodan je še en strokovni prispevek, ki ni bil predstavljen na izobraževanjih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar smo ga ocenili kot zanimivega za naše bralce.

Ljubljana, marec 2013

Uredniški odbor

VPIS PROKURISTA V SODNI REGISTER PRI DRUŽBI Z OMEJENO ODGOVORNOSTJO

doc. dr. Peter Podgorelec
Ekonomsko-poslovna fakulteta Univerze v Mariboru

1 UVOD

Na letošnji registrski šoli je bilo nekaj vprašanj povezanih tudi s postavitvijo prokurista v d. o. o. in njegovim vpisom v sodni register. Še posebej zanimivo se mi je zdelo vprašanje, kako naj registrsko sodišče ravna, kadar direktor, ki je tudi edini družbenik, odstopi s položaja in nato kot družbenik sprejme sklep o imenovanju sebe za prokurista. Očitno je bilo takih primerov v zadnjem obdobju kar nekaj, pogojeni pa so deloma tudi z dilemami glede prijave v sistem pokojninskega in invalidskega zavarovanja in v zvezi s tem sprejetimi stališči. Dejansko sta dve vprašanji. Najprej, ali je odstop s položaja direktorja, katerega posledica je, da ostane družba brez poslovnodnega in s tem tudi zastopniškega organa, sploh pravno veljaven. To vprašanje vsekakor zahteva posebno obravnavo, ampak za kdaj drugič. Naj kot zanimivost samo mimogrede omenim, da npr. nemška višja deželna sodišča tovrstne primere obravnavajo kot zlorabo pravice do odstopa s položaja. Tako je bilo v sklepu OLG Köln (2 Wx 3/08 z dne 1. 2. 2008) poudarjeno, da odstop s položaja direktorja, ki je hkrati edini ali pa vsaj večinski družbenik, lahko pomeni zlorabo pravice in s tem neveljavnost odstopa, če se istočasno ne imenuje nov direktor. Direktor namreč z odstopom s položaja povzroči poslovno nesposobnost družbe z vsemi negativnimi posledicami, ki jih lahko ima tako dejanje za pravni promet. Ker je hkrati družbenik, ki ima zaradi velikosti svojega deleža odločilno besedo pri izbiri novega direktorja, pa z opustitvijo imenovanja svoje naslednika tako stanje tudi vzdržuje. Če torej iz okoliščin konkretnega primera izhaja, da je šlo direktorju, ki je po drugi strani tudi »odločilni« družbenik, prav za to, da ostane družba poslovno nesposobna, se tako ravnanje pred nemškimi sodišči obravnava kot primer zlorabe pravice. Vendar pa je, kot rečeno, to vprašanje, ki zahteva posebno obravnavo in s tem povezano presojo ali in koliko je mogoče to stališče uporabiti tudi v našem pravu. V prispevku se bom osredotočil predvsem na drugo vprašanje, to je na vprašanje, ali lahko družba po tem, ko ostane brez direktorja, sploh imenuje prokurista. To vprašanje seveda ni vezano le na enoosebne, ampak tudi na druge, torej na večosebne d. o. o.. Potem je tukaj še problem opredelitve vrste zastopanja, ko ima družba obenem ali več poslovodij še prokurista. To vprašanje sicer na registrski šoli ni bilo postavljeno, sem pa nanj naletel v praksi. Niso namreč redki primeri, ko ima družba v svojih internih aktih določeno, da lahko prokurist zastopa družbo samo skupaj z direktorjem, po drugi strani pa da lahko tudi direktor zastopa družbo samo skupaj s prokuristom. Ali je torej to dopustno? Seveda je v zvezi s prokuristom večno aktualno tudi vprašanje, ali ima pooblastilo za zastopanje le na materialnopravnem področju ali pa tudi na procesnem. Na to dilemo so naša sodišča odgovorila že v več odločbah, pa tudi naša procesna teorija. Zato tega vprašanja v tem prispevku ne obravnavam podrobneje. Očitno bo potrebna ustrezna dopolnitev ZGD-1, ki bo prokuristu ob materialnopravnem

podelila še upravičenje za zastopanje pred sodišči in v drugih postopkih, tako kot je to tudi v primerljivih pravnih ureditvah. Povsem nesmiselno je namreč, da lahko prokurist sklene pogodbo v vrednosti nekaj milijonov evrov, ne more pa npr. vložiti predloga za sodno izterjavo v višini nekaj sto evrov.

2 POSTAVITEV PROKURISTA

Pri prokuristu je predvsem treba upoštevati, da pri delitvi zastopnikov na zakonite in pooblaščenke spada med slednje. Prokura je le posebna vrsta (splošnega) pooblastila. Tako kot drugi pooblaščenki, ki jih lahko ima družba, je torej tudi prokurist pooblaščenec na pravno-poslovni podlagi. Njegova posebnost je, da obseg pooblastil prokurista določa zakon: prokura *ex lege* upravičuje za vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe. Izjema je le odtujitev in obremenitev nepremičnin, za kar mora biti prokurist posebej pooblaščen (prvi odstavek 35. člena ZGD-1). Nadaljnje omejitve prokure so sicer mogoče, vendar pa proti tretjim osebam nimajo pravnega učinka, kot to izrecno določa ZGD-1 v drugem odstavku 35. člena. S tem se prokurist po obsegu pooblastila močno približa zakonitim zastopnikom, torej poslovodstvu. Razlika je le glede omenjene odtujitve in obremenitve nepremičnin, pa tudi glede možnosti procesnega zastopanja, kar je sicer posebnost našega prava – upajmo, da le začasna – in je očitno posledica pomanjkljivosti ZGD-1. To velja glede obsega pooblastil in pravnih učinkov omejitve pooblastila. Razlika pa je seveda tudi glede pravne podlage za pridobitev pooblastila za zastopanje, zaradi česar se prokurist tudi uvršča med pooblaščenke. Člani poslovodstva črpajo svoja pooblastila za zastopanje neposredno iz zakona, zato jih zakon označuje kot zakonite zastopnike.¹ S tem ko je nekdo imenovan za člana poslovodstva, ki je hkrati tudi zastopniški organ, pridobi s tem tudi pravico do zastopanja. **Pri prokuristu pa pridobitev upravičenja za zastopanje ne temelji na zakonu, ampak na izjavi volje družbe, se pravi pooblastitvi. To pri prokuristu označujemo kot podelitev prokure. Voljo družbe pa lahko izjavi sami tisti organ, ki ima pooblastilo, da jo zastopa, in to ob podelitvi prokure lahko samo zakoniti zastopnik.** Zakonito zastopanje je najširša in hkrati najvišja oblika zastopanja družbe – vsi drugi zastopniki, vključno s prokuristom, črpajo svoja pooblastila (neposredno ali posredno) iz pooblastil zakonitega zastopnika. V d.o.o. imajo sicer družbeniki »odločilno besedo« glede vseh zadev, ki se nanašajo na družbo, vendar pa sami niso zastopniški organ. Pooblastilo za zastopanje družbe

¹ Družba kot pravna oseba je umetna družbena tvorba, ki kot taka ne more oblikovati in izjaviti pravno-poslovne volje. To lahko storijo le poslovno sposobne fizične osebe, vendar ne katere koli, ki tako ali drugače delujejo v okviru organizacijske strukture pravne osebe, ampak samo tiste, ki jim zakon ali pa v skladu z zakonom akt o ustanovitvi priznava položaj zastopniškega organa, torej organa, ki ima pooblastilo za zastopanje družbe. Brez njih je družba poslovna nesposobna. V tem je podobnost s poslovno nesposobnimi fizičnimi osebami, ki jih torej prav tako zastopajo zakoniti zastopniki, saj same ne morejo oblikovati in izjaviti pravno-poslovne volje. Vendar je razlika v tem, da si poslovno nesposobna fizična oseba sama tudi ne more izbrati zastopnika, saj je poslovno nesposobna, zato to namesto njih stori zakon ali državni organ. Pri družbi je drugače. Tukaj seveda imamo fizične osebe kot njen personalni substrat, ki lahko same in po svoji volji izberejo, kdo bo zastopal družbo. Te osebe sestavljajo organ, ki ima po zakonu ali notranjih aktih družbe pristojnost, da imenuje (zakonitega) zastopnika. To so lahko vsi člani družbe (družbeniki, delničarji) ali pa ti le imenujejo člane organa, ki naj odloča o imenovanju zakonitega zastopnika. Tak primer je pri družbah nadzorni svet. Zato je zastopniški organ družbe dejansko vmes med zakonitimi zastopniki in pooblaščenki, bližje sicer prvim. V naši teoriji se je v zvezi z zastopniki družb uveljavil izraz »korporacijski zastopniki«, obravnavajo pa se kot posebna vrsta zakonitih zastopnikov (glej o tem npr. Plavšak N. v *Obligacijsko pravo*, GV Založba, Ljubljana 2009, stran 304–305).

jim zakon priznava le izjemoma. Tak primer je imenovanje poslovodje, sklenitev pogodbe o opravljanju funkcije s poslovodjo ali pa imenovanje pooblaščenca za zastopanje družbe v sodnih postopkih proti poslovodjem. To so torej zadeve, o katerih »po naravi stvari« ne more odločati poslovodja, ali zadeve, pri katerih je poslovodja v koliziji interesov. Podobno velja za nadzorni svet, če ga seveda družba ima, kajti pri d. o. o. to ni obvezen organ. Nadzorni svet zastopa družbo le nasproti poslovodjem (283. člen v zvezi s 514. členom ZGD-1) ali pa takrat, ko družbeniki svojo pristojnost zastopanja prenesejo nanj.

V sedmi alineji 505. člena ZGD-1 je sicer določeno, da v d. o. o. o postavitvi prokurista odločajo družbeniki. Enako velja za poslovnega pooblaščenca, vendar pa to ne pomeni, da se pooblastilo za podelitev prokure prenaša s poslovodje na družbenike. Namen omenjene kompetenčne določbe je le v tem, da se prepreči, da bi poslovodja samostojno odločal o tem vprašanju. Zakon namreč tako prvo kot drugo zadevo šteje kot tako pomembno, da morajo o njej obvezno odločati družbeniki kot hierarhično najvišji organ v družbi. V d. o. o. so družbenikom na splošno pridržane vse zadeve »izredne« narave, tako da je obravnavana pristojnost dejansko le potrditev takega koncepta organizacijskega ustroja d. o. o. To je t. i. **preventivna pristojnost družbenikov**, to je pristojnost, katere namen je preprečiti, da bi poslovodja o tistih zadevah, o katerih bi sicer lahko odločal na podlagi svojega siceršnjega pravnega položaja, odločal brez predhodnega »soglasja« družbenikov.² Tako kot večina pristojnosti iz 505. člena tudi ta pristojnost ni kogentna in se lahko z družbeno pogodbo prenese na kakšen drug organ, npr. na nadzorni svet, ali pa se prepusti poslovodji v povsem samostojno odločanje.³ Na podoben primer naletimo v osmi alineji 505. člena ZGD-1, v kateri je določeno, da družbeniki odločajo o uveljavljanju odškodninskih zahtevkov proti poslovodjem in družbenikom. Tudi v tem primeru je preventivna pristojnost. Naše vrhovno sodišče je v pred kratkim izdani sodbi pristojnost družbenikov po osmi alineji razširilo tudi na nekdanje poslovodje (sodba III Ips 30/2012, z dne 17. 7. 2012) Povsem enako stališče zastopata tudi nemško in avstrijsko vrhovno sodišče. Med pristojnostmi po sedmi in osmi alineji 505. člena ZGD-1 je razlika le glede pravnega učinka sklepa družbenikov. Pri odločanju o uveljavljanju odškodninskih zahtevkov ima sklep družbenikov ne le pomen notranjega oblikovanja volje, ampak ima tudi zunanji pravni učinek, saj je drugače težko doseči namen določbe. Pri odločanju o postavitvi prokurista ali poslovnega pooblaščenca pa tak zunanji učinek odpade, ker je v tem primeru treba dati prednost varnosti pravnega prometa. Zato je podelitev prokure ali poslovnega pooblastila veljavna, čeprav ne temelji na (veljavni) odločitvi (sklepu) družbenikov.

Ločiti je torej treba med oblikovanjem volje in izjavo volje. Za prvo so pristojni družbeniki, za drugo pa poslovodja – poslovodja podeli prokuro na podlagi sklepa družbenikov. Sklep družbenikov sam po sebi ne zadošča. Bistvo odločanja družbenikov je, da dovolijo ali ne dovolijo poslovodji imenovanja prokurista. Lahko

2 Nekoliko drugače je pri preklicu prokure. Zakon namreč ustanavlja pristojnost družbenikov le za »postavitev« prokurista, ne pa tudi za preklic prokure. To pomeni, da je poslovodja tudi v notranjih razmerjih upravičen preklicati prokuro, razen če je z družbeno pogodbo ali sklepom družbenikov določeno, da tudi o tem odločajo družbeniki. V tem primeru lahko poslovodja preklic prokuro le na podlagi sklepa družbenikov, vendar pa je preklic prokure pravno veljaven, čeprav nima kritja v sklepu družbenikov, torej enako kot pri podelitvi prokure.

3 Glej o tem tudi Podgorelec P. v Prelič S. (redaktor): *Družba z omejeno odgovornostjo*, GV Založba, Ljubljana 2009, stran 316.

sicer naredijo še korak več, in poslovodji naložijo, da mora podeliti prokuro, kar je posebnost d. o. o. v primerjavi z d. d. Pri d. d. lahko nadzorni svet le daje soglasje k imenovanju prokurista, ne more pa upravi zapovedati, da ga imenuje, tako kot je to mogoče pri d. o. o. Sama podelitev prokure kot izjava volje pa je akt zastopanja družbe, za katero je pristojen poslovodja kot zastopniški organ. Zato mora sklepu družbenikov, ki pomeni oblikovanje volje, nujno slediti še akt poslovodje kot zastopniškega organa, s katerim se ta volja izjavi, to je podelitev prokure. Po drugi strani pa poslovodja prokure ne sme podeliti, čeprav bi to na podlagi svojega pravnega položaja lahko, če nima ustreznega kritja v sklepu družbenikov, kajti o tem vprašanju ne sme odločati samostojno. Vendar sklep družbenikov po sedmi alineji 505. člena ZGD-1 učinkuje le v notranjih razmerjih, v zunanjih pa se mora notranji družbeni red umakniti v korist varnosti pravnega prometa, kot je že bilo omenjeno. Zato je podelitev prokure veljavna, s tem pa tudi vsi pravni posli, ki jih je sklenil za družbo prokurist, čeprav nima podlage v sklepu družbenikov. Enako velja, če so družbeniki sicer sprejeli sklep, vendar je ta neveljaven. Skratka, sklep družbenikov po sedmi alineji 505. člena ZGD-1 ni predpostavka veljavnosti prokure.

3 VPIS V SODNI REGISTER

Niti Zakon o sodnem registru – ZSReg⁴ niti Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (v nadaljevanju: uredba)⁵ ne urejata posebej vprašanja vpisa prokurista v sodni register. Med določbami uredbe, ki se nanašajo na d. o. o., je v 48. členu določeno, da je treba predlogu za vpis spremembe zastopnikov priložiti sklep skupščine ali drugega pristojnega organa. Podobno je določeno za delniško družbo (d. d.) v 24. členu, s tem da so tam izrecno omenjeni prvi odstavek 268. člena, prvi odstavek 274. člena ter 288. člen ZGD-1, torej določbe, ki urejajo imenovanje uprave, imenovanje članov nadzornega sveta in upravnega odbora. Iz tega bi lahko sklepali, da se tudi 48. člen uredbe nanaša le na te primere, to je na imenovanje poslovodje in članov nadzornega sveta pri d. o. o., poleg tega pa verjetno tudi na odpoklic. Ob ustanovitvi se predloži listina o imenovanju članov poslovodstva in nadzornega sveta, na podlagi 48. člena uredbe pa se vpiše vsaka poznejša sprememba. Sprememba ni le zamenjava prejšnjega člana z novim, ampak je sprememba že dejstvo, da je enemu od članov prenehala funkcija.⁶ Ta lahko preneha tudi zaradi drugih razlogov, kot sta odstop ali smrt, česar pa uredba prav tako ne ureja. V 48. členu uredbe so tako zajeti le primeri imenovanja ali odpoklica članov organov vodenja ali nadzora v d. o. o., ne pa tudi podelitve ali preklica prokure. Prokurista bi bilo treba v sodni register po mojem mnenju vpisati na podlagi listine o podelitvi prokure, ki jo sestavi poslovodstvo družbe. Ugotovili smo že, da prokuristova upravičenja za zastopanje družbe izvirajo iz pooblastitve. Zato sklep družbenikov ali nadzornega sveta, če je pristojen, ni dovolj, ampak je potrebna še listina o podelitvi prokure, ki je torej akt poslovodstva kot zastopniškega organa. Hkrati smo ugotovili, da sklep po sedmi alineji 505. člena ZGD-1 ni predpostavka veljavnosti podelitve prokure. Zato listina poslovodstva o podelitvi prokure ni le potrebna, ampak je hkrati tudi dovolj za sodnoregistrski

4 Uradni list RS, št. 54/2007 – uradno prečiščeno besedilo, 65/2008 in 49/2009.

5 Uradni list RS, št. 43/2007 in 5/2010.

6 Več o tem Podgorelec, P., v Kocbek, M. (redaktor): *Nadzorni sveti in upravni odbori v d. d. in d. o. o.*, GV Založba, Ljubljana 2010, stran 387.

vpis. Tako velja tudi v primerljivem nemškem in avstrijskem pravu.⁷ Enako velja za vpis preklica prokure, ki se torej opravi na podlagi ustrezne listine posloводства in pravno učinkuje ne glede na to, ali so o tem odločali družbeniki. Kolikor vem, je sicer praksa naših registrskih sodišč ravno nasprotna in prokurista v sodni register vpišejo na podlagi sklepa družbenikov ali nadzornega sveta, če so družbeniki nanj prenesli svojo pristojnost. Taka praksa je očitno posledica razumevanja, da prokuro podeljujejo družbeniki, poslovodja pa le, če je za to z družbeno pogodbo posebej pooblaščen.⁸

Toda ko družbeniki že sami imenujejo prokurista, je po mojem mnenju dovolj, če se poslovodja v postopku vpisa prokurista v sodni register le sklicuje na njihov sklep. Ni torej potrebna še posebna listina o podelitvi prokure, ki jo sestavi poslovodja kot zastopniški organ. Dovolj je, če poslovodja kot zakoniti zastopnik subjekta vpisa, ki je hkrati tudi predlagatelj vpisa prokurista v sodni register, le predloži sklep družbenikov. Vendar pa v tem primeru po mojem mnenju prokuristova upravičenja za zastopanje nastanejo šele z objavo vpisa v sodni register, saj pred tem navzven ni razpoznavno, ali in kdo je prokurist. Vpis prokurista v sodni register ima sicer le deklaratorni pomen, vendar pa to predpostavlja, da je poslovodja že pred tem, torej »izven sodnoregistrskega postopka«, podelil prokuro. Če se torej želi doseči, da prokurist pridobi pooblastilo za zastopanje družbe pred tem, mora poslovodja prokuro posebej podeliti. Sklicevanje prokurista na sklep družbenikov ni dovolj. Z listino o podelitvi prokure, ki jo sestavi poslovodja, se nato prokurist legitimira v pravnem prometu in lahko sklepa pravne posle za družbo že pred vpisom podatka v sodni register. Ne more pa na enak način kot poslovodja ravnati kdor koli drug, ki sicer lahko nastopa v vlogi upravičenega predlagatelja vpisa določenega podatka v sodni register. Procesnega upravičenja za vložitev predloga za vpis posameznega podatka v sodni register namreč nima samo subjekt vpisa, ki ga zastopa zakoniti zastopnik, se pravi poslovodja, ampak tudi vsaka druga oseba, ki ima pravni interes.⁹ Tako bi lahko po tem pravilu vpis prokurista v sodni register predlagal tudi sam prokurist, ki ima nedvomno pravni interes, da se tak vpis opravi. Ob njem morda tudi družbenik, čeprav je v tem primeru že vprašanje, ali mu je mogoče priznati pravni interes. Kakor koli že, v takem primeru, ko torej predlog za vpis v sodni register vложи nekdo drug, razen subjekta vpisa, mora biti predlogu obvezno priložena listina o podelitvi prokure, ki jo sestavi poslovodja.

4 VRSTE PROKURE

Prokura je lahko posamična, skupna ali pa mešana. Prva in druga vrsta prokure verjetno v praksi ne povzročata večjih težav. Skupna prokura je predvidena v prvem odstavku 34. člena ZGD-1, ki določa, da se lahko podeli prokura tudi dvema ali več osebam skupno, tako da lahko vse te osebe skupaj zastopajo družbo. Lahko

7 Tako stališče zastopa **nemško vrhovno sodišče** (glej npr. sklep II ZB 6/73, z dne 14. 2. 1974): »pri d. o. o. podeli prokuro poslovodja. To, da mora skupščina družbenikov soglašati s podelitvijo prokure, velja le v notranjih razmerjih. Registrsko sodišče ne preizkusi, ali je poslovodja v notranjih razmerjih pridobil ustrezno soglasje družbenikov. Povsem enako stališče zastopa tudi **avstrijsko vrhovno sodišče** (glej npr. sklep Ob 119/62, z dne 22. 6. 1962.

8 Glej npr. Sklep VSL IV Cpg 33/2004.

9 Več o tem Plavšak, N., v Kocbek, M. (redaktor): *Veliki komentar ZGD-1*, 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2006, stran 242.

je eno- ali obojestranska. Problemi so z razumevanjem tretje, to je mešane prokure. Za mešano prokuro je značilno, da lahko prokurist zastopa družbo le skupaj z zakonitim zastopnikom, kar se določi z aktom o ustanovitvi. Ta vrsta prokure je predvidena v tretjem odstavku 34. člena ZGD-1. Z vidika poslovodje se zastopanje družbe skupaj s prokuristom označuje kot nepravo (tudi mešano) skupno zastopanje. V zvezi s tem je v četrtem odstavku 266. člena določeno, da lahko statut ali pa nadzorni svet, če je to s statutom predvideno, določi, da so za zastopanje pooblaščen člani uprave posamično ali skupaj vsaj dva člana uprave ali član uprave skupaj s prokuristom. Ta določba se sicer nanaša na d. d., vendar jo je mogoče smiselno uporabljati tudi za d. o. o. Mogoče je torej določiti, da lahko prokurist zastopa družbo le skupaj z zakonitim zastopnikom, se pravi poslovodjo, kot to povsem jasno izhaja iz tretjega odstavka 34. člena ZGD-1. Vprašanje je, ali je dopustna tudi obratna smer, da torej lahko tudi poslovodja zastopa družbo le skupaj s prokuristom. Taka oblika mešanega zastopanja je po mojem mnenju problematična in bi jo bilo treba zavračati, saj ni združljiva s konceptom zakonitega zastopanja. Tovrstnih primerov je bilo v preteklosti kar nekaj. Skupni imenovalec je večinoma interes nadzornega sveta, da okrepi nadzor poslovodstva. Ta interes je sicer legitimen, vendar pa prokurist ni ustrezno »sredstvo« za njegovo uresničitev. Za uresničitev tega cilja so na voljo številni drugi načini. **Mešano zastopanje lahko le olajšuje skupno zastopanje zakonitih zastopnikov, ne more pa ga omejevati.** Zato taka oblika zastopanja ni dopustna, če ima družba le enega direktorja in ob njem torej še prokurista. V takem primeru lahko ima direktor le posamično pooblastilo za zastopanje, lahko pa je seveda skupno zastopanje predvideno za prokurista, ampak le zanj. Nepravo skupno zastopanje je mogoče, če ima družba dva ali več poslovodij, za katere velja skupno zastopanje, za vse ali le za nekatere od njih. V tem primeru se lahko določi, da direktor zastopa družbo skupaj z drugim direktorjem ali skupaj s prokuristom (t. i. načelo »štirih oči« kot kontrolni mehanizem). V tem smislu torej mešano zastopanje olajšuje zastopanje zakonitih zastopnikov, ki so vezani na skupno zastopanje. Ni pa dopustno, da bi vsak direktor, za katerega velja skupno zastopanje, lahko zastopal družbo le skupaj s prokuristom. Zmeraj mora ostati možnost, da zakoniti zastopnik zastopa družbo tudi brez prokurista in v tem smislu je tudi treba razlagati četrti odstavek 266. člena ZGD-1.

5 SKLEP

Če se vrnemo na izhodiščno vprašanje, je torej treba odgovoriti, da take zamenjave vlog, ko je edini družbenik najprej direktor, nato pa si premisli in sam sebe imenuje za prokurista, ne more biti. S tem ko je kot direktor odstopil, je družba ostala brez zakonitega zastopnika, ki lahko edini podeli prokuro. Sklep, ki ga je sprejel kot družbenik, ne zadošča za podelitev prokure. Če je podelil prokuro, ko je bil še poslovodja, pa je to nesmiselno, saj poslovodja ne more sam sebi podeliti prokure. Ob tem se sicer postavlja vprašanje, ali je že sam odstop s položaja direktorja pravno veljaven, vendar pa to zahteva posebno obravnavo. V nobenem primeru pa ne more kot družbenik imenovati prokurista, ne samega sebe, ne kogar koli drugega. Menim, da registrsko sodišče takih vpisov ne bi smelo narediti.

AKTUALNA VPRAŠANJA V ZVEZI Z IZKLJUČITVIJO IN IZSTOPOM DRUŽBENIKA IZ D. O. O.

Jerneja Prostor
univerzitetna diplomirana pravnica
asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

Povzetek

V članku avtorica poudarja nekaj odprtih vprašanj v zvezi z izključitvijo in izstopom družbenika iz d. o. o. na podlagi 501. člena ZGD-1, ki se pojavljajo v praksi, si jih že zastavlja sodna praksa oziroma se porajajo zaradi morebitnih različnih stališč pravne teorije in sodne prakse. Prav tako so v članku navedena stališča, ki jih je sodna praksa sprejela v zvezi z naslovno temo pred nedavnim in v pravni teoriji še niso bila obravnavana, ob tem pa avtorica opomni tudi na težave, na katere pravna teorija že dolgo (neuspešno) opozarja. Sprva je obravnavana izključitev družbenika iz d. o. o., nato izstop, v nadaljevanju pa so skupaj obravnavane posledice izločitve (izključitve ali izstopa) družbenika iz družbe. Zaradi enostavnejšega razumevanja naslovne teme je v uvodu opozorjeno na nekaj temeljnih načel prava družb, ki so pomembna za ugotovitve v zvezi z aktualnimi vprašanji izstopa in izključitve družbenika iz d. o. o. in so poudarjena tudi ob nadaljnji razpravi v članku.

Ključne besede: izstop družbenika iz d. o. o., izključitev družbenika iz d. o. o., utemeljen razlog, ocenjena vrednost poslovnega deleža (odpravnina)

1 UVOD

Družba z omejeno odgovornostjo je gospodarska družba, ki jo zakon uvršča med kapitalske družbe. Najpomembnejša pozitivna značilnost kapitalskih družb je omejena odgovornost njenih družbenikov za obveznosti družbe – podjetniško tveganje namreč prevzamejo le do višine zneska kapitala, ki so ga vložili v kapitalsko družbo. Zaradi varstva upnikov se je v pravu kapitalskih družb izoblikoval *institut osnovnega kapitala* in v zvezi s tem *načeli njegovega zagotavljanja in ohranjanja*. Pod naslovno temo je varstvo upnikov pomembno predvsem v zvezi z izplačilom odpravnine izločenemu družbeniku (izključenemu družbeniku/družbeniku, ki je izstopil) oziroma pri popravljanju stanja glede osnovnega kapitala po izključitvi ali izstopu družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo v skladu s 501. členom Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1).¹ Na tem mestu je treba omeniti še *načelo večinskega odločanja* v pravu kapitalskih družb, ki je pomembno predvsem v zvezi z odločanjem o pogodbeno dogovorjeni možnosti izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo.

Za družbo z omejeno odgovornostjo je poleg temeljne značilnosti kapitalskih družb – torej omejene odgovornosti njenih družbenikov za obveznosti družbe – bistvena tudi njena osebna sestavina, ki je prisotna zlasti v medsebojnih razmerjih družbenikov. Ta razmerja temeljijo na njihovi tesni povezanosti, medsebojnem

¹ Uradni list RS, št. 42/2006 (60/2006 popr.), in naslednji.

zaupanju in prepovedi konkurenčnega delovanja.² To je *načelo zvestobe družbi, privrženosti družbi*, ki je sicer temeljno vodilo pri osebnih družbah. Personalistična narava družbe z omejeno odgovornostjo je pomembna predvsem v zvezi z vprašanjem utemeljenih razlogov za izključitev oziroma izstop družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo v skladu s 501. členom ZGD-1.

Družba z omejeno odgovornostjo torej združuje pozitivne lastnosti kapitalskih in osebnih družb. Ob tem je treba opozoriti še na načelno prepoved vračila vložka v pravu kapitalskih družb in s tem posledično (ne)dopustnost izločitve družbenika iz kapitalske družbe na njen račun. V osebni družbi (na primer v družbi z neomejeno odgovornostjo) lahko družbenik v skladu z izrecno zakonsko ureditvijo odpove družbeno pogodbo (prvi odstavek 106. člena ZGD-1), pri čemer je to zaradi pomembnosti njegovega članstva v osebni družbi praviloma razlog za prenehanje družbe (105. člen ZGD-1). Pri kapitalskih družbah pa gre za osamosvojeni kapital, ko osebna (članska) sestavina družbe načeloma ni pomembna. Temeljnega pomena je kapital družbe, v katerega družbeniki ne smejo posegati. Zato družbenikom kapitalskih družb z vidika varstva interesov upnikov ni dopuščena izločitev iz družbe na tak način, da bi se poseglo v premoženje družbe. Ker pa v kapitalskih družbah načeloma ni personalistične sestavine družbe, se lahko družbeniki praviloma iz družbe izločijo tako, da na njihovo mesto s prenosom deleža oziroma delnice vstopi nov (ali drugi) družbenik (spremeni se članska struktura družbe) in se na tak način ohrani premoženjskokapitalska struktura družbe. Družbenik družbe z omejeno odgovornostjo se torej lahko iz družbe izloči tako, da ne posega v vezani kapital družbe (tj. osnovni kapital in vezane rezerve), na primer tako da prenese svoj poslovni delež na drugega družbenika ali pa na tretjo osebo, pod določenimi pogoji lahko tudi na družbo.

Za osebne in kapitalske družbe je zakonodajalec od navedenih temeljnih izhodišč dopustil nekaj izjem, o katerih se lahko družbeniki med seboj soglasno dogovorijo. V družbeni pogodbi družbe z neomejeno odgovornostjo je lahko določeno, da bo družba obstajala tudi med preostalimi družbeniki, če kdo od družbenikov odpove pogodbo (prvi odstavek 111. člena ZGD-1). Pri kapitalskih družbah pa je v primerjavi z delniško družbo, v kateri zakonodajalec ne odstopa od načelne prepovedi poseganja v kapital družbe pri izločitvi delničarja iz družbe,³ pri družbi z omejeno odgovornostjo s prvim odstavkom 501. člena ZGD-1 dopuščeno, da družbeniki z ureditvijo v družbeni pogodbi omogočijo pogodbeno izključitev in pogodbeni izstop družbenika iz družbe. Ne glede na voljo družbenikov pa sta vselej mogoča sodna izključitev družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo in njegov sodni izstop, če so utemeljeni razlogi za to.

2 IZKLJUČITEV DRUŽBENIKA IZ D. O. O.

2.1 Pogodbena izključitev

Družbeno razmerje v družbi z omejeno odgovornostjo je trajno, vendar pa družbenikom ni treba trpeti družbenika, ki onemogoča uresničevanje skupnih

2 Ivanjko, Š., v Ivanjko, Š., Kocbek, M., Prelič, S., Korporacijsko pravo, Pravni položaj gospodarskih subjektov, Druga dopolnjena in predelana izdaja, GV Založba, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Ljubljana 2009, str. 870 (v nadaljevanju avtor v Korporacijsko pravo).

3 Pod določenimi pogoji se lahko delničar iz delniške družbe (podobno kot družbenik iz družbe z omejeno odgovornostjo) na račun družbe (torej tako, da ga »izplača« družba) izloči ob zmanjšanju osnovnega kapitala z umikom delnic in ob dopustni pridobitvi lastnih delnic družbe od delničarja. Izključitve (squeeze out) oziroma izstopa manjšinskih delničarjev (sell out) iz delniške družbe pa ne financira družba, temveč glavni delničar (glej 384., 385. in 389. člen ZGD-1).

ciljev ali pa škoduje družbi.⁴ Zato ZGD-1 v skladu z določbami prvega odstavka 501. člena omogoča, da družbeniki že z družbeno pogodbo dopustijo izključitev družbenika iz družbe. Določba družbene pogodbe o možnosti izključitve iz družbe z omejeno odgovornostjo mora biti dovolj natančna in nedvoumna, zakon pa dopušča, da se za izključitev določijo tudi »pogoji, postopek in posledice«⁵. Te določbe pa niso obvezne, če je v družbeni pogodbi dopuščena možnost izključitve, saj se bo v takih primerih neposredno uporabila zakonska ureditev.⁶ Tudi Vrhovno sodišče RS je sprejelo stališče, da »dejstvo, da v družbeni pogodbi niso urejene posledice izključitve, ne more biti razlog za zavrnitev vpisa izključitve družbenika v register. Posledice izključitve natančno ureja 502. člen ZGD-1, ki se nanaša tako na pogodbeno kakor tudi na sodno izključitev družbenika«⁷.

Zaradi personalistične narave družbe z omejeno odgovornostjo in pomembnosti članske strukture v tej kapitalski družbi pogodbene izključitve ni dopustno določiti z notranjim aktom družbe ali s sklepom skupščine, lahko pa se pozneje vključi v družbeno pogodbo po postopku spremembe družbene pogodbe.⁸ V zvezi s tem se je pred sodišči že postavljalo vprašanje, ali bi lahko bila dopustnost pogodbene izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo v nasprotju z Ustavo RS⁹ in moralnimi načeli, »saj razmerij med družbeniki, ki so se sporazumno vzpostavila s sklenitvijo družbene pogodbe, večinski družbenik ne more enostransko spremeniti s preglasovanjem na skupščini, ker se s tem izjalovi osnovni skupni namen, zaradi katerega je bila družba ustanovljena.« To so pritožbene navedbe, ki jih Višje sodišče v Ljubljani¹⁰ ni sprejelo, in sicer z utemeljitvijo: »/.../ da je d. o. o. veliko trdnjša in bolj institucionalizirana oblika obligacijskopravne povezave /.../ Prav samostojna bit d. o. o. in varstvo njenih interesov v povezavi z interesi drugih družbenikov /.../ opravičujejo poseg v lastninsko pravico družbenikov, ki nastopi zaradi izključitve, tudi z ustavnopravnega vidika. /.../ tudi ne more biti sporno, da za reševanje pravnih razmerij med družbeniki velja načelo kapitalske večine.« S sklicevanjem na temeljno načelo, na katero je bilo opozorjeno v uvodu tega prispevka, je torej sodišče izrazilo svoje strinjanje z zakonodajalcem, ki je dopustil možnost za ureditev pogodbene izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo. V zvezi s tem bi dodala, da vendarle praviloma že za prenehanje družbe z omejeno odgovornostjo zadostuje tričetrtinska večina glasov vseh družbenikov (prvi odstavek 521. člena ZGD-1), zato ureditev ne bi bila konsistentna, če bi se za spremembo razmerij v družbi zahtevalo soglasje vseh družbenikov. V skladu z načelom avtonomnega urejanja notranjih razmerij v družbi z omejeno odgovornostjo pa bi bilo dopustno take pogoje določiti z družbeno pogodbo, tudi če morebiti ni pričakovati, da bi kdor koli soglašal s svojo izključitvijo (razen če bi bile posledice pogodbene izključitve ugodnejše od posledic pogodbenega izstopa).

4 Glej sodbo VSL I Cpg 2/2012 z dne 13. 3. 2012.

5 Zabel, B., v Preliči, S., Zabel, B., Ivanjko, Š., Podgorelec, P., Kobal, A., Družba z omejeno odgovornostjo, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 220 (v nadaljevanju avtor v Družba z omejeno odgovornostjo).

6 Prav tam. Nekoliko drugače v sodbi VSL I Cpg 2/2012 z dne 13. 3. 2012: »Zakon omogoča, da družbeniki že v družbeni pogodbi določijo, da je družbenik izključen iz družbe, pri čemer mora družbena pogodba določiti pogoje in postopek izključitve« (poudarek a).

7 Glej sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 118/2007 z dne 2. 4. 2010.

8 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 220.

9 Uradni list RS, št. 33 I/1991, in naslednji. Glej Sklep III DoR 115/2010 z dne 5. 7. 2011 (predlog je bil sicer zavrnjen, ker predlagatelj ni navedel opravičnih številk ustreznih zadev) in Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 220.

10 Glej sodbo VSL I Cpg 496/2010 z dne 20. 10. 2010.

O pogodbeni izključitvi torej praviloma odloča skupščina, dopustno pa je, da se z družbeno pogodbo glede glasovanja o izključitvi družbenika uveljavi različna moč družbenikov – lahko se določi soglasje vseh ali posameznega družbenika.¹¹ Po izrecni zakonski določbi prvega odstavka 501. člena ZGD-1 sme tudi prizadeti družbenik glasovati o svoji izključitvi – s to določbo se želi preprečiti, da bi bil izključen večinski družbenik.¹² Del pravne teorije je že leta 2006 ob sklicevanju na drugačno rešitev v nemškem pravu opozarjal na neustreznost take ureditve,¹³ saj »gre za tipičen primer odločanja v »lastni zadevi«, ki je vsaj po mnenju nemške literature temeljni razlog za izključitev glasovalne pravice. Nesmiselno je namreč pričakovati, da bi lahko družbenik pri odločanju o lastni zadevi dal interesom družbe prednost pred svojimi osebnimi interesi«¹⁴. Naša ureditev je torej v tem drugačna od rešitve, ki jo je oblikovala nemška sodna praksa,¹⁵ pri čemer menim, da je pomislek utemeljen, vendar pa je načelo kapitalske večine temeljno v pravu kapitalskih družb, zato lahko družbenik ob zadostni večini svoj interes postavi pred interes družbe in navsezadnje izglasuje tudi prenehanje družbe.

Če skupščina sprejme sklep o izključitvi družbenika iz družbe, mora registrsko sodišče »v primeru zahtevka za vpis izbriša družbenika iz družbe na podlagi sklepa skupščine o izključitvi, v okviru preizkusa materialnopravnih pogojev za dovolitev vpisa, presojati tudi obstoj pogojev za pogodbeno izključitev«¹⁶. Tisti, ki meni, da je bil na podlagi sklepa skupščine neutemeljeno izključen iz družbe, se lahko brani z izpodbijanjem sklepa skupščine.¹⁷ Sodišče v tem primeru razveljavi sklep o izključitvi, če ni bil utemeljen, na podlagi te odločitve družbenik ostane družbenik v družbi. Če je bil sklep skupščine o izključitvi utemeljen, pa sodišče sklepa ne razveljavi in je družbenik iz družbe izključen z dnem sprejetega skupščinskega sklepa. Če predlog družbenika o izključitvi drugega družbenika na skupščini ni sprejet, lahko ta družbenik zahteva sodno izključitev družbenika iz družbe¹⁸ v skladu s tretjim odstavkom 501. člena ZGD-1.

V zvezi s tem bi opozorila na pred kratkim sprejeto stališče Vrhovnega sodišča RS, ki ga je sprejelo ravno v zvezi z obrambno tožbo iz družbe z omejeno odgovornostjo izključenega družbenika. S sklepom III DoR 58/2010 z dne 26. 10. 2010 je bila dopuščena revizija glede vprašanja, na kakšen način mora družbenik na skupščini družbenikov družbe z omejeno odgovornostjo obvestiti skupščino o nameravani tožbi za izpodbijanje sklepa skupščine. O reviziji je bilo odločeno aprila 2012,¹⁹ pri čemer je Vrhovno sodišče RS sprejelo stališče, da dolžnost napovedi izpodbijanja

11 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 221.

12 Prav tam.

13 Glej Novak Krajšek, D., Problematika izstopov in izključitev družbenikov, Podjetje in delo, št. 2/2006, str. 267.

14 Prav tam.

15 Nemški Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG; 20. 4. 1892, Reichsgesetzblatt, stran 477, in naslednji) namreč ne ureja izstopa in izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo, je pa ta modela izločitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo dopustila in podrobneje oblikovala nemška sodna praksa.

16 Glej sklep VSL IV Cpg 1001/2009 z dne 23. 12. 2009.

17 Tako tudi Fleischer, T., v Henssler, M., Strohn, L., Gesellschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, München 2011, str. 998, ki napotuje na smiselno uporabo določb 234. člena Aktiengesetz (AktG), 6. 9. 1965, Bundesgesetzblatt I, stran 1089, in naslednji (pri nas primerjaj 395. člen ZGD-1).

18 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 222.

19 Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 9/2011 z dne 17. 4. 2012.

veže tudi družbenika družbe z omejeno odgovornostjo. Namen napovedanega izpodbijanja je namreč (delniški družbi in tudi družbi z omejeno odgovornostjo) v tem, da »ima skupščina možnost preprečiti izpodbijanje svojega sklepa s tem, da ga spremeni ali nadomesti z drugim sklepom oziroma da ga vnovič obravnava in razveljavi«. Drugačno stališče – da za družbo z omejeno odgovornostjo ne velja napoved izpodbijanja – je zaslediti v pravni teoriji.²⁰ Smiselno podobno utemeljitev, ki jo pravna teorija ponuja v podkrepitev tega stališča (na primer pri družbi z omejeno odgovornostjo ne velja dolžnost protokoliranja skupščinskih sklepov kot pri delniški družbi), je Vrhovno sodišče RS navajalo kot razlog za odstop od stroge obličnosti napovedi izpodbijanja za družbo z omejeno odgovornostjo (ki sicer velja v delniški družbi). Podobno je ugotovilo, da skupščini družbe z omejeno odgovornostjo po navadi ne prisostvuje notar, saj sklepov ni treba potrditi v notarskem zapisniku. Skupščina družbe z omejeno odgovornostjo se torej vodi manj formalizirano, zato je bilo izpodbijanje napovedano z navedbo družbenika, da »bo, če bo skupščina sklep sprejela, vložil svoje nestrinjanje«.

V primerjavi s pogodbeno določitvijo izstopa iz družbe, ki je lahko urejena zelo široko, za pogodbeno izključitev velja, da se ne smejo določiti razlogi, ki bi bili za družbenika nepravilni ali pretirano strogi – s tem bi lahko bili prizadeti dobri poslovni običaji.²¹ Utemeljeni razlogi za izključitev so lahko tisti, ki se nanašajo na osebo družbenika, pri čemer so lahko krivdni ali pa nekrivdni (na primer trajna bolezen družbenika, družinske razmere,²² prenehanje posebnih pogojev – na primer družbeniku v odvetniški družbi preneha status odvetnika). V poštev pridejo tudi dejstva, ki ne učinkujejo neposredno v družbi, a lahko neugodno vplivajo na družbo – na primer obsodba družbenika zaradi goljufije.²³ Po stališču pravne teorije je utemeljen razlog za izključitev (prav tako za izstop) tudi okoliščina, ko med družbeniki ne glede na krivdo kogar koli obstajajo odnosi, ki ne dopuščajo takega sodelovanja, kot je nujno po pogodbi.²⁴ Pri tem je treba upoštevati, ali se od družbenikov pričakuje aktivno sodelovanje pri odločanju o zadevah družbe ali pa je večina pristojnosti prepuščena poslovodji.²⁵

V zvezi z vprašanjem, kaj spada v pravni standard utemeljenih razlogov za izključitev družbenika iz družbe, je dopuščena revizija.²⁶ Sodna praksa je namreč sprejela stališče, da sicer drži, da so pogoji za izključitev družbenika iz družbe v tretjem odstavku 501. člena ZGD-1 naštetih kot primeri, vendar pa iz zakonske dikcije in namena ureditve po mnenju Višjega sodišča v Kopru (drugače kot to izhaja iz pravne literature) izhaja, da je lahko izključitveni razlog le krivdno ravnanje družbenika ali njegova opustitev. Ne more pa biti zadosten razlog za izključitev to, da med družbeniki ne glede na krivdo kogar koli obstajajo odnosi, ki ne dopuščajo sodelovanja, kot je nujno po družbeni pogodbi.²⁷ Stališča sodne prakse torej (še)

20 Podgorelec, P., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 172.

21 Zabel, B., v Kocbek, M. (redaktor), Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 3. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 145 (v nadaljevanju avtor v Komentar ZGD-1, 3. knjiga).

22 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 223. Utemeljenost nekrivdnih razlogov zagovarja tudi nemška teorija. Glej Fleischer, T., v Gesellschaftsrecht, str. 997.

23 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 223.

24 Zabel, B., v Komentar ZGD-1, 3. knjiga, str. 147 in 149.

25 Prav tam.

26 Glej sklep III DoR 80/2011 z dne 5. 12. 2011.

27 Glej sodbo VSK Cpg 27/2011 z dne 13. 5. 2011, v zvezi s katero je dopuščena revizija, sklep III DoR 80/2011 z dne 5. 12. 2011.

niso poenotena s stališčem pravne teorije, v skladu s katerim pridejo kot utemeljen razlog za izključitev družbenika iz družbe v poštev tudi nekrivdni razlogi (na primer razlog nesposobnosti ter nastop drugih dejstev, na katere družbenik nima vpliva). Sama se pridružujem navedenemu stališču pravne teorije, vendar je temeljna značilnost družbe z omejeno odgovornostjo zaupno razmerje med družbeniki, v katerem si vsi prizadevajo za doseganje skupnega cilja. Doseganje skupnega cilja je lahko ogroženo ne le zaradi kršitev družbene pogodbe oziroma zakona, zaradi družbenika, temveč tudi zaradi okoliščin, ki jih ni bilo mogoče pričakovati, se jim izogniti ali jih odvrniti, a so se pojavile pri enem od družbenikov, ki ga želijo drugi družbeniki zaradi tega izključiti iz družbe (na primer nepričakovani nastanek družinskega razmerja, s čimer je ne glede na krivdo družbenika povzročena kolizija interesov). To velja za pogodbeno izključitev, če razlogi niso podrobneje urejeni, pa tudi za sodno izključitev in izstop družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo.

Izključitev (pogodbeno in sodno) naj pride v poštev le kot skrajno sredstvo (*ultima ratio*),²⁸ kar izhaja iz načela medsebojnega zaupanja družbenikov in dolžnosti poštenega ravnanja med njimi. Družbenika je treba prej opozoriti na njegovo ravnanje.²⁹ Če so izključitveni razlogi nekrivdni, pa po mojem mnenju predhodno opozorilo ni tako pomembno, saj družbenik praviloma nima vpliva na te okoliščine.

Pred izključitvijo družbenika iz družbe je torej treba preizkusiti še druge možnosti – ponudba za odkup deleža (lahko ga kupi drug družbenik, več družbenikov ali družba), prostovoljni izstop,³⁰ morebiti možnost oddelitve ali razdelitve, ki ne ohranjata kapitalskih razmerij. Sodna praksa je dopustila, da družbenik prepusti delež drugemu družbeniku,³¹ prav tako ga lahko prepusti družbi, vendar še pred sklepom skupščine o izključitvi,³² saj z izključitvijo njegov poslovni delež po samem zakonu preneha. Če družba pridobi delež od družbenika, ki so ga imeli preostali družbeniki namen izključiti, torej družba pridobi lastni poslovni delež. Ob tem je treba opozoriti na stališče sodne prakse, v skladu s katerim mora poslovodja pridobiti sklep skupščine, s katerim družbeniki izrazijo strinjanje s pridobitvijo lastnega poslovnega deleža, tudi če družbena pogodba ne vsebuje izrecne določbe, ki bi urejala tako situacijo.³³ O pridobitvi lastnega deleža torej ne odloča poslovodja družbe.³⁴

2.2 Sodna izključitev

Družbenikom torej ne glede na načelno trajnost družbenega razmerja ni treba trpeti družbenika, ki onemogoča uresničevanje skupnih ciljev ali pa škoduje družbi.³⁵ Če družbena pogodba ne dopušča pogodbene izključitve družbenika iz družbe, daje zakon vsakemu družbeniku pravico s tožbo zahtevati izključitev drugega družbenika

28 Glej Fleischer, T., v *Gesellschaftsrecht*, str. 997.

29 Zabel, B., v *Družba z omejeno odgovornostjo*, str. 223.

30 Prav tam.

31 Zabel, B., v *Komentar ZGD-1*, 3. knjiga, str. 152.

32 Zabel, B., v *Družba z omejeno odgovornostjo*, str. 224.

33 Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 149/2009 z dne 22. 2. 2011.

34 Drugače Zabel, B., v *Družba z omejeno odgovornostjo*, str. 231, vendar še pred navedeno odločitvijo. A se tudi že zavzema za stališče, da bi bila na mestu ureditev v družbeni pogodbi, ki bi narekovala sklep skupščine. Tako tudi Zabel, B., v *Komentar ZGD-1*, 3. knjiga, str. 141.

35 Glej sodbo VSL I Cpg 2/2012 z dne 13. 3. 2012.

iz družbe (tretji odstavek 501. člena ZGD-1). Pri uveljavljanju te pravice mora družbenik ravnati vestno in pošteno ter upoštevati interese družbe.³⁶ Izključitveni razlog »utemeljijo kršitve, ki so dovolj resne (»grobe«), da /.../ omajajo zaupanje drugih družbenikov do kršitelja, tako da ni več mogoče pričakovati dobrega sodelovanja družbenikov pri objektivno nujno povezanem skupnem poslovanju in odločanju v družbi.«³⁷ Iz sodne prakse so znani primeri, ko gre na primer za kršitev konkurenčne prepovedi,³⁸ prikrito izplačilo dobička enemu družbeniku,³⁹ povzročanje škode družbi⁴⁰ (škodno ravnanje poslovodje, ki je hkrati družbenik v družbi),⁴¹ morebiti ponavljajoče se manjše kršitve zakona ali družbene pogodbe.⁴² Glede razlogov velja sicer enako kot za pogodbeno izključitev⁴³ – kot rečeno je torej po mojem mnenju sodna izključitev dopustna tudi zaradi nekrivdnih razlogov, ki se pojavijo pri družbeniku.

Na podlagi sodbe sodišča je družbenik iz družbe izključen z dnem pravnomočnosti sodbe. Vsaj dotlej je dana njegova aktivna legitimacija za nasprotno tožbo na izključitev drugega družbenika iz družbe.⁴⁴ V skladu s stališčem sodne prakse pa izključeni družbenik niti s pravnomočnostjo sodbe, s katero je izključen iz družbe, ne izgubi upravičenosti za izključitveno tožbo, ki jo je zoper družbenika vložil pred pravnomočnostjo sodbe, s katero je bil izključen.⁴⁵ Morebitna utemeljenost zahtevka lahko sicer povzroči, da družba ostane brez družbenikov, s čimer bi nastopile okoliščine za likvidacijo družbe ob uporabi 522. člena ZGD-1 in smiselni uporabi šeste alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1.⁴⁶ Položaj družbenika zaradi likvidacije družbe se namreč razlikuje od položaja družbenika zaradi izključitve iz družbe.⁴⁷ Ob tem se vsiljuje pomislek, ali ne bi bila morebiti ustrežnejša rešitev, ki bi varovala interes družbe in s tem ohranila poslovanje družbe – navsezadnje nihče od družbenikov ni pokazal interesa, da bi družba prenehala. Vendar pa se v poslovnih praksi dogaja, da nihče od družbenikov ni zvest družbi – medsebojnega zaupanja med družbeniki torej ni, ne ravna v dobro družbe, temveč v njeno škodo, zato bi lahko bila logična posledica takega ravnanja družbenikov prenehanje družbe. Če sredstva družbe ne bi zadoščala za poplačilo vseh terjatev upnikov družbe, bi bile v takih primerih lahko dane predpostavke za uspešno uveljavljanje zahtevkov zoper družbenike na podlagi določb o spregledu pravne osebnosti (8. člen ZGD-1).

36 Glej sodbo VSL I Cpg 2/2012 z dne 13. 3. 2012, Ivanjko, Š., v Korporacijsko pravo, str. 921.

37 Glej sodbo VSL I Cpg 2/2012 z dne 13. 3. 2012 in sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 60/2000 z dne 6. 7. 2000.

38 Prav tam.

39 Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 99/2012 z dne 16. 5. 2012.

40 Utemeljenost tega zahtevka ni odvisna od dejstva, ali v končni fazi družbenik povrne škodo družbi ali ne. Glej sodbo VSK Cpg 27/2011 z dne 13. 5. 2011.

41 Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 963/2005 z dne 1. 2. 2007: »Škodno ravnanje poslovodje, ki je hkrati družbenik v družbi z omejeno odgovornostjo, ne pomeni zgolj kršitve obligacijskopravne razmerja med poslovodjo in družbo, temveč lahko pomeni hkrati tudi izpolnitev dejanske podlage za izključitev takega družbenika iz družbe.«

42 Glej Fleischer, T., v Gesellschaftsrecht, str. 997. Drugače sodba VSK Cpg 27/2011 z dne 13. 5. 2011: »Če vsako zatrjevano ravnanje tožene stranke zase ne predstavlja izključitvenega razloga /.../, potem tudi vsa ravnanja skupaj takšnega razloga ne morejo predstavljati.«

43 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 227.

44 Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 99/2012 z dne 16. 5. 2012.

45 Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 99/2012 z dne 16. 5. 2012 in VSL I Cpg 963/2005 z dne 1. 2. 2007.

46 Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 963/2005 z dne 1. 2. 2007.

47 Prav tam.

V skladu z drugim odstavkom 521. člena ZGD-1 lahko vsak družbenik, čigar poslovni delež znaša vsaj eno desetino osnovnega kapitala, s tožbo zahteva, da sodišče zaradi obstoja utemeljenega razloga (na primer nemožnost doseganja ciljev družbe) odloči o prenehanju družbe. Če en družbenik vloži tožbo za prenehanje družbe, s tem izrazi svoje prepričanje, da ne vidi več razloga za obstoj družbe, vendar to po mnenju Višjega sodišča v Kopru ni zadosten razlog, zaradi katerega bi moralo drugemu družbeniku uspeti z izključitveno tožbo, kot je slednji to zatrjeval na podlagi sklepanja z večjega na manjše.⁴⁸ Tudi pravna teorija sprejema stališče, da se deloma »razlogi za izstop oziroma izključitev iz družbe ter razlogi za zahtevo za prenehanje družbe prepletajo«,⁴⁹ vendar je temeljna meja v tem, ali razlogi prizadenejo le posameznega družbenika ali nekaj njih ali pa družbo kot celoto.⁵⁰ Družbeniku navsezadnje tudi ni treba zahtevati izstopa kot milejšega ukrepa od zahtevka za prenehanje družbe.⁵¹

3 IZSTOP DRUŽBENIKA IZ D. O. O.

Enako kot za izključitev družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo naše pravo dopušča pogodbeni in tudi sodni izstop družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo. Nemška zakonodaja v primerjavi z našo ureditvijo družbeniku ne priznava pravice do izstopa, vendar pa sodna praksa sprejema stališče, da je družbenik iz utemeljenega razloga upravičen izstopiti iz družbe in da z družbeno pogodbo te pravice ni dopustno izključiti niti je omejevali.⁵² Pri urejanju pogodbene izključitve družbenika iz družbe se pogoji za izključitev ne smejo določiti prestrogo z vidika izključenega družbenika,⁵³ pri čemer je zakonska ureditev v tretjem odstavku 501. člena ZGD-1 in v 502. členu ZGD-1 minimum njegovega varstva. Drugače pa je pri pogodbenem urejanju izstopa družbenika iz družbe, ki se lahko določi širše.⁵⁴ Menim, da je z družbeno pogodbo za izstop družbenika iz družbe dopustno določiti tudi druge in strožje pogoje od tistih, ki so za sodni izstop zakonsko predvideni v drugem odstavku 501. člena ZGD-1 in v 502. členu ZGD-1. Še posebej to velja za primere, ko se družbeniku dopusti izstopiti iz družbe brez utemeljenega razloga, na primer zaradi običajnega ekonomskega tveganja⁵⁵ ali morebiti zaradi boljše priložnosti, ki jo je družbenik zaznal na trgu, nenadne potrebe po likvidnih sredstvih in podobno.

Smiselno bi bilo v družbeni pogodbi določiti, da bi tako kot o pogodbeni izključitvi tudi o pogodbenem izstopu odločala skupščina, prav tako bi bilo za pogodbeni izstop dopustno predvideti soglasje družbenika ali več družbenikov, ne bi pa bilo dopustno odločanja o izstopu prepustiti posameznemu družbeniku ali poslovodji.⁵⁶ Vprašanje odpravnine, ki bo podrobneje obravnavano v nadaljevanju, se po mojem mnenju za pogodbeni izstop prav tako lahko uredi drugače, tudi strožje od

48 Glej sodbo VSK Cpg 27/2011 z dne 13. 5. 2011.

49 Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II lps 350/96 z dne 21. 8. 1997.

50 Zabel, B., v Komentar ZGD-1, 3. knjiga, str. 213.

51 Prav tam.

52 Izstopna pravica pa se obravnava kot pravica v sili. Ivanjko, Š., v Korporacijsko pravo, str. 920, kjer citira Fischer v Fischer/Lutter/Hommelhof, GmbH – Gesetz, Kommentar, Köln 1987, str. 292.

53 Zabel, B., v Komentar ZGD-1, 3. knjiga, str. 145.

54 Prav tam.

55 Ne bi šlo za izstop iz utemeljenega razloga, če bi družbenik zahteval izstop zaradi grozeče gospodarske krize, saj taki pojavi spadajo med normalna komercialna tveganja. Zabel, B., v Komentar ZGD-1, 3. knjiga, str. 147.

56 Zabel, B. v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 228.

zakonske ureditve v skladu s 502. členom ZGD-1. Taka rešitev vzbuja pomisleke zaradi načelne prepovedi omejevanja družbenika pri njegovi pravici do izstopa iz družbe z določili družbene pogodbe, ki bi se lahko v poslovni praksi dosegla predvsem z neugodno določitvijo zneska njegove odpravnine po izstopu iz družbe. Ne glede na ta pomislek menim, da je strožja ureditev od zakonske za pogodbeni izstop dopustna. Če družbenik iz družbe izstopa zaradi utemeljenega razloga, mu namreč po mojem mnenju ni treba upoštevati morebitnih določil družbene pogodbe o pogodbenem izstopu, ki so manj ugodna od zakonskih, na primer v zvezi z odpovednim rokom in odpravnino, temveč lahko takoj zahteva sodni izstop. S tem je tudi družbeniku, ki izstopa iz družbe iz utemeljenega razloga, zagotovljeno minimalno varstvo, in sicer z zakonskimi določili, ki omogočajo sodni izstop.

Po drugi strani pa lahko družbena pogodba družbe, v kateri morebiti udeležba posameznega družbenika ni tako zelo pomembna, precej ohlapno določa, da sme družbenik izstopiti iz družbe že zgolj z enostransko izjavo volje (na primer če pravočasno da izstopno izjavo, ki jo pisno vloži pri direktorju).⁵⁷ Prav tako lahko družbenik kadar koli izstopi iz družbe na podlagi enostranske izjave volje, če je v družbeni pogodbi predvidena možnost izstopa družbenika iz družbe, niso pa določeni razlogi za izstop,⁵⁸ postopek in podobno. Edina omejitev, ki v takih primerih zaradi načela zvestobe družbi in medsebojnega zaupanja med družbeniki veže družbenika, je njegova skrb, da z izstopom drugim družbenikom ali družbi ne povzroči občutne škode.⁵⁹ Sodišče vpiše v register izstop družbenika iz družbe z dnem dane izstopne izjave.

4 POSLEDICE IZKLJUČITVE IN IZSTOPA DRUŽBENIKA IZ D. O. O.

Zakon skupaj (za izključitev in tudi izstop) ureja prenehanje poslovnega deleža zaradi izločitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo. V skladu s kogentno določbo prvega odstavka 502. člena ZGD-1 z izključitvijo ali izstopom družbenika prenehajo poslovni delež tega družbenika⁶⁰ in vse s tem deležem povezane pravice in obveznosti. Tega deleža torej ni mogoče prenašati ali z njim kako drugače razpolagati; na tem deležu ni dopustno vpisati družbe (lastni poslovni delež družbe),⁶¹ prav tako delež ne preide na družbo kot v kaducitetnem postopku.⁶² Določilo 2. točke tretjega odstavka 44. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register,⁶³ ki predpisuje, da se ob vpisu izstopa ali izključitve družbenika pri osnovnem vložku in poslovnem deležu družbenika, ki izstopa ali je izključen iz družbe, vpišejo podatki o družbi, je torej brez zakonske pravne podlage⁶⁴ oziroma nasprotuje prvemu odstavku 502. člena ZGD-1.

57 Glej sklep VSL IV Cpg 993/2011 z dne 1. 3. 2012, tako tudi Ivanjko, Š., v Korporacijsko pravo, str. 920, Fleischer, T., v Gesellschaftsrecht, str. 998.

58 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 228.

59 Prav tam.

60 Pri zakonskem izstopu na podlagi tožbe družbenika, s katero zahteva od družbe izstop, preneha družbenikov poslovni delež z dnem pravnomočne sodne odločbe, ki ima oblikovalni učinek. Vrednost poslovnega deleža se zato oceni na dan pravnomočne sodne odločbe o izstopu družbenika iz družbe (8. 6. 2007) in ne na dan vložitve tožbe za izstop iz družbe (26. 1. 2006). Glej sodbo in sklep VSL I Cpg 1331/2010 z dne 15. 4. 2011.

61 Glej sklep VSL IV Cpg 993/2011 z dne 1. 3. 2012.

62 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 223–224.

63 Uradni list RS, št. 43/2007.

64 Glej sklep VSL IV Cpg 993/2011 z dne 1. 3. 2012.

Zaradi prenehanja poslovnega deleža je treba spremeniti družbeno pogodbo, saj morajo družbeniki v treh mesecih po izstopu ali izključitvi:

- zmanjšati osnovni kapital (za nominalni znesek osnovnega vložka, ki je poslovni delež, ki je prenehal) ali
- v sorazmerju s svojimi sedanjimi poslovnimi deleži prevzeti nove osnovne vložke ali
- povečati svoje obstoječe osnovne vložke (drugi odstavek 502. člena ZGD-1).

Če so družba in družbeniki pasivni, se po določilu četrtega odstavka 502. člena ZGD-1 samodejno šteje, da so družbeniki sprejeli sklep o zmanjšanju osnovnega kapitala kot podlago za izenačenje obsega osnovnih vložkov in nanje odpadajočih poslovnih deležev, poslovodja pa mora posledično ravnati v skladu s 520. členom ZGD-1. Če tega ne stori, se osnovni kapital družbe (samo zaradi predpostavljene sklepa o zmanjšanju osnovnega kapitala) še ne zmanjša, prav tako se izločenemu družbeniku ne izplača ocenjena vrednost njegovega poslovnega deleža. Posledično je s tem zagotovljeno varstvo upnikov družbe, zato odpade potreba, da bi sodišče na tako stanje pazilo po uradni dolžnosti, in sicer tudi ko je družbenik izločen iz družbe z minimalnim zneskom osnovnega kapitala (tj. 7500 EUR).

Če so družbeniki po izločitvi družbenika iz družbe pasivni oziroma sklenejo, da bodo kapitalska razmerja v družbi zaradi prenehanja poslovnega deleža izločenega družbenika popravili z zmanjšanjem osnovnega kapitala, prideta po mojem mnenju v poštev učinkovito (redno) in nominalno (poenostavljeno) zmanjšanje osnovnega kapitala, ne pa tudi zmanjšanje osnovnega kapitala z umikom poslovnih deležev.⁶⁵ S pravnega vidika se torej v trenutku izločitve družbenika iz družbe in prenehanja njegovega poslovnega deleža osnovni kapital družbe še ne zmanjša.⁶⁶ Kot sem poudarila v uvodu prispevka, je v tem postopku pomembna predvsem zaščita upnikov, pri čemer želi zakon preprečiti izplačila družbenikom iz vezanega kapitala družbe.⁶⁷ Če bi se pokazalo, da je bil pri izplačilu ocenjene vrednosti poslovnega deleža izločenega družbenika prizadet interes upnikov (da se je torej poseglo v vezani kapital družbe – tj. osnovni kapital in vezane rezerve), bi šlo za nezakonito izplačilo družbeniku v obliki nezakonite vrnitve vložka, kar bi bilo treba družbi vrniti in s tem poplačati upnike⁶⁸ (496. člen ZGD-1). Redno zmanjšanje osnovnega kapitala se lahko z vidika varstva upnikov prijavi za vpis šele po enem letu od

65 Poslovni delež namreč z izločitvijo družbenika preneha, ne pa preide na družbo. Transakcija pa bi bila dopustna v skladu s soglasjem družbenika, ki se iz družbe izloča, in sicer še pred izvedbo postopka izključitve oziroma izstopa iz družbe z omejeno odgovornostjo. Družba lahko namreč umakne le tisti poslovni delež, ki ga je pred tem pridobila (pridobijo se lahko le tisti poslovni deleži, za katere so vložki v celoti vplačani) in za pridobitev katerega je v skladu s 500. členom ZGD-1 izvedla plačilo izključno iz rezerv, oblikovanih za lastne poslovne deleže po petem odstavku 64. člena ZGD-1. V tem primeru se zmanjšanje osnovnega kapitala družbe izvede v skladu s tretjim odstavkom 381. člena ZGD-1 po poenostavljenem postopku, ki predpostavlja uporabo in umik lastnega poslovnega deleža v breme rezerviranih dobičkov. Glej Kocbek, M., Umik lastnega poslovnega deleža v d. o. o. – korporacijski, bilančni in davčni vidiki, Podjetje in delo, št. 2/2011, str. 217.

66 Kocbek, M., Izplačilo poslovnega deleža – kapitala izstopajočemu družbeniku iz d. o. o., Pravna praksa, št. 8/2004, str. 8.

67 Kocbek, M., Izplačilo poslovnega deleža pri izstopu iz družbe in vrednotenje kapitalskih razmerij, Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 382.

68 Kocbek, M., Davčni vidik izplačila kapitala pri izstopu družbenika – ob sodbi Vrhovnega sodišča RS, Podjetje in delo, št. 2/2004, str. 367.

zadnje objave sklepa o zmanjšanju osnovnega kapitala in poziva upnikom za zagotovitev njihovih pravic⁶⁹ (poravnava zahtevkov ali zagotovitev varščine; glej tretji odstavek 520. člena ZGD-1). Plačilo ocenjene vrednosti poslovnega deleža pa se lahko opravi šele po vpisu zmanjšanja osnovnega kapitala v sodni register, kot je to izrecno navedeno v sedmem odstavku 502. člena ZGD-1.

Kapitalska razmerja v družbi, ki so zaradi izločitve družbenika iz družbe »porušena«, se lahko uskladijo tudi s prevzemom novih osnovnih vložkov z realnim povečanjem premoženja ob smiselni uporabi določb o povečanju osnovnega kapitala. Za prevzem in vplačilo vložkov pride torej v poštev le smiselna uporaba določb o povečanju osnovnega kapitala, saj ne gre za povečanje osnovnega kapitala – v tistem trenutku je namreč že registriran v »polni« višini.⁷⁰ Varstvo upnikov s sanacijo kapitalskih razmerij po izključitvi ali izstopu družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo pa je dopustno zagotoviti tudi s povečanjem obstoječih poslovnih deležev z metodo nominalnega povečanja osnovnega kapitala iz sredstev družbe.⁷¹

Ureditve sprememb v družbi, ki nastanejo zaradi posledic izstopa ali izključitve družbenika iz družbe, je torej prepuščena preostalim družbenikom, pri čemer morajo v skladu z drugim odstavkom 502. člena ZGD-1 spremeniti družbeno pogodbo in kapitalska razmerja uskladiti v treh mesecih po izločitvi družbenika iz družbe. Vpisa izstopa družbenika torej ni mogoče pogojevati s predložitvijo prečiščenega besedila spremenjene družbene pogodbe, kot to določa 42. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, še posebej pri enostranskem izstopu družbenika iz družbe, saj družbenik nima vpliva, če preostali družbeniki pozneje spremenijo družbeno pogodbo.⁷² Za omenjeno določilo Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register tudi v zakonu ni ustrezne pravne podlage.

Družbenik, ki je bil izključen iz družbe, oziroma tisti, ki je izstopil iz družbe, ima v skladu z zakonskimi določbami pravico *od družbe* zahtevati izplačilo ocenjene vrednosti poslovnega deleža po stanju ob izstopu oziroma izključitvi – to je t. i. *pravica do odpravnine*.⁷³ Če izločeni družbenik ni v celoti vplačal osnovnega vložka, sanacijski ukrepi odpravljajo potrebo, da bi moral družbenik dopolniti svoj vložek.⁷⁴ Del nevplačanega vložka se po mojem mnenju odšteje od ocenjene vrednosti njegovega poslovnega deleža. Družbenik se pravici do sodnega izstopa in sodne izključitve ne more vnaprej odpovedati (četrti odstavek 501. člena ZGD-1). Teh pravic prav tako ni dopustno omejevati oziroma ju izključiti z družbeno pogodbo, tudi ne posredno na način, ki bi posegal v pravico do ocenjene vrednosti poslovnega deleža.⁷⁵ Pri pogodbeni izključitvi zakonske določbe o odpravnini izključenemu

69 Kocbek, M., Izplačilo poslovnega deleža – kapitala izstopajočemu družbeniku iz d. o. o., Pravna praksa, št. 8/2004, str. 8.

70 Glej pri Kocbek, M., Izplačilo poslovnega deleža pri izstopu iz družbe in vrednotenje kapitalskih razmerij, Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 382.

71 Ta se izvede iz kapitalskih rezerv (1. do 3. kategorije Ie, če presegajo znesek zakonskega rezervnega sklada), rezerv na podlagi družbene pogodbe, drugih rezerv iz dobička in prenesenega dobička; ni dopustna, če je v bilanci stanja, ki je podlaga za preoblikovanje, izkazana prenesena izguba ali čista izguba poslovnega leta (glej 359. člen ZGD-1).

72 Glej sklep VSL IV Cpg 993/2011 z dne 1. 3. 2012.

73 Opozoriti je treba, da ne gre za pravico do denarne odpravnine, ki jo ZGD-1 predvideva za izključene manjšinske delničarje iz delniške družbe (385. člen), izstopajoče delničarje ob vključitvi družbe v glavno družbo (556. člen) in za določene primere statusnih preoblikovanj.

74 Zabel, B., v Družba z omejeno odgovornostjo, str. 223–224.

75 Fleischer, T., v Gesellschaftsrecht, str. 998.

družbeniku zagotavljajo minimalno varstvo, medtem ko je pri pogodbenem izstopu po mojem mnenju dopustno pravico do odpravnine urediti drugače (strožje), kot to predvideva zakon v petem odstavku 502. člena ZGD-1, in sicer če gre za izstop iz razloga, ki ga sodišče ob hipotetični presoji sodnega izstopa ne bi štel kot utemeljenega.

V petem do sedmem odstavku 502. člena ZGD-1 so torej urejene posledice izstopa in izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo v zvezi z odpravnino. V petem odstavku je urejena pravica do odpravnine za družbenika, ki je izstopil iz družbe, v šestem odstavku pa pravica do odpravnine za družbenika, ki je bil izključen iz družbe. Te določbe veljajo ob sodni izločitvi družbenika iz družbe, vprašanje pa je, ali in v kolikšni meri pridejo v poštev ob pogodbeni izločitvi družbenika iz družbe. Upoštevajo se pri pogodbeni izključitvi in pogodbenem izstopu, če družbena pogodba pravice do odpravnine posebej ne ureja. Prav tako se upoštevajo pri pogodbeni izključitvi, če so v družbeni pogodbi določeni strožji pogoji od tistih, ki so določeni v šestem odstavku 502. člena ZGD-1. Te določbe namreč pri pogodbeni izključitvi določajo minimum varstva izključenega družbenika. Pri pogodbenem izstopu pa se zakonska določila (petega odstavka 502. člena ZGD-1) uporabijo, če je v družbeni pogodbi pravica do odpravnine strožje urejena, družbenik pa iz družbe izstopa zaradi utemeljenega razloga. Ob izločitvi družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo iz utemeljenega razloga pomenijo torej po mojem mnenju zakonske določbe minimalno varstvo družbenika pri njegovi izključitvi in izstopu. Če družbenik izstopa zaradi razlogov, ki jih sodišče ne bi obravnavalo kot utemeljene, pa bi bilo treba upoštevati voljo družbenikov, ki izhaja iz družbene pogodbe. Na primer ob dopustnosti izstopa iz družbe zaradi napovedi bližajoče se gospodarske krize ali zaradi potrebe družbenika po likvidnih sredstvih namreč ni videti tehtnega razloga, zakaj bi bilo treba družbeniku zagotoviti toliko pravic kot družbeniku, ki iz družbe izstopa, ker mu na primer drugi družbeniki ali poslovodja povzročajo škodo.

V poslovni praksi se postavlja vprašanje, ali so zakonske določbe o pravici do odpravnine ob pogodbenem urejanju izločitve družbenika iz družbe kogentne ali dispozitivne narave. Dopuščena je revizija v zvezi z vprašanjem, ali se lahko pravni standard ocenjena vrednost poslovnega deleža podrobneje določi v družbeni pogodbi?⁷⁶ Menim, da so zakonske določbe pri pogodbeni izločitvi družbenika iz družbe dispozitivne narave. Pri pogodbeni izključitvi je vsekakor dopustno določiti ugodnejšo ureditev od zakonske, slednja pa pomeni minimum varstva interesov izključenega družbenika. Podobno je pri pogodbenem izstopu – z družbeno pogodbo je dopustno določiti ugodnejše posledice izstopa, če ne gre za izstop iz utemeljenega razloga, pa je po mojem mnenju dopustna tudi strožja ureditev od zakonske. Izhajam namreč iz načela zvestobe družbi, in sicer poudarjenega

⁷⁶ Na primer kot »ceno, po kateri bi bil skrben gospodarstvenik pripravljen kupiti poslovni delež, upoštevajoč pri tem obseg družbinega premoženja in gospodarsko uspešnost ter potencial družbe, v slednjem primeru zlasti donosnost njenega (osnovnega) kapitala in obseg njenih prihodkov ter njun trend v zvezi s tem, upoštevaje pri tem tudi stopnjo (ne)likvidnosti kapitalskih deležev družbe z omejeno odgovornostjo in obseg udeležbe v osnovnem kapitalu, ki jo v zvezi s tem predstavlja poslovni delež izstopajočega oziroma izključenega družbenika.« Glej Sklep II DoR 29/2009 z dne 19. 1. 2010. Nazornejše bi bilo na primer vprašanje, ali se lahko z družbeno pogodbo dogovori, da je družbenik ob izstopu upravičen do vrednosti vplačanega osnovnega vložka, če družba zadnji dve leti posluje z dobičkom, pa do knjigovodske vrednosti poslovnega deleža ali pa na primer do 75 % knjigovodske vrednosti poslovnega deleža.

medsebojnega zaupanja med družbeniki, kar pri prostovoljnem izstopu (brez utemeljenega razloga) pri tem družbeniku ni več dano, zato ima lahko do neke mere (morala bi lahko bila meja) negativne posledice te svoje odločitve.

ZGD-1 je sprejel poseben primer vračila predmeta stvarnega vložka, če gre za izstop družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo.⁷⁷ Družbenik lahko namreč v skladu s petim odstavkom 502. člena ZGD-1 zahteva vrnitev stvari ali pravic, ki so bile predmet stvarnega vložka, če njihova vrednost ne presega ocenjene vrednosti poslovnega deleža po stanju ob izstopu iz družbe. Vendar pa lahko vračilo vložka huje ovira ali celo povzroči prenehanje opravljanja dejavnosti družbe (če je na primer kot stvarni vložek zagotovljena pravica do uporabe patenta, služnost, najem poslovnih prostorov), zato je treba zaradi izogibanja temu tveganju dopustiti, da se z družbeno pogodbo prepove ali omeji vrnitev stvarnega vložka.⁷⁸ Tudi to stališče potrjuje tezo, da je obravnavana določba pri pogodbenem izstopu družbenika iz družbe dispozitivne narave.

V zvezi z odpravnino bi opozorila še na stališče pravne teorije iz leta 2006, da »naša zakonska ureditev položaja izstopajočega oziroma izključenega družbenika d. o. o. ni ustrezna«⁷⁹, ker iz družbe izstopi oziroma je izključen z dnem veljavnosti sklepa skupščine oziroma s pravnomočno stjo sodne odločbe o izstopu oziroma izključitvi.⁸⁰ S tem dnem družbeniku prenehajo vse članske pravice, medtem ko mu pravica do izplačila ocenjene vrednosti poslovnega deleža v *odsotnosti drugačne pogodbene ureditve* zapade v plačilo šele v nadaljnjih treh oziroma šestih letih.⁸¹ V tem času je njegova premoženjska pravica brez ustreznega varstva, saj družbenik zaradi prenehanja članstva nima več pravice do nadzora nad premoženjskim stanjem družbe.⁸² Pravna teorija se je zato zavzela za spremembo ZGD-1, primerljivo z vidika nemške rešitve, v skladu s katero družbenik izstopi oziroma je izključen iz družbe šele z dnem izplačila ocenjene vrednosti njegovega poslovnega deleža,⁸³ če ni drugače določeno v družbeni pogodbi.⁸⁴ Naša ureditev je torej v tem drugačna od rešitve, ki jo je oblikovala nemška sodna praksa,⁸⁵ pri čemer menim, da je pomislek utemeljen. Vsiljuje pa se vprašanje, ali bi na primer poslovodja družbeniku, ki je bil (oziroma bo) izključen iz družbe zaradi prepovedi konkurenčnega delovanja, sploh omogočil vpogled v poslovne knjige in dokumentacijo družbe, saj to po naravi stvari vključuje tudi možnost vpogleda v podatke, ki so poslovna skrivnost družbe.⁸⁶ Prav tako se vsiljuje pomislek, ali bi lahko od družbenika, če bi ta status ohranil do izplačila odpravnine, vse dotlej (do izločitve iz družbe) pričakovali ravnanje v skladu z načelom zvestobe družbi.

77 Zabel, B., Stvarni vložki po ustanovitvi d. d. in d. o. o., Pravna praksa, št. 24–25/2011, str. 11.

78 Prav tam, str. 12.

79 Glej D. Novak Krajšek, Problematika izstopov in izključitev družbenikov, Podjetje in delo, št. 2/2006, str. 267.

80 Prav tam. Registrskopravni vpisi izstopa oziroma izključitve niso konstitutivnega pomena. Kocbek, M., Izplačilo poslovnega deleža pri izstopu iz družbe in vrednotenje kapitalskih razmerij, Podjetje in delo, št. 3/1997, str. 382.

81 Glej D. Novak Krajšek, Problematika izstopov in izključitev družbenikov, Podjetje in delo, št. 2/2006, str. 267.

82 Prav tam.

83 Prav tam.

84 Fleischer, T., v Gesellschaftsrecht, str. 999.

85 Nemški GmbHG namreč ne ureja izstopa in izključitve družbenika iz družbe z omejeno odgovornostjo, je pa ta modela izločitve družbenika iz družbe dopustila in podrobneje oblikovala nemška sodna praksa.

86 Glej sklep Vrhovnega sodišča RS III Ips 75/2010 z dne 27. 1. 2011.

ANALIZA PRAKSE UPORABE PRAVA EU V SLOVENIJI – DELOVNI IN SOCIALNI SPORI

prof. dr. Rajko Knez
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1 UVOD

Izsledki analize v nadaljevanju tega prispevka ne temeljijo na statističnih podatkih, ampak na spremljanju odločitev delovnih in socialnih sodišč, pa tudi drugih sodišč; Vrhovnega sodišča RS, Upravnega sodišča RS, rednih in Ustavnega sodišča RS;¹ pri analizi ni statističnih podatkov in ne odgovarjam na vprašanje, npr. v kolikšnem odstotku sodnih odločb se uporablja pravo EU, temveč je analiza usmerjena k sistemskim vprašanjem, ki se pojavljajo pri odločanjih. Zato so v nadaljevanju nanizane ugotovitve, nastale po mojem spremljanju razvoja sodne prakse glede uporabe prava EU. Analiza tudi ni vseobsegajoča, poudarek pa je na delovnih in socialnih sporih.

Izhajam tudi iz tega, da se je v zadnjih letih povečalo število zadev, pri katerih so sodišča uporabila sekundarno in tudi samo primarno pravo EU, tj. predvsem Pogodbo o delovanju EU (v nadaljevanju: PDEU) in Pogodbo o EU (v nadaljevanju: PEU).² V prvih letih članstva v EU so prevladovala sklicevanja na sekundarno pravo, uredbe in direktive, pozitivno pa je, da sodišča najdejo pravne temelje tudi v abstraktnjših določbah (z več možnostmi uporabe za različna dejanska stanja) in v splošnih načelih PDEU.

2 IZSLEDKI ANALIZE

2.1 Nekatere splošne ugotovitve

Pravo EU je bilo v prvih letih članstva RS v EU relativno malo uporabljeno; tudi na Sodišče EU (SEU) dolgo nismo naslovili nobenega vprašanja za predhodno odločanje. Večinoma se je s pravom EU pri odločanju srečevalo Upravno sodišče RS, kajti določbe prava EU so največkrat t.i. vertikalne narave oz. upravnopravne narave; urejajo razmerje med državo in posameznikom, pri čemer prevladujoče določajo pravice posameznikom in obveznosti državam. V tovrstnih razmerjih je tudi prostor za neposredno učinkovanje določb prava EU.

Številni pravni akti EU pa vendarle učinkujejo tudi horizontalno (v civilnopravnih razmerjih). Eno takih področij je tudi delovnopravno področje, na katerem se prepleta

1 Praksa drugih sodišč, ne zgolj delovnih in socialnih, je vključena zaradi nekaterih sistemskih vprašanj, ki so enaka pri postopkih vseh sodišč (vročanje, uporaba tujega prava, mednarodna pristojnost, uporaba prava EU *ratione personae* itd.).

2 Število razmerij z elementom čezmejnosti med državami članicami EU kot tudi klasičnim čezmejnim elementom v mednarodnem pravu se je tudi sicer precej povečalo.

uporaba sekundarnih prepisov s temeljno svoboščino notranjega trga do prostega gibanja delavcev in tudi s splošnimi načeli, kot je prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva ali kakšnega drugega kriterija iz 19. člena PDEU (rasa, narodnost, vera, prepričanje, invalidnost, starost, spolna usmerjenost). Da bi izenačili državo, kadar je delodajalec na eni strani in zasebni delodajalci na drugi, je nujno, da vse določbe učinkujejo tudi v horizontalnih razmerjih. Zato tudi ni naključje, da se sodna praksa Sodišča EU spopada z neposrednim učinkovanjem določb direktiv v horizontalnih odnosih ravno na področju delovnega prava.³ Navedeno izhaja tudi iz slovenske sodne prakse, saj v horizontalnih razmerjih sodišča uporabljajo direktive, posebej pa v obrazložitvi sodbe ni navedeno razlikovanje, ali gre za neposredno uporabnost ali pa zgolj za lojalno razlago. Kadar se sodbe uporabijo v pomoč razlagi notranjepravne pravne podlage, je to lojalna interpretacija oz. konsistentna razlaga in načeloma je večkrat uporabljiva in povzroča manj težav kot neposredni učinek določbe direktiv v horizontalnih razmerjih. Tega Sodišče EU do neke mere zamegli, in sicer tako, da podeli neposredni učinek splošnemu načelu, katerega zgolj izvedbo pomeni neka določba direktive.⁴ Kot je omenjeno, pa je velika posebnost delovnega prava ta, da morajo biti številne direktive, ki vsebujejo pravice delavcev, uporabljene tudi v horizontalnih razmerjih (npr. delavec in neko podjetje (družba), ki ni v državni lasti ali delodajalec, ki ni država). V vseh teh primerih se pojavi vprašanje neposredne uporabe direktiv. Sodišče EU je bilo v primerih *Mangold* in *Kücükdeveci* močno kritizirano, ker ne pojasnjuje jasno, ali je neposredna uporabnost direktiv v horizontalnih razmerjih že mogoča ali ne. Natančnejše branje pokaže, da to nista samo ta dva primera, ampak so tudi primeri *Birgit Bartsch*,⁵ *Félix Palacios de la Villa*⁶ in *Age Concern England*.⁷ Bistvo, ki ga je treba izluščiti iz omenjenih primerov, je, kako se uporabljajo direktive, ki vsebujejo tudi temeljna načela, kot je *načelo prepovedi diskriminacije na podlagi starosti*. Ravno iz tega razloga menim, da je načelo tisto, ki ima neposredni učinek, ne pa sama določba direktive. Če sprejmemo to stališče, potem morajo biti domača sodišča zelo pazljiva in direktive uporabljati samo kot sredstvo za konsistentno razlago, ne pa za neposredno učinkovanje njenih določb v horizontalnih razmerjih.

Z leti sta se sklicevanje na pravo EU s strani zastopnikov v sodnih zadevah in uporaba s strani sodišč povečala in ocenjujem, da se je tudi zavest o pravu EU kot celovitem delu domačega pravnega reda povečala. Če smo še pred nekaj leti naleteli na obrazložitve, iz katerih bi morala izhajati uporaba mednarodnega ali prava EU,⁸ je tega danes manj. Kljub temu pa je še vedno treba poudariti, da je treba vsako uporabo domačega prava gledati najprej skozi prizmo mednarodnega

3 Glej npr. zadevo C-555/07, Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG, ZOdl. 2010, str. I-365, ali pred tem zadevo, ki je prav tako odprla vprašanje neposrednega učinka določb direktiv v horizontalnih razmerjih, C-144/04, Mangold, ZOdl. 2005, str. I-9981.

4 Npr. kot izhaja iz zadeve C-555/07, Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG, ZOdl. 2010, str. I-365: »EU law, more particularly the principle of non-discrimination on grounds of age as given expression by the Council Directive 2000/78/EC [...] must be interpreted...« Torej gre za neposreden učinek načela, ne toliko določb direktive.

5 Zadeva C-427/06, Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, ZOdl. 2008, str. I-7245.

6 Zadeva C-411/05, Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA, ZOdl. 2007, str. I-8531.

7 Zadeva C-388/07, The Queen, on the application of The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing (Age Concern England) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, ZOdl. 2009, str. I-1569.

8 Glej npr. nepravilno stališče glede uporabe EKČP v zadevi P 166/2006.

in nato prava EU; načelo lojalne oz. konsistentne razlage je za oba pravna sistema, mednarodnega in EU, prvotnega pomena. To razlago smo v praksi dolgo zanemarjali, zdaj pa pridobiva, tako kot v pravnih sistemih držav, ki so dlje časa vpete v ekonomske povezave, popolnoma primerljivo uporabo. Običajno je namreč, da neposredna uporaba določb prava EU ni tako pogosta, kot je konsistentna razlaga.⁹

Pri splošnih ugotovitvah je treba še poudariti vprašanje terminologije; npr. označevanje SEU z »Evropsko sodišče« ali z okrajšavo ESP (Evropsko sodišče pravice), ni primerno. Besedica »pravice« ni potrebna oz. jo je neprimerno dodajati, kajti to izhaja iz tistih jezikov, v katerih besedica *court* (angl.) ali *cour* (fr.) pomeni več kot zgolj sodišče; lahko pomeni dvorišče, igrišče itd., zato je v teh jezikih nujno dodati besedo »pravice«, v slovenščini pa to ni potrebno.

- Tudi pojma *transpozicija* in *implementacija* se v sodni praksi prepletata, a nista sinonima. Medtem ko transpozicija pomeni zgolj goli prenos direktive v domače pravo (zakonodajna aktivnost v ožjem smislu), pa implementacija pomeni tak prenos direktive, ki je umeščen v domače na način, da dejansko zaživi. Implementacija tako pomeni prenos *de iure* in *de facto* in uporabo direktive prek domačega prava tudi v praksi. Transpozicija pa je ožji pojem – zgolj prenos *de iure*; kadar se sodišča ukvarjajo z vprašanjem, kako uporabiti direktivo, je to zato vprašanje ustrezne implementacije.¹⁰

2.2 Nekaj ugotovitev s področja delovnopравnih in socialnih sporov

2.2.1 Delovnopравni primeri

Glede prakse s področja delovnega prava je značilno poseganje številnih sekundarnih aktov, pa tudi bolj abstraktne določbe primarnega prava EU, k čemur pa je treba dodati tudi konvencije MOD¹¹ in druge konvencije (npr. tudi glede priznavanja (kazenskih) sodb,¹² zato je na tem področju treba tudi poznati odnos med pravom EU in mednarodnim pravom ter pravila, ki jih je pri tem izoblikovalo SEU (če smo desetletja lahko govorili o mehkem dualističnem pristopu, ko je SEU gledalo tudi na primat mednarodnega prava, je SEU v zadevi *Kadi*¹³ pristop obrnilo bolj v monističen in trd pristop, pri čemer primat prevzema pravo EU).¹⁴

9 Glej več o tem Betlem, G., A. Nollkaemper: Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts; A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. *European Journal of International Law* (EJIL), 2003, 14(3), stran 571; in tudi FigueroaRegueiro, P.V.: Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal realism to the Current Developments of the Case-Law of »Horizontal« Direct Effect of Directives. *Jean Monnet Working Paper* 7/02, NYU School of Law, New York.

10 Glej več o tem Prechal S., *Directives in EC Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, 2005, str. 5–6.

11 Npr. Pdp 69-2011, Pdp 254-2002, Pdp 1184-2011, Pdp 1392-2010, Pdp 1415-2010, Pdp 825-2010, Čp 434-2008.

12 Odločba Vrhovnega sodišča RS: Sodba VIII Ips 309/2010.

13 Glej združene zadeve C-402/05 P and C-415/05 P.

14 Glej več o tem pri G. de Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working, Paper 01/09.

Iz sodne prakse, ki zadeva delovno pravo, posebej omenjam nekatera stališča, ki se nanašajo na splošna pravila uporabe prava EU in sodne prakse Sodišča EU. Pri tem torej ne posegam v vprašanje, ali je odločitev domačega sodišča v konkretni zadevi pravilna ali ne, temveč se osredotočam na pravila uporabe prava EU:

- v zadevi Pdp 659/2009 je sodišče zapisalo, ... da določena sodna zadeva Sodišča EU v konkretni zadevi ne pride v poštev. Ne spuščam se v presojo, ali je resnično tako ali ne, vendar bi rad samo opozoril na eno dejstvo s tem v zvezi; namreč, odločbe Sodišča EU, ki so sprejete v postopku predhodnega odločanja, so pojasnjevalne oz. interpretativne narave. To pomeni, da je dejansko stanje, v katerem je prišlo do neke odločitve Sodišča EU, sekundarnega pomena; **v ospredju pa je razlaga same norme prava EU.** Ko sodišče odloči, svojo odločitev sicer zapiše v izrek, vendar je celotna sodna odločba Sodišča EU pomembna, kajti tudi pravna pravila, na katerih je sodišče sprejelo odločitev, so pomembna (ne gre samo razumevanje sodbe v tem smislu, da je samo izrek pravnomočen; o pravnomočnosti teh sodb se tudi ne govori, saj gre samo za vmesni postopek, ki se uporablja za dokončno odločitev v zadevi pred domačim sodiščem). Tako postane celotna sodna odločba del odločbe iz prava EU, ki jo sodišče razlaga;
- v isti zadevi je sodišče zapisalo tudi, da domača sodišča niso vezana na mnenje generalnih pravobranilcev. To drži, a rad bi opozoril, da so tista mnenja generalnih pravobranilcev, ki jim pritrdi Sodišče EU v svojih odločbah, vendarle del same odločbe in jo dopolnjujejo. Razlika med sodnimi odločbami in mnenji generalnih pravobranilcev je v tem, da so mnenja precej bolj teoretično-analitična in da natančneje kot sama sodba pojasnjujejo, zakaj in kako je prišlo do nekega rezultata. Zato je **priporočljivo, če domača sodišča mnenja generalnih pravobranilcev, s katerimi se je Sodišče EU v odločbi strinjalo, citirajo in uporabljajo pri svojih odločitvah;**
- v zadevi Pdp 690/2006 je sodišče zapisalo, da je sodišče prve stopnje pravilno uporabilo sklic na neko direktivo, vendar pa da jo razlaga preozko in nadaljuje, da je v neki sodni zadevi Sodišče EU zavzelo neko drugo jasnejše stališče. Menim, da gre v tem primeru za primeren popravek pritožbenega sodišča, ki za razlago pravilno uporabi sodno prakso Sodišča EU. **Ob tem bi le želel poudariti, da domača sodišča niso povsem prosta pri razlagi določb prava EU** in da morajo, če obstaja sodna praksa Sodišča EU, to upoštevati, če pa je ni, spoštovati razlago europeja (t.i. lojalna ali konsistentna razlaga), lahko pa tudi začnejo postopek predhodnega odločanja (*morajo* pa tista sodišča, proti katerim ni več pravnega sredstva). Iz primerjalnih ureditev izhaja, da veliko sodišč prve stopnje sproži postopek predhodnega odločanja (tudi kadar stranke tega sodišču ne predlagajo), kadar ocenijo, da je velika verjetnost, da bodo stranke izkoristile pravna sredstva iz razloga napačne uporabe materialnega prava; če je sporno vprašanje odvisno od interpretacije prava EU, je časovno smiselno in učinkoviteje začeti postopek predhodnega odločanja, glede na to, da ni mogoča drugačna odločitev, kot je odločitev Sodišča EU; z nobenim pravnim sredstvom ne more biti spremenjena. Upoštevajoč čas pritožbenega postopka pred domačim sodiščem, je zato običajno tudi z vidika

ekonomičnosti postopka bolj upravičeno postaviti vprašanja v predhodno odločanje na prvi kot pa na pritožbenih stopnjah;

- zadeva Psp 449/2010 (sklep Višjega delovnega sodišča) je primer uporabe sodne prakse Sodišča EU, ko domače sodišče ne samo navede sodno odločbo oz. njeno sklicevanje ter izrek, temveč tudi pove, kako se razlaga norma prava EU in zakaj. Taka obrazložitev strankam omogoči boljše razumevanje sodbe domačega sodišča, hkrati **pa prepreči možnost napačne uporabe sodne prakse Sodišča EU, ki se lahko zgodi, če se citirajo samo posamezni odstavki in se potegnejo iz konteksta.**¹⁵
- v zadevi Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 431/2008 je sodišče imelo opravka tudi z obrazložitvijo, zakaj direktive veljajo v RS Sloveniji tudi, če niso objavljene v Uradnem listu RS. Sodišče pravilno utemelji, zakaj direktiva povzroča pravne učinke tudi v RS, vendar pa bi k temu dodalo, da bi navedba stranke lahko bila ustrezna samo v horizontalnih razmerjih. V vertikalnih razmerjih tak argument ni ustrezen, glede na to, da je **obveznost države implementirati direktivo v nacionalni pravni sistem pravočasno in pravilno ter da v odsotnosti tega ta nima pravice sklicevati se na direktivo ali nacionalno pravo proti posamezniku, iz katerega sfere seveda ne izhaja odgovornost za zamudo ali nepravilno implementacijo. Državo torej zadene t. i. estoppel (nič se ne more zahtevati od drugega in se pri tem ne more sklicevati na lastno napako; podobno tudi načelo venire contra factum proprium), in pravice, ki bi jo imela proti posamezniku (ali dolžnost, ki bi jo imel posameznik proti državi) ne more uveljavljati. Drugače pa je pri horizontalnih razmerjih, pri katerih gre za razmerje med posamezniki (civilnopravna razmerja, brez primata de iure imperii elementa, kjer pa ni prisotna stranka, ki bi bila odgovorna za nepravočasno ali nepravilno implementacijo). Zato se da posploševati, da bi bil tak argument, ki ga sicer redko srečamo s strani strank, v vsakem primeru napačen.**
- v zadevi U 1324-2007 se je sodišče ukvarjalo z vprašanjem diskriminacije (šlo je za upravno odločbo glede imenovanja na funkcijo). To načelo je izredno abstraktno in ima široko področje uporabe; lahko ga štejemo za t. i. *kavčuk paragraf*, kajti obsega praktično prav vsako različno obravnavanje po kriteriju državljanstva, spola, starosti, verskega usmerjenja, itd. Iz dveh razlogov ga je treba posebej omeniti: (i) je zelo pogosto uporabljeno in je kot nekakšna t.i. varnostna mreža (*safety net*), če posamezna bolj specialna pravila o enakopravnem obravnavanju (npr. o svoboščinah notranjega trga) ne zajamejo konkretnega dejanskega stanja; (ii) načelo enakega obravnavanja se v praksi pogosto napačno razume, in sicer da je treba osebe enako obravnavati (kot neko splošno pravilo, ne da bi se upoštevale tudi okoliščine). **Vendar pa načelo enakega obravnavanja pomeni, da je treba enako obravnavati v enakih okoliščinah in različno v različnih okoliščinah; prav slednje se pogosto spregleda in doseže ravno nasprotni učinek. Če dve osebi obravnavamo enako v različnih okoliščinah, ravno enako obravnavanje pripelje do diskriminacije.**

15 Cavendum est a fragmentis – Boj se navajanja odstavkov.

- v sodbi Cp 434/2008 je sodišče moralo odločiti o omejevanju prostega gibanja in zaposlovanja v državah članicah EU, torej neposredno po eni izmed svoboščin notranjega trga zapisanih v PDEU; večina odločitev, delovnih in socialnih sodišč, v katerih se uporabi pravo EU, so povezane z uporabo sekundarnega prava EU (uredbe in direktive). Navedena sodba pa neposredno uporablja kot pravni temelj pogodbo o delovanju EU svoboščino prostega gibanja delavcev. Čeravno gre v tej zadevi za horizontalno razmerje, sodišče pravilno uporabi to določbo; večina določb notranjega trga je namreč naslovljena na države članice in s tem dobi določba vertikalno uporabljivost. **Pri pravilih o prostem gibanju ljudi oz. delavcev pa ni tako in so pravila te svoboščine uporabljiva tudi v horizontalnih razmerjih.**
- v zadevi I U 1345/2010 je Upravno sodišče (šlo je za priznavanje izobrazbe, pridobljene v tujini, in s tem povezano možnostjo zaposlitve) zapisalo, da ima sodišče diskrecijo, ali bo sprožilo postopek predhodnega odločanja ali ne. Potem pa je nadaljevalo, da so navedbe o kršitvi ustavnih pravic iz 22. in 23. člena Ustave RS, če sodišče ne bi sprožilo omenjenega postopka po 267. členu PDEU glede na navedeno neutemeljene. Ta trditev je sporna oz. menim, da je nepravilna; **kadar so dani pogoji za postopke predhodnega odločanja (CILFIT in Vaassen kriteriji),¹⁶ lahko pride do kršitve pravila do zakonitega oz. t.i. naravnega sodnika.** Skladno z 19. členom PEU je Sodišče EU pristojno za razlago pravil prava EU in če domače sodišče ne spoštuje kriterijev, kdaj je treba vložiti vprašanje v predhodno odločanje, s tem krši to pristojnost sodišča, s tem pa tudi pravico do zakonitega sodnika po Ustavi RS.¹⁷ Druga možnost, če stranka ne želi uporabiti ustavne pritožbe, pa je postopek na podlagi odškodninske odgovornosti države; če stranka dokaže, da je zaradi odreka možnosti, da o razlagi odloča Sodišče EU, nastala škoda. To je dovolj resna kršitev (*sufficiently serious breach*) prava EU. Je pa to zanimivo procesno vprašanje, kajti odškodninski zahtevek, kadar bo uveljavljen s tožbo, bo vложен pred sodiščem prve stopnje, in to sodišče bo, da bi si odgovorilo na vprašanje, ali je država (to je sodišče) res storila škodo, moralo postaviti vprašanje v postopek predhodnega odločanja. Če Sodišče EU v tem postopku potrdi kršitev, potem je prvostopenjsko sodišče v položaju, ko **mora odločiti drugače, kot je odločilo njemu »nadrejeno« domače sodišče** (a vendar skladno s sodbo Sodišča EU).¹⁸

2.2.2 Primeri socialnega prava

Iz slovenske literature, pa tudi iz pregleda zakonodaje izhaja, da je primerov na področju socialnega prava veliko na ožjem področju povračila stroškov zdravljenja v tujini.¹⁹ Nekateri primeri so povsem upravičeni in bi bilo treba priznati povračilo

16 Zadeva 77/83, SrlCILFIT in drugi in Lanificio di Gavardo SpA v Ministero della sanità, Z Odl. 1984, str. 1257 in zadeva 61/65, Vaassen-Göbbels v Management of the Beambtenfondsvoorhet Mijnbetrijf, posebna angleška izdaja, stran 261.

17 Drugi odstavek 23. člena Ustave RS.

18 Pri tem ostane sodba, ki je razlog za odškodninsko odgovornost, nedotaknjena; še vedno bo res iudicata. Odškodninska sodba bo namreč temeljila na povsem drugi pravni podlagi.

19 Več o uporabi sodne prakse Sodišča EU v socialnih sporih glej pri Žagar, I., pri Odločitev sodišča EU na socialne spore, Pravna praksa, št. 12/2010, str. 37.

teh stroškov,²⁰ drugi pa so rezultat nevednosti in prevelikih pričakovanj ljudi, misleč, da so meje glede zdravstvenih storitev v EU popolnoma odpravljene. To ni tako in potrebno je temeljno razlikovanje med nujnim zdravljenjem in med drugimi zdravstvenimi storitvami. Medtem ko so pravice pacienta iz ene države članice pri nujnem zdravljenju enake pravicam, ki jih ima posameznik v zdravstvenem sistemu države, v katerem se storitev opravlja (in se dokazujejo s kartico evropskega zdravstvenega zavarovanja) ter ne potrebujejo odobritve domačega zdravstvenega organa, pa je drugače pri tistih zdravstvenih storitvah, ki niso nujne in za katere potrebujemo dovoljenje oz. napotilo ZZZ.²¹

Od mnogih primerov navajam zadevo *Psp 380/2011*, ko je Višje delovno in socialno sodišče odločilo, da je pacientka upravičena do plačila nujnih zdravstvenih storitev v tujini, kjer je bila na dopustu, kot državljanka te države (šlo je za Španijo). Sodišče je za rešitev, s katero se glede rezultata strinjam, uporabilo načelo prepovedi diskriminacije. To je pravilno; opozoriti bi želel le, da to ni edina mogoča pravna podlaga; gre tudi za *lex specialis* določbe prostega opravljanja storitev (v tem primeru je šlo za turistične storitve). Ustrezna bi bila tudi utemeljitev kršitve 56. člena PDEU, da se določena storitev (v tem primeru turistična storitev) naredi manj privlačna (*less attractive*) za stranko (turista), če nujno zdravstveno varstvo turistu ni zagotovljeno pod takimi pogoji kot državljanu države, v kateri se storitev opravlja. Torej, če kot turist potujem v drugo državo članico, pri tem pa vem (ali pa je samo dejstvo, ki ga ne poznam), da pri nujnem zdravstvenem varstvu ne bom obravnavan kot državljan države storitve (t. i. *hoststate*), potem je ta turistična storitev zame manj privlačna, kar je zadosten razlog, da gre za kršitev pravila PDEU (56. člen) o prostem opravljanju storitev. Bilo bi prav tako ustrezno, če bi sodišče uporabilo neposredno 56. člen PDEU.

Nasploh se mi zdi primerno opozoriti še na nekaj; obrazložitev uporabe določenega pravila iz PDEU, tj. svoboščine notranjega trga EU ali evropskega državljanstva, se ne smejo **končati zgolj z ugotovitvijo, ali je svoboščina kršena ali ne, temveč tudi ali obstaja za to kršitev opravičljiv ali upravičljiv razlog (npr. sama diskriminacijska obravnava še ne pomeni kršitve, če je za to opravičljiv razlog; in ni ustrezno, da se s tem se sodišča ne ukvarjajo);** razlika med opravičljivim in upravičljivim razlogom je v tem, da so razlogi za *upravičenje*, tj. odstopanje od pravila, dani že v sami PDEU (izjeme javnega zdravja, javne varnosti, javnega interesa in javne oblasti), pri *opravičenih* pa so to *prevladujoči razlogi v javnem interesu (overriding reasons in public interests)*, ki jih je izoblikovalo Sodišče EU in potrebujejo dodatno še t.i. test opravičljivosti (*justification test*).²² Če torej sodišče

20 Glede interesnega pristopa k odločitvam ZZZS glede pravil povrnitve stroškov zdravljenja v tujini glej sodno odločbo Psp 425/2009 in komentar Erbežnik, A. Prosti pretok posameznih storitev – končni sodni epilog, Pravna praksa, št. 8/2010, str. 15.

21 O razlikovanju med nujnim zdravljenjem oz. nujnih zdravstvenih storitvah na eni strani in bolnišničnimi zdravstvenimi storitvami na drugi ter problematiko, ki se je s tem v zvezi pojavila pri željah imeti porod v Avstriji, glej Špilak, K., Ali je Feldbach res nedosegljiv, Pravna praksa, št. 17/2008, str. 16.

22 Test zahteva presojo:

- ali morda ne obstaja že varstvo takega razloga v prevladujočem javnem interesu na ravni pravi prava EU (če ni tako, je treba ugotoviti, ali gre za razlog, ki ga lahko opredelimo kot razlog v prevladujočem javnem interesu),
- ukrep države članice mora biti nediskriminacijski,

ugotovi, da je bila določena svoboščina notranjega trga kršena (npr. prosto gibanje delavcev) ali pa kršitev prepovedi diskriminacije, mora ob obrazložitvi dodati tudi, da ni obstajala nobena okoliščina, ki bi to kršitev opravičevala ali upravičevala, in razložiti, kako je uporabilo test opravičljivosti. Slednje v celotni sodni praksi pogrešamo.

2.3 Nekatere ugotovitve v zvezi s postopkom in formalnostmi

Na tem področju je treba najprej omeniti številno prakso, ki zadeva **mednarodno pristojnost sodišč**, v civilnih zadevah na splošno, kot bolj specialno na področju starševske odgovornosti;²³ to so področja, ki jih urejajo uredbe EU in je domače pravo v precejšnji meri derogirano. Posebej je treba omeniti, da to še ne pomeni, da se lahko uporabi kriterij iz domače zakonodaje, kadar določenega kriterija za mednarodno pristojnost ni v pravu EU; s tem bi se namreč popolnoma razvrednotila zahteva po poenotenosti (unifikaciji) ureditve tega področja. Podobno velja tudi za priznavanje sodnih odločb drugih držav članic EU.

Tudi kar zadeva razliknost **dostopa do nacionalnih sodišč**,²⁴ se uporabi pravo EU; npr. vprašanje *cautio iudicati* solvi je urejeno s splošno določbo PDEU o prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ali z drugimi besedami dostop do sodišča mora biti enako urejen za slovenske državljane kot za državljane drugih držav članic EU, zato tožniška varščina ni dovoljena. Kljub temu torej, da je varščina urejena v Zakonu o mednarodnem zasebnem pravu²⁵ (v nadaljevanju ZMZPP), se za državljane EU ne sme uporabiti.²⁶ Derogira jo splošno načelo prava EU o prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva.²⁷

Glede vprašanja postopka in formalnosti lahko najdemo sodno prakso tudi za vprašanja **vročanja v državah članicah EU**, za **pridobivanje dokazov v drugih državah članicah EU**²⁸ in za **vprašanje jezika in vročanja sodnih pisanj**.²⁹

-
- ukrep države članice mora biti legalen,
 - ukrep države članice mora biti primeren za doseganje takega prevladujočega razloga v javnem interesu,
 - ukrep države članice mora biti tudi potreben in nujen,
 - če okoliščine primera to zahtevajo, tudi presoja ali varstvo ni dovolj močno že v državi članici izvora, to je v državi članici sedeža ponudnika storitve, in
 - ukrep države članice mora biti tak, da zagotavlja izpolnitev zastavljenega cilja, to je varstvo razloga v prevladujočem javnem interesu, in ne sme presehati tistega, kar je potrebno za uresničitev tega cilja, ter ga ni mogoče nadomestiti z drugim manj omejevalnim ukrepom, s katerim se lahko dosežejo isti rezultati (test sorazmernosti v ožjem pomenu).

Opisani so t.i. kontrolni standardi, ki jih pa Sodišče EU v vsakem primeru dosledno ne preizkuša. V sodni praksi je namreč mogoče zaslediti bolj ali manj podrobno argumentacijo pri različnih zadevah in različno stopnjo intenzivnosti te, ko se poskuša utemeljiti, ali je določen ukrep države članice opravičljiv ali ne.

23 Npr. Cp 141-2010, Cp 431-2008, Cp 1000-2007, I Cp 3289-2010, II Cp 4741-2005, IIIp 814-2010, II Ips 1706-2010.

24 II Cp 5686-2005.

25 Uradni list RS, št. 56/1999, spr. 45/2008.

26 Opozorimo istočasno tudi na Haaško konvencijo v civilnem sodnem postopku, ki tožniško varščino prav tako prepoveduje in bo uporabna za državljane drugih držav nečlanic EU, ki pa so članice omenjene konvencije.

27 18. člen PDEU.

28 Npr. IV Ips 185-2010, I Cp 1182-2005, I Cp 1674-2005.

29 Cp 10/2005.

Z vprašanji postopka je povezana tudi tema, kdaj se naj postavi **vprašanje za predhodno odločanje SEU**, o katerem sicer odloča sodišče samo ne glede na željo strank. Pa vendar je v sodni praksi kar nekaj primerov, ko so sodišča utemeljevala, zakaj vprašanje za predhodno odločanje ni potrebno.³⁰

Poudaril bi tudi **vprašanje derogacije predpisov**,³¹ v slovenskem pravnem sistemu obstaja kar nekaj predpisov, ki določajo rešitve, ki so drugačne od tistih, ki jih zahteva pravo EU. To je pravno dopustno; če so take rešitve uporabne za razmerja z osebami iz tretjih držav. To so ureditve, ki izhajajo iz primarnega prava in manj iz sekundarnega prava. Posamezne domače določbe so zaradi tega derogirane, kadar gre za razmerja interne narave, torej za stranke iz Slovenije ali stranke iz držav članic EU. V takih primerih je treba biti pozoren, da se domače pravo enostavno ne sme uporabiti, kljub temu da v prehodnih določbah ali kjerkoli drugje ne bomo našli podlage za derogacijo.

Posebej poudarjam še univerzalno uporabo (*Universal application*) določb aktov s področja civilnega prava z mednarodno sestavino v EU (tj. 2. člen Rimske uredbe I³² in 3. člen Rimske uredbe II³³), ki se rada spregleda.³⁴ Ti dve določbi se glasita: »Uporabi se vsako pravo, na katero napotuje ta uredba, ne glede na to, ali gre za pravo ene od držav članic.« Navedeno pomeni, da se ne glede na to, ali je stranka iz države članice EU ali ne, se domače pravo (v delu, ki ga urejata uredbi) ne more več uporabiti. Te določbe o univerzalni uporabi, ki izhajajo tudi že iz nekaterih haaških konvencij, derogirajo domače pravo v celoti glede vprašanj, ki jih same urejajo. Navajeni smo sicer, da uporabimo mednarodno pravo samo v tistih razmerjih, v katerih gre za mednarodno konvencijo dveh držav članic te konvencije, ne pa tudi, kadar je samo država sodišča članica ali konvencije ali akta EU, ne pa tudi država, iz katere prihaja druga stranka. To je drugačen način, ki ga nekatere zakonodaje ustrezno in pragmatično rešujejo tako, da tiste dele domačih predpisov, ki jih ureja evropsko pravo ali mednarodne konvencije, spremenijo tako, da jih razveljavijo, namesto njih pa zapišejo, da se uporabi mednarodna konvencija ali vir sekundarnega prava EU.³⁵

30 Npr. G 8-2005, R 68-2004, III Ips 156-2007.

31 Glej tudi Cpg 4/2006.

32 Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obližacijska razmerja (Rim I), Uradni list L 177, 04/07/2008 str. 6–16.

33 Uredba (ES) št. 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), Uradni list L 199, 31/07/2007 str. 40–49.

34 Npr. zadeva I Pg 1081/2009.

35 Gl. npr. nemški primer izvedbe Uredbe Rim II, Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts und die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 z dne 25.6.2009, Bundesgesetzblatt, 36/2009.

2.4 Nekatere ugotovitve o sistemskih vprašanjih

Tem vprašanjem kaže dati velik poudarek. To so **razlikovanje med neposredno uporabnostjo in neposrednim učinkom**,³⁶ nadalje **vzajemnost**,³⁷ **odnos Ustave RS do prava EU**,³⁸ **uporaba prava EU *ratione temporis***,³⁹ **retroaktivnost uporabe prava EU**,⁴⁰ **s kakšnimi akti se lahko izvede implementacija prava EU**,⁴¹ **uporaba prava EU *ex officio***,⁴² **kršitev prava EU kot kršitev človekovih pravic**,⁴³ **razlage avtonomnih pojmov**⁴⁴ itd.

Osredotočimo se samo na razlikovanje (ne)posredne uporabnosti in neposrednega učinka, ki je v praksi pomanjkljivo (ima pa to razlikovanje pravne posledice), čeravno je enostavno. Deloma so k temu pripomogla tudi nepravilna stališča v literaturi in neupoštevanje sodne prakse SEU. Napačno je namreč trditi, da razlikovanja med tem dvema pojmom ni in tudi da so zgolj sodišča zavezana k neposredni uporabi, medtem ko v upravnem postopku ni potrebe po uporabi prava EU oz. neposredne uporabe.⁴⁵ Pojasnimo, da je neposredna uporaba izraz, ki se nanaša na akt sam, medtem ko je neposredni učinek izraz, ki se nanaša na posamezno določbo, ki je pravno popolna in ne prepušča državi članici EU diskrecije glede implementacije. O tem vprašanju je bilo napisano že veliko.⁴⁶

3 PRAVO EU KOT POMOČ

Načeloma velja prepričanje, da je uporaba prava EU dodatno breme, predvsem pa dodatna poraba časa, vendar pa je veliko primerov takih, ko nam lahko pravo EU pomaga pri reševanju zadev; tudi **do te mere, da stranke uvidijo, da ni več smiselno nobeno pravno sredstvo**. Pri delovnopravnih in socialnih sporih je najti veliko odločitev, ko se sodišča prepričljivo (in z učinkom dokončne rešitve zadeve) sklicujejo na (in uporabijo) pravo EU in sodno prakso Sodišča EU.⁴⁷

36 Glej zadeve: Cp 2-2005, I Up 49-2010, II Ips 488-2006; Up-1201/05, II Cp 5686/2005, U-2661/2007, I Cpg 1078/2009, UPRS U 2611/2007, U-2707/2005.

37 VS Sklep Cp 8/2003.

38 U-I-113-2004, U-I-165-2005.

39 II Ips 615/2004, VSL II Cp 685/2004.

40 U 1676-2003.

41 U 38-2006.

42 Up-1201-2005.

43 Npr. U 655-2004, U 965-2004, U 1324-2007.

44 Nekaterih pojmov ne moremo (več) razlagati po domačem pravu. To so t.i. avtonomni pojmi prava EU, npr. subvencija in državne pomoči. Tanko mejo določa pravo EU; medtem ko je značilnost subvencij, da se pomoč podeljuje horizontalno (torej najpogosteje določenemu, naprej neznanemu natančnemu številu prejemnikov za točno določene namene, ki so običajno določeno spodbujanje (power of the purse – moč denarnice) in pod naprej točno določenimi pogoji), so pri državnih pomočeh podeljevanja vertikalne narave (gre za vnaprej določene prejemnike, po običajno vnaprej nenatančno določenih pogojih) itd. Čeprav ima spor terminološko oprava s subvencijo, je morda to lahko državna pomoč, katere dovoljenost pa se presoja po drugačnih pravilih kot subvencije. Glej več o tem pri Koaquin A., State Aid and Subsidies in the EU, 9th Global Forum on Competition, Pariz, 18.2.2010, dosegljivo tudi na <http://www.oecd.org/dataoecd/38/10/44627893.pdf>.

45 Glej s tem v zvezi Vogrinčič, V., Ministrstvo priznalo Volovji rebri advokata. Delo, Sobotna priloga, 20. 10. 2007, stran 38; Viler Kovačič, A., Uporaba predpisov pri odločanju v upravnem postopku. Pravna praksa 2008/1: stran 14–15.

46 Glej npr. Knez, R.: Kako do pravice v Evropi – pravno varstvo posameznika v EU, Podjetje in delo (PiD) 6–7/2003, stran 1039–1051.

47 Nekaj primerov: Odločba Višjega sodišča RS: VDS Sklep Pdp 69/2011, Odločba Višjega sodišča RS: VDS Sodba in sklep Pdp 825/2010, Odločba Višjega sodišča RS: VSC Sodba Cp 434/2008, Odločba Višjega sodišča RS: VDS Sodba Pdp 1415/2010; Odločba Vrhovnega sodišča RS: Sodba VIII Ips 353/2008.

Znanje o pravu EU lahko pomeni **tudi konkurenčno prednost** posameznika; pri tem seveda ne gre za to, da bi celotno pravo EU poznali na pamet – to ni mogoče. Pomembnejše je, da je treba na pravo EU (enako velja za mednarodno pravo), najprej pomisliti pri vsakem primeru in šele kadar je odgovor nikalen (da se torej ne uporabi), se preide na reševanje zadeve po domačem pravu. Treba se je prepričati, ali obstajajo pravne podlage v pravu EU ali mednarodnem pravu. To je največkrat relativno lahko glede nato, da je ne samo celotno pravo EU dosegljivo na internetu in brezplačno (enako velja za sodno prakso), ampak so tudi iskalniki precej prijazni za uporabnika. Načeloma nam iskanje ne vzame veliko časa in ne nazadnje gre tudi za to, da je treba vedeti, kako najdeno pravilo potem tudi uporabimo (kdaj neposredna uporabnost, kdaj posredna uporabnost, neposreden učinek itd.).

4 NEKATERA DRUGA VPRAŠANJA UPORABE PRAVA EU, POVEZANA S POSTOPKOVNIMI PRAVILI

Pravo EU praviloma ne posega v postopkovne določbe (izjema so mednarodna pravila na podlagi 81. člena PDEU (prej 65. člen pogodbe o ES). Največkrat določi le, da je treba zagotoviti sodno varstvo glede pravil EU, vendar se pri tem ne opredeljuje, na kakšen način, po kakšnem postopku, kdo je pristojen itd. Te zahteve so del sekundarnega prava in s tem se tudi omogoči postopek predhodnega odločanja; namreč, če ni zagotovljeno sodno varstvo, potem tudi pri razlagi teh pravil sekundarnega prava ne more biti postopka predhodnega odločanja (kajti zgolj sodišča so tista, ki lahko postavijo vprašanje v predhodno odločanje). Pri pregledovanju sodne prakse pa sem našel še na nekatera postopkovna vprašanja, ki jih je treba poudariti:

- s procesnimi sklepi so sodišča zahtevala prevod sodb SEU in tudi sklepnih predlogov generalnih pravobranilcev, kadar so se stranke nanje sklicevale, pa niso bili v slovenščini.⁴⁸ Menim, da tega ni pravilno zahtevati glede nato, da je učinek sodnih odločb *erga omnes* (to so sodne odločbe, izdane v postopku predhodnega odločanja). To pomeni, da te odločbe postanejo »*body of an article*«, torej postanejo del samega pravila prava EU, ki se razlaga, in to pravilo skupaj s sodno prakso SEU morajo domača sodišča poznati (*iura novit curia*). Čeprav razumem sodišča, da so s takimi pristopi strank obremenjena, pa je vendarle država tista, ki je odgovorna za prevode in ne stranke. Tudi razumem sodišča, da bi jim bilo v veliko pomoč, če bi stranke navedle natančno, na katero točko določene sodbe, ki je lahko zelo obsežna, se sklicujejo. Taka zahteva sodišč vendarle ni mogoča, kajti celotna sodba postane del neke določbe, ki jo je SEU razlagalo. Menim, da lahko take zahteve deloma reši zahteva po povzetku (226. člen ZPP);
- v sodni praksi je mogoče najti tudi odločbe, s katerimi sodišče meni, da se direktive ne uporabljajo, ker ni t.i. evropskega elementa;⁴⁹ z drugimi besedami, da je treba za uporabo imeti t.i. čezmejni učinek. To ni tako; čezmejni učinek se res zahteva za večino določb PDEU, ko pa gre za sekundarno pravo, ki ureja notranji trg, pa mednarodni oz. evropski element ni pogoj za uporabo.⁵⁰

48 I U 1666/2009-25.

49 I U 1331/2009-14.

50 Glej 114. člen PDEU.

5 SKLEP

Ugotovitve, drugače kot v večini primerov tega prispevka, v katerem svoje trditve opiram na sodno prakso SEU in na pravila pozitivnega prava EU, so splošnejše: ocenjujem napredek pri uporabi prava EU v sodnem odločanju, čeprav ne morem odgovoriti na vprašanje, koliko je primerov, v katerih bi se pravo EU morda moralo uporabiti, pa se ni (kajti pregledoval sem samo sodno prakso, v kateri se je pravo EU uporabilo). Menim, da je zavest o uporabi prava EU danes gotovo višja, kot je bila pred osmimi leti, ko smo postali člani EU. K temu so pripomogli tudi odvetniki, ko so za stranke iskali pravico v pravu EU, velik delež pa seveda sama sodišča, ki jih vodi dolžnost uporabe prava EU po uradni dolžnosti. Navedeno ne pomeni, da ni možnosti za izboljšave oziroma da predvsem sistemska vprašanja v prihodnje ne bodo še ustrezneje obravnavana in natančneje uporabljena. Ne morem pa mimo občutka, da je Slovenija (tudi z dosedanjimi vprašanji za predhodno odločanje) bolj pospešeno na poti sprejemanja prava EU, ne samo enakopravno domačemu pravu, ampak kot okvir, v katerem je treba razlagati tudi domače pravo.

NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S PODROČJA SOCIALNIH SPOROV

dr. Etelka Korpič - Horvat ¹
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

V prispevku sem analizirala ustavnosodne presoje o pravici do pokojnine² kot eni temeljnih človekovih pravic do socialne varnosti, določeni v 50. členu ustave. Predvsem sem upoštevala odločitve Ustavnega sodišča RS, sprejete od 1. januarja 2009 do 21. septembra 2012, po vloženih zahtevah ali pobudah ali ustavnih pritožbah. Ustavno sodišče ima bogate ustavnosodne presoje o pravici do pokojnine.³ Ker posamezne odločitve, ki so pomembne za opredelitev in razumevanje te pravice, segajo pred leto 2009, na nekatere prav tako opozarjam v tem prispevku.

V drugem delu prispevka obravnavam odločitev Ustavnega sodišča RS s področja socialne varnosti (znižanje pokojnin), ki se nanaša na varčevalne ukrepe, opredeljene v Zakonu za uravnoteženje javnih financ (v nadaljevanju ZUJF)⁴.

2 PRAVICA DO POKOJNINE

Slovenija je kot večina kontinentalnega dela evropskih držav prevzela Bismarckov model obveznega pokojninskega socialnega zavarovanja. Pravica do pokojnine je določena kot pomembna človekova pravica iz socialne varnosti, opredeljena v 50. členu Ustave RS, ki temelji na zavarovalnem načelu.

Prvi in drugi odstavek 50. člena Ustave RS določata:

»Državljeni imajo pod pogoji, določenimi z zakonom, pravico do socialne varnosti, vključno s pravico do pokojnine.

Država ureja obvezno zdravstveno, pokojninsko, invalidsko in drugo socialno zavarovanje ter skrbi za njihovo delovanje.«⁵

V dosedanjih ustavnosodnih presojah je Ustavno sodišče RS pomembno prispevalo k opredelitvi vsebine pravice do pokojnine s temi odločitvami:

1 Etelka Korpič-Horvat, doktorica pravnih znanosti, ustavna sodnica, Ustavno sodišče Republike Slovenije, etelka.korpic-horvat@us-rs.si

2 Odločbe Ustavnega sodišča RS, ki se nanašajo na pravico do pokojnine, so me spomnile na Deklico z rastočo knjigo v Župančičevi jami v Ljubljani idejnega avtorja dr. Janeza Gabrijelčiča.

3 Odločbe Ustavnega sodišča RS, ki se nanašajo na pravico do pokojnine, so me spomnile na Deklico z rastočo knjigo v Župančičevi jami v Ljubljani idejnega avtorja tega projekta dr. Janeza Gabrijelčiča.

4 Zakon za uravnoteženje javnih financ, Uradni list RS, št. 40/12.

5 Pregled ustavnosodnih presoj v zvezi s pravico do socialne varnosti, glej tudi Kresal, B., L. Šturm, Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev A, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011, str. 775–815.

Odločba št. Up-770/06 z dne 27.5.2009 (zadeva Lazarevič)

V navedeni odločbi je Ustavno sodišče RS prvič odločilo, da pravica do pokojnine uživa dvojno ustavno varstvo, in sicer po:

- prvem odstavku 50. člena ustave (pravica do socialne varnosti) in
- 33. členu ustave (pravica do zasebne lastnine).

Kot pravica do socialne varnosti je zagotovljena le državljanom RS, kot pravica do zasebne lastnine pa ne glede na državljanstvo.

Z odločitvijo, da pokojnina uživa tudi ustavnopravno varstvo po 33. členu ustave in ne le kot socialnovarstvena pravica po prvem odstavku 50. člena ustave, je ustavno sodišče pomembno izpopolnilo vsebino pravice do pokojnine. Pokojnina ima svojo premoženjsko vrednost in je zato varovana tudi po 33. členu ustave.⁶

Ustavno varstvo po 33. členu ustave vključuje tudi pravico do izbire pokojnine, če upravičenec izpolni pogoje za pridobitev pravice do dveh ali več pokojnin. Ima izbirno pravico do ugodnejše pokojnine po 177. členu ZPIZ- 1. Lahko uživa le eno pokojnino, vendar po lastni izbiri.⁷

Odločba št. U-I-1/11 z dne 10.3.2011(nanaša se na referendum o pokojninski reformi)

V navedeni odločbi je ustavno sodišče jasno ponovilo, da je pravica do pokojnine pravica iz socialne varnosti, ki temelji na zavarovalnem načelu, zato je premoženjska pravica, ki uživa dvojno varstvo po prvem odstavku 50. člena in po 33. členu ustave. Pri presoji o dopustnosti referendumskega odločanja o Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju⁸ (v nadaljevanju ZPIZ-2, pokojninski reformi) je ustavno sodišče ugotovilo, da veljavna ureditev pokojninskega sistema po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju⁹ (v nadaljevanju ZPIZ-1) ne posega v jedro ustavno varovane pravice do pokojnine, zato je referendum dopustilo. Navedlo je, da je treba poseg v jedro pravice do pokojnine ugotavljati z razlago prvega odstavka 50. člena v zvezi z drugim odstavkom 50. člena ustave. Za njeno ureditev velja zakonski pridržek, saj so pravice in obveznosti iz pokojninskega in invalidskega zavarovanja prepuščene zakonski ureditvi. Zakonodajalec je dobil pooblastilo, da določi način uresničevanja te človekove pravice (drugi odstavek

6 Ustavno sodišče je v odločbi št. Up-156/98 z dne 11.2.1999 zavzelo stališče, da je pojem lastnine po 33. členu ustave širši od civilnega pojma lastninske pravice, ker zajema razmerja, ki imajo za posameznika vrednost na premoženjskem področju. Tudi Evropsko sodišče za človekove pravice razvršča pravice iz socialnega zavarovanja med varovane pravice po 1. členu protokola, kot pravico do spoštovanja premoženja vsaki fizični in pravni osebi (glej sodbo ESČP Andrejev proti Latviji z dne 18.2.2009 in druge).

7 Drugačnega mnenja je bil ustavni sodnik Zobec, ki je v odklonilnem ločenem mnenju, pridružila se mu je sodnica mag. Klampfer v odločbi Up-360/05 z dne 2.10.2008, 7. točka, menil, da je pravica do pokojnine pravica prejemati pokojnino, pravica do izbire med pokojninami pa je značilen izraz načina uresničevanja pravice do pokojnine.

8 Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, EPA 1300-V.

9 Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, Uradni list RS, št. 109/06 – uradno prečiščeno besedilo.

15. člena ustave)¹⁰. Zakonodajalec ne sme poseči v jedro pravice do pokojnine. Pri posegu v jedro pravice do pokojnine bi moralo Ustavno sodišče RS poseg presoati z upoštevanjem tretjega odstavka 15. člena in 2. člena ustave s strogim testom sorazmernosti. Zakonodajalec ne sme izvotliti pravice do pokojnine; je pa svoboden pri načinu uveljavitve pravice do pokojnine, kar pomeni, da lahko spremeni pogoje za pridobitev pokojnine; same pravice pa ne more ukiniti, ker je ustavno varovana pravica. To je pričakovana pravica na podlagi vplačanih prispevkov. Posameznik si s plačevanjem prispevkov nalaga sredstva za življenje, ko ne bo več aktiven. To je obvezno zavarovalno načelo »varčevanja«, ki je določeno v drugem odstavku 50. člena ustave. Zato je Ustavno sodišče RS v odločbi jasno zapisalo, da je to varovana premoženjska pravica, ki je odvisna od obdobja in višine plačevanja prispevkov.¹¹

Odločba št. U-I- 281/09 z dne 22.11.2011(zadeva odpisi, delni odpisi, odlogi in obročna odplačevanja prispevkov za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje)

Kot poseg v pravico zavarovancev (delavcev) do zasebne lastnine iz 33. člena ustave je Ustavno sodišče RS opredelilo tudi nedopustne odpise, delne odpise, odloge in obročna odplačevanja prispevkov za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje in v tem delu razveljavilo prvi odstavek 228. člena ZPIZ-1. Pri presoji testa legitimnosti je Ustavno sodišče RS menilo, da zakonodajalec ni izbral ustavno dopustnega sredstva za uresničevanje ciljev (nadaljnje delo pravnih oseb in ohranitev zaposlitve delavcem), ker so vsa tveganja in škodljive posledice na delavcu, pri čemer delavec niti ni vedel za odlog, obročno plačilo ali odpis prispevka za pokojninsko in invalidsko zavarovanje.

Odločba št. Up-360/05 z dne 2. 10. 2008 (zadeva Todorović)

Prvič se je Ustavno sodišče RS izreklo **o ustavno varovanem jedru pravice do pokojnine** v zadevi Todorović.¹²

V navedeni odločbi je Ustavno sodišče RS odločilo, da je treba v vsakem primeru posebej ugotoviti vezanost zakonodajalca na ustavno varovano jedro človekove pravice, ko gre za zakonski pridržek določitve vsebine in obsega človekove pravice. Zakonodajalec s svojimi normami ne sme posegati v jedro pravice, ker bi sicer pravico izvotlil.

V navedeni odločbi je Ustavno sodišče RS odločilo, da mu pravica do pokojnine pripada in ko posameznik izpolni pogoje za pridobitev pokojnine, ima pravico, da jo uveljavlja pri nosilcu zavarovanja. V navedeni odločbi je zapisano: *»jedro pravice do pokojnine pomeni pravico posameznika, da na podlagi plačanih prispevkov pokojninskega zavarovanja in ob izpolnjenih drugih razumno določenih pogojih pridobi in uživa pokojnino, ki mu zagotavlja socialno varnost ...«*. Ustavno varovano jedro pravice do pokojnine zajema torej pravico dobiti pokojnino, ki zagotavlja socialno varnost.

10 V odločbi Ustavnega sodišča RS št. U-I-36/00 z dne 11.12.2003 je ustavno sodišče presojalo več ukrepov zakonodajalca (usklajevanje pokojnin, omejitve pokojninske osnove, določitev najnižje in najvišje pokojninske osnove idr.), za katere je presodilo, da ne gre za poseg v pravico do pokojnine. Če ima zakonodajalec razumen razlog, je prenova pokojninskega sistema dopustna.

11 Glej tudi odločbe US št. U-I-29/96 z dne 8.5.1997, št. U-I- 36/00 z dne 11.12.2003 in druge.

12 V tej odločbi je Ustavno sodišče RS pokojnino varovalo le v okviru prvega odstavka 50. člena, ne pa v okviru 33. člena.

Poleg tega je v navedeni odločbi Ustavno sodišče RS presodilo, da gre za poseg v jedro pravice do pokojnine, če nosilec zavarovanja ne more uveljavljati pokojnine po svoji izbiri.¹³ Ustavno varovano jedro pravice do pokojnine, ki ga zakonodajalec mora upoštevati, je tudi pravica do izbire pokojnine.

O ustavnopravnem jedru pravice do pokojnine glede na višino pokojnine pa se ustavno sodišče ni opredelilo. Je pa že v odločbi št. U-I-150/94 z dne 15. 6. 1995 in št. U-I-29/96 z dne 8. 5. 1997 navedlo, da mora pokojnina v neki meri zagotavljati kontinuiteto življenjskega standarda, ki ga je imel zavarovanec v aktivni dobi (dohodkovna varnost), saj se mu s pokojnino v določenem deležu (sorazmerno) nadomešča dohodek, od katerega so se plačevali prispevki za pokojninsko zavarovanje.¹⁴ Navedeno je ustavno sodišče dogradilo v odločbi št. U-I-1/11 z dne 10.3.2011, ko je višino pokojnine umestilo med socialnovarstvene prejemke in plačo in s tem vsaj posredno opredelilo ustavno varovano jedro pravice do pokojnine glede na njeno višino. V sprejeti odločbi je zapisano, da mora biti pokojnina za 40 let pokojninske dobe pri moških in 38 let pri ženskah tolikšna, da zagotavlja upokojencu oziroma upokojenki najmanj socialni minimum, ki ne pomeni le življenjskega minimuma za preživetje, kot se zagotavlja z dajatvami iz sistema socialnega varstva, ampak določeno življenjsko raven. Pri tem ustavno sodišče sicer ni razložilo, kaj pomeni »socialni minimum in življenjski minimum«, je pa jasno zapisalo, da pokojnina mora biti višja kot socialnovarstveni prejemek, ki ne temelji na zavarovalnem načelu. Torej pokojnina mora zagotavljati več kot le življenjski minimum za preživetje, kot se zagotavlja z dajatvami iz sistema socialnega varstva. Upokojemcem mora zagotavljati določeno življenjsko raven glede na njihovo delo in plačane prispevke med njihovo aktivno dobo.

Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-36/00 z dne 11. 12. 2003 (več pobudnikov, načelo solidarnosti).

Prvi odstavek 50. člena Ustave RS izrecno določa pravico do pokojnine kot del pravice do socialne varnosti.¹⁵ Ker ustava opredeljuje pokojninsko zavarovanje kot vrsto socialnega zavarovanja, so sestavine vzajemnosti oziroma solidarnosti v tem sistemu ustavno dopustne. V navedeni odločbi (15. točka) je izrecno zapisano, da »Spoštovanje tega načela (*načela solidarnosti op. avtorice*) ne nasprotuje načelu socialne države (2. člen ustave) in tudi ne iz njega izvirajoči pravici do socialne varnosti (50. člen ustave).

V navedeni zadevi je Ustavno sodišče RS zavzelo stališče, da je zakonodajalec z določitvijo najnižje in najvišje pokojninske osnove sledil načelu solidarnosti.

13 Pritožnik, državljani Republike Slovenije, je uveljavljal pravico do pokojnine pri nasilju zavarovanja v Srbiji, zaradi česar naj bi izkoristil pravico do izbire pokojnine in zato naj ne bi izpolnjeval pogojev za priznanje pravice do starostne pokojnine v Republiki Sloveniji po 177. členu ZPIZ-1, čeprav je več kot 30 let vplačeval prispevke slovenskemu nosilcu obveznega zavarovanja. S tem ko je uveljavljal pravico do pokojnine v Republiki Srbiji, je izkoristil pravico izbire nosilca zavarovanja in zato v Republiki Sloveniji ne more uveljavljati niti sorazmernega dela pokojnine, so odločila sodišča vseh treh stopenj.

14 Tako v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-150/94 z dne 15. 6. 1995 ter št. U-I-29/96 z dne 8. 5. 1997.

15 Pravica do pokojnine je bila v prvi odstavek 50. člena ustave dodana s spremembo ustave leta 2004 (Ustavni zakon o spremembi 50. člena ustave, Uradni list RS, št. 69/04 – UZ50). Iz gradiva za spremembo ustave izhaja, da namen ustavne spremembe ni bil v zagotoviti t. i. državne pokojnine kot pravice iz sistema socialnega varstva, temveč pokojnine kot pravice, ki temelji na plačanih prispevkih iz minulega dela. Glej M. Cerar, A. Novak in B. Vrišer (ur.), Ustavne razprave 2001–2004: Izbor gradiv Državnega zbora Republike Slovenije, IV. knjiga, Državni zbor Republike Slovenije, Ljubljana 2004, str. 247–248.

Navedene odločitve Ustavnega sodišča RS (pa tudi druge, ki jih ne navajam) so pomembno prispevale k opredelitvi vsebine pravice do pokojnine in njenemu nadaljnjemu razvoju. To je v sedanjem času pomembno predvsem pri oblikovanju novega ZPIZ-2 oziroma pokojninske reforme, pa tudi pri presoji izpodbijanih določb ZUJF, ki se nanašajo na pokojnine. Vsekakor Ustavno sodišče RS še ni odgovorilo na vsa odprta vprašanja, ki se pojavljajo v zvezi z opredelitvijo oziroma razumevanjem ne le samega jedra pravice do pokojnine, ampak tudi presojanj, kdaj bi lahko zakonodajalec posegel v navedeno pravico. To bo predmet nadaljnjih ustavnosodnih presojanj glede na posamezne primere.

3 ODLOČITEV USTAVNEGA SODIŠČA RS, KI SE NANAŠA NA ZAKON ZA URAVNOTEŽENJE JAVNIH FINANC

V zvezi s presojo ZUJF, ki se nanaša na socialno varnost, je do 21. septembra 2012 Ustavno sodišče RS sprejelo

Sklep št. U-I- 162/12 in Up-626/12 (drugi odstavek 143. člena ZUJF) z dne 12.7.2012

V navedeni zadevi je Ustavno sodišče RS zavrglo ustavno pritožbo zoper dopis Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije o znižanju pokojnine na podlagi drugega odstavka 143. člena ZUJF in pobudo za začetek postopka za presojo ustavnosti navedene določbe. Po navedeni določbi se pokojnine, ki se izplačujejo iz državnega proračuna, v skladu z 232 ZPIZ-1, ki presegajo znesek 622 evrov, s prvim dnevom naslednjega meseca po uveljavitvi ZUJF zmanjšajo za določene zneske od 150 do 350 evrov, odvisno od višine pokojnine.

Ustavno sodišče je zavzelo stališče, da je omenjeno znižanje pokojnin oblastni akt, ki posega v pravice, obveznosti in pravne koristi posameznika, zato mora biti o tem skladno z načelom pravne države (2. člen ustave) in načelom enakega varstva pravic v postopkih odločeno z upravno odločbo (1. člen ZUP). Novo višino pokojnine je zato treba določiti z upravno odločbo; ne glede na poimenovanje v ZUJF, da gre »za usklajevanje pokojnin«. Po mnenju Ustavnega sodišča RS dopisa ZPIZ ni mogoče šteti za konkretni, posamični akt, ker v spornem dopisu ni navedeno:

- zakaj naj bi se navedena določba ZUJF nanašala na pritožnika oziroma pobudnika,
- kako naj bi zakonska določba vplivala na položaj pritožnika oziroma pobudnika,
- obvestilo ni bilo izdano v predpisanem postopku in nima vseh sestavin, ki se zahtevajo za upravne odločbe.

Zato obvestila ni dovoljeno izpodbijati z ustavno pritožbo. Na podlagi izdane upravne odločbe pa bo pritožnik moral izčrpati vsa pravna sredstva. Ustavno sodišče je zato ustavno pritožbo zavrglo. Glede na doktrino, ki jo je razvilo,¹⁶ se pobuda lahko vloži šele po izčrpanju pravnih sredstev zoper posamični akt, izdan na podlagi izpodbijanega predpisa, hkrati z ustavno pritožbo. Ker izpodbijani predpis ne učinkuje neposredno, pobudnik ne izkazuje pravnega interesa, kar je pogoj za meritorno obravnavanje pobude.

¹⁶ Glej sklep št. U-I- 275/07 z dne 22.11.2007 in druge.

EVROPSKO PREKRŠKOVNO PRAVO (S PONAZORITVIJO NA PRIMERU VINJETNEGA SISTEMA IN NELEGALNO ODLOŽENIH ODPADKOV)

prof. dr. Rajko Knez
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru

1 UVOD

Treba je pojasniti, da je pojem »evropsko prekrškovno pravo« nekaj, česar v pravu EU dejansko ne poznamo ali pa vsaj ne natančno. Pravo EU se praktično nikoli, vse od njenega začetka pa do današnjih dni, z vsebinskimi določbami glede prekrškov ni veliko ukvarjalo, ker za to ni imelo ustrezne pravne podlage v določbah o svojih pristojnostih. Tudi v zadnjih spremembah Pogodbe o EU (PEU) in o delovanju EU (PDEU) ni natančnih določb o možnosti določanja prekrškov (z vsebinskega vidika in z vidika procesnega prava).¹

Tudi zaradi tega v aktih institucij EU največkrat ne bomo našli kazenskih določb,² kot smo navajeni pri notranjepравnih predpisih, v katerih so kazenske določbe uvrščene v dele posameznih splošnih aktov na koncu pred prehodnimi in končnimi določbami.³ V predpisih primarnega, sekundarnega ter tudi terciarnega prava EU prekrškovnih določb ne bomo srečali, razen pri primerih v novjšem času, ko se državi članici naloži, da določena ravnanja sankcionira. Ta pravila so nastala precej evolutivno in ne na podlagi izrecnih pristojnosti. Njihovo mesto je v sekundarnih predpisih EU.⁴ Da tudi slednje ni bilo lahko, priča zadeva C-440/05,⁵ v kateri je Sodišče EU moralo odločiti o tem, ali obstaja pravna podlaga v pravu EU, na podlagi katere bi EU lahko naložila državam članicam, da za kazniva dejanja zoper okolje določijo kazenske sankcije.

¹ Glej določbo 5. člena PEU in 3. člen PDEU.

² Povsem pravilna ta trditev ni, kajti nekaj aktov sekundarnega prava vsebuje kazenske določbe ali vsaj napotilo, da jih morajo države članice določiti (glej npr. Direktivo 2009/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. junija 2009 o minimalnih standardih glede sankcij in ukrepov zoper delodajalce nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav, UL L 168, 30/06/2009 str. 24–32, 9. člen, pa 20. člen Uredbe 619/2009 o skupnih podrobnih pravilih za uporabo sistema izvoznih nadomestil za kmetijske proizvode itd.).

³ V prekrškovnih določbah bi uporabnik zakona moral najti sankcije, ki so predpisane za kršitev posameznih vsebinskih določb zakona, nikakor pa ne novih obveznosti. Torej, ne takih obveznosti, ki jih vsebinski deli zakona ne vsebujejo. Vedno ni tako in v takih primerih govorimo o nomotehnični nepravilnosti in lažni neskladnosti zakona. Npr. določba 157. a člena Zakona o varstvu okolja, ki določa, da mora posameznik plačati za stroške odvoza nelegalno odloženih odpadkov, je tak primer. V samem omenjenem zakonu ni nobene določbe o obveznostih lastnika zemljišča, temveč samo o povzročitelju odpadkov, prav tako pa ta določba ne določa kazni, temveč določa plačilo za neko storitev. Več o tem glej v nadaljevanju v poglavju IV.2.

⁴ Npr. Direktiva iz 7. opombe (prometni prekrški) je sprejeta na podlagi pravil o policijskem sodelovanju, ki pa ne daje možnosti za harmonizacijo ali unifikacijo glede prekrškov z materialnopravnega vidika.

⁵ Npr. Direktiva 2008/99/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o kazenskopravnem varstvu okolja (besedilo velja za EGP), UL L 328, 6.12.2008, str. 28–37, je bila sprejeta po tem, ko je Sodišče EU odločilo (v zadevi C-440/05, Komisija Evropskih skupnosti proti Svetu Evropske unije), da lahko smernice kazenskih sankcij zoper kazniva dejanja okolja določijo v zakonodajnem postopku EU.

Sodelovanje pri kakršni koli represiji je bilo v EU vedno predmet meddržavnega sodelovanja. Vse do leta 1992, ko je bila sprejeta Maastrichtska pogodba o Evropski uniji (v nadaljevanju: PEU), o tem dejansko nismo veliko govorili. Šele s PEU, ki je vse tri takratne skupnosti (Pogodba o Evropski skupnosti za premog in jeklo, Pogodba o Evropski gospodarski skupnosti – današnja Pogodba o delovanju EU, Pogodba o Evropski skupnosti za jedrsko energijo) združila kot prvi steber delovanja EU, v drugem stebru določila pravila za sodelovanje v skupni zunanji in varnostni politiki ter v tretjem stebru še pravila za sodelovanje pri civilnih in kazenskih zadevah, je nastala prva mogoča pot meddržavnega (torej ne naddržavnega) sodelovanja med državami članicami EU. Od takrat dalje je šel razvoj v smer povečevanja pristojnosti iz drugega in tretjega stebra, kar pomeni, da so pravila meddržavnega sodelovanja počasi prehajala v prvi steber (npr. pravila sodelovanja pri civilnih zadevah, ki so prešla v prvi t.i. naddržavni steber) z Amsterdamsko pogodbo (1997). Prav tako pa so bila tudi v drugem in tretjem stebru sprejeta pravila, ki so jih morale države članice ratificirati oz. sprejeti v svojo zakonodajo (ne gre za uporabo načela neposredne uporabnosti kot pravila prvega stebra) in so močno posegla v tiste dele zakonodaje, za katere so države članice tradicionalno menile, da spadajo v posebno kategorijo suverenosti vsake države (predvsem sodelovanje pri kazenskih zadevah in skupni zunanji ter varnostni politiki).

Če torej razumemo, da je EU na eni strani vedno manjkalo izvirne in deljene pristojnosti, da bi urejala prekrške ali celo kazniva dejanja, na drugi strani pa je s postopnim razvojem v desetletjih poskušala mehko stopiti v pravne sisteme držav članic tudi z navodili o tem (smernicami, kot to lahko storijo z direktivami), da je treba nekatera ravnanja na ravni držav članic tudi sankcionirati, potem lahko razumemo, da v prekrškovnem pravu na ravni EU ni veliko vsebinskih (materialnopравnih) določb.

Navedeno pa še ne pomeni, da o tej temi ni mogoče reči še česa več; institucije EU, predvsem Sodišče EU, so se večkrat spoprijemale z vprašanji, kako varovati pravo EU in med drugim je eden od načinov varstva pravil EU (to pomeni, da države ter fizične in tudi pravne osebe spoštujejo pravila EU) kaznovalna politika. Sodišče je že v 70. letih moralo odločiti tudi, da morajo izvirno notranjepravne določbe o sankcijah spoštovati nekatere kriterije prava EU. To pa pomeni tudi, da domača sodišča ne smejo uporabiti sankcije za določen prekršek, ki ni skladna s temi kriteriji oziroma mora njena uporaba biti modificirana. Predvsem o tem in še o nekaterih vprašanjih, ki so povezana s prekrški, teče beseda v tem prispevku. Ni pa veliko besed o najbolj harmoniziranem področju prekrškov v EU (prometni prekrški) in s tem v zvezi z Zakonom o sodelovanju v kazenskih zadevah med državami članicami EU.⁶ Je pa v prispevku obsežnejše poglavje o odnosu notranjepravnih določb, za katere je določena prekrškovna sankcija, do pravil prava EU; gre za tiste primere, ko je neko ravnanje oziroma opustitev v slovenskem pravu določena kot prekršek, po pravu EU pa gre za pravico in je torej določeno ravnanje ali opustitev dovoljena. Pri tovrstnih primerih je najpomembnejše vprašanje znanja oziroma informacije o tem, da gre za neskladnost med pravom EU in nacionalnim pravom. Za ponazoritev te problematike sta predstavljena dva primera (vinjetni sistem in nelegalno odlaganje odpadkov).

6 Razlog je enostaven; o tem lahko veliko preberete v članku M. Avbelj, Prometni prekrški z evropskim elementom, v zborniku: 7. dnevi prekrškovnega prava 2012, Ljubljana, GV Založba, 2012, str. 164–171 in S. Sever, Novejše odločbe Sodišča EU s področja prekrškov, isti vir, str. 154 do 163.

2 PREKRŠKOVNA PRAVILA EU: MATERIALNO V. PROCESNO PRAVO

Pojasnili smo torej, da za vsebinska pravila, ki bi jih lahko označili kot prekrškovna pravila v pravu EU ni ustrezne podlage; z drugimi besedami, v pravu EU ni pristojnosti institucij EU, da določijo, kaj je to prekršek zaradi nespoštovanja neke norme, in kakšna je sankcija za to. Če npr. ponazorimo, EU ne more določiti, ali je npr. enostranska neupravičena odpoved delovnega razmerja nekaj, kar zahteva civilnopravno sankcijo, ali je to prekršek, kot upravnopravna sankcija ali pa je to kaznivo dejanje, niti ali naj bo za to predpisana globa v višini 1.000,00 EUR ali denarna kazen v višini 4.000,00 EUR. Pravila EU lahko določijo, kdaj je kršitev prava EU in da morajo države članice to kršitev sankcionirati na način, ki bo zasledoval *deterrent effect* (tj. zastrašujoč učinek generalne prevencije). Prav tako lahko pravila EU določijo procesne norme v tem pogledu, ki omogočajo doseči obsodbo odgovorne osebe (kot npr. izmenjavo podatkov med državami članicami, pomoč pri izvajanju dokazov, pri vročanju uradnih dokumentov, pisanj itd). Prav zaradi tega je slednjih norm precej več. Tudi Direktiva 2011/82/EU s področja prekrškov cestnoprometnih predpisov,⁷ ki je prvi natančnejši akt s področja prekrškov, vsebuje večinoma procesne norme.⁸ Ta direktiva je nasledila okvirna sklepa (i) Sveta 2008/615/PNZ z dne 23. junija 2008 o poglobitvi čezmejnega sodelovanja, zlasti na področju boja proti terorizmu in čezmejnemu kriminalu, in (ii) Sveta 2008/616/PNZ z dne 23. junija 2008 o izvajanju Sklepa 2008/615/PNZ (Prümska sklepa), ki sta bila sprejeta v okviru meddržavnega sodelovanja, na področju kazenskih zadev, kot je opisano v uvodnem poglavju. Potreba po direktivi je bila predvsem ta, da sankcije v obliki denarnih kazni za nekatere cestnoprometne prekrške, ki so bili storjeni v eni državi članici z vozilom, ki je registrirano v drugi državi članici, pogosto niso izvedene.

Za dosego epiloga vsakega postopka, ki želi sankcionirati nespoštovanje prava, ki je opredeljeno kot prekršek, so nujno potrebne vsebinske in procesne norme. Pristop EU je torej v tem, da vsebinske norme relativno prepuščajo državam članicam, prav tako procesne, vendar pa v primerih, v katerih je evropski element in je potrebno sodelovanje med različnimi organi v različnih državah članicah EU, pomaga s procesnimi pravili tovrstnega sodelovanja. Tako se praktično epilog doseže s spoštovanjem in kumulativno uporabo materialnih pravil, procesnih pravil (oboje domačega in notranjega prava države, v kateri je bil storjen prekršek; *lex loci delicti commissi*) in tudi s pravili prava EU v tistih primerih, v katerih imamo neke vrste evropski element, ki se običajno kaže v tem, da je prekršek v neki državi storila fizična ali pravna oseba, ki ima domicil ali sedež v drugi državi članici EU.

Da so slednja pravila nujno potrebna, nas prepriča že bežen pregled statistike in opažanj,⁹ pa tudi nekateri primeri prakse Sodišča EU, ki kažejo, da se povečuje število prekrškov tujcev v državah članicah EU, od prometnih do prekrškov javnega reda in miru (kot je na primer vsiljivo beračenje). Države članice EU so s

7 Direktiva 2011/82/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o lažji čezmejni izmenjavi informacij o prometnih prekrških, povezanih z varnostjo v cestnem prometu, UL L 288, 5.11.2011.

8 Glej več o tej direktivi ter nasploh o sistemu prekrškovnih določb v pravu EU pri M. Avbelj, Prometni prekrški z evropskim elementom, v zborniku: 7. dnevi prekrškovnega prava 2012, Ljubljana, GV Založba, 2012, str. 164–171.

9 Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: »Evropski prostor varnosti v cestnem prometu: usmeritve politike na področju varnosti v cestnem prometu v obdobju 2011–2020«, Bruselj, 20.7.2010, COM (2010) 389 končni.

svoboščinami notranjega trga ter predvsem s prostim gibanjem oseb kot pravico evropskega državljanstva pridobile veliko koristi, pa tudi nekaj slabih strani teh pravic. Ena zadnjih stvari so gotovo tudi prekrški oseb, ki izkoriščajo pravice do prostega bivanja in proste nastanitve, pri čemer so tudi primeri, ko storilci celo računajo s tem, da izterjave kazni ne bo, če se vrnejo v državo svojega domicila ali sedeža.

So pa, kot na primer ugotavljajo na področju varnosti cestnega prometa, taki primeri tudi že neposreden vpliv na samo varnost. Povsem logično je, če voznik iz tujine računa na to, da ga kazen zaradi prehitre vožnje ne bo dosegla in da bo varen takoj, ko bo prešel čez mejo države, v kateri je vozil prehitro, da ga seveda prehitra vožnja ne skrbi. Tako se učinek generalne prevencije kazni hitro izniči, to izničenje pa lahko doseže neomejeno število voznikov. Ni torej sporno, da svoboščine notranjega trga in evropskega državljanstva prinašajo tudi negativne strani, ki pa jih lahko EU bolje rešuje kot posamezne države članice, in to skladno z načelom subsidiarnosti (iz 5. člena PDEU in protokola k tej pogodbi št. 2) sprejema tudi predpise, ki procesnopravno omogočajo doseganje epiloga v vsakem posameznem primeru storjenega prekrška ter s tem preprečujejo krepitev pravne nevarnosti (principle of legal safety).

Primeri v zakonodaji EU, v kateri lahko najdemo pravila, katerih namen je sankcioniranje prava EU (kršitev izvorno notranjepravnih pravil seveda ne more biti predmet zakonodaje EU) so relativno redki. Taka pravila, ki zahtevajo sankcije, so v sekundarnih predpisih in nekaj jih naštevamo.¹⁰ Skupna značilnost pa je, da ne določajo natančno sankcije, temveč zgolj določljivost. Tako običajno ti predpisi zahtevajo, da mora država članica za nekatere kršitve sprejeti t.i. primerne (appropriate) sankcije. Pogosto doda zakonodaja EU, da so to upravne sankcije (*administrative sanctions*). Področja, za katera EU sprejema take predpise, so predvsem področja, ko govorimo o varstvu šibkejše stranke oz. o načelu *in favorem*. Tako npr. v delovnopravni zakonodaji, v kateri se delavci kot ekonomsko šibkejša stranka, ki so v podrejenem položaju glede na svojega predpostavljene delodajalca, običajno štejejo kot stranka, ki potrebuje posebno varstvo (enako velja za otroke, potrošnike in okolje). Npr. Direktiva 2009/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. junija 2009 o minimalnih standardih glede sankcij in ukrepov zoper delodajalce nezakonito prebivajočih državljanov tretjih držav določa v 10. členu, da države članice sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev, da se fizične osebe, ki storijo kaznivo dejanje, ki jih navaja direktiva (izkoriščevalske delovne razmere, trgovina z ljudmi itd.), kaznujejo z učinkovitimi, sorazmernimi in odvračilnimi kaznimi.

3 USTREZNOST SANKCIJ

Menim, da je pereče vprašanje sankcij tudi vprašanje njihove ustreznosti. Sodišče EU, pa tudi zakonodajalci v EU, zahtevajo ustreznost sankcije in smernica pri tem je, da mora imeti sankcija preprečevalni učinek. Eden prvih primerov, *VonColson&Kamman*,¹¹ je relativno lep šolski primer neustrezne sankcije, ki

¹⁰ Glej 2. opombo.

¹¹ Zadeva 14/83 z dne 10.4.1984, Sabine von Colson in Elisabeth Kamann proti LandNordrhein-Westfalen.

ni imela preprečevalnega učinka; dve kandidatki za delo, ki nista dobili dela za prosti delovni mesti v upravi zapora v nemški pokrajini LandNordrhein-Westfalen, temveč sta delovni mesti zapolnila moška kolega. Sprožili sta spor in trdili, da je to diskriminacija na podlagi spola. Spor sta brez težave dobili in tudi delodajalec se ni branil z drugačnimi pogledi ali stališči. Trdil pa je, da jima pripada zgolj škoda zaradi zaupanja (t. i. Vertrauen Schaden). Ta je v njenem primeru znašala samo 7,20 DEM (takratne nemške marke), kolikor sta znašali vozovnici za obisk zapora in za opravljen pogovor. Postopek sta torej nadaljevali po višini škode, ki jima je nastala, in ne po temelju. V postopku predhodnega odločanja je Sodišče EU (takrat Sodišče Evropskih skupnosti) odločilo, da taka civilna sankcija, v tem primeru ne govorimo o prekršku niti ne o kazenskopravni sankciji, vendar pa je logika, ki jo Sodišče EU zasleduje v tem primeru enaka tudi za upravnopravne in kazenske sankcije, ta, da sankcija, ki sledi za kršitev posameznega pravila iz direktive, ni učinkovita in daje znak, da se »splača« direktivo kršiti.

Zato je Sodišče EU zahtevalo od nemškega sodišča, ki je predložilo vprašanje za predhodno odločanje, da uporabi t.i. konsistentno ali skladno razlago (*interpretatio europeae*) in da notranjepravno normo (v tem primeru je šlo za drugi odstavek 611. a člena BGB) razlaga tako, da bo skladno s pravom EU. Skladno s pravom EU pa bo takrat, kadar bo sankcija, ki bo izhajala iz te norme taka, da bo imela preprečevalni učinek. S sankcijo je torej treba vplivati tudi na generalno prevencijo.¹² Pravilo tega primera je dvojno: (i) pojasnjeno je, kaj pomeni konsistentna razlaga in predvsem (ii) sankcije, ki jih je treba določiti za kršitev pravil prava EU, morajo imeti preprečevalni učinek; z drugimi besedami, morajo biti ustrezne, da se zagotovita ustrezna zaščita in spoštovanje pravila EU. Posledica tega je, da morajo sodišča domačo normo, iz katere ne izhaja primerna sankcija, razlagati drugače (ne glede na to, ali je evropski ali popolnoma domač primer), kot bi izhajalo iz drugih vrst interpretacije, kot je npr. gramatikalna, teleološka, zgodovinska, a *contrario*, itd. Sankcija še vedno temelji na notranjem pravu in ne na normi prava EU, ampak razlagana je po namenu učinkovite zaščite prava EU.¹³

Upravni organi in sodniki imajo torej enako dolžnost; če zakonodajalec ni predvidel ustrezne sankcije, kot to pojmuje pravo EU, potem je treba sankcijo razlagati drugače, kot bi izhajalo iz njene jezikovne razlage. Slednje je lahko zapisati, zelo težko pa narediti. Zveni heretično; torej, ali ne smemo uporabiti predvidene sankcije, ki ni skladna s pravom EU ali celo, da sodna veja oblasti sama določi sankcijo? Če omenjeno pravilo uporabimo na primeru upravnega prekrška, potem bi to pomenilo,

12 Sodišče EU je pojasnilo: »Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und ihre abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der bewerbungskosten hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.«

13 Za podoben primer glej Marshall II, zadeva C-271/91, M. Helen Marshall proti Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, ZOdl 1993, str. I-4367. Glej več v Ziccolella G.L., Marshall II: Enhancing the Remedy Available to Individuals for Gender Discrimination in the EC, v: Fordham International Law Journal, Vol. 18, Issue 2, 1994, str. 640–683.

da za prekršek, za katerega je zagrožena kazen, npr. 150,00 EUR, in menimo, da ta kazen nima preprečevalnega učinka (z drugimi besedami zakonodajalec ni opravil dela tako, kot bi bilo treba glede na pravilo iz zadeve *VonColson&Kamann*); ali bomo ta znesek spregledali in diskrecijsko določili drugega? Osebo menim, da tega ne smemo storiti. S primerom, v katerem je sicer šlo za kazenskopravno sankcijo (*Arcaro*)¹⁴, je sodišče posredno odgovorilo tudi na to vprašanje.

V tej zadevi je bila neka oseba soočena s kazensko sankcijo, ker bi naj ogrožala zdravje in varnost ljudi (izpust nevarnih snovi v okolje, natančneje kadmija iz čistilnih naprav) s tem, ko ni spoštovala okoljevarstvene zakonodaje. Morala bi pridobiti ustrezno dovoljenje, kot so to določala pravila EU, ne pa tudi italijansko pravo (italijansko pravo je te obveznosti določilo za nove čistilne narave in ne za že delujoče na določen datum; direktiva EU pa je določala obveznost za vse naprave). V postopku predhodnega odločanja, pri katerem je Sodišče EU moralo odločiti, ali se lahko uporabi direktiva (in s tem sankcija) proti posamezniku, če država ni pravilno izvedla direktive, je bilo odločeno, da država ne more sankcionirati posameznika, če sam zakonodajalec ni pravilno opravil svojega dela. Načelo pravne varnosti, načelo *estoppel* (*nič se ne more zahtevati od drugega in se pri tem ne more sklicevati na lastno napako*; podobno tudi načelo *venire contra factum proprium*), predvsem pa načelo *contra legem*, ne opravičuje države, da kazenskopravno kaznuje osebo, ki je spoštovala domačo zakonodajo, pri čemer je država tista (zakonodajalec), ki bi morala ustrezno spremeniti zakonodajo, da bi bila v skladu s pravom EU.

V tem primeru, ki se od zadeve *VonColson&Kamann* razlikuje tudi po tem, da to ni civilnopravno razmerje, temveč kazenskopravno razmerje, je Sodišče EU zavzelo stališče, da v kazenskem postopku ni mogoče odločati *contra legem*.¹⁵ Enak pristop je treba, menim, uporabiti tudi v upravnopravnih razmerjih, ki se od kazenskopravnih ne razlikujejo po tem, da ne bi šlo za vertikalno razmerje (odnos država do posameznika), temveč v intenzivnostne rešitve nekega predpisa. Tudi v tem primeru je treba spoštovati načelo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (ni kazni brez kaznovalne določbe v zakonu). Menim, da mora biti varstvo posameznika glede zagrožene kazni v kazenskem in v upravnih postopkih tako močno, da sodišče ali prekrškovni organ ne more imeti diskrecije višati kazni, pač pa, da je to naloga zakonodajalca in ne sodniškega aktivizma (v dobrem pomenu te besede). Kaznovalna politika vsake države je lahko do neke mere različna, lahko je kriminaliteta nekega področja v eni državi drugačna od kriminalitete v drugi državi, lahko se uresničujejo različni cilji in vse to so vprašanja, na katera pravo EU ne more odgovoriti,¹⁶ prav tako pa ne sodna ali izvršilna veja oblasti, in menim, da ne more prevzeti te politike, ki se oblikuje na zakonodajni ravni, v svoje roke.

Pravilo *contra legem* je treba zato spoštovati predvsem v civilnopravnih razmerjih, v katerih ni sankcije v obliki akta *de iure imperii* (prisilnopravnega akta). V civilnopravnih razmerjih tudi odškodnina prevzema vlogo sankcije, ki pa je v Sloveniji drugače kot

¹⁴ Zadeva C-168/96, Kazenski postopek proti *Luciano Arcaro*, ZOdl 1996, I-4705.

¹⁵ Več o tem glej tudi *Betlem, G., A. Nollkaemper*, Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts; A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation. *European Journal of International Law* (EJIL), 2003, 14(3), 571; in tudi *Figueroa Regueiro, P.V.*, Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal realism to the Current Developments of the Case-Law of »Horizontal« Direct Effect of Directives. *Jean Monnet Working Paper 7/02*, NYU School of Law, New York.

¹⁶ Zato tudi poznamo primere, ko za neko dejanje države članice predpisujejo, da je prekršek, v drugi državi članici pa je opredeljeno kot kaznivno dejanje.

v anglosaksonskem sistemu omejena na višino prepovedi neupravičene obogatitve oškodovanca (tam se lahko doda še t. i. civilna kazen oz. *punitive damages*; to je pravni institut, ki omogoča plačilo škode nad popolno odškodnino). Za te primere se je mogoče strinjati s Sodiščem EU in omogočiti diskrecijo s sodiščem, da se določba o odškodnini (vrsti škode, kar pa je tudi povezano z višino) razlaga tako, da se doseže polna odškodnina in s tem zadosti tudi načelo *neminem laedere* (nikomur škodovati). Ta diskrecija, ki je omejena do omenjene višine, po mojem mnenju ni sporna že tudi zaradi načela popolne odškodnine in ker je omenjeno načelo *neminem laedere* ravno odsev načela popolne odškodnine.

Drugače pa je v razmerjih, v katerih gre za mandatoren oziroma oblasten odnos med državo in posameznikom (ne glede na vrsto oblasti države). V teh primerih je na eni strani pomembna posameznikova pravna varnost v odnosu do oblasti (v načelu pravne predvidljivosti in pravnega zaupanja za posameznika ne sme biti presenečenje, kako se bo država odzvala, če bo storil nekaj narobe oz. če bo kršil zakonodajo). Po drugi strani pa je tudi država imela možnost, da zakonodajna veja oblasti določi primerne sankcije, ne da bi to prepustila prekrškovnemu organu ali sodišču. Enakega stališča sem tudi v primerih, kadar bi bila sankcija določena samo v sekundarni zakonodaji, domači zakonodajalec pa te zakonodaje ne bi pravočasno ali ustrezno prenesel v domačo zakonodajo. Tudi v tem primeru ne more določiti posamezniku sankcije, ki bi jo zahtevala direktiva, temveč zgolj tista sankcija, ki je določena v domači zakonodaji (če sploh je) skladno z načelom pravne varnosti.

4 ODNOS MED PRAVILI EU IN PREKRŠKI NOTRANJEGA PRAVA

Osrednji del prispevka je namenjen problematiki, ki je bolj pereča od zapisanega. To so primeri, ko notranje pravo s prekrškom sankcionira ravnanje ali opustitev, čeravno je ravnanje ali opustitev v bistvu pravica iz prava EU. Praksa v Sloveniji je že pokazala (v nadaljevanju), da je ravnanje posameznikov v Sloveniji določeno kot prekršek, vendar pa istočasno konkretno ravnanje dovoli pravo EU. V primerih, ko pravila EU posameznikom dajejo pravico, notranje pravo pa njihovo ravnanje oziroma uresničevanje te pravice ne upošteva, temveč jo celo sankcionira, gre za vprašanje prednostne uporabe pravil prava EU. Z drugimi besedami, notranje pravo se mora umakniti pravilu prava EU, ker ga slednje derogira (ne povzroči pa njegove neveljavnosti, temveč samo neuporabo). Gledano s pravnega vidika, ni težava ugotoviti, katero pravilo se uporabi, kot je to ravnokar razloženo, temveč je vprašanje prvega koraka; to je, ugotoviti, da v pravu EU obstaja pravica, ki derogira pravilo o prekršku notranjega prava. Običajno so namreč te pravice zajete v relativno abstraktnih določbah o notranjem trgu in evropskem državljanstvu. Manj je težav (čeravno ne povsem brez) pri pravicah iz sekundarnih predpisov, glede na to, da nas na sekundarne predpise opozorijo že sami slovenski predpisi, ki v prvih členih obveščajo, katero sekundarno pravo (predvsem direktive) je preneseno v konkretni zakon. Kadar pa gre za primarno pravo, te informacije nimamo in je odvisna od vsakega posameznika pristojne osebe v upravnem ali prekrškovnem organu, sodnika, pa tudi stranke in pravnih zastopnikov ali vedo, da je neko ravnanje, ki je sicer opredeljeno kot prekršek, pravica iz prava EU.

Bistveno vprašanje torej, ki se pojavlja v odnosu med notranjo normo, ki nekaj opredeli kot prekršek, na eni strani, in na drugi strani kot pravico iz prava EU,

je, da sploh vemo, da za ta odnos gre. To pomeni, da se moramo zavedati, da v pravu EU obstaja pravica. Od tod dalje je zadeva relativno lažja. Enako velja tudi za mednarodno pravo. Največkrat bo treba pomisliti na evropsko konvencijo o človekovih pravicah, ki prav tako vsebuje zelo abstraktne norme, katerih domet je izredno širok. Zapisano pojasnimo v dveh primerih; v prvem, t. i. vinjetnem, gre za odnos med notranjo ureditvijo (in posledično, prekrškovno določbo) in primarnim pravom (PDEU), v drugem, nezakonito odlaganje odpadkov, pa gre za odnos med notranjo ureditvijo in sekundarnim pravom EU.

4.1 Primer vinjet za uporabo avtocest

Tak je primer slovenskega vinjetnega sistema, ki ga je vpeljal *Zakon o javnih cestah*.¹⁷ Čeravno menim, da sta tako prvi kot drugi sistem diskriminacijska (ker v slabši položaj postavljata državljane drugih držav članic Evropske unije kot slovenske državljane), pa se ustavimo samo pri prvem sistemu, za katerega je tudi Komisija EU trdila da je diskriminacijski (najkrajši mogoči čas veljavnosti vinjete je bil določen šest mesecev in v tem se kaže diskriminacija; slovenski državljani je v tem času prevozil precej več kilometrov kot tuji državljani iz držav članic EU). Vsi tisti državljani drugih držav članic EU, ki so morali kupiti vinjeto ali plačati globo, ker so z vožnjo po avtocesti brez vinjete naredili prekršek, so dejansko po mojem mnenju samo uresničevali pravico prostega gibanja, ki izhaja iz evropskega državljanstva (*lex generalis*), in pravico do prostega opravljanja storitev (*lex specialis*), kadar so v Slovenijo prišli po določeno storitev. Tako stališče je v opozorilu Sloveniji zastopala tudi Komisija EU.¹⁸

Če torej sledimo temu in štejemo za nebistveno, da je takratna slovenska vlada v letih 2008 in 2009 spremembo vinjetnega sistema pojasnila s tem, da so se sprostila denarna sredstva, ki jih je Komisija EU zadržala zaradi diskriminacijskega vinjetnega sistema, potem bi morali prekrškovni organi in sodišča upoštevati PDEU, določbo o prostem opravljanju storitev (56. člen), splošno pravilo prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva (18. člen) in določbo o prostem gibanju evropskih državljanov (21. člen). Ali z drugimi besedami, medtem ko bi slovenski državljani morali voziti po avtocestah z vinjetami, pa to ne bi bilo treba tistim tujim državljanom, ki so državljani članic Evropske unije. Zanje je bil vinjetni sistem nezakonit, zato ker ni spoštoval pravil EU, ne pa tudi za državljane drugih držav, nečlanic EU. Za slovenske državljane pa se ti dve omenjeni določbi PDEU ne moreta uporabiti, kajti zahtevata meddržavni element. Menim, da bi prekrškovni organi in sodišča ravnali pravilno, če ne bi izrekli kazni oziroma v postopku s pravnimi sredstvi odločili, da je kazen prekrškovnega organa (DARS) z vidika prava EU nezakonita, ker uveden vinjetni sistem krši omenjena pravila PDEU.

Seveda bi taka odločitev sprožila val negodovanja izvršilne in zakonodajne veje

17 11. c člen Zakona o javnih cestah (ZJC; Uradni list RS, št. 33/2006 uradno prečiščeno besedilo, 33/2006 Odl. US: U-I-325/04-8, 45/2008, 57/2008-ZLDUVCP, 42/2009, 109/2009, 109/2010 - ZCes-1).

18 Glej dokumente: Dopis komisarja Barrotija v zvezi z elektronskim cestninjenjem z dne 8.5.2008; dopis Evropske komisije (Ruete) z dne 13.6. 2008 – zahteva za pojasnilo v skladu z odločitvijo Sveta 403/1962 o slovenskih vinjetah; ponovna zahteva Evropske komisije za pojasnilo v skladu z odločitvijo Sveta 403/1962 o slovenskih vinjetah z dne 10. 7.2008; Uradni opomin kršitev št. 2008/4633 – očitana neskladnost sistema vinjet za osebna vozila s členom 12 PES z dne 2.10.2008 in Obvestilo Evropske komisije o prekinitvi postopka za odobritev vloge za projekt »2008 SI 161 PR 002« z dne 30.10 2008.

oblasti, na drugi strani pa val tistih, ki bi vlagali pravna sredstva zoper plačilne naloge.¹⁹ Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, kadar so analizirani vzroki za kršitev prava EU (pod naslovom: Analiza obeh primerov) je mogoče ugotoviti, da so pojasnila takratne slovenske vlade, da spreminja vinjetni sistem zaradi odreka možnosti pridobivanja sredstev iz kohezijskih skladov Evropske komisije, nezdružljiva s pravno razlago navedene problematike. Prekrškovni organi in sodna veja oblasti, ki so bili soočeni z vprašanjem ustreznosti kazni uporabe avtocest brez vinjet (državljeni EU), se na tako obrazložitev slovenske vlade ne morejo sklicevati. Obrazložitev je namreč povsem politična. Prekrškovni organi in sodišča pa morajo zavzeti pravno stališče. Po mojem mnenju bi bilo pravilno pravno stališče, da vinjetni sistem za državljane članic EU sploh ni bil uporabljen, ker je bil derogiran z 18., 21. in 56. členom PDEU. Lahko pa si zamislimo, pod kakšnim pritiskom bi bili prekrškovni organi in sodišča, če bi pravno ustrezno odrekli možnosti plačila kazni (denarne globe), ker vinjetnega sistema kot celote za državljane članic EU ne bi uporabili. Lahko bi pričakovali tudi veliko tistih, ki bi zahtevali povračilo že kupljene vinjete in/ali plačane kazni. Zato tudi ne čudi, da slovenska vlada v nobeni od izjav za javnost in medije ni pojasnila pravnih stališč Evropske komisije in odločb PDEU, ki so bile kršene.

Smiselno je namreč poudariti, da niti za prekrškovne organe kot organe izvršilne veje oblasti, niti za sodišča ne velja izjema *exceptio illegalis* (izjema nezakonitosti), po kateri bi pravo RS uporabljali tako dolgo, dokler ne bi bila dokazana njegova nezakonitost. Ravno nasprotno, sami morajo presoditi, kdaj je taka okoliščina; v primerjavi s prekrškovnimi organi pa imajo sodišča možnost v taki okoliščini postaviti vprašanje v predhodno odločanje Sodišču EU (267. člen PDEU), ki bodal odgovor na zastavljeno vprašanje. S tega vidika so prekrškovni organi v slabšem položaju, kot so sodišča, kajti ne morejo iskati pomoči, da bi prišli do odgovora, ali je neko ravnanje po slovenskem pravu lahko prekršek ali pa je derogiran zaradi prava EU. Tudi se ne morejo sklicevati na *exceptio illegalis*; izjema nezakonitosti velja za upravne organe samo v razmerju do notranjega prava (po 125. členu Ustave RS samo sodniki (ne tudi upravni organi) spregledajo nezakonit podzakonski akt in odločijo neposredno na podlagi zakona).

4.2 Primer nezakonito odloženih odpadkov in neustrezne ureditve v ZVO-1 glede na pravila EU in mednarodna pravila

Spremembe ZVO iz leta 2008, ki so vpeljele 157. a člen in na novo uredile ukrepanja pri nezakonito odloženih odpadkih, so poskušale odpraviti težave (inšpekcijskega) nadzora t.i. nelegalnih oz. črnih odlagališč. Čeprav je odločba verjetno izraz praktičnih težav, pa je njena sistemska umestitev s pravnega vidika problematična.²⁰ Določba, ki nalaga lastnikom in posestnikom zemljišč dolžnost plačila stroškov odstranitve nezakonito odloženih odpadkov, je vnesena v del zakona, ki ureja inšpekcijsko nadzorstvo (IX. poglavje), medtem ko v vsebinskem delu zakona, v katerem so določene pravice in obveznosti posameznikov, gospodarskih subjektov in države o varstvu okolja, ni določbe, ki bi lastnikom zemljišč nalagala posebne

19 Zanimivo pri tem je, da se je že takoj po začetku veljavnosti vinjetnega sistema pravno ustrezno odzval avstrijski ÖAMTC (podobna institucija kot slovenski AMZS), ki je avstrijskim voznikom svetovala, naj zadržijo račun za plačano vinjeto in osnovno folijo vinjete, na kateri je prilepljena, ko jo kupimo, da bi lahko v poznejšem upravnem in sodnem postopku zahtevali povrnitev plačanega. Žal v Sloveniji ne poznam primera, ki bi bil rešen z uporabo prava EU in na način, kot je opisano.

20 Več o tem glej pri S. Pličanič (ur.), Komentar zakona o varstvu okolja, Inštitut za javno upravo, Ljubljana 2010, str. 792–796.

dolžnosti ali pravice v zvezi z odpadki. Navedeni pomislek ima torej opravka s samo neskladnostjo v zakonu, v katerem kazenske določbe niso skladne z vsebinskim delom zakona. Pomislekov, ki jih navajam v tem članku, pa je več in niso povezani samo z notranjo zakonodajo, temveč tudi z mednarodnimi predpisi, predvsem pravili EU in Evropske konvencije za človekove pravice (v nadaljevanju: EKČP).

Določbe o odpadkih so naslovljene na povzročitelja in na obvezne lokalne gospodarske javne službe ravnanja z odpadki. Z drugimi besedami, v samem ZVO-1 je na prvi pogled vidna nekonsistentnost med določbami o inšpekcijskem nadzoru na eni strani in vsebinskim delom zakona na drugi strani. Ta nekonsistentnost je tudi pri razmerju do Direktive 2008/98/ES o odpadkih²¹ ter tudi do 1. člena 1. protokola EKČP, ki se nanaša na lastnino (tudi finančno).

V postopku sprejemanja (skrajšani postopek) po dostopnem arhivu Poročevalca DZ sprememba ni odpirala vprašanj, niti ni najti pojasnil ali pravne analize spremembe.²²

Slovenska sodna praksa se s sistemsko umestitvijo in posledicami 157. a člena ni veliko ukvarjala, iz pobude za začetek postopka za presojo ustavnosti petega odstavka 157. a člena (U-I-228/08 z dne 6.11.2008) je tudi razvidno stališče Ustavnega sodišča RS do tega vprašanja. Je pa v sodbi Upravnega sodišča RS I U 582/2011 sodišče zastopalo stališče, da je obremenitev lastnika zemljišča za odstranitev odpadkov logična. Sodišče je zapisalo: »Iz navedene določbe (o. a. tretji odstavek 157. a člena ZVO-1) jasno izhaja namen zakonodajalca, ki je v tem, da stroške odstranitve nezakonito odloženih odpadkov krije tisti, ki nad predmetnim zemljiščem izvaja posest, bodisi da je to lastnik zemljišča ali pa nekdo drug. Ker je posestnik tisti, ki ima dejansko oblast nad stvarjo, kar pomeni, da ima možnost na stvar vplivati, jo rabiti in uživati ter z njo razpolagati, ima le on možnost preprečiti nezakonito odlaganje odpadkov. Ureditev, da stroške odstranitve nezakonito odloženih odpadkov nosi posestnik, saj je le on imel možnost preprečiti nezakonito odlaganje odpadkov, pa tega ni storil, je zato logična in smiselna.«²³ S to trditvijo se je na načelni ravni težko strinjati, ali je res, da je v tem konkretnem primeru šlo za lastnika, ki je del izvršilne oblasti države (Sklad kmetijskih zemljišč).²⁴

21 Direktiva 2008/98/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o odpadkih in razveljavitvi nekaterih direktiv, UL L 312, 22.11.2008, str. 3–30.

22 Problematike tudi ni poudaril Odbor DZ za okolje. Glej Poročilo k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o varstvu okolja (ZVO-1B), skrajšani postopek, EPA 2032-IV, dosegljiv na <http://imss.dz-rs.si/imis/cef1d7912af7c94f2da2.pdf>.

Predlog sprememb zakona (predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o varstvu okolja (ZVO-1B) pa je dosegljiv na <http://imss.dz-rs.si/imis/c8244c39503ca4d6e0eb.pdf>, a v obrazložitvi ni najti razlogov predlagatelja za tako ureditev.

23 Navedena sodba z dne 5.1.2012, glej 8. točko sodbe.

24 157. a ZVO-1 člen namreč loči med ravnanjem inšpekcij, če gre za zemljišče v lasti države ali občine na eni strani in kadar gre za zemljišče v lasti osebe zasebnega prava. V prvem primeru se naloži dolžnost odstranitve odpadkov izvajalca javne službe ali drugi osebi, pooblašeni za ravnanje z določenimi vrstami odpadkov. Pri zemljiščih v lasti oseb zasebnega prava pa se to naloži lastniku ali drugemu posestniku zemljišča. Ta različnost ureditve se nanaša zgolj na subjekt, ki mora odstraniti te odpadke, na pa tudi na vprašanje, kdo krije te stroške. Zato je še vedno ustrezen tretji odstavek 157. a člena ZVO-1, ki to nalaga lastniku zemljišča oz. posestniku. Vseeno pa je različen učinek; kadar plača stroške država, ki je lastnik zemljišča (ne glede na to, kateri organ in katere veje oblasti to plačajo), gre za socializacijo stroškov, kajti v končni fazi je plačnik celotna družba s proračunom. Drugače je pri lastniku, ki je fizična oseba, kjer pa vir plačila ni proračun, ampak njegovo zasebno premoženje. Ta razlika pa tudi razvojeni takrat, kadar država kot lastnik zemljišča teh stroškov ne plačuje iz proračuna, temveč iz vira, kot je gospodarjenje s kmetijskimi zemljišči. Popolno razlikovanje se vseeno ne izgubi, kajti tudi kmetijska zemljišča, ki so v državni lasti, so del javnega in se s poslovanjem in izkoriščanjem te lastnine pridobiva korist, ki (bi lahko) polni državni proračun.

Načelno, kot omenjeno, pa je tako stališče sporno. Npr. v primerih, ko gre za nezakonito odlaganje odpadkov v gozd, se srečamo z absurdom; z *Zakonom o gozdovih*²⁵ (24. člen) je prepovedano ograževanje dostopa ali postavljanje kakršnihkoli ograd v gozdovih (razen nekaj izjem, a med njimi ni razloga za varovanje območja zaradi odlaganja odpadkov). Z drugimi besedami zakonodaja na eni strani onemogoča aktivno preprečevanje lastnikom gozda, da bi tretji nezakonito odlagali odpadke, po drugi strani pa jim določa obveznost plačila stroškov odstranitve odpadkov.

Navedene nekonsistentnosti niso skladne z nekaterimi osnovnimi pravili oziroma načeli notranjepravnega in mednarodnih pravnih sistemov; to so načela *pravne varnosti*, *pravne koherentnosti* in *načelo sorazmernosti*, saj vsebinske določbe, ki bi lastnika zavezovala k odstranitvi tujih odpadkov, ni med obveznostmi, ki bi jih nalagal zakon, temveč se lastnik (in tudi posestnik), seznan z obveznostjo povrnitve stroškov odstranjevanja nezakonito odloženih odpadkov šele med kazenskimi določbami. Kazenske določbe pa bi morale sistemsko odsevati kršitev vsebinskih določb zakona.

Pri 157. a členu ni tako. Predvidena je torej sankcija, ne glede na to, da v vsebinskem delu zakona ni določeno, da so za nezakonito odložene odpadke kakor koli odgovorni lastniki ali posestniki zemljišč. Ravno nasprotno, *načelo subsidiarnega ukrepanja*, uzakonjeno v 11. členu ZVO-1, določa, da država skrbi za odpravo posledic čezmerne obremenitve okolja in krije stroške odprave teh posledic, če jih ni mogoče naprtiti določenim ali določljivim povzročiteljem in tudi ko ni pravne podlage za določitev obveznosti povzročiteljev obremenitve ali če posledic ni mogoče drugače odpraviti. To načelo subsidiarnega ukrepanja je pri komunalnih odpadkih določeno specifično v breme občine, pri čemer imata občina in država t.i. regresno pravico oz. pravico do vračila stroškov.²⁶

Drugih določb glede odpadkov v Zakonu o varstvu okolja ni in če torej kje, potem bi v omenjenem 11. členu morali predvideti tudi obveznost lastnika. Z drugimi besedami, tretji odstavek 157. a člena ZVO-1, ki določa lastniku zemljišča obveznost plačila stroškov ob nezakonito odloženih odpadkih, bi vsebinsko moral biti vsaj v delu zakona, v katerem se določajo obveznosti ravnanja z odpadki, ne pa med kazenskimi določbami.

Istočasno pa je treba omeniti, da bi tudi ob taki umestitvi obveznosti lastnika v vsebinski del zakona to bilo v neskladju z načelom odgovornosti povzročitelja, ki smo ga v slovensko zakonodajo prenesli iz evropske oz. mednarodne ureditve.²⁷

25 Uradni list RS, št. 30/1993, 13/1998 Odl. US: U-I-53/95, 24/1999 Skl. US: U-I-51/95, 56/1999-ZON (31/2000 popr.), 67/2002, 110/2002-ZGO-1, 112/2006 Odl. US: U-I-40/06-10, 115/2006, 110/2007, 61/2010 Odl. US: U-I-77/08-14, 106/2010.

26 Glej prvi, drugi in tretji odstavek 11. člena ZVO-1.

27 Načela varstva okolja so večinoma plod mednarodnih pravil in imajo v pravu varstva okolja izredno veliko vrednost. Ker je ena izmed značilnosti področja prava varstva okolja tudi dokaj abstraktno pravno urejanje in nezmožnost predvidevanja vseh možnih življenjskih okoliščin, so načela varstva okolja izredno dobrodošla pri razlaganju predpisov in njihovem uokvirjanju. Načela so tudi prešla obdobje zgolj mehkega prava in so danes pravno zavezujoča besedila in doktrine, ki so horizontalno uporabljive (to pomeni, da jih je treba upoštevati na vseh področjih varstva okolja, od varstva narave, voda, varstva pred hrupom, nedovoljenimi emisijami, nevarnimi snovmi, odpadki itd.) Več o tem in tudi o načelu odgovornosti povzročitelja glej *N. Desadeleer*, *Environmental Principles – from political slogans to legal rules*, Oxford University press, 2005, str. 1–2 in 21–59.

4.2.1 Neposredna uporaba pravil EU

Zakonodaja EU, ne glede na to ali je primarna ali sekundarna zakonodaja (pogodbe, predvsem kot je PDEU ali uredbe ter direktive), zavezuje RS, vse veje oblasti, in tudi posameznike. Pri slednjih je sicer nekaj razlik pri zavezovanju, predvsem pa je pomembno, da pri direktivah država do posameznikov ne more zahtevati spoštovanja direktiv, če država sama ni pravilno izvedla direktive v svoj pravni sistem. Omenjena direktiva 2008/98/ES o odpadkih določa odgovornost povzročitelja odpadkov. V 14. členu določa, da je treba skladno z načelom *polluter pays*, torej odgovornostjo povzročitelja, stroške ravnanja z odpadki naprtili tistemu, ki je odpadek proizvedel (*original waste producer*) ali pa trenutnemu ali pa predhodnemu posestniku odpadkov. Slednjega pa ne gre razumeti tako, da je to lastnik zemljišča, kamor je nekdo tretji odložil odpadke. Posestnika odpadkov je v tem primeru treba razumeti kot osebo, ki je želela ali je soglašala s tem, da pridobi odpadek. Nikakor pa ne moremo razlagati, da je nekdo posestnik odpadka v smislu odgovornosti, kot jo nalaga direktiva, tudi če tega ni želel oziroma s tem ni soglašal. Razlaga v to smer bi pomenila, da se obremeni nekdo, ki ni povzročitelj, to pa ni skladno z načelom *povzročitelj plača* (*polluter pays principle*).²⁸

Slovenski predpis oziroma določba tretjega odstavka 157. a člena ZVO-1 tako ni skladna s ciljem direktive niti ne s 14. členom. Z drugimi besedami, kadar bi se posameznik skliceval na omenjeni 14. člen, bi ga državni organi morali uporabiti. Še več, uporabiti bi ga morali tudi ne glede nato, ali se posameznik v katerem koli postopku (ali upravnem ali sodnem) nanj sklicuje. Pravila EU namreč zavezujejo države članice in vse njene veje oblasti, da po uradni dolžnosti (*ex officio*), torej na lastno pobudo (brez sklicevanja strank) uporabijo ter dajo prednost zakonodaji EU pred slovensko zakonodajo. V slovenski pravni literaturi in v medijih so stališča, da v upravnih postopkih direktive ne zavezujejo, vendar je to stališče napačno in ni skladno s sodno prakso Sodišča EU.²⁹ Tudi slovenska upravna in sodna praksa, ki ne uporablja pravila iz zadeve *FratelliConstanzo*³⁰ (in ki pri odločanju ne uporablja predpisov EU), enostavno ni pravilna.

Bistvo pravila iz zadeve *FratelliConstanzo* je v tem, da se za določen primer uporabi pravna podlaga, ki je enaka v upravnem in tudi v sodnem postopku. Če pa bi npr. v upravnem postopku uporabljali za pravno podlago zgolj notranjepravní predpis, v sodnem postopku, v katerem bi se individualno akt iz upravnega postopka izpodbijal,

28 Ena glavnih značilnosti načela povzročitelja je posledica, ki se kaže v internalizaciji stroškov. Če se obremeni povzročitelj, potem stroškov za nezakonit poseg v okolje ne krije država oz. družba v celoti (v tem primeru bi govorili o socializaciji stroškov), temveč posameznik, pravna ali fizična oseba, zasebnik ali gospodarski subjekt, ki je obremenitev okolja povzročil. Na ta način se strošek individualizira, posledica pa je, da se s tem vpliva na položaj obremenitelja, na stroške njegovega poslovanja, če je gospodarski subjekt, na njegovo prihodno ravnanje (zaradi plačila stroškov, se bo verjetno želel v prihodnosti izogniti obremenitvi okolja), na drugi strani pa se ne obremeni družba v celoti, to so prebivalci oziroma davkoplačevalci države, ki za obremenitev okolja niso odgovorni. Učinek načela povzročitelj plača je torej, da se oseba, ki ni odgovorna (ali osebe), finančno ne obremeni. S tem se tudi spoštuje načelo prepovedi neupravičene obogatitve, kajti povzročitelj, ki ne krije stroškov (in jih namesto njega nekdo drug), je neupravičeno obogaten. Glej o internalizaciji stroškov M. Gimpel-Hinteregger, Grundfragen Der Umwelthaftung: Zugleich Ein Beitrag Zu Den Allgemeinen Lehren Des Haftungsrechts, Zur Okonomischen Analyse Des Rechts Und Zum Privaten Immissionsschutzrecht, Manz, 1994.

29 Več o tem glej pri R. Knez, Uporaba in učinkovanje direktiv s področja varstva okolja v upravnih in sodnih postopkih, v: Varstvo narave, 2008, letnik 21, št. 21, str. 7–23 in tam navedene citate takih stališč.

30 Zadeva 103/88, *FratelliConstanzo SpA v. Comunedì Milano*, ZOdl 1989, str. 1839, ko je Sodišče EU odločilo tudi: »Administrative authorities, including municipal authorities, are under the same obligation as a national court to apply the provisions ... of the Directive and to refrain from applying provisions of national law which are inconsistent with them.«

pa bi se uporabila tudi pravna podlaga iz mednarodnega in prava EU, potem bi prekinili kontinuiteto iste pravne podlage v vseh postopkih in materialnopravna podlaga bi se določala glede na vrsto postopka. To pa ni sprejemljivo. To bi pomenilo kršitev načela pravne koherentnosti, zato je logična odločitev v omenjeni zadevi, da morajo tudi upravni organi (oz. izvršilna veja oblasti) tako kot sodna in zakonodajna veja oblasti neposredno uporabljati pravo EU. Enako velja za mednarodno pravo.³¹ Z drugimi besedami, menim, da v upravnih in sodnih postopkih ne bi smeli uporabiti tretjega odstavka 157. a člena ZVO-1.

Poleg nesistemske rešitve morda ni nepomembno opozoriti tudi na to, da se lahko taka praksa širi tudi na druga vprašanja, če ne opozorimo na vprašljivost rešitve. Obremeniti lastnika oziroma lastninsko pravico brez utemeljenega in dopustnega razloga, je poseg v temeljne človekove pravice. Taki posegi pa se lahko širijo; dognano dejstvo je, da imamo na zemlji toliko vode in zraka, kot so ga imeli v času Julija Cezarja, zdaj pa bi svet želel ameriški standard za sedem milijard ljudi.³² Ali lahko splošno onesnaženje vode, zraka (npr. v mestih) pripišemo nekomu, ki ni za to ni odgovoren (ali mu tega ne moremo dokazati), je pa lastnik nepremičnine. To v pravu enostavno ne gre. Pravila o odgovornosti imajo svoje meje; imajo tudi nekaj maneverskega prostora, ko si lahko država olajša postopek za dosegajo cilja in sam cilj (npr. *obrnjeno dokazno breme, pravne predpostavke, razširjena objektivna odgovornost, kaskadna odgovornost* itd.), ne pa tudi neomejeno obremenitev lastnika, za kar ni odgovoren ali za nekaj, kar more preprečiti.

Primerjalno se lahko opremo na avstrijsko zakonodajo, ki v zakonu *Abfallwirtschaftsgesetz* iz leta 2002³³ določa obveznosti glede ravnanja z odpadki. Ta v 74. členu določa subsidiarno odgovornost lastnika zemljišča, *vendar zgolj v primeru, kadar se je strinjal z odložitvijo ali odlaganjem odpadkov na njegovo zemljišče ali je opustil ukrepe, s katerimi bi lahko to preprečil*.³⁴

31 Za slednje glej zadevo ESČP s 30. septembra 2003, KouaPoirrez, zadeva št. 40892/98.

32 Glej več o tem pri B. Tavčar, ki citira L. K. Bogataj v: Kapitalizmu mora slediti do človeka bolj prijazen sistem, Delo, 14.9.2012, str. 10.

33 Bundesgesetz über eine nachhaltige Abfallwirtschaft (Abfallwirtschaftsgesetz 2002 –AWG 2002) StF: BGBl. I Nr. 102/2002 (NR: GPXXIRV 984 AB 1008, str. 94. BR: 6576 AB 6584 str. 685.)

34 Določba se v izvirniku glasi:

»Subsidiäre Haftung für Behandlungsaufträge

§ 74. (1) Ist der gemäß § 73 Verpflichtete nicht feststellbar, ist er zur Erfüllung des Auftrags rechtlich nicht imstande oder kann er aussonstigen Gründen nicht beauftragt werden, so ist der Auftrag nach Maßgabe der folgenden Absätze dem Eigentümer der Liegenschaft, auf der sich die Abfälle befinden, zuerteilen. Ersatzansprüche des Liegenschaftseigentümers an den gemäß § 73 Verpflichteten bleiben unberührt.

(2) Eine Haftung des Liegenschaftseigentümers besteht, wenn er der Lagerung oder Ablagerung entweder zugestimmt oder diese geduldet und ihm zumutbare Abwehrmaßnahmen unterlassen hat. Die Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers haften, wenn sie von der Lagerung oder Ablagerung Kenntnis hatten oder bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben mussten. Die Haftung des Liegenschaftseigentümers und der Rechtsnachfolger besteht nicht bei gesetzlichen Duldungspflichten.

(3) Erfolgte die Lagerung oder Ablagerung von Abfällen vor dem 1. Juli 1990, so ist Abs. 2 mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Liegenschaftseigentümer nur dann zur umweltgerechten Behandlung herangezogen werden darf, wenn er die Ablagerungen auf eigenem Boden ausdrücklich gestattet und daraus in Form einer Vergütung für die Inanspruchnahme eines Eigentums einen Vorteil gezogen hat. Seine Leistungspflicht ist jedoch auf jenen Wert des Vorteiles begrenzt, der die übliche Vergütung für die Inanspruchnahme eines Eigentums übersteigt. Lässt sich die übliche Vergütung nicht vergleichsweise feststellen, ist sie nach dem Wert des verursachten Nutzungsentgangs und der verursachten sonstigen Nachteile – ausgenommen die Leistungspflicht nach Abs. 1 – zu bemessen.

(4) Kann auch der Liegenschaftseigentümer nicht in Anspruch genommen werden, hat die Gemeinde Siedlungsabfälle, die in ihrem Gebiet widerrechtlich gelagert oder abgelagert werden, auf ihre Kosten zu entfernen und umweltgerecht zu behandeln oder behandeln zu lassen. Dies gilt nicht für § 73 Abs. 4. Ersatzansprüche der Gemeinde gegen den Verpflichteten bleiben unberührt.«

Taka omejitev je seveda dopustna in v skladu z direktivo, kajti lastnika zemljišča, če se strinja z odložitvijo odpadkov, postavlja ob bok povzročitelju nezakonitega odpada, prav tako pa je dopustno naložiti dopustne in sorazmerne ukrepe lastniku zemljišča, da nezakonitega odpada ne bo. Ta dopustnost izhaja iz *pozitivne dolžnosti varstva okolja* (pozitivna dolžnost pomeni, da ne gre samo za odrekanje nekaterim posegom, temveč da se lahko določijo tudi aktivna ravnanja).

Pravila, da je odgovoren povzročitelj, torej ne gre razumeti tako, da lastnik zemljišča ne bi bil v nobenem primeru odgovoren enako kot povzročitelj; lahko se mu torej naložijo sorazmerni ukrepi.³⁵ Menim, da bi taka ureditev tudi za RS bila ustrezna.

4.2.2 EKČP

Prvi protokol k EKČP v 1. členu varuje premoženje pravnih in fizičnih oseb, in sicer določa, da ima vsaka fizična in pravna oseba pravico do mirnega uživanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti premoženje odvzeto, razen če ni to v javnem interesu v skladu s pogoji, ki jih določa zakon, ter ob spoštovanju splošnih načel mednarodnega prava. Sicer je omogočeno, da države sprejmejo pravila, za katera menijo, da so potrebna za nadzor za uporabo premoženja, vendar pa izjema v konkretnem primeru ne pride v poštev.³⁶ To je zelo abstraktna in široka določba, ki varuje različne oblike premoženja oziroma premoženja posameznika. Vključuje tudi finančno lastnino, ki pa je v primeru tretjega odstavka 157. a člena ZVO-1 napadena, ker je treba kriti stroške odstranitve nezakonito odloženih odpadkov za neko ravnanje, ki ga lastnik premoženja sploh ni storil (pri odlaganju nelegalnih odpadkov v gozdu tudi ni mogel preprečiti).

Analiza sodne prakse ESČP sicer ne da rezultata, ki bi bil popolnoma uporaben za konkretni primer; z drugimi besedami, takega primera, kot je 157. a člen ZVO-1, v sodni praksi ESČP ni. Ne glede na to pa lahko s precejšnjo gotovostjo sklepamo, da je to vprašanje skladnosti s 1. členom 1. protokola EKČP. Določbo ESČP razlaga trdelno:

- prvi del je splošno pravilo o spoštovanju lastnine;
- drugi del zajema odvzem lastnine in to veže na izpolnjevanje pogojev ter
- tretji del določa izjemo, da se lahko nadzoruje lastnina v splošnem interesu ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni.

Omenjena pravila ESČP razume kot medsebojno povezana in tudi tretji del določbe (poseg v lastnino zaradi fiskalnih ali drugih splošnih interesov) ne sme neupravičeno poseči v splošno načelo prvega odstavka določbe. To pomeni, da ni mogoče brez spoštovanja splošnega načela o varstvu lastnine in drugih pravnih

³⁵ Tako je razumeti tudi komentar k 157. a členu v viru iz opombe 1 tega prispevka.

³⁶ 1. člen 1. Protokola k EKČP določa:

»Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do mirnega uživanja svojega premoženja. Nikomur ne sme biti premoženje odvzeto, razen če ni to v javnem interesu, v skladu s pogoji, ki jih določa zakon ter ob spoštovanju splošnih načel mednarodnega prava.
Ta določba pa nikakor ne omejuje pravice držav, da uveljavijo zakone, za katere menijo, da so potrebni za nadzor nad uporabo premoženja v skladu s splošnimi interesi ali za zagotovitev plačila davkov, drugih prispevkov ali denarnih kazni.«

načel (legalnosti ukrepa, njegove opravičljivosti, sorazmernosti itd.) poseči v lastnino. Določbo je torej treba razumeti tudi kot omejitev države, da posega na premoženje posameznika, ki je lahko premoženje v obliki nepremičnine, premičnine ali pravic. Poseg v finančno premoženje, ki se zgodi z zahtevo po plačilu stroškov odstranitve nezakonito odloženih odpadkov, je poseg, ki ga, menim, določba ne dovoljuje, ker ni opravičljiv, je nesorazmeren in tudi ne dosega cilja (cilj, da povzročitelj odpadkov pravilno ravna z odpadki, ne samo da ni dosežen, temveč se od njega odmika, saj povzročitelj na ta način prevali breme na lastnika zemljišča, kar povzroči neupravičeno obogatitev povzročitelja). Zato določba ni primerna in je pravno nevzdržna. Posameznik je s to določbo torej varovan, da mu država ne določi stroškov odstranitve nezakonito odloženih odpadkov, za katero ni odgovoren in s tem ne dovoli posega v njegovo finančno premoženje.

4.3 Analiza obeh primerov

Organi izvršilne veje oblasti in sodne veje oblasti so zavezani spoštovati mednarodna in pravila EU. Menim, da je za vinjetni sistem ta v nasprotju s PDEU (18., 21 in 56. člen PDEU) in zato se v celoti ne sme uporabiti za državljane držav EU. Ta pravila namreč krši, ker je diskriminacijsko obravnavanje neopravičljivo. Diskriminacijsko obravnavanje je namreč lahko opravičljivo, če zadosti pogojem iz testa opravičljivosti: ukrep po tem testu zahteva presojo:

- ali morda ne obstaja že varstvo takega razloga v prevladujočem javnem interesu na ravni pravil prava EU (če ni tako, je treba ugotoviti, ali gre za razlog, ki ga lahko opredelimo kot razlog v prevladujočem javnem interesu),
- ukrep države članice mora biti nediskriminacijski,
- ukrep države članice mora biti zakonit,
- ukrep države članice mora biti primeren za doseganje takega prevladujočega razloga v javnem interesu,
- ukrep države članice mora biti tudi potreben in nujen,
- če okoliščine primera to zahtevajo, tudi presoja ali varstvo ni dovolj močno že v državi članici izvora, to je v državi članici sedeža ponudnika storitve, in
- ukrep države članice mora biti tak, da zagotavlja izpolnitev zastavljenega cilja, to je varstvo razloga v prevladujočem javnem interesu, in ne sme presegati tistega, kar je potrebno za uresničitev tega cilja, ter ga ni mogoče nadomestiti z drugim manj omejevalnim ukrepom, s katerim se lahko dosežejo isti rezultati (test sorazmernosti v ožjem pomenu).³⁷

Pravilo šestmesečne vinjete kot najkrajšega mogočega obdobja njene veljavnosti ne ustreza opredelitvi sorazmernosti v ožjem pomenu in s tem ne zadosti testu opravičljivosti; posledično to pomeni, da ukrep ni v skladu s pravom EU in da zaradi tega celoten 11. c člen ZJC (kot je veljal v obdobju prvega vinjetnega sistema) v celoti ne more biti uporabljen za državljane članic EU.

³⁷ Opisani so t.i. kontrolni standardi, ki jih pa Sodišče EU v vsakem primeru dosledno ne preizkuša. V sodni praksi je namreč mogoče zaslediti bolj ali manj podrobno argumentacijo pri različnih zadevah in različno stopnjo intenzivnosti, ko se poskuša utemeljiti, ali je določen ukrep države članice opravičljiv ali ne.

Ob nezakonito odloženih odpadkih pa gre za pravila, ki so v nasprotju s 1. členom prvega protokola EKČP in tudi z uzakonjenim načelom odgovornosti povzročitelja v Direktivi 2008/98/ES o odpadkih.³⁸ To v konkretnem primeru pomeni, da bi morali prekrškovni organi (ne le sodišča) odreči uporabo prekrškovnih določb (v 157. a členu v tistem delu, ki nalaga stroške odstranitve odpadkov lastnikov zemljišča (tretji odstavek), ker ni v skladu s cilji pravil EU in EKČP).

4.3.1 Rešitve v obeh primerih

Primer vinjetnega sistema:

Prvotni vinjetni sistem v RS je bil v skladu z opisano kršitvijo že spremenjen. Načelo sorazmernosti se z novim vinjetnim sistemom upošteva tako, da je najkrajše morebitno obdobje, za katero je mogoče kupiti vinjeto, sedem dni. S tem je poglavitni očitek Evropske komisije odpravljen. Osebnost se mi postavlja dilema, ali je to obdobje prav tako diskriminacijsko, predvsem ko gre za turistične storitve v RS; namreč tudi republika Avstrija je spremenila najkrajše obdobje vinjetnega sistema s sedem na deset dni, da bi lahko zagotovila turistom, ki npr. uporabijo sedemdnevni turistični paket, nakup samo ene in ne dveh vinjet. Na ta način je načelo sorazmernosti ustrezneje spoštovano. Taka ureditev bi bila tudi najbolj podobna sistemu vinjet, ki veljajo v Avstriji, Bolgariji, Češki, Madžarski, Romuniji in Slovaški.

Primer nelegalno odloženih odpadkov:

Dejstvo, da je tretji odstavek 157. a člena ZVO-1 trenutno edina možnost, ki omogoča prenos stroškov odstranitve nezakonito odloženih odpadkov, mora biti za pravno presojo ustreznosti določbe drugotnega pomena. Ali bi bilo treba najti drugačno rešitev, ki bi zadovoljila pragmatičnost učinka sedanje vsebine 157. a člena? Menim, da pravo ne dopušča obremenitve lastnika zemljišča, razen kadar so odpadki lastnikovi oziroma kadar je ta dopustil odlaganje na njegovo zemljišče. Vse drugo zunaj tega okvira enostavno pravno ne vzdrži. Verjetno druge rešitve kot subsidiarna odgovornost občine brez možnosti preložitve stroškov za saniranje

38 Menim tudi, da v Ustavi RS ni podlage za tako ureditev subsidiarne odgovornosti lastnika zemljišča in da ni spoštovano načelo pravne države (pravne varnosti), pravne koherentnosti in načelo sorazmernosti. Glede na to, da določeni področni predpisi tudi omejujejo posameznika pri ravnanju v okolju in naravi (npr. omenjeni Zakon o gozdovih, ki zaradi varstva živali prepoveduje ograde in druge načine poseganja v gozd, ki bi lahko sicer zmanjšali dostop do območij z nezakonito odloženimi odpadki), je posameznik v položaju, ko je v pravni negotovosti (če je seveda lastnik nepremičnine, na kateri lahko pride do odlaganja odpadkov), ker bo moral kriti stroške odstranitve odpadkov.

Poudarjam, da dobro poznam pozitivni učinek te določbe v praksi, vendar pa se bojim, da določba dosega cilj na nezakonit način. Pri upravnem in sodnem varstvu posameznika, ki bi se proti individualnemu aktu, s katerim mu je naložena povrnitev stroškov odstranitve odpadkov, boril s pravnimi sredstvi, bi morali upravni in sodni organi spoštovati omenjeno direktivo in protokol k EKČP in posledica bi bila neuporaba pravila (derogacija) tretjega odstavka 157. a člena ZVO-1. Če pa tega upravni organi in sodišča ne spoštujejo (ker imajo npr. pred sabo pozitivne učinke določbe), potem obstaja nevarnost pravnega kaosa in nas ne zanima, kako se pride do določenega učinka (npr. da se nekomu neupravičeno povzroči škoda), samo da učinek je. To pa je nevarno; pravni kaos je vedno resna grožnja vsaki pravni državi oziroma prebivalcem. V bistvu so take okoliščine bližje policijski državi (in ne pravni), za katero je značilno samovoljno obnašanje vseh vej oblasti, diskrecijsko odločanje in pravila, ki niso konsistentna s temeljnimi pravnimi načeli.

na lastnika zemljišča ne more priti v poštev. Občina, ki je za odpadke tudi sicer odgovorna (tudi ko bi se odpadki pravilno odpeljali na odlagališče, bi občina zanje morala poskrbeti), ima v resnici dodaten strošek, kajti sama mora priti po te odpadke, jih ločiti in obdelati ter preostanek odložiti. Občini bi torej načelno bilo celo v interesu, da bi lastniku zemljišča pomagala, kadar se nezakonito odlagajo odpadki, in preprečila nadaljnje odlaganje; npr. če se lastnik strinja, da se zasebna površina, do katere ni uzakonjen javni dostop (npr. da ne gre za gozd), nadzoruje, ali da se z analizo odpadkov ugotovi kršilec, ki se mu potem lahko naložijo stroški odstranitve odpadkov.³⁹ Npr. pogosti so primeri, ko se v odpadkih najde tudi račun (ali že plačane) položnice), naslovljen na točno določeno osebo, ali kakšen drug odpadki, ki kaže identiteto osebe ali objekta. Tudi v Sloveniji se taka praksa uvaža.⁴⁰ Z drugimi besedami, trud in napor, da se ugotovi izvor odpadkov, mora preiti z lastnika na občino kot subsidiarno odgovorno,⁴¹ trud preprečevanja (omejevanja dostopa) pa, tam, kjer to zakon dopušča,⁴² tudi na lastnika.

Če bi sprememba ZVO-1 v 157. a členu predvidevala nove rešitve, bi torej bilo smiselno zdaj uzakonjeno objektivno odgovornost lastnika zemljišča spremeniti oziroma omejiti. Tako neomejen poseg v lastninsko pravico, kot je določen zdaj, je nesorazmeren. Smiselno bi bilo vezati odgovornost na plačilo stroškov odstranitve, zgolj kadar lastnik ni nasprotoval nezakonitemu odlaganju odpadkov oz. kadar ni ukrepal (tam, kjer je to mogoče). Taka določba je sicer v praksi težko uporabljiva, ker je treba dokazovati izrecno ali konkludentno strinjanje lastnika zemljišča s takimi dejanji, vendar pa lahko praksa izoblikuje natančnejša pravila v okviru take določbe. Gotovo tudi ni težko ločevati primerov, ko je lastnik popolnoma pasiven, od primerov, ko se lastnik z različnimi omejevalnimi ukrepi (ograde, ovire pri dostopu do določenega odlagališča, npr. z velikim kamenjem (kar poznamo iz prakse, ko lastniki zemljišč ne želijo parkiranih avtomobilov), zemljo ali kakšnimi drugimi vrstami naravnega materiala, z opozorili, da gre za zasebno zemljišče in da je

39 Vedno se v takih primerih postavlja tudi vprašanje videonadzora. Ta je pod določenimi omejitvami tudi mogoč, čeprav to seveda ni edina in tudi ne sme biti prednostna oblika ali način nadzora.

Tudi informacijski pooblaščenec meni, da je videonadzor mogoč; prvi odstavek 7. člena Zakona o varovanju osebnih podatkov (ZVOP-1) določa, da se zakon ne uporablja za obdelavo osebnih podatkov, ki jo izvajajo posamezniki izključno za osebno uporabo, družinsko življenje ali za druge domače potrebe. Kadar gre samo za nadzor nad posestjo posameznika (npr. stanovanjsko hišo, gospodarskim poslopjem in zasebno parcelo), informacijski pooblaščenec ne vidi razlogov, da bi takemu izvajalcu videonadzor preprečevali oziroma prepovedovali njegovo uvedbo. Kamere pa nikakor ne smejo biti usmerjene na del dvorišča, na katerem se gibljejo tudi drugi oz. po katerem ima npr. služnost za prevoz tudi sosed. Če upravljavec brez dovoljenja in njihove vednosti snema tudi druge ljudi na zemljišču, ki je obremenjeno s služnostjo, ali zunaj meja svojih nepremičnin, je lahko za svoje dejanje tudi kazensko odgovoren. Posameznik lahko po 134. členu Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 83/01) tudi vloži tožbo na sodišče, ki lahko odredi prenehanje dejanja (videonadzora), s katerim se krši nedotakljivost človekove osebnosti, osebnega in družinskega življenja ali kakšna druga osebnostna pravica. Predvidene so tudi denarne kazni. Podobna je tudi določba 149. člena Kazenskega zakonika, ki določa, da se, kdor neupravičeno slikovno snema ali naredi slikovni posnetek drugega ali njegovih prostorov brez njegove privolitve in s tem občutno poseže v njegovo zasebnost, kaznuje z denarno kaznijo ali z zaporom do enega leta.

Glej Smernice IP za videonadzor, dosegljive na:

https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/smernice/Smernice_videonadzor2.pdf (10.11.2012)

40 Rajšek, B., Župan s forenziki nad odlagalce odpadkov, Delo, 25.8.2012, str. 10. Naslov lahko sicer zavaja, kajti v nekaterih občinah, ki pregledujejo nepravilno odložene odpadke, to delo opravljajo inspektorji in delavci skupaj s pristojnimi javnimi službami varstva okolja.

41 Glej tudi četrti odstavek 74. člena avstrijskega zakona (supra, 34. opombo).

42 Menim, da bi bilo treba dopustiti spremembo Zakona o gozdovih (24. člen), da je ograjevanje gozda mogoče dopustiti tudi zaradi preprečevanja nezakonitega odlaganja odpadkov.

prepovedano odlaganje odpadkov itd.) aktivno poskuša preprečevati nezakonito odlaganje odpadkov. Veliko primerov bo rešenih že z oviro ali zaporo ceste, ki je v zasebni lasti ali po kateri je promet omejen (npr. gozdovi). Gozdovi so sicer poseben problem (ali zgolj robovih gozdov), ko so načeloma posegi s pregradami prepovedani. Če bi zakon to dovoljeval (to pomeni spremembo 24. člena Zakona o gozdovih), bi stroka (pristojen organ bi lahko bil isti, to je Zavod za gozdove Slovenije) morala to dovoliti (ali odreči dovoljenje) od primera do primera in na način (s sredstvi), ki bi bil jih v odločbi določili.

Lastninska pravica pomeni breme in tudi ustava določa, da se lahko za ekološko vlogo lastnine postavijo zakonske omejitve. Lastnik zemljišča se torej lahko obremeni (samo na podlagi zakona) z določenimi pozitivnimi ravnanji, ki ga lahko oprostito odgovornosti povrnitve stroškov odstranitve nezakonito odloženih odpadkov. Menim, da bi tudi obrnjeno dokazno breme lahko bilo vključeno v tako rešitev, da bi torej lastnik moral dokazovati svoje ravnanje, s katerim je želel preprečiti odlaganje nezakonito odloženih odpadkov.

5 SKLEPNE UGOTOVITVE

Prekrškovno pravo EU, če sprejmemo ta pojem in si znamo predstavljati, da zajema večinoma procesne določbe glede upravnopravnih sankcij, ki pa so, razen redkih izjem, v domeni držav članic, se razvija. Predvsem v zadnjem desetletju. Države članice so imele precej odpora pri poseganju na to področje in tudi danes gre v glavnem za procesne določbe in pravila o sodelovanju med pristojnimi organi držav članic pri pregonu storilcev prekrškov in tudi kaznivih dejanj, tako da lahko posamezen postopek doseže epilog in dokončanje, ne glede nato da je storilec v drugi državi, kot pa je država storjenega prekrška. Materialnopravne določbe o prekrških so omejene na zahtevo po primernosti sankcij in na področja, na katerih gre za posebno varstvo posameznih skupin. Domači prekrškovni organi in sodniki bodo torej še vedno soočeni predvsem z notranjepravnimi sankcijami glede prekrškov, ki so v domeni domačega zakonodajalca, pa tudi izvršilne veje oblasti, ko gre za podzakonske akte. Na teh organih je primarna naloga, da ugodijo zahtevi po primernosti sankcije, prekrškovni organi in sodišča pa so v upravnopravnih in kazenskih zadevah omejeni z načelom *contra legem* bolj kot v civilnopravnih zadevah.

Ne moremo pa spregledati tudi možnosti, da je mogoče priti do epiloga postopka tudi, kadar se ta vodi v državi storjenega prekrška, kadar ta zakonodaja ne predvideva nujno prisotnosti posameznika (storilca prekrška) ali kadar se ta neupravičeno ne odzove postopku (ima pa prekrškovni organ njegove podatke, kot so podatki o prebivališču itd.). Kadar bo tak prekrškovni organ izdal odločbo in sankcioniral prekršek, lahko skladno z določbami o vzajemnem priznavanju upravnih aktov doseže tudi izvedbo akta v državi prebivališča kršilca.⁴³

43 Več o tem glej v Zakonu o sodelovanju v kazenskih zadevah med državami članicami EU (Uradni list RS, št. 102/2007, 9/2011 – ZP-1G, drugi odstavek 85. člena.

Posebno pozornost je treba nameniti okoliščinam, ko je treba notranjepravno določbo (ureditev nekega ravnanja ali opustitve) ter posledično prekrškovno sankcijo ob nespoštovanju presoati po pravu EU. Kot pojasnujemo že zgoraj, je v zvezi z ravnanjem izvršilne veje oblasti treba poudariti, da t. i. *exceptio illegalis*⁴⁴ ne velja v razmerju do prava EU in mednarodnih pravil, ki neposredno zavezujejo RS in so neposredno uporabljivi akti (kar *de facto* pomeni, da imajo prednost pred zakonom). Pravilo *exceptio illegalis* načelno omogoča upravnim organom (izvršilni veji oblasti, organom lokalnih oblasti), da odločajo tudi na podlagi nezakonitega akta (in tako lahko posameznik šele z uporabo pravnih sredstev pred sodišči dokaže nezakonitost), a do prava EU in mednarodnega prava to ne velja; z drugimi besedami, upravni, ne samo sodni organi, so vezani na pravo EU in mednarodno pravo ter morajo odreči uporabo prekrškovne določbe, če gre za pravico iz prava EU ali mednarodnega prava. Težava je v »prvem koraku«; to je v vedenju, da taka pravica obstaja in da notranja zakonodaja tega ne upošteva. Rešitev je zgolj v trudu doslednejše uporabe teh pravnih sistemov in opozarjanju zakonodajne in izvršilne veje oblasti na omejitve, ki iz teh sistemov izhajajo. Slovensko pravo je del teh dveh sistemov, sodna veja oblasti pa tista, ki neupoštevanja tega ne sme dopustiti.

44 Glej članek M. Krivica o *Exceptio illegalis* (v *Pravni praksi*, 1999/443, str. 45), ki sicer pravilno trdi, da je ...»samo sodni veji oblasti omogočeno, da nezakonitega akta ne uporabi in sodni neposredno na podlagi zakona ali Ustave RS.« Vendar je tej trditvi treba dodati, da morajo tudi upravni organi neposredno uporabljati mednarodno in pravo EU. Sicer pridemo do absurda, ko je za upravni postopek ustrezna ena pravna podlaga, za sodni postopek (pri izpodbijanju upravnega akta), pa bo ustrezna druga pravna podlaga. To je glavna ideja tudi omenjenega primera *FratelliCostanzo* (*supra* No 10). Zadeva potrjuje tezo, da mora ves čas postopka – najprej upravnega in nato sodnega (če do njega pride) – biti ustrezna ista (ne enaka) pravna podlaga.

UPORABA MILEJŠEGA ZAKONA V PREKRŠKOVNEM PRUVU

Nina Jerala¹
višja pravosodna svetovalka
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Pri obravnavanju tematike uporabe milejšega zakona je treba izhajati iz načela zakonitosti v kazenskem pravu (*nullun crimen nulla poena sine lege previa*), ki ga Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju ustava) določa v 28. členu. Skladno s tem načelom je treba uporabiti tiste materialnopravne določbe, ki so veljale v času storitve prekrška. Pravilo, da se dejanja, ki so kazniva, ugotavljajo in kazni zanje izrekajo po zakonu, ki je veljal ob storitvi dejanja, pozna tudi izjemo, ki dopušča uporabo novega zakona, če je za storilca milejši (drugi odstavek 28. člena ustave).

Drugeče kot ustava Evropska konvencija za človekove pravice (EKČP) splošno sprejetega načela zakonitosti v 7. členu ne dopolnjuje še z izjemo, ki dovoljuje uporabo zakona za nazaj, kadar je novi zakon milejši. V praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je zato dolgo časa veljalo, da 7. člen EKČP pritožnikom ne zagotavlja pravice do milejše kazni, če se zakon po storitvi kaznivega dejanja spremeni. Šele s sodbo Scoppola proti Italiji z dne 17. 9. 2009 je ESČP razširilo domet načela zakonitosti, tako da je pravilo o uporabi novejšega in za storilca milejšega zakona postalo eno od temeljnih načel kazenskega postopka.²

Načelo zakonitosti je uveljavljeno tudi v prekrškovnem pravu, le da je zaradi posebnosti predpisovanja prekrškov njegova vsebina razširjena še na predpise, s katerimi so določeni prekrški. Tako kot ustava in Kazenski zakonik tudi Zakon o prekrških (ZP-1) pozna izjemo od načela zakonitosti in v drugem odstavku 2. člena določa retroaktivno uporabo milejšega zakona ali predpisa, ki določa prekršek.³

2 SPREMEMBE NA PODROČJU PROMETNE ZAKONODAJE

Na področju prometne zakonodaje so Zakon o varnosti cestnega prometa (ZVCP-1), ki se je uporabljal do 30. 6. 2011, nadomestili štirje novi zakoni, ki so se vsi začeli uporabljati 1. 7. 2011:

- Zakon o pravilih cestnega prometa (ZPrCP) in novela ZPrCP-A (od 28. 7. 2012 dalje);
- Zakon o voznikih (ZVoz);
- Zakon o motornih vozilih (ZMV);
- Zakon o cestah (ZCes-1).

¹ Pod mentorstvom vrhovnega sodnika svetnika Marka Šorlija.

² Glej Tratnik, A., Razširitev dometa 7. člena EKČP – retroaktivna uporaba milejšega zakona, Pravna praksa, 2009, št. 37.

³ Drugi odstavek drugega člena ZP-1: »Če se po storitvi prekrška enkrat ali večkrat spremenijo materialnopravne določbe tega zakona ali predpisa, ki določa prekršek, se uporabi zakon ali predpis, ki je za storilca milejši.«

Obenem je bila v letu 2011 sprejeta še novela ZP-1G, ki je začela veljati 13. 3. 2011. Zaradi obsežnih sprememb in novih institutov, ki jih je prinesla, je bila uporaba nekaterih določb odložena, za druge je bilo treba določiti posebno prehodno obdobje, tretje pa se še niso začele uporabljati. Vse te zakonske spremembe sodišča zavezujejo, da najprej ugotovijo, ali imajo spremenjene zakonske določbe procesno ali materialno naravo, šele nato presoajo, ali so novejša materialna določba za storilca milejša.

3 PROCESNE ALI MATERIALNE DOLOČBE?

Za uporabo procesnega prava je ključen trenutek opravljanja procesnega dejanja, zato se uporabijo tiste procesne določbe, ki veljajo v času obravnavanja prekrška. Zanje pravilo milejšega zakona iz drugega odstavka 2. člena ZP-1 ne velja, zato sodišče uporabi v času odločanja veljavne procesne določbe tudi, če so za storilca manj ugodne, kot so bile ob storitvi prekrška.

Za uporabo materialnega prava je ključen čas izvršitve dejanja (posledica načela zakonitosti), zato bo sodišče uporabilo tiste materialne določbe, ki so veljale ob storitvi prekrška. V drugem odstavku 2. člena ZP-1 je določena pomembna izjema od tega pravila, na podlagi katerega prekrškovni organ uporabi novejši materialni zakon, če je za storilca milejši. Povedano bi lahko oblikovali v dve načeli:

- načelo o prepovedi retroaktivnosti novega strožjega zakona,
- načelo o retroaktivnosti novega milejšega zakona.⁴

Zakoni, ki določajo zakonske znake prekrškov in sankcije zanje, so nesporno materialne narave. Presoja, katere vrste je posamezna določba, je težavnejša, če so materialne norme uvrščene v procesni zakon ali obratno. Sodna praksa je že ponudila nekaj odgovorov na vprašanja, katere določbe se štejejo za procesne in katere za materialne.

3.1 Poklicni voznik

Določba petega odstavka 235. člena ZVCP-1 je sodišču dajala podlago za fakultativni izrek prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja poklicnemu vozniku za tisto kategorijo motornih vozil, s katero opravlja osnovni poklic.⁵ Ta določba je bila z ZPrCP, ki se je začel uporabljati 1. 7. 2011, razveljavljena, ZPrCP pa vsebinsko podobnih določb nima. Vrhovno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju vrhovno sodišče) je v zadevi IV Ips 2/2010⁶ zavzelo stališče, da je določba petega odstavka 235. člena ZVCP-1 materialne narave, saj v povezavi

4 Komentar K. Filipič v Zakonu o prekrških s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2009, str. 28.

5 Peti odstavek 235. člena ZVCP-1: »Imetniku vozniškega dovoljenja, za katerega je voznja motornega vozila osnovni poklic, se lahko prenehanje veljavnosti vozniškega dovoljenja ne izreče za kategorijo motornih vozil, s katero opravlja osnovni poklic, razen če je z vozilom te kategorije dosegel ali presegel tretjino kazenskih točk, predpisanih za izrek prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja, ali storil prekršek, za katerega je predpisanih 18 kazenskih točk.«

6 Glej tudi sodbi VS RS IV Ips 104/2011 in IV Ips 52/2012.

s tretjim odstavkom 22. člena ZP-1 določa pogoje za izrek prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja, ki je sankcija za prekršek (3. točka drugega odstavka 4. člena ZP-1), ter obseg izreka te sankcije. Ne glede na to, da je bila ta določba razveljavljena, je torej treba upoštevati njeno materialno naravo in jo uporabiti tudi za vse tiste storilce, ki so prekršek, s katerim so dosegli 18 kazenskih točk, storili med veljavnostjo ZVCP-1, čeprav v času odločanja o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja ne velja več.

3.2 Prekršek in kaznivo dejanje

V zadevi IV Ips 49/2009 je vrhovno sodišče zavzelo stališče, da določba 12. člena ZP-1 (zdaj je ta materija urejena v 11. a členu ZP-1), ki ureja postopanje, kadar ima določeno ravnanje zakonske znake kaznivega dejanja in prekrška, spada med procesne določbe, za katere ne velja pravilo o uporabi milejšega zakona.

3.3 Zastaranje pregona

V zadevi IV Ips 129/2010 je vrhovno sodišče zavzelo stališče, da so določbe o zastaranju pregona materialne narave, zato zanje velja prepoved retroaktivne veljavnosti strožjega zakona.

3.4 Blanketne določbe

O blanketnih določbah govorimo, kadar se prekrškovna določba sklicuje na dopolnilno normo z drugega pravnega področja. Ob spremembi dopolnilne norme se zastavi vprašanje, ali jo je treba uporabiti retroaktivno, če je za storilca milejša. V zadevi IV Ips 41/2007 je vrhovno sodišče presodilo, da retroaktivna uporaba določbe ni upravičena, če gre za t. i. dinamično blanketno urejanje. Po takem urejanju zakonodajalec poseže, če predvideva, da se bo norma z drugega pravnega področja, na katero se sklicuje prekrškovna določba, večkrat spreminjala, s čimer se izogne nenehnemu spreminjanju prekrškovnih določb. Da gre za dinamično blanketno urejanje, največkrat kaže okoliščina, da je zakonodajalec določitev enega od zakonskih znakov prepustil podzakonskemu aktu, za katerega je značilno hitrejše in lažje spreminjanje. Z dinamičnim blanketnim urejanjem se v statično kaznovalno določbo vključi dopolnilna norma ob njenem spreminjanju, zato se te blanketne določbe uporabijo v vsakokrat veljavnem besedilu.

PRIMER 1: Materialne ali procesne določbe – definicija hujšega prekrška

Storilcu je bil izdan sklep o odložitvi izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja (VD) s pravnim poukom, da v preizkusni dobi šestih mesecev ne sme storiti hujšega prekrška. Za hujši prekršek se je po določbi 23. člena ZPrCP štel prekršek, za katerega sta predpisani globa najmanj 300 EUR in stranska sankcija kazenskih točk ali prepoved vožnje motornega vozila. Storilec je pozneje storil prekršek, za katerega so mu bile s pravnomočno prekrškovno odločbo izrečene globa 300 EUR in 3 kazenske točke, zato je sodišče s sklepom preklicalo

odložitev izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja. Zoper ta sklep je storilec vložil pritožbo. V času pritožbenega odločanja se je definicija hujšega prekrška spremenila (ZPrCP-A). Za hujše prekrške se štejejo le tisti, ki imajo predpisano globo najmanj 700 EUR in stransko sankcijo kazenskih točk ali prepoved vožnje motornega vozila.

Ali je treba določbo 23. člena ZPrCP, ki opredeljuje hujši prekršek, šteti za materialno določbo in posledično storilcu v času pritožbenega odločanja ni več mogoče očitati, da je v preizkusni dobi storil hujši prekršek?

V sodbi IV Ips 146/2010 je vrhovno sodišče obravnavalo podobno problematiko. V času pritožbenega odločanja se je spremenila definicija voznika začetnika (66. točka 23. člena ZVCP-1), določba, ki je ureja pogoje za izrek prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja vozniku začetniku (četrti odstavek 235. člena ZVCP-1), pa je ostala nespremenjena. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da storilec na podlagi novejših definicij voznika začetnika ni imel več statusa voznika začetnika, zato bi sodišče z uporabo novejšega milejšega zakona moralo ugotoviti, da pogoji za izrek prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja niso bili izpolnjeni.

Tudi v tem hipotetičnem primeru lahko ugotovimo, da se je spremenila samo določba, ki opredeljuje hujši prekršek. Po našem mnenju je ta določba materialne narave, zato v času pritožbenega odločanja storilcu ni več mogoče očitati, da je v preizkusni dobi storil hujši prekršek, ki ima za posledico preklic sklepa o odložitvi izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja.

PRIMER 2: Materialne ali procesne določbe – prisotnost psihoaktivnih snovi v urinu

Storilcu je bila med veljavnostjo ZVCP-1⁷ v urinu ugotovljena prisotnost psihoaktivnih snovi. V času pritožbenega odločanja se je začel uporabljati ZPrCP,⁸ ki postopek ugotavljanja, ali je storilec pod vplivom psihoaktivnih snovi, ureja drugače. Prisotnost teh snovi se ugotavlja v kriv ali slini, če pa se ugotovijo le v urinu, je voznik, učitelj vožnje ali spremljevalec napoten na kontrolni zdravstveni pregled v skladu z zakonom, ki ureja voznike.

Ali je treba uporabiti novejših določbe ZPrCP kot milejši zakon in posledično storilcu ni več mogoče očitati, da je vozil pod vplivom psihoaktivnih snovi?

Zakonska znaka prekrška po prvem odstavku 106. člena ZPrCP ali po prvem odstavku 131. člena ZVCP-1 sta:

- vožnja v cestnem prometu
- pod vplivom psihoaktivnih snovi.

⁷ Drugi odstavek 131. člena ZVCP-1: »Pod vplivom snovi iz prejšnjega odstavka je voznik, učitelj vožnje oziroma spremljevalec, pri katerem se s posebnimi sredstvi, napravami ali s strokovnim pregledom ugotovi prisotnost takih snovi v organizmu.«

⁸ Drugi in četrti odstavek 106. člena ZPrCP: »Pod vplivom snovi iz prejšnjega odstavka je voznik, učitelj vožnje ali spremljevalec, pri katerem se s posebnimi sredstvi, napravami ali s strokovnim pregledom ugotovi prisotnost takih snovi v krvi ali slini. Če se s toksikološko preiskavo telesnih tekočin ugotovi prisotnost prepovedanih drog ali drugih psihoaktivnih snovi ali njihovih presnovkov le v urinu, se voznika, učitelja vožnje ali spremljevalca napoti na kontrolni zdravstveni pregled v skladu z zakonom, ki ureja voznike.

Skupaj z materialno normo, ki določa zakonska znaka prekrška in sankcijo zanj, sta predpisana še način in postopek, po katerem naj prekrškovni organ ugotovi, ali je oseba pod vplivom psihoaktivnih snovi. Po našem mnenju gre za neke vrste dokazno pravilo o načinu ugotavljanja psihoaktivnih snovi v telesu voznika oziroma drugega udeleženca cestnega prometa. Takega pravila ne moremo šteti za materialno določbo, ki bi jo moralo sodišče v skladu z drugim odstavkom 2. člena ZP-1 uporabiti retroaktivno. Če je zakonodajalec za ugotavljanje nekega dejstva predvidel dokazno pravilo, je edino smiselno, da se ta dejstva ugotavljajo na način, ki velja v času njihovega ugotavljanja.

4 RAVNANJE SODIŠČA OB SPREMEMBI ZAKONA

Spremembe materialnih določb o prekršku so lahko različne: od sprememb v splošnem delu ali posebnem delu ali v kombinaciji obeh; lahko so spremembe opisa zakonskih znakov določenega prekrška ali v predpisanih sankcijah ali v kombinaciji obeh; v zakonskih znakih tako, da se dejanje dekriminalizira ali le spremeni tako, da se odpravijo ali dodajo omejevalni ali razširjajoči znaki prekrška, da se nekateri znaki odpravijo, drugi pa dodajo, in podobno.

Ob spremembi inkriminacije, ko se abstraktnemu opisu prekrška doda omejevalni zakonski znak, sodišču ni treba izdati oprostilne sodbe samo zato, ker dejanski opis prekrška v obdolžilnem predlogu ali izreku sodbe o prekršku ne konkretizira novega (dodatnega) zakonskega znaka. Če se v dokaznem postopku ugotovi, da je storilec izpolnil tako zakonske znake prekrška, ki je veljal ob storitvi dejanja, kot tudi novejšega prekrška, ki za storilca ni milejši, zadošča, da so v opisu prekrška v izreku konkretizirani le zakonski znaki prekrška, ki je veljal ob storitvi, v obrazložitvi sodbe pa morajo biti ugotovljeni tudi zakonski znaki novejšega prekrška.⁹

Lahko pride tudi do večkratne spremembe zakona v času od storitve do odločitve o prekršku. Po določbi drugega odstavka 2. člena ZP-1 se upoštevajo tudi ti t. i. vmesni zakoni, ki ob storitvi dejanja še niso veljali, v času obravnavanja pa ne veljajo več. Vse določbe se primerjajo, nato pa se uporabi najmilejša. Če je poznejši zakon enako strog kot zakon, ki velja v času obravnavanja, se uporabi zakon, ki je veljal ob storitvi dejanja. Retroaktivnost je namreč omejena na milejši zakon. Če sodišče presodi, da novejši zakon za storilca ni milejši, po našem mnenju sodišče uporabe zakona, ki je veljal ob storitvi prekrška, ni dolžno posebej utemeljevati. Uporaba tega zakona je namreč odraz načela zakonitosti, v skladu s katerim se uporabi zakon, ki je veljal ob storitvi prekrška. Če pa sodišče ugotovi pogoje za uporabo izjeme od načela zakonitosti in dejanje pravno opredeli po novejšem zakonu, mora v obrazložitvi odločbe utemeljiti, zakaj novejši zakon šteje za milejši.

9 Glej sodbo VS RS I Ips 247/2005.

PRIMER 3: Večkratna sprememba sankcije za prekršek

PREKORAČITEV HITROSTI V NASELJU	ZVCP-1 do 30. 6. 2011	ZPrCP od 1. 7. 2011 do 27. 7. 2012	ZPrCP-A od 28. 7. 2012
do 10 km/h	80 EUR	100 EUR	do 5 km/h – 40 EUR do 10 km/h – 80 EUR
nad 10 do 20 km/h	250 EUR + 3 KT	300 EUR + 3 KT	300 EUR + 3 KT
nad 20 do 30 km/h	500 EUR + 5 KT	500 EUR + 5 KT	500 EUR + 5 KT
nad 30 do 50 km/h	minimalno 1000 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	minimalno 1000 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	1000 EUR + 9 KT
nad 50 km/h	minimalno 1000 EUR + 18 KT	minimalno 1.200 EUR + 18 KT	1.200 EUR + 18 KT

Ugotovimo lahko, da vmesni zakon (ZPrCP), ki ob storitvi prekrška še ni veljal, v času odločanja sodišča pa ne velja več, v nobenem primeru ni najmilejši. Večinoma bo že z abstraktno primerjavo predpisanih sankcij mogoče ugotoviti, kateri zakon se uporabi. Kjer je zakonodajalec sankcijo, ki je predpisana v razponu, nadomestil s fiksno sankcijo, bo odločitev, kateri zakon je najmilejši za storilca, odvisna od sankcije, ki mu je bila izrečena.

Spremembe materialnega zakona je treba upoštevati v vseh fazah postopka oziroma na vseh stopnjah rednega postopka. Če se torej materialni zakon spremeni med izrekom odločbe prve in druge stopnje ali med izrekom odločbe prekrškovnega organa in izrekom sodbe, izdane v sodnem postopku zaradi vložene zahteve za sodno varstvo, mora sodišče tako spremembo upoštevati po uradni dolžnosti, sicer tvega, da bo vrhovni državni tožilec vložil zahtevo za varstvo zakonitosti zaradi napačne uporabe materialnega prava. Če se zakon spremeni po pravnomočnosti odločbe, se novi ne more več uporabiti, čeprav je npr. dekriminaliziral dejanje, za storitev katerega je bila osebi izrečena sankcija. Pravnomočno odločbo je treba tudi v takem primeru izvršiti, razen če novi zakon določi drugače.¹⁰

PRIMER 4: Sprememba zakona v fazi pritožbenega odločanja

Sodišče v skrajšanem postopku (129. a člen ZP-1) izda sodbo in storilcu izreče globo 1000 EUR, 9 kazenskih točk in prepoved vožnje motornega vozila. Storilec vloži ugovor, ki ga sodišče s sodbo zavrne (enajsti odstavek 129. a člena ZP-1). Zoper to sodbo o zavrnitvi ugovora storilec vloži še pritožbo. V času pritožbenega odločanja pride do spremembe zakona, ki za storjen prekršek ne predpisuje več stranske sankcije prepovedi vožnje motornega vozila.

¹⁰ Komentar K. Filipič v Zakonu o prekrških s komentarjem, GV založba, Ljubljana 2009, str. 29.

Ali mora pritožbeno sodišče dejanje pravno opredeliti po novem milejšem zakonu glede na to, da je na prvi stopnji tekel skrajšani postopek in je bila pritožba vložena zoper sodbo o zavrnitvi ugovora, ne pa zoper sodbo, s katero je bilo odločeno o prekršku?

Za odgovor na to vprašanje ni bistveno, zoper katero sodbo je formalno vložena pritožba, ampak to, da mora sodišče spremembe materialnega prava po uradni dolžnosti upoštevati do pravnomočne odločitve o stvari. V obravnavanem primeru bo šele s sodbo pritožbenega sodišča pravnomočno odločeno o prekršku, zato menimo, da mora pritožbeno sodišče uporabiti novejši zakon kot milejši. V tem primeru se kot najprimernejši pokaže izrek, s katerim sodišče sodbo, s katero je bilo odločeno o prekršku, v zvezi s sodbo, s katero je bil ugovor zavrnjen, spremeni tako, da se storilčevo dejanje pravno opredeli po milejšem zakonu in se mu na novo izreče sankcija za prekršek.

Kadar je globa predpisana v razponu, pritožbeno sodišče pa ugotovi, da je nov zakon za storilca milejši, ker je okvir predpisane sankcije ožji kot po zakonu, veljavnem ob storitvi prekrška, ne zadošča, da se uporaba milejšega zakona kaže le na abstraktni ravni. Za pravilno uporabo milejšega zakona ne zadošča, da je dejanje pravno opredeljeno po novem milejšem zakonu, ampak mora biti tudi rezultat uporabe milejšega zakona za storilca ugodnejši od tistega, do katerega je prišlo sodišče prve stopnje na podlagi uporabe strožjega zakona. Tako sodišče dejansko upošteva dejstvo, da je prišlo do spremembe v zakonski oceni teže prekrška, in tudi zagotovi enako obravnavanje storilcev določenega prekrška pri odmeri sankcije.¹¹

5 PRESOJA, KATERI ZAKON JE MILEJŠI

Presoja, kateri zakon je milejši, je preprosta, če novi zakon nekega ravnanja ne opredeljuje več kot prekrška ali če je zanj izključuje pregon. Če stari in novi zakon določeno ravnanje sankcionirata, se na splošno lahko reče, da je milejši zakon, ki omogoča milejše sankcioniranje v določenem primeru, ob upoštevanju sankcij za prekršek, ki se lahko izrečejo po enem ali drugem zakonu. V kazenskopравни teoriji in praksi je splošno sprejeto stališče, da besedila prejšnjega in novega zakona ne smemo primerjati le abstraktno (primerjava zakonskih besedil), ampak konkretno. To pomeni, da je pri presoji, kateri zakon je milejši, treba upoštevati konkretni primer, ki ga sodišče obravnava, in nato primerjati rezultate uporabe starega in novega zakona. Pri tem je treba ugotoviti vse okoliščine, ki so lahko v danem primeru pomembne za uporabo enega ali drugega zakona. Tako je mogoče ugotoviti, do kakšnih rešitev bi privedla uporaba enega ali drugega zakona, na podlagi takih ugotovitev pa se sodišče lahko odloči za uporabo zakona, ki privede do rešitve, ki je za storilca ugodnejša. Pri tej presoji ni odločilno, ali je katera od sankcij, ki jih je mogoče izreči storilcu prekrška, po novejšem zakonu predpisana kot glavna ali stranska sankcija, temveč je treba presojati, kakšne posledice bo imela uporaba novejšega zakona kot celote na konkretni položaj storilca prekrška.

Povedano lahko strnimo v dve načeli, s pomočjo katerih presojamo situacije, ki nastanejo ob spremembi materialnih določb zakona. Načelo konkretnosti nam veleva, da za konkretnega storilca presodimo, kateri zakon je zanj milejši, nato

¹¹ Glej sodbo VS RS I Ips 200/2009.

pa v skladu z načelom alternativnosti ta milejši zakon uporabimo v celoti (in ne le nekaterih določb prejšnjega in nekaterih določb poznejšega zakona).¹²

Kljub tem splošnim usmeritvam za presojo, kateri zakon je za storilca milejši, odgovor na to vprašanje v praksi ni vedno preprost. Zlasti ob sprejetju novele ZPrCP-A se je pojavilo vrsto situacij, v katerih je ta presoja izredno težavna. Na primeru prekoračitve hitrosti na avtocesti, ki je predstavljena v preglednici, je razvidno, da je zadnja novela sicer nekoliko omilila sankcije, vendar ne pri vseh prekoračitvah hitrosti. Kjer je zakonodajalec bodisi znižal ali povišal glavno sankcijo bodisi hkrati znižal ali povišal glavno in stransko sankcijo, presoja, kateri zakon je najmilejši, v praksi ne bo povzročala težav. Kjer je zakonodajalec sankcijo predpisal v kombinaciji glavne in stranske, pri čemer je novejši zakon eno zvišal, drugo pa znižal, ni mogoče več na prvi pogled presoditi, kateri zakon je milejši. Menimo, da odločitev sodišča ne bi smela temeljiti na povsem subjektiviziranih okoliščinah, saj bi to dejansko privedlo do tega, da bi bila izbira sankcije prepuščena storilcu. Naloga sodišča je, da primerja storilčeva pravna položaja po obeh zakonih in nato presodi, ali je novejši zakon za storilca milejši. Če primerjava pravnega položaja storilca po obeh zakonih ne omogoča na življenjskih izkušnjah utemeljenega sklepa, kateri zakon je za storilca milejši, menimo, da si sodišče lahko pomaga z uporabo načela zakonitosti, v skladu s katerim se dejanje pravno opredeli po zakonu, veljavnem ob storitvi tega dejanja, uporaba novejšega zakona pa je le izjema, ki mora biti posebej utemeljena.

PRIMER 5: Presoja, kateri zakon je milejši

PREKORAČITEV HITROSTI NA AVTOCESTI	ZVCP-1 do 30. 6. 2011	ZPrCP od 1. 7. 2011 do 27. 7. 2012	ZPrCP-A od 28. 7. 2012
do 10 km/h	50 EUR	60 EUR	40 EUR
nad 10 do 20 km/h	50 EUR	60 EUR	80 EUR
nad 20 do 30 km/h	100 EUR	120 EUR	80 EUR
nad 30 do 40 km/h	150 EUR + 3 KT	200 EUR + 3 KT	160 EUR
nad 40 do 50 km/h	200 EUR + 5 KT	300 EUR + 5 KT	250 EUR + 3 KT
nad 50 do 60 km/h	minimalno 300 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	minimalno 400 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	500 EUR + 5 KT
več kot 60 km/h	minimalno 300 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	minimalno 400 EUR + 9 KT + prepoved vožnje	1.200 EUR + 9 KT

Vrhovno sodišče je v nekaj primerih že odločalo, kako presojati take in podobne situacije, in dalo določene usmeritve.

¹² Kazenskopравни teoretiki so večinskega mnenja, da je treba milejši zakon uporabiti v celoti, saj bi kombinacija določb prejšnjega in novega zakona dejansko pomenila uporabo nekega tretjega zakona, ki v taki obliki ni nikdar obstajal. Nekateri avtorji pa izjemoma dopuščajo tudi kombinacijo najmilejših določb iz obeh zakonov. Več o tem glej: Bavcon, L., Idr., Kazensko pravo, splošni del, Ljubljana 2009, str. 110, in Novoselec, P., Opći dio kaznenog prava. Zagreb 2007, str. 86.

5.1 Novejši zakon določa višjo globo, več kazenskih točk in fakultativno namesto obligatorne prepovedi vožnje motornega vozila

V zadevi IV Ips 48/2010 je ob storitvi prekrška veljal zakon, ki je določal globo v višini 208,65 EUR, stansko sankcijo 4 kazenske točke in obligatorni izrek prepovedi vožnje motornega vozila. Pred izdajo sodbe o prekršku se je predpisana sankcija za obravnavani prekršek spremenila, tako da je bilo storilcu mogoče izreči globo v višini 300 EUR, 5 kazenskih točk in fakultativno namesto obligatorne prepovedi vožnje motornega vozila. Sodišče je očitani prekršek pravno opredelilo po novem zakonu ter v razlogih sodbe navedlo, da je novi zakon za storilko ne glede na višjo predpisano globo in število kazenskih točk milejši, ker ne predpisuje obveznega izreka stranske sankcije prepovedi vožnje motornega vozila. Vrhovno sodišče je takemu stališču nižjega sodišča pritrdilo in zapisalo, da sodišče storilki prekrška ni izreklo prepovedi vožnje motornega vozila, kar bi po zakonu, veljavnem ob storitvi prekrška, moralo storiti. Prepoved vožnje motornega vozila je opredeljena kot stranska sankcija, vendar ima njen izrek za povprečnega voznika težke posledice, saj mu onemogoča vožnjo motornega vozila za najmanj en mesec, lahko pa tudi do enega leta.

5.2 Novejši zakon določa višjo globo in manjše število kazenskih točk

V zadevi IV Ips 56/2012 je bila ob storitvi prekrška predpisana globo v višini 500 EUR in 11 kazenskih točk, v času odločanja o prekršku pa sankcija 700 EUR in 9 kazenskih točk. Sodišče je prekršek pravno opredelilo po zakonu, veljavnem ob storitvi. Vrhovno sodišče v pravno opredelitev prekrška ni poseglo in je zavrnilo argument, da je zakon, ki določa večje število kazenskih točk, vedno strožji, saj se storilcu v končni posledici lahko izreče tudi prenehanje veljavnosti vozniškega dovoljenja. Poudarilo je preventivno in opominjevalno funkcijo kazenskih točk, ki prevlada nad represivno. Kazenske točke storilca postavijo pod določeno grožnjo negativnih posledic, ki pa jih storilec lahko prepreči z odgovorno in varno udeležbo v cestnem prometu. Situacijo, ko storilec prav zaradi zakona, ki določa večje število kazenskih točk, doseže ali preseže 18 kazenskih točk, je treba ločiti od situacije, ko storilec tudi na podlagi zakona, ki določa večje število kazenskih točk, te meje ne doseže. Izrek nižje globe in večjega števila kazenskih točk, ki samostojno ali v seštevku z drugimi kazenskimi točkami za posledico nimajo izgube vozniškega dovoljenja, pravnega položaja storilca ne poslabšujejo. Nižja globo namreč za storilca pomeni manjšo finančno obremenitev, ki pozitivno učinkuje takoj po pravnomočnosti odločbe, izrek neveljavnosti vozniškega dovoljenja pa je odvisen od prihodnjega negotovega dejstva, ki ga storilec lahko prepreči, tako da v prihodnje ne bo ponavljal hujših prekrškov zoper varnost cestnega prometa.

5.3 Novejši zakon določa višjo globo in manjše število kazenskih točk, ukrepa prepovedi vožnje motornega vozila ne pozna več

Zadeva IV Ips 89/2012 je za sodno prakso pomembna, ker se je vrhovno sodišče v njej izrecno opredelilo do možnosti odstopa od načela alternativnosti, v skladu s katerim je treba uporabiti milejši zakon v celoti.

Zakon, ki je veljal ob storitvi prekrška, je določal globo v višini 460 EUR, 6 kazenskih točk in fakultativno predpisano stransko sankcijo prepovedi vožnje motornega vozila. Novejši zakon, ki je že veljal v času pritožbenega odločanja, določa globo v višini 500 EUR, 5 kazenskih točk, stranske sankcije prepovedi vožnje motornega vozila pa ne pozna več. Vrhovna državna tožilka je v zahtevi za varstvo zakonitosti zastopala stališče, da gre v tej zadevi za situacijo, ki upravičuje odstop od načela alternativnosti. Predlagala je, naj vrhovno sodišče prekršek pravno opredeli po novem milejšem zaklonu ter po novem zakonu izreče tudi 5 kazenskih točk, vendar pa izreče višino globe v znesku, kot jo je predpisoval za storitev prekrška stari zakon, saj je ta določal nižjo višino globe.

Tak argument je vrhovno sodišče zavrnilo in posebej poudarilo, da od načela alternativnosti, ki izvira iz načela zakonitosti, ne odstopa. Vrhovno sodišče je pravnomočno odločbo o prekršku spremenilo tako, da je storilca spoznalo odgovornega za prekršek po novejšem milejšem zakonu, in mu je na novo izreklo globo v višini 500 EUR in 5 kazenskih točk.

6 IZVRŠITEV PRENEHANJA VELJAVNOSTI VOZNIŠKEGA DOVOLJENJA (52. ČLEN PREHODNIH IN KONČNIH DOLOČB NOVELE ZP-1G)

6.1 Prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja pred novelo ZP-1G

Pred novelo ZP-1G je do izreka prenehanja veljavnosti voznškega dovoljenja lahko prišlo na dva načina:

- a) sodišče je v odločbi, s katero je odločilo o prekršku, hkrati izreklo še prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja (peti odstavek 202. a člena ZP-1):
 - če je storilec storil prekršek, za katerega je predpisana stranska sankcija kazenskih točk v številu, zaradi katerega se storilcu izreče prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja, ali,
 - če je storilec z več prekrški, storjenimi v steku, dosegel število kazenskih točk, zaradi katerih se storilcu izreče prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja;
- b) v posebnem postopku in posebnem sklepu o prenehanju veljavnosti voznškega dovoljenja, ki ga je začelo po uradni dolžnosti, ko je pridobilo podatek iz evidence kazenskih točk, da je storilec dosegel število kazenskih točk, zaradi katerih se mu izreče prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja (prvi odstavek 202. a člen ZP-1).

Takratni ZP-1 je v tretjem stavku šestega odstavka 26. člena predvidel možnost omilitve stranske sankcije kazenskih točk, tako da se prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja ni izreklo, vendar je ZP-1 to možnost omejil samo na tiste storilce, ki so število kazenskih točk v številu, zaradi katerih se izreče prenehanje veljavnosti voznškega dovoljenja, dosegli z enim prekrškom. Takratni ZP-1 posebnih možnosti izvršitve pravnomočnega sklepa o prenehanju veljavnosti voznškega dovoljenja ni poznal.

6.2 Prenehanje veljavnosti vozniškega dovoljenja po noveli ZP-1G

Novela ZP-1G je način in postopek izrekanja prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja uredila v enotnem postopku (202. č člen ZP-1). Zakonodajalec je črtal 202. a člen ZP-1 in njegovo vsebino uredil v novem 202. č členu ZP-1, pri čemer je izpustil možnost, da sodišče hkrati s sodbo ali sklepom o prekršku izreče še prenehanje veljavnosti vozniškega dovoljenja. Po novi ureditvi bo sodišče o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja vedno odločilo s posebnim sklepom o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja.

V fazi izvršitve pravnomočnega sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja je novela ZP-1G predvidela nove možnosti, na podlagi katerih lahko storilec doseže, da se pravnomočen sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja ne bo izvršil (od 202. d do 202. f člena ZP-1). Po pravnomočnosti sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja bo storilec lahko predlagal, da mu sodišče izvršitev prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja odloži (202. d člena ZP-1). Če bo sodišče ugotovilo, da storilec med preizkusno dobo ni storil hujšega prekrška in da je izpolnil naložene obveznosti, bo s sklepom po izteku enega leta od poteka preizkusne dobe odločilo, da se izrečena sankcija prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja ne izvrši. V nasprotnem primeru se s sklepom prekliche odložitve izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja (202. e člen ZP-1).

6.3 Prehodno obdobje

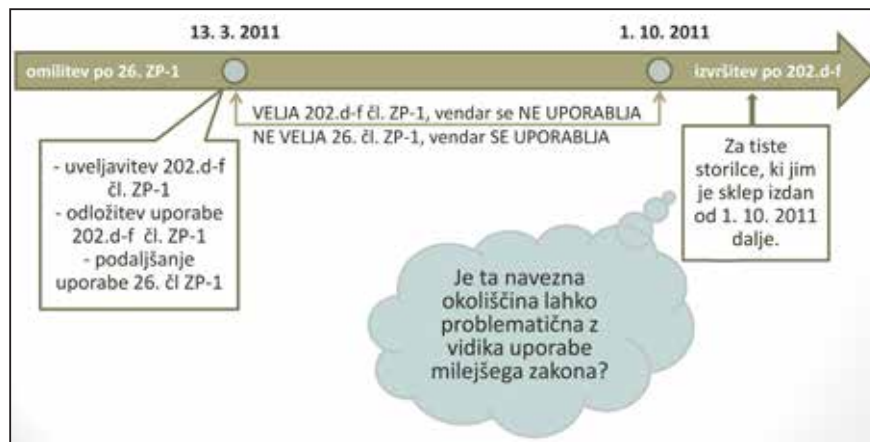
Prehod iz enega načina izrekanja prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja v drugega je zakonodajalec uredil z načelnim pravilom, da se vsi začeti postopki nadaljujejo in končajo po dosedanjih določbah ZP-1 (šesti odstavek 52. člena ZP-1G). Čeprav je novela ZP-1G razveljavila določbe 202. a člena, tretjega stavka šestega odstavka 26. člena, tretjega odstavka 27. člena, petega odstavka 202. člena in četrtega odstavka 214. člena ZP-1, se bodo te določbe za postopke, začete pred 13. 3. 2011, uporabljale še naprej. To pomeni, da bo sodišče lahko v odločbi o prekršku hkrati odločilo še o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja. Če bo odločba o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdana od 1. 10. 2011 dalje, bo sodišče storilca prekrška moralo poučiti o možnosti vložitve predloga za odložitve izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja (drugi odstavek 202. d člen ZP-1).

Drugačna prehodna ureditev velja za izvršitev sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja. Prej veljavni ZP-1 posebnih možnosti izvršitve sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja ni poznal, zato je zakonodajalec v prehodnih in končnih določbah uredil, kdaj in za katere storilce se nove možnosti izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja začnejo uporabljati. Ker je bila odložitve izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja vsebinsko povezana z določbami ZVoz, ki so zahtevale priprave na izvajanje določb o programih usposabljanja in rehabilitacijskih programih, je bila uporaba 202. d do 202. f člena ZP-1 odložena na 1. 10. 2011. Vmesno obdobje, torej od 13. 3. 2011 do 30. 9. 2011, je zakonodajalec uredil v prvem odstavku 52. člena ZP-1G. Nove določbe od 202. d do 202. f člena ZP-1 se uporabljajo za storilce, ki jim je bil sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdan od 1. 10. 2011 dalje. Do

začetka uporabe teh določb pa so se uporabljale določbe tretjega stavka šestega odstavka 26. člena, tretjega odstavka 27. člena, petega odstavka 202. člena in četrtega odstavka 214. člena ZP-1. Torej storilci, ki jim je bil sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdan v prehodnem obdobju, novih možnosti izvršitve sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja niso bili deležni. Ohranili pa so možnost, da se jim stranska sankcija kazenskih točk v postopku odločanja o prekršku omili.

Najprej lahko ugotovimo, da je bil zakonodajalec pri oblikovanju drugega stavka 52. člena ZP-1G nespreten, saj bi bilo določbo, da se tretji odstavek 26. člena ZP-1 uporablja do 1. 10. 2011, mogoče razumeti tako, da se po tem datumu ne uporablja več. Taka razlaga ni pravilna, saj določba 26. člena ZP-1, ki omogoča omilitev stranske sankcije, pomeni materialno določbo, ki jo je treba uporabiti za vse tiste storilce, ki so prekršek storili med njeno veljavnostjo, se pravi tudi po 1. 10. 2011, če se še takrat odloča o prekršku.

Prav tako lahko tudi ugotovimo, da je navezna okoliščina, od katere je odvisno, ali bodo storilcu nove možnosti izvršitve sankcije prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja na voljo ali ne, datum izdaje sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja. Te ugodnosti bodo prišle v poštev samo za tiste storilce, ki jim je sodišče sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdalo (vključno) od 1. 10. 2011 dalje. Tu se zastavi vprašanje, ali je lahko taka navezna okoliščina problematična z vidika uporabe milejšega zakona.



Prikaz ureditve 52. člena ZP-1G.

Možnost omilitve stranske sankcije kazenskih točk (26. člen ZP-1) je nadomestil postopek odločanja o odlogu izvršitve prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja (od 202. d do 202. f člena ZP-1). Prvo možnost je storilec lahko izkoristil v fazi do pravnomočnosti odločanju o prekršku, konkretno pri odmeri kazenske sankcije, druga možnost sega v fazo izvršitve pravnomočnega sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja. Čeprav imata oba instituta podoben namen, je prav dejstvo, da ima storilec nove možnosti izvršitve sankcije po 202. d do 202. f

členu ZP-1 na voljo šele po pravnomočnosti sklepa, bistveno v zvezi z dolžnostjo retroaktivne uporabe milejšega zakona. Pri presoji tega vprašanja v zadevi IV Ips 86/2012 je vrhovno sodišče izhajalo iz načela zakonitosti in ugotovilo, da se glede na besedilo 28. člena ustave uporaba milejšega zakona lahko razteza le na tiste materialne določbe, ki so pomembne pri ugotavljanju prekrška in izrekanju sankcije zanj. Časovni trenutek, do katerega učinkuje to načelo, je po stališču sodne prakse in teorije trenutek pravnomočnosti sodbe oziroma odločbe o prekršku. Dolžnost retroaktivne uporabe novejšega milejšega zakona se torej razteza le na fazo ugotavljanja prekrška in izrekanja sankcije zanj, ne pa tudi na fazo izvrševanja te sankcije, v katero sodi nov institut izvršitve kazenske sankcije po določbah od 202. d do 202. f člena ZP-1.

Če je bil sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdan in je postal pravnomočen v prehodnem obdobju od 13. 3. 2011 do 30. 9. 2011, se vprašanje retroaktivne uporabe določb niti ne zastavi. V prvem odstavku 61. člena ZP-1G je namreč določeno, da se določbe od 202. d do 202. f člena ZP-1 začnejo uporabljati šele 1. 10. 2011. Ker se določbe o drugačni možnosti izvršitve sklepa o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja pred tem datumom še niso uporabljale, sklepa na njihovi podlagi tudi ni bilo mogoče izvršiti.

Nekoliko drugačna je situacija, ko je storilcu sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdan v prehodnem obdobju, pritožbeno sodišče pa o pritožbi zoper ta sklep odloča po 1. 10. 2011. Uporaba teh določb, čeprav že veljajo in se uporabljajo, zaradi prvega stavka prvega odstavka 52. člena ZP-1G ni mogoča. Ta člen določa, da se 202. d do 202. f člen uporabljajo za tiste storilce, ki jim je sklep o prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja izdan od 1. 10. 2011 dalje. Toda tudi tukaj lahko ugotovimo, da se določbe od 202. d do 202. f člena ZP-1 (tudi če jih štejemo za materialne določbe) uporabijo šele v fazi izvršitve pravnomočno izrečene sankcije. Kot smo rekli, za te določbe, tudi če jih štejemo za materialne, dolžnost retroaktivne uporabe ne velja več. Od kdaj in za koga se bodo uporabljale, je odvisno od režima, ki ga je zakonodajalec predvidel v prehodnih in končnih določbah. 52. člen ZP-1 tako ne more biti sporen z vidika uporabe milejšega zakona (28. člen ustave), lahko pa bi se zastavilo vprašanje skladnosti take ureditve z vidika 22. člena ustave (enako varstvo pravic).

GRADBENA POGODBA – REŠEVANJE SPORA V PRAVDI – POMOČ IZVEDENCA¹

Franc Seljak
višji sodnik
Okrožno sodišče v Ljubljani

1 POJEM GRADBENEGA SPORA

Običajno pod pojmom gradbenega spora razumemo spor med dvema gospodarskima subjektoma, ki izvira iz pogodbenega razmerja in ima značilnosti gradbene pogodbe, kot jo opredeljuje Obligacijski zakonik (OZ) v 649. členu. Glede na pravni temelj najpogostejše uveljavljanih zahtevkov bi jih v grobem lahko razvrstili v tri skupine:

- izpolnitveni zahtevki (naročnika za izvedbo gradnje oziroma izvajalca za plačilo izvedenih del),
- jamčevalni zahtevki,
- odškodninski zahtevki.

2 UTEMELJITEV PRAVNE PODLAGE UVELJAVLJANEGA ZAHTEVKA

Opredelitev zadostne trditvene podlage tožeče stranke je nujna predpostavka za odločanje sodišča o utemeljenosti tožbenega zahtevka. Če je ni, je naloga sodišča, da z materialnoprocesnim vodstvom pozove pravdni stranki, da morebitne pomanjkljive navedbe dopolnita (285. člen Zakona o pravdnem postopku – v nadaljevanju ZPP). S tem v zvezi je treba opozoriti na vprašanja, povezana z načinom uveljavljanja pravovarstvenega zahtevka pred sodiščem:

- a) Danes upravičenci praviloma denarne zahtevke uveljavljajo z izvršilnim postopkom na podlagi verodostojne listine. Ob obrazloženem ugovoru dolžnika spor preide v pravdni postopek (drugi odstavek 62. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju), pri čemer bo tožeča stranka v nadaljevanju morala najprej ponuditi ustrezno trditveno podlago in na ta način dopolniti tožbo, da bo sposobna obravnave.
- b) Naslednja značilnost izhaja iz realnega stanja gradbeništva kot pomembnega dela gospodarstva v zaostrenih razmerah poslovanja, ki so posledica recesije. Zaradi verižnega sesutja pomembnega dela izvajalcev začeti insolvenčni postopki v bistvenem delu narekujejo tudi način in hitrost reševanja pravnih zadev, ki izvirajo iz pogodbenih razmerij tovrstnih subjektov.

3 ZNAČILNOSTI IZPOLNITVENE DOLŽNOSTI IZVAJALCA KOT NAJPOGOSTEJŠI VIR GRADBENIH SPOROV

Čeprav je zakonska opredelitev izpolnitvenih dolžnosti pogodbenih strank gradbene pogodbe načeloma enostavna (gradnja zgradbe na določenem zemljišču ali izvedba

¹ Prispevek je bil predstavljen oktobra 2012 na Gospodarskopравни šoli, v Čatežu ob Savi.

drugih gradbenih del izvajalca oziroma plačilo naročnika), pa ti odprti pravni pojmi (pojem gradnje ali gradbenih del) po eni strani pogodbenim strankam omogočajo, da v okviru pogodbene avtonomije v teh pogodbah uredijo najrazličnejše modalitete izpolnitvenih dolžnosti, po drugi strani pa ta široka pogodbeni avtonomija odpira tudi možnost za nesporazume ali celo spore pri izpolnjevanju pogodbe. Sodnik, na katerega se bo obrnila pogodbeni stranka s pravovarstvenim zahtevkom, se bo pri presoji utemeljenosti zahtevka zato največkrat moral ukvarjati z ugotovitvijo izpolnitvenih dolžnosti, ki izhajajo iz konkretne pogodbe. Tako ugotovljena vsebina pogodbene volje strank bo običajno nujni temelj za presojo vseh vrst zahtevkov, navedenih v 1. točki.

4 IZVEDENEC KOT SUBJEKT PRAVDNEGA POSTOPKA

Iz gradbene pogodbe za izvajalca izhaja obligacija uspeha,² hkrati pa je zanj predpisana najvišja stopnja skrbnosti – skrbnost dobrega strokovnjaka. Te okoliščine pa sodnika, ki presoja o uveljavljanem pravovarstvenem zahtevku iz tega razmerja, zelo pogosto soočajo s spoznavno krizo, saj se obravnavana vprašanja dotikajo meja sodnikove spoznavne zmožnosti. Procesni zakoni zato omogočajo preseganje teh meja s pomočjo instituta izvedenca kot pomočnika sodišča, ki bo sodniku nadomestil pomanjkanje posebnega znanja, ki ga ni mogoče pričakovati od sodnika. To znanje pa obsega po eni strani abstraktna pravila stroke, znanosti in izkušenj, ki so tako kot življenjske izkušnje in splošno znana pravila matematike, fizike, biologije, psihologije itd. nujna za povezavo konkretnih dejstev v določen dokazni zaključek o pravno pomembnem dejstvu.³ Sodnik pa mora najti odgovor na vprašanje, kdaj je glede na okoliščine konkretnega primera v neenakem položaju pri spoznavnih zmožnostih, da potrebuje tovrstno pomoč, kakor tudi glede načina, kako bo to pomoč najučinkoviteje realiziral med potekom postopka.

5 KDAJ JE IZVEDENEC POTREBEN KOT SODNIKOV POMOČNIK

Kje je meja spoznavne zmožnosti sodišča? Kdaj naj sodnik oceni, da njegova usposobljenost ne omogoča več pravilne analize in presoje obstoja pomembnih dejstev? Ali je odločilni kriterij za to usposobljenost za sodnika, ki temelji na pravni izobrazbi, ali pa so upoštevani tudi njegovo morebitno dodatna znanja in izkušnje? Ali je treba postaviti mejo na raven povprečne splošne razgledanosti, ki jo je pričakovati tudi od sodnika?

Ob tem ne smemo spregledati, da:

- so abstraktna pravila stroke in znanosti rezultat uporabe znanstvene metode proučevanja posameznih pojavov, ki temelji na nadgrajevanju obstoječega znanja in zbiranju empiričnih in merljivih dokazov, ki pa so podrejeni kritični analizi – posledično to pomeni, da se ta abstraktna pravila stalno razvijajo in so hkrati podrejena novim kritičnim preizkusom;
- precejšen del teh abstraktnih pravil in ugotovljenih izkušenj ne ostaja znan samo ozkemu krogu strokovnjakov, temveč se kot posledica „uporabljivosti“ dognanj

² Nina Plavšak, Obligacijski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, 3. knjiga, str. 908.

³ Jan Zobec, komentar k 243. členu ZPP, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, druga knjiga, Uradni list, Ljubljana, 2006, str. 475.

umestijo v splošno zavest širših uporabnikov in v tem delu postajajo del splošne izobrazbe (npr. uporaba interneta je bila še pred 15 leti omejena na ozek krog uporabnikov, danes je sprejeta že kot del pismenosti);

- obstaja tudi obraten proces, ko določeno znanje in izkušnje izginjajo iz splošne zavesti (npr. poglavja iz motoroznanstva so bila pred leti del učnega gradiva za kandidate za pridobitev vozniškega dovoljenja, danes pa bi verjetno le majhen delež voznikov znal celo v svojem avtomobilu pokazati, kje je kakšen ključen del avtomobilskega pogona).

Ali sodnik lahko zavrne predlog za izvedenca, zanašajoč se na posebno znanje, ki sicer presega raven splošne razgledanosti, s katerim pa sam razpolaga, oziroma ali se lahko zanaša na vire (npr. objavljena strokovna literatura), iz katerih bo dobil ustrezne odgovore na pomembna vprašanja, ki so predmet dokazovanja? Na primer sodnik, ki je bil vrsto let zaposlen v pravni službi gradbenega podjetja, kjer je dnevno sodeloval pri urejanju in razreševanju pogodbenih odnosov tega podjetja in si na ta način pridobil mnogo znanja tudi s področij, ki jih niti približno ni mogoče pridobiti pri pravnem študiju. Drugi primer: sodnik je ob nižanju stroškov lastne naložbe samoorganiziral prenovu svoje stanovanjske hiše in nadziral izvedbo del izvajalcev. Pred tem se je od strokovnjakov dal podučiti o pravilni izbiri gradbenega materiala in o postopkih za izvedbo del. Ali tako pridobljeno znanje lahko uporabi pri presoji pravilnosti izpolnitve istovrstnih del, ki jih je izvajal toženec in so podlaga zahtevka v konkretni pravdi?

Sodišče mora v okviru rezultata izvedenega dokaznega postopka priti do enopomenskega odgovora glede dokazanosti pravno pomembnih dejstev. V tem dokaznem postopku pa mora biti strankama postopka zagotovljeno načelo kontradiktornosti v fazi izvajanja dokazov. To pa pomeni, da mora biti strankam omogočeno, da se preizkušajo tudi odgovori na strokovna vprašanja, iz katerih bo sodišče sklepalo na obstoj pravno pomembnih dejstev. Če bo sodnik sam odločil o tem vprašanju, bo strankam omogočena kontradiktornost šele na pritožbeni ravni.⁴ Ob tem se postavi vprašanje, kako naj o tem presoja pritožbeno sodišče, če ti sodniki s takim dodatnim strokovnim znanjem ne razpolagajo. Verjetno bo pritožbeno sodišče v takem primeru moralo ravnati v smislu druge alineje tretjega odstavka 347. člena ZPP (pritožbena obravnava in imenovanje izvedenca).

Zato se je treba strinjati s stališčem J. Zobca v citiranem komentarju ZPP, naj se sodišče v dvomu odloči za izvedenca. Seveda pa je prvi pogoj, da je to vprašanje pravno pomembno kakor tudi da je med strankama sporno. To pa bo sodišče lahko razčistilo samo v ustreznem materialnoprocesnem vodenju postopka. Pri tako izvedenem odprtem sojenju bo lahko tudi sodišče razgrnilo strankama svoja stališča do posameznih pravil stroke in izkušenj, ki naj bi izhajala iz splošne izobrazbe ali posebnega znanja sodnika. Če bi stranki s takimi stališči sodnika izrecno soglašali, bi dejansko šlo za del nesporne dejanske podlage, ki je ni treba dokazovati (prvi odstavek 214. člena ZPP). Če pa posamezna stranka tako predstavljenim strokovnim izhodiščem sodišča konkretizirano nasprotuje, se sodišče ne bo moglo izogniti postavitvi neodvisnega izvedenca, ki bo dal ustrezno strokovno mnenje o spornem vprašanju. Stranki je namreč treba omogočiti, da z ustreznim dokaznim sredstvom izpodbija miselni tok sodišča v smeri nepravilne ugotovitve pravila stroke in izkušenj kakor tudi da ponudi drugačno metodo spoznavanja teh zakonitosti.

4 J. Zobec, nav. delo, stran 476.

Ne glede na navedeno pa menim, da ni potrebe po pomoči izvedenca v tistih primerih, ko se ta dokaz predlaga na primer zgolj za izvedbo najenostavnejših matematičnih algoritmov. V splošno izobrazbo, ki je samoumevna za sodnika, ki je absolvirал znanje srednješolske matematike, zato spada vsaj obvladanje osnovnih računskih operacij ter sklepnega računa in navadnega obrestnega računa. Zato po mojem mnenju ni potrebe po izvedencu na primer za izračun višine pogodbene obveznosti, če je v pogodbi jasno določena formula za njen izračun in so ugotovljive potrebne predpostavke. Verjetno je od sodnika, ki sodi pri gospodarskih sporih, tudi pričakovati, da brez pomoči izvedenca zna razbrati postavke začasnih okoliščin oziroma upoštevanja plačil v kumulativnem obračunu končnega stanja, če se predpostavlja, da so ti izkazi sestavljeni razumljivo za povprečno izobraženega naročnika.

6 UMESTITEV IZVEDENCA V SHEMI SODNIŠKEGA SILOGIZMA

a) Spodnja premisa

Sodišče lahko imenuje izvedenca, ko je potrebno ustrezno strokovno znanje za ugotovitev zatrjevanih dejstev, iz katerih naj bi izhajala (ne)utemeljenost tožbenega zahtevka (ugotovitev tržne cene nepremičnine ali ugotovitev običajnega plačila po drugem odstavku 642. člena OZ). To so pravotvorna dejstva, ki sestavljajo konkretni dejanski stan, zato v teh primerih ni zaznati velikih dilem v smeri, ali je postavitev izvedenca ustrezno dokazno sredstvo.

b) Zgornja premisa

Za ugotovitev zakonskega dejanskega stanu je treba imenovati izvedenca v tistih primerih, ko zakonska norma vsebuje odprte pojme (pravne standarde), za zapolnitev katerih pa je potrebno posebno strokovno znanje (npr. utemeljitev ravni skrbnosti dobrega strokovnjaka). Tudi v teh primerih (ko torej ne gre za ugotavljanje pravotvornih dejstev iz spodnje premise) teorija in sodna praksa široko razlagata pojem „ugotovitev in razjasnitev kakšnega dejstva“ iz 243. člena ZPP.

V sodni praksi pa ni kategorično zavzeto stališče do vprašanja, ali bi sodišče lahko imenovalo izvedenca tudi za ugotovitev ustrezne pravne norme. Na prvi pogled je taka možnost v nasprotju z načelom *iura novit curia*, to je, da mora sodišče samo poznati pravo, zato to ni predmet dokazovanja. V okviru teorije pa je stališče Trive, da bi bilo umestno z izvedencem dokazovati tuje pravo kakor tudi pravo, ki je že zdavnaj prenehalo veljati.⁵ Menim, da je skladna s tem stališčem tudi določba drugega odstavka 12. člena Zakona o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (Uradni list RS, št. 56/1999 – ZMZPP), ki dopušča sodišču, da se o vsebini tujega prava prepriča tudi „na drug ustrezen način“. Čeprav so te vsebine danes večinoma prosto dostopne tudi po sodobnih informacijskih poteh, ni mogoče povsem izključiti, da bi bila v izjemnih primerih vendarle potrebna pomoč posebnega strokovnjaka. Tega vprašanja ni mogoče zanemariti v kontekstu položaja članstva Slovenije v Evropski uniji z uveljavljenim načelom prostega pretoka kapitala, blaga in storitev, kakor tudi ob realnem stanju propada pretežnega dela slovenskih izvajalcev gradbenih storitev, posledica česar je, da prevzemajo odločilno vlogo tuji izvajalci.

⁵ Triva, Dika, Građansko parnično procesno pravo; Zagreb 2004, str. 526.

c) Pravno vrednotenje konkretnega dejanskega stanu glede na zakonski dejanski stan (conclusio)

Če je izvedenec pomočnik sodniku pri ugotavljanju spodnje in zgornje premise, pa svoje vloge ne more opravljati pri pravnem vrednotenju ugotovljenih dejstev. To po eni strani pomeni, da sodišče od izvedenca ne sme zahtevati, da se opredeljuje do pravnega vrednotenja ugotovljenih dejstev, po drugi strani pa se tudi izvedenec ne sme samoiniciativno opredeljevati do teh vprašanj. Je pa to ena najpogostejše opaženih pomanjkljivosti pri izvajanju dokazov z izvedenci. Mogoče je najti razlog v tem, da sama logika silogizma izvedenca precej spominja na sodniški silogizem.⁶ Spodnja premisa izvedenca so dejstva, ugotovljena v izvidu, zgornja premisa pa so abstraktna pravila znanosti, stroke in izkušenj. Uporaba teh pravil na ugotovljena dejstva v izvidu pa privede do t. i. mnenja kot izvedenčeve konkluzije. Vendar pa obe miselni sklepanji nista v razmerju prirejenosti, saj je rezultat celotnega izvedenčevega silogizma (če mu bo pri prosti presoji dokazov sodišče sledilo) šele potrební element (praviloma spodnje premise) sodniškega silogizma. Sodišče zato od izvedenca ne sme pričakovati, da bo odločil o utemeljenosti tožbenega zahtevka, temveč mora naloge izvedenca ustrezno zamejiti v sami opredelitvi naloge pri imenovanju izvedenca kakor tudi med spremljanjem dela izvedenca pri pripravi izvedenskega mnenja oziroma pri neposrednem dajanju tega mnenja na glavni obravnavi.

7 PROBLEM (NE)KONKRETIZIRANOSTI TRDITVENE PODLAGE

Dokaz za imenovanje izvedenca je lahko predlagan že pred pravdo s predlogom za zavarovanje dokazov (prvi odstavek 264. člena ZPP) ali med samim postopkom. Bistveno pa je, da tovrsten dokazni predlog da stranka v zvezi z zatrjevanim pravno pomembnim dejstvom. Stranka mora torej ponuditi zadostno trditveno podlago o obstoju pravno pomembnega dejstva. Predlog za imenovanje izvedenca se zato ne sme uporabiti za to, da bi izvedenčeve ugotovitve le dopolnjevale manjkajočo trditveno podlago (informativni dokaz).⁷

Primer: Naročnik kot tožeča stranka uveljavlja škodo v obliki izgubljenega dobička zaradi zamude pri izpolnitvi izvajalca. Navaja zgolj, da se je njen dobiček kot posledica kršitve pogodbe zmanjšal za vtoževani znesek in predlaga imenovanje izvedenca ekonomske stroke, ki naj ugotovi višino škode tožeče stranke.

8 V KATERI FAZI DOKAZNEGA POSTOPKA IZVESTI DOKAZ Z IZVEDENCEM

O tem, kateri dokazi in v kakšnem vrstnem redu se bodo izvajali, odloči sodišče (drugi odstavek 213. člena ZPP). Pri vrstnem redu bo sodišče moralo upoštevati tudi načelo ekonomičnosti postopka. Zato bo sodišče pred izvedbo dokaza z izvedencem moralo najprej izvesti tiste dokaze, ki se tičejo dejanskega stanja, na katero se bo moral navezovati izvedenec v svojem mnenju.

6 Ziba Trampuš: Izvedenstvo – procesni vidik; Pravosodni bilten 3/2000, str. 43, in J. Zobec, cit. komentar ZPP str. 473.

7 VSRS III Ips 12/2004, III Ips 108/2006, VSL I Cpg 1157/98.

***Primer:** Tožena stranka zoper izpolnitveni zahtevek izvajalca na plačilo opravljene storitve po pogodbi uveljavlja jamčevalne ugovore zaradi nepravilnosti pri izpolnitvi in predlaga imenovanje izvedenca, ki bo dal mnenje o teh pomanjkljivostih v izpolnitvi.*

Pred imenovanjem izvedenca bo sodišče moralo (na primer z zaslišanjem strank) najprej ugotoviti pravo vsebino pogodbenih obveznosti, saj se bo le tako lahko izvedenec opredelil do vprašanja pravilnosti izpolnitve.

Če bo izvedenčevo mnenje odvisno od obstoja posameznih dejstev, ki so predmet dokazovanja v postopku, bo sodišče po izvedbi dokazov za ugotovitev teh dejstev izvedencu moralo ustrezno pojasniti, katera dejstva je treba šteti za dokazana. Sodišče npr. ne sme prepustiti izvedencu, da sam dokazno ocenjuje izpovedi strank ali priči v postopku.

Izvajanje dokaza z izvedencem je samo po sebi obremenjevanje postopka s potrebnimi, včasih tudi zelo visokimi stroški izvedenstva. Načelo ekonomičnosti vodenja postopka od sodišča zato zahteva ustrezno racionalno vodenje postopka. Če sta sporna temelj in višina zahtevka, izvedenec pa je predlagan v zvezi z ugotavljanjem višine zahtevka, bo treba oceniti, ali ni smiselno z vmesno sodbo najprej odločiti o temelju zahtevka. Prav tako je pri ugovoru zastaranja terjatve smiselno najprej izvesti dokaze glede dejstev, od katerih je odvisna utemeljenost tega ugovora.

9 SKLEP O DOLOČITVI IZVEDENCA

Je ključni procesni akt sodišča, s katerim opredeli in zameji naloge izvedenca. Iz tega procesnega akta največkrat izvirajo pomanjkljivosti pri izvajanju tovrstnega dokaza. Zato je za uspešnost izvedbe dokaza z izvedencem potrebno, da ta sklep izda sodnik, ki pozna zadevo v smislu odprtih dejanskih in pravnih vprašanj. Posebej v zapletenejših zadevah je prepustitev priprave tega sklepa drugi osebi (npr. pripravniku ali strokovnemu sodelavcu) lahko smiselna samo pod predpostavko, da se bo ta oseba podrobno seznanila s samo zadevo in namenom samega izvedenstva v konkretnem primeru.

Nekatere pogoste pomanjkljivosti v tovrstnih sklepih sodišča:

a) Presplošna in nejasna vprašanja izvedencu:

***Primer:** Izvedenec naj da izvedensko mnenje, kot je običajno v civilnih postopkih.*

b) Določitev izvedenca brez konkretizirane trditvene podlage strank:

***Primer:** Sodišče je na predlog tožeče stranke postavilo izvedenca gradbene stroke in strankama določilo rok 8 dni, v katerem naj postavita vprašanja v zvezi s predlogom za izdajo začasne odredbe, na katera naj odgovori izvedenec s svojim mnenjem.*

***Primer:** Izvedenec naj natančno določi, kakšni stroški, v kateri višini in na kakšni podlagi so nastali tožeči stranki zaradi zamude tožene stranke pri izpolnitvi pogodbe.*

c) Zahtevani odgovori na pravna vprašanja:

***Primer:** Izvedenec naj pojasni, ali je nastala škoda v vzročni zvezi z ravnanjem tožene stranke*

Primer: Ali je tožeča stranka zamujala z gradnjo po lastni krivdi in kolikšni so stroški tožene stranke, do katerih je upravičena zaradi zamujanja.

Primer: Kateri podatki se vpisujejo v gradbeni dnevnik.

d) Zahtevani odgovori na vprašanja, ki spadajo v domeno ugotavljanja dejstev in dokazne ocene sodnika:

Primer: Izvedenec naj v mnenju pojasni, kakšna je prava višina obveznosti tožene stranke.

Primer: Izvedenec naj ugotovi, za katera dodatna dela je naročilo dala tožena stranka.

Primer: Izvedenec naj pojasni, kdo je na strani tožene stranke podpisoval gradbeni dnevnik.

10 KOMUNIKACIJA SODNIKA Z IZVEDENCEM

Če torej razumemo vlogo izvedenca kot posebnega sodnikovega pomočnika, ne more biti zadržkov za vzpostavitev neposrednega stika med sodnikom in izvedencem. Sodnik mora delo izvedenca usmerjati ne zgolj s procesnim aktom izdaje sklepa o določitvi izvedenca in zasliševanjem na glavni obravnavi. Načelo kontradiktornosti postopka ne bo prizadeto s tem, da bo sodišče tudi zunaj glavne obravnave določalo delo izvedenca, če bo strankam v nadaljnjem postopku omogočeno, da se opredeljujejo do ugotovitev izvedenca. Uspešnost izvedbe dokaza z izvedencem je zato treba preizkušati z vidika odgovora na vprašanje, ali je izvedencu sodišču z njegovo razlago uspelo na sodniku (in strankam) razumljiv način pojasniti pravila stroke, znanosti in izkušenj, potrebna za dokazno sklepanje o pravno pomembnih dejstvih. Za to pa je predpostavka, da so vsem udeležencem jasni položaj in pričakovanja od izvedenca. Potreben spoštljiv odnos med sodiščem in izvedencem zato ne bo zagotovljen niti s pretirano zadržano držo izvedenca tudi ob nejasnih napotkih sodišča niti z nepotrebnim aktivističnim pristopom izvedenca v smeri reševanja spornega razmerja med strankama zunaj okvirov izvedenstva ali celo zunaj okvira same pravde. Izvedenec zato mora v odprti komunikaciji s sodiščem sodnika opozoriti na potrebne pomanjkljivosti v sami opredelitvi naloge izvedenstva kakor tudi ko je potrebno za uspešnost izvedenstva dopolniti trditveno podlago strank ali izvesti tudi druge dokaze (drugi odstavek 252. člena ZPP).

11 POMANJKLJIVOSTI PRI DELU IZVEDENCA

Na nekatere pomanjkljivosti je bilo že opozorjeno. Od izvedenca je zato pričakovati, da bo ob prejemu sklepa o določitvi za izvedenca najprej preizkusil, ali so mu jasne meje izvedenstva, ki mu jih je postavilo sodišče. Zadeve so dostikrat zapletajo, ko izvedenci (lahko tudi zaradi nejasnih napotkov sodišča) raziskujejo dejstva in okoliščine, ki niso del trditvene podlage strank.

Včasih se pojavlja tudi dilema, kakšna je narava napotka izvedencu, da si ogleda predmet in navede vse, kar opazi in dožene (npr. sodišče da napotek izvedencu gradbene stroke, da opravi ogled opravljenih del ali napotek izvedencu ekonomske

stroke, da pregleda knjigovodsko dokumentacijo tožene stranke). Ta ogled ima le vlogo metodološkega načina, kako naj izvedenec s telesnimi čutili zazna značilnosti, ki bodo zajete v izvidu in bodo le podlaga za samo izvedensko mnenje. Če je izvedencu omogočeno, da opravi ogled predmeta in od sodnika ali strank dobi potrebna pojasnila, ki ga bodo usmerjala pri delu, pa nima nobenih pooblastil, da bi sam ugotavljal druga dejstva iz drugega odstavka 252. člena ZPP oziroma da bi sam izvajal dokaze v tej smeri (npr. izvajal zaslišanja oziroma pridobival izjave strank ali prič).⁸ Jasno je, da na tovrstne izpovedi sodišče ne bo moglo opreti svoje odločitve.

12 ENO ALI VEČ IZVEDENSKIH MNENJ

Menim, da sodišča dostikrat prelahkotno sledijo predlogom strank, ki niso zadovoljne z ugotovitvami izvedenca, za imenovanje novega izvedenca. Drugi odstavek 254. člena ZPP daje sodišču pooblastilo za imenovanje novega izvedenca predvsem takrat, ko pomanjkljivosti v mnenju (na katere lahko opozorijo stranke ali pa jih ugotovi samo sodišče) ni mogoče odpraviti z istim izvedencem.⁹ Pri tem je treba upoštevati tudi, da pripombe k izvedenskemu mnenju ali predlogu za imenovanje novega izvedenca niso nov dokazni predlog, ki bi bil pod prekluzijo, šesti odstavek 286. člena ZPP.¹⁰ Ni mogoče pritrditi niti stališču, da bo več mnenj samo po sebi pripeljalo do pravilnejše odločitve. Sodišče mora pri ugotavljanju pravno pomembnih dejstev priti do enopomenskega odgovora. Če bo več izvedenskih mnenj med sabo izključujočih, bo sodišče moralo v okviru dokazne ocene utemeljiti, kateremu mnenju bo sledilo. Če ne bo prepričljivih argumentov za nobenega, bo sklepalo na podlagi pravil o dokaznem bremenu (215. člen ZPP). Če pa so (neizključujoče) razlike v več mnenjih posledica uporabe različnih strokovnih pristopov (npr. različne metode vrednotenja nepremičnin ali ugotavljanja izgubljenega dobička) in nobenemu rezultatu ne bo mogoče brez pridržkov slediti, pa bo sodišče lahko uporabilo tudi pooblastilo iz 216. člena ZPP.

Imamo pa lahko tudi drugi skrajni primer: sodišče je imenovalo izvedenca, ki nerazumno dolgo ni pripravil izvedenskega mnenja ali pa mu nikakor ne uspe, da bi sodišču v svojem mnenju dal jasne odgovore, ki bodo sodniku in strankam razumljivo odgovorili na posamezna vprašanja. Zgolj prisilna sredstva v obliki denarne kazni (248. člen ZPP) še niso učinkovito sredstvo za uspešnost izvedenstva. Tudi okoliščina, da izvajanje tega dokaza teče nesorazmerno dolgo, ne sme biti ovira, da se sodišče v takih skrajnih primerih ne bi odločilo za izvedbo tega dokaza z novim izvedencem v smislu drugega odstavka 252. člena ZPP.

13 UPOŠTEVNOST IZVEDENSKIH MNENJ, PRIDOBLENIH ZUNAJ POSTOPKA

Verjetno ni več spora o naravi mnenja, ki ga je pred ali med njo naročila in pridobila pravdna stranka in ne sodišče.¹¹ Prav tako je v teoriji in sodni praksi jasno stališče, da se sodišče v sodbi ne bo moglo opreti na ugotovitve izvedenca pri mnenju, ki

⁸ VSK I Cp 430/2007, VSK I Cp 1489/2006.

⁹ VSRŠ VIII Ips 224/2005, II Ips 189/2001, II Ips 88/2002, II Ips 452/2004, II Ips 530/2003, II Ips 113/2001, II Ips 452/2004, VSL I Cpg 727/2000).

¹⁰ VSRŠ II Ips 150/2004, VSL I Cpg 113/2008.

¹¹ VSRŠ II Ips 748/2005, VSL II Cp 2180/2004, VSL I Cp 1966/99.

je bilo pridobljeno v drugem postopku, v katerem ni bila udeležena ena od strank te pravde, saj bi bila tej stranki odvzeta možnost polemiziranja z izvedencem in s tem kršeno načelo kontradiktornosti¹² (VIII Ips 242/2002). Mislim, da bi morali do iste ugotovitve priti celo, ko gre za mnenje, ki je bilo pridobljeno v drugi pravdi med istima pravnima strankama. Morebitna neaktivnost ene pravnice stranke, ki ni uveljavljala morebitnih ugovorov in prerekala izvedensko mnenje v prejšnji pravdi, ne more izključevati možnosti, da tovrstne ugovore uveljavlja v novi pravdi. Seveda pa ni ovir, da stranki soglašata z ugotovitvami izvedenca v predhodnih postopkih. V tem primeru bi lahko šlo za nesporno dejansko podlago, ki niti ni predmet dokazovanja. Prav tako pa ni izključeno, da bi sodišče lahko v novem postopku imenovalo istega izvedenca. Mogoče je celo, da bi ta izvedenec lahko dal svoje mnenje zgolj ustno na glavni obravnavi, na kateri bi povzel ugotovitve iz prejšnjih postopkov, pri čemer pa bi bilo strankam omogočeno, da na obravnavi s postavljanjem vprašanj in zahtevanjem pojasnil preizkušajo pravilnost ugotovitev izvedenca (na primer: deset etažnih lastnikov vsak v svoji pravdi od investitorja in prodajalca uveljavlja znižanje kupnine kot posledico težko odpravljenih napak na objektu).

14 POTREBNOST NEPOSREDNEGA IZVAJANJA DOKAZA Z IZVEDENCEM

Dejstvo je, da izvedenci v gradbenih sporih svoja mnenja praviloma pripravijo v pisni obliki. Ob tem pa je treba opozoriti na bogato sodno prakso, ki se je opredelila do zagotavljanja načela kontradiktornosti in neposrednosti izvajanja dokazov v primerih, ko je ena od pravnih strank imela konkretizirane pripombe k mnenju izvedenca.¹³

15 UPOŠTEVNOST IZVEDENSKEGA MNENJA V OKVIRU DOKAZNE OCENE

Tako kot drugi izvedeni dokazi, je tudi izvedensko mnenje podrejeno prosti dokazni presoji sodišča (8. člen ZPP). Nevezanost sodišča na ugotovitve izvedenca pa ne pomeni gole diskrecije. Če je sodišče določilo izvedenca v pomoč ugotavljanja pomembnega dejstva, se bo v okviru utemeljitve svoje odločitve moralo opredeliti o dokazni vrednosti tako izvedenega dokaza. To ne bo potrebno, ko bo sodišče med postopkom ugotovilo, da dejstvo, v zvezi s katerim je bilo odrejeno izvedenstvo, sploh ni pravno pomembno. Do takega sklepa lahko pride zaradi napačne predhodne pravne analize spornega razmerja ali pa kot posledica procesne aktivnosti strank (npr. stranka v postopku spremeni trditveno podlago ali pa ko tožena stranka šele po pridobitvi izvedenskega mnenja uveljavlja utemeljen ugovor zastaranja terjatve). V utemeljitvah prvostopenjskih sodb sodišča največkrat zelo strogo sledijo ugotovitvam izvedenca z izrecnim navajanjem posameznih pasusov izvedenskega mnenja in končno ugotovitvijo, da je mnenje strokovno in prepričljivo. Vrednotna presoja o „strokovnosti“ izvedenskega mnenja, ki jo uporabi sodišče, pa je lahko sporna, še posebej, ko bi sodišče ocenilo, da izvedensko mnenje ni na pričakovani strokovni ravni. Če je sodišče potrebovalo pomoč izvedenca zaradi pomanjkanja strokovnega znanja, bo težko presojalo, ali je dana razlaga izvedenca skladna z abstraktnimi pravili stroke, znanosti in izkušenj.

¹² VSRS VIII Ips 242/2002.

¹³ VS RS II Ips 498/2001, II Ips 772/2005, II Ips 120/2006, II Ips 464/2006.

ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST ČLANOV UPRAVE DELNIŠKE DRUŽBE PO ZGD-1

doc. dr. Peter Podgorelec
Ekonomsko-poslovna fakulteta Univerze v Mariboru

1 UVOD

Odškodninska odgovornost članov uprave delniške družbe (d. d.) je v *Zakonu o gospodarskih družbah – ZGD-1*¹ posebej urejena. Osrednje mesto ima ureditev iz 263. člena, ki se sicer ne uporablja le za člane uprave, ampak tudi za člane nadzornega sveta, upravnega obora in izvršne direktorje v d. d. ter tudi za poslovodjo in člane nadzornega sveta v d. o. o. (šesti odstavek 515. člena in 514. člen). Ureditev je kogentna in je niti s statutom niti s pogodbo o opravljanju funkcije ni dovoljeno spreminjati. V prvem odstavku 263. člena ZGD-1 so opredeljena dolžna ravnanja, ki jih lahko razdelimo na dolžnost skrbnega ravnanja in na dolžnost zvestobe. V drugem odstavku istega člena je odškodninska odgovornost članov organov vodenja in nadzora opredeljena kot notranja odgovornost, to je kot odgovornost nasproti družbi, hkrati je vzpostavljena lastna pravna podlaga odškodninskih zahtevkov. Tretji odstavek istega člena se ukvarja z razlogi za izključitev odškodninske odgovornosti in določa pogoje, pod katerimi se lahko družba odreče zahtevku oziroma ga pobota (ali se v zvezi z njim poravna). V četrtem odstavku 263. člena ZGD-1 pa je določeno, da lahko odškodninski zahtevek, ki ga ima družba, uveljavljajo tudi upniki družbe, če jih družba ne more poplačati. Ta splošni pravni režim odškodninske odgovornosti se načeloma uporablja za vse primere kršitev dolžnosti članov organov vodenja ali nadzora, če zaradi njih nastane škoda. V določenih primerih pa ZGD-1 od te splošne ureditve odstopa in uveljavlja nekatera posebna pravila. Najpomembnejši taki primeri so odgovornost zaradi vpliva tretjih (264. člen), koncernska odgovornost (543., 544., 547., 548. in prvi odstavek 559. člena) in odgovornost članov organov vodenja ali nadzora prevzete ali prenosne družbe v postopkih materialnih statusnih preoblikovanj (594. člen). Posebne ureditve izpodrivajo splošni pravni režim predvsem tako, da prebijajo pravilo o odškodninski odgovornosti kot notranji odgovornosti ali pa izključujejo uporabo siceršnjih izključitvenih razlogov. Posebne ureditve so predvidene še v nekaterih drugih zakonih. Omeniti je treba zlasti odgovornost zaradi nepravočasne vložitve predloga za začetek stečajnega postopka in zaradi kršitve dolžnosti enakega obravnavanja upnikov, ki je urejena v *Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP*² (42. - 44. člen), ter odgovornost zaradi kršitve dolžnosti v zvezi z zagotavljanjem preglednosti poslovanja, ki je urejena v *Zakonu o trgu finančnih instrumentov – ZTFI* (58. in 115. člen).³

Čeprav je ZGD-1 velja že skoraj dvajset let, se zdi, da ta tema postaja aktualna šele v zadnjem obdobju, saj število odškodninskih tožb skokovito narašča. K

1 Uradni list RS, št. 65/09 – UPB3, 83/09, 33/11, 91/11, 32/12 in 57/12.

2 Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 52/10, 106/10, 26/11, 47/11, 87/11 in 23/12.

3 Uradni list RS, št. 108/10 – UPB3, 78/11 in 55/12.

temu verjetno veliko prispevajo sedanja gospodarska kriza in z njo povezani slabši poslovni rezultati, v številnih primerih celo stečajni podjetij. V takih primerih oškodovani iščejo odgovorne za povzročeno škodo. K aktualnosti vprašanja pa gotovo prispevajo tudi splošne družbene razmere, ki so v zadnjem času ustvarile ozračje, ki je manj naklonjeno podjetništvu in podjetnikom ter je zato še posebej kritično do ravnanja uprav gospodarskih družb.⁴ Kot lahko razberemo iz javnih občil, se vsaj pri večjih družbah vlaganje odškodninskih tožb napoveduje zaradi ugotovitev posebnih revizij, katerih »naročnica« je skupščina. Skupščina nato pogosto tudi odloča o uveljavljanju odškodninskih zahtevkov, praviloma proti nekdanjim članom uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora. Res je, da je posebna revizija iz 318.–321. člena ZGD-1 v funkcionalni zvezi z uveljavljanjem odškodninskih zahtevkov, vendar pa pot do odgovornosti ni tako enostavna. Čeprav je bila družbi zaradi ravnanja članov organov vodenja in nadzora povzročena škoda, to še ne pomeni, da so zanjo odgovorni. Odgovornost po ZGD-1 namreč ni zamišljena kot odgovornost za uspeh, ampak kot odgovornost zaradi kršitve dolžnosti. Da odškodninska odgovornost članov organov vodenja ali nadzora ni objektivna, kot to trdi del naše teorije,⁵ ampak krivdna odgovornost, je popolnoma pravilno poudarilo tudi naše vrhovno sodišče v zadevi z opr. št. II Ips 166/2003 z dne 3. 7. 2003. Ali so v konkretnem primeru dolžnosti kršene, mora na koncu presoditi sodišče, ki pa mora upoštevati, da imajo lahko prestroge zahteve glede dolžnih ravnanj tudi negativne učinke tako za delničarje kot za gospodarstvo nasploh.

2 PREDPOSTAVKE ODGOVORNOSTI

Za odškodninsko odgovornost po 263. členu ZGD-1 morajo biti izpolnjene te predpostavke: članstvo v organu vodenja ali nadzora, kršitev s tem povezanih dolžnosti, krivda, škoda ter vzročna zveza med škodo in kršitvijo dolžnosti. Enako velja za člane organov nadzora.

Dolžnosti članov organov vodenja in nadzora delimo na dolžnost skrbnega ravnanja (*angl. duty of care, nem. Sorgfaltspflicht*) in dolžnost zvestobe družbi (*angl. duty of loyalty, nem. Treupflicht*). Glede na temo prispevka so v nadaljevanju obravnavane le dolžnosti članov organa vodenja, to je uprave v d. d., smiselno enako pa to velja tudi za enega ali več poslovodij v d. o. o.

Odškodninska odgovornost seveda predpostavlja, da je bila zaradi kršitve dolžnosti družbi povzročena škoda – za opredelitev škode se uporabljajo splošna pravila obligacijskega prava (132. člen *Obligacijskega zakonika – OZ*⁶): škoda je lahko zmanjšanje premoženja (navadna škoda), preprečitev povečanja premoženja (izgubljeni dobiček), pa tudi nepremoženjska škoda zaradi okrnitve poslovnega ugleda družbe. Tudi glede vzročne zveze se uporabljajo splošna pravila – med kršitvijo dolžnosti in škodo mora obstajati vzročna zveza po načelu adekvatnosti, ki izključuje škodne posledice, ki so izven verjetnosti. Predpostavka odgovornosti

4 Dolenc, M.: Odgovornost uprave gospodarske družbe za škodo, povzročeno družbi, Pravni letopis 2010, Inštitut za primerjalno pravo, stran 117.

5 Tako Plavšak, N.: Obveznost in odgovornost članov uprave in nadzornega sveta, Podjetje in delo, št. 2/2000.

6 Uradni list RS, št. 97/07 – UPB 1.

je tudi krivda, ki pa kot samostojna predpostavka nima kakšne večje praktične teže, saj so zelo redka dejanska stanja, pri katerih bi član poslovodstva ravnal v nasprotju s svojimi dolžnostmi, vendar mu ne bi bilo mogoče očitati krivde. Merilo za presojo krivde je tipizirano: posamezen član uprave (pa seveda tudi nadzornega sveta ali upravnega odbora) se ne more braniti z izgovorom, da ni imel potrebnega znanja in izkušenj. Poskrbeti mora, da ima tako znanje in izkušnje, ki jih zahteva opravljanje zaupanih mu nalog. Tako bo »kocka padla« večinoma že takrat, ko bo ugotovljena objektivna kršitev dolžnosti.

3 DOLŽNOST SKRBNEGA RAVNANJA

3.1 »Vesten in pošten gospodarstvenik«

Uprava vodi posle družbe samostojno in na lastno odgovornost (prvi odstavek 265. člena ZGD-1), njeni člani pa morajo pri tem ravnati s skrbnostjo vestnega in poštenega gospodarstvenika, kot to izhaja iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1. V skladu z večinskim stališčem v teoriji ima ta določba dvojni pomen: po eni strani določa merilo za presojo krivde, po drugi strani pa v obliki generalne klavzule opisuje objektivno dolžnost ravnanja.⁷ Iz te generalne klavzule nato sodna praksa in pravna teorija izpeljujeta številne konkretne dolžnosti ravnanja članov uprave glede na okoliščine posameznega primera, če niso kot take določene že z zakonom, statutom ali pogodbo o opravljanju funkcije (npr. pogodbo o zaposlitvi). Posamično določenih dolžnosti članov uprave sicer v zakonu ne najdemo prav veliko. Tak primer je na primer dolžnost pripravljanja in izvrševanja sklepov skupščine (267. člen), dolžnost poročanja nadzornemu svetu (prvi odstavek 272. člena ZGD-1), dolžnost prijave vpisa sprememb v sodni register (48. člen ZGD-1), dolžnost upravljanja tveganj (30. člen ZFPPIPP), priprava poročila o ukrepih finančnega prestrukturiranja (35. člen ZFPPIPP), predlagalna dolžnost (38. člen ZFPPIPP). V teh primerih, torej v primerih, ko so dolžnosti članov uprave določene že z zakonom, pa tudi statutom ali pogodbo o opravljanju funkcije, utemeljuje ravnanje v nasprotju z dolžno skrbnostjo krivdo kot predpostavko odškodninske odgovornosti. V vseh drugih primerih, ko dolžnosti članov uprave niso določene tako (specificirano) in jih je treba glede na okoliščine posameznega primera šele izpeljati iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1, pa ravnanje v nasprotju z dolžno skrbnostjo ni le krivdno, ampak je hkrati tudi protipravno ravnanje. Predpostavki krivde in protipravnosti se torej v teh primerih, ki pa jih je dejansko večina, prekrivata. Ko presojamo, ali je neko ravnanje v skladu s standardom vestnega in poštenega gospodarstvenika, presojamo izključno na podlagi objektivnih meril (abstraktno merilo presoje). Vprašamo se, kako bi v konkretni situaciji ravnal nekdo, ki vodi podjetje primerljive velikosti, dejavnosti in tudi gospodarskega položaja ter ima za vodenje podjetja vse potrebno strokovno znanje in izkušnje.⁸ Dejansko znanje in izkušnje osebe, katere

7 Večinsko stališče v teoriji. Glej na primer Hüffer: Aktiengesetz, 7. izdaja, Verlag C. H. Beck, München 2006, stran 481.

8 Nemška sodna praksa poudarja, da so člani uprave zaupniki tujega premoženja, ki jim je bilo zaupano v upravljanje in povečevanje njegove vrednosti. To od njih zahteva ravnanje z večjo skrbnostjo. Člani uprave morajo ravnati tako, kot se pričakuje od nekoga, ki ne upravlja lastnega premoženja, ampak kot zaupnik upravlja tuje premoženjske interese. Glej o tem npr. sodbo nemškega vrhovnega sodišča (BGH) II ZR 143/93 z dne 20. 2. 1995.

odgovornost v konkretnem primeru presoja, niso pomembne. Kot je pravilno poudarilo naše vrhovno sodišče v sodbi, ki bo nekoliko podrobneje obravnavana v nadaljevanju, se od članov uprave zahteva postrožena – profesionalna skrbnost ravnanja.

3.2 Klasifikacija dolžnosti

Po eni od klasifikacij v teoriji⁹ lahko dolžnost članov uprave razvrstimo v te skupine:

- V prvo skupino spadata dolžnost izpolnjevanja nalog, ki jih upravi kot organu družbe posebej nalagajo zakon, statut in poslovnik, in dolžnost ravnanja v skladu s porazdelitvijo pristojnosti med organi, ki velja v določeni družbi. Če uprava ali njen član prekorači svoje pristojnosti, opredeljene v zakonu, statutu ali poslovniku, je tako ravnanje zmeraj ravnanje v nasprotju s prvim odstavkom 263. člena ZGD-1. Tak primer je denimo sklenitev pravnega posla brez soglasja nadzornega sveta, če je tako soglasje predvideno s statutom ali sklepom nadzornega sveta (peti odstavek 281. člena ZGD-1), ali pa sklenitev pravnega posla brez soglasja skupščine po 330. členu ZGD-1, če gre za prenos 25 % ali več premoženja družbe. Poseben izraz vezanosti na »kompetenčni red« v družbi je tudi dolžnost članov uprave, da vodijo posle v okviru dejavnosti, kot je opredeljena v statutu (glej tretji odstavek 6. člena ZGD-1). Prav tako mora uprava skrbeti, da so ustrezno upoštewane tudi tiste zakonske določbe, ki se sicer nanašajo na družbo, na najrazličnejših področjih, od splošnega civilnega prava, davčnega prava, bilančnega prava, delovnega prava pa do konkurenčnega in okoljskega prava. Protipravno ravnanje v zunanjih razmerjih je v skladu z večinskim stališčem, sprejetim v teoriji, tudi ravnanje v nasprotju z dolžnostmi v notranjih razmerjih. To velja tudi, če družba zaradi kršitve zakona ni utrpela nobene škode ali pa je imela od tega celo korist. Spoštovanje zakonskih predpisov ima vsekakor prednost pred interesom družbe, zato se člani uprave ne morejo sklicevati, da je bila kršitev zakona v danem primeru v interesu družbe.¹⁰ Pač pa naj bi določeno polje proste presoje uprave veljalo pri izpolnjevanju pogodbenih obveznosti, katerih nosilec je družba, nasproti tretjim. V teoriji namreč prevladuje mnenje, da ni neke generalne dolžnosti uprave v notranjih razmerjih, da izpolni prav vse pogodbene obveznosti, ki jih je v razmerju s tretjimi osebami sprejela družba. Tukaj je torej mogoče utemeljevanje, da je interes družbe v konkretnem primeru prevladal (npr. zaradi uravnavanja likvidnosti). Toda če družbi zaradi kršitve pogodbenih obveznosti grozi večja škoda (npr. zaradi uveljavljanja odškodninskih zahtevkov ali pogodbene kazni), tak ugovor odpade.
- Druga skupina dolžnosti uprave so dolžnosti, ki jih lahko označimo kot dolžnosti skrbnega ravnanja v ožjem smislu. Gre za dolžnosti, ki jih teorija in sodna praksa izpeljujeta iz generalne klavzule iz prvega odstavka 263. člena ZGD-1 v odvisnosti od konkretnega primera. Zahteve glede dolžnih ravnanj se torej tukaj spreminjajo. Odvisne so od številnih dejavnikov. Ti dejavniki so zlasti velikost družbe, vrsta njene dejavnosti, gospodarski in finančni položaj družbe, porazdelitev nalog v

9 Tako Fleischer, H., v Spindler, G., in Stilz, E.: Kommentar zum Aktiengesetz, 1. knjiga, Verlag C. H. Beck, München 2007, stran 940.

10 T. i. teorijo »efficient breach of public law«, poznano iz ZDA, je torej treba zavrniti. Velja Law-as-Limit in ne Law-as-Price.

veččlanski upravi, pomen poslovnega ukrepa za družbo in konjunktorno okolje. Odločilno je, kako bi v konkretni situaciji ravnal vesten in pošten gospodarstvenik oziroma vesten in pošten menedžer v družbi primerljive velikosti in dejavnosti. Pri konkretizaciji dolžne skrbnosti imajo pomembno vlogo pravila ekonomske stroke, vendar pod pogojem, da so v ekonomski teoriji ustaljena in tudi v praksi potrjena. Skratka, velja enako kot za pravno recepcijo pravil stroke po drugem odstavku 6. člena OZ.¹¹ Uprava mora torej voditi podjetje tako v skladu s pravnimi normami kot tudi v skladu s priznanimi in v praksi uveljavljenimi pravili ekonomske stroke. Kodeksi upravljanja in različna druga priporočila (*»soft law«*) nacionalnih ali mednarodnih združenj ali državnih institucij niso neposredno pravno zavezujoči. Ravnanje v nasprotju z njimi tako še ne pomeni ravnanja v nasprotju z dolžnostmi uprave. Lahko pa so ta priporočila v pomoč pri konkretizaciji dolžne skrbnosti, kar pa je treba posebej preizkusiti. Uprava mora tudi upoštevati, da lahko ravnanje v nasprotju s priporočili negativno vpliva na poslovni ugled družbe in je tako nekaj, kar ni v skladu z interesi družbe. Mogoče je tudi, da so v konkretnem primeru priporočila prevzeta v statut ali poslovnik. V tem primeru postanejo sestavni del dolžnosti uprave kot organa družbe.

- V tretjo skupino spadajo dolžnosti nadziranja. Nadzor je lahko horizontalni, če je med člani uprave prišlo do notranje razdelitve dela po področjih, ali pa vertikalni, če je uprava opravljanje naloge prenesla na nižje ravni v podjetju. Dolžnost horizontalnega nadzora izhaja iz načela skupne odgovornosti za vodenje poslov (prvi odstavek 265. člena ZGD-1). Vsak član uprave mora redno spremljati »dogajanje« na področjih svojih kolegov. V zvezi s tem lahko od drugih članov uprave zahteva ustrezna poročila, hkrati pa mora tudi sam redno seznanjati člane uprave o poteku poslov s svojega področja. Če član uprave zazna sume nepravilnosti na področju drugega člana uprave, mora nemudoma ukrepati, najprej z ukrepi interne narave, če ti ne zaležejo, pa tudi z eksternimi ukrepi.¹² Čeprav je uprava naloge prenesla na nižje ravni v podjetju, je to ne odvezuje vsakršne odgovornosti za te naloge. Spremeni se le njena vsebina. Uprava (ali njen posamezni član) je odgovorna za ustrezno izbiro delavcev, ki prevzamejo naloge (*cura in eligendo*), potem za to, da imajo ti delavci ustrezna navodila (*cura in instruendo*), pa tudi za nadzor nad opravljanjem prenesenih nalog (*cura in custodiendo*). Uprava torej ne odgovarja za ravnanje delavcev, saj ti niso njeni izpolnitveni pomočniki, ampak odgovarja le, če ji je mogoče očitati kršitev naštetih dolžnosti. Intenziteta nadzora je odvisna zlasti od teh treh dejavnikov: velikosti, vrste dejavnosti in organiziranosti podjetja, pa tudi od množice predpisov, ki jih mora podjetje spoštovati, od pomena posamezne naloge (pomembnejša je naloga, večji mora biti nadzor) in od okoliščin, povezanih z osebo delavca (delavci, ki naloge šele prevzamejo, potrebujejo večji nadzor kot delavci, ki že imajo izkušnje in so se ob tem v preteklosti izkazali kot zanesljivi).

3.3 Vodenje poslov in vodenje družbe

Razlikovati je treba med vodenjem poslov in vodenjem družbe. Iz 265. člena sicer izhaja, kot da ZGD-1 oba pojma enači. V prvem odstavku je določeno, da uprava

11 Glej o tem npr. Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R.: Obligacijsko pravo – splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, stran 145.

12 Več o tem Podgorelec P.: Zagotavljanje pravilnosti sestave in objave letnega poročila – 60.a člen ZGD-1, Podjetje in delo št. 1/2013.

vodi posle družbe samostojno in na lastno odgovornost, kar naš zakon označuje kot »vodstvo družbe«. Nemški zakon o delnicah (*Aktiengesetz – AktG*) je glede tega natančnejši: v prvem odstavku 76. člena je določeno, da mora uprava na lastno odgovornost voditi družbo, prvi odstavek 77. člena pa izhaja iz tega, da upravi pripada tudi vodenje poslov. Uprava mora torej na lastno odgovornost voditi družbo in voditi posle.¹³ Vodenje poslov se v pravni teoriji razlaga zelo široko, in sicer kot vsaka dejanska ali pravno-poslovna dejavnost za družbo. Vodenje družbe¹⁴ je delno področje vodenja poslov. V ZGD-1 je to razlikovanje nekoliko opaznejše med določbami o enotirnem sistemu. V prvem odstavku 285. člena ZGD-1 je namreč določeno, da upravni odbor vodi družbo in nadzoruje izvajanje njenih poslov. Vodenje tekočih poslov lahko upravni odbor prenese na izvršne direktorje in v tem primeru nadzoruje njihovo izvajanje, še naprej pa je pristojen za vodenje družbe.¹⁵ Kljub delni nedoslednosti našega zakona je uveljavitev razlikovanje med vodenjem poslov in vodenjem družbe pomembno, in sicer zaradi opredelitve neprenosljivih nalog uprave kot celote, to je nalog, ki jih uprava nikakor ne sme izpustiti iz rok in mora zanje prevzeti vso odgovornost. Člani uprave si lahko opravljanje nalog porazdelijo po področjih ali pa jih prenesejo na nižje ravni, se pravi na delavce v podjetju ali pa celo na tretje osebe, vendar pa to ne more veljati brez vsakršnih omejitev. Meja vertikalnega in horizontalnega prenosa nalog v zvezi z vodenjem poslov so prav naloge, ki jih označujemo s pojmom vodenja družbe. Nalog, ki pomenijo vodenje družbe, torej ni mogoče prenesti niti vertikalno niti horizontalno – pomenijo samo jedro dejavnosti uprave in so kot take njena neodtujljiva pristojnost. Zaradi tega nekateri v teoriji vodenje družbe označujejo kot »povzdignjeno« področje vodenja poslov. Vodenje družbe ni niti sinonim za vodenje poslov niti skupni pojem, s katerim zajamemo vodenje poslov in zastopanje družbe. Taka stališča so veljala včasih, v starejši teoriji, v novejšem času pa so že presežena. Če člani uprave prepustijo vodstvene odločitve enemu od članov (horizontalno) ali pa celo nosilcu nižje ravni vodenja v podjetju (vertikalno), s tem kršijo svoje dolžnosti.

3.4 Vodstvene naloge uprave

Ko enkrat priznamo pomen razlikovanja med vodenjem poslov in vodenjem družbe, je seveda naslednje vprašanje, katere naloge konkretno spadajo med naloge vodenja družbe. Pri iskanju odgovora na to vprašanje si v izhodišču pomagamo s spoznanji ekonomske stroke o tem, kaj so funkcije vodenja podjetja (t. i. *funkcionalna merila*). Funkcije vodenja podjetja, izoblikovane v ekonomski stroki, so torej izhodišče za tipološko konkretizacijo vodstvenih nalog uprave v pravnem smislu. V ekonomski teoriji sicer v zvezi s tem obstajajo različne opredelitve, večinoma pa se sem uvrščajo načrtovanje, organiziranje in nadzor. Nekateri avtorji

13 Krieger, G: Organpflichten und Haftung in der AG, obj. v Krieger, G., in Schneider, U. H.: Handbuch Managerhaftung, 2. izdaja, Verlag dr. Otto Schmidt, Köln 2010, stran 45.

14 Namesto »vodenje družbe« bi bilo sicer pravilneje uporabljati izraz »vodenje podjetja«. Vodstvena naloga uprave se namreč ne nanaša na vodenje družbe, s katero razumemo na pravno-poslovni podlagi ustanovljeno združenje oseb – družbenikov zaradi določenega namena, ampak na podjetje kot organizirano gospodarsko enoto. Družba je nosilec podjetja, ki je sredstvo, s katerim družba uresničuje cilje, zaradi katerih je bila ustanovljena.

15 Več o tem Podgorelec, P., v Kocbec, M. (redaktor): Nadzorni sveti in upravni odbori, GV Založba, Ljubljana 2010, stran 339.

posebej poudarjajo usklajevanje in *controlling*, drugi pa naštetim funkcijam dodajajo še pomembnejše kadrovske odločitve, odločanje o vzpostavitvi informacijskih sistemov, finančno odgovornost ipd. Skratka, obstajajo različne kategorizacije funkcij *vrhnjega menedžmenta*, ki pa se medsebojno razlikujejo predvsem v poudarkih, ne pa toliko glede samega rezultata. K omenjeni funkcionalni opredelitvi vodenja družbe je treba dodati še naloge, katerih »vodstveno naravo« presojamo od primera do primera v odvisnosti od posebnosti posameznega podjetja. Sem spadajo različni ukrepi ali pravni posli, ki imajo za družbo poseben pomen ali pa je z njimi povezano neobičajno tveganje (t. i. *merilo pomembnosti*). Teorija se pri tem opira deloma na pojem izrednih poslov, kot ga poznamo pri vodenju poslov v osebnih družbah (pri nas glej 89. člen ZGD-1), deloma pa na zadeve, o katerih mora uprava redno poročati nadzornemu svetu – ena od takih zadev so tudi posli, ki lahko pomembno vplivajo na donosnost in plačilno sposobnost družbe (4. alineja 272. člena ZGD-1). Sklicevanje na to merilo lahko pripelje do tega, da je glede na velikost in vrsto dejavnosti družbe nakup podjetja enkrat v skupni pristojnosti uprave, drugič pa naloga, ki se lahko zaupa tudi nižjim ravnam ali pa enemu od članov uprave. Končno spadajo k vodstvenim nalogam tudi tiste zadeve, za katere je v zakonu posebej določeno, da so v pristojnosti uprave (t. i. *normativno merilo*). Tako je na primer nemško vrhovno sodišče (BGH) kot vodstveno nalogo uprave štelo tudi objavo predloga k posamezni točki dnevnega reda zasedanja skupščine (sodba II ZR 225/99 z dne 12. 11. 2001). Enako lahko k vodstvenim nalogam prištejemo tudi pravočasno vložitev predloga za začetek stečajnega postopka iz ZFPPIPP in še številne druge.

3.5 Sodba VS RS III Ips 75/2008

Naše vrhovno sodišče se je z nalogami uprave podrobneje ukvarjalo v zadevi z opr. št. III Ips 75/2008 z dne 21. 12. 2010. V tej zadevi je bila odškodninska odgovornost – v tem primeru predsednika uprave – podana, ker je opustil dolžna ravnanja v zvezi z izročitvijo kompleksa nepremičnin, prodanega za skupno ceno 400 mio. takratnih SIT. V skladu s prodajno pogodbo bi morale biti nepremičnine izročene kupcu najpozneje do 30. 6. 1999, za primer zamude pa je bila dogovorjena pogodbeni kazni v višini 0,5 % od pogodbene vrednosti za vsak dan zamude. Družba je z izročitvijo zamujala 9 dni, zaradi česar je morala kupcu plačati pogodbeno kazni v znesku 18 mio. SIT, in to je bila škoda, katere povračilo je družba uveljavljala zoper takratnega predsednika uprave. S tožbenim zahtevkom je bila družba uspešna in to je potrdilo tudi vrhovno sodišče v revizijski sodbi. Vrhovno sodišče je poudarilo, da dezinvestiranje z odprodajo pomembnega dela osnovnih sredstev spada med posle, ki niso del rutine v rednem poslovanju, ampak je posel, ki ima za družbo poseben pomen in lahko povzroči ekonomske učinke, ki odstopajo od učinkov vsakodnevnega poslovanja družbe. Zaradi tega mora odgovornost zanj prevzeti uprava. Sodišče se je torej oprlo na t. i. merilo pomembnosti. V tej zadevi sicer ni bil problem v sami odločitvi. O dezinvesticiji je očitno odločala uprava. Problem je bil v realizaciji, natančneje v izpolnitvi sprejetih pogodbenih obveznosti. Čeprav je določen posel v neprenosljivi pristojnosti uprave, to seveda ne pomeni, da uprava pripravljalnih in izvršitvenih nalog v zvezi s tem poslom ne bi mogla zaupati komu drugemu. Tako tudi v obravnavanem primeru ni bilo sporno, da uprava za predajo nepremičnin kupcu ne bi mogla pooblastiti enega ali več zaposlenih delavcev ali

pa celo tretjo osebo. Sporno je bilo, ker uprava ni ustrezno organizirala in nato tudi nadzirala izročitve nepremičnin, ki so bile predmet prodaje. Vrhovno sodišče je pravilno poudarilo, da se člani uprave ne morejo zgolj s posplošenim sklicevanjem, da izvajanje posameznih opravil ne spada na delovno področje uprave, izogniti odgovornosti za (ne)dosego rezultata pri izpolnjevanju sprejetih obveznosti, ki imajo za družbo poseben pomen. To velja še toliko bolj, ker je bila dogovorjena zelo ostra sankcija za nepravočasno izpolnitev obveznosti. Zaradi tega bi morala biti uprava pri organizaciji in nadzoru izvedbe posla še posebej pozorna. Revizijsko sodišče je zato pritrdilo prvostopenjskemu sodišču, da je primopredaja celega kompleksa nepremičnin pomenila posel, za katerega skrbno vodenje in nadzor nad njim odgovarja uprava.

4 DOLŽNOST ZVESTOBE

Dolžnost zvestobe na splošno pomeni, da morajo biti člani posloводства in nadzornega sveta družbi lojalni ter zmeraj delovati tako, kot zahtevajo njeni interesi. V prvem odstavku 263. člena ZGD-1 je izrečno določeno, da morajo člani organov vodenja ali nadzora ravnati v dobro družbe, zato ima dolžnost zvestobe v našem pravu neposredno zakonsko podlago. Poseben izraz dolžnosti zvestobe sta prepoved konkurence in dolžnost varovanja poslovne skrivnosti, ki sta pri nas z zakonom še posebej urejeni (39.–42. člen ZGD-1), pa tudi prepoved trgovanja na podlagi notranjih informacij iz 382. člena ZTFI. Dolžnost zvestobe ima sicer dve razsežnosti, ki pa se deloma medsebojno prekrivata. Prva je prepoved pridobivanja posebnih koristi: člani uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora ter izvršni direktorji ne smejo izrabljati svoje funkcije za doseganje lastnih koristi ali koristi kogar koli drugega, čigar interesi so lahko v nasprotju z interesi družbe. Tipični primeri so izraba poslovnih priložnosti družbe, prejemanje podkupnine in pa že omenjena oblika zlorabe trga finančnih instrumentov, se pravi trgovanje na podlagi notranjih informacij. Druga razsežnost dolžnosti zvestobe pa se nanaša na preprečevanje in obvladovanje konflikta interesov, v katerem se lahko znajde član posloводства ali organa nadzora. V zvezi s tem kot izhodišče velja, da imajo ob takem konfliktu interesi družbe v vseh pogledih prednost pred lastnimi interesi. V ZGD-1 so temu že od prej namenjene določbe o prenosu zastopniških pooblastil na nadzorni svet oziroma njegovega predsednika, če gre za pravno razmerje med družbo in člani uprave (283. člen ZGD-1), določbe o odobritvi posojila (261. člen ZGD-1) in prepoved konkurence (41. člen ZGD-1). S tem vprašanjem se podrobno ukvarja tudi Kodeks upravljanja javnih delniških družb z dne 8. 12. 2009. Z novelo ZGD-1D in nato še z novelo ZGD-1G pa je bilo reševanje tega problema pri nas še dodatno zakonsko urejeno (glej 38. a člen). V tem okviru je treba poudariti zlasti dolžnost soglasja k določenim pravnim poslom, pri katerih obstaja konflikt interesov, in pa ničnost pravnega posla, če tako soglasje bodisi organa nadzora bodisi skupščine ni dano. Glede na našo temo je zanimiv tudi osmi odstavek, po katerem odškodninska odgovornost ni izključena, čeprav je dala k pravemu poslu soglasje skupščina.

5 SOLIDARNA ODGOVORNOST

Odgovornost članov organov vodenja in nadzora je solidarna. To pomeni, da vsak član odgovarja za celotno škodo z vsem svojim premoženjem. Upnik, to je

praviloma družba, lahko zahteva plačilo odškodnine od katerega koli člana vse dotlej, dokler ni v celoti plačana (prvi odstavek 395. člena OZ). Vendar je pogoj za uporabo pravila o solidarnosti, da je posamezen član sploh odgovoren za škodo, ki je nastala zaradi kršitve dolžnosti uprave, nadzornega sveta ali upravnega odbora. To je treba posebej poudariti, saj v praksi niso redki primeri, ko se solidarna odgovornost razume kot kolektivna odgovornost, kar je seveda napačno. Res je, da za kršitve dolžnosti organa vodenja ali nadzora odgovarjajo njegovi člani, ki te dolžnosti izpolnjujejo, toda to ne pomeni, da se odgovornost samodejno razširi na vse člane. Posamezen član je odgovoren samo, če je individualno kršil svoje članske dolžnosti. Ker je odgovornost solidarna, lahko torej družba zahteva plačilo od katerega koli odgovornega člana v celoti ali deloma. Vendar pa družba ne sme prejeti več, kot znaša višina škode. Zaradi tega obveznost preostalih solidarnih dolžnikov ugasne, kakor hitro eden od njih izpolni obveznost v celoti. Tisti član organa, ki je plačal več, kot znaša njegov delež v škodi, pa lahko nato od vsakega drugega odgovornega člana zahteva, da mu povrne tisto, kar je plačal zanj (regresni zahtevek). Koliko znaša delež vsakega posameznega dolžnika, se določi glede na težo krivde in težo posledic njegovega delovanja (prvi in drugi odstavek 188. člena OZ). To pomeni, da tisti člani, ki so škodo povzročili, nosijo večji del bremena odškodninske obveznosti kot tisti člani, ki jim je mogoče očitati le to, da je niso preprečili, vendar le v notranjem razmerju, to je med odgovornimi člani samimi, ne pa tudi v zunanjem, nasproti družbi. Družbi se s tem vprašanjem ni treba obremenjevati, prav v tem je namen pravila o solidarnosti.

6 TRDITVENO IN DOKAZNO BREME

Med določbami o splošni odškodninski odgovornosti članov uprave, nadzornega sveta in upravnega odbora je posebej urejeno tudi vprašanje dokaznega bremena. Tako iz drugega odstavka 263. člena ZGD-1 izhaja, da se člani organov vodenja ali nadzora razbremenijo odgovornosti, če dokažejo, da so vestno in pošteno izpolnjevali svoje dolžnosti. Namen pravila o obrnjenem dokaznem bremenu je seveda olajšati uveljavljanje odškodninskih zahtevkov. Pri tem je treba upoštevati, da skrbnost vestnega in poštenega gospodarstvenika ni le merilo za presojo krivde, ampak je tudi objektivna dolžnost ravnanja. Pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu se zato ne nanaša le na predpostavko krivde, ampak tudi na predpostavko protipravnosti. Glede na predpostavke odškodninske odgovornosti to pomeni, da mora tožeča stranka dokazati nastanek škode in njeno višino ter vzročno zvezo med škodo in ravnanjem članov organov vodenja ali nadzora, ki je lahko tudi v obliki opustitve. Hkrati mora zatrjevati okoliščine, ki kažejo na to, da bi bilo lahko ravnanje, zaradi katerega je bila družbi povzročena škoda, kvalificirano kot protipravno. Toženi člani organov vodenja ali nadzora pa morajo nato zatrjevati in po potrebi tudi dokazati, da so ravnali v skladu s svojimi dolžnostmi ali da jim ni mogoče očitati krivde ali pa, da bi škoda nastala tudi, če bi ravnali v skladu s svojimi dolžnostmi.¹⁶ Če se člani organa vodenja ali nadzora sklicujejo na pravilo podjetniške presoje (glej spodaj), morajo zatrjevati in dokazati obstoj vseh za to potrebnih predpostavk oziroma da so ravnali v dovoljenih mejah proste presoje. S tem dokažejo, da so v danem primeru vestno in pošteno izpolnjevali svoje naloge (drugi odstavek 263. člena ZGD-1).

¹⁶ Tako stališče je BGH zavzelo v sodbi ZR 224/00 z dne 4. 11. 2002, potem ko je bilo to vprašanje precej časa sporno.

7 PRAVILO PODJETNIŠKE (POSLOVNE) PRESOJE

Vprašanje, ki je v zvezi z odškodninsko odgovornostjo članov organov kapitalске družbe ključnega pomena, je prav gotovo vprašanje razmejitve med napačno odločitvijo in kršitvijo dolžne skrbnosti. Vsaka podjetniška odločitev, ki se izkaže za škodljivo, namreč ne more pomeniti ravnanja v nasprotju z zahtevanim standardom skrbnosti. Upoštevati je treba, da podjetniške odločitve ne prinašajo samo možnosti za uspeh, ampak je z njimi zmeraj poveza tudi določena stopnja tveganja. Iz same narave podjetniške dejavnosti torej izhaja, da se sprejemajo tudi poslovno tvegane odločitve, to je odločitve, ki lahko na koncu prinesejo družbi tudi izgubo. Zaradi tega se od uprave ne pričakuje le, da išče poslovne priložnosti za družbo, ampak da si na koncu tudi upa sprejeti podjetniško odločitev, čeprav je tvegana. Če bi upravo obremenili z odgovornostjo za vsako škodo, ki nastane zaradi poslovodne odločitve, bi to povzročilo, da bi se uprava izogibala tveganim odločitvam, kar bi imelo ne le negativne narodnogospodarske učinke, ampak bi bilo tudi v nasprotju z interesi delničarjev. Delničarji si seveda ne želijo menedžerjev, ki si ne upajo tvegati, saj se jim s tem zmanjšujejo možnosti za maksimiranje dobička.¹⁷

Ko sodišče presoja neko poslovno odločitev, jo zmeraj presoja *ex post*, ko so torej že znana dejstva, ki so nastopila pozneje, vključno z nastankom škode. Sodišče torej presoja, ko je rezultat ravnanja uprave že gotov, medtem ko mora uprava sprejeti odločitev, ko so njeni dejanski učinki še negotovi. Tudi sodišče je sicer načeloma dolžno presojati *ex ante*, vendar pa to ni zmeraj lahka naloga, tako da lahko rezultat podjetniške odločitve, ki je sodišču že znan, pomembno vpliva na presojo kakovosti odločanja.¹⁸ Zaradi tega lahko sodišče, ko presoja, kako bi uprava morala ravnati v konkretnem primeru, da bi ravnala v skladu z zahtevano profesionalno skrbnostjo, postavi prestroge zahteve, to je take zahteve, ki dejansko vodijo k odgovornost za uspeh, kar seveda ni namen pravil o odškodninski odgovornosti uprave. V delniški družbi nosijo breme podjetniškega tveganja delničarji, ki vlagajo svoje sredstva, od česar po drugi strani pričakujejo tudi koristi. Gre navsezadnje za splošno uveljavljeno načelo: breme ekonomskega tveganja podjetniške dejavnosti zmeraj nosi »gospodar posla« (lastnik) in ne njegov »zastopnik«, čeprav je slednji »oborožen« z vsemi pooblastili »lastnika«.

Upoštevati je treba tudi posebnosti podjetniškega odločanja. Uprava deluje v okolju, ki je negotovo. Možnost popolnoma racionalnega odločanja, pri katerem bi bilo vse, kar je povezano z okoljem, poznano do popolnosti, je prej izjema kot pravilo. Zaradi tega ekonomska teorija, ki se pri tem sklicuje na Herberta Simona, Nobelovega nagrajenca s področja organizacijskih znanosti, govori o omejeni racionalnosti, ki

17 Iz ameriške sodne prakse: »Shareholders don't want (or shouldn't rationally want) directors to be risk averse. Shareholders investment interests, across the full range of their diversifiable equity investments, will be maximized if corporate directors and managers assess risk and reward and accept for the corporation the highest risk adjusted returns available that are above the firm's cost of capital« (Gagliardi v. TriFoods Int'l Inc., 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996).

18 T. i. »hindsight bias«, pojem, ki se je po zaslugi Nobelovega nagrajenca za ekonomijo (2002) Daniela Kahnemana uveljavil v psiholoških raziskavah odločanja. Glej o tem na primer Fleischer, H.: Die »Business Judgment Rule«: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP, 15/2004, strani 686 in 688.

je torej značilnost večine primerov odločanja.¹⁹ To pomeni, da se odloča na podlagi omejenega znanja. Govoriti je mogoče le o racionalnem procesu pripravljavanja odločitve, ki pa ne jamči, da bo z odločitvijo dosežen ugoden končni rezultat. Ali je bila odločitev racionalna ali jo je bilo sploh treba sprejeti, je mogoče ugotoviti šele pozneje, ko so izpeljane vse akcije in je odločitev uresničena. Ni redko, da so se pomembne poslovne odločitve po nekaj letih pokazale kot porazne, posledica česar so bile visoke izgube, vendar so bile videti ob sprejetju zelo razumne. Ker je racionalnost omejena, tudi odločitve ne morejo biti optimalne, ampak obstajajo le zadovoljive odločitve.

Tako v anglo-ameriškem kot kontinentalnem pravu se je zato uveljavilo tako imenovano pravilo podjetniške presoje (*Business Judgment Rule*), katerega bistvo je, da uprava ne odgovarja za vsako napačno odločitev, zaradi katere je družbi povzročena škoda, ampak mora upravi zmeraj ostati določeno polje proste presoje (*»safe harbour«*), znotraj katerega lahko sprejema tudi tvegane odločitve, ne da bi se ji pozneje očitale kršitve dolžnosti. S pravilom je tako poskrbljeno za to, da negativni rezultat podjetniške določitve nima za posledico odškodninske odgovornosti članov uprave, če so izpolnjene določene predpostavke. Pod pogojem izpolnitve teh predpostavk je protipravnost izključena – član uprave, ki ravna v dovoljenih mejah proste presoje (*nem. Handlungsspielraum*), ravna v skladu z dolžno skrbnostjo. Pravilo se je večinoma razvilo v sodni praksi in le redki so primeri, da je še posebej uzakonjeno. Tak primer je na primer Nemčija, v kateri je bil z reformo delniškega prava v letu 2005 – UMAG²⁰ dopolnjen prvi odstavek 93. člena AktG, ki ureja dolžno skrbnost članov uprave. Tako je zdaj v zakonu izrecno določeno, da član uprave ni kršil svojih dolžnosti, če je pri sprejetju podjetniške odločitve smel razumno domnevati, da na podlagi primernih informacij ravna v dobro družbe (*»Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln«*). Po zgledu nemškega AktG je bilo pravilo podjetniške presoje uzakonjeno tudi v hrvaškem pravu – Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o trgovinskih družbah – ZTD je začel veljati 1. maja 2010 (Narodne novine 137/09). Tako je zdaj v prvem odstavku 252. člena ZTD določeno: *»Članovi uprave moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika in čuvati poslovnu tajnu društva. Član uprave ne postupa protivno obvezi o načinu vođenja poslova društva ako pri donošenju poduzetničke odluke smije na temelju primjerenih informacija razumno predpostaviti da djeluje za dobrobit društva.«*

19 Vila, A., in Kovač, J.: Osnove organizacije in managementa, Založba Moderna organizacija, Kranj 1997, stran 202 in naslednje. Navaja se vrsta ovir za popolnoma racionalno odločanje. Poudariti je treba zlasti naslednje: okolje najpogostejše ni popolnoma poznano – kolikor daljše je obdobje, za katero je treba vnaprej sprejeti odločitev, toliko težje je odločitev določljiva; težko definiramo vse alternative; viri informacij so pogosto omejeni in pomanjkljivi, relevantnost in preciznost informacij je težko oceniti; mnogi cilji ali problemi niso kvantitativne narave in jih je nemogoče številčno definirati; vse spremenljivke in vsi faktorji, še posebej faktorji okolja, nam niso vedno poznani; večini pomembnih parametrov ni mogoče opredeliti objektivne vrednosti; v realnem življenju zelo pogosto nimamo dovolj časa za vse analize, celo kadar imamo dovolj dobre podatke in informacije; percipiranje enakih dejstev je zelo različno pri različnih ljudeh; v poslovnem sistemu je vedno zastavljena cela vrsta ciljev in optimiranje enega lahko otežuje doseganje drugega ali več njih – iz tega razloga bomo iskali kompromisne rešitve, ki bi v celoti zadovoljile vse. Glej o tem tudi Dolenc, M., navedeno delo, stran 118.

20 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht z dne 22. 9. 2005 (BGBl I S 2802).

Tako po nemškem kot po hrvaškem zakonu se obravnavano pravilo uporablja tudi za nadzorni svet in d. o. o.

Vendar je pravilo proste podjetniške presoje že prej uveljavila nemška sodna praksa, tako da je imela kodifikacija v bistvenem le deklaratorni pomen. Prva sodba, v kateri se je nemško vrhovno sodišče (BGH) celoviteje ukvarjalo s tem vprašanjem, je znana sodba v zadevi *ARAG/Garmenbeck* z dne 21. 4. 1997 (II ZR 175/95). V njej je sodišče jasno poudarilo, da mora nadzorni svet, ko presoja, ali ugotovljena dejstva upravičujejo očitke krivdne kršitve dolžnosti uprave, upoštevati, da upravi pri vodenju poslov družbinega podjetja nujno pripada širok manevrski prostor delovanja, saj si brez njega preprosto ni mogoče zamisliti podjetniške dejavnosti. Načeloma spada sem ob zavestnem prevzemanju poslovnih tveganj tudi nevarnost, da pride do napačnih presoj in napačnih ocen, ki pa jim je kljub vsem prizadevanjem za odgovorno ravnanje izpostavljen vsak, ki vodi podjetje. Če nadzorni svet meni, da upravi manjka potreben občutek za uspešno vodenje podjetja oziroma da nima »srečne roke« pri izpolnjevanju svojih vodstvenih nalog, je to razlog, da jo pozove k odstopu, ni pa dovolj za njeno odškodninsko odgovornost. Kot poudarja nemško vrhovno sodišče v nadaljevanju, *mora biti podjetniško ravnanje usmerjeno izključno k interesom podjetja ter temeljiti na skrbno pripravljenih odločitvenih podlagah in občutku odgovornosti. Šele takrat, ko uprava očitno prekoraj te okvire, je mogoče govoriti o njeni odškodninski odgovornosti.* Tak primer je denimo, če je pripravljenost na prevzem tveganja presegla razumne meje²¹ ali pa je ravnanje uprave zaradi drugih razlogov v nasprotju z njenim dolžnim ravnanjem.²²

Privilegij svobodne presoje se nanaša le na podjetniške odločitve. Podjetniško naravo pa imajo tiste odločitve, pri katerih je uprava svobodna pri odločitvi, ali bo ravnala tako ali drugače. To vključuje tudi možnost, da uprava ukrepa sploh ne sprejme, čeprav bi ga lahko.²³ Uprava ima torej na razpolago različne možnosti ravnanja, med katerimi lahko prosto izbira, vključno z opustitvijo. Zaradi tega ne gre za podjetniško odločitev, če zakon, statut, pogodba o opravljanju funkcije, poslovnik ali sklep skupščine upravi nalagajo, da mora ravnati na točno določen način – t. i. pravno vezane odločitve. Ker uprava ne more izbirati, ampak mora ravnati natančno tako, kot je določeno, nima možnosti svobodne presoje. Podjetniška odločitev je torej zavestna izbira med dvema ali več alternativami, ki so dejansko mogoče in tudi pravno dopustne. Le pri takih odločitvah se lahko uprava sklicuje na privilegij svobodne presoje. Načeloma gre za odločitve, katerih dejanske posledice so nepredvidljive (t. i. »prognostična narava« odločitve), vendar pa to ni nujno. Nadaljnja konkretizacija je odvisna o primera do primera.

Poleg podjetniške narave odločitve morajo biti izpolnjene še te predpostavke za sklicevanje na obravnavano pravilo: pri upravi ni bilo konflikta interesov, njeno

21 Oziroma je postala ta pripravljenost »neodgovorno prenapeta«, kot je to dobesedno zapisalo sodišče v svoji sodbi.

22 Bistveno je torej, da uprava ne odgovarja za vsako napačno odločitev, ampak je o kršitvi dolžnosti mogoče govoriti šele, če je ravnanje uprave tako, da ga preprosto ni mogoče zagovarjati. Najprej mora sploh obstajati napaka pri vodenju poslov, kar pa ni dovolj, ampak mora biti ta napaka objektivno očitna že, ko je bila storjena. Ali drugače povedano, ravnanje uprave se mora zunanjemu opazovalcu dobesedno vsiljevati kot napačno. Hefermehl, W., in Spindler, G., v *Aktiengesetz – Münchener Kommentar*, 3. knjiga, stran 450; podobno Hüffer, U., navedeno delo, stran 483.

23 Lutter, M.: *Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – ZIP* 18/2007, stran 843.

ravnanje je bilo usmerjeno izključno k interesom podjetja in je temeljilo na primernih informacijah. Prva in druga predpostavka sta dejansko zelo tesno povezani, saj uprava, ki je obremenjena s konfliktom interesov, težko deluje zgolj v interesu podjetja. Ob tem pa se glede na vse tri omenjene predpostavke zahteva še peta predpostavka, to je dobrovernost uprave.²⁴ Pri tem ni dovolj, da je uprava le »subjektivno verjela«, da ravna na podlagi ustreznih informacij in v dobro družbi, ampak se mora ta njena »vera« tudi po objektivni presoji izkazati kot razumna. Navedene predpostavke je sicer uveljavila ameriška sodna praksa, izhajajo pa tudi iz nemškega AktG (prvi odstavek 93. člena), ene bolj, druge manj izrazito. Če so vse našteje predpostavke v konkretnem primeru podane, odpade protipravnost in s tem tudi odškodninska odgovornost uprave. Člani uprave, ki ravna v okviru dovoljene proste podjetniške presoje, ravna v skladu s svojimi dolžnostmi. Bistvena razlika med ameriškim in nemškim pravom je glede dokaznega bremena. Medtem ko ameriški *Business Judgment Rule* ustvarja domnevo ravnanja v skladu s predpisanimi dolžnostmi, ki jo mora izpodbiti tisti, ki uveljavlja kršitve dolžnosti, pa po nemškem pravu velja, da mora obstoj predpostavk dokazati uprava. Tako bi moralo veljati tudi pri nas.

Pravilo *Business Judgment Rule* je močno prisotno tudi v avstrijski in švicarski sodni praksi. V naši sodni praksi za zdaj še nisem zasledil odločbe, v kateri bi se sodišče oprlo na to pravilo. Vendar pa verjetno ne more biti dvoma, da bo tudi naša sodna praksa slej ko prej sprejela podobna stališča, kot so se uveljavila v tuji in primerljivi sodni praksi. Pomemben korak v tej smeri je naredilo naše vrhovno sodišče v obravnavani sodbi III Ips 75/2008 z dne 21. 12. 2010, v kateri je zapisalo: »Revizijsko sodišče pri odločanju v tej zadevi ni prezrlo – tudi primerjalno uveljavljenega – stališča, da bi pretirano stroge zahteve do članov uprave lahko predstavljale hladno prho za potrebno podjetnost, ki je nujno zvezana tudi s tveganji. Vendar je v tem primeru treba upoštevati, da ni šlo za poslovno odločitev, ki bi se pozneje izkazala za zgrešeno, ampak za opustitev dolžne skrbnosti, ki je imela povsem jasne in predvidljive posledice.« Glede na tak zapis ne more biti nobenega dvoma, da se članom uprave določeno polje proste presoje (»*Safe Harbour*«) priznava tudi v naši sodni praksi, kar je navsezadnje tudi edino razumno. Nadaljnja naloga sodišč je, da zarišejo meje njegove dovoljenosti z natančno določitvijo predpostavk in ga nato tudi uporabijo pri reševanju konkretnih odškodninskih primerov. To seveda še zdaleč ne bo lahka naloga. Najprej bo treba opredeliti, ali je imela odločitev uprave podjetniško (poslovno) naravo, kajti samo pri takih odločitvah se je mogoče sklicevati na omenjeni »privilegij« proste presoje. Nato pa bo treba določiti posamezne predpostavke in ugotoviti, ali so v konkretnem primeru izpolnjene. Do uzakonitve *Business Judgment Rule* v ZGD-1, za katero se sam zavzemam, je lahko sodiščem v pomoč bogata tuja sodna praksa, vključno s predstavljenimi stališči iz sodbe nemškega vrhovnega sodišča v zadevi *ARAG/Garmenbeck*.

8 IZKLJUČITEV ODGOVORNOSTI

ZGD-1 v tretjem odstavku 263. člena določa, da članu organa vodenja ali nadzora ni treba povrniti škode, če dejanje, s katerim je bila povzročena škoda, temelji na zakonitem skupščinskem sklepu. Uprava je na splošno dolžna uresničevati

²⁴ Glej o tem na primer Hüffer, U., navedeno delo, stran 485. Primerjalnopravni pregled tudi v Dolenc, M., navedeno delo, stran 121–124.

sklepe skupščine (267. člen ZGD-1), zato tako uprave kot nadzornega sveta ne more bremeniti odgovornost za škodo, če uprava te sklepe uresničuje v skladu z dolžno skrbnostjo. Enako velja za upravni odbor, ki mora, če ima družba enotni sistem, skrbeti za uresničevanje sklepov skupščine, podobno kot uprava v dvotirnem sistemu. Povedano velja tako za sklepe, ki se nanašajo na izvirne pristojnosti skupščine, kot tudi za sklepe, ki se nanašajo na vodenje poslov, o katerih odloča skupščina po šestem odstavku 293. člena ZGD-1, torej na zahtevo uprave. Pri tem je za izključitev odškodninske odgovornosti bistveno, da je sklep skupščine zakonit, kar pomeni, da ni niti nič niti izpodbojen. Kljub temu je treba zagovarjati določene izjeme. Tako se člani organa vodenja in nadzora ne morejo sklicevati na zakoniti skupščinski sklep, če so v postopku njegovega sprejemanja ravnali v nasprotju s svojimi dolžnostmi. Zaradi tega tudi zakoniti skupščinski sklep ne vodi k izključitvi odgovornosti, če je bila skupščina, ko je sprejemala sklep, napačno ali nepopolno obveščena. Na izključitev odgovornosti po tretjem odstavku 263. člena ZGD-1 se ni mogoče sklicevati tudi, če so člani organa vodenja ali nadzora v nasprotju s svojimi dolžnostmi opustili pravočasno vložitev ničnostne ali izpodbojne tožbe proti sklepu skupščine. Mogoče je tudi, da se od sprejetja skupščinskega sklepa pa do trenutka, ko bi ga bilo treba uresničiti, okoliščine bistveno spremenijo. Tudi v tem primeru se člani organa vodenja ali nadzora ne morejo sklicevati na izključitveni razlog, če tak »naknadno škodljiv« sklep skupščine uresničijo. Seveda pa skupščine ni mogoče ignorirati, zato jo je treba seznaniti s spremenjenimi okoliščinami in ji tako dati možnost, da o zadevi znova odloča.

Drugače kot zakoniti sklep skupščine pa soglasje nadzornega sveta ni razlog za izključitev odgovornosti. Razlog za to določbo iz tretjega odstavka 263. člena ZGD-1 je, da uprava vodi posle samostojno in ji nadzorni svet v zvezi s tem ne sme dajati nobenih navodil. Če je soglasje nadzornega sveta dano, so za škodo odgovorni člani obeh organov. Predpostavka za to je seveda, da so tako eni kot drugi ravnali v nasprotju s svojimi dolžnostmi.

9 ODREK ZAHTEVKU IN PORAVNAVA

Ko odškodninski zahtevek enkrat nastane, se mu bo družba verjetno težko odrekla, vendar pa tudi to ni izključeno. Mišljena je tako procesnopravna odpoved tožbenemu zahtevku kot odpust dolga po obligacijskem pravu. ZGD-1 v zvezi s tem v tretjem odstavku 263. člena postavlja nekatere omejitve. Prva omejitev je ta, da se lahko družba odreče zahtevku šele po preteku treh let od njegovega nastanka. Druga omejitev pa je, da mora s tem soglašati skupščina, pri čemer odpovedi ne sme ugovarjati manjšina delničarjev, katerih deleži znašajo skupno najmanj desetino osnovnega kapitala. Če je pisni ugovor manjšine delničarjev vložen, je sklep skupščine brez pravnega učinka. Namen prve omejitve je predvsem, da pristojni organ družbe ne bi razpolagal z zahtevkom, še preden je znan obseg škode, zato bi morala enaka omejitev veljati tudi za poravnavo v zvezi z zahtevkom. Namen druge omejitve pa je preprečiti, da bi med odgovornimi člani uprave in pristojnim organom prišlo do medsebojnega prizanašanja ter da bi se izigrala manjšinska pravica do vložitve tožbe po 328. členu ZGD-1.

10 SKLEP

Očitno je, da postaja odškodninska odgovornost članov uprave tudi pri nas vse aktualnejša tema. Zaradi tega število tovrstnih sporov, s katerimi sodišča do zdaj

niso imela kakšnih večjih izkušenj, narašča in pričakovati je, da bo naraščalo tudi v prihodnje. Verjetno se bodo dileme pojavljale že pri vprašanju, kdo odloča in kdo nato družbo zastopa pri uveljavljanju zahtevkov. Ti se lahko uveljavljajo tudi kot *actio pro socio*. Gre za široko temo, ki se je v prispevku nisem dotaknil in jo bo treba obdelati kdaj drugič v posebnem članku. V zvezi s tem bi samo mimogrede omenil pomembno in s primerjalnopравnega vidika povsem pravilno sodbo našega vrhovnega sodišče o uveljavljanju odškodninskih zahtevkov, ne sicer v d. d., ampak v d. o. o. (III Ips 30/2012 z dne 17. 7. 2012). Predvsem pa je pomembno, da se tudi pri nas razvije sodna praksa, ki bo po eni strani z odškodninsko odgovornostjo sankcionirala preveč lahkomiiselno ravnanje članov uprave, pa seveda tudi članov organov nadzora, po drugi strani pa ne bo tako stroga, da bi jim jemala potreben pogum za opravljanje funkcije.

SMISELNA UPORABA ZAKONA O PRAVDNEM POSTOPKU V IZVRŠILNIH POSTOPKIH V POVEZAVI Z INFORMATIZIRANIMI IZVRŠILNIMI VPISNIKI¹

mag. Damjan Orož
višji sodnik
Višje sodišče v Ljubljani

a) Splošni pojmi

V prispevku se bomo osredotočili na pomen določbe 15. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS, št. 51/1998, 3/2007, 93/2007, 45/2008, 28/2009, 51/2010, 26/2011 in 14/2012), ki določa, da se v postopku izvršbe in zavarovanja smiselno uporabljajo določbe zakona o pravnem postopku, če ni v tem ali v kakšnem drugem zakonu drugače določeno. Govorimo o subsidiarni uporabi določb Zakona o pravnem postopku – ZPP (Uradni list RS, št. 26/1999, 73/2007, 45/2008) v izvršilnem postopku. Obseg slednjega lahko zajamemo z mislijo: ZPP se uporablja za vse situacije in procesne institute, ki jih ZIZ ne ureja. Ko pa pogledamo malo temeljiteje, ugotovimo, da ni tako enostavno in enopomensko.

Vrsta razlogov je, zaradi katerih uporaba ZPP v izvršilnem postopku ni enostavna. Eden je, da ZIZ ureja izvršilno procesno in tudi izvršilno materialno pravo, medtem ko je ZPP v osnovi čisti procesni zakon. Poleg tega so nekatera procesna vprašanja urejena tudi v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010, 26/2011, 47/2011, 87/2011). Izvršilno procesno pravo vključuje te sklope pravil:² a) izvršilno statusno ali organizacijsko pravo, ki določa organizacijo in notranje delovanje sodišča in službo izvršitelja; b) izvršilno kompetenčno pravo, ki določa pristojnost sodišča in c) izvršilno funkcionalno pravo, ki ureja procesnopravne predpostavke, odnos, razporeditev in procesnopravne učinke dejanj, ki jih opravijo subjekti izvršilnega postopka. Na drugi strani pa izvršilno materialno pravo sestavljajo pravila ZIZ, ki urejajo materialnopravna (praviloma stvarnopravna in obligacijskokopravna) razmerja, do katerih pride med postopkom izvršbe in zavarovanja (npr. pravila o učinkih zaznambe sklepa o izvršbi, zasegu predmetov izvršbe in njihovem unovčenju, učinkih izvršbe na pravice tretjega in njihov položaj v postopku, vrstnem redu poplačila iz kupnine, pravica dolžnika do nasprotno izvršbe, pravica dolžnika ali tretjega, da v posameznih primerih zahtevata povračilo škode, kriteriji za določitev denarne kazni in kazni zapora, pravila o povračilu stroškov ...). V širšem smislu sem spadajo tudi pravila družinskega, delovnega, pomorskega prava, prava, ki ureja odnose v letalstvu – vse to je lahko subsidiarni izvor izvršilnega materialnega prava.

1 Prispevek je avtorjev pogled na obravnavano temo in ne pomeni predstavitve stališč institucije, v kateri je zaposlen.

2 Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo, prva knjiga, Obče građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2007, strani 6–8.

Čeprav ZIZ sistemsko in relativno celostno ureja splošno in osnovno materijo izvršilnega procesnega funkcionalnega prava, vendarle ni popoln procesni zakon. Ne ureja številnih splošnih institutov civilnega procesnega prava, zato se predvideva smiselna uporaba določb ZPP. Slednje velja tudi za izvršilno kompetenčno »kompetenčno« in kompetenčno funkcionalno pravo, katerega temeljni vir je prav tako ZPP.

Subsidiarna uporaba ZPP hkrati pomeni, da se pravila pravnega postopka uporabljajo takrat, ko ni določb izvršilnega zakona ali pa so nepopolne, v zadnjem primeru z zadržkom, da pravila pravnega postopka niso v nasprotju z drugimi določbami izvršilnega postopka ali z načeli tega postopka.³ Primer smiselne uporabe določb pravnega postopka je npr. učinkovanje upnikovega umika predloga za izvršbo v postopku na podlagi verodostojne listine. Ustavno sodišče je v zadevi Up-1273/07-11 navedlo, da v primeru umika predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine ZIZ napotuje na smiselno uporabo določb ZPP o umiku tožbe v postopku izdaje plačilnega naloga (prvi odstavek 441. člena ZPP). Zato mora sodišče, če je upnik umaknil predlog za izvršbo pred vložitvijo ugovora s sklepom razveljaviti sklep o izvršbi. Če je upnik umaknil predlog za izvršbo po vložitvi ugovora, pa to stori le, če se dolжник z umikom strinja. Če ne, odloča o ugovoru po določbah ZIZ. Le če je sklep o izvršbi (in s tem tudi plačilni nalog) pravnomočen, se lahko upnikova izjava o umiku nanaša le na predlog za dovolitev izvršbe (43. člen ZIZ). Tudi pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi lahko upnik umakne predlog za izvršbo samo v dovolilnem delu, a to mora posebej izhajati iz umika predloga za izvršbo. Na to razliko mora sodišče posebno skrbno paziti zlasti v postopku izvršbe na podlagi priložene menice, ko se opravlja izvršba iz sredstev dolžnika pri OPP in je umik predloga za izvršbo lahko tudi posledica izvršitve sklepa o izvršbi s strani OPP.⁴

Sodno prakso Vrhovnega sodišča RS glede 15. člena ZIZ lahko razvrstimo v tri sklope odločb: 1. odločitve, ki se nanašajo na pristojnost sodišča, 2. odločitve, ki se nanašajo na pravilo neuporabe določb ZPP, ki bi bile z izvršilnim postopkom v nasprotju, in 3. odločitve, ki se nanašajo na subsidiarno uporabo določb ZPP in se nanašajo na t. i. izvršilno materialno pravo.

Največ odločitev je vezanih na določbe o pristojnosti sodišč (krajevna pristojnost, ustalitev pristojnosti,⁵ pristojnost za sospornike ...). Z vprašanjem nasprotnosti z ureditvijo ZIZ se je Vrhovno sodišče RS srečalo pri vprašanju o dopustnosti izrednega pravnega sredstva revizije v izvršilnem postopku. V prvem odstavku 10. člena ZIZ je določeno, da zoper pravnomočno odločbo, izdano v postopku izvršbe in zavarovanja, ni dovoljena revizija. Odločilo je, da je treba biti pri presoji, koliko prostora za smiselno uporabo ZPP dopušča določba prvega odstavka 10. člena ZIZ, pozoren na to, da ZIZ pravnega sredstva revizije ne pozna. Zato smiselna uporaba določb ZPP glede dovoljenosti revizije zoper sklep sodišča druge stopnje

3 Borivoj Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postopku, 1. del, druga spremenjena in dopolnjena izdaja*, letnik 1991, stran 47.

4 Odgovor na vprašanje sodišča in zunanjega udeleženca za Izvršilno šolo 2012. Sodišče v izvršilnem postopku umika predloga za izvršbo po odločitvi sodišča po določbi drugega odstavka 62. člena ZIZ ne more več upoštevati. V sodni praksi o tem vprašanju ni odstopanj (npr. VSL sklep II Cpg 409/2011 z dne 19. 5. 2011).

5 VS RS sklep I R 12/2011 z dne 24. 2. 2011.

v postopku izvršbe in zavarovanju ne pride v poštev.⁶ Enako stališče je zavzelo tudi v zvezi z dopustnostjo revizije v postopku naložitve sodnih penalov. Navedlo je, da se o upnikovi zahtevi za določitev sodnih penalov (po izrecni določbi zakona, op. a.) odloča sodišče v izvršilnem postopku, v določbi splošnega dela ZIZ pa je določeno, da ni dovoljena revizija zoper pravnomočno odločbo, ki je bila izdana v izvršilnem postopku.⁷ VS RS⁸ je razlagalo tudi uporabo določbe 154. člena ZPP v izvršilnem postopku. Zavzelo je stališče, da določbe 38. člena ZIZ ne izključujejo uporabe splošnega pravila odločanja o stroških po merilu uspeha in tudi niso neskladne z njim, temveč dodatno urejajo posamične stroškovne obveznosti strank (predvsem upnika) v posameznih fazah izvršilnega postopka z upoštevanjem njegovih posebnosti. Menimo, da je vprašanje stroškov izvršilnega postopka vprašanje izvršilnega materialnega prava, zato je uporaba določbe 154. člena ZPP, ki temelji na načelu *causae*, v izvršilnem postopku, ki v petem in šestem odstavku 38. člena ZIZ načelo *causae* približuje (v šestem pa celo izenači) načelu *culpa*, zelo problematična. V konkretni zadevi pa je bilo pravilo subsidiarnosti tudi obrnjeno, verjetno neutemeljeno.

Ko govorimo o subsidiarni uporabi pravil ZPP v izvršilnem postopku, menimo, da se 15. člen ZIZ ne nanaša na tista vprašanja ali institute, ki jih uvrstimo pod pravila izvršilnega materialnega prava. Ob tako določenem obsegu uporabe določb ZPP se torej subsidiarno uporabljajo določbe, ki urejajo npr.⁹ pravdno in procesno sposobnost, določbe, ki urejajo vročitev pisanj, izdanih v izvršilnem postopku, določbe o štetju rokov, vrnitev v prejšnje stanje, razmerja med sosporniki, ureditev pritožbenih razlogov, vsebine pritožbe, dopustnost pritožbenih novot, meje preizkusa in odločanje pritožbenega sodišča,¹⁰ prekinitev ter nadaljevanja postopka.

b) O spremembi stranke izvršilnega postopka (smiselna uporaba 208. člena ZPP)

ZIZ spremembo stranke v postopku ureja v tretjem, četrtem in petem odstavku 24. člena. Tretji odstavek ureja primere, ko pride do spremembe stranke na aktivni strani. Če pride do spremembe upnika po vložitvi predloga za izvršbo, lahko nov upnik vstopi v izvršbo namesto prvotnega upnika, če z javno ali po zakonu overjeno listino dokaže, da je bila terjatev prenesena ali je na drug način prešla nanj. Kadar to ni mogoče, se prenos terjatve dokazuje s pravnomočno odločbo, izdano v pravdnem postopku. Nov upnik mora izvršbo prevzeti v tistem stanju, v katerem je, ko vstopi vanjo. Četrty odstavek ureja situacijo, ko pride do spremembe na pasivni strani. Določa, da se pod pogoji iz prejšnjega odstavka izvršba nadaljuje zoper novega dolžnika, ki jo mora prevzeti v tistem stanju, v katerem je, ko vstopi vanjo, če pride do spremembe dolžnika po vložitvi predloga za izvršbo. V petem odstavku je določeno, da mora sodišče novemu dolžniku vročiti sklep o izvršbi.¹¹

Prvi odstavek 208. člena ZPP določa, da se postopek, ki je bil prekinjen iz kakšnega razloga, ki je naveden v 1. do 4. točki 205. člena tega zakona, nadaljuje, ko ga

6 VS RS sklep III Ips 4/2008 z dne 10. 6. 2010.

7 VS RS sklep II Ips 1/99 z dne 15. 9. 1999.

8 VS RS sklep II Ips 457/2007 z dne 18. 3. 2010.

9 Naštevaje je opravljeno primeroma brez želje po dokončni zaokrožitvi določb ZPP, ki se uporabljajo subsidiarno.

10 Triva, Belajec, Dika, stran 255.

11 Tako Ustavno sodišče, Up-357/03 z dne 28. 9. 2004.

dedič ali skrbnik zapuščine, nov zakoniti zastopnik, stečajni upravitelj ali pravni nasledniki pravne osebe prevzamejo ali ko jih sodnik povabi, naj to storijo.

Določbi tretjega in četrtega odstavka 24. člena ZIZ urejata aktivno in pasivno legitimacijo za nadaljevanje postopka ter določata listine, ki so potrebne za dokazovanje prehoda terjatve ali obveznosti. Postavlja se torej vprašanje razmerja med 24. členom ZIZ in 205. ter 208. členom ZPP. Opozoriti je treba, da določbe 24. člena ZIZ določajo način subjektivne spremembe predloga za izvršbo pri univerzalnem in tudi singularnem pravnem nasledstvu, medtem ko se določbe 208. člena ZPP uporabljajo le za univerzalno pravno nasledstvo.¹² Upoštevati je še treba, da iz veljavnega tretjega in četrtega odstavka 24. člena ZIZ izhaja, da se izvršilni postopek ob prehodu terjatve na novega upnika ali obveznosti na novega dolžnika med postopkom nadaljuje le na predlog¹³ – torej je potrebna aktivnost stranke.

Vprašanje je, ali je pozivanje izvršilnega sodišča po prvem odstavku 208. člena ZPP pravilno. To vprašanje se pojavlja zlasti tedaj, ko stranka (praviloma upnik) ne predlaga nadaljevanja izvršilnega postopka zoper pravne naslednike dolžnika v postopku.

Pri odgovoru na vprašanje nujno zadenemo na že prej zastavljeno vprašanje uporabe 15. člena ZIZ in temu sledeče subsidiarne uporabe določb ZPP v izvršilnem postopku. Določbe ZPP, ki urejajo spremembo pravnice stranke po 208. členu, so pri institutu pravnega nasledstva milejše od določb 24. člena ZIZ, saj se izvršilni postopek s pravnim naslednikom nadaljuje le, če upnik prehod terjatve ali obveznosti izkaže s po zakonu določenimi listinami: z javno ali po zakonu overjeno listino, s katero se dokazuje, da je bila terjatev prenesena na upnika oziroma je obveznost prešla na dolžnika ali je na drug način prešla nanj. Kadar to ni mogoče, se prenos terjatve, velja tudi za prenos obveznosti, dokazuje s pravnomočno odločbo, izdano v pravnem postopku. V tem pogledu lahko govorimo o formalnem in kvalificiranem dokaznem bremenu upnika v izvršilnem postopku, ki upniku nalaga, da prehod terjatve ali obveznost izkaže s kvalificirano listino – javno ali po zakonu overjeno listino. ZPP take določbe za pravnice postopek ne pozna. Če bo pravno sodišče nadaljevalo pravnice postopek zoper dediče, bo vprašanje dedičev lahko reševalo kot predhodno vprašanje.

Izvršilno sodišče brez sklepa o dedovanju izvršilnega postopka zoper ali v korist dedičev ne bo nadaljevalo, pri čemer pa je vsaj pri dedičih treba upoštevati še določbo 37. člena ZIZ, ki določa, da sodišče o prekinitvi izvršilnega postopka, ki je nastala zaradi smrti stranke ali njenega zakonitega zastopnika, obvesti njene dediče, če so mu znani in če ve za njihovo prebivališče, ter nasprotno stranko. Če mu niso znani ali ne ve za njihova prebivališča, jim sodišče nemudoma postavi začasnega skrbnika. V sodni praksi najdemo stališča, da lahko v tem primeru sodišče postopek nadaljuje tudi samo zoper dediče tako, da jih s procesnim sklepom povabi v postopek. Sodna praksa torej z uporabo določbe 37. člena

12 Aleš Galič, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga*, Uradni list RS in GV Založba, 2010, stran 211.

13 Aleš Galič, Matjaž Jan, Hinko Jenull, *Zakon o izvršbi in zavarovanju s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2002, stran 93.

ZIZ dopušča uporabo prvega odstavka 208. člena ZPP, da sodišče dediče samo povabi v postopek, za podlago pa nujno zahteva sklep o dedovanju kot listino iz četrtega odstavka 24. člena ZIZ.¹⁴ Smisel pravila iz 37. člena ZIZ je očitno v tem, da se postopek izvršbe nadaljuje od trenutka, ko so dediči in druga stranka obveščeni, da je bil postopek po zakonu prekinjen v trenutku strankine smrti.¹⁵ Drugačno je ravnanje sodišča, če umrlega dolžnika v izvršilnem postopku zastopa pooblaščenec. ZIZ tega primera posebej ne ureja, zato se na podlagi določbe 15. člena ZIZ uporablja določba 2. točke prvega odstavka 205. člena ZPP. V tem primeru ni prekinitve postopka in ni razloga za uporabo 37. člena ZIZ. Sodišče postopek normalno vodi in opravlja potrebna izvršilna dejanja, glede na sredstvo izvršbe pa pazi, da je dovoljeno izvršilno sredstvo sploh mogoče.¹⁶

Druga izjema od predlagalnega načela velja pri spremembi dolžnika kot novega lastnika predmeta izvršbe. V sodni praksi in pravni teoriji se določbe 24. člena praviloma razlagajo tako, da je s spremembo stranke iz 24. člena ZIZ razumeti personalno spremembo predloga za izvršbo. Z odločitvijo Ustavnega sodišča, Up 2324/08 z dne 26. 12. 2010, pa se je 24. člen ZIZ bistveno odprl, saj se uporablja tudi v primerih tako realne spremembe predloga za izvršbo – spremembe, do katere pride, če se spremeni lastnik predmeta izvršbe. Ustavno sodišče je v 13. točki obrazložitve navedlo: »Ker zastavna pravica (pridobljena z zaznambo sklepa o izvršbi) učinkuje zoper vsakokratnega poznejšega lastnika nepremičnine (drugi odstavek 170. člena ZIZ), vstopi novi imetnik predmeta izvršbe v izvršbo namesto prejšnjega že po samem zakonu. Iz tega sledi, da četudi pritožnica v izvršilnem naslovu ni bila navedena kot dolžnica, to samo po sebi še ni ovira, da v izvršilnem postopku nima procesnega položaja stranke (dolžnice).« Če upoštevamo ureditev 24. člena ZIZ in 208. člena ZPP, sodišče o spremembi dolžnika med postopkom odloči s sklepom. S stališča 24. člena ZIZ je pomembno, da lastnost novega dolžnika kot lastnika predmeta izvršbe nujno izhaja iz listine iz 24. člena ZIZ (izpisek iz zemljiške knjige).

c) Posledice prekinitve postopka

ZIZ nima določb, ki bi za izvršilni postopek urejale prenehanje stranke, ki je pravna oseba, kakor tudi ne ureja procesnih posledic začetega stečajnega postopka oziroma situacije, ko sodišče zaradi vojne ali iz drugih razlogov preneha delati. Prav tako ne ureja učinkov prekinjenega postopka. Zato se smiselno uporabljajo določbe o prekinitvi postopka iz 205. člena ZPP, ki v prvem odstavku določa, da v teh primerih nastopi prekinitve postopka po samem zakonu. Procesno gledano imajo zgornje okoliščine v izvršilnem postopku enak učinek kot v pravdnem postopku za procesna dejanja, ki pomenijo odločanje izvršilnega sodišča v izvršilnem postopku (drugi odstavek 207. člena ZIZ). Ob prekinitvi nehalo teči vsi roki, določeni za procesna dejanja strank, v tem času pa sodišče tudi ne more odločati (prvi in drugi odstavek 207. člena ZPP). Roki, ki so s prekinitvijo nehali teči, začnejo ponovno teči z vročitvijo sklepa o nadaljevanju postopka (četrti odstavek 208. člena ZPP).

14 VSL sklep I lp 1559/2010 z dne 19. 5. 2010 in VSK sklep II Cp 930/2005 z dne 18. 10. 2005.

15 Starović, stran 94.

16 Odgovor na vprašanje sodišča za Izvršilno šolo 2012.

Opozoriti je treba, da določba 4. točke 205. člena ZPP, ki določa, da je postopek prekinjen z dnem, ko nastopijo posledice začetka stečajnega postopka, v izvršilnem postopku ni več neposredno uporabljiva, saj je poznejši ZFPPIPP vpliv stečajnega postopka na izvršilni postopek uredil drugače (132., 280. in 390. člen ZFPPIPP)¹⁷.

č) Učinki prekinitve postopka na izvršilna dejanja

Izvršilni postopek poleg procesnih dejanj strank in sodišča (govorimo o fazi dovolitve izvršbe v najširšem smislu) sestavljajo tudi izvršilna dejanja (faza oprave izvršbe), zato se postavlja vprašanje, ali smiselna uporaba določb 207. člena ZPP pomeni, da se od prekinitve dalje ne smejo opravljati izvršilna dejanja. Prepoved opravljanja izvršilnih dejanj gotovo velja, če je nad dolžnikom začet stečajni postopek in gre za situacijo iz 1. in 2. točke tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP. Vprašanje pa je, ali to velja tudi, če je npr. dolžnik, ki ni imel pooblaščenca, umrl, pa upnik ve za premoženje, postopek dedovanja pa še ni opravljen. V primerjavi z začetkom stečajnega postopka smrt stranke, tudi če v postopku nima pooblaščenca, pomeni, da se prekinejo le nekatera izvršilna dejanja; gotovo vsa tista, ki bi pripeljala do poplačila upnika. Kaj pa rubež dolžnikovega premoženja? Že je bilo zavzeto stališče, da v tem primeru subsidiarna uporaba ZPP ne velja in se v tem času lahko opravljajo izvršilna dejanja, ki pomenijo zavarovanje zahtevka¹⁸ – npr. rubež premičnin, sredstev umrlega na banki.

d) Učinki vloženega pravnega sredstva na izvršilni postopek¹⁹

Dolžniki od sodišča prve stopnje pogosto zahtevajo, da takoj po izdaji sklepa, s katerim sodišče ugovoru ugodi in razveljavi sklep o izvršbi, sklep tudi vroči izvrševalcem sklepa o izvršbi. To je problem izvršitve nepravnomočnih sklepov, ki pa ima čisto procesno vsebino in pravzaprav zadeva obravnavano problematiko smiselne uporabe določb ZPP v izvršilnem postopku. Dolžnik želi doseči, da sodišče tak sklep takoj vroči izvrševalcem sklepa o izvršbi in odredi prenehanje opravljanja nadaljnjih izvršilnih dejanj, pa tudi razveljavitev prej opravljenih izvršilnih dejanj, npr. rubež denarne terjatve ali sredstev pri OPP. Ker je odrejanje vročitve sklepa o izvršbi oziroma izdaja odredbe izvrševalcem sklepa o izvršbi stvar vodenja postopka (osmi odstavek 9. člena ZIZ), dolžnik ravnanja sodišča seveda ne more napasti s pritožbo.²⁰ Takojšnjo vročitev oziroma odredbo za prenehanje in razveljavitev opravljenih izvršilnih dejanj utemeljujejo s tem, da pritožba ne zadrži izvršitve sklepa oziroma nima suspenzivnega učinka. Slednje izvajajo iz določbe petega odstavka 9. člena ZIZ, po katerem pritožba in ugovor ne zadrži postopka, če ni v zakonu drugače določeno.

Taka razlaga citirane določbe je napačna. Zakonska dikcija, da pritožba in ugovor ne zadrži postopka, se ne nanaša na postopek s pravnim sredstvom ugovora

¹⁷ Več o tem v prispevku istega avtorja za Izvršilno šolo 2012: Uporaba ZFPPIPP v informatiziranih izvršilnih postopkih.

¹⁸ Vesna Rijavec, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga*, Uradni list RS in GV Založba, 2010, stran 310.

¹⁹ Odgovor na vprašanja sodišča in zunanje pobudnika za Izvršilno šolo 2012.

²⁰ Oblike sodnoupornega nadzora niso predmet prispevka.

ali pritožbe, temveč na izvršilni postopek kot tak. V bistvu je zakonska dikcija neposrečena. Gramatikalno pravilnejše je bilo besedilo Zakona o izvršilnem postopku – ZIP, ki je v petem odstavku 8. člena določal, da pritožba in ugovor ne odloži izvršbe (ZIZ govori o postopku). Pritožba zoper sklep o ugoditvi ugovoru in razveljavitvi sklepa o izvršbi prepreči njegovo pravnomočnost, s tem pa tudi pravnomočno razveljavitev sklepa o izvršbi in ustavitvi izvršbe. V izvršilnem postopku velja, da se določbe ZPP glede suspenzivnosti pritožbe zoper sklep o izvršbi ne morejo uporabljati niti subsidiarno.²¹ Nasploh je v izvršilnem postopku treba razlikovati med absolutnimi suspenzivnimi učinki pritožbe, ki ga imajo pritožbe zoper sklepe, o katerih sodišče odloča o materialnopravnih razmerjih med strankami (npr. pritožba zoper sklep o nasprotni izvršbi, naložitvi plačila sodnih penalov, v postopku izterjave na podlagi sklepa o dokončnih stroških), in relativnim suspenzivnim učinkom, ki le preprečuje opravo naslednjih izvršilnih dejanj (npr. po drugem odstavku 181. člena ZIZ se prodaja nepremičnine opravi šele po pravnomočnosti sklepa o izvršbi in pravnomočnosti sklepa o ugotovitvi vrednosti nepremičnine). V postopku z ugovorom lahko dolжник doseže le delni zastoj pri izvrševanju sklepa o izvršbi, če mu uspe z odlogom izvršbe, saj sodišče v tem primeru odloži do pravnomožne odločitve o ugovoru. Pritožba zoper sklep o ugovoru nima absolutno suspenzivnega učinka.²² To velja tudi v postopku izvršbe na podlagi priložene menice, v katerem se opravlja izvršba na sredstva dolžnika pri OPP, sodišče pa po ugovoru dolžnika razveljavi dovolilni del sklepa o izvršbi in razveljavi opravljena izvršilna dejanja (drugi odstavek 62. člena ZIZ). Sodišče banki odredi prenehanje rubeža in prenosa denarnih sredstev dolžnika šele po pravnomožnosti sklepa. Stvar vodenja postopka je, ali bo to storilo z vročitvijo pravnomožnega sklepa ali samo z ustrezno pisno odredbo.

Ti razlogi veljajo tudi za odgovor na vprašanje, kdaj lahko sodišče vroči sklep o nadaljevanju postopka zoper nove dolžnike izvrševalcem sklepa o izvršbi. Začetek opravljanja izvršbe ureja 46. člen ZIZ, ki v prvem odstavku določa, da se izvršba začne opravljati pred pravnomožnostjo sklepa o izvršbi, če zakon ne določa drugače. Po razlagi od večjega k manjšemu (a maiori ad minus) velja to tudi ob spremembi dolžnika med postopkom po določbi četrtega odstavka 24. člena ZIZ.²³

e) Nekateri vidiki pravice do sodelovanja v izvršilnem postopku

ZIZ v posameznih primerih izrecno določa, da mora sodišče vlogo stranke vročiti nasprotni stranki v odgovor. Tako je npr. določeno za obrazloženi ugovor v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine, za pritožbe zoper sklepe iz četrtega odstavka 9. člena ZIZ. Praviloma pa ZIZ ne določa, kako naj sodišče izvede postopek odločanja o določenem pravnem sredstvu ali vlogi stranke. Predpisuje pogoje in posledico odločitve. Tako ne ureja postopka odločanja sodišča o zahtevi stranke, da sodišče s sklepom odredi odpravo nepravilnosti pri opravljanju izvršbe, odločanja o dolžnikovem predlogu za odlog izvršbe, odločanja o upnikovi zahtevi, da odloči o varščini za plačilo dela in stroškov izvršitelja, zahtevi za obračun

²¹ Triva, Belajec, Dika, stran 253.

²² Kot zgoraj.

²³ Več o tem v prispevku Aktualni problemi izvršilnega prava – izvršilni naslov, Pravosodni bilten 3/2010, str. 91.

plačila za delo in stroške izvršitelja ... O tem je Ustavno sodišče RS že odločalo, št. Up-419/10 z dne 2. 12. 2010, in navedlo, da v postopku zavarovanja glede na določbe 239. člena ZIZ ni razloga, da se odločba Ustavnega sodišča RS ne upošteva tudi v postopkih izvršbe, mora biti kontradiktornost v postopku zagotovljena že pred sodiščem prve stopnje. Tudi če ni izrecne zakonske norme, ki bi določala, ali je neko vlogo treba vročiti nasprotniku v opredelitev ali ne, mora sodišče odločitev o vročanju sprejeti ob upoštevanju težnje po varovanju bistva človekove pravice do izjave. Ustava od sodišč ne zahteva, da bi strankam sodnih postopkov omogočala opredelitev do vlog, ki ne morejo vplivati na izid postopka, oziroma do prepoznih, nedopustnih, očitno pravno nepomembnih ali neutemeljenih navedb nasprotnika, in do vlog, ki ne vsebujejo ničesar novega. Vse preostale vloge pa mora sodišče prve stopnje, če nanje opre svojo odločitev, vročiti nasprotniku v sodnem postopku in mu določiti primeren rok za izjavo o navedbah v tej vlogi. S tem se varuje bistvena vsebina pravice iz 22. člena Ustave RS, ki posamezniku zagotavlja možnost, da se izjavi o dejstvih in okoliščinah, pomembnih za odločitev o njegovi pravici, in sicer dejanskih in tudi pravnih vidikih zadeve. Splošno gledano ima na podlagi 22. člena Ustave stranka pravico, da se lahko izjavi o celotnem procesnem gradivu, ki je v sodnem spisu in lahko vpliva na odločitev sodišča, in to že v postopku na prvi stopnji.

Sodišče mora navedene kriterije upoštevati, ko se odloča, ali bo upniku v izjavo vročilo dolžnikov predlog za odlog izvršbe, nasprotni stranki zahtevo za odpravo nepravilnosti pri opravi izvršbe, dolžniku vročilo upnikov odgovor na ugovor, v katerem je upnik navajal nova dejstva in predlagal dokaze, kot mu nalaga tretji odstavek 58. člena ZIZ in podobno.²⁴ Če sodišče opre odločitev na pravno pomembna dejstva, pravna naziranja ali dokaze, o katerih se nasprotna stranka ni mogla izjaviti v postopku pred sodiščem prve stopnje, stori absolutno bistveno kršitev določb iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ.

24 Npr. VSM sklep I lp 387/2012 z dne 31. 5. 2012 (10. točka obrazložitve).

UPORABA ZFPPIPP V INFORMATIZIRANIH IZVRŠILNIH POSTOPKIH¹

mag. Damjan Orož
višji sodnik
Višje sodišče v Ljubljani

1 SPLOŠNO

Po splošni določbi prvega odstavka 131. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP (Uradni list RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010, 26/2011, 47/2011, 87/2011) *po začetku postopka zaradi insolventnosti*, kamor spadata postopek prisilne poravnave in tudi stečajni postopek, stečaj zoper pravno osebo in tudi osebni stečaj, *ni dovoljeno izdati sklepa o izvršbi ali zavarovanju (prvi odstavek 131. člena ZFPPIPP)*, razen v primerih iz drugega odstavka 131. člena ZFPPIPP.² V teoriji in sodni praksi ni povsem enotno stališče, ali insolventni postopek predstavlja negativno procesno predpostavko³ ali materialno oviro⁴ za dovolitev izvršbe, vsekakor pa nanjo pazi sodišče ob dovolitvi izvršbe po uradni dolžnosti.⁵ Menimo, da je začetek insolventnega postopka razlog za zavrnitev predloga za izvršbo, saj je tako imenovani impugnacijski ugovorni razlog po 55. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS, št. 51/1998, 3/2007, 93/2007, 45/2008, 28/2009, 51/2010, 26/2011 in 14/2012)⁶. To velja za izvršilne postopke na podlagi izvršilnega naslova in za izvršilne postopke na podlagi verodostojne listine – tako v postopku na podlagi verodostojne listine pred Centralnim oddelkom za verodostojno listino Okrajnega sodišča v Ljubljani (40. c člen ZIZ) kot tudi v primeru postopka na podlagi priložene menice (41. a člen ZIZ)⁷.

1 Prispevek je bil predstavljen na Izvršilni šoli 2012, organizirani v okviru Ministrstva za pravosodje in javno upravo, Center za izobraževanje v pravosodju, in Vrhovnega sodišča Republike Slovenije. Prispevek je avtorjev pogled na obravnavano temo in ne pomeni predstavitev stališč institucije, v kateri je zaposlen.

2 (131/2) Prvi odstavek tega člena se ne uporablja za izvršbo na podlagi:

1. pravnomočnih sklepov:

– ki jih izda v postopku zaradi insolventnosti sodišče, ki vodi ta postopek, in
– za katere ta zakon določa, da so izvršilni naslov;

2. pravnomočne sodne odločbe ali odločbe drugega državnega organa, izdane v postopku iz oddelka 5.6 tega zakona, v delu, v katerem je bila insolventnemu dolžniku s to odločbo naložena povrnitev stroškov postopka;

3. sodne odločbe, izdane o zahtevku, katerega predmet je terjatev, ki se v stečajnem postopku plača kot strošek postopka, ali izvršilni naslovi, izdani v upravnem postopku, na podlagi katerih mora dolжник poravnati obveznost, ki se v stečajnem postopku plača kot strošek postopka;

4. odločbe, s katero je insolventnemu dolžniku naloženo plačilo takse za dejanja, opravljena v tem postopku po začetku postopka zaradi insolventnosti.

3 Plavšak, Nina, ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008, stran 116.

4 Načelno pravno mnenje, občna seja VS RS, 16. 6. 1998, Pravna mnenja 1/98. Tako tudi tipski obrazci VS RS v Izvršilnem vpisniku, Seznam izvršilnih dejanj (1. 6. 2011).

5 Wedam - Lukić, Dragica, Civilno izvršilno pravo, 1991, Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, strani 44 in 45. Tako tudi VSL sklep II lp 433/2011 z dne 25. 4. 2012.

6 Triva, Belajec, Dika, Sudsko izvršno pravo, stran 269.

7 S pojmom izvršilni postopek na podlagi verodostojne listine v nadaljevanju zajemamo obe obliki postopka, če ni izrecno določeno drugače.

2 UČINEK POSTOPKA PRISILNE PORAVNAVE NA IZVRŠILNI POSTOPEK⁸

ZFPPIPP ne določa več izjeme od splošnega pravila o nedovoljenosti izvršbe ali zavarovanja za izločitvene pravice, zavarovane terjatve in prednostne terjatve, kar pomeni, da po začetku postopka prisilne poravnave ni dovoljena (tudi) izvršba ali zavarovanje glede terjatve, za katero potrjena prisilna poravnava ne bo učinkovala.⁹ Vrhovno sodišče je v načelnem pravnem mnenju občne seje¹⁰ že med veljavnostjo Zakona o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji – ZPPSL, ki v ureditvi dopustnosti izvršbe (36. člen) ne odstopa od sedaj veljavne ureditve po ZFPPIPP – razen glede ločitvenih upnikov (tretji odstavek 36. člena ZPPSL) in upnikov iz 160. člena (četrti odstavek 36. člena ZPPSL), kar pa za ta prispevek ni bistveno –, zavzelo stališče, da je postopek za izdajo sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine izvršilni postopek po Zakonu o izvršilnem postopku – ZIP, pri čemer sodišče na podlagi določbe 21. člena in drugega odstavka 38. člena ZIP dovoli izvršbo, če sodišče istočasno ugodi upnikovemu dajatvenemu predlogu. Pri izvršbi na podlagi verodostojne listine gre torej za posebne vrste izvršilnega postopka, zato mora sodišče upnikov predlog za izvršbo, ki je bil vložen proti dolžniku po začetku postopka prisilne poravnave, v skladu z določilom prvega odstavka 36. člena ZPPSL zavrniti v celoti.

Postavlja se vprašanje, ali je učinek začetega postopka prisilne poravnave v postopku na podlagi verodostojne listine drugačen od tistega, ki ga ima na izvršilni postopek, ki teče na podlagi izvršilnega naslova, ko ni dvoma, da se izvršilni postopek z začetkom postopka prisilne poravnave prekine.

Dejstvo, da sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine nujno vsebuje dajatveni in tudi dovolilni (izvršilni v ožjem pomenu besede) del, bomo upoštevali tudi pri nadaljnji razlagi učinkov začetka postopka prisilne poravnave na že tekoči izvršilni postopek na podlagi verodostojne listine.

Če se postopek prisilne poravnave začne:

a. po vložitvi predloga za izvršbo, a pred izdajo sklepa o izvršbi;

sodišče predlog za dovolitev izvršbe (dovolilni del) zavrne, dajatveni del predloga za izvršbo pa odstopi v odločitev pristojnemu sodišču kot tožbo za izdajo plačilnega naloga, čemur dajatveni del predloga za izvršbo ustreza;¹¹

b. po izdaji sklepa o izvršbi, a pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi;

tu se po uveljavitvi ZFPPIPP sodna praksa najbolj razlikuje v vprašanju, ali se izvršilni postopek v tej fazi prekine na podlagi prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP

⁸ Odgovor na vprašanje sodišča za Izvršilno šolo 2012.

⁹ Za primerjavo, ZPPSL je v tretjem in četrtem odstavku 36. člena dopuščal izjeme za izločitvene pravice, zavarovane terjatve in prednostne terjatve. Več o tem v Plavšak, ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008, stran 116.

¹⁰ Načelno pravno mnenje, občna seja VS RS, 16. 6. 1998, Pravna mnenja 1/98.

¹¹ Načelno pravno mnenje, občna seja VSS, 16. 6. 1998, Pravna mnenja 1/98: ... zato, ker ni mogoče upniku očitati nepravilnosti pri vložitvi predloga za izvršbo pred začetkom postopka prisilne poravnave.

ali ne. ZFPPIPP v prvem odstavku 132. člena določa, da se postopek izvršbe ali zavarovanja, ki je bil začel proti insolventnemu dolžniku pred začetkom postopka prisilne poravnave, prekine z dnem začetka postopka prisilne poravnave. Določbi drugega odstavka 36. člena ZPPSL in prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP,¹² se gramatikalno razlikujeta le v tem, da ZFPPIPP izrecno omenja postopek, vendar tej razliki ni pripisati takega pomena, ki bi utegnila vplivati na drugačno razlago posledic postopka prisilne poravnave za izvršilni postopek.

Ali začetek postopka prisilne poravnave prekine postopek na podlagi verodostojne listine v celoti, je pomembno vprašanje, saj je od odgovora nanj odvisen tek ugovornega roka za ugovor zoper sklep o izvršbi. Če se postopek v celoti prekine, preneha teči rok za ugovor (prvi odstavek 207. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ); po vročitvi sklepa o nadaljevanju postopka, ki ga lahko sodišče izda po pravnomočnosti sklepa o potrditvi prisilne poravnave, začne ta rok znova teči (četrti odstavek 208. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ).

Razlog za stališče, da se postopek z začetkom postopka prisilne poravnave ne prekine,¹³ je mogoče najti v dvojnosti sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine, s katerim sodišče ni le dovolilo izvršbe, temveč je izdalo tudi plačilni nalog. V postopku odločanja o predlogu za izvršbo na podlagi verodostojne listine sta združena izdaja plačilnega naloga in dovolitev izvršbe.¹⁴ Ker pa začetek postopka prisilne poravnave ne učinkuje na postopek izdaje plačilnega naloga po določbah ZPP, lahko sklepamo, da se določba o prekinitvi postopka uporablja le takrat, ko je zadeva v fazi opravljanja izvršbe, vendar menimo, da ni tako, vsaj iz dveh razlogov ne.

Prvi razlog je razviden že iz določbe prvega odstavka 131. člena ZFPPIPP, po kateri od začetka insolventnega postopka ni dopustno izdati sklepa o izvršbi ali zavarovanju. Ker zakon ne določa drugače, to velja za obe vrsti izvršilnega postopka, na podlagi izvršilnega naslova in postopka na podlagi verodostojne listine. To izhaja tudi iz splošne določbe prvega odstavka 130. člena ZFPPIPP, ki določa obseg uporabe oddelka 3.8. Oddelek 3.8 se uporablja za vse postopke izvršbe ali zavarovanja, ki jih vodi sodišče. Drugi razlog za naše stališče pa je v tem, da je določba prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP logično nadaljevanje splošne prepovedi izdaje sklepov o izvršbi po začetku postopka prisilne poravnave. Če od začetka postopka prisilne poravnave ni dopustno dovoliti izvršbe (z dajatvenim in dovolilnim delom) – o tem je Vrhovno sodišče RS zavzelo stališče v omenjenem načelnem pravnem mnenju –, potem se vsi postopki, v katerih je tak sklep že izdan, prekinajo. Postopek dovolitve izvršbe poteka hkrati za dajatveni in dovolilni del. Tudi ugovor zoper sklep o izvršbi, razen če ni določeno, da ga dolжник izpodbija samo v dovolilnem delu, je vložen zoper sklep o izvršbi v celoti (prvi in drugi odstavek 62. člena ZIZ). Oba tudi hkrati postaneata pravnomočna, razen če dolжник v ugovoru izrecno ne navede, da zoper sklep o izvršbi ugovarja samo v dovolilnem delu (tretji odstavek 62. člena ZIZ). Ker torej sodišče s sklepom o izvršbi hkrati

12 ZPPSL (36/2 člen): Izvršbe iz prvega odstavka tega člena, ki že tečejo, se prekinajo. ZFPPIPP (132/1 člen): Postopek izvršbe ali zavarovanja, ki je bil začel proti ..., se prekine z začetkom postopka prisilne poravnave.

13 Npr. VSL sklep II lp 5320/2011 z dne 15. 2. 2012.

14 Glej odločbo Ustavnega sodišča Up-1273/07-11 z dne 22. 5. 2008, v kateri ob umiku predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine napotuje na smiselno uporabo določb ZPP o umiku tožbe v postopku izdaje plačilnega naloga.

odloči o dajatvenem in dovolilnem delu, ne moremo drugače kot skleniti, da ima prekinitev postopka izvršbe iz prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP učinek na oba dela sklepa o izvršbi. S prekinitvijo v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine prenehajo teči vsi roki, določeni za pravdna dejanja dolžnika, torej tudi za vložitev ugovora zoper sklep o izvršbi (drugi odstavek 207. člena ZPP v zvezi s 15. členom ZIZ). Če se postavimo na prvo razlago (da postopek ni prekinjen), je problem v postopku izvršbe na podlagi priložene menice, saj bi v tem primeru sklep o izvršbi postal pravnomočen v dajatvenem delu, pa tudi (v celoti) izvršljiv v dovolilnem delu. Ni si tudi težko zamisliti situacije, da dolžnik šele po izdaji sklepa o izvršbi na podlagi priložene menice predlaga dodatno izvršbo na sredstva dolžnika pri organizaciji za plačilni promet – OPP (tretji odstavek 34. člena ZIZ).

Če je ugovor zoper sklep o izvršbi vложен pred začetkom postopka prisilne poravnave, se je v sodni praksi oblikovalo (pragmatično) stališče, da je odločanje o ugovoru odvisno od ugovora. Če je dolžnik obrazloženo ugovarjal zoper dajatveni del ali sklep o izvršbi v celoti, je dovoljeno izdati sklep, s katerim sodišče razveljavi sklep o izvršbi v dovolilnem delu in odloči, da se postopek nadaljuje kot pri ugovoru zoper plačilni nalog.¹⁵ V tem primeru se namreč postopek nadaljuje kot v postopku plačilnega naloga ob ugovoru zoper plačilni nalog, pri čemer pa ni ovire za nadaljevanje postopka. Drugače utegne biti, če ugovor ni obrazložen. Sodna praksa do tega še ni zavzela stališča. Mogoče je tudi, da dolžnik pred začetkom postopka prisilne poravnave vloži ugovor, a izrecno le zoper dovolilni del sklepa o izvršbi. V tem primeru je sklep o izvršbi v dajatvenem delu pravnomočen, sodišče pa ugovor obravnava kot ugovor zoper izvršilni naslov (tretji odstavek 62. člena ZIZ). Po citirani določbi ZIZ bi se postopek moral nadaljevati kot postopek o ugovoru zoper sklep o izvršbi na podlagi izvršilnega naslova, vendar pa se zaradi prekinitve postopka iz razloga po prvem odstavku 132. člena ZFPPIPP ne more.

Če je postopek izvršbe na podlagi verodostojne listine prekinjen še pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi, sodišče torej izda sklep o prekinitvi *postopka* izvršbe z začetkom postopka prisilne poravnave (prvi odstavek 132. člena ZFPPIPP), po pravnomočnosti potrjene prisilne poravnave pa izda sklep o nadaljevanju postopka, ki je v tem primeru samo procesni sklep v smislu 208. člena ZPP,¹⁶ saj v tem primeru sklep o izvršbi še ni pravnomočen, od pravnomočnosti pa je odvisno, za koliko se utesni izvršba s sklepom iz 216. člena ZFPPIPP. Nadaljevanje postopka na podlagi 216. člena ZFPPIPP je namreč predvideno za primere, ko je bila zaradi začetka postopka prisilne poravnave prekinjena oprava izvršbe, zato je to določbo mogoče uporabiti, če so dani pogoji, da se dovoljena izvršba opravlja¹⁷ – pri sklepu o izvršbi na podlagi verodostojne listine torej šele, ko je sklep o izvršbi že pravnomočen. Po potrjeni prisilni poravnavi namreč ni več razloga za prekinitev izvršilnega postopka,¹⁸ kako se bo nadaljeval – s procesnim ali sklepom iz 216. člena ZFPPIPP – pa je odvisno od faze, v katerem je postopek. Sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine, izdan pred pravnomočnostjo sklepa o potrditvi prisilne poravnave in s katerim je bilo odločeno o terjatvi, za katero učinkuje prisilna poravnava, ima naravo sodne odločbe iz prvega odstavka 215. člena ZFPPIPP, zato potrjena prisilna poravnava

15 VSL sklep II lp 5320/2011 z dne 15. 2. 2012.

16 VSL sklep II lp 2114/2012 z dne 29. 8. 2012.

17 VSL sklep II lp 6258/2011 z dne 11. 4. 2012.

18 Plavšak, stran 119.

nanj učinkuje tako, da proti insolventnemu dolžniku izgubi moč izvršilnega naslova v obsegu, v katerem po prvem odstavku 214. člena ZFPPIPP preneha upnikova pravica sodno uveljavljati plačilo;¹⁹

c. po pravnomočnosti sklepa o izvršbi.

S potrdilom o izvršljivosti sodišče le za nazaj potrdi dejstvo, da dolžnik v določenem roku ni ugovarjal zoper sklep o izvršbi oziroma je bil ta pravnomočno zavržen, zato se lahko izda tudi po začetku insolventnega postopka. Za izdajo potrdila ni predviden poseben tip postopka. To je administrativno opravilo, ki je po Sodnem redu v pristojnosti vpisničarja (tretji odstavek 208. člena), in na izdajo katerega insolventni postopki nimajo vpliva. Če se postopek prisilne poravnave začne po pravnomočnosti sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine, ima enake pravne posledice na postopek izvršbe kot pri izvršbi na podlagi izvršilnega naslova – prekinitev postopka izvršbe, kar pomeni, da se izvršba ne sme opravljati, morebiti že zarubljena sredstva pa ostanejo zarubljena. Prekinitev izvršbe ima enake učinke kot odlog izvršbe.²⁰ Če je upnik po pravnomočnosti sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine, pri izvršbi na podlagi izvršilnega naslova pa že pred pravnomočnostjo, v postopku že pridobil ločitveno pravico pred dvema mesecema pred uvedbo postopka prisilne poravnave, ali pa je bila ločitvena pravica pridobljena zunaj izvršilnega postopka (npr. hipoteka) ne glede na čas nastanka, sodišče po potrjeni prisilni poravnavi izda sklep o nadaljevanju postopka in opravi izvršbo za izterjavo celotne terjatve (2. točka 216. člena ZFPPIPP). Če je bila ločitvena pravica pridobljena v izvršilnem postopku v zadnjih dveh mesecih pred uvedbo postopka prisilne poravnave, sodišče po potrjeni prisilni poravnavi izda sklep o nadaljevanju postopka izvršbe in hkrati utesni izvršbo tako, da se izvršba opravi samo v deležu, rokih in z obrestmi, določenimi v potrjeni prisilni poravnavi. Utesnitev mora iz izreka jasno izhajati, samo navedba v obrazložitvi²¹ ali izreku, da se izvršba nadaljuje skladno s pogoji prisilne poravnave, ne zadošča. Vprašanje je, kako naj sodišče v izreku utesnitev izvede – tako da izračuna, za kolikšen del je dolžnik prost konkretne obveznosti glede na potrjeno prisilno poravnavo, in utesni za ta del ali tako da v izreku določi za kakšen del obveznosti se izvršba nadaljuje. V sodni praksi sicer ni sprejeta rešitev, da bi se v izrek sklepa o delni ustavitvi izreka napisalo, za kakšen del se izvršba še nadaljuje, če je upnik predlog za izvršbo umaknil npr. za delno plačilo, vendar pa menimo, da pri utesnitvi po 216. členu ZFPPIPP to ni tako. Obseg obveznosti po sklepu o potrjeni prisilni poravnavi je nemalokrat tako zelo spremenjen (obveznost je ne samo manjša, tudi obrestuje se lahko z drugačno obrestno mero, kot je bila določena v sklepu o izvršbi, tudi z različnimi roki izpolnitve, ki npr. zapadejo v plačilo v naslednjih treh letih, vsako leto v določenem delu), da je zelo težko zapisati, v kakšnem delu se izvršba ustavlja. Veliko lažje, pa tudi za stranke in predvsem za izvrševalce sklepov o izvršbi razumljivejše je zapisati, da se izvršba na podlagi pravnomočnega sklepa o potrditvi prisilne poravnave utesni tako, da se opravi še za npr. glavnico 10.000 EUR z obrestmi v višini 1 % letno od 1. 5. 2013 dalje, glavnico 10.000 EUR z obrestmi v višini 1 % letno od 1. 5. 2014 dalje ... Ali se tak sklep izda takoj po potrjeni prisilni poravnavi ali šele tik pred potekom rokov za izpolnitev obveznosti po sklepu o prisilni poravnavi, je vprašanje, ki je odvisno od stanja izvršilnega postopka. Če mora sodišče do poteka roka iz sklepa o potrditvi prisilne poravnave postopek nadaljevati, ker mora odločiti o

19 VSL sklep II lp 6258/2011 z dne 11. 4. 2012.

20 Plavšak, ZPPSL s komentarjem, Ljubljana 2000, GV Založba, stran 214.

21 VSL sklep II lp 6258/2011 z dne 11. 4. 2012.

vlogi stranke, potem mora sklep iz 216. člena izdati pred (ali hkrati z) odločitvijo o vlogi stranke, sicer pa zadošča, da se sklep izda pred trenutkom, ko bi se izvršba lahko tudi dejansko opravljala. Izvršba se lahko v takem primeru opravi šele, ko poteče rok za izpolnitev iz sklepa o potrditvi prisilne poravnave.

3 NEDENARNE TERJATVE

Prepovedi izvršbe iz prvega odstavka 131. člena ZFPPIPP oziroma prekinitvev postopkov iz prvega odstavka 132. člena ZFPPIPP ni mogoče upoštevati v postopku izterjave nedenarne terjatve, ki ne more vplivati na obseg stečajne mase, če bi se pozneje nad dolžnikom začel stečajni postopek. Ta terjatev se v postopku prisilne poravnave ne prijavi, niti je ni treba prijaviti v poznejšem stečajnem postopku,²² zato postopki zaradi insolventnosti na izvršbo za izterjavo teh terjatev nimajo vpliva.

4 STEČAJNI POSTOPEK IN UČINEK NA IZVRŠILNI POSTOPEK

Začetek stečajnega postopka ima enak učinek na dovoljenost izvršbe kot začetek postopka prisilne poravnave (prvi odstavek 131. člena ZFPPIPP). Pomembna razlika je pri osebnem stečaju, ki nima vpliva na dopustnost izvršbe prednostnih terjatev iz 21. člena ZFPPIPP in terjatev na podlagi zakonite preživnine,²³ odškodnine za škodo, nastalo zaradi zmanjšanja življenjskih dejavnosti ali zmanjšanja ali izgube delovne zmožnosti ter odškodnine za izgubljeno preživnino zaradi smrti tistega, ki jo je dajal (390. člen ZFPPIPP). Poudariti je treba, da tudi po določbah ZFPPIPP upnik po začetku obeh insolventnih postopkov ne more predlagati izterjave terjatve, ki (bi) pomeni(la) strošek stečajnega postopka v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine.²⁴

Pravne posledice začetka stečajnega postopka na že tekoči izvršilni postopek so odvisne od sredstev izvršbe in faze, v kateri je postopek (tretji odstavek 132. člena ZFPPIPP):

a. če v postopku izvršbe ali zavarovanja upnik do začetka stečajnega postopka še ni pridobil ločitvene pravice, se postopek izvršbe ali zavarovanja ustavi z začetkom stečajnega postopka;

ločitvene pravice, pridobljene v postopku izvršbe so npr.²⁵: zaznamba sklepa o izvršbi v zemljiški knjigi, rubež premoženja, rubež sredstev dolžnika pri OPP – zastavna pravica se pridobi le na denarnem znesku v višini dobroimetja, ki je bilo na

22 VS RS sklep II Ips 215/2011 z dne 23. 6. 2011. Odločitev je bila sicer sprejeta glede vpliva postopka osebnega stečaja nad dolžnikom na izvršilni postopek izpraznitve in izročitve nepremičnine. Razlog splošne prepovedi izvršbe je v tem, da se praviloma po uradni dolžnosti začne stečajni postopek, če se postopek prisilne poravnave ustavi (Plavšak, N., ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, stran 116).

23 Sem spada tudi terjatev Javnega jamstvenega in preživninskega sklada RS iz nadomestila preživnine do preživninskega zavezanca; VS RS sklep II Ips 215/2011 z dne 23. 6. 2011.

24 VSL sklep II Ips 5447/2011 z dne 5. 1. 2012: ... saj za odločanje o dovolitvi izvršbe v konkretnem primeru ni bistveno le to, ali gre za stroške stečajnega postopka, ampak tudi, ali ima upnik zanje izvršilni naslov (kot je navedeno v 3. točki drugega odstavka 131. člena ZFPPIPP). Pritožbeno sodišče ugotavlja, da je upnik predlagal izvršbo na podlagi verodostojnih listin in ne na podlagi izvršilnega naslova, kar pomeni, da že zaradi tega niso dani pogoji za izjemo, po kateri bi bilo zoper dolžnika v stečaju mogoče dovoliti izvršbo, in sicer niti po 3. točki, niti po drugih točkah drugega odstavka 131. člena ZFPPIPP.

25 Več o tem v Plavšak, N., Spremembe ureditve postopkov zaradi insolventnosti, Podjetje in delo, št. 6–7/2010.

dolžnikovem računu dan pred začetkom stečajnega postopka,²⁶ rubež dolžnikove plače v višini denarnega *dobroimetja* pri delodajalcu iz neizplačane plače ob koncu zadnjega dneva pred začetkom stečajnega postopka – to je *dobroimetje* in ne dolg delodajalca do dolžnika;²⁷

b. če je upnik v postopku izvršbe ali zavarovanja pred začetkom stečajnega postopka pridobil ločitveno pravico in če do začetka stečajnega postopka v postopku izvršbe še ni bila opravljena prodaja premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, se postopek izvršbe ali zavarovanja prekine z začetkom stečajnega postopka;

sodišče v tem primeru počaka, da je v stečajnem postopku izdan sklep o preizkusu terjatev. Na podlagi sklepa o preizkusu terjatev – ne takoj po objavi osnovnega seznama preizkušenih terjatev (!) – izvršbo ustavi in razveljavi opravljeno izvršilno dejanje rubeža, če upnik terjatve ni pravočasno prijavil, oziroma ustavi izvršbo in odloči, da ta dejanja ostanejo veljavna, če je terjatev pravočasno priglasil (drugi odstavek 280. člena ZFPPIPP).

Sodišče sme v izvršilnem postopku s sklepom iz 280. člena ZFPPIPP razveljaviti le izvršilna dejanja, ki imajo za posledico ločitveno pravico, ne pa tudi drugih dejanj, ki imajo prav tako za posledico ločitveno pravico, a niso posledica izvršilnega postopka. Primer je hipoteka, ki jo upnik že pred izvršilnim postopkom pridobi na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa z vknjižbo hipoteke;²⁸

c. če je upnik v postopku izvršbe pred začetkom stečajnega postopka pridobil ločitveno pravico in če je bilo do začetka stečajnega postopka v postopku izvršbe prodano premoženje, ki je predmet ločitvene pravice, začetek stečajnega postopka ne vpliva na tek tega izvršilnega postopka.²⁹

V posameznih primerih morajo sodišča pri uporabi 132. člena ZFPPIPP upoštevati tudi prehodno določbo 90. člena ZFPPIPP-C. To so namreč primeri, ko je upnik pridobil ločitveno pravico v izvršilnem postopku v dveh mesecih pred uvedbo stečajnega postopka. Pred novelo ZFPPIPP-C je veljalo, da take ločitvene pravice z dnem začetka stečajnega postopka nad dolžnikom prenehajo. Govorimo o materialnopravni posledici začetka stečajnega postopka, katerega posledica je prenehanje ločitvene pravice.³⁰ Zaradi takega materialnopravnega učinka začetega stečajnega postopka na ločitveno pravico, te od začetka stečajnega postopka dalje

26 VSM sklep I lp 1421/2011 z dne 24. 4. 2012.

27 VSL sklep II lp 5711/2011 z dne 18. 4. 2012.

28 VSL sklep III lp 2529/2012 z dne 11. 7. 2012.

29 132/4 ZFPPIPP: Velja, da je bila v postopku izvršbe do začetka stečajnega postopka opravljena prodaja premoženja po 2. ali 3. točki tretjega odstavka tega člena, če je bil pred začetkom stečajnega postopka v postopku izvršbe:

1. pri prodaji nepremičnine: razglašen sklep o domiku nepremičnine kupcu,

2. pri prodaji nematerializiranih vrednostnih papirjev na organiziranem trgu: sklenjena prodajna pogodba,

3. pri izvršbi na denarna sredstva pri ponudniku plačilnih storitev glede denarnega dobroimetja

stečajnega dolžnika pri ponudniku plačilnih storitev ob začetku stečajnega postopka: vročen sklep o rubežu ponudniku plačilnih storitev,

4. v drugih primerih: kupec deponiral ali plačal kupnino.

30 Plavšak, stran 182. Odgovor na vprašanje sodišča za Izvršilno šolo.

ni bilo več, zato sodišče, če ni ustavilo izvršbe in razveljavilo sklepa o izvršbi ter opravljenih izvršilnih dejanj po določbah tedaj veljavnega 280. člena ZFPPIPP, to stori po noveli ZFPPIPP-C (drugi odstavek 90. člena ZFPPIPP-C) in izvršbo ustavi. Določba tretjega odstavka 90. člena ZFPPIPP-C ne pride v poštev, saj je ločitvena pravica z začetkom stečajnega postopka že prenehala.

5 O ZAČETKU STEČAJNEGA POSTOPKA DO PRAVNOMOČNOSTI SKLEPA O IZVRŠBI NA PODLAGI VERODOSTOJNE LISTINE

Sodna praksa je v tem primeru različna v stališču, ali je pravilna odločitev sodišča, da se izvršba ustavi. Po prvem stališču taka odločitev ni pravilna, ker sodišče v tem primeru le prekine izvršilni postopek. Z začetkom stečajnega postopka namreč nastanejo enake posledice, kot če bi bil začet stečajni postopek zoper toženo stranko pred pravnomočnostjo plačilnega naloga, izdanega v pravnem postopku, torej prekinitev v skladu s 4. točko prvega odstavka 205. člena ZPP.³¹ Menimo, da je pravilnejša odločitev sodišča prve stopnje, da se postopek izvršbe ustavi na podlagi določbe 1. točke tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP, saj ta odločitev pomeni le, da se postopek ustavi v delu, v katerem je sodišče dovolilo izvršbo, v preostalem, to je dajatvenem delu, pa je prekinjen po določbi 4. točke 205. člena ZPP. Jasno je namreč, da se po začetku stečajnega postopka v dovolilnem delu izvršba na podlagi verodostojne listine ne bo nikoli nadaljevala, prav tako pa se, vsaj v postopku pred COVL, izvršba še ni začela (1. točka tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP). Usoda preostalega, dajatvenega dela sklepa o izvršbi, je odvisna od dejanj upnika in upravitelja v stečajnem postopku (sedmi in osmi odstavek 301. člena ZFPPIPP v zvezi s 313. členom ZFPPIPP). Na odločitev sodišča ne vpliva, da je dolžniku na podlagi nepravnomočnega sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine uspelo v postopku zavarovanja izposlovati sklep o zavarovanju s predhodno odredbo, v katerem je celo pred začetkom stečajnega postopka dosegel ločitveno pravico, saj sta postopek izvršbe in postopek zavarovanja ločena postopka. Stvarnopravni učinek (ločitvena pravica) ima lahko (praviloma) le postopek zavarovanja. Dejstvo začetka stečajnega postopka mora upoštevati sodišče v postopku zavarovanja in izdati ustrezne sklepe glede na položaj, v katerem je postopek po določbah tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP.³²

6 PREMOŽENJE PRAVNE OSEBE PO IZBRISU IZ SODNEGA REGISTRA

V praksi se je zastavljalo vprašanje, kako naj ravna sodišče, ki je v postopku izvršbe na nepremičnino to prodalo, dolžnik, ki je bil pravna oseba, pa je prenehal obstajati še pred razdelitvenim narokom, ker je bil izbrisan iz sodnega registra v skrajšanem postopku brez likvidacije.

V tem primeru se je spremenila oblika dolžnikovega premoženja iz stvarnega (nepremičnina) v denarno premoženje. Še vedno pa je to premoženje dolžnika (terjatev do sodišča). To je podoben položaj kot v primeru, ko bi v tej fazi postopka prav vsi upniki umaknili predlog za izvršbo. Sodišče bi namreč moralo vse izvršilne

31 VSL sklep II lp 298/2012 z dne 23. 5. 2012: ... Pravne posledice začetka stečajnega postopka iz tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP nastanejo šele s pravnomočnostjo sklepa o izvršbi.

32 VSL sklep III lp 479/2012 z dne 14. 3. 2012.

postopke ustaviti in kupnino vrniti dolžniku. S stališča ZFPPIPP je to premoženje izbrisane pravne osebe, nad katerim se opravi stečajni postopek, kot je to določeno v 443. in 444. a členu ZFPPIPP.³³ Te določbe mora izvršilno sodišče upoštevati.

Stečaj nad pozneje najdenim premoženjem ima vpliv tudi na izvršilni postopek zoper osebno odgovornega družbenika izbrisane pravne osebe. Zaradi začetka stečajnega postopka nad pozneje najdenim premoženjem ni dopustno dovoliti izvršbe zoper osebno odgovornega družbenika pravne osebe, izbrisane po skrajšanem postopku brez likvidacije. V tem primeru se namreč za uveljavitev zahtevkov iz prve točke prvega odstavka in šestega odstavka 442. člena ZFPPIPP smiselno uporabljajo tudi določbe 351. člena ZFPPIPP (šesti odstavek 443. člena ZFPPIPP), kar pomeni, da upnik ni legitimiran za predlog za nadaljevanje izvršilnega postopka zoper osebno odgovornega družbenika.³⁴ Postopki, ki zoper osebno odgovorne družbenike že tečejo, se z dnem začetka stečajnega postopka nad pozneje najdenim premoženjem prekinejo in se nadaljujejo le na predlog upravitelja (tretji odstavek 351. člena ZFPPIPP).

7 POSEBNOSTI V ZVEZI Z OSEBNIM STEČAJEM

V postopku osebnega stečaja ne veljajo določbe o prekluziji prijave terjatev v stečajni postopek (3. točka drugega odstavka 383. člena v zvezi s petim odstavkom 296. člena ZFPPIPP), kar mora izvršilno sodišče upoštevati v situaciji iz 2. točke tretjega odstavka 132. člena ZFPPIPP. Sodišče izvršbe ne sme niti ustaviti niti ne sme razveljaviti opravljenih izvršilnih dejanj (prim. drugi odstavek 280. člena ZFPPIPP), ki pomenijo pridobitev ločitvene pravice, če iz sklepa o preizkusu terjatev izhaja, da upnik terjatve ali ločitvene pravice ni priglasil v stečajni postopek. Upnik lahko terjatev ali ločitveno pravico priglasil v postopek osebnega stečaja tudi pozneje,³⁵ zato bi sodišče z drugačnim ravnanjem upniku odvzelo položaj ločitvenega upnika ob poznejši prijavi terjatve ali ločitvene pravice v postopku osebnega stečaja. Ker pa nadaljnjih izvršilnih dejanj ne sme opravljati, je smiselno, da postopek ostane prekinjen po drugi točki drugega odstavka 132. člena ZFPPIPP do prodaje stvari in poplačila upnikov iz kupnine v stečajnem postopku ali do odpusta obveznosti.

8 POSEBNOSTI V ZVEZI S 390. ČLENOM ZFPPIPP V IZVRŠILNEM POSTOPKU³⁶

ZFPPIPP v 390. členu ureja usodo izvršilnih postopkov za izterjavo prednostnih terjatev, če se začne osebni stečaj. Začetek osebnega stečaja nima nobenega vpliva na dopustnost novih in nadaljevanje tekočih izvršilnih postopkov za terjatve iz prvega in drugega odstavka 21. člena tega zakona, terjatve do stečajnega dolžnika na podlagi zakonite preživnine, odškodnine za škodo, nastalo zaradi zmanjšanja življenjskih dejavnosti ali zmanjšanja ali izgube delovne zmožnosti ter odškodnine za izgubljeno preživnino zaradi smrti tistega, ki jo je dajal. Po izrecni določi drugega odstavka se namreč za te terjatve ne uporabljajo določbe 131., 132., 280. in 281. člena ZFPPIPP.

³³ Odgovor na vprašanje sodišča za Izvršilno šolo 2012.

³⁴ VSL sklep II lp 2398/2012 z dne 8. 8. 2012.

³⁵ VSL sklep Cst 242/2011 z dne 14. 9. 2011.

³⁶ Odgovor na vprašanje sodišča za Izvršilno šolo 2012.

Določba je jasna, kadar se izvršba opravlja na plačo,³⁷ premičnine ali denarna sredstva pri OPP, težave pa utegnejo nastati pri nepremičnini. Če sodišče vodi zoper dolžnika, nad katerim se vodi tudi osebni stečaj, le en izvršilni postopek, ni pravnih ovir za nadaljevanje izvršilnega postopka, dejansko pa mora izvršilno sodišče upoštevati stečajni postopek toliko, da ne pride do dvojne prodaje iste stvari. Težava pa je, kadar se nad dolžnikom vodi več izvršilnih postopkov na isto nepremičnino, po možnosti z več prednostnimi upniki v smislu 390. člena ZFPPIPP. V tem primeru menimo, da je kljub določbi 390. člena ZFPPIPP treba izvršilni postopek tudi za prednostne terjatve prekiniti in počakati na njeno poplačilo v stečajnem postopku, saj bi sodišče v izvršilnem postopku v takem primeru lahko nadaljevalo postopek le za prednostno terjatev, ne pa tudi za druge terjatve, glede katerih so lahko izvršilni postopki prekinjeni ali ustavljeni, odvisno od dejavnosti upnika v stečajnem postopku. Ker pa sodišče v izvršilnem postopku poplača terjatve po drugačnih pravilih kot pri stečajnem postopku, saj terjatve iz 390. člena ZFPPIPP v izvršilnem postopku niso prednostne terjatve, in za njihovo poplačilo uporablja vrstni red, določen v 197. in 198. členu ZIZ (v primerjavi s 359. členom ZFPPIPP, ki predvideva prednostno poplačilo prednostnih terjatev, v katerih pa tudi ne loči med posameznimi vrstami terjatev glede na glavnico, stroške in zamudne obresti), se pojavi problem najpozneje pri poplačilu, saj ni jasno, kolikšna kupnina bi po ZIZ pripadala posameznemu upniku kot npr. preživninskemu upravičencu. Ta dilema bo odpadla, če bo sprejet predlog novega drugega odstavka 12. člena ZIZ, po katerem bodo v izvršbi pri poplačilu imele prednost terjatve iz zakonite preživnine, odškodnine za škodo, nastalo zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti ali zmanjšanja oziroma izgube delovne zmožnosti, ter odškodnine za izgubljeno preživnino zaradi smrti tistega, ki jo je dajal.³⁸ V praksi stečajnih postopkov upravitelji upoštevajo stanje zemljiške knjige glede teh terjatev in jih kot take tudi poplačajo.

37 Glej 393. člen ZFPPIPP.

38 EVA 2012-2030-0052; predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ-J.

IZVRŠBA PO URADNI DOLŽNOSTI

mag. Barbara Mejač
višja pravosodna svetovalka
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Sodni izvršilni postopek ureja Zakon o izvršbi in zavarovanju,¹ ki določa pravila postopka, po katerem sodišča opravljajo prisilno izvršitev terjatev na podlagi izvršilnih naslovov in verodostojnih listin, pravila za zavarovanje terjatev in ureja službo izvršitelja. Prav tako določa, da se ta zakon uporablja tudi za sodno izvršbo in zavarovanje, urejeno z drugim zakonom, glede vseh vprašanj, ki s takim zakonom niso urejena, za izvršbo in zavarovanje na ladji in letalu pa samo, če poseben zakon tako določa.

Izvršilni postopek je sodni nepravdni postopek, v katerem je glavna odločba sklep o izvršbi, medtem ko sodišče odloča še o drugih postopkovnih vprašanjih in izdaja sklepe, ki uravnavajo potek izvršilnega postopka. V izvršilnem postopku se subsidiarno uporabljajo določbe Zakona o pravnem postopku,² torej tudi temeljna načela pravnega postopka, vendar z omejitvijo, da so prilagojena naravi izvršilnega postopka. Poleg temeljnih načel pravnega postopka so v izvršilnem postopku uveljavljena še posebna načela, ki v posameznih primerih posegajo tudi na področje materialnega izvršilnega prava.

V postopku je uveljavljena kombinacija preiskovalnega in razpravnega načela. Preiskovalno načelo ima prvenstveno vlogo, saj se uvedeni postopek vodi po uradni dolžnosti. Skladno z njim sodišče ugotavlja dejstva, ki so povezana z uporabo neizpodbitnih pravil in prisilnih sredstev.³

Tudi če se postopek izvršbe v večini primerov uvede na predlog upnika, je načelo oficialnosti poudarjeno bolj kot v pravnem postopku, medtem ko se postopek izvršbe glede na določbo drugega odstavka 2. člena ZIZ uvede tudi po uradni dolžnosti, če je načelo oficialnosti močnejše pri "klasični" izvršbi, ki se začne na predlog upnika, saj v danih postopkih ni upnika in sodišče samo odloča, katera izvršilna dejanja bo opravilo. Res je v nekaterih okoliščinah opravljanje neposrednih izvršilnih dejanj vezano na zahtevo upnika.⁴ Izvršilni postopek oz. postopek zavarovanja se konča po uradni dolžnosti, tj. z realizacijo upnikove terjatve, zavarovanja, ustavitvijo postopka. Prav tako se v posameznih primerih

1 Uradni list RS, št. 51/98, s spremembami, v nadaljevanju ZIZ.

2 Uradni list RS, št. 73/07, s spremembami, v nadaljevanju ZPP.

3 Npr. omejitve izvršbe, prejemke, ki so izvzeti iz izvršbe, ugotavljanje vrednosti predmeta izvršbe, razloge za ustavitve izvršbe ...

4 Npr. ko se vodi izvršilni postopek po uradni dolžnosti in je upnik v predlogu predlagal le rubež premičnin, ne pa tudi prodajo in poplačila, sodišče po opravljenem rubežu ne sme nadaljevati postopka, kar je vezano na upnikovo zahtevo, da se opravi še prodaja in poplačilo, ki pa jo mora upnik dostaviti sodišču najpozneje v treh mesecih po opravljenem rubežu.

konča tudi po volji upnika, ko umakne predlog za izvršbo ali zavarovanje ali zaradi njegove pasivnosti, ko bi v zakonsko določenem roku moral predlagati izvršilna dejanja, pa tega ni storil.

Prav tako so v postopku izvršbe uveljavljena še druga načela, kot so: načelo kontradiktornosti, načelo formalne legalitete, načelo prioritete in sorazmernega poplačila upnikov, kritno načelo, načelo najnižje sprejemljive ponudbe, pravica navajanja novih dejstev in dokazov.

Izvršilni postopek se glede na določbo 2. člena ZIZ uvede na predlog upnika ali po uradni dolžnosti. "Klasični" izvršilni postopek je v dispoziciji upnika, ki sam odloča, ali ga bo uvedel ali ne. Enako tudi potem, ko je postopek že uveden,⁵ nato začeti, so predlogi v dispoziciji upnika, tj., da predlaga novo izvršilno sredstvo ali predmet, umakne predlog za izvršbo (v celoti ali le delno), predlaga odlog izvršbe. Medtem ko je postopek izvršbe, ki je uveden po uradni dolžnosti, poseben, saj se ne uvede na predlog, temveč po uradni dolžnosti in se tako tudi pozneje vodi, sodišče v postopku ni vezano na nikakršen predlog upnika.

Postopek izvršbe po uradni dolžnosti je v ZIZ urejen zelo skopo, saj ga zakon opredeljuje le v dveh členih, in sicer v drugem odstavku 2. člena ter četrtem in petem odstavku 38. člena, in še to le glede začetka postopka, pravilneje, kdaj se uvede postopek izvršbe po uradni dolžnosti. Prav tako je poizvedba v podatkovni zbirki IUS-INFO v sodnih odločbah sodišč⁶ po ključnih besedah izvršba po uradni dolžnosti vrnila le 25 zadetkov,⁷ medtem ko je poizvedba po ključni besedi izvršba vrnila kar 1511 zadetkov.⁸ Sklepamo torej lahko, da je takih postopkov v praksi sodišč malo in da niso problematični.

Pritrdimo lahko prvemu delu trditve, tj., da je postopkov po drugem odstavku 2. člena ZIZ malo v primerjavi s številom vseh drugih začeti izvršilnih postopkov, tj. tistih, ki so začeti na predlog upnika. Nikakor pa se ne moremo strinjati s trditvijo, da so te vrste postopki neproblematični in nezahtevni.

Že zaradi podnormiranosti in tudi pomanjkljivih podatkov o obvestilih, na podlagi katerih se uvedejo postopki po uradni dolžnosti, se sodišča velikokrat znajdejo v dilemi, kako naj ravnajo, kajti če bi bil "klasičen" izvršilni postopek, ki je uveden na predlog upnika, ne bi imela nikakršnih pomislekov oz. nejasnosti, saj bi bila odločitev že znana. Če pa k temu prištejemo še spremembe ZIZ in spremembe pristojnosti za vodenje in odločanje o takih vrstah postopkov iz sodne v upravno pristojnost, odgovor na dileme sodišč in posledično način ravnanja v takih okoliščinah nista vedno pregledna.

Namen prispevka je oris trenutnega pravnega in dejanskega stanja pri izvršbah, ki se vodijo po uradni dolžnosti, prav tako tudi opis sedanjega prepletanja upravne

5 Sklep VSK II Ip 89/2012. Postopek izvršbe ne začne teči že z vložitvijo predloga za izvršbo, temveč je takrat šele uveden. Postopek izvršbe začne teči, ko je izdan sklep o izvršbi. Naslov 2. člena ZIZ. Začetek postopka je zavajajoč, saj je že iz vsebine člena razvidno, da je mišljena uvedba postopka.

6 Opravljena je bila poizvedba po judikatih ustavnega, vrhovnega, upravnega in višjih sodišč.

7 Poizvedba je bila opravljena 7. 1. 2013 na spletni strani IUS-INFO, ki je dostopna na spodnji spletni povezavi <http://sodisce.iusinfo.si/Iskanje/Advanced.aspx> (7. 1. 2013).

8 Glej sprotno opombo št. 7.

in sodne pristojnosti ter tudi bežen pogled v bližnjo prihodnost, ki se tiče vlaganja predlogov za izvršbo po uradni dolžnosti na portalu e-sodstvo in podportalu e-izvršba.

2 POSTOPEK IZVRŠBE PO URADNI DOLŽNOSTI

Postopek izvršbe se uvede po uradni dolžnosti brez predloga upnika. Glede na določbo 239. člena ZIZ velja enako tudi za postopke zavarovanja, ki so uvedeni po uradni dolžnosti. ZIZ v svojih določbah nikjer ne opredeli, na podlagi česa se uvede izvršilni postopek po uradni dolžnosti. Iz prakse sodišč izhaja, da se take vrste postopek uvede na podlagi obvestila pristojnega organa sodišča o neplačanih terjativah, zaradi česar se takoj zastavi vprašanje, ali je obvestilo o neplačanih terjativah, ki ga pristojni organ sodišča⁹ pošlje na sodišče, dovolj za varstvo pravic posameznika, ki se je/bo znašel v izvršilnem postopku, saj ne izpolnjuje minimalnih standardov, ki jih ZIZ določa glede vsebine predloga za izvršbo v 40. členu. Ker se postopek izvršbe po uradni dolžnosti vodi na podlagi izvršilnega naslova (npr. sodne odločbe, izrečene v kazenskem postopku, ipd. ...) bi moralo obvestilo, na podlagi katerega se uvede take vrste postopek, vsebovati vse zahtevane podatke, ki jih določa ZIZ. Vprašanje je, ali je v praksi resnično tako. Iz prakse izhaja, da taka obvestila ne vsebujejo vseh potrebnih podatkov za uspešno izvedbo izvršilnega postopka, tj. ciljev plačila terjatve po izvršilnem naslovu.

Ko izvršilno sodišče prejme tako obvestilo, mora najprej na podlagi podatkov o dolžniku v obvestilu opraviti vse potrebne poizvedbe o morebitnem dolžnikovem premoženju in šele nato na podlagi pridobljenih podatkov izdati sklep o izvršbi, in to s sredstvi in predmeti izvršbe, za katere je ugotovilo, da so v lasti dolžnika. Opisana obvestila ne vsebujejo podatka o predlaganem sredstvu ali predmetu izvršbe, saj se šele sodišče, ki je opravilo poizvedbo, odloči, na katera sredstva dolžnika bo izdalo sklep o izvršbi. Prav tako ko sodišče odloči, da bo dovolilo izvršbo na premoženju, tak predlog ne vsebuje podatka o izvršitelju in ga mora prav tako določiti izvršilno sodišče, iz česar sledi, da obvestilo ne vsebuje podatkov, ki so glede na predmet izvršbe potrebni, da se izvršba lahko opravi. Podobno je, če sodišče dovoli in vodi izvršbo na nepremičnine. V takih primerih je za izvršbo skladno s 24. členom Zakona o zemljiški knjigi¹⁰ potreben identifikacijski podatek,¹¹ ki v obvestilu navadno ni naveden.

Iz navedenega sledi, da obvestilo ne zadosti vsem merilom, določenim v 40. členu ZIZ za predlog za izvršbo na podlagi izvršilnega naslova. Iz tega bi lahko sledilo, da je obvestilo nepopolna vloga po prvem odstavku 108. člena ZPP.

Zaradi navedenega so v praksi v veliko primerih v postopkih izvršbe, ki tečejo po uradni dolžnosti, spori o pristojnosti.

9 V nadaljevanju obvestilo.

10 Uradni list RS, št. 53/03, s spremembami, v nadaljevanju ZZK-1.

11 Za fizične osebe EMŠO, za pravne osebe pa matična številka, da lahko nato zemljiškoknjžno sodišče opravi zaznambo izvršbe in vknjižbo hipoteke.

2.1 Udeleženci v postopku izvršbe po uradni dolžnosti

Postopek izvršbe po uradni dolžnosti je enostranski izvršilni postopek, v katerem ne nastopa upnik v izvršilnem procesnem smislu.¹² Tako je to izvršilni postopek, ki se uvede po uradni dolžnosti in ima značilne lastnosti, ki uporabo nekaterih določb ZIZ v bistvu že pojmovno izključujejo.¹³

Ker je to enostranski izvršilni postopek, ki ima posebne lastnosti in se začne po uradni dolžnosti, v praksi sodišč na podlagi obvestila pristojnega organa sodišča o neplačani terjatvi pristojno sodišče izpelje postopek po uradni dolžnosti v celoti, torej brez sodelovanja upnika kot stranke v postopku. V postopku izvršb po uradni dolžnosti ni stranke na aktivni strani, temveč le na pasivni. Edina stranka v takih postopkih je dolжник oz. dolžniki, če jih je na dolžniški strani več.

Tudi če pristojni organ sodišča pošlje pristojnemu izvršilnemu sodišču obvestilo o nerealizirani terjatvi iz izvršilnega sodišča, to še ne pomeni, da je država oz. sodišče stranka postopka, temveč jo lahko opredelimo le kot pobudnico oz. pobudnika za začetek postopka in kot subjekt, v korist katerega se vodi postopek.

Zaradi tega okrajno sodišče, ki vodi postopek, pa tudi organ, ki je sodišču poslal obvestilo o nerealizirani terjatvi, nista upnik ali stranka v postopku, ki kot državni organ nima pravne sposobnosti.

2.2 Značilnosti postopka izvršbe po uradni dolžnosti

Ker v takih izvršilnih postopkih ni upnika v procesnem smislu, se ne morejo uporabiti določbe, ki se uporabijo v "klasičnem" izvršilnem postopku kot posledice za neaktivnost upnika v postopku.¹⁴

V takih postopkih ni mogoče uporabiti določbe drugega odstavka 38. c člena ZIZ, da mora sodišče, ki je pristojno za dovolitev in opravo izvršbe ter se z obračunom izvršitelja, ki je bil dan v postopku izvršbe po uradni dolžnosti, ne strinja, pri izvršitelju vložiti zahtevo, da o obračunu odloči sodišče.¹⁵ Sodišče mora o obračunu odločiti v 8 dneh, ko ga je prejelo, če se z njim ne strinja.

Na podlagi četrtega odstavka 38. člena ZIZ se morajo potrebni stroški za izvršbo, ki se uvede po uradni dolžnosti, izplačati vnaprej v breme proračuna sodišča, ki je dovolilo izvršbo. Ravno navedena zakonska določba daje sodišču prve stopnje, tj.

12 Tako tudi sodna praksa Odločba VS RS III Ips 113/99 in pravna teorija Tiva, S., Belajec, V., Dika, M., Sudsko izvršno pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, 1980, členi 19/12–13 in 40/24–25.

13 Glej odločbo VS RS III Ip 113/99, smiselno tudi 150. člen Zakona o gospodarskih prestopkih (Uradni list SFRJ, št. 4/1977, s spremembami) z odločbo, s katero je pravnomočno izrečena denarna kazen, in stroški postopka po izvršbi, ko poteče v odločbi določen rok za plačilo kazni in stroškov postopka. V 151. členu istega zakona sodišče, ki je izdalo odločbo na prvi stopnji in samo ni pristojno za njeno izvršitev, "pošlje overjen prepis odločbe s potrdilom o izvršljivosti organu, ki je pristojen za izvršitev, ta pa mora odločbo brez odlašanja izvršiti".

14 Npr. sklep VSM I Ip 396/2010, v postopkih izvršbe po uradni dolžnosti ni mogoče uporabiti sankcije po drugem odstavku 88. člena ZIZ, tj. ustavitve izvršbe, če upnik v treh mesecih od dneva prvega rubeža ne predlaga ponovnega rubeža. Prav tako v postopkih izvršbe po uradni dolžnosti ni mogoče uporabiti tretjega odstavka 82. člena, tj., da sodišče ustavi izvršbo, če se upnik ne udeleži rubeža, tako odločba VS RS III Ip 113/99.

15 Tako tudi sodna praksa, sklep VSK II Cp 1557/2005. Ker sodišče, ki vodi izvršilni postopek, ni stranka postopka, uporaba določbe 38. c člena ZIZ, po kateri upnik, če z obračunom izvršitelja ne soglaša, v osmih dneh pri izvršitelju vloži zahtevo, da o obračunu odloči sodišče, ne pride v poštev.

sodišču, ki je dovolilo izvršbo in v breme katerega bodo izplačani stroški, podlago za odločanje o tem, kateri stroški so potrebni stroški, pa tudi o utemeljenosti vseh zaračunanih stroškov v obračunu izvršitelja.¹⁶

Izvršilno sodišče, ki dovoli izvršbo po prejetju ugovora, ga skladno s 57. členom ZIZ vroča upniku v odgovor. V njem ga opozori na pravne posledice iz prvega in tretjega odstavka 58. člena ZIZ.¹⁷ Ker v postopku ni upnika, se tudi ugovor ter druga pravna sredstva, ki so vložena v takem postopku, ne pošiljajo v odgovor "predlagatelju" izvršbe po uradni dolžnosti,¹⁸ zaradi česar vročanje pravnih sredstev v odgovor upniku nima pomena, saj v enostranskem izvršilnem postopku, ki ima značilne lastnosti, in kot je bilo že zapisano, se uporaba nekaterih določb ZIZ, med katerimi je tudi vročanje pravnih sredstev v odgovor upniku, pojmovno izključuje. Če predlagatelj izvršbe po uradni dolžnosti kljub navedenemu odgovori na ugovor, ki mu ga je sodišče poslalo v odgovor, to ne vpliva na pravilnost in zakonitost postopka. Ker država v postopkih izvršbe, ki se vodijo po uradni dolžnosti, ni stranka postopka, kar je razlog, da se v takih postopkih obveznost plačila sodne takse ne da prevaliti z oproščene stranke, ki ji je v postopku uspelo, na takse na oproščeno stranko.¹⁹

Stroške, ki jih je sodišče založilo po četrtem odstavku 38. člena ZIZ, in tudi druge stroške, ki so nastali med postopkom izvršbe po uradni dolžnosti, mora po petem odstavku 38. člena povrniti dolžnik.²⁰ Ker je v takih postopkih edina stranka dolžnik, mora povrniti stroške postopka po uradni dolžnosti ter tudi morebitnih tretjih, ki so bili udeleženi v postopku izvršbe po uradni dolžnosti.

2.3 Krajevna pristojnost sodišč v postopkih izvršbe, ki se vodijo po uradni dolžnosti

V praksi se sodišča v postopkih izvršbe, uvedenih po uradni dolžnosti, mnogokrat srečajo z dilemo, katero sodišče je pristojno glede na določila o krajevni pristojnosti.

Obvestilo o nepravilni terjatvi, ki ga pristojni organ sodišča pošlje stvarno pristojnemu sodišču v opravo izvršbe, po praksi sodišč ne vsebuje predloga izvršilnega sredstva, od katerega je po ZIZ o pristojnosti odvisna krajevna pristojnost sodišča. Nejasno in premalo določno opredeljene predpostavke za določanje pristojnosti so razlogi, da se v praksi sodišč mnogokrat pojavljajo vprašanja glede pristojnosti in na njihovi podlagi sprožajo spori o pristojnosti po 25. členu ZPP.

16 Sodišče mora v takih primerih (če se z obračunom izvršitelja ne strinja) odločiti v osmih dneh, sicer postane dokončen. Tako tudi sklep VSL III Cp 4243/2005.

17 Če upnik v osmih dneh ne bo odgovoril na ugovor, bo sodišče odločilo o ugovoru in štelu, da so dolžnikove navedbe v ugovoru resnične. Upnik mora v odgovoru na ugovor navesti dejstva in predložiti dokaze, na katere je opiral predlog za izvršbo, sicer bo sodišče štelu, da so dolžnikove navedbe v ugovoru resnične.

18 Podobno sklep VSK II Cp 1600/2005.

19 Sklep VSL I Ip 2058/2011. Kot določa drugi odstavek 15. člena Zakona o sodnih taksah (Uradni list RS, št. 37/08, s spremembami, v nadaljevanju ZST-1) in je določal 17. člen Zakona o sodnih taksah (Uradni list RS, št. 30/78, s spremembami, v nadaljevanju ZST). Drugi odstavek 15. člena ZST določa: "Takse stranke, ki je bila oproščena plačila taks in je v postopku uspela, mora plačati nasprotnik te stranke." Medtem ko je 17. člen ZST določal: "Če v pravnem, kazenskem postopku ali postopku izvršbe in zavarovanja taks oproščena stranka uspe, je dolžna takse, ki bi jih morala plačati ta stranka, če ne bi bila oproščena, plačati stranka, ki ne uživa oprostitve, in sicer v sorazmerju s tem, koliko je oproščena stranka uspela v postopku."

20 Tako tudi stroške postopka tretjega udeleženca.

Po praksi sodišč je izbira izvršilnega sredstva, s katerim se bo opravljala izvršba, odvisna od sredstev izvršbe, ki jih ima v lasti dolžnik, ob povezavi z okoliščino, katero okrajno sodišče prejelo obvestilo o neporavnanih terjatvah, ki jih je treba izterjati. Po tretjem odstavku 17. člena, ki se uporablja tudi v postopkih izvršbe po uradni dolžnosti, v zvezi s 15. členom ZIZ ostane sodišče, ki je pristojno ob vložitvi predloga (obvestila), pristojno še naprej, tudi če se med postopkom spremenijo okoliščine, na katere se opirajo pristojnosti sodišča, tudi če bi bilo zaradi takih sprememb pristojno drugo sodišče iste vrste, zaradi česar se ustalijo pristojnosti sodišča, ki je bilo pristojno ob prejemu obvestila pristojnega organa o neporavnanih obveznostih.²¹

V takih postopkih, ki so uvedeni po uradni dolžnosti, tj., ko se postopek uvede z obvestilom pristojnega organa o neplačani obveznosti, je za presojo krajevne pristojnosti, ki se ravna po prebivališču dolžnika, v veliki večini primerov pomemben podatek, ki ga je o prebivališču dolžnika navedel pristojni organ v obvestilu.²² Podobno sodna praksa določa tudi za ravnanje v postopkih, ki jih sodišče vodi na podlagi predloga upnika, ko je za presojo krajevne pristojnosti sodišča treba uporabiti določbe o pristojnosti, ki veljajo v postopkih izvršbe nasploh. Pristojnost se presoja na podlagi navedb v predlogu in ne na podlagi dejstev, ki sodišču niso znana. Ker podatek o prebivališču dolžnika sodišču ni znan, je za presojo pristojnosti, ki se npr. ob izvršbi na dolžnikova denarna sredstva ravna po prebivališču dolžnika, odločilen podatek, ki ga je upnik oz. organ, ki je sodišču poslal obvestilo o neplačanih obveznostih, navedel v predlogu oz. obvestilu. Če sodišče po opravljenih poizvedbah v zbirkah osebnih podatkov ugotovi, da ima dolžnik le nepremičnine na območju različnih okrajnih sodišč, je sodna praksa enotna, da je pristojno tisto okrajno sodišče, na območju katerega je katera od dolžnikovih nepremičnin in je prvo prejelo obvestilo o neporavnani obveznosti dolžnika. Navedeno stališče je prevladalo predvsem po načelu ekonomičnosti in pospešitvi postopka, da se prepreči prelaganje pristojnosti z enega na drugo sodišče ter s tem povzroči zavlačevanje postopka. Določbe o krajevni pristojnosti glede nepremičnin se uporabljajo tudi v postopku izvršbe po uradni dolžnosti in je določanje krajevne pristojnosti po ZIZ vezano na izvršilna sredstva ter je izključna, pa tudi iz razloga, da v takih postopkih ni uveljavljeno načelo dispozitivnosti kot pri izvršbi, ki je uvedena na predlog. Toda obvestilu pristojnega organa o neporavnanih obveznostih ni mogoče pripisati kakovosti upnikovega predloga, pri katerem upnik določi izvršilna sredstva/predmete, na katere naj se seže v izvršilnem postopku. Ob upoštevanju načela ekonomičnosti in pospešitve postopka iz 11. člena ZPP mora sodišče brez nepotrebnega odlašanja ter zavlačevanja in s čim manjšimi stroški izpeljati izvršilni postopek. Zato je v postopkih, ko je med izvršilnimi sredstvi/predmeti navedenih več nepremičnin, ki so na območju različnih okrajnih sodišč, za dovolitev izvršbe pristojno sodišče, na območju katerega leži ena izmed predlaganih nepremičnin in je prvo prejelo obvestilo pristojnega organa o neporavnanih obveznostih.²³

21 Tako sklep VS RS III R 28/2008.

22 Tako sklep VS RS I R 105/2009.

23 Glej tudi sklep VS RS I R 50/2012.

2.4 Morebiten način ravnanja sodišča ob prejemu obvestila pristojnega organa o neporavnanih obveznostih oz. predloga za izvršbo po uradni dolžnosti, oddanega na podportalu e-izvršba

Sodišča naj na podlagi prejetega obvestila/predloga pristojnega organa o neporavnanih obveznostih ali predloga osnujejo spis, opravijo poizvedbe v zbirkah osebnih podatkov (tj. vpogled v CRP²⁴ za dolžnika, ki je fizična oseba, PRS za dolžnika, ki je subjekt PRS,²⁵ RTR,²⁶ ZZS²⁷ in eZK²⁸ – zaščiteni vpisi,²⁹ KDD,³⁰ E-RISK DUNZ³¹).

Če ima dolžnik stalno ali začasno prebivališče ali sedež v kraju, ki spada v pristojnost okrajnega sodišča, ki je prejelo obvestilo/predlog in ima pri OPP odprt TRR ali je zaposlen, naj sestavi sklep o izvršbi.

Sklep naj vsebuje podatke o znesku obveznosti, tj. glavnici in izvršilnih stroških. Navede naj vrsto glavnice, kot je navedena v obvestilu/predlogu (npr. glavnica 2500 EUR – povprečnina, glavnica 200 EUR denarna kazen), izvršilnem sredstvu (TRR z OPP in/ali zaposlitev). Sodišče naj opravi še poizvedbe v KDD in v E-RISK DUNZ. Če sta bili poizvedbi uspešni, lahko sodišče izda sklep o objektivni kumulaciji. Če poizvedbi nista bili uspešni, se le vložita v spis kot redni listovni številki. Če dolžnik nima zaposlitve in TRR, naj sodišče izda sklep z izvršilnim sredstvom na premoženju in določi izvršitelja po vrstnem redu.

Pri vpisovanju upnika TRR naj se v sklep vnese TRR, ki je/so navedeni v obvestilu/predlogu za posamezno glavnico in poleg označijo vrsto glavnice (npr. denarna kazen po ZIZ). Hkrati vpiše sklic, ki je naveden v obvestilu/predlogu.

Če dolžnik nima premoženja (TRR, plače, nepremičnin, premičnin, vozila, vrednostnih papirjev, plovila), vrednost terjatve ne presega določenega zneska, sodišče sestavi obvestilo/dopis in ga pošlje pristojnemu organu sodišča, od katerega je prejelo obvestilo/predlog za izvršbo po uradni dolžnosti.

Če sodišče iz poizvedbe v eZK ugotovi, da ima dolžnik le nepremičnine, odpre spis v In vpisniku, v katerem se zadeve dodelijo sodniku po vrstnem redu. Osnuje se nov spis, ki se uredi in dodeli sodniku.

24 Centralni register prebivalstva, ki ga upravlja Ministrstvo za notranje zadeve.

25 Poslovni register Slovenije, dostopen na spletni strani Ajpesa.

26 Register transakcijskih računov, ki ga upravlja Ajpes.

27 Zavod za zdravstveno zavarovanje Slovenije.

28 Elektronska zemljiška knjiga.

29 Omejitve iz 199. člena ZZZK-1.

30 Centralni register klirinškodopotne družbe.

31 Vpogled v podatkovno zbirko E-RISK med drugim sodiščem omogoča poizvedovanje, ali je dolžnik lastnik motornega vozila. To je zbirka osebnih podatkov, iz katere lahko zaposleni na sodiščih dobijo podatke o lastništvu vozila, vozniških dovoljenjih in strelnem orožju.

3 PRISTOJNOST ZA IZTERJAVE (POSTOPEK IZVRŠBE) TERJATEV, KI JIH IZREKAJO SODIŠČA

3.1 Sodna in upravna pristojnost

Sodišče mora na sodno jurisdikcijo po prvem odstavku 18. člena ZPP paziti ves čas postopka. Če sodišče meni, da za odločitev ni pristojno, temveč kakšen drug organ (npr. upravni – davčni) se po drugem odstavku 18. člena ZPP izreče za nepristojno in razveljavi opravljena dejanja in zavrže tožbo.

Opredelitev, kdaj se posamezna zadeva šteje pod sodno ali upravno pristojnost, je treba presojati s pozitivističnega vidika. Pravna teorija je večkrat poskušala najti vsebinsko razlikovanje med sodno in upravno jurisdikcijo, tj. med civilno in upravno zadevo, vendar do zdaj še vedno neuspešno,³² kar je tudi razlog, da se je v teoriji in praksi uveljavila pozitivistična oz. pragmatična razmejitev.

Če zakon za varstvo pravice ali odločanje o posameznem pravnem razmerju ne predpisuje posebej upravne pristojnosti, je treba uveljaviti varstvo te pravice oz. odločati o pravnem razmerju pred sodiščem. Kadar se zakonodajalec odloča, ali bo za posamezno zadevo predpisal upravni postopek, upošteva predvsem pravne in politične razloge, ne pa tudi vsebinske razmejitve med upravno zadevo in sodnim sporom. Zato zakonodajalec predpiše upravni postopek, kadar se zahtevata hitrost postopka in poenostavitev oblik postopka, kadar je pri odločanju potrebno strokovno znanje in ko je posebej poudarjen javni interes.³³

3.2 Razmejitev med sodno in upravno pristojnostjo za izterjavo terjatev, ki jih izrekajo sodišča

1. 7. 2009 je bilo iz Davčne uprave Republike Slovenije (v nadaljevanju DURS) na Carinsko upravo Republike Slovenije (v nadaljevanju CURS) preneseno izvrševanje denarnih kazni, izrečenih po ZKP, denarnih kazni, izrečenih po ZPP, stroškov kazenskega postopka, odvzete premoženjske koristi s plačilom denarnega zneska v dobro proračuna, sodnih taks po ZST in ZST-1, glob in stroškov postopka, izrečenih v postopkih o prekrških.

Od navedenega datuma dalje sta v pristojnosti DURS ostali še izterjava terjatev po ZUP in Zakonu o upravnih taksah^{34, 35} ter izterjava plačanih storitev pravne pomoči,³⁶ razen za terjatve strank, upravičenca do brezplačne pravne pomoči proti nasprotni stranki iz stroškov postopka, ki jih je sodišče prisodilo v korist upravičenca z odločbo, s katero se je postopek pred njim končal, kadar se predlog za izterjavo vloži na Državnem pravobranilstvu Republike Slovenije pri pristojnem davčnem organu.

32 Več o tem glej Triva, S., Belajec, V., Dika, M., Sudsko izvršno pravo, Opći dio, Informator, Zagreb, 1980, str. 73.

33 Ude, L., Civilno procesno pravo, Uradni list RS, 2002, Ljubljana, str. 86.

34 Uradni list RS, št. 8/2000, s spremembami, v nadaljevanju ZUT.

35 Od 1. 1. 2010 dalje je tudi za te vrste terjatve pristojna CURS.

36 Glavnice in zamudne obresti.

Prehod pristojnosti za izterjavo vseh denarnih nedavčnih obveznosti na CURS, ki so po 1. 1. 2009 ostale v pristojnosti DURS, po 1. 1. 2010³⁷ ureja Zakon o carinski službi. V osmi alineji prvega odstavka 3. člena opredeljuje naloge CURS: izterjava postopkov davčne izvršbe dajatev ter denarnih terjatev države in samoupravnih lokalnih skupnosti, ki se izterjujejo v skladu z ZUP, ZP (razen terjatev, ki jih izreka DURS)³⁸, ZKP, ZPP, ZST-1 (ZST), ZUT ter drugih denarnih terjatev, za izterjavo katerih je pristojna služba v skladu z drugimi predpisi (drugih denarnih terjatev).

V sodni pristojnosti ostaja še prisilna izterjava terjatev, ki niso bile navedene (npr. denarne kazni, izrečene po Kazenskem zakoniku, denarne kazni po Zakonu o izvršbi in zavarovanju, denarne kazni, izrečene zaradi kršitve začasnih odredb.³⁹

3.3 Postopek davčne izvršbe za terjatve, ki jih izrekajo sodišča

Postopek davčne izvršbe ureja ZDavP-2, in sicer v prvem poglavju tretjega dela, v 142. do 221. členu. Tako prvi odstavek 146. člena ZDavP-2 določa, če davčni organ na podlagi zakona (npr. ZPP, ZKP, ZST, ZST-1, ZP-1,...) izterjuje druge denarne nedavčne obveznosti, je izvršilni naslov odločba, sklep, plačilni nalog ali druga listina, opremljena s potrdilom o izvršljivosti, ki ga izda organ, pristojen za odmero te obveznosti. Tako je izvršilni naslov iz obveznosti iz prvega odstavka navedenega člena tudi seznam izvršilnih naslovov, v katerem morata biti za posamezen izvršilni naslov navedena datum izvršljivosti ter znesek obveznosti in zamudnih obresti za vsako vrsto obveznosti posebej (drugi odstavek 146. člena ZDavP-2).

Če je treba od terjatev, ki jih predlagatelj izvršbe pošlje davčnemu organu (CURS) v izterjavo, obračunati še zamudne obresti, mora predlagatelj izvršbe obračunati zamudne obresti do dneva izdaje predloga in hkrati predlogu priložiti obračun zamudnih obresti. Od dneva izdaje predloge dalje pa davčni organ obračuna zamudne obresti po davčnih predpisih.⁴⁰

Predlagatelj izvršbe pošlje davčnemu organu predlog v elektronski obliki.⁴¹ Podatki, ki morajo biti vsebovani v predlogu za izvršbo, ter podrobnejši način izmenjave podatkov predpiše minister, pristojen za finance.⁴²

37 23. člen prehodnih določb Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o carinski službi – 1B (Uradni list RS, št. 40/2009, v nadaljevanju ZCS).

38 Zakon, ki ureja prekrške, razen glob in stroškov postopka, ki jih izreka DURS, ter iz naslova drugih denarnih terjatev, ki niso davki in jih izterjuje davčni organ po drugih predpisih.

39 V postopkih, ki jih vodi izvršilno sodišče, po obvestilu upnika o nepravčasnem plačilu terjatve o storitvi, opustitvi, dopustitvi dolžnika.

40 Tretji odstavek 146. člena ZDavP-2.

41 V Poročevalcu ZDavP-2 B je zapisano, da je zakonodajalec predpisal, da morajo predlagatelji izvršbe predlog za davčno izvršbo vložiti v elektronski obliki, da bi se doseglo hitreje vodenje izvršbe za izterjavo več nedavčnih obveznosti predlagateljev davčne izvršbe:

- Zavoda za prestanje kazenskih sankcij,
- upravnih enot v zvezi z denacionalizacijskimi postopki,
- centrov za socialno delo zaradi neupravičeno izplačanih socialnih pomoči,
- Zavoda za zdravstveno zavarovanje za vračanje nadomestil za čas odsotnosti od dela zaradi bolezni, občinskih in mestnih redarstev,
- sodišč za izterjavo denarnih kazni, ki jih izreka sodišče ...

42 Minister za finance do danes ni izdal podzakonskega akta, ki bi urejal podatke, ki morajo biti vsebovani v predlogu, in tudi podrobnejšega načina izmenjave podatkov.

Davčni organ za vse predloge predlagateljev, med katerimi so tudi sodišča, skladno s temeljnimi načeli postopka davčne izvršbe, utemeljenih v 142. členu, uporabi tista sredstva za davčno izvršbo, ki so glede na okoliščine primera sorazmerne znesku davka, ki ga je treba izterjati. Postopek davčne izvršbe se začne z izdajo sklepa o davčni izvršbi.⁴³ Medtem ko se davčna izvršba ne začne, če znesek davka po enem izvršilnem naslovu na dan zapadlosti ne presega 10 EUR,⁴⁴ razen ko je predlagatelj iz 146. člena ZDavP-2, tj. ko predlagatelj, ki ni davčni organ, predlaga izterjavo drugih denarnih nedavčnih obveznosti.

Predmet davčne izvršbe pa je lahko vsako dolžnikovo premoženje ali premoženjska pravica, če ni z zakonom izvzeta iz davčne izvršbe. Če je izvršba na premoženje ali premoženjsko pravico omejena z zakonom, je to premoženje ali premoženjska pravica lahko predmet izvršbe v delu, ki presega zakonsko določene omejitve.⁴⁵

V 151. členu ZDavP-2 je določena vsebina (sestavine) izreka sklepa o izvršbi, med katerimi je kot identifikacijski podatek navedena le davčna številka dolžnika, ne pa tudi EMŠO. Čeprav uporaba podportala e-izvršba, ki je namenjena elektronskemu pošiljanju podatkov predlagateljev na CURS za vložitev predloga zoper dolžnika, ki je fizična oseba, zahteva obvezen vnos enega od enoličnih identifikatorjev, tj. davčne številke ali EMŠA.⁴⁶

152. člen ZDavP-2 pa govori o stroških davčne izvršbe, in sicer primarno določa, da vse stroške davčne izvršbe plača dolžnik. Če pa se izkaže, da je bila davčna izvršba neupravičena, nastale stroške davčne izvršbe plača davčni organ, ki je izdal sklep o izvršbi. Če gre pri neupravičeni izvršbi za izvršbo drugih denarnih nedavčnih obveznosti na podlagi zakonskega pooblastila, po 156. členu ZDavP-2 krije stroške predlagatelj izvršbe. Med predlagatelji izvršbe so, kot je bilo že omenjeno, tudi sodišča.

43 Drugi odstavek 143. člena ZDavP-2.

44 Prvi odstavek 149. člena ZDavP-2.

45 Prvi odstavek 144. člena ZDavP-2.

46 V zvezi z dopustnostjo in obveznostjo poizvedovanja sodišč po EMŠU dolžnikov, zoper katere želijo s CURS-ove aplikacije e-izvršba vložiti predlog za davčno izvršbo, je informacijski pooblaščenec dal neobvezujoče mnenje.

V skladu z določbo 146. člena ZDavP-2 (Uradni list RS, št. 117/2006, s spremembami, v nadaljevanju ZDavP-2) se morajo predlogi za izvršbo od 1. 1. 2012 oddajati v elektronski obliki. Med predlagatelji, ki oddajajo take vrste predlogov, so tudi sodišča. Zaradi elektronske oddaje predlogov za izvršbo je CURS vzpostavil aplikacijo I e-izvršba, prek katere predlagatelji oddajajo predloge za izvršbo, umikajo in preklicujejo, spremljajo celoten potek postopka izvršbe ter so obveščeni o dokončanju postopka. Aplikacija od predlagatelja izvršbe zahteva, da identificira dolžnika tako, da poleg imena in priimka navede tudi njegov EMŠO ali davčno številko. Vprašanje je, ali imajo sodišča, kadar ne razpolagajo z identifikatorjem dolžnika (EMŠO ali davčna številka), pravno podlago za iskanje podatkov dolžnika na intranetni strani sodišča (krm). *Mnenje informacijskega pooblaščenca je, da ima ob odsotnosti konkretnih (pod)zakonskih določb sodišče za odmero sodne takse oziroma izrekanja denarnih kazni po ZKP in ZPP pravno podlago za pridobivanje tistih podatkov in toliko podatkov posameznikov, kot jih nujno potrebuje za enolično identifikacijo zavezanca za plačilo (dolžnika) že na podlagi četrtega odstavka 9. člena ZVOP-1 v povezavi z materialnimi določbami, ki sodišču dajejo pravno podlago za odmero sodne takse oziroma izrek denarne kazni. Meni tudi, da ima CURS pravno podlago, da od predlagatelja izvršbe pridobi tiste osebne podatke in le toliko osebnih podatkov, da je še mogoča enolična identifikacija dolžnika in s tem omogočena prisilna izvršba v zvezi s pravi posameznikom.* Pri tem priporoča, da za izterjavo denarnih nedavčnih obveznosti posameznika (dolžnika) enolično identificira z uporabo davčne številke in ne EMŠEM.

Mnenje informacijskega pooblaščenca je dostopno na intranetni strani slovenskih sodišč (krm) rubrika DIES, podrubrika CURS, in sicer < <http://krm.sodisce.si/?q=node/2593> > (8. 1. 2013).

Davčni organ je po 156. členu ZDavP-2 zavezan ravnati skladno z določbami ZDavP-2, ki urejajo postopek davčne izvršbe tudi, kadar na podlagi zakonskega pooblastila opravlja izvršbo drugih denarnih nedavčnih obveznosti.

Kadar davčni organ na podlagi zakonskega pooblastila izterjuje druge denarne nedavčne obveznosti, je za odločanje o odlogu davčne izvršbe pristojen predlagatelj izvršbe iz 146. člena ZDavP-2.^{47, 48}

3.3.1 Vrste davčnih izvršb

ZDavP-2 v 159. do 212. a členu določa vrste davčnih izvršb, ki so:

- davčna izvršba na denarne prejemke dolžnika (159. do 165. člen),
- davčna izvršba na dolžnikova denarna sredstva pri bankah ali hranilnicah (166. do 175. člen),
- davčna izvršba na premičnine (176. do 207. člen),
- davčna izvršba na vrednostne papirje (209. do 212. člen),
- davčna izvršba na sredstva občin (212. člen).

Posebna oblika davčne izvršbe je izvršba na dolžnikovo nepremično premoženje in tudi na delež družbenika družbi ter iz premoženjskih pravic, ki se lahko opravi le, če davkov⁴⁹ ni bilo mogoče izterjati iz dolžnikovih prejemkov, sredstev na računih, terjatev ali iz njegovega premičnega premoženja ali če tako določa zakon.⁵⁰

Davčni organ v primerih, ko davčna izvršba iz dolžnikovih prejemkov, sredstev na računih, terjatev ali premičnin ni bila uspešna, pošlje predlog za izvršbo na

47 Drugi odstavek 153. člena ZDavP-2.

48 Vloge dolžnikov za obročno plačilo, odlog plačila ali odpis dolga v pristojno reševanje ali izjasnitev pred sodiščem pošlje Carinski urad Sežana, ki je pristojen za davčno izterjavo sodne takse po Zakonu o sodnih taksah (ZST-1), denarne kazni po Zakonu o pravnem postopku, denarno kazen in stroškov postopka po Zakonu o kazenskem postopku.

Carinski urad Sežana vloge dolžnikov odstopi v pristojno reševanje, saj Zakon o sodnih taksah (ZST-1), Zakon o pravnem postopku ter Zakon o kazenskem postopku ne predpisuje enako kot deseti odstavek 202. člena Zakona o prekrških (ZP-1), tj., da se terjatev z vložitvijo predloga za izvršbo prenese na CURS (deseti odstavek 202. člena ZP-1 določa, da se z dnem, ko sodišče oziroma prekrškovni organ vloži predlog za prisilno izterjavo po tem zakonu na organ, pristojen za prisilno izterjavo, prenese tudi terjatev v korist državnega proračuna). Pri tem je treba pojasniti, ali gre za izterjavo sodne takse, ki kot strošek postopka nastane v prekrškovnem postopku po ZP-1 (za izterjavo sodne takse, nastale v prekrškovnem postopku, je pristojen Carinski urad Murska Sobota), o takih vlogah odloča CURS, saj je to terjatev, ki je z vložitvijo predloga za davčno izvršbo prešla na CURS.

Tudi 110. člen Zakona o davčnem postopku (ZDavP-2) izrecno izključuje uporabo določb ZDavP-2, ki urejajo možnost odobritve posameznih plačilnih ugodnosti za obveznosti (po 101., 102. in 103. členu ZDavP-2, ki določajo odpis, delni odpis, odlog in obročno plačevanje davka ter neizterljivost davka (101. člen ZDavP-2), odlog in obročno plačevanje davka ob hujši gospodarski škodi (102. člen ZDavP-2), posebni primeri odloga in obročnega plačevanje davka (103. člen ZDavP-2), za katerega davčni organ vodi samo izvršbo in ne tudi knjigovodskih evidenc o odmeri teh obveznosti, zaradi česar je za odločanje o tovrstnih vlogah dolžnikov pristojen nosilec terjatve, to je sodišče. Pri odločanju o takih vlogah je treba upoštevati določbe matičnih zakonov, na podlagi katerih je terjatev nastala. V danem izpostavljenem primeru, tj. za terjatve iz sodnih taks, se uporabljajo določbe od 10. do 14. člena ZST-1.

49 Navedeni člen je glede na 156. člen smiselno uporabiti tudi, kadar se izterjujejo druge denarne nedavčne obveznosti predlagateljev iz 146. člena ZDavP-2.

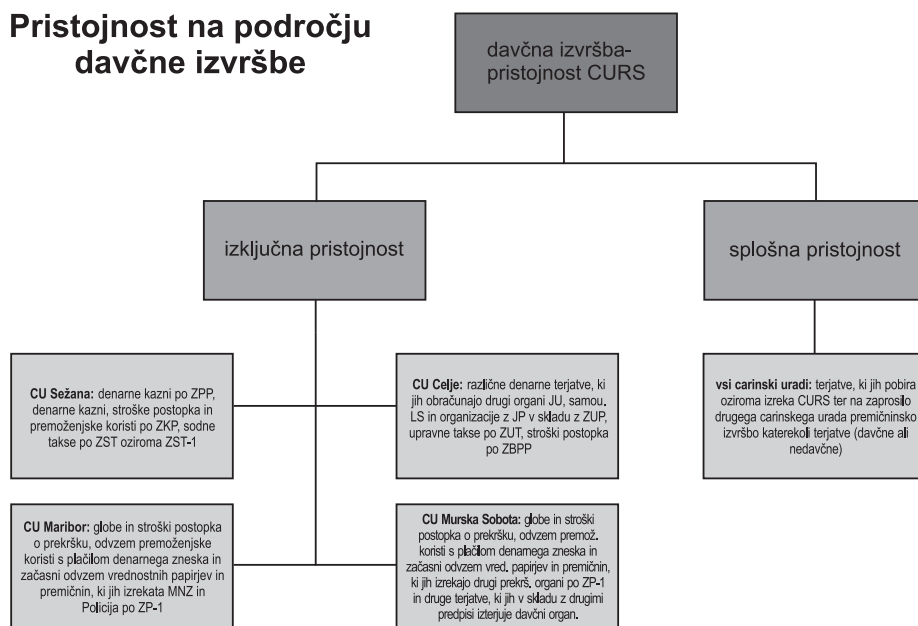
50 208. člen ZDavP-2.

nepremičnine na DP RS, ki pri pristojnem sodišču vloži predlog za izvršbo. V takih primerih je to še vedno davčna izvršba na dolžnikovem nepremičnem premoženju in deležu družbenika ter iz premoženjskih pravic sodišča, in to v skladu z ZIZ.⁵¹

Pogoj za vložitev predloga za izvršbo na nepremičnino, delež dolžnika v družbi ter premoženjskih pravic, ki se obravnava v sodnem izvršilnem postopku, ni konec postopka davčne izvršbe, saj gre v bistvu za vsebinsko nadaljevanje postopka davčne izvršbe, saj je neuspešnost tega pogoj za izvršbo na nepremičnino, delež dolžnika v družbi ali premoženjske pravice, ki se vodijo v sodnem izvršilnem postopku.⁵²

3.3.2 Pristojnost davčnega organa (CURS) za izterjavo terjatev, ki jih izrekajo sodišča

Pristojnost na področju davčne izvršbe



Slika 1: Pristojnost davčnih organov za opravo davčne izvršbe

(Vir: Predstavitev za predlagatelje – predstavitev PPT, na <http://www.carina.gov.si/si/e_carina/eizvrsbe/> (4. 1. 2013))

Pristojnost določa 3. člen Uredbe o določitvi carinskih uradov v Republiki Sloveniji o njihovem sedežu in krajevni pristojnosti.⁵³ Uredba določa, da je za izterjavo terjatev; denarnih kazni, izrečenih po ZPP, denarnih kazni, stroškov postopka in odvzema

51 Drugi in tretji odstavek 208. člena ZDVP-2.

52 Podobno sklep VSL Ip 2220/2011.

53 Uradni list RS, št. 45/2004, s spremembami.

premoženjske koristi po ZKP, sodnih taks po ZST in ZST-1, pristojen Carinski urad Sežana, medtem ko je za izrečene globe in stroške postopka, izrečene po ZP-1, pristojen Carinski urad Murska Sobota.

Pri tem je treba pojasniti, da je izterjava denarnih kazni, izrečenih po Kazenskem zakoniku,^{54, 55} še vedno v pristojnosti izvršilnih sodišč. 120. člen Zakona o izvrševanju kazenskih sankcij⁵⁶ določa, da se glede pristojnosti in postopka denarnih kazni uporablja zakon, ki ureja izvršbo in zavarovanje, tj. ZIZ.

Iz tega sledi, da je CURS pristojen le za izterjavo denarnih kazni po ZPP, izrečenih zaradi žalitve sodišča, udeležencev postopka, pa tudi če priča neopravičeno ne pride na narok ali odkloni pričanje. Prav tako so izvršilna sodišča še vedno pristojna za izterjavo denarnih kazni, ki se izrekajo po ZIZ.

a) Pristojnost za izterjavo denarne kazni, izrečene po Zakonu o kazenskem postopku, stroškov kazenskega postopka, odvzema premoženjske koristi

Zakon o kazenskem postopku od 1. 11. 2008 dalje v 130. členu določa, da denarno kazen, ki je predpisana v tem zakonu, prisilno izterja pristojni davčni organ po določbah zakona, ki ureja prisilno izterjavo davkov, na predlog sodišča, ki je to denarno kazen izreklo.

Pred uveljavitvijo spremembe je 130. člen ZKP določal, če se denarna kazen, ki je predpisana v tem zakonu, ne da niti prisilno izterjati, jo sodišče izterja tako, da se za vsakih začetih 10.000 tolarjev določi en dan zapora.⁵⁷ Navedeno določbo vsebuje tudi zdaj veljavni 130. člen ZKP.

Izterjavo stroškov kazenskega postopka, ki jih je treba izterjati v dobro proračuna in odvzem premoženjske koristi, ki jo je treba prisilno izterjati v dobro proračuna po sodbi skladno s prvim odstavkom 131. člena ZKP, izterja pristojni davčni organ po ZDavP-2. Za druge stroške kazenskega postopka in glede premoženjskopравnih zahtevkov za izvršitev sodbe pa je pristojno sodišče po določbah ZIZ.

b) Pristojnost za izterjavo denarne kazni, izrečene po Zakonu o pravdnem postopku

Novela zakona o pravdnem postopku – ZPP-D (Uradni list RS, št. 45/2008, v nadaljevanju ZPP-D) je v prehodnih in končnih določbah določila, da spremembe, razen izrecno izzetih izjem, začnejo veljati 1. 10. 2008. Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku – ZPP-D je v ZPP vpeljal nov člen, tj. 178. a člen.

Navedeni člen določa, da denarne kazni, ki jih izreče sodišče na podlagi tega zakona, izvede na predlog sodišča, ki je izreklo denarno kazen, pristojni davčni organ po določbah zakona, ki ureja prisilno izterjavo davkov. Medtem ko se sklep sodišča o izrečenih denarnih kaznih šteje za izvršilni naslov.

⁵⁴ Sankcije za storjeno kaznivo dejanje.

⁵⁵ Uradni list RS, št. 55/2008, v nadaljevanju KZ-1.

⁵⁶ Uradni list RS, št. 22/2000, s spremembami, v nadaljevanju ZIKS.

⁵⁷ Navedena določba je veljala od 13. 7. 2003 do 1. 11. 2008.

V Poročevalcu DZ št. 21/2008 je bilo glede na predlagane spremembe novele ZPPD-D, tj. uveljavitve novega 178. a člena, zapisano, da je bil predlagan zaradi večje učinkovitosti izvršbe, kar bi v končni posledici pripomoglo k večji učinkovitosti in "povzdignjenju" pomena izrekanja denarnih kazni, ki jih izreče sodišče na podlagi ZPP, konkretnje ZPP-D, kar je razbrati iz besedila člena, ko določa "tega zakona".

V Poročevalcu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku – ZPP-D so v 43. členu opredeljene pravne določbe (členi), na podlagi katerih se lahko izrekajo denarne kazni v pravnem postopku.

Podlaga za izrekanje denarnih kazni je določena v 11. členu Zakona o pravnem postopku. V 2. členu določa, če stranke, intervenienti, njihovi zakoniti zastopniki in pooblaščenци hočejo škodovati drugemu ali s ciljem, ki je v nasprotju z dobrimi običaji, vestnostjo in poštenjem, zlorablajo pravice, ki jih imajo po tem zakonu, jim sodišče lahko izreče denarno kazen ali druge ukrepe, določene s tem zakonom. Sodišče lahko v postopku izreče denarno kazen do 1300 EUR. Izreče jo s sklepom, v katerem tudi določi rok za plačilo kazni. Rok ne sme biti krajši od 15 dni in ne daljši od treh mesecev. Denarna kazen se v pravnem postopku izreče ob zlorabah procesnih pravic, žaljivih vlogah.⁵⁸ Izreka se tudi pričam⁵⁹ in izvedencem.⁶⁰

c) Pristojnost za izterjavo denarne kazni, izrečene po Zakonu o izvršbi in zavarovanju

Kot je bilo na hitro omenjeno že v začetku prispevka, je za izvršbo denarnih kazni, ki se izrekajo po ZIZ, pristojno sodišče, saj v ZIZ ni določb, ki bi za izterjavo denarnih kazni določale pristojnost drugega organa.

V danih primerih tudi ni mogoča smiselna uporaba določbe 178. a člena ZPP, saj je besedilo tega člena jasno, ko določa, da je za denarne kazni, ki jih izreče sodišče na podlagi tega zakona, tj. ZPP, pristojen davčni organ. Očitno je, da je zakonodajalec želel omejiti uporabo določbe 178. a člena ZPP le z izterjavo denarnih kazni, ki so izrečene po ZPP, in ne tudi za preostale (druge) denarne kazni, ki jih izrekajo sodišča.

Iz tega je mogoče sklepati, da je za izterjavo denarne kazni, ki je bila izrečena s sklepom sodišča na podlagi ZIZ, pristojno okrajno izvršilno sodišče.⁶¹

Prav tako je izključena pristojnost davčnega organa (CURS), kajti če bi zakonodajalec želel določiti pristojnosti CURS tudi za izvrševanje te vrste kazni, bi to izrecno navedel v 23. členu Zakona o carinski službi – 1B.⁶²

Najverjetneje je zakonodajalec predpisal pristojnost za izvrševanje izrečenih denarnih kazni po ZIZ sodiščem, saj v veliki večini primerov že vodijo izvršilni ali drug postopek, v katerem se je izrekla denarna kazen in je s tem postopkom tesno

⁵⁸ Tako 109. člen Zakona o pravnem postopku.

⁵⁹ Tako 241. člen Zakona o pravnem postopku.

⁶⁰ Tako 248. člen Zakona o pravnem postopku.

⁶¹ Tako tudi odločba Ustavnega sodišča RS P-9/11-9 z dne 29. 3. 2012.

⁶² In sicer v 1. alineji prvega odstavka 23. člena, ki določno opredeljuje pristojnost davčnega organa tudi za izterjavo drugih denarnih nedavčnih obveznosti, med katerimi so tudi terjatve, ki jih izrekajo sodišča.

povezan, zaradi česar bodo tako kazni najlažje in najhitreje tudi izterjala⁶³ oz. prišla do končnega cilja izvršilnega postopka.

3.3.3 Primeri sodnih postopkov, ki so se začeli pred uveljavitvijo ZCS-1B in ZDS-1C

Zaradi podnormiranosti ni jasno, kaj naj sodišča storijo s takimi postopki. Zastavi se vprašanje, kaj naj sodišča storijo, ko se po začetku postopka pred izvršilnim sodiščem pristojnost za izvedbo izvršbe prenese iz sodne v upravno pristojnost. Ali naj sodišča v takih primerih sodni izvršilni postopek ustavijo in razveljavijo vsa že opravljena izvršilna dejanja ali postopek nadaljujejo v sodni pristojnosti.

Ko zakon, na podlagi katerega se je pristojnost za izvršbo prenesla iz sodne v upravno pristojnost, ne določa ničesar, ostaja pristojno v že začetem postopku še naprej izvršilno sodišče, medtem ko je za predloge, ki so bili vloženi po uveljavitvi zakona, s katerim se je sodna pristojnost za izvršbo prenesla na upravo pristojnost, pristojen upravni (davčni organ).

Od 1. 1. 2012 morajo sodišča predloge za izvršbo (davčno) vlagati v elektronski obliki.⁶⁴ Tudi če bi sodišče ustavilo postopek sodne izvršbe, ki teče pred njim, bo/ bi CURS take predloge za davčno izvršbo sprejel,⁶⁵ če še ni poteklo relativno ali absolutno zastaranje terjatve,⁶⁶ za katero se vlaga predlog za izvršbo, pa tudi če dolжник ni v postopku insolventnosti, seveda ob predpostavki, da bo sodišče v spletni obrazec predlogov za izvršbo vneslo še preostale potrebne podatke.⁶⁷

63 Sodišča v postopkih, v katerih so bile denarne kazni po ZIZ izrečene, tudi najbolje poznajo možnosti izterjave, pa tudi kako bodo/je mogoče s čim manj stroški in najhitreje poplačati terjatve iz denarnih kazni in na tak način tudi najhitreje doseči namen kaznovanja, zaradi česar je bila denarna kazen tudi izrečena.

64 146. člen Zakona o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 117/2006, s spremembami, v nadaljevanju ZDavP-2).

65 Predlagatelj postopka, tj. sodišče, mora predlog vložiti prek portala e-izvršba na spletnem obrazcu, ki vsebuje logične kontrole.

66 Tako 9. člen Zakona o sodnih taksah (Uradni list RS, št. 37/2008, v nadaljevanju ZST-1) v svojem prvem odstavku določa, da pravica zahtevati plačilo sodne takse zastara v petih letih po zapadlosti takse v plačilo. Drugi odstavek pa določa, da zastaranje pravice zahtevati plačilo takse oziroma prisilno izterjavo takse prekine vsako uradno dejanje pristojnega organa, katerega namen je plačilo oziroma izterjava takse. Zastaranje nastane v vsakem primeru v desetih letih po zapadlosti takse v plačilo. Zastaranje sodne takse je določal tudi 9. člen Zakona o sodnih taksah (Uradni list SFRJ, št. 30/78, v nadaljevanju ZST). Prvi odstavek je določal, da pravica zahtevati plačilo sodne takse zastara v dveh letih po poteku leta, v katerem bi bilo treba takso plačati. Drugi odstavek pa je določal, da zastaranje nastane v vsakem primeru, ko potečejo štiri leta od takrat, ko je nastala obveznost za plačilo takse. Medtem ko druge *judikatne terjatve* (terjatve, ki so bile ugotovljene s *pravnomočno sodno odločbo* ali z odločbo drugega pristojnega organa ali poravnavo pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, npr. izrečena denarna kazen po 178. a členu ZPP ali 130. členu ZKP) zastarajo po 356. členu Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 83/01, s spremembami, v nadaljevanju OZ) v desetih letih, tudi tiste, za katere zakon sicer določa krajši zastaralni rok. Pri tem pa je treba paziti še na določbo 365. člena OZ, ki pravi, da se zastaranje pretrga z vložitvijo tožbe in z vsakim drugim upnikovim dejanjem *zoper dolžnika pred sodiščem* ali drugim pristojnim organom, da bi se ugotovila, zavarovala ali izterjala terjatev, ter tudi domneve iz prvega odstavka 366. člena, da zastaranje ni bilo pretrgano z vložitvijo tožbe ali kakšnim drugim upnikovim dejanjem *zoper dolžnika* pred sodiščem ali pred drugim pristojnim organom, storjenim, da bi se ugotovila, zavarovala ali izterjala terjatev, če upnik umakne tožbo ali *odstopi od takega dejanja*. Prav tako se po drugem odstavku istega člena šteje, da zastaranje ni bilo pretrgano, če je upnikova tožba ali zahteva zavrnjena ali zavrnjena ali če je izposlovani ali opravljeni ukrep za izvršbo ali zavarovanje razveljavljen.

67 Kateri podatki v spletnem obrazcu predloga za davčno izvršbo so obvezni, je razvidno iz dokumenta e-izvršbe – Navodila predlagatelju za vzpostavitev izmenjave podatkov na 9. do 11. strani, ki so dostopna na spletni strani CURS, tj. <http://www.carina.gov.si/si/e_carina/eizvršbe/> (30. 12. 2012).

Težave nastanejo, kadar sodišče, in to ni v malo primerih, ne razpolaga z obveznimi podatki za vnos v spletni obrazec CURS e-izvršba. Največkrat se zgodi, da sodišče ne razpolaga z EMŠEM dolžnika, ki je fizična oseba. Zato se je v sodni praksi pojavila dilema, ali lahko sodišča, če so zavezana, tudi če sploh imajo pooblastilo ali pravno podlago, ko želijo vložiti predlog za davčno izvršbo prek podportala e-izvršba na CURS, poizvedujejo po EMSU v zbirkah osebnih podatkih (npr. Centralnem registru prebivalstva). Pri vsem tem je treba omeniti, da Zakon o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 117/06, s spremembami, v nadaljevanju ZDavP-2) nikjer ne določa, katere podatke mora vsebovati predlog za izvršbo, tako kot npr. to stori ZIZ v 40. členu za predlog za izvršbo na podlagi izvršilnega naslova, v 41. členu za predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine in v 41. a členu za predlog za izvršbo na podlagi priložene menice. ZDavP-2 v četrtem odstavku 146. člena⁶⁸ le določi, da bo podatke, ki jih mora vsebovati predlog za izvršbo, poslati predlagatelj izvršbe v elektronski obliki, pa tudi način izmenjave podatkov predpisati minister, pristojen za finance. Toda minister, pristojen za finance, do danes še ni izdal podzakonskega akta, v katerem bi predpisal podatke, ki morajo biti vsebovani v predlogu za izvršbo, ter tudi podrobnejšega načina izmenjave podatkov.⁶⁹

Če sodišče ustavi postopek izvršbe/zavarovanja, ki ga vodi po uradni dolžnosti za izterjavo terjatve, je verjetno, da za to terjatev ne bo moglo vložiti predloga za izvršbo prek CURS-ove aplikacije e-izvršbe (tj. da je poteklo absolutno ali relativno zastaranje, kot da se bo štelo, da zastaranje ni bilo pretrgano, ali da je dolжник terjatve pred vložitvijo predloga na CURS postal insolventen⁷⁰ ipd.). Prav tako pa ustaveitev izvršbe/zavarovanja po uradni dolžnosti ni smiselna z vidika načela ekonomičnosti iz 11. člena ZPP, ki se smiselno uporablja tudi v postopkih izvršbe/zavarovanja, saj je v postopkih izvršbe, ki jih vodi CURS, ponovno treba plačati (poleg že nastalih stroškov in tudi morebiti tudi že izplačanih iz sredstev sodišča oz. tudi že naloženih dolžniku v plačilu), stroške izvršbe, ki so/bodo nastali v tem postopku. V postopkih pred CURS nastajajo novi stroški, ki so v postopku sodne izvršbe lahko že nastali. Navedene stroške bi glede na prvi odstavek 152. člena ZDavP-2 kril dolžnik, razen ko CURS tolmači, da take stroške krije predlagatelj postopka, ki pa je v takih primerih sodišče.^{71, 72}

68 ZDavP-2B v svojih prehodnih in končnih določbah, tj. v 147. členu, določi, da se četrty odstavek 146. člena začne uporabljati najpozneje 1. januarja 2012.

69 Glej sprotno opombo 46.

70 V takih primerih za izterjavo terjatev ni pristojen CURS, temveč morajo sodišča pred DP RS prijaviti terjatev v stečajno maso skladno z Zakonom o finančnem poslovanju, postopkih insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 126/07, s spremembami, ZFPPIPP).

71 Tretji odstavek 152. člena ZDavP-2.

72 ZDavP-2 nikjer ne opredeljuje pojma neupravičena izvršba, zaradi česar sodišču ni mogoče naložiti plačila. Prav tako so navedeno problematiko obravnavale tudi delovne skupine Vrhovnega sodišča RS, in sicer že 17. 6. 2011 pri projektu izvršbe. Takrat so delovne skupine sprejele sklep, da se gradivo, ki obravnava stroške neupravičene izvršbe, ki jih CURS nalaga sodiščem v plačilo, pošlje takratnemu Ministrstvu za pravosodje v ustrezno razlago zakona ali proučitev in morebitni poznejši predlog za spremembo ZDavP-2. Na podlagi sklepa delovnih skupin je Ministrstvo za pravosodje Ministrstvu za finance poslalo predlog, da se tretji odstavek 152. člena ZDavP spremeni tako, da se za zavezanca za plačilo stroškov neupravičene izvršbe določi tisti, ki je s svojim ravnanjem povzročil neupravičeno izvršbo, in ne sodišče, ki je upravičeno vložilo predlog za prisilno izterjavo v postopku davčne izvršbe. Toda o morebitnih ukrepih Ministrstva za pravosodje ali Ministrstva za finance v zvezi z navedenimi predlogi vrhovno sodišče ni bilo obveščeno, zaradi česar sklepamo, da v ZDavP-2 niso predvidene spremembe.

Da je problematika še vedno aktualna, je razvidno tudi iz tega, da so delovne skupine to ponovno obravnavale na sestanku 5. 4. 2012, prav tako pri projektu izvršbe, ko je bil sprejet sklep, da bo projektna skupina sodišču predlagala, da sodišče, ko so mu naloženi stroški neupravičene izvršbe, za katere ni odgovorno, vložijo vsa razpoložljiva pravna sredstva, da bi se ugotovilo, kaj vključuje pojem neupravičena izvršba.

Pravilnik o izvajanju Zakona o davčnem postopku⁷³ od 66. do 71. člena določa stroške v postopku davčne izvršbe. Tako stroški za izdajo sklepa o izvršbi na dolžnikove denarne prejemke in denarna sredstva pri bankah in hranilnicah ter na denarne terjatve dolžnika in dolžnikove nematerializirane vrednostne papirje znašajo 25 EUR, na dolžnikove premičnine pa 75 EUR. K temu je treba prišteti še stroške prevoza,⁷⁴ natovarjanja, hrambe, cenitve, prodaje, zaradi česar se zastavlja vprašanje, ali je smotno, če se že vodi sodna izvršba na denarna sredstva pri organizacijah za plačilni promet, plačo, premičnine; če do danega trenutka ni bila uspešna, da se tak postopek, ki se vodi pred izvršilnim sodiščem, ustavi ali se vloži predlog za ista izvršilna sredstva/predmete na CURS. Če postopek izvršbe pred sodiščem ni bil uspešen, je vprašanje, ali bo uspešen postopek, ki ga bo vodil CURS.

Do podobnega odgovora lahko pridemo tudi s smiselno razlago instituta PERPETUATIO FORI (ustalitev pristojnosti), ki je eden od postopkovnih institutov, namenjenih pospešitvi (ekonomičnosti) po tretjem odstavku 17. člena ZPP.⁷⁵

Pri določanju pristojnosti izvršilnega sodišča so odločilne okoliščine ob vložitvi predloga za izvršbo, zaradi česar njihova poznejša sprememba "praviloma" ne vpliva na spremembo pristojnosti. Ker je izvršilni postopek sodni nepravdni postopek, je mogoče, da izvršilno sodišče, ki vodi postopek na podlagi podobne uporabe določb 16. člena Zakona o nepravdnem postopku,⁷⁶ kljub predhodno navedeni ustalitvi pristojnosti to zadevo odstopi s sklepom drugemu pristojnemu sodišču, če je očitno, da bo pred tem sodiščem postopek lažje izvedljiv ali če je to v interesu oseb, ki niso sposobne skrbeti same zase. Postopek, ki je začel pred sodiščem, tudi če se je pristojnost za izterjavo take vrste terjatve med postopkom spremenila, se vodi pred sodiščem do konca in naj se z ustavitvijo sodne izvršbe in z uvedbo postopka davčne izvršbe ne povzročajo dodatni stroški. Vprašljiva

73 Uradni list RS, št. 141/06, s spremembami, v nadaljevanju pravilnik – ZDavP.

74 Stroški za pot pooblaščenega uradne osebe znašajo 40 EUR (67. člen pravilnika – ZDavP). Stroški prevoza blaga znašajo 1 EUR za vsak prevožen kilometer in se obračunajo glede na prevožene kilometre od kraja prevzema do kraja hrambe blaga, če prevoz opravi davčni organ (68. člen pravilnika – ZDavP). Če prevoza ne opravi davčni organ, se obračunajo glede na dejansko nastale stroške. Med stroške prevoza se štejejo tudi stroški natovarjanja in raztovarjanja blaga. Stroški hrambe so 1 EUR za vsakih začetih 100 kg bruto teže blaga za vsak dan, ko je bilo blago v hrambi pri davčnem organu, oziroma se obračunajo po dejanskih stroških, če se blago ne hrani pri davčnem organu. Stroški, ki nastanejo zaradi nujnih ukrepov za ohranjanje blaga, se obračunajo po dejanskih stroških, ki jih je imel s tem v zvezi davčni organ. Med te stroške spadajo tudi prevozni stroški za premestitev blaga (69. člen pravilnika – ZDavP). Stroški v zvezi s cenitvijo posebnega cenilca se obračunajo po veljavni tarifi za te storitve (70. člen pravilnika – ZDavP). Stroški javne dražbe se obračunajo v višini 5 odstotkov od dosežene kupnine oz. najmanj 100 EUR in se obračunajo tudi pri neuspeli javni dražbi. Stroški prodaje z zbiranjem ponudb znašajo 5 odstotkov od dosežene kupnine oz. najmanj 50 EUR, toda ne več kot 1000 EUR, in se obračunajo tudi ob neuspeli prodaji. Stroški prodaje z neposredno pogodbo se obračunajo v višini 1 odstotka od dosežene kupnine. Stroški prodaje po komisijski prodaji se obračunajo po dejanskih stroških. Stroški prodaje zarubljenih materializiranih ali nematerializiranih vrednostnih papirjev in drugih predmetov, ki se prodajajo na organiziranem trgu, se obračunajo po dejanskih stroških (71. člen pravilnika – ZDavP).

75 Učinki se sicer raztezajo na postopkovne učinke pri določitvi krajevne pristojnosti, so pomembne okoliščine ob vložitvi tožbe/predloga za izvršbo; tudi če se te okoliščine pozneje spremenijo, to ne vpliva na pristojnost sodišča.

76 Uradni list SRS, št. 30/86, s spremembami, v nadaljevanju ZNP.

je namreč uspešnost davčne izvršbe, če že postopek izvršbe pred sodiščem ni bil uspešen, zaradi česar je velika verjetnost, da tudi postopek davčne izvršbe z istimi sredstvi in predmeti izvršbe, za katere se je vodila že sodna izvršba, ne bo uspešen.

Hkrati je še manj možnosti, da se izterja terjatev, saj lahko v postopkih izvršbe sodišče že po uradni dolžnosti dovoli izvršbo tudi na nepremičnine v lasti dolžnika. Medtem ko se postopek izvršbe na nepremičnine v davčni izvršbi začne in pozneje tudi vodi, ko s preostalimi sredstvi in predmeti izvršbe ni bila uspešna. Takrat davčni organ prek državnega pravobranilstva predlaga izvršbo na dolžnikove nepremičnine in se izterjava terjatev vrne nazaj v sodno pristojnost. Razlikovanje je le v tem, da je med ustavitvijo sodne izvršbe in začetkom davčne izvršbe potekel dodaten čas. Že sodišče bi lahko v postopku sodne izvršbe dovolilo in vodilo izvršbo tudi na dolžnikove nepremičnine in ne ustavilo postopka ter zatem vložilo predlog na CURS, ki bi ob neuspešnosti izterjave s sredstvi in predmeti izvršbe, ki jih določa ZDavP-2, predlagala prek državnega pravobranilstva še izvršbo na dolžnikove nepremičnine pri krajevno pristojnem izvršilnem sodišču. V tako pretečenem času lahko dolžnik že odtuji nepremično premoženje, iz katerega bi se lahko terjatev poplačala. Če bi sodišče ravnalo hitreje,⁷⁷ učinkoviteje, gospodarnejše, navedenega ne bi bilo. Prav tako v takih primerih ne bi bilo spoštovano načelo ekonomičnosti, saj bi se stroški izvršbe podvajali.

4 UVEDBA POSTOPKA IZVRŠBE PO URADNI DOLŽNOSTI PREK PODPORTALA E-IZVRŠBA

Na portalu e-sodstvo, katerega del je tudi podportal e-izvršba, ki ga opredeljuje Pravilnik o obrazcih, vrstah izvršb in poteku avtomatiziranega izvršilnega postopka (Uradni list RS, št. 104/11, v nadaljevanju pravilnik – izvršba), je vsem uporabnikom portala e-sodstva, ki jih v 8. členu določa Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih (Uradni list RS, št. 64/10, s spremembami, v nadaljevanju pravilnik) od 1. 3. 2012 dalje omogočeno elektronsko vlaganje vseh vlog v postopkih izvršbe in zavarovanja, za katere so pristojna okrajna izvršilna sodišča.

Po pravilniku so uporabniki tudi sodniki in uslužbenci sodišč, ki so po zakonu in sodnem redu upravičeni opravljati e-opravila v posamezni vrsti civilnih sodnih postopkov, t. i. notranji kvalificirani uporabniki. Za notranje kvalificirane uporabnike pravilnik – izvršba v četrtem odstavku 6. člena določa, da lahko na podportalu e-izvršba postopku vložijo:

- predlog za izvršbo po uradni dolžnosti,
- predlog za zavarovanje po uradni dolžnosti,
- predlog za odlog izvršbe,
- umik predloga za izvršbo ali zavarovanja,
- delni umik predloga za izvršbo ali zavarovanja,
- vlogo.

⁷⁷ Eno od že omenjenih načel izvršilnega postopka je tudi načelo hitrosti, določeno v prvem odstavku 11. člena ZIZ, katerega namen je, da sodišče v postopkih izvršbe in zavarovanja ukrepa hitro, enako velja tudi v postopkih, ki se vodijo po uradni dolžnosti, saj zanje ZIZ ne določa, da bi veljale drugače.

Prav tako lahko po istem odstavku 6. člena opravijo še pregled izvedenih postopkovnih dejanj v postopku, v katerem so vložili elektronsko vlogo.⁷⁸

Tako bodo notranji uporabniki, tj. pristojni organi, ki na sodišče prek podportala e-izvršba oddajo predloge za izvršbo po uradni dolžnosti s kvalificiranimi digitalnimi potrdili (SIGOV-CA), katerega izdajatelj in overitelj je Ministrstvo za pravosodje in javno upravo.

Na sestanku delovnih skupin 5. 11. 2012 je bil sprejet sklep, da morajo pristojni organi za oddajo vlog v postopkih izvršbe po uradni dolžnosti vloge oddajati prek podportala e-izvršba.

Predlogi, oddani/vloženi, kot je opisano, bodo na izvršilnih sodiščih obdelani enako kot drugi elektronski predlogi, ki jih že zdaj oddajajo uporabniki portala e-sodstva, podportala e-izvršba. Hkrati se bo poenotilo oddajanje predloga za izvršbo ali zavarovanje po uradni dolžnosti, ki ga oddajo pristojni organi in tudi zmanjšali se bodo materialni stroški. Pristojni organi, ki bodo oddali predloge za izvršbo in zavarovanje po uradni dolžnosti, bodo prek podportala e-izvršba lahko vse od oddaje predloga spremljali potek postopka in tudi oddali druge elektronske vloge na podportalu e-izvršba, ki jih določa pravilnik – izvršba.

Navedeni način dela za izvršilna sodišča poenostavlja delo, saj sodnemu osebju ne bo več treba v vpisnik na podportalu e-izvršbe vnašati novih zadev oz. drugih vlog pristojnega organa in izpeljati vseh ukrepov, ki jih je pri pisnih obvestilih še izvajajo, saj bo to sistem izvedel samodejno. Prav tako bo zaradi avtomatskega izračunavanja pristojnosti sodišč ob uspešni oddaji predloga za izvršbo ali zavarovanje prek podportala e-izvršba odpadla velika večina dilem v zvezi s pristojnostjo sodišč in posledično manj sproženih sporov o pristojnosti.

⁷⁸ Po osmem odstavku 3. člena pravilnika – izvršba je elektronska vloga skupni pojem za elektronski predlog, elektronsko vlogo, drugo elektronsko pisanje in elektronsko obvestilo za plačilo promet.

PRAVNI VIDIK ELEKTRONSKEGA POSLOVANJA V IZVRŠILNEM POSTOPKU

mag. Barbara Mejač
višja pravosodna svetovalka
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

Živimo v času izredno hitro spreminjajoče se informacijske tehnologije, zaradi katere se spreminjajo tudi način življenja ljudi in način delovanja podjetij, želje in potrebe posameznikov oziroma fizičnih oseb ter način poslovanja državne uprave in sodišč. V današnji dobi, dobi elektronike in digitalizacije ter informatizacije vsega okoli nas, si je težko zamisliti naš vsakdan brez računalnika in elektronskega poslovanja. K temu je pripomoglo dejstvo, da se elektronsko poslovanje od vsega začetka hitro razvija in v naše delovno okolje prinaša vedno nove načine poslovanja, povezane s programsko in strojno opremo ter drugimi informacijsko-komunikacijskimi tehnologijami, ki so nam na voljo in katerih število se iz dneva v dan povečuje.

Da gremo v korak s časom, je potrebno sprotno spremljanje trendov, ki jim mora skladno z napredkom slediti tudi pravo. Tudi slovenski pravni prostor ni nobena izjema, saj smo že v letu 2000 dobili Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu, v katerem so upoštevane smernice Evropske unije. K temu je treba dodati še Zakon o pravdnem postopku, ki je vzpostavil temelje za elektronsko poslovanje v civilnih sodnih postopkih. Sledili so mu še posebni zakoni, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, nato Zakon o zemljiški knjigi ter Zakon o izvršbi in zavarovanju. Njihova naloga je bila, da so pravno podlago iz Zakona o pravdnem postopku še bolj razčlenili ter podrobneje opredelili in omogočili temelje za elektronsko poslovanje.

Elektronsko poslovanje pomeni velik (strateški) potencial za tiste, ki ga znajo izkoristiti, ga ustrezno uporabiti in vključiti v delovanje organizacije. Tega se je zavedalo tudi pravosodje in ga vključilo v zakonodajo, ki je podlaga za elektronsko poslovanje v civilnih sodnih postopkih. Dandanes elektronsko poslovanje ne pomeni več le izmenjave podatkov po spletu ali računalniških omrežjih, temveč zajema tudi široko dogajanje v prepletu organizacijskih, pravnih in tehnoloških postopkov. Zaradi tega je izredno pomembno vključevanje temeljnih načel postopkov, kar nam v nadaljevanju omogoča preoblikovanje poslovnih procesov v legitimno in legalno elektronsko poslovanje, ki dosega optimizacijo in racionalizacijo poslovanja. Glavni cilj elektronskega poslovanja je brezpapirno poslovanje, kar v ospredje postavlja digitalizacijo fizičnih dokumentov z različnimi možnostmi za obvladovanje dokumentov z nestrukturiranimi podatki.

2 PRAVNI PREDPISI, KI UREJAJO ELEKTRONSKO POSLOVANJE

Temeljni predpis o elektronskem poslovanju je Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu,¹ ki je bil sprejet na podlagi Direktive 2000/31/ES Evropskega

¹ Uradni list RS, št. 57/00, s spremembami, v nadaljevanju ZEPEP.

parlamenta in Sveta ter jo skoraj v celoti tudi povzema. ZEPEP ureja elektronsko poslovanje v elektronski obliki z uporabo informacijske in komunikacijske tehnologije ter uporabo elektronskega podpisa v pravnem prometu, kar vključuje tudi elektronsko poslovanje v *sodnih*, upravnih in drugih podobnih postopkih, če zakon ne določa drugače. Eden pomembnejših zakonov je tudi Zakon o elektronskem poslovanju na trgu.² Vsebinska in namen ZEPT sta določena v 1. členu, in sicer sta način in obseg elektronskega poslovanja na trgu določena v skladu z Direktivo 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju) (UL L št. 178 z dne 17. 7. 2000, str. 1). ZEPT ureja vprašanje storitev informacijske družbe kot gospodarskih dejavnosti, ki potekajo po internetu in so stalno dostopne. Pri tem pa zlasti ureja vprašanja glede sedeža ponudnikov storitev informacijske družbe, komercialnih sporočil, elektronskih pogodb, odgovornosti posrednikov, kodeksov ravnanja na področju storitev informacijske družbe, *izvensodnega reševanja sporov*, *sodnega varstva* in sodelovanja med državami članicami. Pri tem pa ne smemo pozabiti še na Zakon o varstvu dokumentarnega in arhivskega gradiva in arhivih,³ ki ureja način, organizacijo, infrastrukturo in izvedbo zajema ter hrambo dokumentarnega gradiva v fizični in elektronski obliki, veljavnost oziroma dokazno vrednost takega gradiva, varstvo arhivskega gradiva in pogoje za njegovo uporabo, naloge arhivov in javne arhivske službe ter s tem povezane storitve in nadzor nad izvajanjem. Med drugim pa je tu še Zakon o elektronskih komunikacijah.⁴

Na podlagi teh zakonov je bila sprejeta vrsta podzakonskih aktov, in sicer Uredba o pogojih za elektronsko poslovanje in elektronsko podpisovanje,⁵ Pravilnik o prijavi overovitev in vodenju registra overiteljev v Republiki Sloveniji,⁶ Uredba o varstvu dokumentarnega in arhivskega gradiva,⁷ Pravilnik o določanju rokov hranjenja dokumentarnega gradiva v javni upravi,⁸ Pravilnik o strokovni usposobljenosti uslužbencev javnopravnih oseb ter delavcev ponudnikov storitev, ki delajo z dokumentarnim gradivom.^{9, 10}

2 Uradni list RS, št. 61/06, s spremembami, v nadaljevanju ZEPT.

3 Uradni list RS, št. 30/06, s spremembami, v nadaljevanju ZVDAGA.

4 Uradni list RS, št. 43/04, s spremembami, v nadaljevanju ZEKom. Po več spremembah od uveljavitve je 15. januarja 2012 začel veljati nov Zakon o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/12 – ZEKom-1), ki v slovenski red v celoti prenaša direktivi 2009/136/ES in 2009/140/ES s področja elektronskih komunikacij ter hkrati v posameznih delih povzema rešitve predhodnega zakona in pravno izboljšuje obstoječo zakonsko ureditev.

5 Uradni list RS, št. 77/00, s spremembami.

6 Uradni list RS, št. 99/01, s spremembami.

7 Uradni list RS, št. 86/06.

8 Uradni list RS, št. 52/09.

9 Uradni list RS, št. 132/06, s spremembami.

10 Ureja pogoje za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih omrežij in za izvajanje elektronskih komunikacijskih storitev, ureja zagotavljanje univerzalne storitve upravljanja radiofrekvenčnega spektra, izrabo številkega prostora (oštevilčenje), določa pogoje za omejitev lastninske pravice, določa pravice uporabnikov, ureja delovanje omrežij in storitev v izrednih stanjih, ureja zaščito tajnosti in zaupnosti elektronskih komunikacij, ureja reševanje sporov med subjekti na trgu elektronskih komunikacij, ureja pristojnost, organizacijo in delovanje Agencije za pošto in elektronske komunikacije Republike Slovenije kot neodvisnega regulativnega organa ter pristojnost drugih organov, ki opravljajo naloge po tem zakonu, in ureja druga vprašanja, povezana z elektronskimi komunikacijami.

Na podlagi ZEPEP, ZEPT in ZVDAGA so bile v Zakon o pravdnem postopku¹¹ vnesene določbe, ki urejajo elektronsko poslovanje. Tako ZPP v 16., 23., 105., 105. a, 106., 107., 108., 112., 126., 127., 132., 139., 141. a, 149., 150., 174., 224., 323., 345., 361. in 375. členu ureja tudi elektronsko poslovanje v civilnih sodnih postopkih. Na podlagi določb ZPP, ki urejajo elektronsko poslovanje¹² v civilnih sodnih postopkih, je zakonodajalec sprejel Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih,¹³ ki podrobneje ureja vlaganje elektronskih vlog in elektronsko vročanje v pravdnem postopku in drugih civilnih sodnih postopkih, v katerih se za vlaganje elektronskih vlog in elektronsko vročanje uporabljajo določbe ZPP. PEPCSP glede vlaganja elektronskih vlog v civilnih sodnih postopkih predpisuje organizacijo in delovanje informacijskega sistema, pogoje in način vložitve vlog v elektronski obliki oziroma po elektronski poti, obliko zapisa vloge v elektronski obliki. Glede elektronskega vročanja pa predpisuje, kaj je varna elektronska pot, in določa podrobnejša pravila za delovanje pravnih in fizičnih oseb, ki opravljajo storitve vročanja pisanj po varni elektronski poti, tako da predpisuje podrobnejše zahteve za informacijski sistem za varno elektronsko vročanje.¹⁴

V civilnih sodnih postopkih, v katerih je trenutno omogočeno elektronsko poslovanje, tj. vlaganje elektronskih vlog in elektronsko vročanje, je bilo treba za tako poslovanje pripraviti tudi pravno podlago v matičnih predpisih. Tako so bili dopolnjeni Zakon o finančnem poslovanju, poslovanju, postopkih insolventnosti in prisilnem prenehanju,¹⁵ Zakon o zemljiški knjigi¹⁶ in Zakon o izvršbi in zavarovanju¹⁷ ter na podlagi vnesenih določb o elektronskem poslovanju sprejeti pravilniki, ki še podrobneje urejajo način in postopke vlaganja elektronskih vlog, elektronskega vročanja v teh vrstah elektronskih postopkov.¹⁸

2.1 Določbe zakona o pravdnem postopku, ki urejajo elektronsko poslovanje v civilnih sodnih postopkih, v povezavi z določbami podzakonskih aktov

S 13. 6. 2007 je začel veljati Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku – ZPP-C.¹⁹ Njegov cilj je bil povečanje učinkovitosti delovanja civilnega sodstva ter vpeljava pravne podlage za informatizacijo civilnih sodnih postopkov, ki se je že začela z delno informatizacijo izvršilnega postopka, in sicer z namenom uvedbe elektronskega poslovanja, elektronskih vlog, elektronskih odločb in elektronskega vpogleda v stanje elektronskih vlog.

¹¹ Zakon o pravdnem postopku (Uradni list RS, št. 73/07, s spremembami, v nadaljevanju ZPP).

¹² Predvsem tistih določil, ki urejajo vlaganje elektronskih vlog in elektronsko vročanje.

¹³ Uradni list RS, št. 64/10, s spremembami, v nadaljevanju PEPCSP.

¹⁴ Tako drugi in tretji odstavek 1. člena PEPCSP.

¹⁵ Uradni list RS, št. 126/07, s spremembami, v nadaljevanju ZFPPIPP.

¹⁶ Uradni list RS, št. 58/03, s spremembami, v nadaljevanju ZZK-1.

¹⁷ Uradni list RS, št. 51/98, s spremembami, v nadaljevanju ZIZ.

¹⁸ Pravilnik o elektronskem poslovanju v postopkih zaradi insolventnosti (Uradni list RS, št. 97/10), Pravilnik o zemljiški knjigi (Uradni list, št. 30/11, s spremembami) in Pravilnik o obrazcih, vrstah izvršb in avtomatiziranem izvršilnem postopku (Uradni list RS, št. 104/11, s spremembami, v nadaljevanju pravilnik – izvršba).

¹⁹ Uradni list RS, št. 52/07, v nadaljevanju ZPP-D.

2.1.1 Enakovrednost elektronske oblike s pisno

a) 16. a člen

Da bi lahko uvedli elektronsko poslovanje v civilnih sodnih postopkih, je bilo treba v ZPP dodati nov člen, s katerim se *pisna oblika dokumentov izenačuje z elektronsko obliko*,²⁰ seveda *pod pogoji, če so ti primerni za obdelavo na sodiščih*,²¹ *dosegljivi*²² *in primerni za poznejšo uporabo*.^{23, 24}

Zakonodajalec je bil pod vplivom skupnih priporočil Evropske unije glede elektronskega poslovanja in elektronskega podpisa, in sicer predvsem Direktive 1999/93/ES o okviru Skupnosti za elektronski podpis z dne 13. 12. 1999 z veljavnimi aneksi in standardi, pa tudi Modelnega zakona Komisije OZN za mednarodno gospodarsko pravo (UNCITRAL) o elektronskem poslovanju ter na podlagi navedenih aktov sprejetega Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu.

Pri tem ZPP še določa, da se *podatkom v elektronski obliki ne sme odreči dokazna vrednost samo zato, ker so v elektronski obliki*.

Nov člen je umeščen v prvo poglavje prvega dela, tj. med temeljne določbe zakona. S samo umestitvijo člena je zakonodajalec želel nakazati na njegovo pomembnost in ga povzdigniti med temeljna načela civilnega pravnega postopka ter s tem izrecno poudariti enakovrednost pisne in elektronske oblike ter njeno dokazno vrednost.

Za dosego enakovrednosti elektronske oblike s pisno morajo biti pisanja po naših pravilih praviloma podpisana z varnim elektronskim podpisom.

2.1.2 Vlaganje elektronskih vlog v civilnih sodnih postopkih po ZPP

a) 105. člen VLOGE

Vsebina 105. člena ZPP so vloge v pravnih postopkih. V tretjem odstavku ZPP je določeno, da mora vložnik vsako vlogo podpisati, razen če to zaradi oblike vloge ni mogoče. Hkrati pa *izenačuje lastnoročni podpis vložnika s podpisom z varnim elektronskim podpisom*, ki je overjen s kvalificiranim potrdilom,²⁵ zaradi česar ima tak podpis enako veljavnost kot tudi dokazno vrednost.²⁶

20 V vsebino navedenega člena so zajeti tako dokumenti, ki jih izdela sodišče (npr. sklep o izvršbi v elektronski obliki, ki ga izda Centralni oddelek za verodostojno listino), kot tudi tisti, ki prispejo na sodišče (npr. predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, ugovor v elektronski obliki, vložen prek portala e-izvršba ...).

21 Elektronske vloge, poslane sodišču, morajo biti take, da jih bo lahko sodišče ustrezno obdelalo.

22 Sodišče mora imeti na voljo tehnične možnosti za elektronsko poslovanje in obdelavo elektronskih vlog. Obdelava vlog vključuje odpiranje, branje, nadaljnje shranjevanje in ustrezno umeščanje v sistem.

23 Oblika elektronskih vlog se med postopkom ne sme spreminjati niti v daljšem časovnem obdobju. Zagotovljena mora biti njihova nespremenljivost, kar pa je glede na hiter razvoj informatike težka naloga. Prav tako je treba poskrbeti za ustrezno arhiviranje elektronskih vlog. Skladno z ZEPEP je mogoče elektronske vloge tudi spremeniti, če se ob tem tudi poskrbi, da so še vedno verodostojne in da kot take pomenijo elektronske vloge, prejete od vlagatelja.

24 Člena v ZPP imata naravo programske norme, saj enaki določbi vsebuje že ZEPEP, in sicer v 4. členu in prvem odstavku 13. člena.

25 Kvalificirano potrdilo je v 19. točki 2. člena ZEPEP opredeljeno kot potrdilo, ki izpolnjuje zahteve iz 28. člena ZEPEP in ga izda overitelj, ki prav tako deluje v skladu z ZEPEP.

V register overiteljev digitalnih potrdil v RS so trenutno vpisani štirje overitelji, ki zagotavljajo storitev izdaje in upravljanja kvalificiranih potrdil za varno elektronsko podpisovanje, to so: MPJU (storitev SIGEN-CA in SIGOV-CA, NLB, d. d., Pošta Slovenije, d. d., Halcom, d. d.

26 Enako tudi 15. člen ZEPEP.

Ko želimo doseči enakovrednost elektronske oblike s pisno, je večinoma potrebno, da so pisanja strank oziroma sodišč podpisana z varnim elektronskim podpisom. Elektronske vloge se, razen če minister, pristojen za pravosodje, ne določi za posamezne vrste vlog drugače, podpišejo z varnim elektronskim podpisom. To je podpis, ki ga enačimo z lastnoročnim podpisom, vendar mora izpolnjevati vsa merila za varen elektronski podpis in ni dovolj le elektronski podpis.

Varen elektronski podpis²⁷ je opredeljen v 4. točki prvega odstavka 2. člena ZEPEP. Izpolnjevati mora strožje zahteve, kot so predpisane za običajen elektronski podpis, in sicer:

- da je izključno povezan s podpisnikom;
- da je iz njega mogoče zanesljivo ugotoviti podpisnika;
- da je ustvarjen s sredstvi za varno elektronsko podpisovanje, ki so izključno pod podpisnikovim nadzorom, in
- da je povezan s podatki, na katere se nanaša, tako da je opazna vsakršna sprememba teh podatkov ali povezave z njimi.

Sestavljen je iz niza podatkov v elektronski obliki in kot tak namenjen izključno preverjanju pristnosti podpisanih podatkov in sami identifikaciji podpisnika. Neokrnjenost podpisanih podatkov je ena od pomembnih lastnosti varnega elektronskega podpisa.

Neposredno je z varnim elektronskim podpisom povezan tudi časovni žig.²⁸ Po 5. točki prvega odstavka 2. člena ZEPEP je časovni žig elektronsko podpisano potrdilo overitelja, ki potrjuje vsebino podatkov, na katere se nanaša v navedenem času.

Z njegovo pomočjo označimo ali preverimo obstoj podatkov v elektronski obliki v določenem času. Definicija v ZEPEP je nekoliko specifična, saj ga opredeljuje kot elektronsko podpisano potrdilo overitelja, ki potrjuje vsebino podatkov, na katere se nanaša, v navedenem času. Pri tem pa je imel zakonodajalec, ko je sprejemal ZEPEP, v mislih potrdilo kot niz podatkov v elektronski obliki, ne pa potrdila iz 19. točke prvega odstavka 2. člena ZEPEP. V elektronskem poslovanju ima časovni žig v povezavi z elektronskim podpisom velik pomen. *S pomočjo elektronskega podpisa ugotovimo, kdo je kaj storil, na podlagi časovnega žiga pa, kdaj je to storil.*²⁹

Sodišče v izvršilnem postopku ravna na podlagi vlog in drugih pisanj. Vloge in druga pisanja so v fizični ali elektronski obliki.

Pojme, kaj se šteje za elektronski predlog, elektronsko vlogo in drugo pisanje, elektronsko obvestilo in elektronsko prilogo, opredeljujejo peti do deveti odstavek 3. člena pravilnika – izvršba. Elektronski predlog je predlog za izvršbo in zavarovanje, ki je vložen elektronsko v skladu s četrtrim odstavkom 29. člena ZIZ. Za elektronsko vlogo in drugo pisanje se šteje vloga, ki je vložena elektronsko v postopku izvršbe in zavarovanja v skladu s četrtrim odstavkom 29. člena ZIZ. Za

²⁷ Angl. advanced electronic signature.

²⁸ Angl. time stamp.

²⁹ M. Pavliha, B. Jerman Blažič s soavtorji, Zakon o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 33.

elektronsko obvestilo pa se šteje obvestilo, ki ga organizacija za plačilni promet pošlje sodišču skladno s prvim odstavkom enajstega odstavka 141. člena ZIZ. Za elektronski predlog, elektronsko vlogo in drugo pisanje ter elektronsko obvestilo se uporablja skupni pojem elektronska vloga. Elektronska priloga je v elektronsko obliko pretvorjena pisna listina, ki se priloži elektronski vlogi skladno z enajstim odstavkom 29. člena ZIZ.

V pravilniku – izvršba je minister, pristojen za pravosodje, predpisal vrste izvršb, v katerih se predlogi za izvršbo in druge vloge pošiljajo na obrazcih, in vsebino teh obrazcev, vrste izvršb, v katerih se predlogi za izvršbo in druge vloge vlagajo po elektronski poti in obdelujejo v informacijskem sistemu avtomatizirano, ter potek takega postopka. Pravilnik – izvršba vsebuje tudi seznam vlog in drugih pisanj, ki se lahko pošiljajo po elektronski poti, ali seznam strank, ki lahko pošiljajo vloge in druga pisanja po elektronski poti, podpisana tako, kot to določa 29. člen ZIZ, ter predpisuje način identifikacije strank v takih primerih.

Le predlogi za izvršbo na podlagi verodostojne listine za izterjavo denarne terjatve na podlagi verodostojne listine, razen predlogov na podlagi priložene menice po 41. a členu ZIZ, ter predlogi za nasprotno izvršbo za vrnitev denarne terjatve se pošiljajo na obrazcih, ki so predpisani s pravilnikom – izvršba. Sestavni del tega pravilnika so tudi navodila za izpolnjevanje obeh obrazcev,³⁰ elektronskega ali tistega v fizični obliki. Glede na drugi odstavek 105. b člena ZPP se namreč zahteva, da imajo obrazci v elektronski obliki enako vsebino kot obrazci, ki so predpisani v fizični obliki. Če je za vlogo predpisano, da se mora vložiti na obrazcu, in ta ni vložena tako, jo sodišče šteje za nepopolno vlogo.

Podobno se v avtomatiziranem postopku obdelujejo le predlogi za izvršbo za izterjavo denarne terjatve na podlagi verodostojne listine, razen predlogov za izvršbo na podlagi priložene menice po 41. a členu ZIZ.³¹

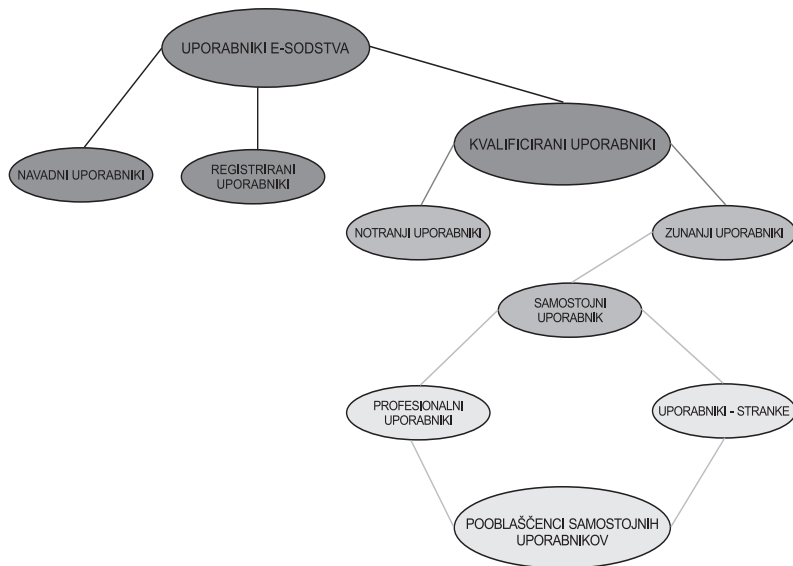
V postopkih izvršbe, v katerih so vložene elektronske vloge, se šteje, da jih je podpisala oseba, ki je na vlogi in drugem pisanju podpisana z varnim elektronskim podpisom s kvalificiranim potrdilom ali je na vlogi in drugem pisanju navedena kot podpisnik in ji je ministrstvo, pristojno za pravosodje, izdalo posebno dovoljenje za pošiljanje vlog in drugih pisanj sodišču v elektronski obliki ali je na vlogi in drugem pisanju navedena kot podpisnik.³² V skladu s 30. členom pravilnika – izvršba, ki opredeljuje »način identifikacije strank« v postopkih izvršbe, je določeno, da se te identificirajo skladno s prvim odstavkom 8. člena PEPCSP.³³

30 Tako 4. člen pravilnika – izvršba.

31 5. člen pravilnika – izvršba.

32 Četrty odstavek 29. člena ZIZ.

33 Uporabniki informacijskega sistema e-sodstvo se delijo na splošne skupine: navadni uporabniki, registrirani uporabniki, kvalificirani uporabniki. Kvalificirani uporabniki se delijo na notranje in zunanje. Zunanji kvalificirani uporabniki se delijo na samostojne zunanje in pooblaščenice samostojnih uporabnikov. Samostojni zunanji kvalificirani uporabniki se delijo na profesionalne uporabnike in uporabnike stranke. Profesionalni uporabniki se delijo na skupine: notarji, odvetniki, izvršitelji, upravitelji, DP RS, državna tožilstva, nepremičninske družbe, občinska pravobrnilstva. Uporabniki stranke se delijo na stranke – pravne osebe, stranke – fizične osebe ter državne organe in organe lokalni skupnosti.



Slika 1: Prikaz uporabnikov informacijskega sistema e-sodstvo

Za vloge in druga pisanja v elektronski obliki, oddana prek podportala e-izvršba, se šteje, da jih je podpisala oseba, ki je na vlogi in drugem pisanju podpisana z varnim elektronskim podpisom s kvalificiranim potrdilom, na vlogi in drugem pisanju navedena kot podpisnik in ji je ministrstvo, pristojno za pravosodje, izdalo dovoljenje ali je na vlogi in drugem pisanju navedena kot podpisnik. Vse elektronske vloge, ki so navedene v prilogi 5 pravilnika – izvršba (Preglednica e-izvršba – opravila – elektronski predlogi – vloge in druga pisanja),³⁴ se po elektronski poti lahko pošljejo tako, da so podpisana z varnim elektronskim podpisom s kvalificiranim potrdilom. Paket predlogov za izterjavo denarne terjatve na podlagi verodostojne listine se po elektronski poti lahko pošlje podpisan tako, da je na vlogi kot podpisnik navedena oseba, ki ji je ministrstvo, pristojno za pravosodje, izdalo dovoljenje za paketno oddajo predlogov. Hkrati mora oseba, ki želi paketno oddajati predloge za izvršbo na podlagi verodostojne listine, pri Centru za informatiko na Vrhovnem sodišču RS opraviti predhodni preizkus paketne oddaje predlogov. Če je ta uspešen in če ima tudi pridobljeno dovoljenje za oddajo, lahko oddaja pakete predlogov za izvršbo na podlagi verodostojne listine. Izjema od zgoraj navedenega podpisovanja je predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, ne pa tudi na podlagi priložene menice po 41. a členu, saj se lahko ta pošlje sodišču tudi, če ni podpisan z varnim elektronskim podpisom s kvalificiranim potrdilom ali če nima izdanega dovoljenja ministrstva za pravosodje, temveč zadostuje, da je v predlogu oseba navedena kot podpisnik.

³⁴ Predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, tudi na podlagi priložene menice po 41. a členu, predlog za izvršbo na podlagi izvršilnega naslova, predlog za zavarovanje, dopolnitve vseh predlogov, predlog za odlog, predlog za umik/delni umik, zahteva za odpravo nepravilnosti, predlog za novo izvršilno sredstvo, ugovor, pritožba, zahteva za varstvo zakonitosti, predlog za obnovo postopka, pisno poročilo izvršitelja o opravljenih neposrednih dejanjih izvršbe in pisno poročilo izvršitelja o opravljenih neposrednih dejanjih izvršbe – končno, odgovor na pravno sredstvo, rubežni zapisnik, zapisnik o rubežu nepremičnine, račun izvršitelja, zapisnik o javni dražbi, zapisnik, da rubež ni bil opravljen, izvršitelj predlog za izločitev, vloga, poročilo, obvestilo OPP o nerealiziranem sklepu o izvršbi po 141. členu ZLZ, zahteva upnika, da o obračunu plačila za delo in stroškov izvršitelja odloči sodišče.

b) 105. b člen VLAGANJE VLOG

ZPP-C je dodal nov 105. b člen, katerega namen je urediti vlaganje vlog, med drugim tudi tistih, ki so vložene v elektronski obliki. Tako ZPP določa, da je pisna vloga vsaka vloga, ki je napisana ali natisnjena in lastnoročno podpisana (t. i. vloga v fizični obliki), ter vloga, ki je v elektronski obliki in je podpisana z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom. Vlagatelj elektronsko vlogo vложи tako, da jo pošlje po elektronski poti informacijskemu sistemu. Ta pa vložniku samodejno potrdi njen prejem.³⁵

V nadaljevanju je zakonodajalec zapisal, da pristojni organ za sodišča, ki je Center za informatiko na Vrhovnem sodišču RS, vzpostavi enotni informacijski sistem. Enotni informacijski sistem je vzpostavljen in se imenuje e-sodstvo, urejen pa je skladno s PEPCSP. V PEPCSP so podrobneje določeni pogoji in načini elektronskega vlaganja elektronskih vlog v civilnih sodnih postopkih, elektronskega vročanja ter organizacija in delovanje informacijskega sistema e-sodstvo.³⁶ Del informacijskega sistema e-sodstvo je tudi informacijski sistem e-izvršba, ki je sistem za podporo poslovanja v postopkih izvršbe in zavarovanja. To je programska oprema, ki jo upravlja Center za informatiko na Vrhovnem sodišču RS in vključuje module za informacijsko podporo vlaganju predlogov, vlog in drugih pisanj, vodenje elektronskih vpisnikov v postopkih izvršbe in zavarovanja, poizvedbe v postopkih izvršbe in zavarovanja. Vlagatelj ima lahko na podportalu e-izvršba, ki je del informacijskega sistema e-sodstvo, dostop do izvajanja e-opravlil v e-izvršbi – postopku.³⁷

Vloge, ki se vlagajo v elektronski obliki, morajo biti podpisane z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom. Minister, pristojen za pravosodje, lahko določi izjeme, ko se elektronska vloga lahko vложи brez varnega elektronskega podpisa, overjenega s kvalificiranim potrdilom, in način identifikacije strank v takih primerih. Primer elektronske vloge, ki se lahko vложи, ne da bi jo vložnik podpisal z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom, je predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine, ki se vложи na Centralni oddelek za verodostojno listino Okrajnega sodišča v Ljubljani. Zanj je minister, pristojen za pravosodje, določil, da je dovolj, da je v vlogi stranka navedena kot podpisnik in da se stranka identificira skladno z 2. točko prvega odstavka 8. člena PEPCSP, in sicer da se pri uporabi informacijskega sistema e-sodstvo izkaže z vnosom uporabniškega imena in gesla (t. i. registrirani uporabnik portala e-sodstvo).

Način sestave elektronskega predloga, elektronske vloge in drugega pisanja prek podportala e-izvršba opredeljujejo 9. člen pravilnika – izvršba ter prvi in drugi odstavek 18. člena PEPCSP. Uporabnik, ki želi na podportalu vložiti elektronsko vlogo, mora izbrati ustrezen postopek (e-opravilo) in z uporabo ustreznih funkcionalnosti modula e-izvršba –opravila v zaslonski obrazec vnesti podatke, ki jih mora vsebovati elektronska vloga (standardiziran obrazec elektronske vloge). Izredno pomembna je določba, da mora uporabnik, če elektronska vloga po zakonu ali presoji predlagatelja vsebuje tudi obrazložitev, to obrazložitev oblikovati kot poseben elektronski dokument, tj. nestandardiziran del besedila elektronske vloge,

³⁵ Prvi odstavek 105. b člena ZPP.

³⁶ Zahteve iz četrtega odstavka 105. b člena ZPP, ki določa, da minister, pristojen za pravosodje, predpiše pogoje in način vložitve vloge v elektronski obliki oziroma po elektronski poti, obliko zapisa vloge v elektronski obliki ter organizacijo in delovanje informacijskega sistema.

³⁷ Tako prvi, drugi in tretji odstavek 3. člena pravilnika – izvršba.

ki ustreza zahtevam iz 19. člena PEPCSP, ter ga priložiti e-izvršbi – opraviлом z uporabo ustrezne funkcionalnosti modula in ga podpisati s svojim varnim elektronskim podpisom.³⁸ Enak način prilaganja elektronskega dokumenta velja tudi, če želi vlagatelj elektronski vlogi priložiti priloge.³⁹

Informacijski sistem e-izvršba mora v trenutku, ko oddano elektronsko vlogo prejme strežnik, zagotoviti, da se opremi s časovnim žigom, da se uporabniku na podportalu e-izvršba prikaže obvestilo o času oddaje elektronske vloge in da se nova izvršilna zadeva vpiše v e-izvršbo – vpisnik ali se elektronska vloga doda na zadevo.

Za odvetnika, notarja, izvršitelja in Državno pravobranilstvo RS ZIZ v osmem odstavku 29. člena ZIZ določa, da morajo vse vloge in druga pisanja vložiti v elektronski obliki. Če ne ravna jo v skladu z osmim odstavkom, se za vlogo ne uporabljajo pravila o nepopolnih vlogah in jo sodišče zavrne. Navedeni določbi se še nista začeli uporabljati, saj minister, pristojen za pravosodje, še ni izdal sklepa, v katerem bi določil datum, od katerega se uporabljata. Izdal pa je že sklep, da se četrti do sedmi odstavek 29. b člena in prvi stavek enajstega odstavka 141. člena ZIZ začnejo uporabljati s 1. 3. 2011. Z navedenima določbama se je skrajšal rok za plačilo sodne takse za elektronsko vloženi predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine z 10 na 8 dni, hkrati je z njima predpisano, da morajo organizacije za plačilni promet obvestila po 141. členu pošiljati sodišču v elektronski obliki, podpisana pa morajo biti z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.

c) 106. člen ŠTEVILO IZVODOV VLOG IN PRILOG

Da je mogoče v celoti izpeljati vlaganje vlog v elektronski obliki, je ZPP določil izjemo od števila vlog in prilog, ki jih mora stranka izročiti sodišču za sodišče in nasprotno stranko ali nasprotno stranke. Če je vloga vložena v elektronski obliki, vložniku ni treba elektronski vlogi prilagati zadostnega števila izvodov za sodišče in nasprotno stranko, saj ZPP določa, da se pošljejo le v enem izvodu. Če bo v postopku vročanje vlog in prilog nasprotni stranki v fizični (papirni) obliki in ne bo izvedeno vročanje po varni elektronski poti, bo sodišče naredilo toliko elektronskih kopij, fotokopij vloge ali prilog, kolikor jih bo potrebno za nasprotno stranko.

Ker je mogoče v postopkih izvršbe vlagati vloge v fizični in elektronski obliki, se zastavi vprašanje, ali je treba v pravni pouk vključiti izbirno besedilo glede števila izvodov ugovora/pritožbe.

Kadar je stranka pozvana k vložitvi vloge ali prilog, ni nujno, da je opozorjena tudi na to, v koliko izvodih naj jih vložijo, ker še vedno obstaja možnost poziva stranki (in sankcije), naj predloži zadostno število izvodov v skladu s šestim odstavkom 108. člena ZPP.

Drugače pa velja za pravni pouk za pritožbo. Vsebinsko pravnega pouka o pritožbi določa šesti odstavek 324. člena ZPP, med drugim tudi, da sodišče v njem navede, pri katerem sodišču se pritožba vložijo v izvirniku in v koliko izvodih. Glede na to, da se v pritožbenem postopku ne uporabljajo določbe 108. člena ZPP o vračanju nepopolnih vlog v dopolnitev (336. člen ZPP), je zato treba v pravnem pouku za pritožbo vendarle navesti, v koliko izvodih naj se pritožba vložijo.

³⁸ Drugi odstavek 9. člena pravilnika – izvršba.

³⁹ Tretji odstavek 9. člena pravilnika – izvršba.

Po 106. členu ZPP pa za pritožbo, vloženo v elektronski obliki, velja drugi odstavek tega člena – vloge in priloge, vložene po elektronski poti, ki jih je treba vročiti nasprotni stranki, se pošljejo v enem izvodu. Sodišče pa naredi toliko elektronskih kopij ali fotokopij, kolikor je potrebno za nasprotno stranko.

ZIZ podobne določbe za postopek o ugovoru in vsebino pravnega pouka o ugovoru zoper sklep o izvršbi ne vsebuje.

d) 107. člen LISTINE

Zaradi uvedbe elektronskega poslovanja v civilnih sodnih postopkih v najširšem smislu, tj. elektronsko vlaganje, vročanje, obveščanje, e-spis, in ker pri elektronskem vlaganju strankam največ težav povzroča pošiljanje listin v elektronski obliki, je ZPP podrobneje določil, v kakšnih oblikah se lahko vlagajo listine.

Kot prepis listine se v skladu z ZVDAG štejejo:

- zajeta in hranjenja mikrofilmska ali elektronska (skenirana) kopija,
- reprodukcija te kopije ali overjen prepis,
- navaden prepis ali mikrofilmska, elektronska (skenirana) kopija,
- fotokopija ali reprodukcija te kopije.

Čeprav se po tem členu za listino šteje tudi prepis listine, lahko sodišče na predlog nasprotne stranke od vložnika zahteva, da listino predloži v izvirniku.

Če želi kvalificirani uporabnik na podportalu e-izvršba – postopek vložiti elektronsko vlogo in mora priložiti listine v izvirniku, jih mora pretovoriti v elektronsko obliko, tako da jih skenira⁴⁰ in da ustrezajo zahtevam iz tretjega odstavka 19. člena PEPCSP, ter jih podpisati s svojim varnim elektronskim podpisom in priložiti elektronski vlogi.

Na podportalu e-izvršba je le kvalificiranim vlagateljem, tj. tistim, ki so v informacijski sistem e-sodstvo prijavljeni z varnim elektronskim potrdilom, ki se nanaša na njihovo davčno številko, omogočeno prilaganje elektronskih dokumentov, razen predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine. Predlogu za izvršbo na podlagi verodostojne listine,⁴¹ ki se oddaja prek podportala e-izvršba in je za dovolitev izvršbe pristojen Centralni oddelek za verodostojno listino pri Okrajnem sodišču v Ljubljani, namreč ni mogoče priložiti elektronskega dokumenta po 19. členu PEPCSP, saj je zanj predpisan standardiziran obrazec elektronske vloge, ki vsebuje vse z zakonom zahtevane sestavine predloga, pa tudi to, da po petem odstavku 41. člena ZIZ verodostojne listine, na podlagi katere upnik zahteva izvršbo, ni treba priložiti, temveč je dovolj, da jo določno označi in navede datum zapadlosti terjatve. Pred oddajo elektronske vloge na podportalu e-izvršba mora kvalificirani uporabnik vse priložene elektronske dokumente po 19. členu PEPCSP, med katerimi so lahko tudi listine, ki bi morale biti priložene v izvirniku, če bi se vloga vlagala v fizični obliki, podpisati z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.

40 Listino mora pretvoriti v elektronski dokument po drugem odstavku 19. člena PEPCSP. Ta odstavek navaja primere, ko mora nestandardiziran del besedila elektronske vloge, ki je izvorno sestavljen kot pisni dokument – smiselno enako velja tudi za priloge, ki so lahko tudi listine – zaradi priložitve e-opravilu pretovoriti v elektronski dokument, tako da ta del besedila skenira.

41 Ki ni predlog po 41. a členu ZIZ na podlagi priložene menice.

e) 108. člen NEPOPOLNE VLOGE

Če elektronska vloga ni primerna za obdelavo na sodišču, gre za nepopolno vlogo. Sodišče mora vložniku v zahtevi sporočiti predpisano obliko zapisa vloge v elektronski obliki, ki je primerna za obdelavo na sodišču, in ga opozoriti na pravne posledice (zavrženje), če ne bo ravnal skladno z zahtevo.

Če vložnik v predpisanem roku ne bo ravnal skladno z zahtevo sodišča in elektronske vloge ne bo vložil v obliki, primerni za obdelavo na sodišču, jo bo sodišče zavrгло.

Obliko zapisa vloge v elektronski obliki, ki je primerna za obdelavo na sodišču, predpisuje 19. člen PEPCSP. V tretjem odstavku tega člena je določeno, da mora elektronski dokument ustrezati tem zahtevam:

- biti v obliki pdf/a na črno-bel način,
- ločljivost mora biti med 240 dpi in 300 dpi,
- če pisna listina obsega več listov, morajo biti vsi listi, ki jih obsega listina, vsebovani v eni datoteki pdf tako, da je vsak list na svoji strani brez vmesnih praznih listov,
- če se prilagata dve listini ali več listin, mora biti vsaka listina v svoji datoteki pdf.

V praksi izvršilnih sodišč elektronske vloge največkrat ne ustrezajo meriloma iz prve in druge alineje, in sicer da vloga ni v obliki pdf/a, da ni v črno-belem načinu in da dokument nima ustrezne ločljivosti. Navadno takih vlog v elektronski obliki sodišča ne bodo sposobna obdelati, zaradi česar morajo vložnika z zahtevo pozvati, naj vlogo vloži v elektronski obliki, ki je primerna za obdelavo, in zahteve iz tretjega odstavka 19. člena PEPCS vložniku tudi sporočiti. Še prej pa lahko sodišče Center za informatiko na Vrhovnem sodišču RS zaprosi, da pregleda elektronsko vlogo, ki je ne more obdelati, in ugotovi, katerim zahtevam iz PEPCS elektronska vloga ne ustreza, in na to še posebej opozori vložnika.

Če elektronski dokument, ki je priložen e-opravilu, ne ustreza zahtevam iz prvega, drugega in tretjega odstavka 19. člena PEPCSP, se šteje, da je elektronska vloga nepopolna po četrtem odstavku 19. člena PEPCSP. Če je vloga nerazumljiva ali ne vsebuje vsega, kar je treba, da bi se lahko obravnavala, sodišče od vložnika zahteva, naj jo popravi oziroma dopolni. Če je vložena v e-obliki in kot taka ni primerna za obdelavo na sodišču, sodišče v zahtevi to sporoči vložniku in tudi predpisano obliko zapisa elektronske vloge ter ga opozori na pravne posledice, če ne bo ravnal skladno z zahtevo po prvem odstavku 108. člena ZPP.

Če vložnik vloge ne popravi ali dopolni tako, da je primerna za obravnavo, jo sodišče zavrže po petem odstavku 108. člena ZPP.

V postopku s pritožbo se ne uporabljajo določbe 108. člena ZPP o vračanju nepopolnih vlog v dopolnitev, zaradi česar lahko po 336. členu ZPP sledi takojšnje zavrženje.

V postopkih izvršbe in zavarovanja se po 7. členu pravilnika – izvršba za e-izvršbo – opravila smiselno uporabljajo pravila, določena v 17. do 19. členu PEPCSP, če ni v tem pravilniku drugače določeno, tako tudi glede tehničnih zahtev, ki jim morajo ustrezati elektronski dokumenti, ki se vlagajo v obliki e-opravil (elektronskih vlog) na podportalu e-izvršba.

2.1.3 Čas vložitve elektronske vloge

a) 112. člen

Če je vloga vložena v elektronski obliki, se za trenutek izročitve sodišču, na katero je naslovljena, šteje čas, ko jo je prejel informacijski sistem.

ZEPEP v 9. členu določa, da se šteje, da je elektronsko sporočilo *odposlano*, ko vstopi v informacijski sistem zunaj nadzora pošiljatelja ali osebe, ki je elektronsko sporočilo poslala v imenu pošiljatelja in v skladu z njegovo voljo. V drugem odstavku 10. člena določi izjemo, ko se za čas prejema elektronskega sporočila ne šteje tisti čas, ko elektronsko sporočilo vstopi v prejemnikov informacijski sistem, temveč se za *čas prejema elektronskega sporočila, če je prejemnik posebej določil informacijski sistem za prejem elektronskih sporočil*, šteje čas, ko elektronsko sporočilo vstopi v ta informacijski sistem.

ZIZ v šestem odstavku 29. člena predpiše, da se vloga v elektronski obliki, ki je bila oddana v elektronskem izvršilnem postopku, *šteje za vloženo, ko informacijski sistem e-izvršba samodejno potrdi prejem vložniku*, če zakon ne določa drugače.

Če je elektronska vloga vezana na rok, se šteje, da je bila vložena v času, ko jo prek informacijskega sistema e-sodstvo prejme strežnik, na katerem teče modul e-vpisnik za vrsto civilnega sodnega postopka, v katerem se vlaga ta vloga.

Vse vloge, ki jih vložniki oddajo prek podportala, imajo na prvi strani, ko si jo prikažemo, dodan dohodni zaznamek, ki vsebuje tudi podatke o prejemu oziroma oddaji vloge.

Pri elektronsko oddanem predlogu za izvršbo na podlagi verodostojne listine, ki ga vloži registrirani uporabnik oziroma paketni vlagatelj,⁴² se na dohodni zaznamek zapiše datum prejema elektronske vloge v informacijski sistem e-sodstvo. Če pa predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine oziroma katero koli drugo elektronsko vlogo vloži kvalificirani uporabnik portala e-sodstvo,⁴³ se v dohodni zaznamek zapiše datum časovnega žiga vložnika, tj. tisti trenutek, ko je vložnik na podportalu e-izvršba elektronsko vlogo podpisal z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom, in jo tudi uspešno oddal.⁴⁴

42 Podpisnik take elektronske vloge je po 28. členu pravilnika – izvršba oseba, ki je v vlogi in drugem pisanju navedena kot podpisnik in ji je ministrstvo izdalo dovoljenje. Pri predlogu za izvršbo na podlagi verodostojne listine, vložnem po elektronski poti, postopek poteka prek spletne storitve na portalu e-sodstvo.

43 Uporabnike informacijskega sistema e-sodstvo, portala e-sodstvo in s tem tudi podportala e-izvršba podrobneje razčlenjuje 8. člen PEPCSP.

44 Drugi odstavek 10. člen določa, da mora informacijski sistem e-izvršba v trenutku, ko oddani elektronski predlog ali drugo pisanje prejme strežnik, na katerem teče modul e-izvršba – vpisnik, zagotoviti:

- da se elektronska vloga opremi s časovnim žigom iz 1. točke tretjega odstavka 18. člena PEPCSP,
- da se uporabniku na podportalu e-izvršba prikaže obvestilo o času oddaje elektronske vloge po 2. točki tretjega odstavka PEPCSP in
- da se vpiše nova izvršilna zadeva v e-izvršbo – vpisnik na podlagi elektronskega predloga ali se elektronska vloga doda na zadevo.

2.1.4 Elektronsko vročanje v civilnih sodnih postopkih po ZPP

a) 132. člen NAČIN VROČANJA

ZPP je vzpostavil pravne temelje, da se stranka, ki vloži vlogo v fizični obliki, odloči, ali želi vročitev pisanj po varni elektronski poti v varen elektronski predal,⁴⁵ ki ga navede v vlogi. Če stranka vloži vlogo v elektronski obliki, se domneva, da želi, da se ji vroča po varni elektronski poti, tj. v VEP. Razen če bo stranka v elektronski vlogi sporočila, da ne želi, da se ji vroča po varni elektronski poti, sodišče stranki pisanja ne bo vročalo v VEP.

Če stranki, ki je vložila vlogo v fizični obliki in sodišču sporočila, da želi, da se ji vroča v VEP, pa tudi če bo vložila vlogo v elektronski obliki in ne bo sporočila, da ne želi, da se ji vroča v VEP, vročitev v VEP ne bo mogoča, se opravi vročitev v fizični obliki, pri tem pa mora sodišče kvalificiranega uporabnika tudi seznaniti, zakaj ni opravilo vročitve v VEP.^{46, 47}

Zakonodajalec je za kvalificirane uporabnike, ki so državni organi, odvetniki, notarji, izvršitelji, sodni izvedenci, sodni cenilci, sodni tolmači, stečajni upravitelji, in za druge osebe oziroma organe, pri katerih se zaradi njihove narave dela domneva večja zanesljivost pri delu, predpisal obvezno vročanje v VEP.⁴⁸ Ti naj bi morali glede na naravo dela, ki ga opravljajo, obvezno imeti varen elektronski poštni predal.⁴⁹

Seznam oseb, ki se jim vroča v VEP, objavi Vrhovno sodišče RS na svoji spletni strani, vendar ga še ni objavilo. Ko bo objavljen, bodo morali vse osebe in organi s seznama odpreti VEP, če ga še niso, in Vrhovnemu sodišču RS sporočiti vsakršno spremembo njegovega naslova, saj se za uradni naslov VEP, na katerega bodo sodišča vročala elektronske pošiljke, šteje naslov, objavljen na seznamu.⁵⁰

PEPCSP glede elektronskega vročanja v civilnih sodnih postopkih predpisuje, kaj je varna elektronska pot, in hkrati določa podrobnejša pravila za delovanje pravnih in fizičnih oseb, ki opravljajo vročanje pisanj po varni elektronski poti, tako da predpisuje podrobnejše zahteve za informacijski sistem za varno elektronsko vročanje.

Vročitev po varni elektronski poti po ZPP je po prvem odstavku 7. člena PEPCSP pojem elektronska vročitev.

⁴⁵ V nadaljevanju VEP.

⁴⁶ Pri elektronskem postopku e-izvršba sodišče ne bo moglo vročiti elektronske pošiljke v VEP, če vsa pisanja v pošiljki ne bodo v elektronski obliki, če bo pisanje presegalo določeno omejitev velikosti VEP, če bo VEP v trenutku, ko bo sodišče želelo izvesti vročitev, zaprt/ne bo obstajal.

⁴⁷ Glej peti odstavek 132. člena ZPP.

⁴⁸ Sedmi odstavek 132. člena ZPP.

⁴⁹ V postopkih e-ZK in e-INS je obvezno vlaganje vseh vlog kvalificiranih uporabnikov v elektronski obliki. Če želijo uporabniki vlagati vloge v teh postopkih, se morajo registrirani v varnostno shemo informacijskega sistema e-sodstvo, pri čemer je eden od pogojev tudi odprt varni elektronski predal. Npr. vsi odvetniki, notarji, ki izvajajo e-opravila v e-INS in e-ZK, so imeli že pred tehničnimi možnostmi elektronskega poslovanja v postopku e-izvršba odprte VEP. Z uveljavitvijo elektronskega vlaganja vlog v postopku e-izvršba se je njihovo število, pa tudi število drugih zunanjih kvalificiranih uporabnikov, ki so vključeni v informacijski sistem e-sodstvo, zaradi česar imajo odprt tudi VEP, samo še povečalo.

⁵⁰ Glej tudi osmi odstavek 132. člena ZPP.

Vrhovno sodišče je vzpostavilo sistem za varno elektronsko vročanje, ki omogoča, da se izvedejo postopki elektronske vročitve v skladu s tretjim do osmim odstavkom 141. a člena ZPP in PEPCSP, da se vsa elektronska sporočila, ki jih pošlje informacijski sistem za vročanje, podpišejo s kvalificiranim potrdilom strežnika, na katerem teče ta informacijski sistem, ter da izmenjava elektronskih sporočil in elektronskih dokumentov v civilnih sodnih postopkih poteka po shemi XML in v skladu z drugimi tehničnimi zahtevami, ki jih določi Center za informatiko na Vrhovnem sodišču RS.⁵¹

V postopkih izvršbe elektronsko vročanje v varne elektronske predale kvalificiranih uporabnikov informacijskega sistema e-sodstvo še ni mogoče, je pa predvideno, da bo to v informacijskem sistemu e-izvršba omogočeno še letos in se bo kvalificiranim uporabnikom ob izpolnitvi preostalih pogojev pisanje vročalo v VEP. Prav tako bo moralo ministrstvo, pristojno za pravosodje, pravilnik – izvršba ustrezno dopolniti z določbami o vročanju v VEP v postopkih izvršbe.

b) 139. člen ČAS IN KRAJ VROČANJA

Vsebina prvega odstavka se ukvarja s časom vročanja, kadar se vročitev opravlja po elektronski poti, tj. v VEP. Ker taka vrsta vročitve za kvalificiranega uporabnika ni moteča niti ne moti strankine zasebnosti, se ji lahko vroča 24 ur na dan.

Zakon v drugem odstavku kot kraj vročitve uveljavlja tudi ustrezen elektronski naslov kvalificiranega uporabnika (naslovnika elektronskega pisanja) skladno z določbami od četrtega do sedmega odstavka 132. člena ZPP.

c) 141. a člen VROČITEV PISANJA V ELEKTRONSKI OBLIKI

Člen se ukvarja z načinom vročitve pisanj, ki so v elektronski obliki.⁵² Pisanja v elektronski obliki se lahko vročajo v fizični ali elektronski obliki v VEP. Kadar bo sodišče vročalo v fizični obliki, se bodo elektronska pisanja natisnila in v fizični obliki vročala stranki. Vročanje v VEP, ki je pravno izenačeno z vročanjem v fizični obliki, se opravlja po informacijskem sistemu za varno elektronsko vročanje, in sicer s posredovanjem organizacije, ki opravlja dejavnost elektronskega vročanja. *Vročanje v VEP bo veljalo tako za navadno kot tudi osebno vročitev.*⁵³ Če se bo elektronsko pisanje⁵⁴ iz izvršilnega sodišča stranki postopka vročalo v VEP, ga bo informacijski sistem e-sodstvo podpisal s kvalificiranim digitalnim potrdilom strežnika informacijskega sistema e-sodstvo in ga poslal informacijskemu sistemu za varno elektronsko vročanje, v katerem ima naslovnik svoj varni elektronski predal, s sporočilom, ki vsebuje podatke o pošiljatelju – sodišču, oznaki elektronskega dokumenta – pisanja, ki jo določi informacijski sistem e-sodstvo, ter varnem elektronskem predalu naslovnika.⁵⁵

⁵¹ Drugi odstavek 7. člena PEPCSP.

⁵² Bodisi da gre za gradivo v elektronski obliki (skupaj gradivo v digitalni obliki in gradivo v analogni obliki), ki je bilo ustvarjeno v elektronski obliki oziroma ga je v tako obliko pretvorilo sodišče (na primer Centralni oddelek za verodostojno listino vse vloge, ki jih v civilnem sodnem postopku prejme sodišče v fizični obliki, skenira in jih tako pretvori v digitalno obliko). Glej tudi peto, šesto, sedmo alinejo prvega odstavka 2. člena ZVDAGA.

⁵³ Tako V. Rijavec v Pravdni postopek, Zakon s komentarjem spremenjenih členov, 4. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana 2010, in Poročevalec Državnega zbora št. 00720-4/2007/14 z dne 04/2007 k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku, k 16. členu, str. 22.

⁵⁴ V nadaljevanju elektronska pošiljka.

⁵⁵ Glej prvi odstavek 25. člena PEPCSP.

Pri vročanju pa mora informacijski sistem za varno elektronsko vročanje potrditi prejem pisanja v postopek vročanja tako, da informacijskemu sistemu e-sodstvo pošlje sporočilo o potrditvi prejema, ki je podpisano s kvalificiranimi potrdilom strežnika, na katerem teče informacijski sistem za varno elektronsko vročanje.⁵⁶

Informacijski sistem za varno elektronsko vročanje poskrbi, da je elektronska pošiljka poslana kvalificiranemu uporabniku (naslovniku) v VEP hkrati z elektronskim obvestilom o prispeli pošiljki⁵⁷ iz petega odstavka 141. a člena ZPP. Informacijski sistem naslovniku pošlje informativno sporočilo, v katerem ga opozori, da je v informacijskem sistemu elektronska pošiljka in da jo mora prevzeti v 15 dneh od dneva, ko mu je bila poslana v njegov VEP, ter ga izrecno opozori tudi na pravne posledice iz sedmega odstavka tega člena.

Kvalificirani uporabnik (naslovnik), na katerega je bila naslovljena elektronska pošiljka, bo pošiljko prevzel iz informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje z uporabo kvalificiranega digitalnega potrdila. Z njim bo dokazal svojo istovetnost, presnel elektronski dokument in elektronsko podpisal vročilnico z varnim elektronskim podpisom.⁵⁸ Vročitev se šteje za opravljeno z dnem, ko naslovnik prevzame pisanje.⁵⁹

Če kvalificirani uporabnik (naslovnik) elektronske pošiljke, ki je bila poslana v njegov VEP, v 15 dneh ne bo prevzel, bodo nastopile posledice iz sedmega odstavka 141. a člena ZPP. Z dnem poteka 15-dnevnega roka bo informacijski sistem pisanje izbrisal ter poslal naslovniku in sodišču elektronsko sporočilo, da je pisanje izbrisano iz informacijskega sistema in ga naslovnik lahko prevzame na sodišču, ki je odredilo vročitev.

Prav tako je v tem členu predvidna možnost elektronskega vročanja tistih pisanj, katerih izvirnik je v fizični obliki, vendar le, če je elektronski (skeniran) prepis, ki je izdelan na podlagi izvirnika v fizični obliki, opremljen z varnim elektronskim podpisom sodišča, overjenim s kvalificiranim potrdilom.^{60, 61}

d) 142. člen OSEBNA VROČITEV

Tožbo, sodno odločbo, zoper katero je dovoljena posebna pritožba, izredno pravno sredstvo in nalog za plačilo sodne takse za vlogo iz prvega odstavka 105. a člena ZPP ter vabilo stranki na poravnalni narok ali prvi nalog za glavno obravnavo, če poravnalni narok ni bil razpisan, se vročajo osebno, pri čemer se za osebno vročitev šteje tudi vročitev v skladu s 141. a členom ZPP.

Za osebno vročitev se šteje tudi vročanje po elektronski poti, določeni v 141. a členu ZPP.⁶²

⁵⁶ Glej drugi odstavek 25. člena PEPCSP.

⁵⁷ V nadaljevanju obvestilo o prispeli elektronski pošiljki.

⁵⁸ V nadaljevanju elektronska vročilnica.

⁵⁹ Prvi stavek sedmega odstavka 141. a člena ZPP.

⁶⁰ Npr. vročanje sodnih odločb v e-postopku e-ZK strankam, ki niso uporabnice informacijskega sistema e-sodstvo.

⁶¹ Glej osmi odstavek 141a. člena ZPP.

⁶² Tako V. Rijavec v Pravdni postopek, Zakon s komentarjem spremenjenih členov, 4. knjiga, GV Založba in Uradni list RS, Ljubljana 2010, in Poročevalec Državnega zbora št. 00720-4/2007/14 z dne 04/2007 k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku, k 16. členu, str. 22.

e) 149. člen VROČILNICA

Vročilnica je javna listina in dokaz o opravljeni vročitvi. Da je vročilnica dokazilo o vročitvi, je načeloma potreben podpis naslovnika. Enako velja tudi v civilnih sodnih postopkih, v katerih se že oziroma se še bo opravljala vročitev v VEP. Razlika je le v tem, da bo tam podpis v obliki varnega elektronskega podpisa na podlagi kvalificiranega digitalnega potrdila, ki ga overi overitelj. Minister, pristojen za pravosodje, je po zakonskem pooblastilu v podzakonskih aktih predpisal obliko in vsebino ovojnice in vročilnice za vročanje v fizični obliki,⁶³ pa tudi obliko in način vročanja po varni elektronski poti v pravnem postopku. Tako elektronska vročilnica po drugem odstavku 27. člena PEPCSP vsebuje podatke o sodišču (pošiljatelju), podatke o naslovniku in besedilo.⁶⁴ Ko informacijski sistem za varno elektronsko vročanje opravi vročitev, mora o tem obvestiti informacijski sistem e-sodstvo in mu poslati vročilnico, podpisano z varnim elektronskim podpisom naslovnika.⁶⁵

Če kvalificirani uporabnik, na katerega je bila naslovljena elektronska pošiljka, pošiljke ne bo prevzel v 15 dneh, ko je prejel obvestilo o prispeli elektronski pošiljki, bo naslednji dan po poteku tega roka informacijski sistem za varno elektronsko vročanje poslal informacijskemu sistemu e-sodstvo sporočilo s potrdilom o opravljeni elektronski vročitvi na podlagi fikcije.

Tako obvestilo mora po drugem odstavku 28. člena vsebovati podatke o sodišču (pošiljatelju), podatke o naslovniku in besedilo.⁶⁶

2.1.5 Pregledovanje in prepisovanje spisov ter spremljanje poteka postopka po ZPP

Stranke imajo v pravnih postopkih, v katerih so udeležene, pravico pregledovati in prepisovati spis. Če je spis oziroma njegov del v elektronski obliki, ga imajo stranke pravice pregledovati in prepisovati tudi v elektronski obliki v informacijskem sistemu, kjer svojo istovetnost dokažejo s svojim kvalificiranim potrdilom.⁶⁷ Prav tako imajo stranke v informacijskem sistemu pravico spremljati potek postopka.⁶⁸

Smisel določitve načina uresničevanja te pravice že v zakonu je, da se stranke na enem mestu seznanijo s pravico in načinom njenega uresničevanja⁶⁹ (da lahko pregledajo spis in hkrati tudi vložijo elektronsko vlogo).

63 Pravilnik o ovojnicah za vročanje po pošti v pravnem postopku (Uradni list RS, št. 93/08, s spremembami).

64 Naslovnik potrjujem, da sem dne _____ (datum elektronskega podpisa vročilnice) sprejel pošiljko z oznako _____ (oznaka dokumenta, k jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo).

65 Tretji odstavek 27. člena PEPCSP.

66 Potrjujem, da je naslovnik pošiljko z oznako _____ (oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo) dne _____ (datum obvestila o prispeli pošiljki) prejel obvestilo o tej pošiljki s poukom o pravnih posledicah prevzema v 15 dneh, da naslovnik pošiljke v 15 dneh od dneva obvestila o prispeli pošiljki ni prevzel, zato se po sedmem odstavku 141. a člena ZPP šteje, da je bila vročitev opravljena dne _____ (datum – naslednji dan po poteku 15-dnevnega roka).

67 Prvi odstavek 150. člena ZPP.

68 Tretji odstavek 150. člena ZPP.

69 Poročevalec Državnega zbora št. 00720-4/2007/14 z dne 04/2007 k Predlogu zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku, k 18. členu, str. 23.

Pravice uporabnikov pri pregledovanju in prepisovanju spisov se v e-izvršbi – postopku razlikujejo glede na uporabniško skupino informacijskega sistema e-sodstvo, v katero je uporabnik, ki želi spis pregledati oziroma prepisati, vključen. Da lahko uporabnik pregleduje in prepisuje spis, mora svojo istovetnost dokazati s kvalificiranim digitalnim potrdilom, s katerim je vključen v varnostno shemo informacijskega sistema e-sodstvo. Izjema je le pri registriranih uporabniki, ki v varnostno shemo niso vključeni na podlagi kvalificiranega digitalnega potrdila, temveč uporabniškega imena in gesla,⁷⁰ zaradi česar se njihova istovetnost ne dokazuje s kvalificiranim digitalnim potrdilom. Registrirani uporabnik lahko skladno s prvo alinejo tretjega odstavka 6. člena prek podportala e-izvršba vloži le predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine ter njegovo dopolnitev. Skladno s svojim omejenim obsegom pravic pri vlaganju elektronskih vlog pa ima na podportalu e-izvršba glede na vse uporabnike podportala e-izvršba tudi najbolj okrnjene pravice glede pregleda, prepisovanja spisov in spremljanja izvršilnega postopka.

Pravice do izvajanja e-opravil uporabnikov e-sodstva, med katerimi so tudi e-opravila v zvezi s pregledovanjem in prepisovanjem spisov ter spremljanjem postopkov, so podrobneje urejene v 6. členu pravilnika – izvršba.

Registrirani uporabniki lahko od vložitve elektronskega predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine opravijo le pregled seznama izvedenih procesnih dejanj v postopku.

Notranji kvalificirani uporabniki lahko v e-izvršbi – postopku pregledajo svoja elektronska pisanja v posameznem elektronskem postopku, v katerem so vložili predlog za izvršbo, in opravijo pregled izvedenih procesnih dejanj v postopku, v katerem so vložili elektronsko vlogo.

Samostojni zunanji kvalificirani uporabniki, profesionalni uporabniki iz skupin notarji, odvetniki, upravitelji, Državno pravobranilstvo RS, občinska pravobranilstva lahko v e-izvršbi – postopku pregledajo svoja elektronska pisanja v posameznem elektronskem postopku, v katerem so kot zastopniki strank vložili elektronsko vlogo, in opravijo pregled izvedenih procesnih dejanj v postopku, v katerem so kot zastopniki strank vložili elektronsko vlogo.

Samostojni zunanji kvalificirani uporabniki, profesionalni uporabniki iz skupine državnih tožilcev lahko v e-izvršbi – postopku pregledajo svoja elektronska pisanja v posameznem elektronskem postopku, v katerem so vložili zahtevo za varstvo zakonitosti, in opravijo pregled izvedenih procesnih dejanj v postopku, v katerem so vložili elektronsko vlogo.

Samostojni zunanji kvalificirani uporabniki, uporabniki – stranke, pooblaščenca samostojnih uporabnikov ter samostojni zunanji kvalificirani uporabniki, profesionalni uporabniki, ki niso izrecno navedeni v petem, šestem in sedmem odstavku 6. člena pravilnika – izvršba, lahko v e-izvršbi – postopku pregledajo svoja elektronska pisanja v posameznem elektronskem postopku, v katerem imajo položaj stranke, in opravijo pregled izvedenih procesnih dejanj v postopku, v katerem so vložili elektronsko vlogo.

70 Glej 30. člen pravilnika – izvršba v povezavi z 2. točko prvega odstavka 8. člena PEPCSP.

Pri tem pa je treba pojasniti, da lahko vsi navedeni uporabniki trenutno pregledujejo le pisanja, ki so jih vložili v postopkih e-izvršbe, ne pa tudi pisanj drugih strank. Pregled nad celotnim seznamom izvedenih procesnih dejanj imajo le v zadevi, v kateri so udeleženi. Prav tako pa bo prepisovanje lastnih pisanj mogoče za udeležence v zadevah le, če so jih vložili v elektronski obliki, saj postopek izvršbe, razen postopka na Centralnem oddelku za verodostojno listino,⁷¹ ni v celoti digitaliziran. Ko bo digitalizacija spisa v vseh postopkih in fazah izvršilnega postopka dokončno izvedena, bo mogoče tudi tehnično izpeljati pregledovanje in prepisovanje spisa v celoti, do takrat pa le v omejenem obsegu.

Na podportalu e-izvršba imajo udeleženci, ki so tudi uporabniki e-sodstva, pri zadevah pravico spremljati potek postopka prek uporabniških menijev Oddane elektronske vloge in Iskanje zadeve na podportalu e-izvršba. Prav tako so jim prek teh uporabniških menijev dostopna njihova pisanja, ki so jih vložili v elektronski obliki. Lastna pisanja, ki so jih v postopkih izvršbe vložili v elektronski obliki, pa si lahko na podportalu tudi natisnejo.

2.1.6 Elektronsko poslovanje po ZPP, ki se ne nanaša na vlaganje, vročanje, pregledovanje, prepisovanje spisov in spremljanje postopka v civilnih sodnih postopkih

V 23. členu, v katerem so urejeni odstopi spisov zaradi nepristojnosti, je zakonodajalec z na novo dodanim drugim odstavkom 23. člena želel uvesti elektronsko poslovanje med sodišči, kadar je to mogoče, in sicer kadar je v takih postopkih že vpeljan elektronski spis.⁷² Odstopi zadev med sodišči v primerih stvarne in krajevne nepristojnosti bodo in v določenih primerih tudi že potekajo v elektronski obliki,⁷³ če so oziroma bodo za to zagotovljene tehnične možnosti in je oziroma bo vpeljan e-spis.

V 125. členu je sodiščem dana pravna podlaga za zvočno in slikovno snemanje narokov.

Pravna ureditev glede podpisovanja zapisnika je v 126. členu ZPP. Predsedniku senata in zapisnikarju zapisnika ni treba obvezno podpisati, če so podatki o času in kraju zapisnika v elektronski obliki ter se podatki o zapisnikarju, ki ga je sestavil, in sodniku, ki je vodil zapisnik s pomočjo ustreznih tehničnih sredstev, samodejno evidentirajo v informacijskem sistemu.

Ker je zapisnik dejanje sodišča, ni potrebno, da ga podpisujejo tudi stranke, njihovi zakoniti zastopniki ali pooblaščenca, priče in izvedenci. Že zdaj za navedene osebe podpisovanje zapisnika ni obvezno. Če ga, je to le znak potrditve pravilnosti zapisanega. Iz razloga po 124. in 125. členu ZPP, tj., da imajo te osebe zapisniku pravico ugovarjati, njihov podpis ni potreben

⁷¹ Od vložitve predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine na Centralni oddelku za verodostojno listino do ugotovitve pravnomočnosti sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine.

⁷² V nadaljevanju e-spis.

⁷³ Uporabniški program e-izvršba – vpisnik to že omogoča, in sicer pri menjavi pristojnosti ob pravnomočnosti sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine, ki ga izda Centralni oddelku za verodostojno listino, na matično izvršilno sodišče.

127. člen določa, da se v primerih, ko se spis v celoti vodi v elektronski obliki, zaznamek o posvetovanju in glasovanju naredi v elektronski obliki v posebnem dokumentu, ki se neločljivo poveže z odločbo. Zapisnik ali zaznamek o glasovanju, ki se izda v elektronski obliki, podpišejo vsi člani senata in zapisnikar s svojimi varnimi elektronskimi podpisi in z varnim elektronskim podpisom sodišča, overjenim s kvalificiranim potrdilom. Če je varen elektronski podpis člana senata oziroma zapisnikarja overjen s kvalificiranim potrdilom, ki vsebuje tudi navedbo sodišča, varen elektronski podpis sodišča ni potreben. Skladno s četrtem odstavkom se mora tak zapisnik v informacijskem sistemu voditi v posebni mapi, in sicer tako da je dostopen v povezavi z obravnavano zadevo. Način hrambe in sledljivost zapisnika oziroma zaznamka o glasovanju, ki se izda v elektronski obliki, pa mora s podzakonskim aktom predpisati minister, pristojen za pravosodje.

Po 174. členu ZPP si sodišča v postopku med seboj, če so vzpostavljene tehnične možnosti, po elektronski poti zagotavljajo pravno pomoč.

Dokazovanje z listinami v elektronski obliki ZPP opredeljuje v 224. členu, ki med drugim določa tudi, da listina v elektronski obliki, ki jo v predpisani obliki izda državni organ v mejah svoje pristojnosti ali samoupravna skupnost, družba ali druga organizacija ali posameznik pri izvrševanju javnega pooblastila, ki jim je poverjeno z zakonom, dokazuje resničnost tistega, kar se v njej potrjuje ali določa. Torej enako kot za listine v fizični obliki. Urejeno je tudi dokazovanje z mikrofilmsko ali elektronsko kopijo listine oziroma reprodukcijo te kopije. Izenačeno je z dokazovanjem z listino v fizični obliki, če je tako mikrofilmsko ali elektronsko kopijo oziroma reprodukcijo te kopije izdal za to pristojni državni organ, organ samoupravne lokalne skupnosti ali nosilec javnih pooblastil. ZEPEP v 4. členu določa, da se podatkom v elektronski obliki ne sme odreči veljavnost oziroma dokazna vrednost samo zato, ker so v elektronski obliki, saj je podatek v elektronski obliki izenačen s podatkom v fizični obliki. Res pa je, da sta praksa in stanje v tujini drugačna kot v Sloveniji. Praksa slovenskih sodišč z elektronskimi dokazi je kratkotrajna in izrazito skopa. Razlog pa ni pomanjkanje elektronskih dokazov ali njihovo majhno število v družbi.

Za pošiljanje pritožbe in odgovora nanjo na sodišče druge stopnje je pravna podlaga 345. člen ZPP. To se opravi v elektronski obliki, če je spis v elektronski obliki. Enako velja tudi za vračanje spisov z drugostopenjskega sodišča na prvostopenjsko sodišče, če je spis v elektronski obliki. V takih primerih pa sodišče druge stopnje skupaj s spisom pošlje sodišču prve stopnje še svojo odločbo, prav tako v elektronski obliki. Oboje ureja 361. člen ZPP.

Če je spis v celoti v elektronski obliki, se po 375. členu ZPP tudi vložena revizija in morebitni odgovor nanjo s prvostopenjskega sodišča pošljeta revizijskemu sodišču po elektronski poti.

3 SKLEPNA UGOTOVITEV

Prehod s klasičnih načinov poslovanja in prilagoditev elektronskemu poslovanju ter razvoj novih modelov poslovanja na sodiščih nedvomno zahtevajo sistematičen pristop in uporabo metodologij strateškega načrtovanja. Pri tem je treba v skladu z zakonsko začrtanimi pravili oblikovati še ustrezen model elektronskega

poslovanja, v katerem bodo upoštevane značilnosti obstoječih sodnih postopkov, hkrati pa bodo vpeljane sestavine inovativnega, kakovostnejšega, hitrejšega in še boljšega elektronskega poslovanja. Ob tem pa ne smemo pozabiti na udeležence elektronskega poslovanja ter moramo upoštevati njihove značilnosti in želje.

Poudariti je treba, da pri vpeljavi elektronskega poslovanja v določen del poslovanja, ki že ima izoblikovane standarde delovanja in deluje v skladu s svojimi poslovnimi procesi, ni zagotovila za uspeh oziroma ni priporočil. Zaradi tega je treba biti pri prenovi oziroma vzpostaviti elektronskega poslovanja še previdnejši ter upoštevati vse vidike elektronskega poslovanja in predvideti vse njegove vplive na določenem pravnem področju. Pri uvajanju elektronskega poslovanja je zato treba upoštevati tudi načela upravljanja sprememb, kar omogoča, da se predvidijo spremembe tako s tehnološkega kot tudi sociološkega vidika.

Vizija sodstva je, da se papirna dokumentacija nadomesti z elektronsko. Zdaj ko so razviti ustrezni standardi poslovanja, sprejeta ustrezna zakonodaja, so ustvarjene razmere za široko uporabo elektronskega poslovanja tudi v praksi sodstva. To se je v omejenem obsegu začelo že v letu 2008, ko je bilo omogočeno vlaganje predloga za izvršbo na podlagi verodostojne listine na Centralni oddelek za verodostojno listino, nadaljevalo v letu 2010 z uvedbo elektronskega poslovanja v insolvenčnih postopkih ter pozneje v zemljiškoknjižnem in izvršilnem postopku.

Da bo šlo tudi sodstvo v korak s časom in bo uspešno pri svojem delu, bo moralo nenehno slediti novostim v informatizaciji tako na področju zakonodaje kot tudi s tehničnega vidika. Nikakor pa se sme zanemariti obvladovanje vplivov z organizacijskega, tehnološkega in seveda ekonomskega vidika, ki je v današnji kapitalistični družbi najpomembnejši. Nedvomno bodo tudi za nadaljnje prilagoditve potrebi čas, odlični strokovnjaki za informatizacijo, usposobljen kader, ki bo uvajal elektronsko poslovanje na sodiščih, ipd. Vsekakor si je treba ob tem prizadevati, da bo sodstvo čim uspešnejše in seveda tudi kakovostnejše. Vsem sodelujočim pri elektronskem poslovanju pa morajo biti nove tehnologije izziv, možnost in tudi priložnost, da jih izkoristijo sebi v prid.

Pri tem se je pomembno zavedati, da kakršna koli prenova, tudi informacijska, pomeni temeljit zasuk pri načinu poslovanja. Temu bo morala slediti tudi organizacija dela na sodiščih, saj se bo s popolno uvedbo informatizacije (elektronskega poslovanja) v sodnih postopkih spremenil način dela, poslovanja in delovanja ter navsezadnje tudi odločanja glede na dosedanje prakso.

VŠTEVANJE PLAČE ZA DELO PREK POLNEGA DELOVNEGA ČASA (NADURNO DELO) V POKOJNINSKO OSNOVO¹

Bogdan Greif
odvetnik

1 UVOD

V sodni praksi delovnih in socialnih sodišč se že dolgo srečujemo s problemom vštevanja plačila za delo prek polnega delovnega časa v pokojninsko osnovo. Od oblikovanja pokojninske osnove so odvisni vplačila prispevkov Zavodu za pokojninsko in invalidsko zavarovanje ter nato višina pokojnine. Da bi bila pokojnina čim bolj v sorazmerju s pokojninsko osnovo in vplačanimi prispevki v pokojninsko blagajno v celotnem zavarovalnem obdobju ter da se prepreči špekulativno dviganje plač, tudi z delom prek polnega delovnega časa v določenem krajšem obdobju zaradi zvišanja pokojninske osnove, so se izplačila za nadurno delo, ki naj se vštevajo pri izračunu pokojninske osnove, vedno posebej urejala.

2 UREDITEV V ZAKONU O POKOJNINSKEM IN INVALIDSKEM ZAVAROVANJU

Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju – ZPIZ-2² določa, da se starostna pokojnina odmeri od pokojninske osnove, ki jo tvori mesečno povprečje osnov zavarovanca za posamezno leto zavarovanja, od katerih so bili plačani prispevki za obvezno zavarovanje. Za izračun pokojninske osnove se upoštevajo osnove, zmanjšane za davke in prispevke, ki se plačujejo od plače po povprečni stopnji v Republiki Sloveniji, iz katerih koli zaporednih 24 let (z upoštevanjem postopnega podaljševanja od dosedanjih 18 let vsako koledarsko leto za eno leto) zavarovanja od 1. januarja 1970 naprej, ki so za zavarovanca najugodnejša. Povprečno stopnjo davkov in prispevkov iz tega odstavka določi in objavi minister, pristojen za finance. Za plačo, izplačano za delo prek polnega delovnega časa do uveljavitve Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju – ZPIZ,³ ZPIZ-2 v tretjem odstavku 400. člena določa, da se upošteva pri izračunu pokojninske osnove, če je bila izplačana za delo, ki se je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot posebni delovni pogoji. Plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa za obdobje od 1. aprila 1992 do uveljavitve ZPIZ-2, se pri izračunu pokojninske osnove upošteva največ za toliko ur dela prek polnega delovnega časa, kolikor je dovoljeno po predpisih o delovnih razmerjih, in pod pogojem, da so od nje plačani prispevki.

Po Zakonu o pokojninskem in invalidskem zavarovanju – uradno prečiščeno besedilo ZPIZ-1 – UPB4,⁴ ki je veljal do 31. 12. 2012, se po 42. členu za izračun

¹ Strokovni prispevek je avtor pripravil v januarju 2013.

² ZPIZ-2, Uradni list RS, št. 96/2012.

³ ZPIZ, Uradni list RS, št. 12/92, 5/94, 7/96 in 54/98.

⁴ ZPIZ-1 – UPB4, Uradni list RS, št. 109/2006, 94/11 – Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-287/10-11 in št. 105/11 – Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-281/09-14.

pokojninske osnove ne glede na obračunane prispevke, niso šteli:

- prejemki, od katerih niso plačani prispevki, razen nadomestil iz invalidskega zavarovanja po tem zakonu;
- prejemki za delo, ki ga je delavec opravil zunaj rednega dela (npr. delo prek polnega delovnega časa oz. »nadurno delo«, ki presega omejitve, določene z zakonom). Pri izračunu pokojninske osnove se ne glede na plačane prispevke ne upošteva del plače za tiste nadure, ki presegajo dopustno število nadur po Zakonu o delovnih razmerjih – ZDR⁵ (8 ur na teden, 20 ur na mesec, 170 (230) ur na leto), pri tem se dnevna, tedenska in mesečna časovna omejitev lahko upošteva kot povprečna omejitev v obdobju, določenem z zakonom ali kolektivno pogodbo, ne daljšem od šestih mesecev.

Sedanja ureditev je jasna, problem je vštevanje prejemkov za nadurno delo, ki so bili zavarovancu izplačani za čas pred uveljavitvijo Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju v letu 1992. Prehodna določba 407. člena ZPIZ-1 je bila nejasna. Plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa do uveljavitve Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, veljavnega do 31. 3. 1992, se je upoštevala pri izračunu pokojninske osnove, če je bila izplačana za delo, ki se je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot poseben delovni pogoj. Iz komentarja dr. Alekseja Cvetka k omenjenemu členu Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju⁶ izhaja, da je dejansko mišljeno, kar je tudi logično »do uveljavitve Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, veljavnega od in ne do 31. 3. 1992«. Navedeno potrjujeta določbi 312. člena ZPIZ o upoštevanju nadurnega dela pred 1. 4. 1992 in tretjega odstavka 400. člena ZPIZ-2, da se plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa do uveljavitve ZPIZ upošteva pri izračunu pokojninske osnove, če je bila izplačana za delo, ki se je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot posebni delovni pogoj. Plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa za obdobje od 1. aprila 1992 do uveljavitve ZPIZ-2, se pri izračunu pokojninske osnove upošteva največ za toliko ur dela prek polnega delovnega časa, kolikor je dovoljeno po predpisih o delovnih razmerjih, in pod pogojem, da so od nje plačani prispevki.

3 RAZLOG OMEJITVE VŠTEVANJA PLAČE ZA NADURNO DELO V POKOJNINSKO OSNOVO

Prof. dr. Anjuta Bubnov Škoberne v članku Sistemi pokojninskega varstva – pravni vidiki, navaja, da javni pokojninski sistemi različno določajo osnove in način odmere pokojnine. Upošteva se načelo sorazmernosti višine dajatve z vplačanimi prispevki. ZR Nemčija določa osnovo po plačah, prejetih v celotnem obdobju zavarovanja, Avstrija zadnjih 10 let zavarovanja, Španija zadnjih 8 let. V Sloveniji je do reforme s 1. 1. 2000 veljalo povprečje najugodnejših 10 let zavarovanja. Glede na tedaj 10-letno povprečje je bil med več zavarovanci s povprečno enako plačo v boljšem položaju tisti, ki mu je plača bolj nihala. Če se pri določanju pokojninske osnove upošteva tudi plača za nadurno delo, si zavarovanec lahko v določenem desetletnem (ali celo krajšem) obdobju ustvari dodatno plačo z

⁵ ZDR, Uradni list RS, št. 42/02 in št. 103/07.

⁶ Mag. Nataša Belopavlovič in drugi: Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju s komentarjem, GV Založba Ljubljana, leto 2000, stran 1198.

nadurnim delom, da si izboljša pokojninsko osnovo. Vštevanje plač za nadurno delo je ugodno za zavarovance z nizkimi plačami, za tiste z visokimi plačami pa je pogosto nepomembno, ker so najvišje pokojninske osnove za odmero pokojnine limitirane.⁷ Kot zanimivost naj navedemo, da se je problem vštevanja plače za delo prek polnega delovnega časa, prejete v krajšem obdobju, v pokojninsko osnovo pojavil tudi v Združenih državah Amerike, kjer se je javnim uslužbencem, udeleženi pri odpravljanju posledic terorističnega napada 11. septembra 2001, za razmeroma krajše obdobje opravljanja dela prek polnega delovnega časa, odmerila višja pokojnina kot njihovim kolegom na primerljivih delovnih mestih. Upoštevati je treba, da se je za pokojninsko osnovo upoštevala plača, prejeta v dveh letih, zaradi navedenega problema pa se je oblikoval predlog, da se obdobje upoštevanja plač podaljša na štiri leta.⁸

4 ZGODOVINSKI PREGLED UREDITVE VŠTEVANJA PLAČE ZA NADURNO DELO V POKOJNINSKO OSNOVO

Problem vštevanja plačila za nadurno delo v pokojninsko osnovo se je pojavil s spremembo Statuta skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SRS v letu 1986.⁹ Po dotedanji ureditvi se je plača za nadurno delo preračunavala na polni delovni čas, kar je pomenilo, da ni bila upoštevana v celoti. Plača za redno delo in delo prek polnega delovnega časa sta se seštel, znesek se je nato delil s številom opravljenih ur dela v rednem in nadurnem delu ter pomnožil s številom ur polnega delovnega časa. Tako izračunani znesek se je upošteval kot pokojninska osnova. S spremembo pa je Statut določil, da se plača za delo prek polnega delovnega časa vštevja pri izračunu pokojninske osnove v celoti, če se je tako nadurno delo po samoupravnem splošnem aktu organizacije, v skladu z zakonom štelo kot poseben delovni pogoj. Izraz »delo, ki se šteje kot poseben delovni pogoj« se nato stalno uporablja, čeprav jasne in popolne opredelitve tega pojma v zakonodaji ni. V splošnem je določeno, da se tako delo, ob izpolnjenih pogojih, upošteva kot poseben delovni pogoj pri določanju pravic iz delovnega razmerja (plačilo, pravica do počitka, pravica do dopusta itd.).

Dr. Lev Svetek v članku Ob osnutku pokojninskega zakona navaja določbo 204. člena tedaj veljavne Ustave Republike Slovenije: »Delavec ima pravico do omejenega delovnega časa, ki ne sme biti daljši kot 42 ur tedensko, zakon pa lahko določi, da sme delovni čas v določenih dejavnostih trajati za omejeno dobo in v določenih primerih več kot 42 ur tedensko, če to zahtevajo narava dela ali izjemne okoliščine«. Zavzel se je za ureditev, ki je bila sprejeta z novelo zveznega Zakona o temeljnih pravicah iz pokojninskega in invalidskega zavarovanja – ZTPPIZ,¹⁰ da se osebni dohodek za delo prek polnega delovnega časa upošteva tako, da se preračuna na povprečni mesečni znesek, ki ustreza osebnemu dohodku za polni delovni čas. Torej približno tako, kakor je bilo to vprašanje urejeno v prvotnem 21. členu Statuta

7 Prof. dr. Anjuta Bubnov Škoberne: Sistemi pokojninskega varstva – pravni vidiki, GV Založba Ljubljana, Podjetje in delo, št. 1/1994, str. 69 do 85.

8 Več v članku avtorja Karamagi Rujumbe v Pittsburgh Post-gazette z dne 27. 3. 2009, spletni naslov: <<http://www.post-gazette.com/pg/09086/958628-455.stm#ixzz1BrvKRLFW>> (29. 1. 2013).

9 Statutarni sklep o spremembah in dopolnitvah statuta Skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SR Sloveniji, Uradni list SRS, št. 10/86.

10 Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o temeljnih pravicah iz pokojninskega in invalidskega zavarovanja, Uradni list SFRJ, št. 44/90.

Skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja iz leta 1983,¹¹ se osebni dohodki iz dela prek polnega delovnega časa za ugotovitev pokojninske osnove preračunajo na povprečni znesek, ki ustreza osebnim dohodkom za polni delovni čas. Stališče je utemeljeval s tem, da so se v tedanjem času včasih tudi umetno ustvarjale nadure. Povečevalo se je število brezposelnih, ki bi ob ureditvi vštevanja osebnih dohodkov iz dela prek polnega delovnega časa, ki ne bi bila več privlačna za delo prek polnega delovnega časa, prišli vsaj do delne zaposlitve, delavci bi se celo izogibali dodatnih zaposlitev v drugih organizacijah, poleg zaposlitve v svoji matični organizaciji. Nadalje bi taka ureditev tudi odpravila dileme o tem, katera dela prek polnega delovnega časa so imela naravo nepredvidljivosti, izjemnosti, nujnosti in kratkotrajnosti, odpravila pa bi tudi diskriminiranje določenih kategorij zavarovancev nasproti drugim kategorijam, ki so prav tako morale opravljati delo prek polnega delovnega časa, pa se jim osebni dohodek iz takega dela načelno ni všteval v pokojninsko osnovo (npr. nemedicinsko osebje v zdravstvenih zavodih nasproti medicinskemu osebju, ki se jim dežurstvo in pripravljenost kot poseben delovni pogoj upoštevat pri vštevanju osebnih dohodkov iz takega dela v pokojninsko osnovo po Zakonu o zdravstvenem varstvu iz leta 1980 in noveli iz leta 1985)¹². Predlagana ureditev ni bila sprejeta, upoštevanje osebnega dohodka (plače) v pokojninsko osnovo pa je bilo omejeno s sklicevanjem na ureditev v predpisih o delovnih razmerjih.

Zgodovinski pregled ureditve v predpisih o delovnih razmerjih pokaže, da se je pojem dela prek polnega delovnega časa, kot posebnega delovnega pogoja, spreminjal. Na neopredeljenost pojma kaže tudi to, da se je tako delo v večjem obsegu opravljalo v določenih dejavnostih, čeprav potreba nujno ne izhaja iz narave dejavnosti.

Gibanje dela prek polnega delovnega časa po posameznih dejavnostih za obdobje od 1977 do 1998 se vidi iz preglednice o odstotku izplačil za delo prek polnega delovnega časa v povprečnem mesečnem osebnem dohodku delavcev:

LETO:	1977	1980	1983	1986	1989	1992	1995	1998
GOSPODARSTVO	4,5	3,4	2,4	2,3	2,2	1,6	1,7	1,7
Pomorski promet	23,2	21,77	20,3	17,6	10,7	0,9	1,3	
Geološko raziskovanje	14,9	8,29	1,1	6,2	0	0	0	
Prekladalne storitve	9,9	8,3	5,3	1,3	0,4	0,4	0	
Mestni promet	9,7	14,31	10,2	4,7	4,2	4,5	4,3	
Grafična dejavnost	9,1	5,81	3,9	4,5	3,8	5	2,9	2,5

11 Statut Skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja Slovenije, Uradni list SRS, št. 40/83, 10/86, 43/89 in 3/90.

12 Dr. Lev Svetek, Ob osnutku pokojninskega zakona, Pravna praksa, letnik 1991, št. 234, str. 18.

LETO:	1977	1980	1983	1986	1989	1992	1995	1998
Ladjedelništvo	9	9,15	5,8	5,7	9,6	4,4	2	
Nizke gradnje in hidro gradnje	8,8	5,7	3,3	3,5	2,5	2,9	2,5	
Zračni promet	7,7	6,98	6,7	7,4	6,6	2,3	3,2	4
Kmetijske storitve	7,6	6,95	4,9	3,2	1,8	3,5	2,4	
Visoke gradnje	7,2	4,87	2,6	3,1	3,8	3,8	2,2	2,4
Pridobivanje premoga	7	5,34	5,3	4,1	2,8	3,2	2,6	1,6
Cestni promet	6,9	5,54	3,8	1,8	2,1	1,6	1,2	
NEGOSPODARSTVO	6,7	5	2,9	2,2	1,9	2,2		
Zdravstvena zaščita	12,9	10,5	7,2	5,8	4,6	6	6,6	5,2
Izobraževanje	7,8	5,6	2,7	1,6	1,5	1	1	0,9

Vir: STATISTIČNI LETOPIS Urada za statistiko RS, letnik od 1977 do 1998.

Preglednica kaže, da je število ur dela prek polnega delovnega časa upadalo, vendar v določenih dejavnostih počasneje, kar bi kazalo, da so v teh dejavnostih dejansko nepredvidljive potrebe, ki se ne dajo preprečiti ali se jim ne da izogniti in se dela v teh dejavnostih ne dajo organizirati tako, da bi se v okviru ekonomsko sprejemljivih stroškov poslovanja odpravila potreba po nadurnem delu. To so dejavnosti mestnega prometa in zračnega prometa, v negospodarstvu pa zlasti zdravstva in izobraževanja.

4.1 Zgodovinski pregled delovnopravne ureditve

Prikaz je omejen na obdobje od leta 1970 dalje, ker se po prvem odstavku 39. člena ZPIZ-1 in po drugem odstavku 30. člena ZPIZ-2 za izračun pokojninske osnove upoštevajo plače, izplačane zavarovancem po 1. 1. 1970. Omejitev polnega delovnega časa je bila v preteklosti določena v 37. členu Ustave SFRJ.¹³ Delavec je imel pravico do omejenega delovnega časa. Zajamčeno je, da traja delovni čas največ 42 ur v tednu. Z zakonom se lahko izjemoma predpiše, da traja delovni čas **v določenih dejavnostih** ali v **drugih z zakonom določenih primerih za omejeno dobo** več kot 42 ur v tednu, če to terja posebna narava dela. V naslednji Ustavi SFRJ¹⁴ je bilo v 162. členu dodano besedilo »ali če to zahtevajo izjemne

13 Uradni list SFRJ, št. 14/63.

14 Uradni list SFRJ, št. 9/74.

okolščine«. Pogoja za kakršno koli uvedbo nadurnega dela sta bila ali »posebna narava dela« ali »izjemne okoliščine. Ustavne določbe uresničujeta 45. in 46. člen Temelnjega zakona o delovnih razmerjih – TZDR/65,¹⁵ ki je začel veljati 8. 4. 1965. Po 45. členu ima delavec pravico do omejenega delovnega časa 42 ur v tednu (kar je bilo v 37. členu opredeljeno kot polni delovni čas). Ne glede na 37. člen je moral delavec delati dalj kot polni delovni čas, če je zadela delovno organizacijo nesreča ali se je taka nesreča neposredno pričakovala, vendar samo toliko časa, kolikor je bilo nujno potrebno, da se rešijo človeška življenja ali obvarujejo materialna sredstva. V teh primerih se delo ni štelo kot poseben delovni pogoji, kar je mogoče pojasniti, da je šlo za splošno državljsko dolžnost in posebej dolžnost zaposlenih, da ob ogrožujočih nesrečah pomagajo (oz. delajo) ne glede na siceršnjo delovno pravno ureditev.

Kot poseben delovni pogoji, ki ga je delovna skupnost upoštevala pri merilih, po katerih odmerja pravice, odvisne od delovnega časa (osebni dohodek, letni dopust in drugo), je bilo določeno nadurno delo, kadar je bilo nujno:

- da se začeto delo nadaljuje, da bi se končal delovni proces, katerega ustavitev ali prekinitev bi povzročila precejšnjo materialno škodo ali spravila v nevarnost življenje in zdravje občanov (delo v ambulantah in bolnišnicah in dr.) ali
- da se z delom prepreči kvarjenje surovin ali materiala, ali pa odvrne okvara na delovnih sredstvih, vendar samo toliko, kolikor je nujno potrebno, da se odvrne ali preprečijo škodljive posledice. Tako delo je delovna skupnost lahko vpeljala v skladu s statutom, ki se je moral ujemati z republiškim predpisom, ki je natančneje določal primere, v katerih je mogoče vpeljati in odrediti tako delo in pogoje, pod katerimi je mogoče to storiti (45. člen TZDR).

Zakon o zaposlovanju delavcev z nopolnim delovnim časom, o uvedbi dela prek polnega delovnega časa in o opravljanju dela, ki se ne šteje za delovno razmerje,¹⁶ ki je veljal od 28. 11. 1970, je v 4. členu dodatno določal, da delovna organizacija lahko v skladu s svojim statutom izjemoma uvede delo prek polnega delovnega časa poleg primerov iz prvega in drugega odstavka 45. člena Temelnjega zakona tudi, kadar se pojavijo dela, ki morajo biti po svoji naravi dokončana brez presledka, da se odvrne škoda ali da se zagotovi nemoten potek dela, ni pa bilo mogoče vnaprej vedeti, koliko časa bodo taka dela trajala in do kdaj bi morala biti opravljena. Če nastane potreba po takem delu, ker delovna organizacija nima ustreznih delavcev, mora uvedbo takega dela obenem javiti pristojnemu komunalnemu zavodu za zaposlovanje. Če ima zavod v evidenci osebe, ki iščejo zaposlitev in izpolnjujejo pogoje za opravljanje del, ki jih v delovni organizaciji opravljajo prek polnega delovnega časa, delovna organizacija ne sme več uporabljati takega dela, če ji zavod pravočasno zagotovi ustrezne delavce.

Od 27. 4. 1973 veljavni Zakon o medsebojnih razmerjih delavcev v združenem delu – ZMRZD,¹⁷ ki se je v Sloveniji uporabljal do 7. 1. 1978, je povzel ustavno določbo, da delovni čas ne sme biti daljši od 42 ur na teden (poln delovni čas). Izjemoma sme trajati delo delavca v določeni dobi tudi dalj kot polni delovni čas (nadurno delo); primere in pogoje določa zakon.

15 Uradni list SFRJ, št. 17/65, 21/65, 28/66, 52/66, 26/68 in 20/69.

16 Uradni list SRS, št. 39/70.

17 ZMRZD, Uradni list SFRJ, št. 22/73.

Nadalje je Zakon o medsebojnih razmerjih delavcev v združenem delu in o delovnih razmerjih med delavci in zasebnimi delodajalci,¹⁸ ki je veljal od 18. 5. 1974 do 7. 1. 1978, uvedel možnost opravljanja izjemnega dela prek polnega delovnega časa (nadurnega dela) v skladu s samoupravnim sporazumom o medsebojnih razmerjih ob:

- potresu, požaru, poplavi oz. drugih nesrečah, ki zadenejo temeljno organizacijo ali se taka nesreča neposredno pričakuje, vendar samo toliko časa, kolikor je nujno, da se rešijo človeška življenja ali obvarujejo materialna sredstva (tako delo po določbi 29. člena ni bilo opredeljeno kot poseben delovni pogoji).

Kot poseben delovni pogoji, ki ga delavci v temeljni organizaciji upoštevajo pri merilih, po katerih odmerjajo pravice, odvisne od delovnega časa (osebni dohodek, letni dopust in dr.), pa je bilo določeno nadurno delo:

- ko je nujno, da se začeto delo nadaljuje, da bi se končal delovni proces, katerega ustavitev ali prekinitev bi glede na naravo tehnologije in organizacije dela povzročila precejšnjo materialno škodo ali spravila v nevarnost življenje in zdravje občanov;
- da se z nepretrganim delom prepreči kvarjenje surovin ali materiala, ali pa odvrne okvara na delovnih sredstvih, ki bi povzročila prekinitev dela, kakor tudi, da se prepreči prekinitev dela v drugih organizacijah združenega dela ali da se zagotovijo za njegov nepretrgani potek potrebne temeljne surovine, kadar to zahteva splošni interes, vendar samo, če tega dela ne morejo opraviti drugi delavci v okviru polnega delovnega časa, ali če nastane potreba po takem delu zaradi nepredvidenega izostanka delavca, ki bi moral opraviti tako delo.

V primerih iz prejšnjih dveh alinej je nadurno delo lahko trajalo samo toliko, kolikor je bilo nujno potrebno, da se odvrnejo ali preprečijo škodljive posledice.

Poznejši predpisi, Zakon o združenem delu – ZZZ¹⁹ (določbe o urejanju delovnih razmerij so veljale od 11. 12. 1976 do 13. 10. 1989), Zakon o delovnih razmerjih – ZDR/77²⁰ (veljal od 7. 1. 1978 do 23. 4. 1990), Dogovor o uskladitvi temeljnih kriterijev za urejanje dopolnilnega dela²¹ in Zakon o delovnih razmerjih²² (veljal od 24. 4. 1990 do 31. 12. 2002) so natančneje določali omejitve pri uvedbi dela prek polnega delovnega časa. ZDR/77 je posebnost delovnega pogoja izključil tudi, če je bilo nujno, da se »obvaruje zdravje občanov« ali zavarujejo materialna sredstva »pred nepopravljivo škodo«. Med pogoji za upoštevanje dela kot posebnega delovnega pogoja je bilo dodano: »ali zagotovi varnost ljudi in premoženja ali pa varnost prometa«.

Glede na potrebe v posameznih dejavnostih je ZDR/77 v 80. členu določil, da delavci v temeljni organizaciji v materialni proizvodnji lahko izjemoma v samoupravnem splošnem aktu o delovnih razmerjih določijo tudi druge primere, ko je treba delati prek polnega delovnega časa, da se opravi delo, ki v določenem roku ni moglo biti opravljeno **zaradi pomanjkanja energije**, ali da se **opravi delo za vojaške potrebe**.

18 Uradni list SRS, št. 18/74.

19 Uradni list SFRJ, št. 53/76, 57/83 in 85/87.

20 Uradni list SRS, št. 24/77, 30/78, 27/82, 45/82, 11/83, 24/83, 5/86 in 18/88.

21 Uradni list SFRJ, št. 9/78.

22 Uradni list RS, št. 14/90, 5/91 in 71/93.

Delo prek polnega delovnega časa, razen ob elementarnih nesrečah, je lahko trajalo samo toliko časa, kolikor je nujno potrebno, največ pa 12 ur na teden.

ZDR/77 je v 82. členu uvedel nov pojem »podaljšan delovni čas«, ki se je tudi štel kot poseben delovni pogoji. Če splošni družbeni interes in narava dejavnosti zahtevata, da se brez prekinitve opravijo določene naloge oz. dela, tega pa ni mogoče zagotoviti z ustrežno racionalno organizacijo in delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa in razporeditvijo delavcev, lahko delavci v samoupravnem splošnem aktu o delovnih razmerjih in v skladu z zakoni določijo delo v podaljšanem delovnem času. Določba torej odkazuje na posebne zakone. Že s spremembo ZDR/77, ki je veljala od 31. 7. 1982, je bila v 79. členu dodana nova možnost uvedbe nadurnega dela: če splošni družbeni interes in narava dejavnosti zahtevata, da se brez prekinitve opravijo določena dela oziroma naloge v skladu s pogoji, ki jih določajo zakoni, črtana pa je bila določba o delu v podaljšanem delovnem času. Dodana je bila nova omejitev, da dela prek polnega delovnega časa delavci ne smejo uvesti, če ga je mogoče opraviti z ustrežno smotno organizacijo in delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa, z uvajanjem novih izmen ali z zaposlitvijo novih delavcev. Delo prek polnega delovnega časa je bilo omejeno na največ 30 ur na mesec, s prehodnim obdobjem, da je lahko do 31.7.1984 trajalo 48 ur na mesec, če ga je odobril pristojni organ občinske skupnosti za zaposlovanje v posebej upravičenih primerih, ko to zahtevajo objektivne okoliščine.

Da je bilo delo prek polnega delovnega časa širši problem, kaže sprejeti Dogovor o uskladitvi temeljnih kriterijev za urejanje dopolnilnega dela. Podpisnik dogovora so se zavezali, da bodo ukrenili vse potrebno, da se z zakonom uvedba dela v podaljšanem (!) delovnem času skrči na izjemne primere:

- če zadene temeljno organizacijo združenega dela, delovno skupnost oziroma delovno skupnost organa družbeno-politične skupnosti nesreča (potres, poplava in druge elementarne nesreče; požar, eksplozija in ionizirajoče sevanje; epidemija ali okužba večjega obsega; onesnaženje voda ali živil v večjem obsegu; prometne in druge nesreče večjega obsega idr.) ali se taka nesreča neposredno pričakuje – vendar samo toliko časa, kolikor je nujno, da se rešijo človeška življenja ali materialne dobrine;
- če je nujno, da se delo nadaljuje, da bi se končal delovni proces oz. končalo delo in naloge, katerih ustavitev ali prekinitve bi povzročila precejšnjo materialno škodo ali spravila v nevarnost življenje in zdravje ljudi ali da se z delom prepreči kvarjenje surovin ali materiala ali pa odpravi okvara na delovnih sredstvih, vendar samo toliko časa, kolikor je nujno, da se odpravijo ali preprečijo škodljive posledice;
- če določenega dela in določenih nalog, od katerih je odvisna proizvodnja oz. poslovanje drugih temeljnih organizacij, zaradi nastalih izjemnih okoliščin ni mogoče dokončati v polnem delovnem času (zagotovitev električne energije ali transporta idr.) s pristavkom, da je treba preskrbeti dovoljenje organa, ki ga določa republiški zakon;
- če je zaradi odsotnosti delavca z dela nujno preprečiti ogrožanje posebnega družbenega interesa ali motnjo procesa proizvodnje oziroma poslovanja, ki bi povzročila prekinitve dela, če škodljivih posledic ni mogoče odvrniti drugače,

kakor tudi, da se prepreči prekinitev dela v drugih organizacijah združenega dela ali da se zagotovijo za njegov nepretrgani potek potrebne temeljne surovine ali zagotovi varnost ljudi in premoženja ali pa varnost prometa (kadar to zahteva splošni interes), vendar samo, če tega dela ne morejo opraviti drugi delavci v okviru polnega delovnega časa ali če nastane potreba po takem delu zaradi nepredvidenega izostanka delavca, ki bi moral opraviti tako delo. Razen dela ob elementarnih nesrečah je nadurno delo lahko trajalo samo toliko, kolikor je nujno potrebno, da se odvrnejo ali preprečijo škodljive posledice.

4.2 Primeri ureditve dela prek polnega delovnega časa v posebnih predpisih

Posebna narava dela je bila opredeljena le v nekaterih predpisih. 82. člen ZDR/77 je podlaga za uvedbo dela v podaljšanem delovnem času (pozneje dela prek polnega delovnega časa), če **splošni družbeni interes** in **narava dejavnosti** zahtevata, da se brez prekinitve opravljajo določena dela oz. naloge, tega pa ni mogoče zagotoviti z ustrežno racionalno organizacijo in delitvijo dela ter razporeditvijo delavcev. Navedeni člen ne daje neposredne podlage za določitev takega dela v samoupravnih splošnih aktih organizacij, temveč dopušča možnost uvedbe takega dela, kadar bodo to dopuščali in urejali posebni zakoni, kot npr.:

- Zakon zdravstvenem varstvu,²³
- Zakon o temeljih sistema državne uprave in Izvršnem svetu Skupščine SR Slovenije ter o republiških upravnih organih,²⁴
- Zakon o temeljih sistema državne uprave in o zveznem izvršnem svetu ter zveznih upravnih organih,²⁵
- Zakon o zdravstvenem varstvu živali,²⁶
- Zakon o rednih sodiščih,²⁷
- Zakon o javnem tožilstvu.²⁸

V Zakonu zdravstvenem varstvu – ZZV (veljal od 22. 1. 1980) je 116. člen določal primere, ko se lahko opravi delo v podaljšanem delovnem času. **Dežurstvo** in **stalna pripravljenost** sta posebna pogoja dela delavca v zdravstveni organizaciji, ki mora na ta način zagotoviti neprekinjeno delo, če tega ni mogoče organizirati v izmenah ali drugače. Stalna pripravljenost je poseben pogoj dela delavca zdravstvene organizacije, med katero mora biti vsak čas dosegljiv zaradi morebitne potrebe po zdravstvenih storitvah v nujnih primerih. Po 117. členu ZZV s samoupravnim splošnim aktom delavci zdravstvene organizacije v skladu s pogoji zakona in v skladu z obveznostmi, prevzetimi v svobodni menjavi dela, določijo dela, ki jih je treba opraviti v podaljšanem delovnem času, dežurstvu in stalni pripravljenosti ter pogoje za opravljanje teh del in nalog. Če pri posameznem delavcu na podlagi teh normativov ugotovljen porabljeni delovni čas skupno z delom v rednem delovnem času preseže 42-urno tedensko obveznost, se razlika šteje kot delo v podaljšanem

23 Uradni list SRS, št. 1/80, 45/82, 42/85, 32/89 in Uradni list RS, št. 8/90.

24 Uradni list SRS, št. 24/79 in 12/82.

25 Uradni list SFRJ, št. 23/78, 59/79 in 21/82.

26 Uradni list SRS, št. 37/85.

27 Uradni list SRS, št. 10/77.

28 Uradni list SRS, št. 10/77.

delovnem času in kot poseben delovni pogoji. Z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu²⁹ (veljal od 29. 12. 1985) je bila predvidena možnost, da delavci uvedejo delo prek polnega delovnega časa, največ 50 ur na mesec, ki se šteje kot poseben delovni pogoji:

- iz strokovno medicinskih razlogov, če zahteva postopek zdravljenja ali če nastopijo izredna in nepredvidena stanja,
- je zaradi bolnikovega zdravstvenega stanja nujno opraviti zdravstvene storitve,
- zaradi začasne odsotnosti delavcev (116. člen).

V delovni čas se šteje čas, potreben za opravljanje nujnih zdravstvenih storitev v dežurstvu in stalni pripravljenosti, podrobnosti uredijo delavci s samoupravnim splošnim aktom (116. a člen ZZV).

Zakon o zdravstvenem varstvu živali³⁰ (veljal od 23. 11. 1985) je v 101. do 106. členu določal, da veterinarski in drugi delavci, ki opravljajo veterinarske storitve, ne smejo zapustiti del in nalog, dokler ne dobijo nadomestitve, čeprav je njihov delovni čas potekel, če bi to pomenilo nevarnost za zdravje živali ali ljudi. Zaradi zagotavljanja neprekinjenega zdravstvenega varstva živali, ki ga iz strokovnih ali organizacijskih razlogov ni mogoče organizirati v rednem delovnem času, v izmenah ali kako drugače, ali ko je treba opravljati nujne veterinarske storitve, delavci v veterinarskih organizacijah uvedejo delo prek polnega delovnega časa. To so primeri nujnega zdravljenja, nujnega dokončanja veterinarskih storitev in nadomeščanja odsotnih. Delo se šteje kot poseben delovni pogoji in lahko traja prek polnega delovnega časa največ 50 ur na mesec. Dežurstvo in stalna pripravljenost sta posebna delovna pogoja, ki se štejeta v delovni čas. Dela, ki jih je treba opraviti v podaljšanem delovnem času, dežurstvu in stalni pripravljenosti, ter pogoje za opravljanje teh del in nalog določijo delavci veterinarske organizacije s samoupravnim splošnim aktom.

Določbe o možnosti podaljšanja delovnega časa za primere, ko zahtevata nujnost zadeve in narava dela delati zunaj rednega delovnega časa ob delavnikih in ob dela prostih dnevih so v 23. členu Zakona o rednih sodiščih, 50. člen Zakona o javnem tožilstvu, Pravilniku o notranjem poslovanju okrajnih, okrožnih in okrožnih gospodarskih sodišč³¹ ter Sodnem poslovniku za redna sodišča³² (veljal od 1. 1. 1979).

Pri razlagi določb predpisov o delovnih razmerjih so številne nejasnosti o primerih, ko je sploh mogoče opredeliti neko delo prek polnega delovnega časa kot poseben delovni pogoji oziroma kdaj bi bilo mogoče v neki organizaciji preprečiti delo prek polnega delovnega časa z uvedbo novih izmen, novimi delavci, drugačno razporeditvijo delavcev itn., saj organizacije navajajo za neizpolnitev teh ukrepov celo vrsto bolj ali manj opravičljivih razlogov.

29 Uradni list SRS, št. 42/85.

30 Uradni list SRS, št. 37/85.

31 Uradni list LRS, št. 42/59.

32 Uradni list SRS, št. 26/78.

4.3 Ureditev v predpisih o pokojninskem in invalidskem zavarovanju

4.3.1 Ureditev v Statutu skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SR Sloveniji,³³ ki se je uporabljala od 1. 1. 1973

Za izračun pokojninske osnove se šteje tudi osebni dohodek, ki ga je zavarovanec dobil za delo v času, ko je po zakonu moral delati dalj kot polni delovni čas, in za delo z nepolnim delovnim časom (prvi odstavek 51. člena Statuta). Izrecno se ne zahteva, da se tako delo šteje kot poseben delovni pogoji. Skupni osebni dohodek, ki ga doseže delavec z delom v polnem, krajšem od polnega ali daljšem od polnega delovnega časa v posameznem letu zavarovanja, se za ugotovitev pokojninske osnove preračuna na povprečni znesek, ki ustreza osebnemu dohodku za polni delovni čas (prvi odstavek 52. člena Statuta).

4.3.2 Ureditev v Statutu skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SR Sloveniji,³⁴ ki je veljal od 3. 4. 1982, uporabljala pa se je od 1. 1. 1982

Jože Kuhelj v pojasnilih k Statutu navaja,³⁵ da se v pokojninsko osnovo šteje osebni dohodek, ki ga je zavarovanec dobil za delo v delovnem času, ko je po zakonu ali družbenem dogovoru moral delati dalj kot polni delovni čas, če se tako delo šteje kot poseben delovni pogoji, in za delo z nepolnim delovnim časom. Torej le primeri, ki jih ZDR/77 določa v 79., 80. in 82. členu. Za vštevanje dohodka od dela, daljšega od polnega delovnega časa v pokojninsko osnovo, ne zadošča, da ga zakon za določeno dejavnost opredeljuje kot poseben delovni pogoji. Vsi primeri morajo biti predhodno predvideni in konkretizirani tudi v samoupravnem splošnem aktu, s katerim delavci s teh področij dela urejajo delovna razmerja, ali če je tako delo predvideno z družbenim dogovorom (sklenjen za področje rudarstva oz. rudarje).

Bistveno spremembo pomeni Statutarni sklep o spremembah in dopolnitvah Statuta SPIZ.³⁶ Po tretjem odstavku 21. člena se je osebni dohodek, ki ga je delavec prejel za delo v času, ko je po zakonu moral delati dalj kot polni delovni čas in se je tako delo štelo po samoupravnem splošnem aktu organizacije v skladu z zakonom kot poseben delovni pogoji, za ugotovitev pokojninske osnove upošteval v celoti.

4.3.3 Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju – ZPIZ³⁷

Glede na probleme z ugotavljanjem, ali se je določeno delo prek polnega delovnega časa dejansko upoštevalo kot poseben delovni pogoji, je bila z Zakonom o pokojninskem in invalidskem zavarovanju iz leta 1992 določena poenostavitev.

33 Uradni list SRS, št. 1/73, 37/74, 27/76, 11/78, 18/78, p.b.

34 Uradni list SRS, št. 10/82.

35 Jože Kuhelj: Pregled najpomembnejših novosti v publikaciji Statut Skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SR Sloveniji, drugi zvezek, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1982, str. 18 in 19.

36 Uradni list SRS, št. 10/86, veljal od 29. 3. 1986.

37 ZPIZ, Uradni list RS, št. 12/92, 5/94, 7/96 in 54/98.

Plača za delo prek polnega delovnega časa se je za ugotovitev pokojninske osnove upoštevala v celoti, če so bili od nje plačani prispevki. Delo prek polnega delovnega časa ne vpliva na delavčevo zavarovalno dobo. Pogoji za upoštevanje plače za nadurno delo je plačilo prispevkov, izpuščen pa je pogoj po Statutu SPIZ, da se je nadurno delo štelo kot poseben delovni pogoj. S spremembo tretjega odstavka 47. člena (Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju – ZPIZ-B,³⁸ ki je veljal od 22. 2. 1996) je bilo določeno, da se plača za delo prek polnega delovnega časa za ugotovitev pokojninske osnove upošteva največ za toliko ur dela prek polnega delovnega časa, kolikor je dovoljeno po predpisih o delovnih razmerjih, in pod pogojem, da so od nje plačani prispevki. Glede upoštevanja nadurnega dela pred 1. 4. 1992 je bilo s prehodno določbo 312. člena ZPIZ določeno, da se plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa do uveljavitve tega zakona (1. 4. 1992), upošteva pri izračunu pokojninske osnove, če je bila izplačana za delo, ki se je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot poseben delovni pogoj. Namen je bil preprečitev vlaganja zahtevkov za ponovno odmero pokojnine.

5 POVZETKI SODNIH ODLOČB O NAVEDENIH PROBLEMIH – PRIMERI IZ SODNE PRAKSE

Sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije opr. št. VIII Ips 12/1994 z dne 9. 5. 1995, SZDRS I Sp 346/93

Sodišče je pravilno uporabilo določbo 312. člena ZPIZ, ki določa, da se plača, izplačana za delo prek polnega delovnega časa do uveljavitve tega zakona upošteva pri izračunu pokojninske osnove samo, če je bila izplačana za delo, ki se je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot poseben delovni pogoj. Določbe, ki so opredeljevale, kdaj se delo prek polnega delovnega časa šteje kot poseben delovni pogoj, so bile podobne, predvsem pa so vsebovale pogoj, da je moralo biti delo kratkotrajno, nepredvidljivo in izjemno in se ni smelo uvesti, če ga je bilo mogoče opraviti z ustrežno organizacijo in delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa, z uvajanjem novih izmen ali zaposlitvijo novih delavcev.

Sodba VS RS opr. št. VIII Ips 220/98 z dne 22. 12. 1998

Dejstvo, da so bili od osebnih dohodkov za delo tožnika prek polnega delovnega časa obračunani in plačani prispevki za pokojninsko in invalidsko zavarovanje, za odločitev ni pravno pomembno. Po določilu 312. člena ZPIZ se upošteva pri izračunu pokojninske osnove le tista plača, ki je bila delavcu do uveljavitve tega zakona izplačana prek polnega delovnega časa za delo, ki je po predpisih o delovnih razmerjih štelo kot poseben delovni pogoj. Prav tako ni podan obnovitveni razlog zaradi zatrjevane okoliščine, da v rednem postopku ni bil uporabljen kot dokaz pravilnik o delovnih razmerjih tožene stranke iz leta 1985. Predvsem je opozoriti, da prestavlja zatrjevani splošni akt pravni vir, torej materialno pravo, ki ga mora sodišče poznati. Ker se pravo oziroma pravna pravila ne dokazujejo, navedenega pravilnika ni mogoče šteti kot dokaz.

³⁸ Uradni list RS, št. 7/96.

Sodba VS RS opr. št. VIII Ips 204/2003 z dne 20. 4. 2004

Samo v primeru, če se opravlja delo prek polnega delovnega časa zato, ker potreba zanj nastopi iznenada, največkrat zaradi višje sile, oziroma da bi se obvarovala materialna sredstva pred nepopravljivo škodo oziroma da bi se odpravila škoda, je podana zakonita podlaga za novo odmero pokojnine na podlagi upoštevanja osebnega dohodka, prejetega za delo prek polnega delovnega časa (ta odločba je tudi delo, potrebno zaradi preprečitve ali odprave posledic naravnih nesreč upoštevala kot poseben delovni pogoj).

Sodba in sklep VS RS VIII Ips 458/2007 z dne 21. 9. 2009, VDSS Psp 560/2005

Glede nadurnega dela, ki ga je v letih 1973 in 1974 opravil pri delodajalcu E. Č., je tožnik, zaslišan v postopku pred sodiščem prve stopnje, izpovedal, da je bilo opravljeno zaradi nadomeščanja delavca (torej ne zaradi nepredvidenega izostanka delavca, ki bi moral opraviti tako delo), kar samo po sebi ne predstavlja zakonitega razloga za uvedbo nadurnega dela. Enako velja tudi za nadurno delo, ki ga je tožnik v letih 1974, 1975 in 1976 opravil pri delodajalcu S. Ž., in glede katerega je izpovedal, da je do njega prihajalo zaradi vezanosti delodajalca na roke dobave poslovnim partnerjem. Tudi za primere izpolnitve nalog, ki so vezane na rok, gre namreč za redna, tekoča dela in naloge, ki naj bi bile opravljene v vnaprej znanih in predvidljivih rokih.

Sklep VS RS VIII Ips 296/2008 z dne 19. 4. 2010, VDSS Psp 833/2007

Na podlagi določb 44. in 45. člena Temeljnega zakona o delovnih razmerjih je takratni tožnikov delodajalec I. C. v 72. členu svojega statuta določil, kdaj so delavci dolžni delati dalj kot poln delovni čas. Med drugim je bilo v drugi alineji to posebej določeno za vozno osebje (šofer, sprevodnik), če je delavec dodeljen na progo, ki mora obratovati po voznem redu do končne postaje, v primerih, kadar zaradi višje sile ni bilo mogoče normalno razporediti voznega osebja, zaradi večjega izpada vozil iz prometa, zaradi nepredvidenih dogodkov – okvar, kadar zahteva splošna varnost povečanje prometa in kadar obratovanje dodatnih vozil zahteva gospodarska nujnost. V 73. členu Statuta je bilo določeno, da sme delo prek polnega delovnega časa v gornjih primerih trajati le toliko časa, da se prepreči gospodarska škoda, da se odvrnejo okvare na vozilih oziroma dokler ne pride do zamenjave s strani delavca, ki bi po razporedu moral delavca zamenjati, oziroma dokler ni nujno delo končano. Tožnik utemeljeno opozarja, da je bilo na istih (in kasnejših) podlagah plačilo za delo prek polnega delovnega časa ob enakih pogojih dela všteto v pokojninsko osnovo več njegovim sodelavcem – voznikom tudi na podlagi pravnomočnih sodnih odločb (sodba Psp 139/97 z dne 22. 1. 1998 v zvezi s sodbo sodišča prve stopnje Ps 259/96 z dne 14. 5. 1997, sodba Psp 125/99 z dne 16. 3. 2001, v zvezi s sodbo sodišča prve stopnje Ps 881/94 z dne 14. 4. 1999, sodba Ps 819/96 z dne 21. 9. 2001 in sodba Ps 1893/99 z dne 21. 5. 2003). Ni resnih razlogov, da bi iste pravne podlage (izpred skoraj 40 let) sedaj razlagali drugače.

Sklep VS RS VIII Ips 538/2008 z dne 21. 6. 2010, VDSS sodba Psp 529/2007

Vsak primer uvedbe dela prek polnega delovnega časa v okviru delovne naloge, ki so vezane na čakanje zaradi povratka, ni v skladu s takrat veljavno zakonsko ureditvijo in omejitvami dela prek polnega delovnega časa. Zato se je v tem primeru mogoče strinjati z zaključkom sodišča druge stopnje o vsaj delni nezakonitosti pravilnika. Ni pa takšen zaključek utemeljen glede 66. člena ter prve in druge alineje 67. člena pravilnika, saj kot navedeno povzemata le tedaj veljavno zakonsko ureditev. Okoliščina, da je bilo treba opraviti vožnje v okviru delovnih nalog, ki so bile vezane na čakanje zaradi povratka, je le ena od okoliščin za uvedbo dela prek polnega delovnega časa. Sodišče prve stopnje in po njem tudi sodišče druge stopnje je poleg tega razloga zaključilo tudi, da tožnikov delovni čas ni bil predvidljiv, da je bilo treba začeto delo nadaljevati za končanje delovnega procesa, katerega ustavitev ali prekinitve bi glede na naravo tehnologije in organizacije povzročila precejšnjo materialno škodo, zaključilo pa je tudi, da tega dela ni bilo mogoče opraviti v rednem delovnem času z ustrezno organizacijo ali delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa, uvajanjem novih izmen ali zaposlovanjem novih delavcev. To pa dejansko predstavlja zakonski razlog za delo prek polnega delovnega časa po 2. točki 27. člena ZMRDZD oziroma razlog iz prve alineje 79. člena ZDR/77 ter razlog, ki ga je tožena stranka v pravilniku iz leta 1979 opredelila v prvi alineji 67. člena. Glede na navedeno ni mogoče presoditi, da razen v primeru iz tretje alineje 67. člena pravilnika tožnikov delodajalec pri ureditvi dela prek polnega delovnega časa, ki se šteje za poseben delovni pogoj, ni upošteval zakonske ureditve. Kljub temu pa zmotna uporaba materialnega prava v tem primeru še ne omogoča spremembe izpodbijane sodbe in zavrnitev pritožbe ter potrditev sodbe sodišča prve stopnje. Iz predloženega pravilnika nadalje izhaja tudi, da delo prek polnega delovnega časa odreja komisija za delovna razmerja (68. člen), o nujni uvedbi takšnega dela pa direktor, ki mora takšen sklep predložiti komisiji za delovna razmerja v sedmih dneh (70. člen). To pomeni, da ureditev dela prek polnega delovnega časa v samoupravnih aktih tožnikovega delodajalca v celotnem spornem obdobju še ni znana oziroma ustrezno preverjena, čeprav je tožnik že v tožbi predlagal, da sodišče ustrezne akte (za čas spornega razmerja in ne kasneje!) pribavi in vpogleda. Nadalje tudi v primeru veljavnosti predložene skrajšane verzije pravilnika iz novembra 1979, sodišči druge in prve stopnje glede na določbe 68. in 70. člena nimata ustreznih ugotovitev o odrejanju dela prek polnega delovnega časa.

Sodba VS RS VIII Ips 395/2008 z dne 25. 10. 2010, VDSS Psp 293/2008

Ob tem, da je sodišče druge stopnje presodilo, da je tožena stranka v svojem pravilniku o delovnih razmerjih nezakonito širila primere dela prek polnega delovnega časa, je ugotovilo, da v navedenih primerih ni šlo za tako delo tožnika prek polnega delovnega časa, ki ga ne bi mogli opraviti drugi delavci v okviru polnega delovnega časa oziroma da bi prišlo do nepričakovanih potreb zaradi nepredvidenih izostankov delavcev, ki bi tako delo morali opraviti. Revizijsko sodišče je na navedene dejanske ugotovitve izpodbijane sodbe vezano. Ker se je kot posebni delovni pogoj štelo le tisto delo prek polnega delovnega časa, ki ga ni bilo mogoče opraviti v rednem delovnem času niti z ustrezno organizacijo

in delitvijo dela, razporeditvijo delovnega časa in niti z uvajanjem novih izmen ali z zaposlitvijo novih delavcev, je sodišče pravilno presodilo, da tožnik dela prek polnega delovnega časa ni opravljal v smislu posebnega delovnega pogoja oziroma v smislu določb 407. člena ZPIZ-1.

Sodba VDSS Psp 43/2008 z dne 21. 5. 2008

Delo prek polnega delovnega časa, ki se šteje za poseben delovni pogoj, z vidika delavca ne sme biti redno in stalno, z vidika delodajalca pa ne vsakdanja in utečena praksa. Okoliščine morajo biti za delodajalca nepredvidljive v takšni meri, da se jim ni bilo mogoče izogniti z običajnimi metodami organizacije dela – z delom v deljenem delovnem času ali s prerazporeditvijo delovnega časa, z razporejanjem delavcev na druga delovna mesta, z zaposlitvijo novih delavcev, uvajanjem novih, oziroma drugačnih metod dela in postopkov ter z uvajanjem novih delovnih mest. Večji obseg dela in večja gradbišča po obsežnosti in številu vodij gradbišč kakor tudi to, da sta bila le dva od vodij, ki sta imela strokovni izpit za vodenje gradbišč, ne predstavljajo nepredvidljive okoliščine v smislu posebnega delovnega pogoja.

Sodba VDSS Psp 403/2009 z dne 16. 9. 2009

Dežurne službe v preiskavi ni bilo mogoče organizirati z zaposlovanjem novih delavcev. Opravljanja nujnih del v zvezi s sodno preiskavo ni bilo mogoče zagotoviti z drugačno razporeditvijo delovnega časa ali novim zaposlovanjem.

Sodba VDSS Psp 112/2010 z dne 17. 5. 2010

Tožniku je pritrditi le v toliko, da posameznih konkretnih dogodkov sicer ni bilo mogoče v naprej predvideti, vendar pa so vsa navedena dela sodila v dejavnost delodajalca in so bila zato po prepričanju pritožbenega sodišča z vidika delodajalca v naprej pričakovana in predvidljiva. Delo je bilo pri delodajalcu organizirano tako, da so vsi zaposleni opravljali vse naloge, ki so sodile v dejavnost tožnikovega delodajalca, ne glede na to, na katerem delovnem mestu so delali. Glede na takšno organizacijo dela, ko so torej vsi zaposleni delali vsa dela iz delodajalčeve dejavnosti, ne gre za delo, ki bi bilo opravljeno izjemoma in kratkotrajno, temveč gre za redno obliko dela.

Sodba VDSS Psp 381/2010 z dne 11. 1. 2011

Do okvar strojev je prihajalo tudi izven rednega delovnega časa (kot na primer ob nedeljah) in tedaj je tožnik opravil nadure. Opravo nadurnega dela mu je odredil delodajalec. Okvare so bile nepredvidljive in vseh ni bilo mogoče odpraviti v okviru rednega delovnega časa. Število opravljenih ur prek polnega delovnega časa je tudi v okviru zakonskega limita. Tožnik je nedvomno vedel, da bo moral opraviti določena dela, ki se bodo pojavila tudi izven njegovega rednega delovnega časa, vendar pa taka predvidljivost ne izključuje izjemnosti dela, torej dela, ki ga je bilo potrebno opraviti tedaj, ko je nastala okvara na strojih (v okviru rednega delovnega časa, ali pa izven rednega delovnega časa).

6 KONČNE UGOTOVITVE

Stališče o nujnosti kratkotrajnega, izjemnega in nepredvidljivega dela se pojavlja še v številnih odločbah vrhovnega sodišča. Poudarja se, da je dolžnost zavarovanca, da zatrjuje in predlaga dokaze, da se je delo opravljalo kot poseben delovni pogoji v skladu z ureditvijo v zakonu in splošnih aktih. S tem v zvezi je treba dokazovati dejstva, ki kažejo uresničitev zakonskih znakov nastanka nevarnosti za življenje in zdravje ljudi ali nevarnosti nastanka materialne škode. Prav tako je treba zatrjevati izjemnost, nepredvidljivost in kratkotrajnost dogodkov. Dokazati je treba tudi, da dela ni bilo mogoče organizirati drugače (z novim zaposlovanjem, drugačno razporeditvijo delavcev, organizacijskimi spremembami, uvajanjem novih izmen ipd.). Kot merilo za ugotovitev, ali so izpolnjene predpostavke za vštetje dohodka za nadurno delo v pokojninsko osnovo, je mogoče odgovoriti na ta vprašanja:

- Kakšen je bil interes delavcev, da opravljajo nadurno delo?
- Ali bi delodajalec lahko zaposlil nove delavce?
- Ali bi delodajalec lahko izvedel organizacijske in tehnološke postopke za zmanjšanje nadurnega dela?
- Kakšni bi bili ekonomski učinki takega zaposlovanja?
- Ali bi lahko prerazporedil delovni čas?
- Ali bi lahko delavce prerazporedil in po potrebi dokvalificiral ali prekvalificiral?

Na spletnih forumih se pojavljajo tudi predlogi, kako rešiti problem vštevanja plačil za nadurno delo v pokojninsko osnovo, za katere ni mogoče zanesljivo ugotoviti zakonske skladnosti. Problem plačila nadur se rešuje z izplačilom stimulacije, na primer plačila po učinku oz. uspehu. Preračunajo se nadure in pripravi se predlog stimulacije. S takim načinom obračuna se delodajalci izognejo težavam presežka nadur.

Končne ugotovitve so:

- Merila za izjemnost, nepredvidljivost, kratkotrajnost ter nevarnost (konkretno ali abstraktno) niso natančna, s tem v zvezi tudi pravni standardi niso enotni, kar kaže tudi sodna praksa;
- Nenatančno je opredeljen »poseben delovni pogoji«;
- V splošnih aktih primeri in postopki niso natančno urejeni in se tudi niso dosledno izvajali (pisni sklep ali odreditev), na primer glede odobritve nadurnega dela;
- Po izkušnjah VDSS se spori pojavljajo večinoma pri zavarovancih iz dejavnosti prometa oz. cestnega in železniškega transporta ter pri servisnih in vzdrževalnih dejavnostih. Kot poseben delovni pogoji se lahko določi delo zaradi okvar vozil ali naprav (čeprav je tudi to vprašljivo, ali vozilo oz. naprava ni bila redno vzdrževana). Glede nadurnega dela zaradi čakanja na mejnih prehodih, pri nakladanju in razkladanju, zastojev v prometu, zlasti ko se je to stalno in v daljšem obdobju ponavljalo, je VDSS zavzelo stališče, da ne gre za izjemno in nepredvidljivo delo, s katerim ni bilo mogoče računati. Pri zastojih zaradi vremenskih razmer je vprašanje, ali ne gre za višjo silo, ki tudi izključuje delo kot poseben delovni pogoji;
- Zavod za pokojninsko in invalidsko zavarovanje se pri revizijah podatkov ne opredeli konkretno do posameznih nadur, bolj gre za splošno oceno, da delo ni bilo opravljeno kot poseben delovni pogoji;

- Zaradi poteka časa je izjemnost, nepredvidljivost ter nevarnost za človekovo zdravje ali življenje ter nevarnost nastanka materialne škode težko natančno ugotoviti;
- Število opravljenih ur prek polnega delovnega časa je lahko kazalec izjemnosti, nujnosti in nepredvidljivosti;
- Nekateri delodajalci so v obliki splošnega akta sprejeli sezname delovnih mest, na katerih se pojavljajo nadure, na primer v železniškem transportu. Po eni strani se to upošteva kot potrditev urejenosti v splošnih aktih, po drugi strani pa je vprašanje, ali to ne pomeni, da so to predvidljivi in stalno ponavljajoči se primeri, ko bi delodajalec (oz. v prejšnjem sistemu samoupravljavci) moral ukrepati z zaposlovanjem novih delavcev ali organizacijskimi spremembami;
- Kot ugovor zoper zaposlovanje se pojavljajo navedbe o neekonomičnosti in pomanjkanju delavcev, pri čemer bi za čas prejšnjega družbeno-ekonomskega sistema verjetno veljal predvsem drugi argument;
- Zaradi nejasnosti obstaja nevarnost neenakosti med zavarovanci glede uveljavljanja pravic na podlagi dela prek polnega delovnega časa. Določbe v splošnih aktih o »posebnem delovnem pogoju« v nekaterih primerih pomenijo prepis zakonskih določb, v drugih pa med seboj niso primerljive in tudi zato lahko pomenijo neenakost med zavarovanci. Primerna ureditev bi zato bila, da se kot pogoj za vštetje plače za delo prek polnega delovnega časa v pokojninsko osnovo tudi za pretekla obdobja namesto nenatančno določenih izjemnosti, nepredvidljivosti in začasnosti ter pojma »poseben delovni pogoj« upošteva pretekla in/ali sedanja predpisana časovna omejitev nadurnega dela ter dodatni pogoj, da je za nadurno delo dokazano plačilo prispevkov.

Literatura:

- Prof. dr. Anjuta Bubnov Škoberne: Sistemi pokojninskega varstva – pravni vidiki, GV Založba Ljubljana, Podjetje in delo, št. 1/1994.
- Mag. Nataša Belopavlovič in drugi: Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju s komentarjem, GV Založba Ljubljana, leto 2000.
- Dr. Lev Svetek: Ob osnutku pokojninskega zakona, Pravna praksa, letnik 1991, št. 234.
- Jože Kuhelj: Pregled najpomembnejših novosti, Statut Skupnosti pokojninskega in invalidskega zavarovanja v SR Sloveniji, drugi zvezek, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1982.
- Karamagi Rujumbe v Pittsburgh Post-gazette z dne 27. 3. 2009, spletni naslov: <<http://www.post-gazette.com/pg/09086/958628-455.stm#ixzz1BrvKRLFw>>(29. 1. 2013).

RAČUNALNIŠKA GOLJUFIJA KOT NOVA OBLIKA TRADICIONALNE GOLJUFIJE

Miha Šepec¹

univerzitetni diplomirani pravnik

asistent za kazensko pravo na Evropski pravni fakulteti v Novi Gorici

in Fakulteti za varnostne vede

1 UVOD – SPLOŠNO O GOLJUFIJI IN RAČUNALNIŠKI GOLJUFIJI

Goljufija je eno najstarejših kaznivih dejanjih, ki se je v družbi pojavilo že ob nastanku menjave dobrin in razvoja trgovine. V današnji informacijski dobi, ko se ogromna količina trgovskih storitev, menjava blaga ter denarnih plačil opravlja po internetu in informacijskih sistemih, je tudi goljufija dobila nove razsežnosti, ki jih tradicionalni koncept goljufije ne more več zajeti. Zaradi razvoja informacijskih tehnologij se je zato danes izoblikoval sodobni koncept računalniške ali informacijske² goljufije, ki ga bomo predstavili v tem prispevku.

Goljufija v svojem bistvu pomeni okoriščanje z oškodovanjem ali zavajanjem koga v zmotu.³ Kazenski zakonik (211. člen KZ-1) jo opredeli podrobneje kot ravnanje tistega, ki zato da bi sebi ali komu drugemu pridobil premoženjsko korist, spravi koga z lažnim prikazovanjem ali prikrivanjem dejanskih okoliščin v zmotu (storitvena oblika izvršitve) ali ga pusti v zmoti (opustitvena oblika izvršitve) in s tem zapelje, da ta v škodo svojega ali tujega premoženja kaj stori ali opusti.

„Izvršitveno dejanje je ustvaritev zmotne predstave pri oškodovancu oziroma puščanje oškodovanca v takšni zmoti. Lažno prikazovanje dejanskih okoliščin pomeni, da storilec pri drugi osebi ustvari zmotno predstavo o kakšnih okoliščinah. Ta zmota je posledica storilčevih lažnih trditev o teh dejanskih okoliščinah.“⁴

Bistveni znak goljufije je premoženjski namen storilca – ta si želi pridobiti premoženjsko korist ali povzročiti premoženjsko škodo. Če storilec spravlja ali pušča osebo v zmoti, obenem pa ne zasleduje premoženjskega namena, potem lahko govorimo o preslepitvi, ki je pogosto zakonski znak drugih kaznivih dejanj. Ali kot pove Deisinger „preslepitev sicer pojmovno pomeni goljufanje, vendar v kazenskopravnem pogledu ni povsem enako s kaznivim dejanjem goljufije“.⁵

1 Doktorski kandidat kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru.

2 Pojma »računalniška« in »informacijska« goljufija bomo uporabljali kot sinonima. Tuja stroka uporablja predvsem izraz računalniška goljufija (angl. computer fraud), medtem ko se je v domači literaturi izraz »informacijski sistem« ustalil za širše pojmovanje elektronskih naprav, ki jih upravlja programski operacijski sistem. Pojem »informacijski« je tako natančnejši kot pojem »računalniški«, ki se lahko zavajajoče nanaša le na računalnike (dejansko pa so zajete še druge oblike informacijskih sistemov, kot npr. mobilni telefoni, dlančniki in druge »pametne« naprave – »smart devices«).

3 SSKJ, pojem »goljufija«. Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša ZRC SAZU. Internetni vir pridobljen 11. 8. 2011 na: <http://bos.zrc-sazu.si/sskj.html>.

4 M. Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del. GV založba, 2002, str. 406.

5 Prav tam, str. 487.

Goljufiv namen pri kaznivem dejanju goljufije mora biti podan že pred sklenitvijo posla, medtem ko lahko pri preslepitvi ta namen nastane tudi pozneje. Preslepitev prav tako ni neposredno povezana s premoženjsko koristjo storilca, čeprav slednjega pogosto vodi prav ta motiv.⁶

Angloameriški sistem loči goljufijo od prevare. Prevara je dvostranski element goljufije, po kateri se na eni strani zahteva ravnanje storilca, ki spravlja žrtev v zмотo, in na drugi strani ravnanje žrtve, ki je prevarana in zaradi tega v škodo svojega ali tujega premoženja kaj stori ali opusti.⁷ Goljufija pa je krovni pojem za kaznivo dejanje.

Teoretiki nas opozarjajo na včasih problematično opredelitev same goljufije in prevare v ekonomskem svetu. Tako je že leta 1919 Page zapisal, da opustitev ene stranke, ki druge ne seznani s poznanimi dejstvi, v določenih primerih ne pomeni goljufije ali vpliva na veljavnost pogodbe.⁸

Veljalo naj bi, da obstaja izjema od dolžnosti razkritja informacij, ki so bile načrtno pridobljene. Tako je v primeru Neil proti Shamburg iz leta 1983 sodišče odločilo, da ni šlo za (opustitveno) prevaro, ko so kupci zemljišča na podlagi izjemno dragih predhodnih analiz vedeli za prisotnost podzemnih nahajališč nafte in rudnin (česar prodajalec seveda ni vedel).⁹ Kupci namreč niso imeli nikakršne dolžnosti razkriti pridobljene informacije prodajalcu.

„V primeru nepreverljivih izjav, osebnih mnenj in vrednostnih sodb bi stranke morale imeti pravico do laganja in prikrivanja informacij.“¹⁰ Take izjave dajejo posamezniki in načeloma niso preverljive, česar se mora nasprotna stran zavedati.

Deisinger pojasnjuje, da pri goljufiji: „Storilec pri drugi osebi ustvari zmotno predstavo o kakšnih okoliščinah“ ali pa da: „Storilec drugi osebi ne pojasni določenih okoliščin, čeprav jih je bil zavezan glede na pravno razmerje med njima ali glede na ustvarjeno medsebojno razmerje, ki pri takšnem pravnem poslovanju predvideva takšno pojasnilo.“¹¹

Razume se, da bo od samega posla odvisno, kdaj mora stranka seznaniti drugo z okoliščinami – in da je meja med ekonomsko učinkovitim poslom in opustitveno goljufijo lahko pogosto zamegljena. Tako je več kot očitno, da bo moral prodajalec kupca seznaniti s skritimi napakami predmeta (če bo zanje vedel), a po drugi strani kupcu tega predmeta ne bo treba seznaniti prodajalca, da je predmet bistveno večje vrednosti, kot je cena, ki jo je postavil. Po drugi strani bi bil lahko hitro za goljufijo odgovoren cenilec, ki mu je prodajalec A naročil, naj oceni vrednost slike, ta pa bo povedal bistveno nižjo ceno od resnične, obenem pa se ponudil A-ju, da sliko kar takoj odkupi (po bistveno nižji ceni – s katero je v zmotno o resnični vrednosti slike spravi A-ja).

6 Prav tam, str. 489.

7 R. Heathon, Criminal Law, Textbook. Oxford University Press, 2006, str. 327.

8 W. H. Page, Law of Contracts. The W. H. Anderson Company, 1919, odsek 385. Internetni vir pridobljen 23. 2. 2012 na: <http://chestofbooks.com/business/law/Law-Of-Contracts-4-1/Sec-385-Non-Disclosure-Not-Operative-In-Absence-Of-Special-Circumstances.html>.

9 M. Kovač, Predpogodbeno razkrivanje informacij: bistvena zmotna ali prevara. Podjetje in delo, letnik 26, št. 6–7, 2010, str. 1419.

10 Prav tam, str. 1420.

11 M. Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del. GV Založba, 2002, str. 406 in 407.

Pojavljajo se tudi polemike o institutu zmote v civilnem pravu. Iz teorije civilnega prava izhaja, da je zmeta bistvena takrat, kadar stranka posla s tako vsebino ne bi sklenila, ko bi za resnično stanje vedela in bi to resnično stanje razumno presodila.¹² Kovačič nas opozarja na ekonomsko-analitične pomanjkljivosti takega merila. „Prvič, prav vsaka sprememba v razpoložljivih informacijah, detajlih bo v pogojih popolne konkurence vodila do sprejemanja drugačnih odločitev. Drugič, v pogojih nepopolne konkurence poznavanje detajlov po navadi ne bo spremenilo odločitev večine kupcev.“¹³

Ko goljufijo povezujemo z informacijskimi sistemi, lahko to široko pojmuje kot računalniško ali informacijsko goljufijo. Kot pravi Dragičević: „Računalniška prevara zajema razne vrste manipulacij na podatkih, najpogosteje z namenom, da storilec sebi ali drugemu pridobi nezakonito premoženjsko ali drugo korist.“¹⁴

Danes ločimo posredno in neposredno računalniško ali informacijsko goljufijo. Medtem ko je namen hekerja prelisčiti in zlorabiti informacijski sistem, je namen goljufa (ali prevaranta) z uporabo informacijskega sistema prelisčiti resnično fizično ali pravno osebo,¹⁵ kar pa je mogoče storiti posredno ali neposredno. Neposredna računalniška goljufija je tista, ko storilec z uporabo informacijskega sistema neposredno prelisči ali spravi v zmoto drugo fizično ali pravno osebo (recimo banko ali lastnika spletne trgovine). Posredna računalniška goljufija pa je tista, ko storilec dejansko prevara informacijski sistem (s tem da ta programirano zaupa storilcu in mu odobri storitev), prek njega pa povzroči škodo fizični ali pravni osebi – torej ogoljufa to osebo prek posrednika, ki je v tem primeru informacijski sistem.

Ni dvoma, da bi sodobna kazenskoppravna opredelitev goljufije morala zajeti neposredno in posredno računalniško ali informacijsko goljufijo. Problem predstavlja tradicionalna opredelitev goljufije, kjer je teorija še vedno na stališču, da je mogoče ogoljufati le osebo, ne pa računalniškega sistema. Tako ureditev še vedno vsebuje tudi naš Kazenski zakonik KZ-1,¹⁶ ker je v nasprotju z zahtevami Konvencije o kibernetiski kriminaliteti.¹⁷ Sprememb na to področje ni prinesla niti novela KZ-1B.¹⁸

2 VRSTE RAČUNALNIŠKIH GOLJUFIJ

Dejstvo je, da razvoj informacijskih sistemov in interneta daje nove možnosti tudi za goljufije. Kot pravi Clough: „Internet je raj za tiste, ki prežijo nad lahkoverneži, pohlepneži in naivneži, saj omogoča neprecedenčni dostop do žrtev.“¹⁹ Dostop do

12 M. Dolenc v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*. GV Založba, 2003, str. 346.

13 M. Kovač, *Predpogodbena razkrivanje informacij: bistvena zmeta ali prevara*. Podjetje in delo, let. 26, št. 6–7, 2010, str. 1422.

14 D. Dragičević, *Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi*. Informator, 1999, str. 136.

15 N. Barrett, *Digital crime, Policing the Cybernation*. Kogan Page, 1997, str. 87.

16 Kazenski zakonik (KZ-1). Uradni list RS, št. 55/2008, z dne 4. 6. 2008.

17 Ratificirana z Zakonom o ratifikaciji Konvencije o kibernetiski kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih (MKKKDP). Uradni list RS, št. 62/2004, z dne 7. 6. 2004.

18 Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B). Uradni list RS, št. 91/2011, z dne 14. 11. 2011.

19 J. Clough, *Principles of cybercrime*. Cambridge University press, 2010, str. 183.

morebitnih žrtev je po spletu namreč skoraj neomejen, anonimnost storilcev pa te opogumlja in v povezavi z mednarodnimi razsežnostmi otežuje kazenski pregon.

Oblike goljufij v informacijskih prostorih danes delimo na:²⁰

- a) goljufive prodaje na internetu,
- b) goljufije z denarnim predujmom (nigerijske goljufije),
- c) goljufije z elektronskim prenosom denarja,
- d) goljufive investicije,
- e) kraja identitete.

a) Goljufive prodaje na internetu

Kljub enostavnosti dejanja velja ta oblika goljufij še danes za eno najpogostejših v internetnem prostoru. Poročilo centra Crime Complaint, ki sodeluje z ameriškim FBI, za leto 2010 poroča, da je po odstotkih število goljufij, ko blago ni dostavljeno ali plačilo ni izvedeno, na samem vrhu s 14,4 %, ²¹ sledijo pa primeri kraje identitete. ²²

Goljufija poteka tako, da storilec kot prodajalec ali kupec sklene prodajno pogodbo z nasprotno stranko, nato pa kot kupec za poslano blago nikoli ne nakaže denarja ali pošlje čeka, ki nima kritja; oziroma se kot prodajalec zaveže poslati blago ob prejemu kupnine, pa tega nikoli ne pošlje oziroma pošlje blago bistveno nižje kakovosti, kot je bilo dogovorjeno. To je najbolj klasična oblika goljufij, pri katerih je seveda treba storilcu dokazati, da je imel namen nasprotno stran ogoljufati ter da jo je naklepno spravil v zмотo (da bo blago poslal, čeprav nikoli ni imel namena, da bi to storil, ali da tako blago sploh ne obstaja oziroma storilcu ni dosegljivo, pa se tega zaveda) ter da nezmožnosti plačila ali poslanega blaga ni bilo zaradi tržnih ali drugih ekonomskih razmer, na katere storilec ni mogel vplivati (npr. blago, ki bi ga moral poslati kupcu, se uniči pri prevozu ali izgubi na pošti). Te oblike goljufij so poznane že od takrat, ko se je začelo trgovanje med ljudmi. Informacijski prostori tako le širijo možnosti teh kaznivih dejanj in dodajajo nekaj novih pojavnih oblik. ²³

b) Goljufije z denarnim predujmom (nigerijske goljufije)

Nigerijska prevara ali prevara 419²⁴ je postala sinonim za internetne goljufije. V elektronskih pismih storilec lažnivo prikazuje okoliščine in s tem spravlja žrtev v zмотo. Storilec žrtvi obljublja ogromne zasluge, vendar mu mora prej poslati določeno količino denarja (zaradi podkupovanja uradnikov, premagovanja uradnih ovir, letalske vozovnice, plačila davkov). Ko storilec denar dobi, prekine stik ali pa

²⁰ Prav tam, str. 185–189.

²¹ Ob upoštevanju metodoloških dejavnikov center ocenjuje, da je tako obdelani odstotek realno bolj blizu 21,1 %, kar je bistveno več od prijavljene statistike.

²² Internet crime complaint center, Poročilo za leto 2010, ZDA. Internetni vir pridobljen 17. 2. 2012 na: http://www.ic3.gov/media/annualreport/2010_IC3Report.pdf.

²³ Tako se v zadnjem času pogosto pojavljajo internetni programi, imenovani »scareware«, ki nam zagotavljajo brezplačni pregled sistema, da preverijo, ali je »okužen« s škodljivimi kodami. Brezplačni pregled pokaže, da je sistem hudo okužen in da je treba kupiti program, ki bo odpravil okužbe (ki jih seveda nikoli ni bilo, ustvaril jih je namreč program sam). Tako se spravi v zмотo kupec, ki se ustraši, da njegov sistem vsebuje škodljive kode, zato program kupi, čeprav ga dejansko ne potrebuje.

²⁴ Po 419. členu nekdanjega nigerijskega Kazenskega zakonika.

poskuša od žrtve izveliči še več denarja (z novimi izgovori, lažmi itd.). „Prevara 419 se je od relativno preproste prirredbe tradicionalne prevare s predujmom razvila v izredno kompleksno organizirano kriminalno dejavnost.“²⁵

Storilci računajo na pohlep ter naivnost ljudi, včasih pa tudi na usmiljenje in pripravljenost pomagati (storilec se izdaja za reveža, ki ga je doletela huda nesreča in zbira denar za operacijo srca, tumorja ali kot nesrečnika navaja svojega bolnega otroka ...). Številčno so te oblike goljufij danes gotovo najpogostejše, saj praktično ni posameznika, ki se ukvarja z internetom, ki ne bi prejel obsežnega števila takih poskusov elektronskih goljufij (zavedni uporabniki seveda taka sporočila takoj izbrišejo). Kljub slaboumnosti teh elektronskih sporočil pa raziskave²⁶ kažejo, da so goljufi z njimi še vedno relativno uspešni. „Prevaranti lahko pričakujejo, da bodo posamezniki odgovorili na eno pismo od vsakih sto poslanih. Od tistih, ki so odgovorili na prevarantsko pismo, pa bo vsaj en posameznik na vsakih sto poslal denar.“²⁷

Treba je opozoriti, da take internetne goljufije ne potrebujejo nobenega večjega strokovnega ali tehničnega znanja.²⁸

c) Goljufije z elektronskim prenosom denarja

Danes se večina denarja pretaka digitalno prek plačilnih kartic. Denar na banki predstavlja digitalni zapis stanja na posameznikovem računu. Različne oblike kraj in goljufij nad denarjem tako potekajo v digitalni obliki. Pogosta je tudi povezava s krajo identitete – storilec se predstavlja (s ponarejenimi ali ukradenimi dokumenti) kot lastnik bančnega računa ter tako prelisiči bančni sistem ali uslužbenca, da mu izroči denar z računa. Novejše oblike goljufij vključujejo tudi oblike vlaganj v namišljene sklade, ko se storilci predstavljajo kot agenti zavarovalnic ali bank, ki zbirajo denar za vlaganja. Tako zberejo denar več žrtev, ki jim nakažejo denar na določen bančni račun (ustanovljen z lažno identiteto), tega izpraznijo in izginejo.²⁹

d) Goljufive investicije

Sem uvrščamo predvsem različne oblike goljufij z internetnimi stranmi. Storilec (pogosto jih je več) oblikuje internetno stran, ki se predstavlja kot internetna trgovina z odličnimi cenami.

Take internetne strani običajno „obratujejo“ le kakšen teden ali dva – ravno dovolj, da se prelisiči določeno število kupcev, nato pa stran (še preden žrtve opazijo prevaro in to sporočijo policiji) izgine skupaj s storilci in denarjem.

Clough navaja tudi primere uporabe interneta z namenom vplivanja na ceno delnic – tako imenovane prevare „pump and dump“ ali „trash and cash“. Storilci

25 N. Peršak. Prevara 419 ali (r)evolucija neke goljufije. Pravna praksa, letnik 22, št. 30, 2003, str. VIII.

26 419 Advance Fee Fraud Statistics 2009. Ultrascan Advanced Global Investigations. 2009. Internetni vir pridobljen 11. 2. 2012 na: http://www.ultrascanagi.com/public_html/html/419_fraud_trends_2006.html.

27 D. Modic, Nigerijska prevarantska pisma, v: A. Završnik (ur.) in ostali, Kriminaliteta in tehnologija. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, 2010, str. 86.

28 D. Dragičević, Kompiutorski kriminalitet i informacijski sustavi. Informator, 1999, str. 138.

29 To so sodobne oblike »ponzi prevar«, poimenovanih po znanem goljufu in prevarantu Charlesu Ponziju, ki je deloval v začetku devetdesetih let. K. Bell in A. Fleitas, Top 10 investing scams. Bankrate Archives, 2004. Internetni vir pridobljen 15. 2. 2012 na: <http://www.bankrate.com/brm/news/investing/20020829a.asp>.

z delovanjem na internetnih forumih vzbudijo lažno stanje podjetja in vplivajo na ceno delnic. Poznan je primer enajstih storilcev, ki so s pošiljanjem elektronske pošte in delovanjem na internetnih forumih umetno dvignili ceno delnic kitajskih podjetij „penny stock“ in na ta način zaslužili okoli 3 milijone dolarjev.³⁰

e) Kraja identitete

To so oblike kaznivih dejanj, pri katerih se storilec izkazuje z identiteto žrtve in na ta način pride do storitve ali premoženjske koristi, s tem pa povzroči škodo tistemu, s katerega identiteto se izdaja. Problem obravnavamo posebej v 5. poglavju.

Iz navedenega je jasno, da informacijski sistemi prinašajo nove pojavnne oblike goljufij, da niso le nepomembni pripomočki, temveč ključni elementi goljufij, ki storilecem bistveno olajšajo izvedbo, omogočajo dostop do širšega kroga žrtev in jim prek anonimnosti zagotavljajo zaščito.

3 MEDNARODNE ZAHTEVE IN KONVENCIJSKA UREDITEV RAČUNALNIŠKE GOLJUFIJE

Konvencija o kibernetiki kriminaliteti (konvencija) v 8. členu določa, naj *pogodbenice sprejmejo potrebne zakonodajne in druge ukrepe v notranjem pravu, ki kot kazniva opredelijo dejanja, s katerimi nekdo naklepno in neupravičeno povzroča premoženjsko škodo drugim osebam z:*

- a) *vsakim vnosom, spremembo, izbrisom ali oviranjem računalniških podatkov;*
- b) *vsakim poseganjem v delovanje računalniškega sistema, z goljufivim ali nepoštenim namenom neupravičene pridobitve premoženjske koristi zase ali za drugo osebo.*

Goljufija je tako značilno kaznivo dejanje, ki se lahko izvrši s pomočjo informacijskega sistema – informacijski sistem je uporabljen kot sredstvo ali pripomoček za izvršitev kaznivnega dejanja. V takem primeru torej to ni posebno kaznivo dejanje kibernetike kriminala, temveč povsem klasično kaznivo dejanje, ki se lahko stori tudi prek informacijskih sistemov. Dejstvo pa je, da se v informacijskih sistemih pojavljajo nove oblike goljufij (nigerijske goljufije, goljufije z elektronskim prenosom denarja, kraja identitete) in predvsem nova izvršitvena oblika goljufanja informacijskega sistema. To je posebno kaznivo dejanje kibernetike kriminala, ki zahteva specialno kaznivo dejanje v kazenski zakonodaji oziroma sprejetje sodobnega koncepta goljufije, ki zajema tudi tako imenovano posredno računalniško goljufijo.

Podpisnice konvencije morajo zato preveriti notranjo zakonodajo, ali zajema tudi inkriminacijo goljufij, izvršenih prek informacijskih sistemov ali zoper njih. Če je temu zadoščeno, potem notranje zakonodaje ni treba spreminjati.

S prihodom tehnološke revolucije so se priložnosti za ekonomska kazniva dejanja bistveno povečale. Premoženje v računalniških sistemih (elektronska sredstva, položeni denar) je postalo tarča manipulacij, prav tako kot pred tem premoženje v klasični obliki. Ta kazniva dejanja temeljijo na vnosnem preračunljivem ravnanju,

30 J. Clough, Principles of cybercrime. Cambridge University press, 2010, str. 189.

ko storilec vnese nepravilne podatke v računalniški sistem ali s pa s programom vpliva na potek podatkovnega postopka v sistemu. Konvencija torej obravnava tudi kriminalizacijo neupravičenih manipulacij podatkovnih procesov, katerih namen je vplivati na nezakonit prenos premoženja.³¹

Objekt varovanja je varstvo premoženja. Goljufije so mogoče s spreminjanjem podatkov, prelisičenjem drugih uporabnikov, ponareditvijo listin itd. Dejanje samo je zelo podobno klasični goljufiji, le da tu dejanje poteka v informacijskem prostoru ali je z njim povezano.

Da bi pokrili vse oblike neupravičenih manipulacij podatkov, konvencija izrecno določa, da se goljufija v informacijskem sistemu lahko izvrši z vsakim vnosom, spremembo, izbrisom ali oviranjem računalniških podatkov. Točka b člena pa dodaja še izredno splošno določbo vsakega poseganja v delovanje računalniškega sistema z goljufivim ali nepoštenim namenom pridobitve premoženjske koristi.

Konvencija tako želi zajeti prav vse mogoče oblike kakršne koli uporabe elektronskih podatkov ali sistema z namenom goljufije.

Računalniška goljufija je kazniva, če zaradi nje nastane neposredna ekonomska ali premoženjska škoda in če storilec deluje z namenom pridobitve nezakonite ekonomske koristi zase ali za drugega. Izguba premoženja je obsežen izraz in se nanaša na izgubo denarja, premičnin ali nepremičnin z ekonomsko vrednostjo.³²

Seveda pa h goljufijam ne spadajo zakoniti tržni običaji, ki lahko vključujejo tveganje, da bo premoženje izgubljeno. Tako se npr. komercialni običaji, ki spoštujejo pravila trga, in ena stranka utrpí ekonomsko škodo, druga pa dobiček, ne bodo šteli za kaznive, če niso bili storjeni z goljufivim ali nepoštenim namenom.³³

Sem uvrščamo tudi mnenja in nasvete. Heathon navaja, da predstavlja ravnanje direktorja podjetja, ki svetuje osebi, naj vloží 5000 funtov v njegovo podjetje in da mu bo ta naložba prinesla veliko denarja, mnenje in ne dejstva. Pomembno pa je, da direktor to resnično verjame in si za to v prihodnosti tudi prizadeva.³⁴ Če bi direktor s praznimi obljubami (ki jih ne bi imel namena izpolniti) od osebe pod pretvezo naložbe dobil denar (ki bi ga potem porabil za lastne interese), bi seveda to bila goljufija. Ormerod pa opozarja, da je doktrina mnenj in nasvetov, ki izključujejo pojem goljufije, raztegnjena do izrednih širin. V praksi je namreč izredno težavno ločiti prevaro, če je bila izrečena kot mnenje ali prepričanje nekoga ali kot del naklepa pri goljufiji.³⁵

Jasno je, da Konvencija o kibernetiski kriminaliteti zahteva, da podpisnice kriminalizirajo tako neposredno računalniško goljufijo (ko storilec ogoljufa žrtev s pomočjo računalniškega sistema) kot posredno računalniško goljufijo (ko storilec neposredno prevara računalniški sistem, da opravi storitev, ki storilcu ali komu drugemu prinese premoženjsko korist ali povzroči premoženjsko škodo oškodovancu).

31 Pojasnitveno poročilo Konvencije o kibernetiski kriminaliteti, 2001, paragraf 86.

32 Prav tam, paragraf 88.

33 Prav tam, paragraf 90.

34 Heathon R., *Criminal Law Textbook*. Oxford University Press, 2006, str. 335.

35 D. Ormerod, Smith & Hogan *Criminal law*. Oxford University press, 2005, str 747–748.

4 DOMAČA IN PRIMERJALNA KAZENSKA UREDITEV

I. Domača kazenskoppravna ureditev

Goljufije v informacijskih sistemih se lahko pojavljajo v dveh izvršitvenih oblikah. Pri prvi je računalniški sistem uporabljen kot pripomoček za izvršitev kaznivega dejanja (računalniški sistem je sredstvo za kaznivo dejanje), pri drugi pa je računalniški sistem tarča prevare – storilec neposredno prevara računalniški sistem.

Zakonodajalec ima tako možnost opredeliti posebno kaznivo dejanje računalniške goljufije, ki je specialno kaznivo dejanje klasične goljufije. Lahko pa zakonodajalec preprosto zajame oblike informacijskih goljufij v členih, ki jih že predvideva za klasične goljufije. Pri tem mora biti zakonodajalec pozoren, da predpiše kazniva dejanja dovolj splošno, da lahko zajamejo tudi različne oblike prevar in goljufij izvršenih s pomočjo in zoper informacijske sisteme. To predvsem pomeni, da zakonodajalec ne sme omejiti splošnega kaznivega dejanja goljufije le na primere, ko je prevarana oseba. Sicer bi to pomenilo, da zakonodajalec zajema le eno obliko računalniške goljufije – tisto, ko je računalniški sistem uporabljen kot pripomoček za izvršitev goljufije. Druge izvršitvene oblike – ko je računalniški sistem tarča goljufije, pa taka zakonodajna ureditev ne predvideva – kar je v nasprotju z zahtevami Konvencije o kibernetiski kriminaliteti.

Slovenski zakonodajalec se je odločil za drugo vrsto ureditve, tako da se različne oblike informacijskih goljufij preganjajo po že poznanih klasičnih členih za goljufije v Kazenskem zakoniku; posebnega kazniva dejanja ali odstavka člena, ki bi se nanašal izključno na računalniško goljufijo, naša kazenska zakonodaja torej ne pozna.

KZ-1 opredeljuje goljufije v številnih kaznivih dejanjih. Informacijski sistem je pri teh dejanjih sredstvo ali pripomoček za izvršitev goljufije. Poglobljanje v vsa navedena kazniva dejanja, pri katerih je lahko uporabljen tudi informacijski sistem, na tem mestu ni smiselna. V nadaljevanju zato le navajamo kazniva dejanja KZ-1, ki se v tem okviru lahko uporabijo.

Temeljni kaznivi dejanji, ki obravnavata goljufijo v našem kazenskem zakoniku, sta zajeti v 211. členu (goljufija) in 228. členu (poslovna goljufija).

Kljub enakemu poimenovanju goljufija pa se člena v temelju razlikujeta. 211. člen KZ-1 predstavlja pravo goljufijo v kazenskopravnem pomenu, ko se zahteva goljufiv namen že pred sklenitvijo posla, medtem ko je »goljufija« po 228. členu dejansko preslepitev, ko je posledica kaznivega dejanja nastanek premoženjske škode ali pridobitev premoženjske koristi, medtem ko mora biti po 211. členu že predhodno podan goljufiv namen pri storilcu. Deisinger pove, da je izvršitveno dejanje po prvem odstavku 228. člena mogoče storiti tako ob sklepanju posla kot tudi pozneje ob njegovem izvajanju.³⁶

Goljufija po 211. členu je torej s premoženjskim namenom spravljanje ali puščanje žrtve v zmoti, medtem ko je goljufija po 228. členu preslepitev s premoženjsko posledico.

³⁶ M. Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del. GV Založba, 2002, str. 481.

Pri poslovni goljufiji se zahteva tudi, da je izvršena pri opravljanju gospodarske dejavnosti.

Nobenih zadržkov seveda ni, da ne bi mogli obeh členov uporabiti tudi, kadar sta goljufija in preslepitev izvršeni s pomočjo informacijskih sistemov.

KZ-1 je vnesel tudi novo kaznivo dejanje goljufije na škodo Evropske skupnosti (z novelo KZ-1B Evropske unije), s katerim je Slovenija v celoti izpolnila obveznosti iz konvencije, pripravljene na podlagi člena K.3 Pogodbe o Evropski uniji o zaščiti finančnih interesov Evropske skupnosti.³⁷

Goljufija se pojavlja tudi kot zakonski znak pri naštetih kaznivih dejanjih KZ-1 z novelo KZ-1B (členi so dovolj splošni, da zajamejo tudi oblike goljufij, izvršenih s pomočjo informacijskih sistemov):

- 226. člen (povzročitev stečaja z goljufijo ali nevestnim poslovanjem), po četrtem odstavku se kaznuje, kdor **na drug goljufiv način** doseže, da se začne stečajni postopek ali postopek za izbris gospodarske družbe iz sodnega registra po uradni dolžnosti brez likvidacije.
- 227. člen (oškodovanje upnikov), po drugem odstavku je kaznivo s kakšnim drugim **goljufivim dejanjem** povzročati veliko premoženjsko škodo upnikom.
- 239. člen (zloraba trga finančnih instrumentov), po 2. točki drugega odstavka se kaznuje, kdor pri sklenitvi posla ali izdaji naročila za trgovanje uporabi fiktivna sredstva ali druge oblike **goljufivega ravnanja**.
- 335. člen (protipravno ravnanje z jedrskimi ali drugimi nevarnimi radioaktivnimi snovmi), po četrtem odstavku se kaznuje, kdor pridobi jedrske snovi s tatvino, ropom, zatajitvijo, poneverbo, **goljufijo**, zlorabo položaja ali pooblastila, grožnjo ali uporabo sile ali drugim načinom ustrahovanja.

Pomembna ugotovitev je, da mora storilec po naši kazenski zakonodaji ogoljufati oziroma spraviti ali puščati v zmoti osebo. Kaj pa če spravi v zmoto informacijski sistem in tega prelisiči, da zanj opravi neko storitev, do katere ni upravičen (npr. storilec prelisiči bančni avtomat, da je lastnik bančne kartice, čeprav je ta ukradena)? Ali gre v takem primeru lahko za goljufijo informacijskega sistema – ali je ta lahko spravljen v zmoto? Če pustimo vprašanja umetne inteligence ob strani, je jasen odgovor tradicionalne kazenskopravne doktrine na vprašanje ne.³⁸

Medtem ko je namen „hekerja“ prelisičiti in zlorabiti informacijski sistem, je namen goljufa (ali prevaranta) z uporabo informacijskega sistema prelisičiti resnično fizično ali pravno osebo,³⁹ kar pa je mogoče izvršiti posredno ali neposredno. Neposredna informacijska goljufija je, ko storilec neposredno prelisiči ali spravi v zmoto drugo fizično ali pravno osebo (recimo banko ali lastnika spletne trgovine). Posredna informacijska goljufija pa je, ko storilec dejansko prevara informacijski sistem (s tem da ta programirano zaupa storilcu in mu odobri neko storitev), prek njega pa

³⁷ Vlada RS, Predlog kazenskega zakonika. Številka: 00720-34/2007/22, Ljubljana, 17. 1. 2008.

³⁸ D. Dragičević, *Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi*. Informator, 1999, str. 137. Enako tudi Allen, ki navaja, da uporaba lažnega kovanca na prodajnem avtomatu ni goljufija, saj ni bila prevarana oseba. M. Allen, *Textbook on criminal law*. Oxford University press, 2007, str. 478.

³⁹ N. Barrett, *Digital crime, Policing the Cybernation*. Kogan Page, 1997, str. 87.

povzroči škodo fizični ali pravni osebi – torej ogoljufa to osebo prek posrednika, ki je v tem primeru informacijski sistem.

Če zavzamemo stališče, da je goljufija pojmovno mogoča le neposredno, čemur sledita tradicionalna kazenskopravna doktrina in starejša sodna praksa,⁴⁰ potem se znajdemo v nevzdržnem položaju, ko ne bo mogoče za goljufijo (ali preslepitev) kazensko preganjati tistega, ki spravi v zmoto informacijski sistem in si na ta način pridobi premoženjsko korist ali povzroči premoženjsko škodo. Značilen primer takega dejanja je storilec, ki z ukradeno kreditno kartico kupuje na spletni trgovini – kartice ne izroči prodajalcu, temveč informacijskemu sistemu trgovine, s katerim opravi postopek, in je dejansko prevaran.⁴¹ Posredno je seveda spravljen v zmoto lastnik trgovine, škoda pa je povzročena lastniku ukradene kartice (oziroma tistemu, ki pri zavarovanju krije škodo iz naslova zlorabljenega plačilne ali kreditne kartice). To je primer posredne informacijske goljufije (enako velja tudi za preslepitev), za katero menimo, da bi morala biti inkriminacijsko na enaki ravni kot neposredna (klasična) goljufija ali preslepitev. Enako stališče deli tudi stroka: Clough (2010), str. 185 do 189, in Barrett (1997), str. 89, v domačem prostoru pa Klemenčič⁴² (2007), str. 305. Dragičević⁴³ opozarja, da zakonodaje kot znak biti kaznivega dejanja goljufije pogosto zahtevajo prevaro druge osebe, česar ni mogoče uporabiti (z uporabo analogije, op. avtorja), ko je prevaran stroj ali računalnik.

Sodobne kontinentalne zakonodaje so problematiko predvidele in temu ustrezno novelirale zakonodajo (Nemčija recimo vsebuje posebno kaznivo dejanje računalniške goljufije, enako tudi Hrvaška).

Kazensko pravo mora zato preseči togo zastarelo pojmovanje prevar, preslepitev in goljufij, ki jih je mogoče izvršiti le zoper osebe (fizične in pravne⁴⁴) in dopustiti obliko posrednih oblik naštetih dejanj, ki so izvršene zoper informacijski sistem. Posredna informacijska goljufija, prevara, preslepitev se morajo kazenskopravno izenačiti s klasičnimi oblikami navedenih dejanj oziroma morajo biti predvidene kot specialna kazniva dejanja v kazenskih zakonodajah.

Naša sodna praksa zagovarja tradicionalno stališče, da različnih oblik prevar informacijskega sistema ne moremo opredeliti kot goljufije. Tako višje sodišče v Ljubljani v zadevi VSL III Kp 4/2008 z dne 4. 9. 2008 zapiše: „Izpodbijani sodbi sta na pravilnem pravnem stališču, da se goljufijo lahko stori samo s spravljanjem v zmoto druge osebe, ne pa računalniškega aparata, kot je to pri zlorabi bančnega avtomata.“

40 Višje sodišče v Ljubljani je v zadevi I Kp 1216/99 zapisalo: „Kaznivo dejanje goljufije, storjeno na način, opisan v izreku sodbe, torej s tujo plačilno kartico, je moč storiti le tako, da storilec z lažnim prikazovanjem, da je upravičenec, ki je na kartici neveden, to kartico izroči prodajalcu, prodajalec mu da v podpis račun (slip), katerega storilec podpiše (podpiše upravičenca), nakar mu prodajalec izroči stvar in tako storilec pridobi protipravno premoženjsko korist. Brez podpisa računa, kaznivega dejanja goljufije z uporabo tuje plačilne kartice ni mogoče storiti.“

41 Tu je treba omeniti, da si s kaznivim dejanjem po 246. členu (zloraba negotovinskega plačilnega sredstva) načeloma ne moremo pomagati, saj člen zahteva, da je to plačilo, ki nima kritja na računu – kar v našem primeru ni res, saj kritje ima (le da ga oškodovanec, ki mu je bila kartica odvzeta).

42 Slednji sicer ne sprevidi teoretično dogmatičnega problema uporabe klasičnega kaznivega dejanja goljufije v informacijskih prostorih, temveč kar splošno enači goljufije in ponarejanje v informacijskem prostoru s klasičnimi oblikami teh kaznivih dejanj.

43 D. Dragičević, *Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi*. Informator, 1999, str. 158.

44 Recimo preslepitev organa pri kaznivem dejanju davčne zatajitve po 249. členu KZ-1.

Sodna praksa nadalje navaja, da se prevare informacijskih sistemov opredelijo kot velike tatvine (po 205. členu KZ-1 oziroma 212. členu KZ-UPB1). Kot zapiše višje sodišče v zadevi VSL III Kp 4/2008 z dne 4. 9. 2008: „Sodišči sta zato obsojenčevo dejanje pravilno pravno opredelili kot kaznivo dejanje velike tatvine, storjene z vdorom po 1. točki 1. odstavka 212. člena KZ, ker ni druge milejše inkriminacije, ki bi jo bilo mogoče uporabiti na podlagi razmerja specialnosti. Sodna praksa in kazenskoppravna teorija sta enotni, da uporaba ponarejene bančne kartice z neupravičeno pridobljeno PIN za vdor v bančni računalniški sistem, ki upravlja bančni avtomat, pomeni vdor v tuji zaprt prostor v smislu 1. točke 1. odstavka 212. člena KZ, ker to predstavlja premagovanje določenih ovir sicer brez uporabe fizične sile, toda z intelektualnim naporom za premagovanje računalniške systemske zaščite dostopa do denarja v bančnem avtomatu na nenavaden način in proti volji oškodovancev, bančni avtomat pa je tuji zaprt prostor, v katerem se hrani tuji denar.“

Enako stališče lahko najdemo tudi v sodbah Vrhovnega sodišča RS št. I Ips 98/2004 z dne 31. 5. 2005 in št. I Ips 461/2007 z dne 31. 1. 2008.

To je zanimiva rešitev, ko praksa rešuje nedodelano materialno ureditev. Tu je treba opozoriti, da gre v navedenih primerih za storilca, ki prevara bančni avtomat s tujo bančno kartico – izredno vprašljivo je, ali bi lahko enako stališče (torej opredelitev za veliko tatvino) zavzeli tudi pri spletnih nakupih, ko storilec prevara informacijski sistem spletne trgovine ali zlorabi tujo kreditno kartico. Trгоvec mu namreč sam pošlje blago v zmoti, da je storilec za blago plačal. Tu torej ni odvzetja stvari iz oblastne sfere posestnika (ta blago prostovoljno pošlje), tako da o tatvini ne moremo govoriti. Več kot očitno je, da je v teh primerih to preslepitev oziroma goljufija. Rešitev v praksi, po kateri bomo zgodovinsko ustaljeno kaznivo dejanje goljufije podredili kaznivemu dejanju tatvine, le zato ker imamo pomanjkljivo kazenskoppravno ureditev, vsekakor ni metodološko sprejemljiva.

Naša kazenskoppravna ureditev tako nasprotuje zahtevam Konvencije o kibernetiski kriminaliteti, po kateri morajo podpisnice predvideti ukrepe (v obliki kaznivih dejanj) zoper informacijske goljufije. Te se sicer po naši zakonodaji lahko preganjajo, vendar po teoretično napačni opredelitvi velike tatvine in še to ne v vseh primerih (npr. spletni nakupi, ko je prevaran informacijski sistem).

Informativno navajamo še seznam preslepitvenih kaznivih dejanj, oziroma dejanj, ki vsebujejo preslepitev kot zakonski znak – nesporno je, da so ta kazniva dejanja lahko izvršena tudi s pomočjo informacijskih sistemov:

- 113. člen (trgovina z ljudmi), po drugem odstavku je kaznivo, če je katero od dejanj trgovine z ljudmi izvršeno s **preslepitvijo**;
- 145. člen (preprečitev ali oviranje javnega shoda), po prvem odstavku je kaznivo s **preslepitvijo** oviranje sklicanja ali poteka mirnega javnega shoda;
- 151. člen (kršitve proste odločitve delavcev), po prvem odstavku člena je kaznivo s **preslepitvijo** vplivati na delavca, da pri volitvah ali glasovanju glasuje ali ne glasuje ali da ne glasuje veljavno ali da glasuje za ali proti določenemu predlogu;
- 175. člen (zloraba prostitucije), po prvem odstavku se kaznuje, kdor s **preslepitvijo** pridobi ali spodbudi drugo osebo k prostituciji;

- 176. člen (prikazovanje, izdelava, posest in posredovanje pornografskega gradiva), po drugem odstavku se kaznuje, kdor **s preslepitvijo** pridobi ali spodbudi mladoletno osebo za izdelavo slik, avdiovizualnih ali drugih predmetov pornografske ali drugačne seksualne vsebine za sodelovanje v pornografski ali drugačni seksualni predstavi;
- 203. člen (zloraba pravic iz socialnega zavarovanja), po drugem odstavku se kaznuje, kdor pristojnemu organu predloži lažne listine ali **da lažno izjavo in ga s tem preslepi**, da izda odločbo o pokojnini, invalidnini ali denarnem socialnem dodatku, čeprav niso izpolnjeni pogoji za izdajo take odločbe;
- 230. člen (preslepitev pri pridobitvi in uporabi posojila ali ugodnosti), po prvem odstavku je kaznivo ravnanje tistega, ki zase ali za koga drugega pridobi posojilo, investicijska sredstva, subvencijo ali kakšno drugo ugodnost za opravljanje gospodarske dejavnosti, čeprav ne izpolnjuje zahtevanih pogojev, s tem da posojilodajalcu ali drugemu, ki je pristojen za podelitev ali odobritev take ugodnosti, **predloži neresnične ali nepopolne podatke** o premoženjskem stanju, bilancah, dobičku ali izgubi ali druge podatke, pomembne za odobritev posojila ali ugodnosti **oziroma te podatke zamolči**. Po drugem odstavku pa tisti, ki tistega, ki je podelil ali odobril posojilo ali ugodnost iz prejšnjega odstavka, **preslepi** glede namena uporabe ali mu prikrije, da jih je uporabil v druge namene, kot so bili odobreni ali dogovorjeni;
- 231. člen (preslepitev pri poslovanju z vrednostnimi papirji), po 1. odstavku se kaznuje tisti, ki zaradi trgovanja z delnicami, drugimi vrednostnimi papirji ali drugimi finančnimi instrumenti **lažno prikaže** premoženjsko stanje, podatke o dobičku ali izgubi ali druge podatke v prospektu, pri objavi letnega poročila ali na drug način, ki pomembno vplivajo na njihovo vrednost, in s tem **zapelje** eno ali več oseb, da jih kupijo, prodajo ali z njimi na drug način poslujejo;
- 232. člen (preslepitev kupcev), po 1. odstavku je kaznivo ravnanje tistega, ki zato **da bi preslepil** kupce, v večjem obsegu razpečava izdelke z oznako, v kateri so podatki, ki ne ustrezajo vsebini, vrsti, izvoru ali kakovosti blaga, ali razpečava izdelke, ki niso toliko težki ali take kakovosti, kot se pri njih navadno domneva, ali razpečava izdelke brez oznake o vsebini, vrsti, izvoru, kakovosti ali trajanju izdelka, če je taka oznaka predpisana. Po drugem odstavku se kaznuje kdor sklepa pogodbe **z lažnimi navedbami** o dobavnem roku ali načinu izpolnitve obveznosti kot bistvenem sestavnem delu pogodbe. Po tretjem odstavku pa tisti, ki zato **da bi preslepil** kupce ali uporabnike storitev, lažno objavi, da je znižana cena blaga ali da se blago razprodaja ali da se bodo cene zvišale ali uporablja kakšen drug lažen oglas;
- 249. člen (davčna zatajitev), po prvem odstavku se kaznuje, kdor **preslepi** pristojni organ, zato da bi se izognil plačilu davčnih obveznosti;
- 252. člen (posebni primeri ponarejanja listin), po 2. točki prvega odstavka se kaznuje, kdor koga **preslepi** o vsebini kakšne listine in jo ta podpiše, misleč, da se podpisuje pod kakšno drugo listino ali pod kakšno drugo vsebino;
- 293. člen (omogočanje bega oseb, ki ji je vzeta prostost), po prvem odstavku je kaznivo **s preslepitvijo** omogočiti beg oseb, ki prestaja kazen v zaporu, je priprta, prestaja varnostni ukrep obveznega psihiatričnega zdravljenja in varstva v zdravstvenem zavodu ali je mladoletnik;

- 308. člen (prepovedano prehajanje meje ali ozemlja države), po petem odstavku se kaznuje, kdor organizira nezakonito preseljevanje **s preslepitvijo** pristojnih organov glede pravega namena vstopa na ozemlje Republike Slovenije;
- 320. člen (zloraba telekomunikacijskih znamenj) določa, da se kaznuje, kdor s telekomunikacijskim znamenjem **preslepi**, da je dana varnost, ali kdor kako drugače zlorabi mednarodno dogovorjeno telekomunikacijsko znamenje;
- 321. člen (neodvrnitev varnosti), po drugem odstavku je kaznivo **s preslepitvijo** preprečiti komu, da bi storil, kar je potrebno, da se odvrne nevarnost za življenje ljudi, okolje ali premoženje večje vrednosti;
- 361. člen (izmikanje obrambnim dolžnostim), po drugem odstavku se kaznuje, kdor zato da bi se ob razglašenem izrednem ali vojnem stanju izognil obrambni dolžnosti kot nezmožen za tako dolžnost, hlini bolezen, uporabi ponarejeno listino ali kako drugače **preslepi** pristojni organ;
- 362. člen (izmikanje obrambnim dolžnostim s preslepitvijo), po prvem odstavku je kaznivo v izrednem ali vojnem stanju **preslepiti** pristojni organ zaradi izognitve vojaški službi ali drugi obrambni dolžnosti.

II. Primerjalna kazenskopravna ureditev

Hrvaški kazenski zakonik⁴⁵ za potrebe goljufij in prevar vzpostavi specialno kaznivo dejanje računalniške prevare po 224. a členu, ki v prvem odstavku določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo od šest mesecev do pet let, kdor z namenom sebi ali komu drugemu pridobi premoženjsko korist vnese, koristi, spremeni, izbriše ali na drug način napravi neuporabne računalniške podatke ali programe oziroma onemogoči ali oteži delovanje ali uporabo računalniških sistemov ali programov in na ta način povzroči škodo drugemu.

Kot pove Pavišić s sodelavci: »Za razliko od kaznivega dejanja po 224. členu (tradicionalna oblika goljufije, op. avtorja), se to dejanje razlikuje po tem, da se z izvršitvijo dejanja oškodovanca ne spravi v zmoto, niti se ga ne pusti v zmoti.«⁴⁶

Po tretjem odstavku člena je kaznivo tudi izdelovanje, kupovanje, prodaja, posest ali omogočanje drugim pridobiti posebne naprave, sredstva, računalniške podatke ali programe, ustvarjene oziroma prilagojene za kaznivo dejanje računalniške prevare.

Teze, da specialno kaznivo dejanje računalniške goljufije ni potrebno, saj lahko s klasično opredelitvijo kaznivega dejanja goljufije zajamemo tudi različne oblike računalniških goljufij, danes ni več mogoče zagovarjati. Tradicionalna oblika goljufije namreč zahteva spravljanje v zmoto **osebe** z namenom pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve premoženjske škode. Pri računalniških goljufijah pogosto v zmoto ni neposredno spravljena oseba, temveč informacijski sistem, ki ne more biti spravljen v zmoto ali ogoljufan po tradicionalno kazenskopravni doktrini (v zmoto je lahko spravljena le fizična ali pravna oseba, ne pa sistem). Tradicionalno pojmovanje

45 Hrvaški kazenski zakonik. Sprejet 1997, Narodne novine 110/97 z novelami 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 in 57/11, Hrvaška.

46 B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Komentar kaznenog zakona. Narodne novine, 2007, str. 555.

goljufije se mora zato prilagoditi novejšim pojavnim oblikam računalniških goljufij. To lahko zakonodajalec stori z novim specialnim kaznivim dejanjem ali s spremembo klasične oblike goljufije, ki mora dopuščati posredno spravljane v zmo to osebe – torej v primerih, ko je v zmo to spravljen informacijski sistem, škoda pa nastane žrtvi (pravna ali fizična oseba), ki je dejansko ogoljufana (naša sodna praksa pomanjkljivosti Kazenskega zakonika odpravlja tako, da goljufije informacijskih sistemov podreja kaznivemu dejanju velike tatvine, kar je metodološko sporno, v nekaterih primerih pa povsem napačno – pri goljufijah s spletnimi nakupi, ko je blago storilcu poslano, ne moremo govoriti o odvzetju stvari iz oblasti posestnika, kar je bit tatvine).

Enako ureditev kot Hrvaška vsebuje tudi Nemčija, ki v prvem odstavku 263. a člena (računalniška goljufija) Kazenskega zakonika (StGB)⁴⁷ določa, da kdor z namenom pridobitve premoženjske koristi zase ali za drugega škoduje premoženju drugega, z vplivanjem na rezultate obdelave podatkov prek nepravilne konfiguracije programa, uporabe nepravilnih ali nepopolnih podatkov, neupravičene uporabe podatkov ali drugega neupravičenega vpliva na potek procesa, se kaznuje z zaporno kaznijo do petih let ali z denarno kaznijo. Drugi odstavek člena določa, da se določbe klasične goljufije uporabljajo mutatis mutandis. Po tretjem odstavku člena pa so kazniva tudi določena pripravljala dejanja.

Kot smo že nakazali, se kazensko pravo mora posodobiti in klasično pojmovanje goljufije prilagoditi novim oblikam.

Kazenski zakonik (Strafgesetzbuch)⁴⁸ je novelirala tudi Avstrija. Z novim 148. a členom je dodala v zakonik goljufivo predelavo in zlorabo podatkov (Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch). Ta v prvem odstavku določa, da se kaznuje z denarno kaznijo ali zaporno kaznijo do šestih mesecev, kdor z namenom, da bi sebi ali tretjemu nezakonito pridobil premoženjsko korist in s tem škodil premoženju drugega, vpliva na rezultat avtomatizirane obdelave podatkov z oblikovanjem programov, vnosov, spremembe, izbrisa ali prikrivanja podatkov ali drugim podobnim učinkom ali vplivom na podatke.

Zelo podobno novelo Kazenskega zakonika⁴⁹ je leta 2003 sprejela tudi Finska (514/2003),⁵⁰ s katero je goljufiji po prvem členu 36. poglavja (Goljufija) dodala drugi odstavek, ki se nanaša na računalniško goljufijo. Drugi odstavek določa, da se kaznuje kot za goljufijo,⁵¹ kdor z goljufivim namenom, z vstopom, spreminjanjem, uničenjem ali izbrisom podatkov ali na drug način z motenjem procesa podatkovnega sistema ponaredi končni rezultat podatkovnega procesa in na ta način povzroči premoženjsko škodo drugi osebi.

47 Kazenski zakonik Nemčije, Strafgesetzbuch [StGB]. Sprejet 13. novembra 1998 v Bundesgesetzblatt I p. 3322 (Nemški uradni list), zadnjič spremenjen 2. oktobra 2009 v Bundesgesetzblatt I p. 3214, Nemčija.

48 Kazenski zakonik Avstrije – Strafgesetzbuch. Sprejet 23. januarja 1974 v Avstrijskem uradnem listu Nr. 60/1974 i.d.F. BGBl. I z novelami do leta 2008: Nr. 134/2002, 15/2004, 136/2004, 152/2004, 68/2005 in 56/2006. Internetni vir pridobljen 2. 2. 2012 na: http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_stgb01.htm#%C2%A7_146.

49 Kazenski zakonik Finske. Sprejet v Uradnem listu 39/1889 z novelami do 940/2008. Ministrstvo za pravosodje Finske. Pridobljeno 10. 2. 2012 na: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

50 Novela finskega Kazenskega zakonika. Sprejeta v uradnem listu Finske 514/2003 leta 2003.

51 Denarna kazen ali zaporna kazen do dve leti.

Ni dvoma, da Avstrija in Finska opredeljujeta posebno kaznivo dejanje računalniške goljufije.

Zakonodaja Združenega kraljestva je z vidika goljufij doživela korenito prenovu z Zakonom o goljufijah iz leta 2006 (Fraud Act).⁵² Goljufija po običajnem pravu ("common law") je namreč sledila konceptu nepoštena pridobitve koristi s prevaro. Za prevaro se je zahteval dvostranski pogoj – na eni strani ravnanje storilca, ki spravi nekoga v zmoto in na drugi strani ravnanje žrtve, ki je prevarana oziroma spravljena v zmoto. „Splošno mnenje stroke je bilo, da ni mogoče prevarati naprave, kjer je transakcija popolnoma avtomatizirana in ni prisotnosti človeškega uma.“⁵³

Storilčeva izjava je torej morala vplivati na žrtvin um, da je bil ta prevaran in da je zato žrtev predala premoženje, opravila storitev ali drugo dejanje, ki se je zahtevalo po opredelitvi kaznivega dejanja. Zaradi tega je seveda nastopilo vprašanje vzročnosti in spremenilo goljufijo v posledični delikt („result crime“). „Nova opredelitev goljufije po Fraud Act 2006 se osredotoči izključno na storilčevo ravnanje in motivacijo ter ne zahteva več rezultata zaradi storilčevega ravnanja.“⁵⁴ Tako je po novi zakonodaji Združenega kraljestva goljufijo mogoče izvršiti v treh oblikah:

- a) lažno prikazovanje okoliščin (2. člen zakona, »false representation«),
- b) z opustitvijo razkritja informacij (3. člen zakona, »failing to disclose information«),
- c) z zlorabo položaja (4. člen zakona, »abuse of position«).

Po drugem členu za kaznivo dejanje po novem zadostuje nepoštena⁵⁵ predstavitev okoliščin z namenom pridobitve premoženjske koristi sebi ali drugemu ali z namenom drugemu povzročiti ali ga izpostaviti premoženjski škodi.

Bistven je tudi peti odstavek drugega člena navedenega zakona. Ta določa, da se za namen tega dela zakona k predstavitvi okoliščin lahko šteje tudi vsako posredovanje v kakršni koli obliki sistema ali napravi, namenjeni sprejemanju, dogovarjanju ali odgovarjanju na komunikacijo (s človeškim posredovanjem ali brez njega).

Očitno je, da z upoštevanjem slednjega odstavka Združeno kraljestvo lahko kazensko preganja kakršne koli oblike računalniških goljufij, tudi ko so izvršene neposredno zoper informacijski sistem. Z novim zakonom lahko Združeno kraljestvo kazensko preganja tudi oblike informacijskih goljufij, ki jih po običajnem pravu ne bi moglo.

Opredelitev goljufije je torej bistveno širša kot po običajnem pravu. Ne zahteva se več, da je žrtev dejansko prevarana – tudi če ne verjame storilčevim lažem, bo slednji lahko obsojen za goljufijo, če je deloval z opisanim namenom.

52 Fraud Act 2006, Zakon o goljufijah. Združeno kraljestvo, uradno besedilo. Internetni vir pridobljen 10. 2. 2012 na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/contents>.

53 R. Heathon, Criminal Law Textbook. Oxford University Press, 2006, str. 327.

54 Prav tam, str. 327.

55 „False representation“ – izjava je lažna, če je neresnična ali zavajajoča in če oseba, ki jo izjavlja, to ve oziroma ve, da bi izjava lahko bila neresnična ali zavajajoča (druga točka drugega člena Zakona o goljufijah Združenega kraljestva iz leta 2006).

Prav tako se tudi ne zahteva, da je žrtvi škoda povzročena ali da zaradi prevare preda premoženje ali opravi storitev, saj to ni več zakonski znak kaznivega dejanja (kar pomeni, da storilec ne bo odgovarjal le za poskus, temveč kar za dokončano kaznivo dejanje. Poskus je namreč zakonsko izenačen z dokončanim kaznivim dejanjem). Po naši zakonodaji je zakonski znak kaznivega dejanja, da žrtev v škodo svojega ali tujega premoženja kaj stori ali opusti – če tega znaka ni, gre lahko le za poskus goljufije.

Podobno zakonodajno ureditev (ki je sicer vključena v kazenski zakonik in ne v ločen zakon) je sprejela tudi Avstralija. V prvem odstavku 480.1 člena Kazenskega zakonika⁵⁶ (pomen izrazov v poglavju kaznivih dejanj s finančnimi instrumenti) določa, da se za preslepitev po tem zakonu štejeta:

- a) preslepitev druge osebe
- b) ravnanje osebe, ki povzroči, da se računalnik, stroj ali elektronska naprava odzove na to ravnanje na način, za kakršnega ni avtorizirana.

Na ta način njihov Kazenski zakonik zajame tudi oblike preslepitev informacijskih sistemov in te ne omejuje le na preslepitve ljudi.

5 KRAJA IDENTITETE V INFORMACIJSKIH PROSTORIH

Nekaj besed namenimo še kraji identitete – z informacijskimi sistemi povezano vrsto goljufij, ki so izredno pogoste in problematične v današnji informacijski družbi.

Osební podatki posameznika so z ustavo (38. člen) zavarovana značilnost posameznika, ki mu dajejo lastno identiteto, po kateri se loči od drugih oseb. Odvzem in uporaba tujih osebnih podatkov sta huda posega v identiteto posameznika, ki mu je lahko povzročena ogromna duševna ali premoženjska škoda. Spomnimo se primera novinarja televizijske hiše BBC, ki je v Sloveniji dva dni preživel v priporu, ker je bilo v tujini pod njegovim imenom storjeno kaznivo dejanje (storilec se je namreč z uporabo njegovega potnega lista izdajal zanj).

Mednarodno-teoretično priznanih ali konvencijskih opredelitev kriminala, povezanega s krajo identitet, ni. Še najbolj se je temu približal avstralski Center za policijske raziskave, ki je leta 2007 sprejel nekatere splošne opredelitve, ki jih je treba omeniti:

- kriminal identitete (»identity crime«) je splošni izraz, ki opisuje aktivnosti ali dejanja, pri katerih storilec uporabi lažno, ponarejeno ali ukradeno identiteto, s katero izvrši kaznivo dejanje;
- identitetna goljufija (»identity fraud«) je pridobitev denarja, stvari, storitev ali drugih ugodnosti oziroma izognitev obveznosti, ki je izvršena z lažno, ponarejeno ali ukradeno identiteto;
- kraja identitete (»identity theft«) je kraja ali prevzem identitete s soglasjem ali brez njega, ne glede na to, ali je oškodovana oseba živa ali mrtva.⁵⁷

⁵⁶ Avstralski kazenski zakonik – Australia Criminal Code Act. Sprejet 1995, nazadnje spremenjen z zakonom št. 80 leta 2011, Avstralija. Internetni vir pridobljen 25. 11. 2011 na: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590>.

⁵⁷ Australian Centre for Policing Research v: Identity Crime, Model Criminal Law Officers' Committee of the Standing Committee of Attorneys-General, marec 2008, str. 13. Internetni vir pridobljen 11. 2. 2012 na: http://www.scag.gov.au/lawlink/SCAG/ll_scag.nsf/vwFiles/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-_PDF.pdf?file/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-_PDF.pdf.

Pri kraji identitete razlikujemo več vrst napadov:

- »glede na osebo, ki izvaja napada (napad lahko izvaja pooblaščen ali nepooblaščen oseba),
- glede na to, ali so podatki ukradeni iz podatkovne zbirke ali med pretokom po omrežju (neposredni napad na shrambo podatkov ali medij za prenos podatkov; obstaja pa tudi možnost kraje podatkov pri skeniranju dokumentov iz analogne v digitalno obliko),
- glede na motiv (finančna kraja identitete, kriminalna kraja identitete in prevzem identitete v vsakdanjem življenju),
- glede na izbrano metodo (poznamo tehnične in ne-tehnične metode).«⁵⁸

Goljufije, prevare in kraje identitet v navezi z informacijsko tehnologijo pridobivajo vedno nove razsežnosti. Že samo navadno plačilo s kreditno kartico prek spletne trgovine ustvari veliko morebitnih storilcev, ki imajo možnost ukrasti identiteto žrtve. S kreditno kartico se tako lahko seznanijo prodajalec, osebje internetnega ponudnika prodajalca ter internetnega ponudnika kupca.⁵⁹

Temeljne oblike kraje identitete v praksi so:

- prevare s kreditnimi karticami;
- kraje informacij iz podatkovnih zbirk;
- socialni inženiring: manipulacija ljudi, da nam zaupajo in izdajo zaupne informacije. Uporabi se zvižajača ali prevara z namenom zbiranja informacij (osebnih podatkov) za namene goljufij, prevar in vdorov v informacijski sistem;
- ponarejanje profilov in osebnih podatkov prek informacijskih zbirk (ustvarjanje lažnivih profilov po internetu);
- lažno predstavljanje (phishing): škodljiva elektronska pošta, ki se izdaja za poslovno priložnost ali navaja, da gre za našo banko, zavarovalnico itd. in od nas zahteva, da vpišemo osebne podatke, ki jih nato storilec zlorabi.

Opozoriti je treba tudi, da Zakon o varnosti osebnih podatkov⁶⁰ kot temeljni sistemski predpis o varstvu osebnih podatkov v prvi točki 6. člena določa, da je osebni podatek kateri koli podatek, ki se nanaša na posameznika, ne glede na obliko, v kateri je izražen, pri čemer je posameznik določena ali določljiva fizična oseba, na katero se nanaša osebni podatek.

V KZ-1 (z novelo KZ-1B) je temeljni člen za krajo identitete četrti odstavek 143. člena (zloraba osebnih podatkov), ki določa, da se kaznuje z zaporom od treh mesecev do treh let, kdor prevzame identiteto druge osebe ali z obdelavo njenih osebnih podatkov izkorišča njene pravice, si na njen račun pridobiva premoženjsko ali nepremoženjsko korist ali prizadene njeno osebno dostojanstvo.

58 Smernice za preprečevanje kraje identitete. Informacijski pooblaščenec, 2010, str. 6. Internetni vir pridobljen 27. 2. 2012 na: https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/brosure/Smernice_kraja_identitete.pdf.

59 N. Barrett, Digital crime, Policing the Cybernation. Kogan Page, 1997, str. 91.

60 Zakon o varstvu osebnih podatkov, uradno prečiščeno besedilo (ZVOP-1 UPB1), Uradni list RS, št. 94/2007 z dne 16. 10. 2007.

Peti odstavek istega člena določa še kvalifikatorno obliko dejanja za uradne osebe.

Novela KZ-1B je vnesla v člen dostavek „z obdelavo podatkov“, česar KZ-1 pred novelo ni vseboval. S tem je zakonodajalec zajel tudi različne oblike kraj identitet, ko se izvršene v informacijskih sistemih le z različnimi zlorabami podatkov (iz informacijskega sistema pobrani elektronski podatki, ki vsebujejo osebne podatke, ki jih storilec uporabi za kaznivo dejanje – npr. osebni podatki in številka kreditne kartice v wordovem dokumentu ali podobno; s »keylogger« napravami pridobljeni osebni podatki, ki jih žrtev vpisuje v informacijski sistem ...).

Kot pojasnjuje Ministrstvo za pravosodje v predlogu novele KZ-1B: „V praksi so poleg primerov prevzemanja celotne identitete druge osebe zaznani tudi primeri prevzemanja posameznih osebnih ali identifikacijskih podatkov (imen ali naslovov), zlasti pri uporabi sodobnih elektronskih komunikacijskih naprav ali medijev. Tudi s takimi posegi v zasebnost se lahko povzročijo posledice, ki so v četrtem odstavku 143. člena Kazenskega zakonika opredeljene kot znak kaznivega dejanja. Zato se predlaga vključitev nove izvršitvene oblike kaznivega dejanja z zlorabo navedenih podatkov (obdelavo osebnih podatkov v smislu 3. točke 6. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov) kot ožjih delov identitete posameznika. Pri posledicah, ki opredeljujejo kaznivo dejanje kot objektivni pogoj kaznivosti, se v istem odstavku predlaga dopolnitev z nepremoženjsko koristjo, značilno zlasti za rabo interneta pod tujimi podatki, ki ni v vseh primerih zajeta v okviru prizadetega osebnega dostojanstva (npr. dostop do prepovedanih vsebin, zlasti nasilnih ali pornografskih).“⁶¹

Opozoriti je treba, da se bo storilec preganjal tudi po ustreznem členu (šlo bo za pravi stek obeh kaznivih dejanj), če bo te podatke dejansko uporabil za izvršitev goljufije ali prevare. Tudi tuje zakonodaje predvidevajo krajo identitete kot kaznivo dejanje.

Nemški Kazenski zakonik (StGB) vsebuje tri člene, ki se navezujejo na identitetne podatke. Tako 273. člen (spreminjanje uradnih dokumentov) v prvem odstavku določa, da se kaznuje z zaporno kaznijo do treh let ali denarno kaznijo, kdor z namenom preslepitve v pravnem prometu odstrani, napravi neprepoznavne, prekrije ali zatre vpis v uradnem osebnem dokumentu ali odstrani stran iz uradnega osebnega dokumenta oziroma uporabi uradni dokument, spremenjen na ta način.

275. člen StGB predvideva kazniva pripravljalna dejanja v razmerju do 273. člena.

Temeljni člen za kazenski pregon kraje identitete v StGB pa je 281. člen (zloraba osebnih dokumentov), ki v prvem odstavku določa, da se kaznuje z zaporom do enega leta ali denarno kaznijo, kdor v pravnem prometu z namenom preslepitve uporabi osebni dokument, ki je bil izdan drugi osebi, ali kdor z namenom preslepitve priskrbi drugemu osebni dokument, ki mu ni bil izdan.

⁶¹ Predlog novele kazenskega zakonika KZ-1B. Ministrstvo za pravosodje, številka: 007-453/2010, str. 141. Internetni vir pridobljen 29. 6. 2011 na:
<http://www.dzrs.si/index.php?id=101&vt=40&mandate=&unid=PZ|32ACEAFFA7E04260C12578A300552400>.

Združene države Amerike v členu 1028 A US CODE določajo krajo identitete kot splošno kaznivo dejanje in kot kvalificirano kaznivo dejanje, ki je povezano s terorizmom. Kot splošno kaznivo dejanje je določeno, da se kaznuje z zapornom dveh let, kdor v povezavi s kataloško navedenim kaznivim dejanjem ali med njim vede prenese, poseduje ali uporabi brez zakonitega pooblastila identifikacijsko sredstvo druge osebe. Če je kraja identitete povezana z oškodovanjem premoženja v vrednosti tisočih dolarjev je zagrožena kazen do petnajstih let zapor. Če je dejanje kraje identitete povezano s prodajo drog ali nasilniškim kaznivim dejanjem se storilec lahko kaznuje s kaznijo do dvajsetih let. Če pa je dejanje povezano s terorizmom, pa z zaporno kaznijo do tridesetih let.

Kazenski zakonik Kanade v prvem odstavku 402.2 člena določa, da stori kaznivo dejanje, kdor vede pridobi ali poseduje osebne podatke druge osebe v okoliščinah, ki utemeljeno dokazujejo, da se podatki nameravajo uporabiti za izvršitev kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti, kar vključuje goljufijo, preslepitev ali prevaro kot znak kaznivega dejanja.

6 SKLEP

Goljufije v informacijskih sistemih so izredno pogosta kazniva dejanja, pri katerih storilci uresničujejo premoženjske koristi, s tem ko s prevarami in lažmi v zmoto spravljajo osebe, da bi od njih pridobili finančna sredstva, storitve ali druge ugodnosti.

Načini, po katerih storilci s pomočjo informacijskih sistemov prihajajo do premoženjskih koristi, so številni, razvrstimo pa jih v te oblike: goljufive prodaje na internetu, goljufije z denarnim predujmom (nigerijske goljufije), goljufije z elektronskim prenosom denarja, goljufije investicije ter kraje identitet.

Predvsem kraja identitete je ena izmed oblik, ki je s poslovanjem po informacijskih sistemih (ki je že v temelju izredno neosebno) doživela največji vzpon. Storilci na različne načine pridobivajo osebne podatke žrtev in se izdajajo zanje na spletnih omrežjih in jim na ta način povzročajo škodo ali si prilastijo njihovo identiteto in izvršijo kazniva dejanja.

Ločimo dve temeljni obliki goljufij, povezanih z informacijskimi sistemi. Pri prvi so informacijski sistemi uporabljeni le kot pripomočki pri izvršitvi goljufije. Ta se pojmovno ne razlikuje od klasičnih oblik goljufij. Druga vrsta pa so goljufije, izvršene zoper informacijski sistem. Storilec spravi v zmoto ali pusti v zmoti (z namenom pridobitve premoženjske koristi ali povzročitve premoženjske škode) informacijski sistem. Prevarana torej ni neposredno oseba (kar se zahteva pri klasični goljufiji), temveč je neposredno prevaran računalniški sistem. Posredno je določeni pravni ali fizični osebi s tem povzročena škoda – to je tako imenovana posredna informacijska goljufija.

Ne sme biti dvomov, da mora biti tudi tak način izvršitve kaznivega dejanja kazniv. Dejstvo je, da takega ravnanja tradicionalni obliki goljufije ne moremo podrediti. Številne države so pod vplivi Konvencije o kibernetiski kriminaliteti to že spregledale

in ustrezno spremenile svojo kazensko zakonodajo. Kazensko pravo se mora prilagoditi in dopustiti kot kaznivo tudi posredno računalniško ali informacijsko goljufijo. To se lahko stori s spremenjenim pojmovanjem tradicionalne goljufije – torej s sprejetjem novega koncepta goljufije, ki zajema tudi posredno računalniško goljufijo, ali pa s sprejetjem novega posebnega člena računalniške goljufije v kazenski zakonik (slednjo rešitev sprejemajo številne države s kontinentalnim kazenskopravnim pristopom – Nemčija, Hrvaška, Avstrija, Finska ...).

Računalniške goljufije so značilen primer novih oblik kibernetkega kriminala. Klasični materialni kazenskopravni instituti, ki so nastajali, ko informacijski sistemi še niso obstajali, se zato morajo prilagoditi nekaterim novim pojavnim oblikam kaznivih dejanj. Informacijska goljufija je vsekakor ena takih oblik. Trenutna ureditev računalniške goljufije v našem Kazenskem zakoniku je metodološko za časom. Po našem mnenju ne zadošča zahtevam Konvencije o kibernetki kriminaliteti in jo je treba spremeniti, tako da bo kot kaznivo predvidela tudi goljufanje informacijskega sistema – torej posredno računalniško ali informacijsko goljufijo.

Viri in literatura

Domači in tuji viri:

- 419 Advance Fee Fraud Statistics 2009. Ultrascan Advanced Global Investigations, 2009. Internetni vir pridobljen 11. 2. 2012 na: http://www.ultrascanagi.com/public_html/html/419_fraud_trends_2006.html.
- Avstralski center za policijske raziskave – Australian Centre for Policing Research, v: Identity Crime, Model Criminal Law Officers' Committee of the Standing Committee of Attorneys-General, 2008. Internetni vir pridobljen 11. 2. 2012 na: [http://www.scag.gov.au/lawlink/SCAG/ll_scag.nsf/vwFiles/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-PDF.pdf/\\$file/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-PDF.pdf](http://www.scag.gov.au/lawlink/SCAG/ll_scag.nsf/vwFiles/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-PDF.pdf/$file/MCLOC_MCC_Chapter_3_Identity_Crime_-_Final_Report_-PDF.pdf).
- Barrett N., Digital crime, Policing the Cybernation. Kogan Page, Združeno kraljestvo, 1997.
- Bell K., A. Fleitas, Top 10 investing scams. Bankrate Archives, 2004. Internetni vir pridobljen 15. 2. 2012 na: <http://www.bankrate.com/brm/news/investing/20020829a.asp>.
- Bogataj Jančič, M., G. Klemenčič, B. Makarovič, K. Tičar, J. Topolišek, Pravni vodnik po internetu. Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2007.
- Clough, J., Principles of cybercrime. Cambridge University press, Cambridge, 2010.
- Deisinger, M., Kazenski zakonik s komentarjem, posebni del. GV Založba, Ljubljana, 2002.
- Dolenc, M., v: M. Juhart, N. Plavšak (ur.), Obligacijski zakonik s komentarjem. GV Založba, Ljubljana, 2003.
- Dragičević, D., Kompjutorski kriminalitet i informacijski sustavi. Informator, Zagreb, 1999.

- Heathon, R., Criminal Law Textbook, 2. izdaja. Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Informacijski pooblaščenec, Smernice za preprečevanje kraje identitete, 2010. Internetni vir pridobljen 27. 2. 2012 na: https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/brosure/Smernice_kraja_identitete.pdf. Internet crime complaint center, Poročilo za leto 2010. ZDA, 2010. Internetni vir pridobljen 17. 2. 2012 na: http://www.ic3.gov/media/annualreport/2010_IC3Report.pdf.
- Kovač M., Predpogodbno razkrivanje informacij: bistvena zmotna ali prevara. Podjetje in delo, letnik 26, št. 6/7, 2010, str. 1417–1424.
- Modic, D., Nigerijska prevarantska pisma, v: A. Završnik (ur.), Kriminaliteta in tehnologija. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2010. str. 85–93.
- Odločba Višjega sodišča v Ljubljani, VSL III Kp 4/2008 z dne 4. 9. 2008.
- Odločba Višjega sodišča v Ljubljani v zadevi I Kp 1216/99 z dne 17. 11. 1999.
- Odločba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 98/2004 z dne 31. 5. 2005.
- Odločba Vrhovnega sodišča RS, št. I Ips 461/2007 z dne 31. 1. 2008.
- Ormerod, D., Smith & Hogan, Criminal law, 11. izdaja. Oxford University press, Hampshire, 2005.
- Page W. H., Law of Contracts. The W. H. Anderson Company, Cincinnati, 1919. Internetni vir pridobljen 23. 2. 2012 na: <http://chestofbooks.com/business/law/Law-Of-Contracts-4-1/Sec-385-Non-Disclosure-Not-Operative-In-Absence-Of-Special-Circumstances.html>.
- Pavišić, B., V. Grozdanić, P. Veić, Komentar kaznenog zakona, 3. izdaja. Narodne novine, Zagreb, 2007.
- Peršak, N., Prevara 419 ali (r)evolucija neke goljufije. Pravna praksa, letnik 22, št. 30, 2003, str. VI–VIII.
- Pojasnitveno poročilo Konvencije o kibernetiski kriminaliteti. Svet Evrope, ETS št. 185, 2001. Internetni vir pridobljen 15. 1. 2010 na: <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/185.htm>.
- Predlog kazenskega zakonika KZ-1 (EVA 2007-2011-0012). Ministrstvo za pravosodje, 16. 1. 2008.
- Predlog novele kazenskega zakonika KZ-1B. Ministrstvo za pravosodje, številka: 007-453/2010, str. 141. Internetni vir pridobljen 29. 6. 2011 na: <http://www.dzrs.si/index.php?id=101&vt=40&mandate=&unid=PZ|32ACEAFFA7E04260C12578A300552400>.
- Slovar slovenskega knjižnega jezika, Inštitut za slovenski jezik Frana Ramovša ZRC SAZU. Internetni vir pridobljen 10. 11. 2011 na: <http://bos.zrc-sazu.si/sskj.html>.

Zakonodaja:

- Avstralski kazenski zakonik – Australia Criminal Code Act. Sprejet 1995, nazadnje dopolnjen z zakonom št. 80, leta 2011, Avstralija. Internetni vir pridobljen 25. 11. 2011 na: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011C00590>.
- Zvezni zakonik Združenih držav Amerike (U. S. Code), nazadnje spremenjen 2011, ZDA. Internetni vir pridobljen 10. 2. 2012 na: <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

- Fraud Act 2006 (Zakon o goljufijah). Združeno kraljestvo, uradno besedilo. Internetni vir pridobljen 10. 2. 2012 na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/35/contents>.
- Hrvaški kazenski zakonik. Sprejet 1997, Narodne novine 110/97 z novelami 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08 in 57/11, Hrvaška.
- Kazenski zakonik (KZ-1). Uradni list RS, št. 55/2008 z dne 4. 6. 2008.
- Kazenski zakonik Avstrije – Strafgesetzbuch. Sprejet 23. januarja 1974 v Avstrijskem uradnem listu, št. 60/1974 i.d.F. BGBl. I z novelami do leta 2008: št. 134/2002, 15/2004, 136/2004, 152/2004, 68/2005 in 56/2006, Avstrija. Internetni vir pridobljen 2. 2. 2012 na: http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_stgb01.htm#%C2%A7_146.
- Kazenski zakonik Finske. Sprejet v Uradnem listu 39/1889 z novelami do 940/2008. Ministrstvo za pravosodje Finske. Internetni vir pridobljen 10. 2. 2012 na: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
- Kazenski zakonik Kanade, Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46). Sprejet 1985, z zadnjo novelo 1. 11. 2011, Kanada. Internetni vir pridobljen 14. 11. 2011 na: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>.
- Kazenski zakonik Nemčije, Strafgesetzbuch [StGB]. Sprejet 13. november 1998 v Bundesgesetzblatt I p. 3322 (Nemški uradni list), zadnjič spremenjen 2. oktobra 2009 v Bundesgesetzblatt I p. 3214, Nemčija.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije, uradno prečiščeno besedilo (KZ). Uradni list RS, št. 95/2004, z dne 27. 8. 2004.
- Novela Finskega kazenskega zakonika. Sprejeta v Uradnem listu Finske 514/2003 leta 2003, Finska.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetiski kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih (MKKKDP). Uradni list RS, št. 62/2004, z dne 7. 6. 2004.
- Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1B). Uradni list RS, št. 91/2011, z dne 14. 11. 2011.
- Zakon o varstvu osebnih podatkov, uradno prečiščeno besedilo (ZVOP-1 UPB1), Uradni list RS, št. 94/2007 z dne 16. 10. 2007.

