

PRAVOSODNI BILTEN

3/2019

UREDNIŠKI ODBOR

Predsednica Uredniškega odbora

Dr. Mateja KONČINA PETERNEL
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

Namestnica predsednice

Dr. Tadeja JELOVŠEK
Ministrstvo za pravosodje

Člani:

Boris OSTRUH
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

Aleksandra VRHUNC KOVAČIČ
Državno odvetništvo Republike Slovenije

Doc. dr. Rok ČEFERIN
Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER
Notarska zbornica Slovenije

Tajnica Uredniškega odbora
Mag. Nives SLAK
Ministrstvo za pravosodje
tel. št. 01/369 57 77

Izdaja:
Ministrstvo za pravosodje
Center za izobraževanje v pravosodju
Ljubljana, Župančičeva 3

Jezikovno uredil
Sektor za prevajanje Generalnega sekretariata Vlade Republike Slovenije

Periodičnost
4 številke letno

Naklada
450 izvodov

Grafična priprava, prelom in tisk
✂ **grafex** agencija | tiskarna

PREGLED VSEBINE

ČLANKI

Doc. dr. Jorg Sladič Odvetniška pisarna Sladič Zemljak, Ljubljana EVROPSKA IZTERJAVA IN ZAVAROVANJE TERJATEV S PRIKAZOM POSTOPKA V SLOVENIJI IN AVSTRIJI	9
Izr. prof. dr. Jernej Letnar Černič Izredni profesor na Fakulteti za državne in evropske študije, Nova univerza URESNIČEVANJE SODB EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU	35
Doc. dr. Ana Polak Petrič Evropska pravna fakulteta, Nova univerza Mag. Matjaž Marko Minister svetovalec na Veleposlaništvu Republike Slovenije v Zagrebu, Ministrstvo za notranje zadeve IZVRŠEVANJE PILOTNE SODBE ESČP V PRAKSI – PRIMER ALIŠIĆ (DEVIZNI VARČEVALCI)	51
Dr. Miodrag Đorđević Vrhovni sodnik, podpredsednik Vrhovnega sodišča, Vrhovno sodišče Republike Slovenije KAKO PREPREČITI KRŠITVE EKČP	67
Mag. Robert Golobinek Vodja projektne skupine za koordinacijo izvrševanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice in vodja Sektorja za kaznovalno pravo in človekove pravice, Ministrstvo za pravosodje ESČP – VARUH ČLOVEKOVIH PRAVIC IN VLADAVINE PRAVA – IZVRŠEVANJE SODB ESČP IN NADZOR NAD NJIM	77
Gordana Ristin Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani ZAVAROVANJE AVTOMOBILSKE ODGOVORNOSTI – VPRAŠANJE REGRESA	89
Mag. Luka Vavken Pravosodni svetnik I, Vrhovno sodišče Republike Slovenije »VIDEZ NEPRISTRANSKOSTI SOJENJA« – NEPOSREČEN IZRAZ Z GLOBOKO VSEBINO	97
Mag. Tina Prevodnik Agencija za trg vrednostnih papirjev UPRAVLJALCI ALTERNATIVNIH INVESTICIJSKIH SKLADOV IN ALTERNATIVNI INVESTICIJSKI SKLADI V REPUBLIKI SLOVENIJI TER Z NJIMI POVEZANI VPISI V SODNI REGISTER	115

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Nina Zupan

Pravosodna svetnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

PREGLED SODNE PRAKSE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE O KREDITNIH POGODBAH V TUJI VALUTI..... 133

Franč Seljak

Vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

PROBLEMATIKA SODNE PRAKSE V OSEBNEM STEČAJU..... 153

Maja Ramšak, mag. prav.

Višja pravosodna svetovalka, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

POMEMBNEJŠE ODLOČBE VRHOVNEGA SODIŠČA RS S PODROČJA INSOLVENČNEGA PRAVA (APRIL 2018–MAREC 2019) 175

Nada Mitrovič

Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

POVZETEK RAZPRAVE O STROKOVNIH VPRAŠANJIH IZ PRAKSE Z REGISTRARSKE ŠOLE 2019 187

Tadeja Zima Jenull

Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

RAZPRAVA O STROKOVNIH VPRAŠANJIH IZ PRAKSE 199

Renata Horvat

Višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRARSKE ŠOLE 2019 215

Mag. Mateja Špes

Strokovna sodelavka, Višje sodišče v Ljubljani

PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB S PODROČJA SODNEGA REGISTRA V ZADNJEM LETU 233

Mag Tadej Ulčar

Področni sekretar, AJPES

PREDSTAVITEV SISTEMA POVEZOVANJA CENTRALNIH IN TRGOVINSKIH REGISTROV DRUŽB 247

UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na Civilnopравни sodniški šoli 2019 (Moravske toplice, 6.–8. marec in 20.–23. marec 2019), Izvršilni šoli 2019 (Portorož, 11.–13. marec in 25.–27. marec 2019), Šoli insolvenčnega prava 2019 (Bled, 8.–10. april 2019), Registrski šoli 2019 (Podčetrtek, 8.–9. maj 2019) in na posvetu ob 60-letnici Evropskega sodišča za človekove pravice (Ljubljana, 16. april 2019) in so se odločili za objavo.

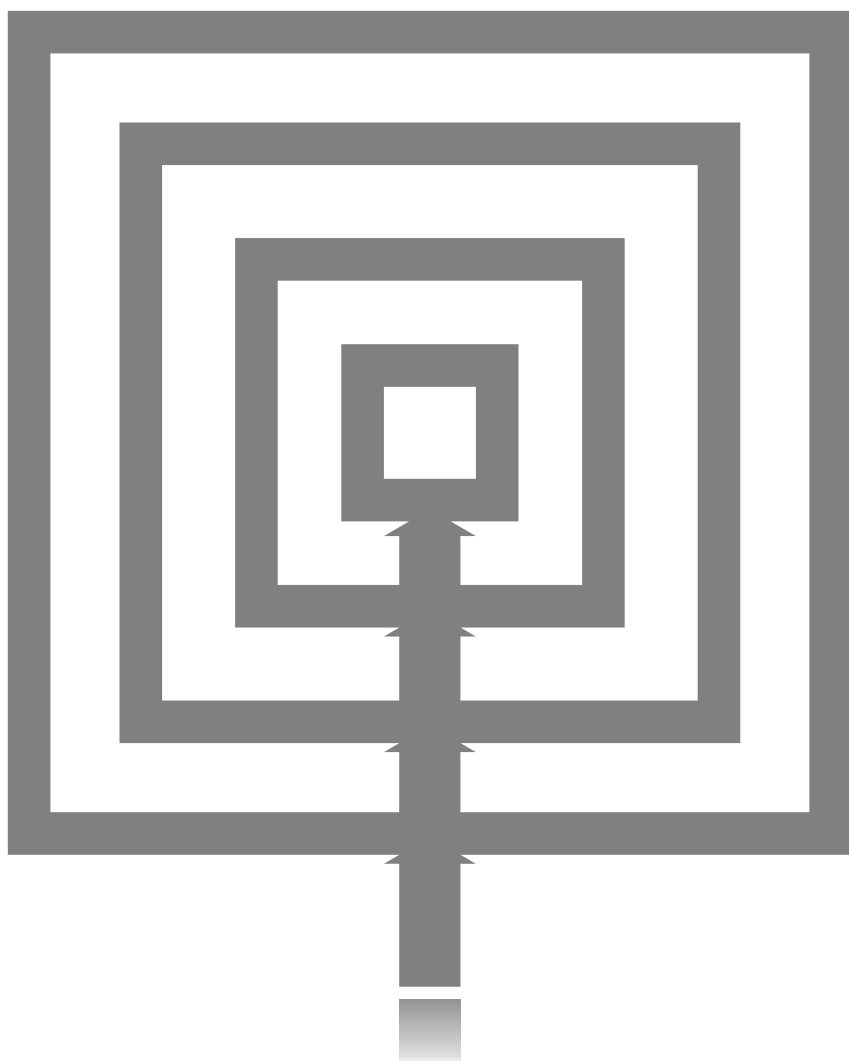
Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju.

V številki je objavljen tudi strokovni prispevek mag. Luke Vavkna, ki ni bil predstavljen na izobraževalnih dogodkih Centra za izobraževanje v pravosodju, vendar je uredniški odbor ocenil, da je prispevek zanimiv za bralce Pravosodnega biltena.

Objavljen je tudi prispevek dr. Jorga Sladiča »Evropska izterjava in zavarovanje terjatev s prikazom postopka v Sloveniji in Avstriji«, ki je pomotoma izpadel iz Pravosodnega biltena številka 2/2019, za kar se avtorju in bralcem opravičujemo.

Ljubljana, september 2019

Uredniški odbor



ČLANKI



EVROPSKA IZTERJAVA IN ZAVAROVANJE TERJATEV S PRIKAZOM POSTOPKA V SLOVENIJI IN AVSTRIJI

doc. dr. Jorg Sladič
odvetniška pisarna Sladič – Zemljak, Ljubljana

UVOD

Naše civilno procesno pravo izvira iz avstrijskega, npr. delitev na tri zakone, ki urejajo pravdni, nepravdni in izvršilni postopek izvira iz avstrijske zakonodaje. Vendar se pri nas zaradi različnega razvoja po letu 1918, poznejšega pristopa k EU in majhnosti pravnega prostora šele zastavljajo vprašanja, ki so v Avstriji bodisi že rešena v sodni praksi, bodisi je o njih že pisala pravna teorija. Tudi avstrijsko izvršilno pravo je bilo po letu 2000 večkrat reformirano, zadnja je bila celo povezana z novim postopkom izvrševanja odločb iz drugih držav članic EU na podlagi nove bruseljske uredbe (uredba Bruselj Ia¹).² Najprej je treba pojasniti vsebino pojmov evropska izterjava in zavarovanje terjatev. Evropska izterjava in zavarovanje terjatev so postopki izvršbe in zavarovanja, kjer slovensko ali avstrijsko sodišče izvrši sodno odločbo iz druge države članice EU. V širšem pomenu sem spadajo tudi postopki izvršbe in zavarovanja sodnih odločb ali izvršilnih naslovov iz držav pogodbenic Sporazuma o EGP ali iz Švice na podlagi Luganske konvencije iz leta 2007.

Poleg vsebine, ki je v primeru evropske izterjave in zavarovanja terjatev drugačna kot pri tradicionalnih postopkih izvršbe in zavarovanja po slovenskem ZIZ³ ali avstrijskem izvršilnem redu (*Exekutionsordnung*, katerega pravo ime je zakon o postopku izvršbe in zavarovanja), je nova tudi problematika sožitja materialnega in procesnega prava EU na eni strani in slovenskega oziroma avstrijskega civilnega procesnega prava.⁴

Pravna podlaga izvršbe izvršilnih sodnih naslovov (sodbe, poravnave, notarski zapisi), ki izvirajo iz držav članic EU (pravna podlaga za razmerja z Dansko je nekoliko drugačna kakor za druge države članice EU), je vsebinsko popolnoma drugačna kot izvršba sodnih odločb iz tretjih držav (npr. Bosna in Hercegovina).

1 Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL EU L 351, 20. 12. 2012, str. 1.

2 Primerjaj npr. BGBl. I Nr. 59/2000, BGBl. I Nr. 114/2002, BGBl. I Nr. 135/2000, BGBl. I Nr. 98/2001, BGBl. I Nr. 103/2001, BGBl. I Nr. 71/2002, BGBl. I Nr. 31/2003, BGBl. I Nr. 112/2003, BGBl. I Nr. 113/2003, BGBl. I Nr. 128/2004, BGBl. I Nr. 151/2004, BGBl. I Nr. 68/2005, BGBl. I Nr. 56/2006, BGBl. I Nr. 37/2008, BGBl. I Nr. 82/2008, BGBl. I Nr. 30/2009, BGBl. I Nr. 40/2009, BGBl. I Nr. 52/2009, BGBl. I Nr. 75/2009, BGBl. I Nr. 29/2010, BGBl. I Nr. 58/2010, BGBl. I Nr. 111/2010, BGBl. I Nr. 139/2011, BGBl. I Nr. 50/2012, BGBl. I Nr. 33/2013, BGBl. I Nr. 69/2014, BGBl. I Nr. 100/2016, BGBl. I Nr. 122/2017, BGBl. I Nr. 32/2018.

3 Zakon o izvršbi in zavarovanju (UL RS, št. 3/07 UPB in naslednji, nazadnje 11/18).

4 SLADIČ, Jorg, Vpliv prava evropskega varstva potrošnikov na izvršilno pravo, Pravosodni bilten 3/2018, str. 26–29.

Zaradi tega bo najprej prikazana problematika izvršbe tuje sodne odločbe. Izvršba tuje izvršljive (in pravnomočne) sodne odločbe poteka v treh fazah (točka 1). Druga oziroma vmesna faza je t. i. postopek priznavanja (delibacijski postopek), v katerem se odloči o priznanju (*exequatur*) tuje sodne odločbe. V pravni teoriji so glede eksekviture tri teorije, pri čemer je bistvena razlika med pravom EU in avtonomnim ZMZPP (točka 2). Po pojasnitvi teh uvodnih vprašanj bo pojasnjena faza dovolitve izvršbe, saj je pravzaprav ta bistvena za obravnavanje tujih sodnih odločb (točka 3). Pravo EU izvršilne faze izvršilnega postopka ne ureja, ker je v vsaki državi enaka kakor v primeru domačega naslova (sredstva izvršbe, npr. prodaja premičnin in nepremičnin, prenos denarne terjatve, vnovčenje drugih premoženjskih oziroma materialnih pravic in nematerializiranih vrednostnih papirjev, prodaja deleža družbenika in prenos sredstev, ki so pri organizacijah, pooblaščenih za plačilni promet, so enaka za tuje in domače izvršilne naslove). Toda kako ravnati, če tuji izvršilni naslov ni tak, da bi ga lahko izvršili pred slovenskim izvršilnim sodiščem (točka 4)? Posebno poglavje je združitev pravnih sredstev v postopku priznavanja in postopku izvršbe (točka 5). S sodnimi penali kot obliki posredne izvršbe se srečamo tudi pri izvrševanju tujih izvršilnih naslovov (točka 6). Na kratko bo tudi omenjeno, zakaj imajo bruselske uredbe posebna poglavja o sodnih poravnava (točka 7). Zadnji dve točki pa bosta vsebovali odgovore na vprašanja iz prakse. Ob vsaki točki je po potrebi tudi prikaz avstrijskega in slovenskega postopka. Najšreje je treba tudi izrecno poudariti, da na fazo izvršbe po dovolitvi bruselske uredbe ne vplivajo, ta ostane enaka kot v primeru domačega izvršilnega naslova. To pomeni, da izvršba npr. cenitev, dražba, poplačilo, domik in izročitev) ostane strogo domača. Tuji priznani izvršilni naslovi in evropski izvršilni naslovi se obravnavajo povsem enako kot slovenski izvršilni naslovi.

1. TRADICIONALNI TRIJE STADIJI MEDNARODNEGA SODNEGA CIVILNEGA POSTOPKA

Tradicionalno v mednarodnem civilnem procesnem pravu postopek izvršbe tujega izvršilnega naslova, npr. pravnomočne in izvršljive dajatvene sodbe, obsega tri stadije. Prvi stadij je kognicijski (pravdni, nepravdni) postopek v državi izvora (v tujini), drugi vmesni stadij je postopek priznavanja odločbe iz države izvora v državi izvršbe. Tretji stadij pa je izvršba v državi izvršbe.⁵

V modernem civilnem procesnem pravu se zdi, da jamstvo standardov poštenega postopka (*fair trial*) na podlagi prvega odstavka 6. člena EKČP zahteva, da se za sodne odločbe iz držav, kjer ne velja EKČP, uporabi postopek priznavanja.⁶ V razmerjih med državami članicami EU pa pravni razvoj vodi do izginotja teh treh stadijev, saj postopek priznavanja izginja.⁷

5 de LEVAL, G., *Éléments de procédure civile*, 2. izdaja, Larcier: Bruselj, 2005, str. 268, SLADIČ, J., *The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 16 (2013), str. 329 (332).

6 GUINCHARD, E., *Procès équitable (article 6 CEDH) et droit international privé*, p. 199 (218), v: NUYTS, A., WATTÉ, N. (ur.), *“International civil litigation in Europe and relations with third states”*, Bruselj: Bruylant, 2005.

7 LOPES PEGNA, O., *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) N. 1215/2012 (“Bruxelles I - bis”)*, *Rivista di diritto internazionale*, 96 (2013), št. 4, str. 1206 (1212).

Tradicionalno v MZP in mednarodnem civilnem procesnem pravu ne obstaja obveznost oziroma dolžnost priznavanja tujih sodnih odločb. Čeprav v modernem svetu velika večina držav priznava civilne sodne odločbe drugih držav, pa še danes v mednarodnem pravu ne obstaja mednarodnopravna obveznost priznavanja tujih odločb. Taka obveznost obstaja samo, če kakšna mednarodna pogodba vsebuje določbe o obveznosti priznavanja tujih sodnih odločb.⁸ V razmerjih z državami, ki niso države članice EU ali podpisnice Luganske konvencije, priznavanje še vedno temelji na teoriji o *comity* in vzajemnosti.⁹

Prvo fazo vedno ureja civilno procesno pravo države izvora sodne odločbe (*lex fori originis*). Drugo in tretjo pa tradicionalno pravo države kraja izvršbe (*lex fori loci executionis*). Lahko se zgodi, da npr. v tuji dajatveni pravnomočni in izvršljivi sodbi dajatveno povelje vsebuje neko obveznost, ki se je po pravu države izvršbe ne more ali pa celo ne sme izvršiti. Značilen primer je npr. kakšna nenadomestna obveznost, s katero bi bilo npr. odvetniku odrejeno, da izpove vsebino tistega, kar mu je stranka zaupala kot zagovorniku v kazenskem postopku. Drug primer je, da tuja civilna dajatvena sodna odločba vsebuje obveznost, ki se pri nas lahko izvrši samo v upravni izvršbi. V takem primeru se pokaže utemeljenost zadnjih dveh faz izvršbe tuje sodne odločbe.

V slovenskem in avstrijskem pravnem sistemu je odločba, s katero se razglasi izvršljivost tuje sodne odločbe iz tretje države, oblikovalna odločba.¹⁰ Samo priznanje (brez razglasitve izvršljivosti) se tradicionalno obravnava kot ugotovitvena odločba, medtem ko moderna teorija priznanje obravnava kot oblikovalno odločbo.¹¹ Slovenska sodna praksa je zavzela stališče, da je priznanje tuje sodne odločbe oblikovalna odločba. »Tuja sodna odločba praviloma učinkuje neposredno samo na območju države, katere sodišče jo je izdalo. Da bi učinkovala tudi v drugih državah, jo morajo te v posebnih sodnih postopkih priznati.«¹² Tudi če na podlagi domačega prava obstaja pravica do priznanja tuje sodne odločbe, je vključitev tuje sodne odločbe v domače pravo (*title import*) oblikovalna odločba, saj *exequatur* razširi krajevni učinek tuje odločbe na ozemlje države priznavanja in izvršitve.

Omenimo naj še, da moderna teorija uvaja razliko med postopkom priznavanja in eksekvatro. Postopek priznavanja je t. i. minimalni preskus tuje sodne odločbe pred sodiščem države, v kateri se zahteva priznanje, z namenom, da ta tuja odločba lahko učinkuje tudi na ozemlju države tega sodišča. Ta učinek tuje sodne

8 MICHAELS, R., "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepil.com, 2009, § 11, SCHILLING, T., The Enforcement of Foreign Judgments in the case-law of the European Court of Human Rights, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 68 (2012), str. 545 (546), KINSCH, P., Enforcement as Fundamental Right, Univerza v Luksemburg, Law Working Paper Series, št. 2014-07, Luxembourg, 2014, str. 1 in 2, NAGEL, H., GOTTWALD, P., Internationales Zivilprozessrecht, 7. izdaja Köln: Verlag Otto Schmidt, 2013, str. 766.

9 SCHILLING, The Enforcement of Foreign Judgments in the case-law of the European Court of Human Rights, str. 546.

10 VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional), str. 561, FEIL, E., Exekutionsordnung, 5. izdaja., 2. dopolnitev, Dunaj: Linde, 2014, str. 626, PERUCCHI, L., Anerkennung und Vollstreckung von US class action – Urteilen und – Vergleichen in der Schweiz, Zürich, Basel, Geneva: Schulthess, 2008, str. 33.

11 PERUCCHI, Anerkennung und Vollstreckung von US class action – Urteilen und – Vergleichen in der Schweiz, str. 33–35.

12 Vrhovno sodišče II Ips 462/2009, ECLI:SI:VSRS:2010:II.IPS.462.2009.

odločbe v priznanju ne vsebuje izvršljivosti. Eksekvatura pa je priznanje izvršljivosti tuji priznani sodni odločbi. V praksi sta priznanje in eksekvatura sinonima, saj eksekvatura vsebuje tudi priznanje (*qui potest plus, potest minus*).

2. KAKO TUJA CIVILNA IZVRŠLJIVA SODBA UČINKUJE NA OZEMLJU SLOVENIJE

Značilnost izvršilnega postopka v Sloveniji in Avstriji je, da se ta v primeru tujega izvršilnega naslova začne na podlagi predloga upnika.¹³ Za izvršilni postopek po vložitvi predloga pa precej bolj velja uradna maksima.¹⁴ Tako avstrijski kot slovenski pravni red izhajata v izvršilnih postopkih iz dvofazne strukture, najprej je faza dovolitve (sklep o dovolitvi, *Bewilligungsbeschluss*), nato pa stroga izvršilna faza. Pravni redi večjih držav članic EU, npr. Nemčije ali Francije, take delitve ne poznajo, zaradi tega nam je pravna teorija teh dveh držav lahko v pomoč pogojno, medtem ko lahko avstrijsko teorijo enostavno samo prevedemo in preverimo, kateri člen našega zakona je treba uporabiti, in jo brez težav uporabljamo. Težave pa nastanejo pri izvršbah npr. francoskih ali italijanskih izvršljivih sodb, saj tam izvršljiva sodba *ipso iure* povzroči nastanek zakonite izvršilne zastavne pravice (*hypothèque judiciaire*, 2396. in 2412. člen Code civil¹⁵). Pravna posledica izvršljive sodbe, ki pri nas in v Avstriji izključno nastane na podlagi dovolilnega sklepa o izvršbi, v romanskih pravnih redih nastane že z izvršljivostjo sodne odločbe. Kako se npr. sprejme in izvrši italijanska ali francoska sodna odločba, izdana v pravnem postopku v teh dveh državah, za katero pa obstaja zakonita izvršilna hipoteka brez sklepa o dovolitvi izvršbe?

Pravna teorija je glede učinkov tujih sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah izdelala tri teorije.¹⁶ Na podlagi prve **teorije izenačenja** ima tuja sodna odločba enak učinek kakor domača sodna odločba v civilnih in gospodarskih zadevah (*Wirkungsgleichstellung*).¹⁷ Na podlagi druge teorije, ki je **teorija o razširitvi učinka** tuje odločbe, priznanje pomeni, da ima tuja odločba enake učinke pred sodiščem države izvršbe, kakor jih ima v državi izvora (*Wirkungserstreckung*).¹⁸ Uporaba te teorije pomeni, da tuja odločba iz države sodišča izvora preide v državo sodišča izvršbe z vsemi učinki, ki jih ima po pravu države izvora. Z drugimi besedami, priznane tuje odločbe nimajo enakega učinka kakor domače sodne odločbe.¹⁹ Končno pa ta teorija pomeni, da ima tuje *lex fori* čezmejni učinek in ga mora npr. slovensko sodišče uporabiti, ko izvrši sodno odločbo (npr. pri določanju učinka

13 STAMM, J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Mohr: Tübingen, 2011, str. 111.

14 STAMM, J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, str. 111.

15 Nekdanji 2123. člen francoskega Code civil. Glej glede učinka te hipoteke od dneva izdaje sodbe sodišča prve stopnje dalje sodbo francoskega kasacijskega sodišča z dne 14. marca 2012 št. 10-28143, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

16 EKART, A., RIJAVEC, V., Priznanje in izvršitev, str. 248 in 249, v: REPAS, M., RIJAVEC, V., Mednarodno zasebno pravo Evropske unije, Ljubljana: Uradni List: Ljubljana, 2018.

17 LOYAL, F., Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, Zeitschrift für Zivilprozess, 131 (2018), št. 3, str. 373 (375 in 376), glej § 434 avstrijske EO.

18 LOYAL, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, str. 377.

19 LOYAL, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, str. 377.

pravnomočnosti).²⁰ Vendar se v mednarodnem zasebnem pravu ne uporablja tuje procesno pravo (*lex fori in foro proprio*). Po domače rečeno, na podlagi načela *iura novit curia*, ki velja tudi za tuje pravo, bo slovenski *forum* na podlagi 12. člena ZMZPP,²¹ bi moralo slovensko sodišče ugotavljati učinke pravnomočnosti in izvršljivosti po tujem pravu. Če se uporabi teorija o razširitvi učinkov tuje sodne odločbe v državo priznavanja in izvršitve, pa obstaja nevarnost, da tujih odločb ni mogoče priznati ali pa izvršiti. Res je, da se pri uporabi uredbe Bruselj Ia ne ugotavlja, ali je tuja sodna odločba pravnomočna, saj 39. člen te uredbe določa, da je sodna odločba, ki je izdana v državi članici in je izvršljiva v tej državi članici, izvršljiva tudi v drugih državah članicah, ne da bi jo bilo treba razglasiti za izvršljivo. Ugotavljati pa je treba kot predhodno vprašanje, ali je tuja sodna odločba iz druge države članice EU izvršljiva. Za hrvaške in avstrijske odločbe to ni preveč težko, saj se tudi v teh dveh državah uporablja žig, s katerim se potrdi, da je odločba pravnomočna in izvršljiva.²² Tretja teorija, ki je **kumulativna teorija**, kjer se uporabita tako razširitev učinka tuje odločbe in izenačenje tuje odločbe z domačo, pa je združitev obeh prej navedenih teorij, saj se pri določanju učinka tuje sodne odločbe uporabljata tuje in domače pravo, na koncu pa se tuji odločbi priznajo samo učinki, ki jih ima sodna odločba po pravu države izvršbe.²³

Teorija izenačenja učinka in kumulativna teorija, na podlagi katere se učinki tuje odločbe določajo po *lex fori* države priznanja in izvršitve, se uporabljajo v avstrijskem, hrvaškem in slovenskem pravnem sistemu pri priznavanju sodnih odločb iz tretjih držav (npr. Bosna, Srbija).²⁴ Avstrijski § 413 EO določa, da se tuji izvršilni naslov po pravnomočnosti razglasitve izvršljivosti obravnava kot avstrijski izvršilni naslov. Ne more pa se obravnavati tako, da bi imel večji učinek kot v državi izvora.²⁵ V avstrijski sodni praksi se ta določba razlaga tako, da se avstrijsko pravo uporablja za izvršbo tuje odločbe od pravnomočnosti razglasitve izvršljivosti.²⁶ Učinek pravnomočnosti in prekluzijski učinek take odločbe pa se kljub temu načeloma določata po tuji *lex fori*.²⁷ Na podlagi prvega odstavka 84. člena ZMZPP je tuja sodna odločba izenačena z odločbo slovenskega sodišča in ima v Republiki

20 LOYAL, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, str. 378.

21 Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku, UL RS 56/99.

22 LOYAL, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, str. 381 in 382).

23 KROPHOLLER, J., Internationales Privatrecht, 6. izdaja, Tübingen: J. C. B. Mohr, 2006, str. 679–682, RIJAVEC, V., SLADIČ, J., GOMES, C. J., Introductory Chapter, str. 4, v: RIJAVEC, V., IVANC, T., KERESTES, T., Simplification of Debt Collection in the EU, Aalsphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, SCHACK, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. izdaja, München: C.H.Beck, 2017, str. 330–332, NAGEL, GOTTFELD, Internationales Zivilprozessrecht, str. 601 in 602, VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., J., Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional), 2. izdaja, Madrid: Thomson Reuters, 2007, str. 561–567, NEUMAYR, M., NUNNER-KRAUTGASSER, B., Exekutionsrecht, 4. izdaja, Dunaj: Manz, 2018, str. 118.

24 SCHACK, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, str. 332.

25 ANGST, P., JAKUSCH, W., PIMMER, H., Exekutionsordnung, 15. izdaja Dunaj: Manz, 2009, str. 252. Nemško besedilo se glasi: "nach Eintritt der Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung ist der ausländische Exekutionstitel wie ein inländischer zu behandeln. Ihm kommt aber nie mehr Wirkung als im Ursprungsstaat zu."

26 Avstrijsko Vrhovno sodišče (Oberster Gerichtshof), zadeva 3Ob212/06g; 3Ob127/12s, ECLI:AT:OGH0002:2006:RS0121712.

27 SLONINA, M., §84b, v: ANGST, P., OBERHAMMER, P. (ur.), Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. izdaja, Dunaj: Manz, 2015, 1. točka s sklicevanjem na odločbo avstrijskega Vrhovnega sodišča [Oberster Gerichtshof] v zadevi 6Ob247/12k, ECLI:AT:OGH0002:2013:0060OB00247.12K.0606.000 (Dazu gehören auch die Sperrwirkung und die Präklusionswirkung).

Sloveniji enak pravni učinek kot domača sodna odločba le, če jo prizna slovensko sodišče.

Ker na podlagi bruselskih uredb ni določen evropski pojem pravnomočnosti, manjši del pravne teorije meni, naj bi se ta teorija uporabljala tudi za priznavanje izvršilnih naslovov med državami članicami EU na podlagi bruselskih uredb.²⁸ Del teorije pa meni, da se uporablja na področju uporabe bruselskih uredb kumulativna teorija.²⁹ Še vedno lahko zastopamo stališče, da pravo EU izhaja iz kumulativne teorije,³⁰ saj po sodni praksi Sodišča EU »izvršljivost sodne odločbe v državi članici izvora pomeni pogoj za izvršitev te sodne odločbe v državi članici, v kateri se izvršitev zahteva. V zvezi s tem, čeprav je s priznanjem sodnim odločbam načeloma podeljena veljavnost in učinkovitost v državi članici, v kateri so bile izdane, pa ni nobenega razloga, da bi se sodbi ob njeni izvršitvi priznalo pravice, ki se ji ne priznajo v državi članici izvora ali učinke, ki jih sodba iste vrste, izdana neposredno v državi članici, v kateri se zahteva izvršitev, ne bi imela«. ³¹ Pravna podlaga za tako stališče izhaja iz francoske pravne teorije, ki jo je prevzelo t. i. poročilo Jenard o Bruseljski konvenciji.³²

3. DOVOLITEV IZVRŠBE IN NAČELO VZAJEMNEGA PRIZNAVANJA: EVROPSKA IZVRŠBA

Uredba 44/2001 predvideva tudi možnost, da se zahteva samo priznanje. Primeri za to so npr. priznanje ugotovitvene odločbe o tem, da obstaja odškodninska odgovornost, ali pa vmesne sodbe.

Na podlagi prvega odstavka 36. člena uredbe Bruselj Ia se sodna odločba, izdana v državi članici, v drugih državah članicah prizna, ne da bi bilo treba za priznanje začeti kakršen koli poseben postopek. Zaradi tega lahko sodno odločbo iz druge države članice EU obravnavamo kot slovensko. Vendar ima to enako obravnavanje meje, saj je enak položaj sodne odločbe iz druge države članice EU le pravna domneva, ki se lahko izpodbije. To enako obravnavanje sodnih odločb iz ene države članice v drugi državi članici EU temelji na načelu vzajemnega priznavanja sodnih odločb in odločb v izvensodnih zadevah, ki je kodificirano v 81. členu Pogodbe o delovanju EU. Ta člen uvaja pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah s čezmejnimi posledicami, ki temelji na načelu vzajemnega priznavanja sodb z namenom prostega kroženja sodnih odločb med državami članicami.³³ Na območju svobode, varnosti in pravice, ki je podlaga za pravosodno sodelovanje med državami članicami EU, ne obstaja več tradicionalna teritorialna omejitev

28 SCHACK, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, str. 332.

29 SCHACK, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, str. 332, RAUSCHER, T., Internationales Privatrecht, 5. izdaja, Heidelberg, C.F. Müller, 2017, 2426. točka.

30 SCHACK, H., Internationales Zivilverfahrensrecht, str. 332.

31 Sodišče EU, Apostolides, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, 66. točka, in Prism Investment, C-139/10, ECLI:EU:C:2011:653, 38. točka.

32 Jenard Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (UL 1979 C 59, str. 1 (48)) se sklicem na Niboyet, Droit international privé, VI. zvezek, 1974.

33 SLADIČ, J., The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur, str. 342.

izvajanja državne oblasti. Toda načelo vzajemnega priznavanja hkrati zahteva enakovredno in učinkovito varstvo človekovih pravic v državah članicah EU. Glede tega pa velja t. i. horizontalna izpodbojna domneva enake ravni varstva temeljnih pravic v vseh državah članicah. Na področju civilnega pravosodja EU celo trdi, da velja domneva, da je tuja sodna odločba zakonita in se zaradi tega načeloma lahko izvrši v državi, v kateri se zahteva izvršba.³⁴ Na tej podlagi se je oblikovalo načelo medsebojnega zaupanja. »To medsebojno zaupanje je omogočilo vzpostavitev zavezujoče ureditve pristojnosti, ki jo morajo spoštovati vsa sodišča; s takim medsebojnim zaupanjem pa je povezana odpoved držav članic njihovim notranjim predpisom o priznavanju in izvrševanju v korist poenostavljenega mehanizma priznavanja in izvrševanja odločb.«³⁵

Na podlagi 39. člena uredbe Bruselj Ia je sodna odločba, ki je izdana v državi članici in je izvršljiva v tej državi članici, izvršljiva tudi v drugih državah članicah, ne da bi jo bilo treba razglasiti za izvršljivo. Izvršba tako poteka neposredno in se učinek izvršljivosti razširi *ipso iure* na druge države brez samostojnega postopka razglasitve izvršljivosti.³⁶ Struktura te uredbe upošteva Uredbo (ES) 806/2004.³⁷ Zahtevajoči upnik mora v Sloveniji in Avstriji na podlagi prvega odstavka 42. člena uredbe Bruselj Ia predlogu za izvršbo predložiti izvod sodne odločbe, ki izpolnjuje pogoje, potrebne za potrditev njegove verodostojnosti, in potrdilo, izdano v skladu s 53. členom, ki potrjuje izvršljivost sodne odločbe, ter vsebuje izvleček sodne odločbe in po potrebi pomembne informacije o vračljivih stroških postopka ter izračun obresti. Pri tem je treba izrecno povedati, da pravo EU nasprotuje zahtevi, da bi bilo treba na področju bruseljskih uredb predložiti apostile. Če jih slovensko sodišče zahteva, diskriminira tuje izvršilne naslove iz drugih držav članic. To potrdilo ima izreden pomen v evropskem civilnem procesnem pravu. Poleg dokaj formalističnih zahtev, kot so izvleček sodne odločbe in po potrebi pomembne informacije o pripadlih stroških postopka ter izračun obresti, je pomen tega potrdila, da sodišče države članice izvora potrdi izvršljivost lastne sodne odločbe. To potrdilo prevzame vmesno fazo priznavanja tuje sodne odločbe v tradicionalnem postopku.³⁸ Pri tem je treba izrecno opozoriti, da 42. a člen ZIZ ne velja za potrdila o izvršljivosti tujih sodnih odločb. Tak sklep izhaja že iz besedila potrdila, ki govori o sodišču izvora tuje sodne odločbe. Tako npr. sodišče v Ljubljani ne more izdati takega potrdila iz 53. člena uredbe Bruselj Ia za odločbo, ki jo je izdalo sodišče v Celovcu. Potrdilo iz 53. člena uredbe Bruselj Ia se dolžniku ali pa dolžnikovemu dolžniku oziroma drugemu udeležencu, ki je udeležen v postopku na dolžnikovi strani, na podlagi prvega odstavka 43. člena vroči pred prvim izvršilnim ukrepom. Potrdilo je priložena sodna odločba, če mu še ni bila vročena. Uvodna navedba 32 uredbe Bruselj Ia pri tem določa: da se oseba, zoper katero se zahteva izvršitev, obvesti o izvršitvi sodne odločbe, izdane v drugi državi članici, in ji je treba v razumnem roku pred prvim izvršilnim ukrepom vročiti potrdilo, določeno s to uredbo, ki mu je treba po potrebi priložiti sodno odločbo. V povezavi s tem bi moral prvi izvršilni

34 Jenard Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, str. 47.

35 Sodišče EU, Gasser, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, 72. točka.

36 NEUMAYR, NUNNER-KRAUTGASSER, Exekutionsrecht, str. 126.

37 Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, UL EU L 30. 4. 2004, str. 15.

38 NEUMAYR, NUNNER-KRAUTGASSER, Exekutionsrecht, str. 127.

ukrep pomeniti **prvi izvršilni ukrep po vročitvi**. Težava tega besedila je, da gre za *lex imperfecta*, saj je v vseh jezikih zapisano v pogojniku. Poleg tega pa uvodne navedbe niso del pravodajnega dela besedila. Namen te uvodne navedbe je, da se dolžniku določi rok, v katerem lahko sam prostovoljno opravi svojo obveznost iz izvršljive sodne odločbe. Tu avstrijska teorija poudarja, da je razumni rok enak kot splošni paricijski rok za dajatvene sodbe.³⁹

Izvršilni postopek (in tudi postopek zavarovanja oziroma izvršbe v zavarovanje) na podlagi 41. člena uredbe Bruselj Ia poteka po pravu zaprosene države, torej države, kjer se bo izvršila tuja sodna odločba. Od te dokaj tradicionalne določbe, ki potrjuje le, da lahko prisilo na ozemlju neke države izvajajo samo njeni organi, pa je treba razlikovati obseg in doseg izvršljivosti tuje sodne odločbe, ki se določa po pravu države članice izvora sodne odločbe.⁴⁰ Pomembno podrobnost vsebuje tudi prepoved pooblaščenecv za vročanje na podlagi tretjega odstavka 41. člena uredbe Bruselj Ia. Stranki, ki zahteva izvršitev sodne odločbe, izdane v drugi državi članici (v zaproseni državi članici) ni treba imeti poštnega naslova. Tej stranki v zaproseni državi članici prav tako ni treba imeti pooblaščenca, razen če je tak pooblaščenec obvezen ne glede na državljanstvo ali stalno prebivališče strank. V Franciji, Belgiji in Luksemburgu morajo stranke ne glede na prebivališče vedno imeti pooblaščenca za vročanje. Ker pa je v teh državah zastopanje po odvetniku v rednih postopkih pravilo, je pooblastitev odvetnika hkrati tudi imenovanje pooblaščenca za vročanje.

Naše in avstrijsko pravo izhajata iz delitve izvršilnega postopka na dovolilni in strogi izvršilni del. Dovolilni del oziroma sklep o dovolitvi izvršbe lahko opredelimo kot sklep, ki se izda na podlagi predloga za izvršbo in s katerim se na eni strani konča postopek dovolitve izvršbe ter na drugi strani neposredno dovoli strogi izvršilni del.⁴¹ Za razliko od avstrijskega prava, kjer formalna pravnomočnost sklepa o dovolitvi ni predpostavka za začetek izvršbe, pa imamo po ZIZ tudi izvršbo na podlagi verodostojne listine, ki vsebuje popolnoma drugačno pravilo, saj je pravnomočnost tam predpostavka izvršbe. Za razliko od slovenskega prava se v Avstriji izvršba dovoli na podlagi § 110 EO istega dne, ko je predlog za izvršbo vložen. Avstrijsko pravo pri dovolitvi razlikuje med rednim postopkom in poenostavljenim postopkom dovolitve na podlagi § 54b EO,⁴² ki pa se uporablja tudi za izvršbo sodnih odločb

39 NEUMAYR, NUNNER-KRAUTGASSER, Exekutionsrecht, str. 128.

40 NEUMAYR, NUNNER-KRAUTGASSER, Exekutionsrecht, str. 127.

41 BUCHEGGER, W., MARKOWETZ, K, Exekutionsrecht, 2. izdaja, Dunaj: Verlag Österreich, 2017, str. 86.

42 Vereinfachtes Bewilligungsverfahren § 54b. (1) Das Gericht hat über einen Exekutionsantrag im vereinfachten Bewilligungsverfahren zu entscheiden, wenn

1. der betreibende Gläubiger Exekution wegen Geldforderungen, nicht jedoch auf das unbewegliche Vermögen, ein Superädifikat oder ein Baurecht beantragt,

2. die hereinzubringende Forderung an Kapital 50.000 Euro nicht übersteigt; Prozesskosten oder Nebengebühren sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie allein Gegenstand des durchzusetzenden Anspruchs sind; bei einer Exekution wegen Forderungen auf wiederkehrende Leistungen sind nur die bereits fälligen Ansprüche maßgebend,

3. die Vorlage anderer Urkunden als des Exekutionstitels nicht vorgeschrieben ist,

4. sich der betreibende Gläubiger auf einen inländischen, einen diesem gleichgestellten (§ 2) oder einen rechtskräftig für vollstreckbar erklärten ausländischen Exekutionstitel stützt und

5. der betreibende Gläubiger nicht bescheinigt hat, daß ein vorhandenes Exekutionsobjekt durch Zustellung der Exekutionsbewilligung vor Vornahme der Pfändung der Exekution entzogen würde.

iz drugih držav članic EU.⁴³ Vse oblike postopka za izdajo sklepa o dovolitvi izvršbe izidejo na podlagi avtomatske obdelave podatkov, tako kot pri nas le pri izvršbi na podlagi verodostojne listine. Poenostavljeni postopek dovolitve velja za izvršbo za denarne terjatve, ki ne presegajo 50.000,00 EUR, kadar predmet izvršbe ni nepremičnina ali stavbna pravica (tj. kadar sredstvo izvršbe ni prodaja nepremičnin). Razlika med rednim in poenostavljenim postopkom je poleg višine terjatve in predmeta ter sredstva izvršbe tudi obveznost predložitve izvršilnega naslova (ni je v poenostavljenem postopku) in tudi struktura pravnih sredstev.⁴⁴ V poenostavljenem postopku je pravno sredstvo dolžnika tudi v Avstriji ugovor, v katerem lahko dolžnik ugovarja, da izvršilni naslov, ki je podlaga za sklep, nima potrdila o izvršljivosti, oziroma da izvršilni naslov ne ustreza navedbam v predlogu za izvršbo (§ 54c EO). Pravna sredstva pa so kot v našem starem pravu pritožba, revizijska pritožba (revizija) in nato opozicijska in impugnacijska tožba. V našem pravu je pravno sredstvo dolžnika ugovor, nato pritožba. Struktura pravnih sredstev pa postane precej nejasna, kadar gre za pravna sredstva po uredbi Bruselj Ia. V poenostavljeni dovolitvi izvršbe v Avstriji upniku ni treba predložiti izvršilnega naslova, dovolilni sklep se vroči po pošti, tudi če gre za izročitev določene premične stvari, kjer se v Avstriji načeloma zaradi učinka presenečenja dolžniku sklep o dovolitvi vroči hkrati z rubežem in odvzemom premične stvari.⁴⁵

V Avstriji poteka izvršba po avstrijski EO, v Sloveniji pa po ZIZ. Izvršljiva sodna odločba iz druge države članice z izjemo Danske se izvrši kot domači izvršilni naslov na podlagi drugega odstavka § 2 Exekutionsordnung oziroma 3. točke drugega odstavka 17. člena ZIZ.⁴⁶ Obe določbi sta vsebinsko enaki, saj se na podlagi uredb EU tuji oziroma evropski izvršilni naslovi obravnavajo enako kakor domači izvršilni naslovi.

Za izvršitev začasnih ukrepov, vključno z ukrepi zavarovanja, ki so bili izdani v drugi državi članici, je treba na podlagi drugega odstavka 42. člena uredbe Bruselj Ia predlogu za izvršbo poleg izvoda sodne odločbe, ki izpolnjuje pogoje, potrebne za potrditev njegove verodostojnosti, in potrdila, ki je izdano v skladu s 53. členom in vsebuje opis ukrepa ter potrjuje, da je sodišče pristojno za odločanje o glavni stvari, sodna odločba izvršljiva v državi članici izvora, predložiti tudi dokaz o vročitvi sodne odločbe, če je bil ukrep odrejen, ne da bi bil toženec vabljen pred sodišče. Problematika je tu nekoliko drugačna, saj gre za začasne odredbe, ki so bile izdane brez zaslišanja, pa je sodišče, ki je izdalo to začasno odredbo, tudi mednarodno pristojno za meritorno odločanje po uredbi Bruselj Ia.⁴⁷

Izvršilno sodišče v Sloveniji in Avstriji lahko zahteva, da upnik v skladu s 57. členom uredbe Bruselj Ia predloži prevod ali transliteracijo vsebine potrdila. Transliteracija je poseben problem zaradi uporabe več uradnih pisav. V večini držav članic se

43 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 412.

44 BUCHEGGER, MARKOWETZ, Exekutionsrecht, str. 86–94.

45 NEUMAYR, NUNNER-KRAUTGASSER, Exekutionsrecht, str. 98–100.

46 Drugi odstavek § 2 Exekutionsordnung: Den in § 1 genannten Akten und Urkunden stehen auch solche Akte und Urkunden gleich, die zwar außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes errichtet wurden, aber aufgrund einer völkerrechtlichen Vereinbarung oder eines Rechtsakts der Europäischen Union ohne gesonderte Vollstreckbarerklärung zu vollstrecken sind.

47 SLADIČ, J., Ukrepi zavarovanja v evropskem civilnem pravu, začasne odredbe z mednarodnim elementom, Pravosodni bilten 1/2018, str. 85 in 86.

uporabljajo različice latinice. Transliteracija pa se uporablja zlasti za izvršbo grških (alfabet) in bolgarskih (cirilica) sodnih odločb.

4. KONKRETIZACIJA OZIROMA PRILAGODITEV TUJEGA IZVRŠILNEGA NASLOVA

Izvršilno sodišče lahko na podlagi zadnjega odstavka 42. člena uredbe Bruselj Ia od upnika zahteva, da predloži prevod sodne odločbe le, če ne more nadaljevati dela brez takega prevoda. V pravnih sistemih, kjer je izrek odločbe tako natančen kot npr. v Nemčiji, Avstriji, Sloveniji, na Hrvaškem, Češkem ipd., to večinoma ni potrebno. Toda izvršitev sodnih odločb iz Belgije je lahko poglavje zase. Delitev sodne odločbe na uvod, izrek, obrazložitev in pouk o pravnem sredstvu se v Belgiji in Franciji ne razume tako formalistično kakor pri nas. V slovenski praksi se je že zgodilo, da okrajno sodišče ni vedelo, kaj narediti z odločbo, v kateri je bil izrek vključen v obrazložitev. Zlasti belgijsko pravo je razvilo teorijo o odločilnih razlogih, ki so izrek odločbe. Vsako besedilo, s katerim se odloči o sporni pravici, je izrek, pa čeprav je v obrazložitvi in to ne glede na obliko, v kateri je izražen. Drugače rečeno, dejstvo, da je izrek na napačnem mestu, ne pomeni, da ne gre več za izrek.⁴⁸ Tudi tako odločbo je treba izvršiti, če ima dolжник premoženje v Sloveniji. Izvrši pa se na podlagi konkretizacije oziroma prilagoditve.

Tako avstrijsko kot tudi slovensko pravo ne vsebujeta kakšne izrecne pravne podlage, kako, v kateri fazi postopka in na kakšen način naj se izvede taka prilagoditev oziroma konkretizacija. Morda bi se pogojno lahko govorilo o pravni podlagi za prilagoditev oziroma konkretizacijo pri drugem odstavku 21. člena ZIZ. Če v izvršilnem naslovu ni določen rok za prostovoljno izpolnitev obveznosti, ga določi izvršilno sodišče v sklepu o izvršbi. Ker pa se v fazi dovolitve v obeh državah odloča o primernosti izvršilnega naslova za izvršbo, kdo sta upnik in dolжник ter o predmetu, vrsti, obsegu in času izpolnitve obveznosti,⁴⁹ je jasno, da se tudi v tej fazi odloči o prilagoditvi tujega izvršilnega naslova. Izvršilno sodišče mora po uradni dolžnosti prilagoditi tuje izvršilne naslove iz drugih držav članic EU pogojem, ki ustrezajo domačemu izvršilnemu postopku v fazi dovolitve izvršbe.⁵⁰ Zaradi tega ni potrebna posebna krajevna pristojnost. Vendar je učinek zavrnitve izvršbe omejen izključno na ozemlje države članice izvršbe.⁵¹ Če ima dolжник premoženje npr. v Sloveniji in na Hrvaškem, upnik pa ima avstrijski izvršilni naslov, zavrnitev izvršbe na Hrvaškem ne pomeni, da je izvršba v Sloveniji nedopustna.

48 SLADIČ, J., Some Open Issues in Determining the Scope of Enforcement Titles in Brussels I Recast, str. 102 s sklicevanjem na ustrezno belgijsko sodno prakso, v: RIJAVEC, V., KENNET, W., KERESTEŠ, T., IVANC, T., Remedies Concerning Enforcement of Foreign Judgements, Brussels Ia Recast, Alphen an den Rhijn: Wolters Kluwer, 2018.

49 STAMM, J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, str. 246.

50 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 414, SLADIČ, J., Some Open Issues in Determining the Scope of Enforcement Titles in Brussels I Recast, str. 104 in 105, STAMM, J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, str. 246.

51 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 414, SLADIČ, J., Some Open Issues in Determining the Scope of Enforcement Titles in Brussels I Recast, str. 104 in 105, STAMM, J., Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, str. 246.

5. ZAVRNITEV IZVRŠBE IN PRAVNA SREDSTVA V IZVRŠILNEM POSTOPKU

A42. b člen ZIZ vsebuje posebne določbe o predlogih za zavrnitev priznanja in izvršitve tuje sodne odločbe iz druge države članice EU. Ta določba vsebuje tudi zapoved, da je za te postopke pristojno vsako stvarno pristojno sodišče. Če je postopek zavrnitve izvršitve tuje sodne odločbe uspešen, se sodni odločbi iz druge države članice zavrne izvršljivost za celotno slovensko ozemlje, in ne samo za konkretno sredstvo izvršbe v konkretnem postopku.⁵² Postopek zavrnitve izvršbe in pravna sredstva v tem postopku so ločeni postopek, ki se po pravu EU le težko združi z ugovornim postopkom in izvršilnimi tožbami v strogem domačem izvršilnem postopku po ZIZ.⁵³ Do združitve obeh postopkov pride le v primeru, ko je npr. ugovor v izvršilnem postopku hkrati tudi razlog za zavrnitev, pri tem pa je treba opozoriti, da je postopek s predlogom za zavrnitev priznanja ne samo dvostranski, ampak nujno zahteva tudi ustno obravnavo.⁵⁴

Vsaka država članica EU na podlagi 47. in 75. člena uredbe Bruselj Ia sama avtonomno določi, katero sodišče je pristojno za predlog za zavrnitev izvršljivosti. 49. člen uredbe Bruselj Ia določa, da lahko obe stranki o odločbi o zavrnitvi izvršitve vložita pravno sredstvo. V Avstriji je to pritožba zoper sklep okrajnega sodišča na deželno sodišče, katerega sklep se lahko izpodbija z revizijsko pritožbo. V Sloveniji pa je pravno sredstvo pritožba na vrhovno sodišče.

Za razliko od slovenskega prava, ki v a42. b členu ZIZ natančno določa postopek zavrnitve priznanja, izvršitve in priznanja, avstrijsko pravo nima posebnih določb o postopku po 46. členu uredbe Bruselj Ia. Avstrijsko pravo glede tega uporablja sistem pravnih sredstev po avstrijski EO.⁵⁵ V praksi pa se uporabljajo pritožba zoper sklep o dovolitvi izvršbe, predlog za ustavitev izvršbe, postopek za zavrnitev priznanja tuje sodne odločbe iz tretje države, impugnacijska tožba in pravdna ugotovitvena tožba, da obstaja razlog za zavrnitev kot pravno razmerje.⁵⁶ Po tem pravu pritožba ni zadovoljivo pravno sredstvo, saj velja prepoved navajanja novih dejstev, ugovor ne omogoča uveljavljanja razlogov za zavrnitev.⁵⁷ Pri pravnih sredstvih pa je zanimiva ugotovitev, da vmesni postopek priznavanja nima dodane vrednosti za dolžnika, saj lahko dolжник vse ugovore zoper priznavanje tujih izvršilnih naslovov poda v izvršilnem postopku.⁵⁸ Zaradi tega je položaj dolžnika zdaj močnejši kakor pred uredbo Bruselj Ia.⁵⁹

S stališča slovenskega prava je zanimiva predvsem impugnacijska tožba v avstrijskem pravu, torej impugnacijski ugovor in nato nepravna opozicijska tožba

52 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 415.

53 KÖNIG, B., Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, Österreichische Juristenzeitung 60 (2006), št. 23–24, str. 931.

54 KÖNIG, B., Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, str. 932.

55 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 416 in 417.

56 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 416 in 417.

57 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 416 in 417.

58 OBERHAMMER, P., The abolition of exequatur, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), 30 (2010) št. 3, str. 197–203.

59 ÁNCIMOS, A., Denegación del reconocimiento y la ejecución en el reglamento Bruselas I bis, Anuario español de derecho internacional privado, XIV–XV, 2014–2015, str. 388.

(impugnacijska tožba). »Med impugnacijske (neprave opozicijske) ugovore štejemo tiste, s katerimi dolžnik prereka dovoljenost izvršbe kljub veljavnemu izvršilnemu naslovu in obstoju terjatve. Dolžnik prereka, da sodišče ni imelo pogojev, da bi se izvršba opravila v sedanjem času in zoper dolžnika v postopku.«⁶⁰ V 55. členu ZIZ lahko kot impugnacijske ugovore naštejemo ugovor, da odločba, na podlagi katere je bil izdan sklep o izvršbi, še ni izvršljiva,⁶¹ ugovor, da še ni potekel rok za izpolnitev terjatve, oziroma ni nastopil pogoj, določen v poravnavi, oziroma da je že potekel rok, v katerem je po zakonu mogoče predlagati izvršbo, ugovor, da terjatev ni prešla na upnika ali obveznost ni prešla na dolžnika, ugovor, da je upnik odložil izpolnitev obveznosti za čas, ki še ni potekel. Teorija navaja tudi ugovor, da je nad dolžnikom začet insolvenčni postopek, ki ovira izvršilni postopek.⁶² S stališča 45. in 46. člena uredbe Bruselj Ia, ki določata zavrnilne razloge očitnega nasprotja javnemu redu v zaproseni državi članici, kršitev pravice do udeležbe v postopku,⁶³ nezdružljivosti tuje sodne odločbe s starejšo nacionalno odločbo,⁶⁴ nezdružljivost s tujo starejšo priznano sodno odločbo⁶⁵ in nasprotovanje pravilom o izključni pristojnosti, pač ne moremo govoriti o navedenih impugnacijskih razlogih, pač pa o tem, da niso izpolnjeni pogoji, »da bi se izvršba opravila v sedanjem času in zoper dolžnika v postopku.«⁶⁶ Gre za impugnacijski razlog po pravu EU, ki je tudi kodificiran v tem pravu in se uporablja v postopkih izvršbe.

Po analogiji pa je le omejeno mogoč opozicijski ugovor po 8. točki prvega odstavka 55. člena ZIZ, saj je zavrnitev izvršljivosti dejstvo, zaradi katerega terjatev iz tuje sodbne preneha na slovenskem ozemlju, ki pa je nastopilo po izvršljivosti tujega izvršilnega naslova. Tudi sklep o zavrnitvi izvršitve tuje sodne odločbe je namreč oblikovalna odločba, saj se z njo oblikuje pravno razmerje, da se izvršljive sodne odločbe iz druge države članice v Sloveniji ne da izvršiti. Izvršilno sodišče na podlagi načela formalne zakonitosti ne sme preskušati zahtevka iz izvršljivega izvršilnega naslova. Težava opozicijskega ugovora je obstoj dejstev po izvršljivosti izvršilnega naslova. Avstrijska teorija pravilno opozarja, da gre za *novum productum*, dejstvo, ki je nastalo po izvršljivosti.⁶⁷ Ker pa se izhaja iz tega, da sodna odločba iz države članice *ipso iure* učinkuje tudi na ozemlju Slovenije (36. in 39. člen uredbe Bruselj Ia), je sicer mogoče stališče, da je zavrnitev izvršljivosti v Sloveniji časovno po izvršljivosti v državi izvora. Cilj povezave domačega opozicijskega ugovora z razlogi zavrnitve

60 OROŽ, D., Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2018, str. 103.

61 OROŽ, D., Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, str. 1034, navaja tudi pomanjkanje pravnomočnosti kot impugnacijski ugovor, a ta ugovor v pravu EU, kjer je pomembna izvršljivost, in ne pravnomočnost, nima posebne vloge.

62 OROŽ, D., Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, str. 1034, navaja tudi pomanjkanje pravnomočnosti kot impugnacijski ugovor, a ta ugovor v pravu EU, kjer je pomembna izvršljivost, in ne pravnomočnost, nima posebne vloge.

63 Če je bila sodna odločba izdana v odsotnosti toženca, če tožencu ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravil obrambo, razen če toženec ni začel postopka za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost.

64 Če je sodna odločba nezdružljiva s sodno odločbo, izdano med istima strankama v zaproseni državi članici.

65 Če je sodna odločba nezdružljiva s predhodno sodno odločbo, izdano v drugi državi članici ali tretji državi glede istega zahtevka med istima strankama, pod pogojem, da predhodna sodna odločba izpolnjuje pogoje za priznanje v zaproseni državi članici.

66 OROŽ, D., Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2018, str. 103.

67 BUCHEGGER, MARKOWITZ, Exekutionsrecht, str. 124.

priznanja oziroma izvršljivosti je enak. Ker ne obstaja več vmesni postopek priznanja tuje sodne odločbe, mora imeti dolžnik drugače oblikovano možnost podajanja svojih ugovorov bodisi v državi izvora bodisi v državi izvršitve.⁶⁸ Vendar je treba pri opozicijskih ugovorih paziti na uredbo Bruselj Ia. Peta točka 24. člena te uredbe sicer določa izključno pristojnost slovenskega sodišča v postopkih v zvezi z izvršitvijo sodnih odločb sodišča druge države članice, če je bila sodna odločba izvršena ali naj bi bila izvršena v Sloveniji. Pravna teorija utemeljeno opozarja, da ni mednarodne pristojnosti izvršilnega sodišča za presojo opozicijskih ugovorov in ni mednarodne pristojnosti za opozicijsko tožbo, če je izvršilni naslov sodba sodišča druge države članice.⁶⁹ Upoštevanje in tudi vsebinsko obravnavanje materialnopravnih ugovorov zoper izvršljive sodbe iz drugih držav članic EU ni v skladu z besedilom in namenom uredbe Bruselj Ia.⁷⁰ Ugovore, ki so obstajali pred izvršljivostjo tuje sodne odločbe, mora dolžnik uveljavljati v meritornem postopku pred sodiščem države izvora.⁷¹ Pristojnost in pooblastilo izvršilnega sodišča sta omejena na ugovore, ki se nanašajo na pogoje, ki se nanašajo na izvršbo. Opozicijski ugovor pri izvršitvi tujih sodnih odločb vsebuje element, zaradi katerega se mu v mednarodnem zasebnem pravu skušamo izogibati. Tak ugovor in pozneje tudi tožba posega v porazdelitev (izključne) mednarodne pristojnosti med tujim sodiščem države izvora, kjer je potekal kognicijski postopek, in izvršilnim sodiščem.⁷² V pravu EU zaradi tega v postopkih za zavrnitev priznanja in izvršitve niso mogoči ugovori, da je terjatev prenehala, če bi se taki ugovori lahko podali že v fazi postopka pred tujim sodiščem (ugovor izpolnitve, ugovor pobota).⁷³ Vendar pa se zastavlja vprašanje, kako je z opozicijskim ugovorom in opozicijsko tožbo, ali je mogoče npr. materialnopravne ugovore obravnavati pred izvršilnim sodiščem, kjer poteka izvršilni postopek, ali pa jih je treba obravnavati pred sodiščem države izvora izvršilnega naslova?⁷⁴ Odgovor na to vprašanje je odvisen od predhodnega vprašanja, ali je cilj opozicijske tožbe samo ugotovitev nedopustnosti izvršbe pred slovenskim sodiščem ali pa je cilj te tožbe tudi preskus obstoja oziroma prenehanja terjatve.⁷⁵ Če se opozicijski ugovor nanaša na prenehanje terjatve ali ovire pri terjatvi za take ugovore in tožbe slovenska sodišča niso mednarodno pristojna in jih je treba obravnavati pred sodiščem države izvora terjatve iz izvršljive sodbe.⁷⁶ Čeprav dejstva, ki se nanašajo na izvršljivost terjatve, nastopijo šele po izvršljivosti tuje sodbe (*nova producta*),⁷⁷ jih ni mogoče uveljavljati zoper tujo sodbo pred slovenskim sodiščem. Če bi se namreč lahko terjatev iz izvršljive sodbe iz ene

68 SLADIČ, J., The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur, str. 334.

69 KÖNIG, B., Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, Österreichische Juristenzeitung, str. 931 – 934, SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, ecolex 2/2012, str. 134 in sl.

70 SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, ecolex 2/2012, str. 135.

71 SLADIČ, J., The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur, str. 347.

72 SLADIČ, J., Za katera pravna sredstva še obstaja izključna pristojnost slovenskega sodišča po Uredbi Bruselj Ia, Pravna praksa 16/2019, str. 17 in 18.

73 Sodišče EU, Prism Investment, C-139/10, ECLI:EU:C:2011:653, 43. točka.

74 SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, ecolex 2/2012, str. 135 in 136.

75 SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, ecolex 2/2012, str. 136.

76 SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, ecolex 2/2012, str. 136.

77 Glej glede tega pred uredbo Bruselj Ia v RIJAVEC, V., Civilno izvršilno pravo, Ljubljana, GVzaložba, 2003, str. 200 in 201.

države članice preskušalo v vseh drugih državah članicah, bi bila kršena porazdelitev pristojnosti iz 5. člena uredbe Bruselj Ia.⁷⁸ Tako pristojnosti za odločanje o ugovoru in nato za tožbo zaradi nedopustnosti izvršbe po ZIZ in ZPP nista pomembni za določanje mednarodne pristojnosti v primeru tožbe zaradi nedopustnosti izvršbe zoper izvršilni naslov iz druge države članice EU.⁷⁹ Tudi teleološka razlaga, ki upošteva namen in nastanek določbe 5. točke 24. člena uredbe Bruselj Ia, ne vodi do drugačnega sklepa. T. i. Jenardovo poročilo (*Jenard report*)⁸⁰ pojasni, da spadajo med postopke v zvezi z izvršitvijo sodnih odločb taki postopki, ki nastanejo zaradi uporabe prisile oziroma prisilnih sredstev nad premočnim ali nepremičnim premoženjem za učinkovito izvršitev sodb ali javnih listin. Samo če je predmet opozicijskega ugovora nedopustnost uporabe prisile oziroma prisilnih sredstev, je podana mednarodna pristojnost slovenskega *forum*. *A contrario*, če pa je predmet opozicijskega ugovora oziroma tožbe prenehanje oziroma ovira terjatve, slovensko sodišče ni mednarodno pristojno za postopek glede teh ugovorov in tožb. Vendar pravna teorija glede opozicijskih razlogov in tožb pojasni, da je nedopustnost izvršbe samo vzrok in posledica sodbe oziroma ugovora, vsebina pa je ugotovitev obstoja oz. neobstoja terjatve.⁸¹ Avstrijsko vrhovno sodišče se je ukvarjalo z opozicijsko tožbo v primeru izvršitve poljske preživninske sodbe zaradi poslabšanja premoženjskega stanja očeta, pri tem pa je ugotovilo, da se za opozicijske tožbe ne uporablja mednarodna pristojnost po 5. točki 24. člena uredbe Bruselj Ia, ki določa izključno pristojnost sodišča države članice v postopkih v zvezi z izvršitvijo sodnih odločb, v kateri je bila sodna odločba izvršena ali naj bi bila izvršena. V pravu EU preživninska upravičenka ni prisiljena uveljavljati svojega zahtevka pred sodiščem, ki je splošno pristojno za zavezanca. Ta namen pa ne bi bil dosežen, če bi se preživninskemu dolžniku omogočilo, da v državi, v kateri ima stalno prebivališče (splošna pristojnost), na podlagi opozicijske tožbe uveljavljajo spremenjene okoliščine in s tem nova pravotvorna dejstva, o katerih je treba odločiti v pravnem kognicijskem postopku, ki pa nima zahtevane povezave s tekočim izvršilnim postopkom. Nič drugače ne velja, če je preživninska upravičenka odložila izpolnitev preživninskega zahtevka.⁸²

6. POSREDNA IZVRŠBA IN SODNI PENALE

Nedenarna terjatev oziroma obveznost, ki je ugotovljena z izvršljivo sodno odločbo, se lahko izvrši tudi posredno na podlagi denarnih kazni in sodnih penalov. Če gre za nenadomestno storitev, opustitev ali dopustitev, pa je to pravzaprav edini način izvršbe, saj v modernih pravnih redih velja načelo *nemo coagi potest ad factum*, na podlagi katerega dolžnika ni mogoče fizično prisiliti, da izpolni svojo obveznost. Naše in avstrijsko pravo predvidevata denarno kazen in odškodninsko tožbo. Toda naš pravni red pozna tudi sodne penale (269. člen OZ).

78 SLONINA, M., Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, *ecolex* 2/2012, str. 136.

79 KÖNIG, B., Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, str. 932.

80 Report by Mr P. Jenard on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, UL EGS C 59, 5. 3. 1979, str. 1 (36) (It means those proceedings which can arise from recourse to force, constraint or distraint on movable or immovable property in order to ensure the effective implementation of judgments authentic instruments).

81 KÖNIG, B., Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, str. 933.

82 Vrhovno sodišče Avstrije (Oberster Gerichtshof), zadeva 3Ob12/10a, ECLI:AT:OGH0002:2010:0030OB00012.10A.0324.000 in zadeva 3Ob174/16h, ECLI:AT:OGH0002:2016:0030OB000174.16H.1018.000.

Sodišče EU se je že ukvarjalo s priznanjem denarne kazni tujega sodišča v zadevi *Realchemie Nederland*.⁸³ Slovenski prevod je izredno neroden, saj govori o globi, ki jo naloži sodišče za spoštovanje odločbe. Denarna kazen in sodni penale se lahko izvršijo tudi čezmejno, saj sta v EU civilna in gospodarska zadeva po uredbi Bruselj Ia. V 55. členu te uredbe je namreč določeno, da je sodna odločba, izdana v državi članici, ki nalaga plačilo denarne kazni, izvršljiva v zaprošeni državi članici samo, če je znesek kazni dokončno določilo sodišče izvora. Ta denarna kazen po uredbi je namreč avtonomnipojem prava EU, ki ga ni mogoče razlagati po slovenskem ZIZ. Slovensko besedilo govori o denarni kazni, francosko (*astreinte*), nizozemsko (*dwangsom*) in nemško (*Zwangsgeld*)⁸⁴ pa o sodnih penalih. Besedilo uredbe Bruselj Ia zajema namreč tako denarno kazen, kakor jo določa ZIZ, kakor tudi sodni penale, kakor ga določa OZ, saj so s tem členom zajete denarne sankcije, katerih prejemnik je država (denarna kazen), in denarne sankcije, katerih prejemnik je upnik (sodni penale).⁸⁵ Besedilo neposredno izvira iz belgijskega prava, kjer se izvršba nedenarne terjatve doseže s sodnimi penali, zaradi tega je postopek oblikovan podobno kot pri sodnih penalih. Sodišče izvora izda sklep o določitvi in plačilu denarne kazni oziroma penalov, sodišče države izvršitve pa ga izvrši.

Vsekakor pa tudi ni ovire, da slovenski *forum* ne bi sprejel sklepa o določitvi sodnih penalov oziroma pozneje sklepa o plačilu sodnih penalov, če je treba izvršilni naslov sodišča druge države članice EU ali pa države pogodbenice Luganske konvencije izvršiti v Sloveniji.

7. SODNE PORAVNAVE IN JAVNE LISTINE

Za razliko od slovenskega in hrvaškega prava v drugih državah članicah sodne poravnave ne postanejo materialno pravnomočne. Ker so izvršljive, a ne postanejo pravnomočne, jih ni mogoče priznati, lahko pa se izvršijo.⁸⁶

8. SAMOSTOJNI EVROPSKI POSTOPKI ZAVAROVANJA

Na koncu pa je treba podati tudi prikaz posebne ureditve zavarovanja po Uredbi (EU) št. 655/2014 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o določitvi postopka za evropski nalog za zamrznitev bančnih računov z namenom olajšanja čezmejne izterjave dolgov v civilnih in gospodarskih zadevah.⁸⁷ Ta akt vsebuje pravila o zavarovanju zahtevkov upnika, ne more se obravnavati kot izvršba v izterjavo.⁸⁸

V slovenski sodni praksi je upnik vložil predlog za izdajo evropskega naloga za zamrznitev bančnih računov na podlagi slovenske pravnomočne in izvršljive

83 Sodišče EU, *Realchemie Nederland*, C-406/09, ECLI:EU:C:2011:668.

84 Denarna kazen je Ordnungsstrafe,

85 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 419.

86 NEUMAYR, M., Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 411.

87 UL EU L 189, 27. 6. 2014, str. 59.

88 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 727, v v: MAYR, Peter, G. (ur.), Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts, Dunaj:Manz, 2017.

sodbe. Dolžnik je fizična oseba, ki se brani, da je potrošnik, s stalnim prebivališčem v Republiki Nemčiji. Postavlja se vprašanje mednarodne sodne pristojnosti. Ali je za izdajo sklepa pristojno slovensko ali nemško sodišče? Kratek odgovor je, da je pristojno slovensko sodišče.

Dejstvo, da je fizična oseba potrošnik, torej posameznik, ki kupuje blago in storitve za namen, ki ni njegov poklicni ali poslovni namen, ima pomen samo, če še ni bila izdana sodna odločba, saj je samo takrat podan *forum consumatoris* (pristojnost sodišča države prebivališča potrošnika) za odločanje. Če sodne odločbe še ni, ni nujno, da je sodišče že presojalo svojo mednarodno pristojnost za odločanje v meritornem postopku po uredbi Bruselj Ia. Zaradi učinkovitosti varstva upnika je treba omogočiti Evropski nalog za zamrznitev bančnih računov (ENZB), ki pa se v skladu z načelom varstva potrošnika izda pred sodiščem države prebivališča potrošnika. V mednarodnem civilnem procesnem pravu razlikujemo med mednarodno pristojnostjo za meritorno odločbo, ki je v EU (z izjemo Danske) za potrošnike določena v 17. in 18. členu uredbe Bruselj Ia, in mednarodno pristojnostjo za izdajo začasnega ukrepa, ki je v EU tritirna.⁸⁹ Mednarodna pristojnost za izdajo začasnih ukrepov v primeru postopka, kjer je toženec potrošnik, je vedno podana pred sodiščem, kjer poteka meritorni postopek. Vendar pa so za izdajo ukrepov zavarovanja mednarodno pristojna tudi sodišča drugih držav članic. Načeloma naj bi pojmi, ki v Uredbi št. 655/2014 niso posebej določeni, pomenili enako kakor v uredbi Bruselj Ia.⁹⁰ Toda za potrošnika Uredba št. 655/2014 ni povzela vseh zahtev iz 17. in 18. člena Uredbe Bruselj Ia.⁹¹ Zaradi tega se ureditev po uredbi 655/2015 vsebinsko razlikuje od uredbe Bruselj Ia. Besedilo ustreznih določb pač ni enako. *Ratio* razlikovanja je v tem, da se sklep o izdaji ENZB izda, ne da bi imel potrošnik kot dolžnik pravico do izjave, in da se pogoji za izdajo zaradi narave začasne odredbe presojajo samo po stopnji verjetnosti brez poglobljenega preskusa.⁹² Začasni ukrep se lahko namreč izda tudi na podlagi 35. člena uredbe Bruselj Ia pred sodišči države članice tudi v primeru, ko so za odločanje o glavni stvari pristojna sodišča druge države članice. Poseben problem pa so začasni ukrepi, ki se izdajo, ne da bi imel dolžnik možnost do izjave (t. i. *inaudita altera parte*). Tak začasni ukrep oziroma ukrep zavarovanja pa učinkuje samo na ozemlju države, ki je izdala tak ukrep.⁹³ Uvodna navedba 33 k uredbi Bruselj Ia določa, da če začasne ukrepe, vključno z ukrepi zavarovanja, odredi sodišče države članice, ki ni pristojno za odločanje o glavni stvari, bi bilo treba učinek takšnih ukrepov v tej uredbi omejiti na ozemlje države članice, kjer je navedeno sodišče. Drugi odstavek 6. člena Uredbe št. 655/2014 zagotavlja, da do položaja, ko ukrepa zavarovanja proti dolžniku potrošniku zaradi mednarodne nepristojnosti (procesna predpostavka) ni mogoče izvršiti v državah članicah EU, ne pride.

89 SLADIČ, J., Ukrepi zavarovanja v evropskem civilnem pravu, začasne odredbe z mednarodnim elementom, Pravosodni bilten 1/2018, str. 86 in 87.

90 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 740.

91 Kljub temu, da je potrošnik lahko načeloma tožen samo pred sodišči države, kjer ima prebivališče, je mogoče, da gre npr. za prevozne pogodbe.

92 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 747.

93 SLADIČ, J., Ukrepi zavarovanja v evropskem civilnem pravu, začasne odredbe z mednarodnim elementom, Pravosodni bilten 1/2018, str. 86 in 87.

Glede mednarodne pristojnosti iz 6. člena Uredbe 655/2014 je torej treba upoštevati razliko glede tega, ali je upnik že izposloval izdajo sodne odločbe ali še ne.⁹⁴ Zadnji odstavek tega člena se nanaša le na druge javne listine in nima pomena za sodne odločbe. Ta člen vsebuje dve ločeni pravili za sodne odločbe. Prvo pravilo je zajeto v prvih dveh odstavkih in se nanaša na primer, ko še ni izdana sodna odločba, drugo pa na primer, ko je sodna odločba izdana. Izjema za potrošnika se nanaša le na primer, ko še ni izdana sodna odločba. Široka razlaga, naj bi drugi odstavek 6. člena veljal tudi v primeru, ko je že izdana sodna odločba, bi kršila načelo razlage *exceptiones non sunt extendendae*, saj bi se razlaga izjeme razširila prek svojega področja uporabe. Nomotehnična uvrstitev v drugi odstavek ne spremeni ne sistematske ne teleološke razlage besedila. Če sodna odločba še ni bila izdana in je dolžnik potrošnik, ki je z upnikom sklenil pogodbo za namen, ki ga ni mogoče šteti za njegovo poslovno ali poklicno dejavnost, so izključno pristojna sodišča tiste države članice, v kateri ima dolžnik stalno prebivališče.⁹⁵

Drugo pravilo pa se nanaša na primere, ko je sodna odločba že izdana, takrat so pristojna za izdajo naloga za zamrznitev glede zahtevka, navedenega v sodni odločbi ali sodni poravnavi, sodišča tiste države članice, v kateri je bila izdana sodna odločba ali potrjena ali sklenjena sodna poravnava. To velja tudi, če je dolžnik potrošnik, ki je z upnikom sklenil pogodbo za namen, ki ga ni mogoče šteti za njegovo poslovno ali poklicno dejavnost.⁹⁶

Pravila o pristojnosti ne veljajo za dolžnikovega dolžnika (banko), ki ji mora slovensko sodišče tudi vročiti sklep, ki ga izda na podlagi te uredbe. 24. člen uredbe namreč izhaja iz dveh izvršilnih sistemov na bančne račune. Prvi sistem je tudi slovenski, kjer izvršilno sodišče samo po uradni dolžnosti odredi blokado na računu. Drugi sistem pa je tak, da ga odredijo organi za bančni nadzor ali celo sodni vročitelji (*huissier de justice*). Usklajevanje takih sistemov je težavno zaradi življenjskega minimuma, saj v vseh državah članicah izvršilno sodišče ne omeji *ex officio* izvršbe na življenjski minimum.

9. EVROPSKI IZVRŠILNI NASLOV PRED SLOVENSKIMI SODIŠČI

V zvezi z evropskim izvršilnim naslovom⁹⁷ se v praksi zastavljajo vprašanja glede funkcionalne pristojnosti za izdajo potrdila (le sodnik ali tudi drugo osebo), ali je mogoča izdaja na podlagi sklepov o izvršbi, izdanih na podlagi verodostojne listine, kako pravilno izpolniti obrazec, kadar je prisojena terjatev (zahtevak) sestavljena iz več glavnih z različnim tekom obresti, in kako določiti prebivališče oziroma bivališče stranke v potrdilu o evropskem izvršilnem naslovu (katero časovno obdobje se uporablja).

94 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 745–747.

95 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 746.

96 GARBER, T., Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 747.

97 Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov, UL EU L 143, 30.4.2004, str. 15.

9.1 Funkcionalna pristojnost za izdajo EIN

O vprašanju funkcionalne pristojnosti za izdajo EIN je Sodišče EU že odločalo v zadevi *Imtech*, ko je odločalo o vprašanju, ali je potrditev sodbe kot evropski nalog za izvršbo akt, ki je po svoji naravi sodna odločba, ki je pridržana sodniku, za katero je treba zaprositi z listino o začetku postopka, ali pa to nalogo lahko opravi sodni uradnik.⁹⁸ Prvi odstavek 6. člena Uredbe 805/2004 govori le o sodišču izvora in da je državam članicam puščena določena fleksibilnost glede določitve sodišča.⁹⁹ Sodbo o nespornem zahtevku za evropski nalog za izvršbo potrdi sodišče izvora, ne da bi bilo pojasnjeno, kdo je znotraj tega sodišča pristojen za tako potrditev.¹⁰⁰ Razlikovati pa je treba med „potrditvijo sodbe kot evropski nalog za izvršbo“ (6. člen Uredbe 805/2004) in „izdajo potrdila“ (9. člen Uredbe 805/2004).¹⁰¹ Izdaja potrdila kot formalno dejanje, potem ko je bila sprejeta odločitev glede potrditve za evropski nalog za izvršbo, ni nujno dejanje, ki ga mora opraviti sodnik, zato ga lahko opravi sodno osebje.¹⁰² Potrditev sodbe v pravem pomenu besede pa zahteva sodni preizkus pogojev, ki jih določa Uredba št. 805/2004, ki ga lahko izvede le sodnik.¹⁰³ Razlog za to je dvojen, »pravne kvalifikacije sodnika« so namreč nujne za pravilno presojo, ko ni jasno, ali se minimalne standarde za zagotavljanje spoštovanja pravice dolžnika do obrambe in pravice do poštenega sojenja sploh upoštevajo.¹⁰⁴ Poleg tega lahko samo sodnik, ki ravna kot uradna oseba sodišča po 267. členu PDEU zagotovi, da se minimalni standardi, ki jih določa Uredba št. 805/2004, v predlogu za sprejetje predhodne odločbe Sodišču enotno razlagajo in uporabljajo v Evropski uniji.¹⁰⁵

Izdaja potrdila potem, ko je bila sprejeta odločba glede potrditve kot evropski nalog za izvršbo (s katerim se zahteva, da se nadzoruje izpolnjevanje minimalnih standardov, določenih v uredbi), ni nujno dejanje, ki ga mora opraviti sodnik, in ga lahko opravi sodno osebje.¹⁰⁶ Vendar pa potrditev pa ne more biti prepuščena sodnemu osebju.¹⁰⁷ Preučitev oziroma preskus, ki ju zahteva Uredba 805/2004, ni samo formalni preizkus, ampak zahteva tudi nadzor nad zakonitostjo sodbe, ki jo izreče sodnik, in postopka po njej, ter med drugim vključuje nadzor nad tem, ali pravo države izvora dovoljuje pravno sredstvo pod pogoji iz 19. člena uredbe.¹⁰⁸ Odločitev o potrditvi sodbe kot evropskega naloga za izvršbo je v pristojnosti sodnika, sodno osebje pa lahko izdaja potrdila.¹⁰⁹

98 Sklepni predlogi generalneizdati ga pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 46. točka.

99 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 51. točka.

100 Sodišče EU, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:825, 44. točka.

101 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 52. točka.

102 Sodišče EU, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:825, 45. točka.

103 Sodišče EU, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:825, 46. točka.

104 Sodišče EU, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:825, 47. točka.

105 Sodišče EU, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:825, 47. točka.

106 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 52. točka.

107 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 53. točka.

108 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 53. točka.

109 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Cruza Villalóna, *Imtech Marine Belgium*, C-300/14, ECLI:EU:C:2015:557, 55. in 57. točka.

Iz tega izhaja, da je treba 42. a člen ZIZ in 53. a člen Zakona o sodiščih razlagati tako, da mora sodnik odločiti o izdaji potrdila o ENI (potrdi sodbo kot evropski nalog za izvršbo), sodno osebje pa nato izda potrdilo.

9.2 Dajatveni del sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine kot EIN

Sodišče EU je o sklepih o izvršbi na podlagi verodostojne listine nazadnje odločalo v hrvaški zadevi *Zulfikarpašić*¹¹⁰. Uredbo 805/2004 je treba razlagati tako, da notarji na Hrvaškem, ki delujejo v okviru pristojnosti, ki jih imajo v postopku izvršbe na podlagi verodostojne listine na podlagi hrvaškega izvršilnega zakona, niso zajeti s pojmom sodišče po tej uredbi. Sklepa o izvršbi, ki ga izda notar na Hrvaškem na podlagi verodostojne listine in zoper katerega ni bil podan ugovor, ni mogoče potrditi kot evropski nalog za izvršbo, ker se ne nanaša na nesporni zahtevek v po prvem odstavku 3. člena te uredbe.

4. člen Uredbe 805/2004 poda avtonomno opredelitev pojma sodba v pravu EU.¹¹¹ Po pravu EU se potrdi vsaka sodba, ki jo izda sodišče države članice, ne glede na to, kako se sodba imenuje, vključno s sklepom, odredbo, odločbo ali sklepom o izvršbi, z odmero stroškov ali izdatkov, ki jo določi sodni uradnik. Pod pojem sodba po Uredbi 805/2004 spadajo tudi plačilni nalogi.¹¹² A pravno močni plačilni nalog je samo izvršilni naslov, ni pa hkrati tudi dovolilni del v izvršilnem postopku.¹¹³ Bistvena značilnost evropskega izvršilnega naslova je, da je bil sodni postopek v državi članici izvora kontradiktoren, kar pomeni, da je moral biti začetni procesni akt v postopku vročen dolžniku in da so bile že v tej fazi dolžniku zagotovljene ustrezne informacije o zahtevku. Izvršba na podlagi verodostojne listine pa povzroča težave glede pravice dolžnika oziroma toženca do udeležbe v postopku.¹¹⁴ Za razliko od izvršbe na podlagi verodostojne listine sta pri plačilnem nalogu verodostojna listina in tožba priloženi sklepu sodišča (431. in 433. člen ZPP), zaradi tega je plačilni nalog kontradiktoren in ustreza zahtevam prava EU. Postopka za izdajo sklepa o izvršbi, s katerim se dolžniku ne vroči začetni procesni akt ali enakovredna listina in se mu v tem aktu ne da informacij o zahtevku in ki privede do tega, da se dolžnik s podanim zahtevkom seznani šele, ko se mu ta sklep vroči, pa ni mogoče opredeliti kot kontradiktornega.¹¹⁵ Morebitna naknadna kontradiktornost v primeru, ko ni vložen ugovor, ni pomembna.

Ker se sodba v zadevi *Zulfikarpašić* nanaša na hrvaške predpise o izvršbi na podlagi verodostojne listine, povprečni slovenski sodnik in povprečni pravnik odgovorita, da sta ZIZ in ZPP v Sloveniji drugačna kot hrvaški izvršni zakon in hrvaški ZPP. Kontradiktornost naj bi bila v Sloveniji zagotovljena naknadno v ugovornem postopku. A taka razlaga ni v skladu s pravom EU. Zadeva *Zulfikarpašić* se namreč nanaša na koncept izvršbe na podlagi verodostojne listine, ne pa na razlike med

110 Sodišče EU, *Zulfikarpašić*, C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199.

111 NEUMAYR, M., *Die Vollstreckungstitel-Verordnung*, str. 719.

112 NEUMAYR, M., *Die Vollstreckungstitel-Verordnung*, str. 719.

113 NEUMAYR, M., *Die Vollstreckungstitel-Verordnung*, str. 719.

114 UZELAC, A., Javnobilježnička ovraha i zaštita potrošača: novi izazovi europeizacije građanskog postupka, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu 68 (2018), št. 5-6, str. 637 (639).

115 Sodišče EU, *Zulfikarpašić*, C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199, 49. točka.

slovenskim in hrvaškim pravom.¹¹⁶ Kontradiktornost za potrditev evropskega izvršilnega naslova mora biti zagotovljena vnaprej pred izdajo domačega izvršilnega naslova (npr. sodbe), taka kontradiktornost je zagotovljena v postopku za izdajo plačilnega naloga, saj tam toženec prejme »tudi izvod tožbe s prilogami« (433. člen ZPP). Položaja plačilnega naloga in zamudne sodbe sta izenačena.

Generalni pravobranilec Yves Bot je v zadevi Zulfikarpašić jasno poudaril, da hrvaški notarski sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine ni javna listina, potrjena kot evropski izvršilni naslov. Prvi odstavek 3. člena Uredbe št. 805/2004 »zahteva, da se javna listina, tako kot sodna odločba ali sodna poravnava, nanaša na nesporni zahtevek, in v točki d te določbe je pojasnjeno, da se zahtevek šteje za nesporen, če se je dolžnik izrecno strinjal z njim v javni listini. Z drugimi besedami, javna listina o nespornem zahtevku je po navedeni določbi listina, v kateri se je dolžnik z zahtevkom izrecno strinjal. Odločba o izvršbi, ki jo je izdal notar le na podlagi računa upnika, pri čemer dolžnik ni bil pozvan, naj izrazi pripoznanje, očitno ne izpolnjuje te zahteve. Ta odločba torej ne more biti opredeljena za javno listino o nespornem zahtevku.«¹¹⁷

Pomen sodbe v zadevi Zulfikarpašić pa ni v tem, da Sodišče EU ni priznalo hrvaškim notarjem statusa sodišča, ampak je v tem, da je preskušalo, ali je sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine, zoper katerega ni bil podan ugovor, v bistvu javna listina v zvezi z nespornim zahtevkom po prvem odstavku 3. člena Uredbe št. 805/2004. Ta člen določa, da je nesporni zahtevek tisti:

- s katerim se je dolžnik izrecno strinjal s pripoznanjem ali poravnavo, ki jo je potrdilo sodišče, ali je bila sklenjena pred sodiščem med postopkom; ali
- ki mu dolžnik med sodnim postopkom ni nikoli ugovarjal v skladu z ustreznimi postopkovnimi pravili na podlagi zakonodaje države članice izvora (problem je tem, da je Sodišče EU v zadevi Profi Credit Polska že odločilo, da je 14-dnevni rok za ugovor preatek in da za ugovor ne sme veljati eventualna maksima¹¹⁸); ali
- kadar dolžnik ni bil navzoč ali zastopan na obravnavi sodišča glede navedenega zahtevka po tem, ko je na začetku ugovarjal zahtevku med sodnim postopkom, če tako ravnanje pomeni tiho pripoznanje zahtevka ali dejstev, ki jih je navedel upnik v skladu z zakonodajo države članice izvora; ali
- s katerim se je dolžnik izrecno strinjal v javni listini.

Vendar verodostojna listina ne more temeljiti na izpodbojni domnevi nespornosti zahtevka, ugotovljenega s sklepom o izvršbi, izdani na podlagi verodostojne listine. Pojem verodostojne listine je v našem pravu določen v drugem odstavku 23. člena ZIZ. Verodostojna listina je faktura, menica in ček s protestom in povratnim računom, kadar je to potrebno za nastanek terjatve, izpisek iz poslovnih knjig, ki

116 UZELAC, A., Javnobilježnička ovrha i zaštita potrošača: novi izazovi europeizacije građanskog postupka, str. 641.

117 Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Yvesa Bota, C-484/15, Zulfikarpašić, ECLI:EU:C:2016:654, 47.–49. točka.

118 Sodba Sodišča EU Profi Credit Polska, C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711. Iz te sodbe izhaja, da 61. člen ZIZ – zlasti v delu, ki se nanaša na menično pravo, ni v skladu s pravom EU.

jo ali ga overi odgovorna oseba, po zakonu overjena zasebna listina.¹¹⁹ Za fakturo se šteje tudi obračun obresti. To pa so listine, ki jih enostransko sestavi upnik sam oziroma so sestavljene enostransko na zahtevo upnika. Menica in ček morata tudi biti protestirana, protest pa je pravno pomembno dejstvo, ki ga potrdi notar na upnikovo zahtevo. Neobstoja ugovora dolžnika v takem primeru nikakor ni mogoče enačiti z izrecnim strinjanjem z zahtevkom.¹²⁰ Ugovorni rok osem dni in zahteva po obrazloženosti ugovora nista v skladu s pravom EU. Postopek izvršbe na podlagi verodostojne listine je sestavljen (pogojno rečeno) iz treh faz, prva faza je predlog in izdaja sklepa (na zahtevo upnika). Druga faza je ugovor in nato pravdni postopek, tretja faza pa nastopi, če je upnik uspel s svojim zahtevkom v pravnem postopku, tam se izvršba nadaljuje. Če sta izvedeni druga in tretja faza, če je bil podan ugovor, se lahko odločba sodišča potrdi kot evropski izvršilni naslov. Če pa ni bil podan ugovor, slovenska procesna določba iz ZIZ o tem, da je pravnomočni sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine že pravnomočni sklep o izvršbi, vpliva na pravico do učinkovitega pravnega sredstva, ki je določena tudi v 47. členu Listine EU o temeljnih pravicah. Ugovor zoper sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine, ki ga dolžnik vloži pri sodišču, sicer omogoča odlog izvršbe. Vendar podrobna pravila postopka z ugovorom, ki jih določa ZIZ, povzročijo nezanemarljivo tveganje, da ugovor ne bo vložen. To pa lahko glede na status dolžnika, če je ta potrošnik, pomeni, da slovensko sodišče ne preskusi nepoštenosti pogodbenih pogojev v zadevni pogodbi, iz katere izvira verodostojna listina, in tako ni mogoče zagotoviti spoštovanja pravic, priznanih z Direktivo 93/13.¹²¹ Pravna teorija pravilno opozarja, da je večina izvršb na podlagi verodostojne listine izdanih v potrošniških sporih.¹²² Ustrezna in učinkovita sredstva, ki potrošnikom zagotavljajo pravico do učinkovitega pravnega sredstva, morajo vključevati možnost vložiti tožbe ali ugovora pod razumnimi procesnimi pogoji, tako da za uveljavljanje njihovih pravic niso določeni pogoji, zlasti glede rokov ali stroškov, ki bi omejili izvrševanje pravic, zagotovljenih z Direktivo 93/13. Čeprav ima dolžnik v drugi fazi postopka pravico do izpodbijanja sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine, za izvrševanje te pravice do ugovora v Sloveniji veljajo zelo strogi pogoji. Že rok za vložitev ugovora dveh tednov je po pravu EU prekratek.¹²³

Ker pa je s stališča načela enakosti iz 22. člena ustave nedopustno v postopku za izdajo sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine v dovolilni fazi razlikovati

119 Javna listina in listina, ki ima po posebnih predpisih naravo javne listine, se lahko neposredno potrdita kot evropski izvršilni naslov na podlagi 25. člena Uredbe 805/2004, če se je dolžnik izrecno strinjal z zahtevkom v javni listini (javne listine o nespornih zahtevkih). V takem primeru je izvršba na podlagi verodostojne listine nepotrebna in upnik nima pravnega interesa za tak postopek, saj lahko doseže močnejše pravno varstvo z evropskim izvršilnim naslovom. Javna listina v zvezi z nespornim zahtevkom, ki je izvršljiva v eni državi članici, se ob uporabi standardnega obrazca iz priloge III Uredbe 805/2004 potrdi kot evropski nalog za izvršbo na zahtevo (pri) organu, ki ga določi država članica izvora. Javna listina, ki je bila potrjena kot evropski nalog za izvršbo v državi članici izvora, se izvrši v drugih državah članicah, ne da bi bila potrebna razglasitev izvršljivosti in brez vsake možnosti ugovora proti njeni izvršljivosti.

120 Sodišče EU, *Zulfikarpašić*, C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199, tč. 58.

121 Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, UL ES L 95, 21. 4. 1993, str. 29–34.

122 UZELAC, A., Javnobilježnička ovrra i zaštita potrošača: novi izazovi europeizacije građanskog postupka, str. 652.

123 Sodba Sodišča EU *Profi Credit Polska*, C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711, točke 55 do 71, glej zlasti točko 59. Iz te sodbe izhaja, da 61. člen ZIZ ni v skladu s pravom EU.

med dolžniki, ki so potrošniki, in dolžniki, ki to niso, tudi slovenski sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine ne ustreza pojmu sodbe iz Uredbe 805/2004. Sodišče ne more potrditi takega sklepa o izvršbi kot evropski izvršilni naslov. Upniku pa je treba svetovati, naj raje uporabi plačilni nalog, kjer je kontradiktorni kognicijski postopek ločen od izvršilnega in je v skladu s pravom EU.

Slovenski sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine pa ustreza pojmu sodbe iz Uredbe (EU) 1215/2012. Pravnomočni in izvršljivi sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine se lahko skuša izvršiti v tuji državi članici EU na podlagi Uredbe (EU) 1215/2012,¹²⁴ če je bil tak sklep vročen dolžniku, saj točka b prvega odstavka 45. člena uredbe predvideva zavrnitev priznanja, če je bila sodna odločba izdana v odsotnosti toženca, če tožencu ni bilo vročeno pisanje o začetku postopka ali enakovredno pisanje pravočasno in na tak način, da bi lahko pripravil obrambo, razen če toženec ni začel postopka za izpodbijanje sodne odločbe, čeprav je imel to možnost.¹²⁵ Če je toženec po vročitvi sklepa npr. spremenil svoje prebivališče z odhodom v tujino (drugo državo članico EU), to pomeni, da mu je bila omogočena obramba po Uredbi (EU) 1215/2012.

9.3 Terjatev (zahtevek) iz več glavníc z različnim tekom obresti in potrdilo

V praksi se zastavlja vprašanje, kako pravilno izpolniti potrdilo o EIN, kadar je prisojena terjatev (zahtevek) sestavljena iz več glavníc z različnim tekom obresti. V 5. točki potrdilo ureja vprašanja glavnice, vpiše se kumulirana glavnica. V točki 5.2 so urejene obresti. Potrdilo iz priloge I. in II. uredbe je »standardizirano potrdilo« (uvodna navedba 17), kot tako ni prilagojeno posameznim zahtevam konkretnega postopka. Potrdilo o EIN se izda z uporabo standardnega obrazca iz priloge I (9. člen uredbe). Vendar mora obstajati skladnost med sodbo in potrdilom, drugače je treba potrdilo popravljati. Standardni obrazec ne nasprotuje temu, da se v razdelke 5. točke dobesedno prepiše izrek sodbe. V praksi se točka 5.2 podvaja tolikokrat, kolikor je različnega teka obresti.

Če je v izreku slovenskega izvršilnega naslova določenih več glavníc z različnim tekom obresti (npr. čiste in nečiste oziroma valutirane in nevalutirane denarne obveznosti), lahko sodišče glede na določbe 8. in 11. člena uredbe uporabi možnost izdaje delnega potrdila za vsak del glavnice. Seveda je problem delnih potrdil v tem, da so zaradi njih tuja izvršilna sodišča zmedena glede na isti datum, iste stranke in isto odločbo.

¹²⁴ Avstrijska sodišča na podlagi Uredbe 1215/2012 priznavajo slovenske pravnomočne sklepe o izvršbi na podlagi verodostojne listine, glej o tem SLADIČ, J., Uveljavljanje slovenske potrjene poenostavljene prisilne poravnave kot razlog proti priznanju in izvršitvi slovenske sodne odločbe v Avstriji, komentar sklepa avstrijskega Vrhovnega sodišča v zadevi 3 Ob 30/18k z dne 27. junija 2018, Pravna praksa 17-18/2019, v tisku.

¹²⁵ Glej *a contrario* sodbo Sodišča EU Pula Parking, C-551/15, ECLI:EU:C:2017:193, izrek točka 2, in BRATKOVIČ, M., Zašto hrvatski javni bilježnici nisu sud u povodu tumačenja Uredbe br. 805/2004 i Uredbe Bruxelles I bis u presudama Zulfikarpašić i Pula parking, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 67 (2017), št. 2, str. 287 (293).

9.4 Določanje prebivališča in naslova v potrdilu

Naslov oziroma prebivališče je bistveni sestavni del potrdila. Pravo Unije je treba razlagati tako, da nasprotuje temu, da se zamudna sodba, izdana zoper toženo stranko, katere naslov ni znan, potrdi kot evropski nalog za izvršbo po Uredbi št. 805/2004.¹²⁶ Iz besedila Uredbe št. 805/2004 je torej razvidno, da zamudne sodbe, izdane v primeru, ko ni bilo mogoče ugotoviti stalnega prebivališča tožene stranke, ni mogoče potrditi kot evropski nalog za izvršbo. Tak sklep izhaja tudi iz analize ciljev in sistematike te uredbe. Ta uredba namreč uvaja ureditev, ki odstopa od skupne ureditve priznavanja sodb in v zvezi s katero se pogoji načeloma razlagajo ozko.¹²⁷ Načelo formalnosti evropskih izvršilnih naslovov (*the court deals in documents not with substance*) pa zahteva enako postopanje kakor npr. pri dokumentarnih akreditivih. Naslov v sodbi in naslov v potrdilu morata biti enaka. Če nista, to vodi do popravkov sodb in postopkov po 10. členu Uredbe 805/2004.

Sodna odločba o nespornem zahtevku, izdana v Sloveniji, se na podlagi 6. člena Uredbe 805/2004 kadar koli na zahtevo pred slovenskim sodiščem izvora potrdi kot evropski nalog za izvršbo, če je sodba izvršljiva v Sloveniji. Izvršljivost oziroma učinek sodbe (sklepa ali plačilnega naloga) je torej vezan na slovensko *lex fori*.¹²⁸ Torej tudi slovensko pravo določa, kateri naslov se uporabi. Uporabi se naslov, ki je v izvršljivi sodbi.

6. SKLEP

Evropska izterjava in zavarovanje terjatev je del nastajajočega evropskega civilnega procesnega prava. Domače pravo v Sloveniji odloča, kako se izvršijo tuje sodne odločbe. Pravo EU pa posega v domače pravo, saj se izvršilni naslovi iz drugih držav članic izvršijo brez kakršne koli predhodne kontrole. Pravo EU vsebuje v mednarodnem civilnem postopku zdaj tudi precej procesnih določb, ki vse prevladajo nad slovenskimi predpisi. Slovensko civilno procesno pravo izvira iz avstrijskega, v obeh pravnih redih je problem, kako obravnavati tuje izvršilne naslove. Zaradi podobnosti je analiza avstrijskega izvršilnega postopka, ki pozna fazo dovolitve, zanimiva za nas, saj so nakazane določene rešitve, npr. kako obravnavati opozicijske ugovore v izvršbi na podlagi neposredni izvršljive sodbe iz druge države članice EU. Drugi del besedila pa se nanaša na praktična vprašanja uporabe aktov evropskega civilnega procesnega prava v Sloveniji.

¹²⁶ Sodišče EU, *de Visser*, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142

¹²⁷ Sodišče EU, *de Visser*, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, tč. 64.

¹²⁸ RAUSCHER, T., *Internationales Privatrecht*, str. 642.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- ÁNCIMOS, Apostolos, Denegación del reconocimiento y la ejecución en el reglamento Bruselas I bis, Anuario español de derecho internacional privado, XIV–XV, 2014–2015, str. 375–393.op.
- ANGST, Peter, JAKUSCH, Werner., PIMMER, Herbert, Exekutionsordnung, 15. izdaja Dunaj: Manz, 2009.
- BRATKOVIĆ, Marko, Zašto hrvatski javni bilježnici nisu sud u povodu tumačenja Uredbe br. 805/2004 i Uredbe Bruxelles I bis u presudama Zulfikarpašić i Pula parking, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 67 (2017), št. 2, str. 287–317.
- BUCHEGGER, Walter, MARKOWETZ, Klaus, Exekutionsrecht, 2. izdaja, Dunaj: Verlag Österreich, 2017.
- de LEVAL, Georges, Eléments de procédure civile, 2. izdaja, Larcier: Bruselj, 2005.
- EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, Priznanje in izvršitev, v: REPAS, Martina, RIJAVEC, Vesna, Mednarodno zasebno pravo Evropske unije, Ljubljana: Uradni list: Ljubljana, 2018.
- FEIL, Erich, Exekutionsordnung, 5. izdaja, 2. dopolnitev, Dunaj: Linde, 2014.
- GARBER, Thomas, Die Kontenpfändungs-Verordnung, str. 735–763, v: MAYR, Peter, G. (ur.), Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts, Dunaj:Manz, 2017.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles Ibis, str. 205–248, v: GUINCHARD, Emmanuel, (ur.), Le nouveau règlement Bruxelles I bis Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruselj: Buylant, 2014.
- GUINCHARD, Emmanuel, Procès équitable (article 6 CESDH) et droit international privé, p. 199–245, v: NUYTS, Arnaud, WATTÉ, N. (ur.), International civil litigation in Europe and relations with third states, Bruselj: Bruylant, 2005.
- KINSCH, Patrick, Enforcement as Fundamental Right, Univerza v Luksemburg, Law Working Paper Series, št. 2014-07, Luxembourg, 2014.
- KÖNIG, Bernhard, Die Oppositionsklage (§ 35 EO) und Art 22 Nr 5 EuGVVO, Österreichische Juristenzeitung 60 (2006), št. 23–24, str. 931–934.
- KROPHOLLER, Jan, Internationales Privatrecht, 6. izdaja, Tübingen: J. C. B. Mohr, 2006.
- LOPES PEGNA, Olivia, Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) N. 1215/2012 ("Bruxelles I - bis")", Rivista di diritto internazionale, 96 (2013), št. 4, p. 1206–1220.

- LOYAL, Florian, Zur Struktur und Dogmatik der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen", Zeitschrift für Zivilprozess, 131 (2018), št. 3, str. 373.
- MICHAELS, Ralf, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepil.com, 2009.
- NAGEL, Heinrich, GOTTWALD, Peter, Internationales Zivilprozessrecht, 7. izdaja Köln: Verlag Otto Schmidt, 2013, str. 766.
- NEUMAYR, Matthias, Die Brüssel Ia-Verordnung, str. 63–420, v: MAYR, Peter, G. (ur.), Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts, Dunaj:Manz, 2017.
- NEUMAYR, Matthias, Die Vollstreckungstitel-Verordnung, str. 707–734, v: MAYR, Peter, G. (ur.), Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts, Dunaj:Manz, 2017.
- NEUMAYR, Matthias, NUNNER-KRAUTGASSER, Bettina, Exekutionsrecht, 4. izdaja, Dunaj: Manz, 2018.
- OBERHAMMER, Paul, The abolition of exequatur, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), 30 (2010) št. 3, str. 197–203.
- OROŽ, Damjan, Ugovor v izvršbi in njegov vpliv na stopnjo pravne varnosti, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2018, <https://dk.um.si/Dokument.php?id=12522>.
- PERUCCHI, Leandro, Anerkennung und Vollstreckung von US class action – Urteilen und – Vergleichen in der Schweiz, Zürich, Basel, Geneva: Schulthess, 2008.
- RAUSCHER, Thomas, Internationales Privatrecht, 5. izdaja, Heidelberg, C.F. Müller, 2017.
- RIJAVEC, Vesna, Civilno izvršilno pravo, Ljubljana, GVzaložba, 2003.
- RIJAVEC, Vesna, SLADIČ, Jorg, GOMES, Carmelo José, Introductory Chapter, str. 1–45, v: RIJAVEC, Vesna, IVANC, Tjaša, KERESTES, Tomaž, Simplification of Debt Collection in the EU, Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2014.
- SCHACK, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. izdaja, München: C. H. Beck, 2017.
- SCHILLING, Theodor, The Enforcement of Foreign Judgments in the case-law of the European Court of Human Rights, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 68 (2012), str. 545–572.
- SLADIČ, Jorg, Some Open Issues in Determining the Scope of Enforcement Titles in Brussels I Recast, str. 95 - 112, v: RIJAVEC, Vesna, KENNET, Wendy, KERESTES, Tomaž, IVANC, Tjaša, Remedies Concerning Enforcement of Foreign Judgements, Brussels Ia Recast, Alphen an den Rhijn: Wolters Kluwer, 2018.

- SLADIČ, Jorg, The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 16 (2013), str. 329–358,
- SLADIČ, Jorg, Ukrepi zavarovanja v evropskem civilnem pravu, *časne odredbe z mednarodnim elementom*, *Pravosodni bilten* 1/2018, str. 75–102,
- SLADIČ, J., Uveljavljanje slovenske potrjene poenostavljene prisilne poravnave kot razlog proti priznanju in izvršitvi slovenske sodne odločbe v Avstriji, komentar sklepa avstrijskega Vrhovnega sodišča v zadevi 3 Ob 30/18k z dne 27. junija 2018, *Pravna praksa* 17-18/2019, v tisku.
- SLADIČ, J., Za katera pravna sredstva še obstaja izključna pristojnost slovenskega sodišča po Uredbi Bruselja I, *Pravna praksa* 16/2019, str. 16–18.
- SLONINA, Michael, Ausschluss materiellrechtlicher Einwendungen im Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung nach Art 43, 45 EuGVVO, *ecolex* 2/2012, str. 134–135.
- SLONINA, Michael, §84b, v: ANGST, Peter, OBERHAMMER, Paul (ur.), *Kommentar zur Exekutionsordnung*, 3. izdaja, Dunaj: Manz: 2015.
- UZELAC, Alan, Javnobilježnička ovrha i zaštita potrošača: novi izazovi europeizacije građanskog postupka, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu* 68 (2018), št. 5-6, str. 637–660.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Derecho Procesal Civil Internacional (Litigación internacional)*, 2. izdaja, Madrid: Thomson Reuters, 2007.

URESNIČEVANJE SODB EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU

Izr. prof. dr. Jernej Letnar Čerňič, Nova univerza, Fakulteta za državne in evropske študije

POVZETEK

Evropsko sodišče za človekove pravice (evropsko sodišče) je osrednji evropski varuh človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kamor se lahko posamezniki obrnejo, če države in njihovi pravni redi ne morejo oziroma ne želijo učinkovito zavarovati njihovih pravic. Ko Evropsko sodišče za človekove pravice poda sodbo zoper državo pogodbenico Evropske konvencije o varstvu človekovih pravicah in temeljnih svoboščin (evropska konvencija), jo mora ta izvršiti v domačem pravnem redu. Pričujoči prispevek v zvezi s tem obravnava uresničevanje evropske konvencije in sodb evropskega sodišča v slovenskem pravnem redu. Namen prispevka je pojasniti značilnosti sodb evropskega sodišča in jasno poudariti obveznosti vseh vej državne oblasti, da izvršujejo sodbe evropskega sodišča zoper Slovenijo in uresničujejo njegove sodbe tudi v drugih primerih. Evropska konvencija je del slovenskega pravnega reda in zato neposredno zavezujoča za slovenska sodišča.

Ključne besede: ESČP, EKČP, izvrševanje sodb, človekovo dostojanstvo, vladavina prava.

Implementation of the judgments of the European Court of Human Rights in the Slovenian legal order

Abstract

The European Court of Human Rights is the principal European guardian of human rights and fundamental freedoms, where individuals can turn if domestic systems cannot or are not willing to effectively protect their rights. When the European Court of Human Rights renders a judgment against a Contracting Party to the European Convention, domestic systems shall execute it in its domestic legal order. In this light, the present article examines the implementation of the European Convention and the judgments of the European Court of Justice in the Slovenian legal order. The purpose of this article is to clarify the nature of the judgments of the European Court of Human Rights and to clearly articulate the obligations of all branches of the government to effectively enforce judgments of the European Court against Slovenia and to implement judgments of the European Court in other cases. The European Convention is part of the Slovenian legal order and therefore directly binding on the Slovenian courts.

Key words: ECtHR, ECHR, execution of judgments, human dignity, rule of law.

1. UVOD

Evropsko sodišče za človekove pravice je osrednji evropski varuh človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kamor se lahko posamezniki obrnejo, če države in njihovi pravni redi ne morejo učinkovito zavarovati njihovih pravic. Čeprav je Evropsko sodišče za človekove pravice v evropski arhitekturi varstva človekovih pravic povzdignjeno nad domača sodišča, ga nekateri prebivalci evropskih držav, večina prav iz srednje in vzhodne Evrope, dojemajo kot domače sodišče, saj v celoti ne zaupajo domačim pravnim redom.¹ Uresničevanje človekovega dostojanstva, ki je konkretizirano v ustavnopravnem varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, tvori dejanski in simbolni steber delovanja slovenske države in njenega pravnega reda.² V tej smeri preambula Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju evropska konvencija oziroma EKČP) v tretji alineji določa, da "... je cilj Sveta Evrope doseči večjo enotnost med njegovimi članicami, in da je eden izmed načinov za zagotavljanje tega cilja varstvo in nadaljnji razvoj človekovih pravic in temeljnih svoboščin".³ Ko Evropsko sodišče za človekove pravice poda sodbo zoper državo pogodbenico evropske konvencije, jo mora ta izvršiti v domačem pravnem redu.

Uresničevanje evropske konvencije in izvrševanje sodb Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju evropsko sodišče oziroma ESČP) je bilo doslej v slovenskem pravnem redu v teoriji obravnavano pomanjkljivo in strokovno neustrezno. Po drugi strani v praksi prihaja do včasih nerazumljivih postopanj nekaterih sodišč, ki ne uresničujejo evropske konvencije, ne upoštevajo sodne prakse evropskega sodišča in ne izvršujejo sodb evropskega sodišča zoper Slovenijo. Domači pravni redi so zato pred izzivom, kako izboljšati in okrepiti odzivnost in zmožnost vseh vej oblasti za izvrševanje sodb evropskega sodišča tako, da bo pritožnikom zagotovljeno pravično zadoščenje in ne bo več prihajalo do ponavljajočih se kršitev na področjih, kjer obstajajo sistematične in vsesplošne težave.⁴

Pričujoči prispevek v zvezi s tem obravnava uresničevanje evropske konvencije in sodb evropskega sodišča v slovenskem pravnem redu. Poleg uvoda in sklepa je razdeljen na pet delov. Drugi del obravnava izide sodb Evropskega sodišča za človekove pravice v letih 1994–2019 za Slovenijo, medtem ko tretji del obravnava učinkovanje EKČP in sodb ESČP v slovenskem pravnem redu. Tretji del analizira tudi ustavno in zakonsko podlago za uresničevanje sodb ESČP v slovenskem pravnem redu. Četrti del obravnava načine izvrševanja sodb ESČP, peti pa obravnava in analizira polje proste presoje pri izvrševanju sodb evropskega sodišča. Šesti del je namenjen sankcijam zaradi neizvrševanja sodb evropskega sodišča. Namen pričujočega prispevka je pojasniti značilnosti sodb evropskega

1 Letnar Černič-i, nav. delo, str. 32–54.

2 Glej npr. Peter Jambrek in drugi, nav. delo; Letnar Černič-g; Ciril Ribičič, nav. delo; Letnar Černič-f; Letnar Černič-h;

3 Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS (13. junij 1994) MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994), Preambula.

4 Glej npr. Committee of Ministers of the Council of Europe, 2018 Annual Report on the Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da>, str. 12–13.

sodišča in jasno poudariti obveznost vseh vej državne oblasti, da izvršujejo sodbe evropskega sodišča zoper Slovenijo in uresničujejo evropsko konvencijo na podlagi sodb evropskega sodišča tudi v drugih primerih. Evropska konvencija je del slovenskega pravnega reda in zato neposredno zavezujoča za slovenska sodišča.

2. SLOVENIJA PRED ESČP (1994–2019)

Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah je v slovenskem pravnem redu začela neposredno veljati 25. junija 1994.⁵ Od takrat naprej se lahko prebivalci Slovenije obračajo nanj, ko jim Republika Slovenija ne more zagotoviti učinkovitega varstva njihovih pravic. Evropsko sodišče je doslej izdalo 363 sodb v zadevah zoper Slovenijo, pri čemer jo je v 337 zadevah obsodilo, da je kršila člen ali več členov EKČP.⁶ Evropsko sodišče je doslej zoper Slovenijo podalo dve pilotni sodbi⁷ in eno vsebinsko pilotno sodbo⁸, s katerimi je ugotovilo kršitve evropske konvencije v primerih, kjer obstajajo sistematični in strukturni problemi pri varovanju človekovih pravic v slovenskem pravnem redu. Evropsko sodišče je v skoraj četrt stoletja od pristopa Slovenije k EKČP ugotovilo, da so različne veje oblasti v slovenski državi kršile številne pravice, od prepovedi nečloveškega in ponižujočega ravnanja do kršitev pravice do zasebnega in družinskega življenja ter do svobode izražanja.⁹ Evropsko sodišče je v številnih primerih ugotovilo, da so slovenska država in njena sodišča kršili svoje pozitivne postopkovne obveznosti, da raziščejo posege v pravico do življenja¹⁰, prepovedi nečloveškega in ponižujočega ravnanja¹¹ ter pravice do svobode.¹² Večina ugotovljenih kršitev pa se vendarle nanaša na kršitev pravice do poštenega sojenja iz prvega odstavka 6. člena evropske konvencije, še posebej pravice do sojenja v razumnem roku.¹³ Po številu sodb ESČP smo tako v vrhu držav z najvišjim številom kršitev na število prebivalcev. Razlogi za tako visoko število kršitev človekovih pravic in sodb ESČP so v neznanju vseh državnih oblasti ter njihovem nerazumevanju in odporu pri ponotranjanju liberalnih vrednot evropske konvencije v slovenskem pravnem redu.¹⁴ Evropsko sodišče za človekove pravice je v številnih zadevah podalo sodbe zoper Slovenijo tudi zato, ker vrednote evropske konvencije, kot so človekovo dostojanstvo, vladavina prava in pluralizem še vedno niso bile ponotranjene v institucijah slovenske demokratične in pravne države. Varstvo človekovih pravic je v slovenski družbi še prevečkrat pomanjkljivo zaradi pretiranih formalizmov, avtokratske miselnosti in zlorabe

5 Prav tam.

6 Evropsko sodišče za človekove pravice, podatki do 24. junija 2019, zbirka Hudoc. Glej podrobneje Letnar Černič-a in ostali, nav. delo.

7 *Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*, št. 60642/08, 16. julij 2014; *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06, 12. marec 2014.

8 *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, 6. oktober 2005.

9 *Mladina, d. d. Ljubljana proti Sloveniji*, št. 20981/10, 17. april 2014; *Čeferin proti Sloveniji*, št. 40975/08, 16. januar 2018.

10 *Šilih proti Sloveniji*, št. 71463/01, 9. april 2009; *Franciška Štefančič proti Sloveniji*, št. 58349/09, 24. oktober 2017.

11 *Eberhard in M. proti Sloveniji*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. december 2009; *A. proti Sloveniji*, št. 878/12, 9. april 2019.

12 *L. M. proti Sloveniji*, št. 32863/05, 6. december 2014.

13 *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, 6. oktober 2005.

14 Glej podrobneje Letnar Černič (nav. delo). Glej tudi Matej Avbelj in Jernej Letnar Černič, nav. delo; Zobec, nav. delo; Zobec; Letnar Černič, nav. delo; Letnar Černič-g, nav. delo.

oblasti.¹⁵ Prvih petindvajset let evropske konvencije v slovenskem pravnem redu ni bilo najboljših. Pretekle napake pa lahko vendarle pomenijo priložnost za prihodnja leta, da se ne ponovijo.

3. UČINKOVANJE EKČP IN SODB ESČP V SLOVENSKEM PRAVNEM REDU

Evropska konvencija se v slovenskem ustavnopravnem redu uporablja neposredno, pri čemer je treba tudi sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice upoštevati neposredno.¹⁶ Določbe evropske konvencije so v slovenskem redu neposredno uporabljive, saj posameznikom omogočajo, da se nanje sklicujejo pred slovenskimi rednimi sodišči in pred Ustavnim sodiščem RS.¹⁷ Ustava v 8. členu jasno določa, da "zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno."¹⁸ Peti odstavek njenega 15. člena pa določa, da "nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri."¹⁹ Ustavno sodišče je v zvezi s petim odstavkom 15. člena zapisalo, da »mora Ustavno sodišče upoštevati peti odstavek 15. člena Ustave, ki določa, da nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji (tak pravni akt je tudi EKČP), ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta Ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri. Glede na navedeno prakso ESČP je zato treba četrty odstavek 15. člena Ustave, po katerem sta zagotovljeni sodno varstvo človekovih pravic ter pravica do odprave posledic njihove kršitve, v duhu EKČP razlagati tako, da iz njega izhaja zahteva, po kateri mora biti v okviru sodnega varstva pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja zagotovljena tudi možnost uveljavljati pravično zadoščenje v primerih, ko je kršitev že prenehala. Pri tem je treba upoštevati kriterije ESČP, po katerih se presoja, ali je bil razumen rok sojenja prekoračen.«²⁰ Institucije vseh treh vej slovenskih državnih oblasti so že na podlagi ustavnih določb zavezane izvršiti sodbe evropskega sodišča zoper Slovenijo. V vseh drugih primerih pa morajo sodišča upoštevati sodno prakso evropskega sodišča o posameznih človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah.

Poleg ustave nekateri postopkovni zakoni določajo neposredno podlago za uresničevanje sodb evropskega sodišča. Zakon o kazenskem postopku v 416. členu določa, da "določbe tega poglavja o obnovi kazenskega postopka (členi 406 do 415) se smiselno uporabljajo tudi, kadar je vložena zahteva za spremembo pravnomočne sodne odločbe na podlagi odločbe ustavnega sodišča, s katero je bil razveljavljen ali odpravljen predpis, na podlagi katerega je bila izdana pravnomočna

15 Glej npr. Bojan Bugarič, nav. delo; 175–197; Alenka Kuhelj, Bojan Bugarič, nav. delo, 183–190. Glej tudi Letnar Čemič-d in drugi, nav. delo.

16 Letnar Čemič-a, nav. delo.

17 Glej podrobneje Umek, nav. delo, str. 133 in 143.

18 Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a), 8. člen.

19 Prav tam., 15 (5). člen.

20 Ustavno sodišče RS, U-I-65/05-15, 29. 9. 2005, 12. odstavek.

obsodilna sodba, ali na podlagi odločbe Evropskega sodišča za človekove pravice, ki se nanaša na kakšen razlog za obnovo kazenskega postopka.”²¹ Po drugi strani Zakon o pravdnem postopku in Zakon o upravnem sporu ne določata neposredne podlage za izvršitev sodbe evropskega sodišča, zato jih morajo sodišča izvrševati neposredno na podlagi ustave. 17. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju v 3. alineji drugega odstavka določa, da “druga izvršljiva odločba ali listina, za katero zakon, ratificirana in objavljena mednarodna pogodba ali pravni akt Evropske unije, ki se v Republiki Sloveniji uporablja neposredno, določa, da je izvršilni naslov”²², pri čemer ne omenja, da je tudi sodba evropskega sodišča izvršilni naslov. Sodbe evropskega sodišča je zato treba v izvršilnem postopku izvrševati neposredno na podlagi ustavnih določb. Le redki področni postopkovni zakoni določajo neposredno podlago za izvršitev sodbe evropskega sodišča, kar je težko razložiti, saj to od njih neposredno zahtevajo že ustavne določbe. Grasselli v zvezi s tem ugotavlja, da »notranjepravna ureditev, ki ni ustavnega ranga, mora biti v skladu tako s splošnoveljavnimi načeli mednarodnega prava, kot z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo.«²³ Drugi odstavek 153. člena jasno določa, da »zakoni morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z veljavnimi mednarodnimi pogodbami, ki jih je ratificiral državni zbor, ...«.²⁴ Zato nastaja dvom v ustavnost področne zakonske postopkovne ureditve, ki ne daje neposredne pravne podlage za izvršitev sodb evropskega sodišča v slovenskem pravnem redu. Zaradi odsotnosti zakonske in posebne podlage morajo sodišča neposredno uporabljati določbo 8. člena in drugih členov ustave.

Sodbe evropskega sodišča v slovenskem pravnem redu imajo dvojno vlogo. Prvič, praviloma učinkujejo med strankami v postopku (*inter partes*), torej med posameznikom in državo. Drugič, sodna praksa evropskega sodišča ustvarja *erga omnes* obveznosti, saj načela in pravila iz sodne prakse ESČP učinkujejo precedenčno in *erga omnes*.²⁵ Da sodna praksa ESČP v slovenskem pravnem redu učinkuje neposredno, je zapisalo tudi Ustavno sodišče RS. V odločbi št. U-I-65/05-15 z dne 29. 9. 2005 je ugotovilo, da je treba upoštevati sodno prakso evropskega sodišča »ne glede na to, da je bila sprejeta v zadevi, v kateri Slovenija sama v postopku pred ESČP ni bila udeležena. Gre namreč za jasno in uveljavljeno prakso ESČP, po kateri so *in abstracto* določeni pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, da je glede na EKČP mogoče šteti, da pravni red (katerekoli) države pogodbenice vsebuje učinkovito pravno sredstvo zoper kršenje pravice do sojenja v razumnem roku tudi v primerih, ko kršitev že preneha.«²⁶ Sodna praksa evropskega sodišča tako ustvarja dvojni učinek, tj. med strankami v postopku in tudi navzven. Državne oblasti Republike Slovenije imajo zato neposredno obveznost, da upoštevajo sodno prakso evropskega sodišča, kar velja tako za izvršilno, sodno, zakonodajno in širšo javno upravo. Še več, tudi zasebni sektor mora pri svojem delovanju in

21 Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154), 416. člen.

22 Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18).

23 Grasselli, nav. delo, str. 142. Glej tudi Petrič, nav. delo.

24 Ustava Republike Slovenije, 153 (2). člen.

25 Glej npr. pritrdilno ločeno mnenje sodnika Pinto de Albuquerque v zadevi *Fabris proti Franciji*, št. 16574/08 (veliki senat), 7. februar 2013).

26 Ustavno sodišče RS, U-I-65/05-15, 29. 9. 2005, 12. odstavek. Glej tudi Drzemczewski, nav. delo.

poslovanju upoštevati sodno prakso evropskega sodišča s ciljem učinkovitega zavarovanja človekovega dostojanstva v slovenski družbi in širše.

4. NAČINI IZVRŠEVANJA SODB EVROPSKEGA SODIŠČA

Sodbe evropskega sodišča ustvarjajo neposredne obveznosti za državne pogodbenice, da jih izvršijo in uresničijo v svojih domačih pravnih redih. EKČP v prvem odstavku 46. člena določa, da se "visoke pogodbenice ... obvezujejo, da bodo spoštovale končno sodbo Sodišča v vsaki zadevi, v kateri nastopajo kot stranke. Končna sodba Sodišča se pošlje Odboru ministrov, ki nadzoruje njeno izvršitev." Sodbe evropskega sodišča se praviloma izvršujejo na tri načine, in sicer v obliki pravičnega zadoščenja, posamičnih in konkretnih ukrepov ter splošnih ukrepov.²⁷ Prvič, evropska konvencija v 41. členu sporoča, da »če Sodišče ugotovi, da je prišlo do kršitve konvencije ali njenih protokolov in notranje pravo visoke pogodbene stranke dovoljuje le delno zadoščenje, Sodišče oškodovani stranki, če je potrebno, nakloni pravično zadoščenje.«²⁸ Pravično zadoščenje v praksi vključuje tako premoženjsko kakor tudi nepremoženjsko škodo. Drugič, posamični ukrepi se nanašajo na ukrepe v konkretnih postopkih tako, da se pritožniku omogoči, da zahteva popravo krivic oziroma ponovljeni postopek v zadevi, kjer je evropsko sodišče ugotovilo kršitev. Posamični ukrepi lahko ne primer pomenijo vrnitev sodnika, ki je bil neupravičeno odstavljen, na staro delovno mesto.²⁹

Tretjič, splošni ukrepi zavezujejo državo, da sprejme strukturne in sistematične reforme za izvršitev sodb evropskega sodišča. Splošni ukrepi lahko vključujejo sprejem novih zakonov in podzakonskih aktov oziroma spremembo obstoječih. Praviloma jih morata sprejeti zakonodajna in izvršilna veja državne oblasti. Slovenska država je sprejela splošne ukrepe po treh sodbah evropskega sodišča³⁰, tako da je sprejela tri nove zakone, ki so pritožnikom in vsem drugim v podobnem dejanskem in pravnem položaju omogočili bodisi dostop do novega pravnega sredstva, bodisi so jim priznali pravico do odškodnine.³¹ Izvrševanje sodb evropskega sodišča nadzoruje Odbor ministrov Sveta Evrope prek svojega nadzornega mehanizma. V Odboru ministrov odločajo diplomatski predstavniki držav članic Sveta Evrope. Strokovno podpora mu nudi poseben oddelek Sveta Evrope za nadzor nad izvrševanjem sodb ESČP.

Izvršilna oblast v slovenski državi je v zadnjih letih storila več korakov naprej, ko je sprejela več ukrepov za izvrševanje sodb. Na ministrstvu za pravosodje je

27 Glej podrobneje Forst, nav. delo, str. 1–51. Lambert Abdelgawad, nav. delo, 397–432; Letnar Černič-c, nav. delo; Gerards, Fleuren, nav. delo; Letnar Černič-b; Letnar Černič-e.

28 Evropska konvencija, 41. člen.

29 *Oleksandr Volkov proti Ukrajini*, št. 21722/11, 9. januar 2013, 194. odstavek.

30 *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, 6. oktober 2005; *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06, 26. junij 2012; *Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*, št. 60642/08, 16. julij 2014.

31 Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (Uradni list RS, št. 67/12); Zakon o načinu izvršitve sodb Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi številka 60642/08 (Uradni list RS, št. 48/15); Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (Uradni list RS, št. 99/13 in nasl.).

ustanovila poseben oddelek, ki spremlja uresničevanje sodb zoper Slovenijo.³² Neizvršenih ostaja še trinajst sodb evropskega sodišča.³³ Ni pa ukrepov v sodni veji oblasti, kakor kažejo zadnje sodbe ESČP zoper Slovenijo.³⁴ Hkrati je treba poudariti, da niti vsi končani primeri pred Odborom ministrov ne pomenijo, da je država v celoti izvršila sodbo evropskega sodišča, saj v nekaterih primerih zaradi narave stvari to ni mogoče ali pa se Odbor ministrov zadovolji z izvršenimi ukrepi.

5. POLJE PROSTE PRESOJE PRI IZVRŠEVANJU SODB EVROPSKEGA SODIŠČA

Ali ima država polje proste presoje pri izvrševanju sodb evropskega sodišča? Države imajo določeno mero proste presoje pri izvrševanju sodb ESČP, kjer je bila podana kršitev ena izmed relativnih pravic iz EKČP. Polje proste presoje ne obstaja pri izvrševanju sodb evropskega sodišča glede kršitev absolutnih pravic, kot so pravica do življenja, prepoved mučenja, nekateri sestavni deli pravice do poštenega sojenja in načela zakonitosti.

Evropsko sodišče je na primer v zadevi *PRODUKCIJA PLUS, d. o. o. proti Sloveniji* zapisalo, da "... kljub dejstvu, da je ugotovitev agencije, po kateri uslužbenci niso mogli začeti z zavarovanjem dokazov takoj po njihovem prihodu v prostore družbe pritožnice, upoštevalo kot bistveno za zadevo..., se Vrhovno sodišče ni oprlo na noben drug dokaz kot le na izpodbijano odločbo. Vrhovno sodišče ni izvedlo dokazov, ki jih je zahtevala družba pritožnica z namenom dokazati nasprotno. Pravzaprav je Vrhovno sodišče v zvezi s predloženimi dokazi zgolj navedlo, da tožnik v postopku sodnega varstva ne more navajati novih dejstev in predlagati novih dokazov ... Poleg tega kljub izrecni zahtevi družbe pritožnice, naj se opravi ustna obravnava, Vrhovno sodišče zahteve ni niti omenilo niti ni navedlo kakršnihkoli razlogov za njeno zavrnitev...".³⁵ Gospodarski oddelek Vrhovnega sodišča RS je tako namreč kršil temeljno pravico do poštenega sojenja, in sicer zahtevo po obrazložitvi sodne odločbe. Vodstvo vrhovnega sodišča se je nato odzvalo, da ga sodba evropskega sodišča ne zavezuje, kar je povzročilo oster odziv večine strokovne javnosti, zato je vrhovno sodišče izjavo umaknilo.³⁶

Kaj vrhovno sodišče meni o sodbah evropskega sodišča, je še jasneje razvidno iz zadeve *Koprivnikar proti Sloveniji*.³⁷ ESČP je v tej zadevi zapisalo, da »ugotavlja,

32 Ministrstvo za pravosodje, aktivnosti na področju človekovih pravic in izvrševanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, http://www.mp.gov.si/si/delovna_podrocja/aktivnosti_na_podrocju_clovekovih_pravic_in_izvrsevanja_sodb_evropskega_sodisca_za_clovekove_pravice/

33 Committee of Ministers of the Council of Europe, 2018 Annual Report on the Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da>, str. 61.

34 Glej npr.: *Koprivnikar proti Sloveniji*, št. 67503/13, 24. januar 2017; *Vaskrsić proti Sloveniji*, št. 31371/12, 25. april 2017; *Ribač proti Sloveniji*, št. 57101/10, 12. maj 2017; *Mirovni inštitut proti Sloveniji*, št. 32303/13, 13. marec 2018; *Benedik proti Sloveniji*, št. 62357/14, 24. april 2018; *PRODUKCIJA PLUS, d. o. o. proti Sloveniji*, št. 47072/15, 23. oktober 2018; *Prebil proti Sloveniji*, št. 29278/16, 19. marec 2019.

35 *PRODUKCIJA PLUS, d. o. o. proti Sloveniji*, št. 47072/15, 23. oktober 2018, 58. odstavek sodbe.

36 RTVSLO Slovenija, »Pravniki kritični do „samovoljnega“ ravnanja vrhovnega sodišča v zadevi Pro Plus“, 26. oktober 2018, <https://www.rtvslo.si/slovenija/pravniki-kriticni-do-samovoljnega-ravnanja-vrhovnega-sodisca-v-zadevi-pro-plus/470064>.

37 *Koprivnikar proti Sloveniji*, št. 67503/13, 24. januar 2017.

da so domača sodišča za razlago pomanjkljive zakonske določbe uporabila različna pravila razlage, kar jih je navedlo k sklepu, da jo je treba razumeti, kakor da določa kazni tridesetih let. Tako so sklenila kljub dejstvu, da je ta kazni strožja kot je v veljavni zakonski določbi izrecno določena najvišja kazni, in kljub dejstvu, da je bila glede na dejansko besedilo ta določba jasno v škodo pritožnika... Sodišče ugotavlja, da domača sodišča niso zagotovila spoštovanja načela zakonitosti iz 7. člena konvencije. Ugotavlja tudi, da je bila pritožniku izrečena enotna kazni v nasprotju z načelom, da lahko le zakon predpiše kazni, in načelom retroaktivne veljave milejšega kazenskega zakona.³⁸ Vrhovno sodišče je na podlagi sodbe obnovilo postopek, kjer pa ni upoštevalo sodbe ESČP, čeprav je šlo za kršitev načela zakonitosti, torej absolutne pravice. Sodba Vrhovnega sodišča RS v zadevi št. I Ips 58203/2011 z dne 7. junija 2018 zato vsebuje številne strokovne nepravilnosti. Vrhovno sodišče je tako zapisalo, da »... ugotovitev kršitve ne zapira diskurza med ESČP in Vrhovnim sodiščem, ki lahko svojo odločitev opre tudi na drugačno argumentacijo in sprejme drugačno odločitev, vendar mora pri tem zavzeti jasno stališče do razlogov, na katere je svojo odločbo oprlo ESČP. Zato ni nujno, da mora biti rezultat presoje, ki jo opravi Vrhovno sodišče, v vsakem primeru takšen, kot bi na prvi pogled izhajalo iz odločbe ESČP.«³⁹ Nadalje je zapisalo, da »to nenazadnje izhaja iz ene od bistvenih razlik med odločbami domačih sodišč in odločbami ESČP. Za razliko od prvih sodbe ESČP v državah podpisnicah konvencije niso izvršljive. Sodbe ESČP in z njimi ugotovitve kršitev pravic po EKČP so zato deklaratorne narave, njihova učinkovitost pa se (med drugim) zagotavlja prek določb o zavezujoči naravi sodb ESČP in nadzora, ki ga opravlja Odbor ministrov Sveta Evrope (drugi odstavek 46. člena EKČP)« (opomba izpuščena).⁴⁰ Pri tem je še dodalo: »Nova presoja pred domačimi sodišči je namreč podvržena ne le domači postopkovni zakonodaji, pač pa tudi širšim premislekom o skladnosti odločitev z domačim pravnim redom in temeljnimi načeli prava.«⁴¹ Nato se je postavilo na piedestal vrhovnega razlagalca pravne narave sodb ESČP v domačem pravnem redu: »za razliko od sodbe ESČP bo imela domača sodna odločba moč izvršljive odločbe, zato domačim sodiščem možnosti te presoje, ne glede na zaveze iz 46. člena EKČP, nikakor ni mogoče odreči. Če bi namreč ugoditev zahtevi, ki se sklicuje na ugotovljeno kršitev, vodila do nevzdržnega, nelogičnega in že na prvi pogled kar že absurdnega rezultata, ki ga v domači pravni red ni mogoče umestiti, taki zahtevi ni mogoče ugoditi.«⁴² Vrhovno sodišče je nato svojo razlago želelo utemeljiti s sodbo evropskega sodišča v zadevi *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 2)⁴³, kjer portugalsko sodišče ni upoštevalo sodbe evropskega sodišča v zadevi *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 1).⁴⁴ Vrhovno sodišče pri tem iz neznanih razlogov ni uporabilo standarda, ki so ga evropski sodniki razvili na podlagi zadeve *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 2).⁴⁵ Evropsko sodišče je namreč v tej zadevi odločilo, da domače sodne oblasti sicer imajo polje proste presoje, pri čemer je odločilo, da »sodniki Vrhovnega sodišča niso izkrivili ali napačno predstavili sodbe Sodišča«⁴⁶,

38 Prav tam, 59. odstavek sodbe.

39 Vrhovno sodišče RS; št. I Ips 58203/2011, 7. junij 2018, 14. odstavek sodbe.

40 Prav tam, 14. odstavek sodbe.

41 Prav tam

42 Prav tam.

43 *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 2), veliki senat, št. 19867/12, 11. julij 2017.

44 *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 1), 19808/08, 5. julij 2011.

45 *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 1).

46 *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 2), veliki senat, št. 19867/12, 11. julij 2017, 96. odstavek

ki bi bila »posledica očitne dejanske ali pravne napake, ki je privedla do „zlorabe pravice“«. ⁴⁷ Evropsko sodišče je podobno zapisalo v zadevi *Emre proti Švici* (št. 2), da morajo države članice izvršiti sodbo »skladno s sklepi in duhom sodbe«. ⁴⁸ Polje proste presoje torej obstaja dotlej, dokler domača sodišča ne »izkrivijo in napačno predstavijo sodbo Sodišča«, ki povzroči zlorabo pravice. Vrhovno sodišče v sodbi ni obrazložilo, kako je izpolnilo ta standard, zaradi česar je že pomanjkljiva obrazložitev privedla do njegovega samovoljnega ravnanja. Ker je vrhovno sodišče v svoji sodbi kršilo načelo zakonitosti, je tudi ne bi moglo prepričljivo obrazložiti. Kršitev načela zakonitosti spada zagotovo izven dokaznega standarda »izkrivitev in napačne predstavitve sodbe Sodišča«. Nespoštovanje sodb evropskega sodišča glede tako temeljne pravice, kot je kršitev načela zakonitosti, posega v temelje delovanja evropske konvencije in hkrati ustvarja videz arbitarnosti v domačem sistemu.

Takšna obrazložitev vrhovnega sodišča je zato neprepričljiva, saj nikjer ne utemlji, od kod izhaja njegovo polje proste presoje, da zavrne izvršitev absolutne pravice, ki je določena ne le v EKČP, temveč tudi v slovenski Ustavi. Če se je vrhovno sodišče navzven zavezalo k spoštovanju sodb evropskega sodišča, obrazložitev v pričujoči zadevi kaže, da še ni ponotranjilo svojih retoričnih trditev. Jasno je, da so tudi sodbe evropskega sodišča neposredno izvršljive v slovenskem pravnem redu. Vse tri veje državne oblasti jih morajo upoštevati. Nevzdržno je, če sodb evropskega sodišča ne upoštevajo najvišji organi državnih oblasti, in še posebej vrhovi sodne veje oblasti, kot je vrhovno sodišče. Kot smo že pojasnili v prejšnjih poglavjih, sodbe evropskega sodišča neposredno na podlagi slovenske ustave zavezujejo vse tri veje oblasti, vključno s sodno. Sodišča jih morajo v konkretnih zadevah upoštevati na podlagi ustave in kljub odsotnosti zakonske podlage.

Dopustiti je treba, da imajo državne oblasti določeno, vendar ozko, polje proste presoje pri izvrševanju sodb evropskega sodišča z ugotovljeno kršitvijo relativnih pravic. Evropsko sodišče je v obsegu relativnih pravic že ugotovilo, da imajo države polje proste presoje, vendar ozko. ⁴⁹ Glede absolutnih pravic pa to ni mogoče. Odpor proti uresničevanju sodb evropskega sodišča nima podlage v pravu, temveč v zanikanju ustavnopravnih in mednarodnih obveznosti. ⁵⁰ Vse tri veje državne oblasti so na podlagi Ustave RS zavezane neposredno uresničevati sodbe ESČP.

6. SANKCIJE ZA NEIZVRŠITEV SODBE ESČP?

Kaj se zgodi, če država ne želi oziroma ni zmožna izvršiti sodb ESČP? Države članice so pred leti sprejele 14. protokol k EKČP, ki je začel veljati 6. junija 2010. Protokol je med drugim spremenil 46. člen EKČP, ki Odboru ministrov omogoča večji pritisk na državo pri nadzoru izvrševanja sodb ESČP. Odbor ministrov lahko v skladu s tretjim do– petim odstavkom 46. člena EKČP postopa v naslednjih korakih. Tretji odstavek 46. člena določa, »če Odbor ministrov meni, da nadziranje

⁴⁷ Prav tam, 97. odstavek. Glej podobno *Drelingas proti Litvi*, št. 28859/16, 12. marec 2019, 105. odstavek.

⁴⁸ *Emre proti Švici* (št. 2), št. 5056/10, 11. oktober 2011, 75. odstavek.

⁴⁹ *Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*, št. 60642/08, 16. julij 2014.

⁵⁰ Matej Avbelj, nav. delo; Letnar Černič-a in drugi, nav. delo.; Letnar Černič-i; nav. delo.

izvršitve končne sodbe ovirajo težave pri razlagi sodbe, lahko zadevo predloži Sodišču, da se izreče o razlagi.«⁵¹ Za takšno odločitev »je potrebna dvotretjinska večina glasov predstavnikov, upravičenih do sedeža v odboru.«⁵² Če pa gre za izrecno nespoštovanje sodbe ESČP, odbor »lahko...Sodišču predloži vprašanje, ali pogodbeni stranka ni izpolnila svoje obveznosti iz prvega odstavka.«⁵³ Zadnja možnost pa je »če Sodišče ugotovi kršitev prvega odstavka, zadevo predloži Odboru ministrov, ki odloči o ukrepih, ki jih je treba sprejeti.«⁵⁴ Odbor ministrov je doslej zgornji postopek uporabil le v enem primeru.⁵⁵ Odbor ministrov ima torej kar nekaj možnosti, kako postopati v primeru kršitve, čeprav ni povsem jasno, kakšna je prednost in dodana vrednost te ureditve v primerjavi s prejšnjo.⁵⁶ Odbor ministrov še vedno nima zavezujočega načina, kako državo članico prisiliti, da bo spoštovala sodbo evropskega sodišča.

Pritožniki imajo po drugi strani možnost vnovične pritožbe na ESČP, ki pa je delno omejena možnost, vsaj po sodbi v zadevi *Burmych in drugi proti Ukrajini*.⁵⁷ Evropsko sodišče je v tej sodbi glede domačega izvrševanja sodbe *Yuriy Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini*⁵⁸ zapisalo, da je »reševanje pričujočih pritožb in 12.143 nerešenih pritožb ... del postopka izvrševanja pilotske sodbe v zadevi Ivanov in da bi bilo treba vsem žrtvam omogočiti povračilo za sistematizirane težave, ki so bile ugotovljene v sodbi Ivanov...«⁵⁹, zaradi česar je zavrglo vse pritožbe. Večina sodnikov je menila, da je izvrševanje sodb delo Odbora ministrov, in ne znova evropskega sodišča. S takšnim stališčem se ni strinjalo sedem sodnikov, ki so v svojem ločenem mnenju poudarili odločitev večine, ki »...spodbuja države članice, da ne sprejmejo splošnih ukrepov, kjer je bili ugotovljeni strukturni problem. Zato pričujoča sodba dejansko nagraduje neskladnost.«⁶⁰ Dodali so še, da je »Sodišče ... ustanovljeno, da kot neodvisno sodno telo presoja kršitve in se ne osredotoča na statistične podatke. Sodniška obveznost, da odloča o posameznih zadevah, je toliko bolj zavezujoča, če je uresničevanje vladavine prava in izvrševanje tisočih pravnomočnih sodb v državi članici ... tako problematično...«⁶¹ Argumenti sedmih sodnikov v njihovem ločenem mnenju so prepričljivi. Nedavno smo tako zapisali, da se »delovanje Evropskega sodišča ... ne konča, ko ugotovi kršitev EKČP, temveč mora skupaj z Odborom ministrov sodelovati, da se njegove sodbe učinkovito izvršujejo v domačih pravnih redih. V nasprotnem primeru lahko Evropsko sodišče pripomore k razjedanju vladavine prava in nespoštovanju človekovih pravic, saj domači pravni redi v številnih državah članicah Sveta Evrope niso zmožni učinkovito uresničevati človekovih pravic.«⁶² Zato se je treba vprašati, ali je bila sodba ESČP v zadevi *Burmych in drugi proti Ukrajini* le muha enodnevnica, saj je podobno evropsko sodišče odločilo že v zadevi *Kurić in drugi proti Sloveniji*, kjer je zapisalo, »da

51 Evropska konvencija, tretji odstavek 46. člena.

52 Prav tam.

53 Evropska konvencija, četrti odstavek 46. člena.

54 Evropska konvencija, peti odstavek 46. člena.

55 *Ilgar Mammadov proti Azerbajdžanu*, št. 15172/13, 22. maj 2014. Glej tudi *Ilgar Mammadov proti Azerbajdžanu*, št. 15172/13, 29. maj 2019.

56 Glej npr. eno izmed prvih analiz: Lambert, nav. delo. Glej tudi De Londras in drugi, nav. delo.

57 *Burmych in drugi proti Ukrajini*, št. 46852/13, 12. oktober 2017. Glej podrobneje Letnar Černič-j, nav. delo.

58 *Yuriy Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini*, št. 40450/04, 15. oktober 2009.

59 *Burmych in ostali proti Ukrajini*, št. 46852/13, 12. oktober 2017, 210. odstavek.

60 Prav tam, 32. odstavek ločenega mnenja.

61 Prav tam, 39. odstavek ločenega mnenja.

62 Letnar Černič-j, nav. delo.

ni pristojno za preverjanje, ali je pogodbenica izpolnila obveznosti, ki jih ima na podlagi ene od sodb Sodišča, razen če velja četrti odstavek 46. člena konvencije, kakor se glasi od začetka veljavnosti Protokola št. 14.«⁶³ Kljub zgornjemu stališču lahko ugotovimo, da bi neizvršitev sodbe omajala legitimnost ESČP in ima zato lahko negativne posledice za verodostojnost njegovega delovanja.

Sodniki morajo znova presoјati sodbo, če je država ne želi izvršiti, še posebej, če gre za pilotno sodbo, ki se nanaša na stotine oziroma tisoče pritožnikov oziroma njihovih družin. V zvezi s tem se lahko pridružimo mnenju teoretikov Kellerjeve in Martija, da je »pristojnost Sodišča, da pregleda skladnost s svojimi sodbami, ... treba ... okrepiti, saj sodna ugotovitev o skladnosti lahko prinese jasnost in pravno varnost glede tega, ali je država pravilno izvršila sodbo, in ugotovitev neskladnosti s strani Sodišča lahko pomeni dodaten pritisk na dotično državo, da zagotovi izvršitev prvotne sodbe.«⁶⁴ Evropsko sodišče mora resno presoјati primere, kjer domači pravni redi zavračajo izvršitev njegovih sodb, saj s tem načenjajo celotni evropski sistem varstva človekovih pravic. Odbor ministrov Sveta Evrope kot politično telo ne more samo izvajati pritiska na države, naj vendarle izvršijo sodbo evropskega sodišča. Tako Sodišče kot Svet Evrope morata sodelovati pri nadzoru izvrševanja sodb s ciljem, da pritožniki prejmejo zadoščenje in da se kršitve v prihodnje ne ponavljajo.

7. SKLEP

EKČP velja neposredno v slovenskem pravnem redu. Nanjo se lahko sklicujejo posamezniki v postopkih pred sodišči in tudi sodišča, ko utemeljujejo svoje odločitve. Sodbe ESČP ustvarjajo neposredne obveznosti za države članice, da jih izvršujejo. Sodbe ESČP zoper Slovenijo neposredno zavezujejo slovensko državo in so neposredno uporabljive v slovenskem pravnem redu. Enako velja za doktrino in načela, ki izhajajo iz zadev, kjer slovenske oblasti niso bile neposredno udeležene. Vse tri veje državne oblasti morajo tako upoštevati tudi precedenčno sodno prakso ESČP. Sodna veja oblasti jih mora brezpogojno upoštevati v konkretnih zadevah že na podlagi Ustave RS in njenega 8. člena. Države članice imajo pri izvrševanju sodb evropskega sodišča določeno polje proste presoje, pri čemer so pri izvrševanju sodb z ugotovljenimi kršitvami absolutnih pravic skoraj popolnoma omejene. Sodna veja oblasti je zavezana, da pri izvrševanju ne stori dejanskih in pravnih napak. Uresničevanje evropske konvencije in izvrševanje ter upoštevanje sodne prakse evropskega sodišča so najmanjši skupni imenovalec za delovanje državne oblasti v Republiki Sloveniji in za uresničevanje vladavine prava in človekovega dostojanstva.

63 Kurić in drugi proti Sloveniji, št. 26828/06, 12. marec 2014, 142. odstavek. Za nasprotno stališče glej zadevo

64 Keller in drugi, nav. delo, str. 849.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

Knjige

- DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. European human rights convention in domestic law: a comparative study, Oxford: Clarendon Press, New York: University Press Oxford, 1983.
- JAMBREK, Peter; LETNAR ČERNIČ, Jernej; Theory of Rights and Fundamental Freedoms – Behavioral, Social and Normative Approaches, Nova Gorica, Brdo pri Kranju, Evropska pravna fakulteta, 2014.
- GERARDS, Janneke; FLEUREN, Joseph; Implementation of the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights in national case-law. A comparative study, Cambridge, Intersentia, 2014.
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; URLEP, Staša; DIMNIK, Mateja; VALENTINČIČ, Dejan; BOHINC, Erazem; TURK, Ana; SODERŽNIK, Anja, ANDREJEVIČ, Aleksandra; Slovenija pred Evropskim sodiščem za človekove pravice: (1994–2016), Fakulteta za državne in evropske študije, 2017 (v besedilu Letnar Černič-a in drugi).
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; Slovenija na razpotju: geneza varstva človekovih pravic v slovenski družbi, Kranj: Nova univerza, Fakulteta za državne in evropske študije, cop. 2018 (v besedilu Letnar Černič-b).
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; AVBELJ, Matej; NOVAK, Marko, VALENTINČIČ, Dejan, Reforma demokratične in pravne države v Sloveniji. 1. natis. Kranj: Nova univerza, Fakulteta za državne in evropske študije, cop. 2018 (Letnar Černič-d in drugi).
- RIBIČIČ, Ciril, Človekove pravice in ustavna demokracija (ustavni sodnik med negativnim in pozitivnim aktivizmom), Ljubljana: Študentska založba, 2010.
- SCHABAS, William A., The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Poglavje v knjigi

- AVBELJ, Matej; LETNAR ČERNIČ, Jernej, "Slovenia", v Leonard Hammer in Frank Emmert (ur.), The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe, The Hague: Eleven International Publishing, 2012.
- GRASSELLI, Andrej, Komentar 8. člena URS, v Lovro Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002
- LETNAR ČERNIČ, Jernej, Izvrševanje sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, v Matej Avbelj (ur.), Izzivi moderne države, Brdo pri Kranju: Fakulteta za državne in evropske študije, 2012 (v besedilu Letnar Černič-e).

- PETRIČ, Ernest, komentar 8. člena URS v Matej Avbelj (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije (2. del, Nova Gorica, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, 2019, str. 81–89.
- UMEK, Urška, komentar 8. člena URS, v Lovro Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije – Dopolnitev A, Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002, str. 133 in 143.
- ZOBEC, Jan, "Slovenia: Just a Glass Bead Game?", v Iulia Motoc in Ineta Ziemele (ur.), The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe: Judicial Perspectives, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ZOBEC, Jan in LETNAR ČERNIČ; Jernej, "The remains of the authoritarian mentality within the Slovene judiciary", v Michal Bobek (ur.), Central European judges under the European influence: the transformative power of the EU revisited, Oxford/Portland/Oregon: Hart, 2015.

Znanstveni članki

- AVBELJ, Matej; The sociology of (Slovenian) constitutional democracy. Hague journal on the rule of law, 018, vol. 10, no. 3, 35–57.
- BUGARIČ, Bojan (2015) The rule of law derailed: lessons from the post-communist world (2015) Hague Journal Rule Law 7(2):175–197.
- DE LONDRAS, Fiona, DZEHTSIAROU, Kanstantsin, Mission Impossible? Addressing non-execution through infringement proceedings in the European Court of Human Rights; International and Comparative Law Quarterly, 66(2), 467–490.
- FORST, Déborah, The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights Limits and Ways Ahead, ICL Journal, 2013, str. 1–51.
- KELLER, Helen, MARTI, Cedric, Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments, The European Journal of International Law 26 (2015), 829–850.
- KUHELJ, Alenka, BUGARIČ, Bojan; A day in the life of post-communist Europe (2016) Hague J Rule Law 8(1):183–190.
- LAMBERT, Elisabeth, The first Infringements proceedings within the European system of Human rights: Using the Court as the last Bastion for the credibility of the Council of Europe', European Human Rights Law Review, issue 4 (2018), 325–335.
- LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth, The execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of accountability, ZaRV 69(2009), 397–432;
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; A Glass Half Empty? Execution of Judgments of the European Court of Human Rights in Central and Eastern Europe. Baltic yearbook of international law, 2015, vol. 15, 285–302 (v besedilu Letnar Černič-f).

- LETNAR ČERNIČ, Jernej; Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe. *Hague journal on the rule of law*, 2018, vol. 10, no. 1, 111–137 (v besedilu Letnar Černič-g).
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; The European Court of Human Rights in the States of the Former Yugoslavia, *East European Yearbook on Human Rights* (1), 1, September 2018, pp. 32–54 (v besedilu Letnar Černič-h).
- LETNAR ČERNIČ, Jernej; Človekovo dostojanstvo kot temelj vladavine prava v slovenski družbi. *Bogoslovni vestnik: glasilo Teološke fakultete v Ljubljani*, 2018, 78, [no.] 1, pp. 147–157 (v besedilu Letnar Černič-i).

Poročila

- Committee of Ministers of the Council of Europe, 2018 Annual Report on the Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights, <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da>, str. 12–13.

Pravni viri

- Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a),
- Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, Uradni list RS (13. junij 1994) MP, št. 7-41/1994 (RS 33/1994).
- Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154),
- Zakon o izvršbi in zavarovanju (Uradni list RS, št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18).
- Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (Uradni list RS, št. 67/12).
- Zakon o načinu izvršitve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi številka 60642/08 (Uradni list RS, št. 48/15).
- Zakon o povračilu škode osebam, ki so bile izbrisane iz registra stalnega prebivalstva (Uradni list RS, št. 99/13 in nasl.).

Sodna praksa

Evropsko sodišče za človekove pravice

- *Lukenda proti Sloveniji*, št. 23032/02, 6. oktober 2005.
- *Šilih proti Sloveniji*, št. 71463/01, 9. april 2009.
- *Yuriy Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini*, št. 40450/04, 15. oktober 2009.
- *Eberhard in M. proti Sloveniji*, št. 8673/05 in 9733/05, 1. december 2009.
- *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 1), 19808/08, 5. julij 2011.
- *Emre proti Švici* (št. 2), št. 5056/10, 11. oktober 2011.
- *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06, 26. junij 2012.
- *Oleksandr Volkov proti Ukrajini*, št. 21722/11, 9. januar 2013.
- *Fabris proti Franciji*, št. 16574/08 (Veliki senat), 7. februar 2013), ločeno mnenje sodnika Pinta de Albuquerqueja.
- *Kurić in drugi proti Sloveniji*, št. 26828/06, 12. marec 2014.
- *Mladina, d. d. Ljubljana proti Sloveniji*, št. 20981/10, 17. april 2014.
- *Ilgar Mammadov proti Azerbajdžanu*, št. 15172/13, 22. maj 2014.
- *Ališić in drugi proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*, št. 60642/08, 16. julij 2014.
- *L. M. proti Sloveniji*, št. 32863/05, 6. december 2014.
- *Koprivnikar proti Sloveniji*, št. 67503/13, 24. januar 2017.
- *Moreira Ferreira proti Portugalski* (št. 2), veliki senat, št. 19867/12, 11. julij 2017.
- *Burmych in drugi proti Ukrajini*, št. 46852/13, 12. oktober 2017.
- *Frančiška Štefančič proti Sloveniji*, št. 58349/09, 24. oktober 2017.
- *Vaskrsić proti Sloveniji*, št. 31371/12, 25. april 2017.
- *Ribač proti Sloveniji*, št. 57101/10, 12. maj 2017.
- *Čeferin proti Sloveniji*, št. 40975/08, 16. januar 2018.
- *Mirovni inštitut proti Sloveniji*, št. 32303/13, 13. marec 2018.
- *Benedik proti Sloveniji*, št. 62357/14, 24. april 2018.
- *PRODUKCIJA PLUS, d. o. o. proti Sloveniji*, št. 47072/15, 23. oktober 2018.
- *Drelingas proti Litvi*, št. 28859/16, 12. marec 2019.
- *Prebil proti Sloveniji*, št. 29278/16, 19. marec 2019.
- *A. proti Sloveniji*, št. 878/12, 9. april 2019.
- *Ilgar Mammadov proti Azerbajdžanu*, št. 15172/13, 29. maj 2019.

Ustavno sodišče RS

- U-I-65/05-15, 29. 9. 2005.

Vrhovno sodišče RS

- Vrhovno sodišče RS; št. I Ips 58203/2011, 7. junij 2018.

Spletni viri

- Jernej Letnar Čerňič, Korak nazaj, IUS-INFO, 7. september 2018, <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/kolumne/227271> (v besedilu Letnar Čerňič-j).
- Evropsko sodišče za človekove pravice, podatki do 6. maja 2019, zbirka Hudoc, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\"\],\"CHAMBER\":\[\"CHAMBER\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)
- RTVSLO Slovenija, »Pravniki kritični do „samovoljnega“ ravnanja vrhovnega sodišča v zadevi Pro Plus“, 26. oktober 2018, <https://www.rtv slo.si/slovenija/pravniki-kriticni-do-samovoljnega-ravnanja-vrhovnega-sodisca-v-zadevi-pro-plus/470064>.

IZVRŠEVANJE PILOTNE SODBE ESČP V PRAKSI – PRIMER ALIŠIĆ (DEVIZNI VARČEVALCI)

doc. dr. Ana Polak Petrič, Evropska pravna fakulteta, Nova univerza

mag. Matjaž Marko, minister svetovalec na Veleposlaništvu Republike Slovenije v Zagrebu, Ministrstvo za zunanje zadeve

1. UVOD

Veliki senat Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) je 16. julija 2014 razsodil v enem najpomembnejših primerov za Slovenijo, in sicer v zadevi „Ališić in drugi“ proti Bosni in Hercegovini (BiH), Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in Makedoniji (zadeva Ališić), ki se je nanašala na problem nezmožnosti dviga t. i. „starih“ deviznih vlog na območju nekdanje Jugoslavije. Zadeva Ališić je ena najpomembnejših za Slovenijo zaradi zgodovinskega in političnega vidika, saj je šlo pri tem vprašanju za dolgoletni spor med državami naslednicami, glede katerega vse od razpada skupne države in njenega bančnega sistema kljub pogajanjem in mediaciji ter spodbudam mednarodne skupnosti ni bilo mogoče najti rešitve na meddržavni ravni. Ob odločitvi sodišča, ki je obsodilo Slovenijo (in Srbijo), so se tako razblinila dotlej nedotakljiva stališča, temelječa na merodajnosti načela teritorialnosti za delitev garancij za „stare“ devizne vloge nekdanje SFRJ, kajti v ospredju niso bili državni interesi, pač pa pravica do zasebnega premoženja posameznikov, ki so zaradi različne zakonodaje in obravnave držav naslednic izpadli iz shem poplačil in so ostali več kot dve desetletji brez svojih privarčevanih deviznih prihrankov. Poleg tega so bile finančne in organizacijske posledice sodbe v zadevi Ališić za Slovenijo hude, saj gre za pilotno sodbo, ki se je nanašala na veliko število varčevalcev podružnic Ljubljanske banke (LB) v Zagrebu in Sarajevu s skupnim zneskom 257 milijonov evrov brez obresti.¹

Analiza izvrševanja omenjene sodbe je zato vredna posebne pozornosti z vidika vseh treh vej oblasti – izvršilne, zakonodaje in sodne, saj so bile in so še danes vse tri vpletene v način izvršitve sodbe. Poleg tega so ob tem pridobljene izkušnje lahko upoštevane na eni strani kot opozorilo na pomanjkljivosti in potrebe po izboljšanju slovenskega domačega sistema na področju izvrševanja sodbe SESČP, na drugi strani pa tudi kot primer dobre prakse, saj sta tako Odbor ministrskih namestnikov Sveta Evrope kot tudi ESČP izvršitev sodbe Ališić s strani Slovenije že pohvalila in potrdila ustreznost sprejetih ukrepov za izvrševanje sodbe.

¹ Akcijski načrt Slovenije, str. 3 in 5.

1. KRATEK POVZETEK IZREKA IN UTEMELJITEV SODBE ALIŠIČ

V zadevi Ališič, ki jo je ESČP obravnavalo vse od leta 2005, je dokončno razsodil veliki senat sodišča s pilotno sodb². Ta je večinoma ponovitev odločitve senata sedmih sodnikov iz leta 2012,³ na katero se je Slovenija pritožila. O bistvenih sestavinah sodbe so bili sodniki skoraj soglasni, večini sta nasprotovala le nemška sodnica v delnem odklonilnem ločenem mnenju, ki se mu je pridružil tudi srbski sodnik.⁴

Dejansko je šlo za tožbo treh v Nemčiji živečih varčevalcev, ki so tožili vseh pet držav naslednic nekdanje SFRJ zaradi nezmožnosti dviga svojih deviznih vlog, in sicer dva varčevalca v nekdanji podružnici Ljubljanske banke v Sarajevu (LB GP Sarajevo) in eden v podružnici beograjske Investbanke v Tuzli.⁵ V ugotovljenem delu sodbe je veliki senat odločil, da sta izmed petih držav naslednic „zgolj“ Srbija in Slovenija kršili 1. člen Protokola 1 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP) ter 13. člen EKČP.⁶ ESČP je nevključitev pritožnikov in vseh v njihovem položaju v shemo za poplačilo „starih“ deviznih hranilnih vlog s strani Slovenije opredelilo kot sistemski problem.⁷

Zelo poenostavljeno je sodišče omenjeni izrek utemeljilo na naslednjih premisah. ESČP je v sodbi v zadevi Ališič sicer ugotovilo (83. odstavek), da so „stare“ devizne vloge nasledstveno vprašanje in se pri tem oprlo na 4. člen Sporazuma o vprašanih nasledstva (MSVN),⁸ pri čemer pa je menilo, da ni naloga sodišča, rešiti to vprašanje namesto toženih držav. Zato se je odločilo, da bo presodilo, ali več let trajajoča nemožnost pritožnikov, da uporabijo svoje prihranke, ker tožene države tega niso rešile, pomeni, da je katera koli od teh držav kršila 1. člen Protokola št. 1 k EKČP. Veliki senat je ugotovil kršitev Slovenije (glede pritožnikov ge. Ališič in g. Sadžaka) in Srbije (glede pritožnika g. Šahdanovića) ob upoštevanju številnih dejavnikov, kot so lastništvo bank, status zadevnih podružnic po razpadu SFRJ, prenos sredstev teh podružnic na matične banke, propad pogajanj pod pokroviteljstvom Banke za mednarodne poravnave v letu 2002 in pomanjkanje kakršnih koli poznejših resnih pogajanj o tej zadevi (66.–74. odstavek sodbe). Poleg tega je veliki senat ugotovil, da druge tožene države tega člena niso kršile. ESČP je ob upoštevanju izjemnih okoliščin v zadevi ugotovilo

2 Sodba velikega senata ESČP, zadeva Ališič, pritožba št. 60642/08, 16. julij 2014. Veliki senat so sestavljali sodniki iz Luksemburga (predsedujoči), Andore, Italije, Latvije, Lihtenštajna, Monaka, Islandije, Litve, Srbije, Finske, Makedonije, Ukrajine, Nemčije, Grčije, Francije, BiH in Hrvaške. Slovenski sodnik Boštjan M. Zupančič se je iz postopka izločil.

3 Sodba senata četrte sekcije ESČP, zadeva Ališič, pritožba št. 60642/08, 6. november 2012.

4 Glej, Marko, nav. delo, 2014.

5 Pritožbo na ESČP so sicer vložili posamezniki, a proti vsem petih državam naslednicam SFRJ. Zaradi tega so bili postopek, pisne vloge in zagovori pred ESČP v celoti podobni meddržavnemu postopku, dejansko je šlo za meddržavni spor. Poenostavljeno povedano, so pritožniki – varčevalci morali „le“ dokazati, da svojih deviznih vlog ne morejo dvigniti, pet držav naslednic pa je krivdo za takšno stanje skušalo zvaliti druga na drugo. Polak Petrič, nav. delo, 2016, str. 294.

6 Točki 3 in 6 operativnega dela sodbe. Čeprav je sodišče v sodbi v zadevi Ališič obsodilo tako Slovenijo kot Srbijo, se ta članek ukvarja izključno s posledicami sodbe ter njenim izvrševanjem z vidika Slovenije.

7 Točka 9 operativnega dela sodbe.

8 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 20/02. 4. Člen MSVN ustanavlja Stalni skupni odbor visokih predstavnikov držav naslednic, ki spremlja učinkovitost uresničevanje sporazuma in deluje kot forum za razpravo o vprašanih, ki se zastavljajo ob uresničevanju sporazuma.

(97. in 80. odstavek), da je zadostno dokazano, da so devizne vloge pritožnikov premoženje po 1. členu Protokola št. 1 k EKČP.⁹

ESČP je v sodbi zelo konkretno opredelilo, kaj mora storiti Slovenija. Med drugim ji je naložilo, da sprejme potrebne ukrepe, vključno z ustreznimi zakonodajnimi spremembami, v enem letu in pod nadzorom Odbora ministrov Sveta Evrope. Pritožnikoma, ge. Ališić in g. Sadžaku, ter vsem drugim v njunem položaju pa da naj omogoči poplačilo „starih“ deviznih hranilnih vlog pod enakimi pogoji kot tistim, ki so imeli takšne vloge v domačih podružnicah „slovenskih“ bank.¹⁰ Hkrati pa je sodba do izteka določenega enoletnega roka odložila presojo vseh podobnih primerov.¹¹ Ob tem je morala Slovenija v treh mesecih pritožnikoma ge. Ališić in g. Sadžaku plačati vsakemu po 4.000 EUR nepremoženjske škode.¹² Nepremoženjske škode za druge varčevalce sodba ni predvidela, a bi sodišče to lahko spremenilo, če Slovenija sodbe ne bi spoštovala.

V 147. odstavku sodba izrecno navaja, da lahko Slovenija iz plačilne sheme izvzame tiste varčevalce, ki so že bili poplačani. V 148. odstavku pa sodba dopušča Sloveniji vzpostavitev verifikacijskega mehanizma za preverjanje lastništva in stanja na računih posameznih varčevalcev. Mehanizem morajo upoštevati vsi varčevalci, vključno s tožniki. Posebej je bilo poudarjeno, da nobena zahteva varčevalca ne sme biti zavrnjena samo zato, ker ne predloži izvirnikov deviznih vlog, o verifikacijskem postopku pa mora presoditi tudi sodišče.

V omenjenem delnem odklonilnem ločenem mnenju sta se dva sodnika sicer strinjala, da gre za kršitev človekovih pravic, nista pa soglašala, da sta za te kršitve krivi le Slovenija in Srbija. Menila sta, da je sodišče preveč poenostavilo razsojanje o tako kompleksnem zgodovinskem problemu in izpustilo nekatere pomembne vidike. Posebej sta izpostavila pomen nasledstva in mednarodnopravno razsežnost problema ter prerekala, da bi sodišče moralo odločiti o deljeni odgovornosti med državami naslednicami. Po njunem mnenju je namreč Hrvaška kršila dolžnost nadaljevanja pogajanj po MSVN, BiH pa je odgovorna za plačila, saj je namenoma izključila državne garancije za podružnico LB GP Sarajevo in Investbanko in s tem dopustila, da so se kršitve človekovih pravic nadaljevale.¹³ Hrvaška in BiH sta na ta način zapostavili svoje t. i. pozitivne obveznosti. Nezadovoljivo je, da se plačilo naprti samo Sloveniji in Srbiji, saj je nesporno, da ves denar ni pristal v Sloveniji in Srbiji, temveč je bil kot dinarsko posojilo namenjen domačim podjetjem za podporo lokalni ekonomiji. Prav zaradi takih ukrepov je zelo verjetno, da je bila večina denarja porabljena že v SFRJ.¹⁴ Sodnika sta tudi menila, da sodišče ne bi smelo presojati kršitev pravice do premoženja, ki so bile storjene pred začetkom veljavnosti konvencije za države naslednice.¹⁵

9 Sodba se sklicuje na odločitve ESČP v primerih Gayduk in drugi proti Ukrajini, sklep (2002); Merzhoyev proti Rusiji (2009), 48. odstavek; Suljagić proti Bosni in Hercegovini (2009), 35. odstavek; Boyajyan proti Armeniji (2011), 54. odstavek; Kotov proti Rusiji (2012), 90. odstavek; ter A. in B. proti Črni gori (2013), 68. odstavek.

10 Točka 11 operativnega dela sodbe.

11 Šlo je za 1850 tožb, ki so se nanašale na več kot 8000 varčevalcev. Točka 12 operativnega dela sodbe.

12 Točka 13 operativnega dela sodbe.

13 Delno odklonilno ločeno mnenje sodnice Nussbergerjeve, ki se mu je pridružil sodnik Popović, zadeva Ališić, pritožba št. 60642/08, 16. julij 2014.

14 Prav tam.

15 Prav tam.

2. IZVRŠITEV SODBE ALIŠIČ S STRANI SLOVENIJE

Z današnjega zornega kota, skoraj pet let po izdani sodbi, ter ob nedvoumno pohvali Sloveniji, ki sta jo izrazila oba nadzorna mehanizma, ki vzporedno delujeta v okviru Sveta Evrope v primeru pilotnih sodb (Odbor ministrskih namestnikov Sveta Evrope in ESČP), se zmotno zdi, da je bil proces izvršitve sodbe nekaj samoumevnega ali enostavnega. V nadaljevanju navajamo ključne težave in probleme, ki jih je imela in jih deloma še vedno ima Slovenija ob izvršitvi te sodbe, pa tudi inovativne in dobre rešitve, zaradi katerih je Slovenija lahko ukrepala tako, da je na eni strani odpravila kršitve pravic posameznikov, ugotovljene v sodbi, na drugi strani pa zaščitila svoje ključne interese, predvsem z vidika finančnih obveznosti, spoštovanja domačih in mednarodnopravnih obveznosti ter ohranjanja ugleda v mednarodni skupnosti.

2.1 Problemi ob izvršitvi sodbe Ališič

Prvo in temeljno vprašanje, ki se je zastavilo v političnih in pravnih krogih ob izidu sodbe poleti leta 2014, je bilo, ali je Sloveniji sodbo sploh treba izvršiti. Omenjena dilema je izvirala iz velikega razočaranja, ker Slovenija ni uspela prepričati sodišča s svojimi dolgoletnimi stališči glede problematike „starih“ deviznih vlog nekdanje SFRJ, še bolj pa iz prepričanja, da bo izvršitev sodbe za Slovenijo neupravičeno veliko finančno breme v razmerju do drugih držav naslednic po nekdanji SFRJ, posebej Hrvaške in BiH. Ta občutek je podkrepilo tudi že omenjeno delno odklonilo ločeno mnenje dveh sodnikov velikega senata. K negativnemu odnosu politike in splošne javnosti do izdane sodbe je prispevalo tudi dejstvo, da so finančne posledice sodbe v zadevi Ališič ene največjih v zgodovini odločanja ESČP, še posebej v času, ko se je Slovenija borila s posledicami finančne krize in varčevalnimi ukrepi na vseh ravneh delovanja države.

Zdi se, da je k prevladi edino pravilne in sprejemljive pozitivne odločitve, da Slovenija učinkovito in pravično izvrši sodbo, prispevalo kar nekaj dejstev. Predvsem to, da je v skladu s prvim odstavkom 44. člena EKČP sodba v zadevi Ališič dokončna in izvršljiva. Zoper sodbo ni mogoča pritožba, tudi morebitna vložitev revizije ne odloži njene izvršitve. Dokončnost in izvršljivost sodnih odločb štejeta v mednarodni skupnosti za temelja vladavine prava. Na podlagi članstva v Svetu Evrope in pristopa k EKČP je Slovenija zavezana spoštovati v njej zajete človekove pravice in mehanizme za njihovo uveljavitev, vključno s pristojnostjo ESČP.¹⁶ Nestrinjanje z vsebino sodbe, za kar je šlo v slovenskem primeru, in sodbo v zadevi Ališič, ne zadrži njene izvršitve, enako tudi ne sklicevanje na morebitno protiustavnost ali težavnost izvršitve sodbe v državi članici. Neizvršitev sodbe pomeni kršitev mednarodnopravne obveznosti iz EKČP in tudi širše, pri čemer bi bil omajan ugled Slovenije v mednarodni skupnosti, ki bi ob neizvršitvi sodbe stopnjevala pritisk na Slovenijo.

Določbe EKČP v slovenskem domačem pravu učinkujejo neposredno,¹⁷ med njimi tudi pravica do lastnine in pravica do učinkovitega sodnega varstva, ki sta hkrati

¹⁶ Po prvem odstavku 46. člena EKČP se pogodbenice namreč zavezujejo, da bodo spoštovale končne sodbe ESČP v vseh primerih, v katerih so stranke v sporu.

¹⁷ Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se v skladu z 8. členom Ustave RS uporabljajo neposredno. Ob tem morajo biti po mednarodnem pravu njihove določbe opredeljene dovolj natančno in določno, da so lahko neposredno uporabljive.

ustavni pravici (33. in 23. člen Ustave RS) in za kršitev katerih je bila Slovenija spoznana za odgovorno v sodbi ter katerih posledice je morala v okviru izvršitve sodbe odpraviti. Dodatno dejstvo, ki je prispevalo k odločitvi o izvršitvi sodbe, je bila „grožnja“ ESČP, zapisana v sodbi, da ob zamudi z izvršitvijo sodbe lahko „sprosti“ in samo odloči o drugih 1850 tožbah varčevalcev, ki so bile za eno leto „zamrznjene“, ¹⁸ ter lahko dodatno dosodi odškodnino za kršitev človekovih pravic za vse varčevalce.¹⁹

Nadalje se je že v zgodnji fazi izvršitve sodbe izostrilo vprašanje, kako sodbo pravzaprav izvršiti, saj je kljub konkretnim napotkom v izreku sodba pomanjkljiva in nejasna, predvsem v delu, ki se nanaša na obresti (na primer napačna navedba uporabe obresti v slovenski zakonodaji v devetdesetih letih), pa tudi zato, ker je od Slovenije zahtevala ukrepanje v zelo kratkem enoletnem obdobju s posledicami izven ozemlja države. Poleg tega se je sodba nanašala večinoma na državljane drugih držav, Slovenija pa tudi ni imela dostopa do evidenc LB v Sarajevu, saj so jo oblasti v BiH nacionalizirale že v devetdesetih letih. Ni bilo tudi jasno, za kakšno obveznost Slovenije v odnosu do LB pravzaprav gre, kot tudi ne, ali sploh in kako sodba posega v obveznosti Slovenije, utemeljene na ustavni ravni, ter na razmerja med državami naslednicami po Sporazumu o vprašanih nasledstva iz leta 2001. Zdi se, da ESČP vseh teh vidikov ob izdaji sodbe ni upoštevalo, Slovenija pa je zato imela resne težave in prepreke ob izvršitvi sodbe.

Toliko bolj, ker v tistem času tudi ni bila jasna razmejitev pristojnosti med državnimi organi in ministrstvi, zato se ob obsodbi ni vedelo, katero od njih je pristojno za izvršitev sodbe Ališić. Za ta namen je Vlada RS avgusta 2014 ustanovila dve delovni skupini,²⁰ ki sta pripravili akcijski načrt in predlog ustreznih ukrepov za izvršitev sodbe, predlagali vzpostavitev verifikacijskega mehanizma, ki je preverjal lastništvo in stanje deviznih računov posameznih varčevalcev, ter končno tudi predlog besedila zakona o izvršitvi sodbe. Za vse navedeno so bili potrebni intenzivno delo v okviru pristojnih resorjev v Vladi RS in usklajevanje s pristojnimi odbori Državnega zbora RS, še zlati pa vodenje rednega in aktivnega dialoga s predstavniki Sveta Evrope v Strasbourgu.²¹ Kmalu se je namreč pokazal velik manko v znanju in ureditvi slovenske javne uprave v zvezi z izvrševanjem pilotnih sodb ESČP. Ugotovljeno je bilo, da v Sloveniji ni centralnega organa, ki bi koordiniral postopek izvrševanja sodb ESČP, vodil posvetovanja in vzdrževal stike s Svetom Evrope, kaj šele, da bi imel znanje, izkušnje in prakso delovanja na tem področju ali strokovnjake, ki bi bili seznanjeni z izvrševanjem sodb ESČP tudi v drugih državah članicah Sveta Evrope, s prakso odločanja Odbora ministrskih namestnikov Sveta Evrope ter

18 12. točka izreka sodbe.

19 41. člen EKČP in 13. točka izreka sodbe v povezavi s 149. odstavkom obrazložitve sodbe.

20 Akcijski načrt Slovenije, str. 3. Eno je strokovna medresorska delovna skupina za izvršitev sodbe, ki jo vodi Ministrstvo za finance, vanjo pa so vključeni predstavniki vseh resorjev, v katerih pristojnost se nanaša na izvršitev sodbe Ališić, druga pa svetovalna skupina pravnih strokovnjakov, ki jo vodi visoka predstavnik RS za nasledstvo, vanjo pa so vključeni pravni strokovnjaki s področja ustavnega prava, človekovih pravic in mednarodnega prava. Oba avtorja tega prispevka sta sodelovala pri delu obeh delovnih skupin.

21 Za pisno komunikacijo glej <www.coe.int/en/web/execution/archives-slovenia#f34223007> [0] (10. 4. 2019). Ob tem so bili izvedeni številni sestanki ter obiski na politični in strokovni ravni v Strasbourgu, pa tudi z oblastmi v BiH in predstavniki civilne iniciative.

sodno prakso ESČP v podobnih primerih.²² To pa je za državo ob izvršitvi sodbe s tako daljnosežnimi in velikimi finančnimi posledicami nujno, saj mora poznati okvire pri sprejemanju ukrepov, na kakšen način lahko izkoristi doktrino polja proste presoje in kaj lahko v postopku nadzora izvrševanja pilotne sodbe pričakuje. Obe delovni skupini sta zato, predvsem glede razumevanja in povrnitve pravice do premoženja po 1. členu Protokola št. 1 k EKČP orali ledino, vse z namenom sprejema ukrepov, ki bodo pravični do deviznih varčevalcev, pravilni in ustrezni z vidika presoje Sveta Evrope in ESČP ter v katerem bodo zaščiteni ključni interesi Slovenije.²³ Omenjeni cilji so bili vodilni pri pripravi in sprejemu zakona, s katerim je Slovenija postavila temelj za izvršitev sodbe ESČP v zadevi Ališić.

2.2 Sprejem zakona za izvršitev sodbe

Zakon o načinu izvršitve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi št. 60642/08 (ZNISESČP),²⁴ ki je bil sprejet junija 2015, opredeljuje vse glavne vidike, potrebne za uspešno in učinkovito izvršitev sodbe Ališić. Od definicije neizplačane „stare“ devizne vloge, opredelitve upravičencev za njihovo izplačilo, do višine in načina obrestovanja vlog, dinamike in načina izplačil ter vzpostavitve sodnega varstva. Posebej je opredeljen postopek in mehanizem verifikacije, tako z zornega kota vlagateljev zahtevkov (enostavnost, dostopnost, obdobje sprejemanja zahtevkov, overitve itd.) kot tudi z zornega kota odločanja s strani pristojnega organa (zagotovitev podatkov, čas, potreben za odločanje, zmanjševanje tveganj za izplačila neupravičenim osebam itd.). Z zakonom je Slovenija pravočasno, v roku, ki ga je postavilo ESČP, uveljavila zakonsko podlago za verifikacijo in izplačila neizplačanih „starih“ deviznih vlog varčevalcem LB GP Sarajevo in LB GP Zagreb.

Ne da bi podrobno obravnavali določbe zakona velja omeniti nekaj njegovih specifik, saj so pomembne za prakso izvrševanja sodbe Ališić v Sloveniji, tudi v luči njene presoje pred slovenskimi sodišči. Kot prvo je Slovenija z zakonom uredila prevzem izpolnitve obveznosti LB do upravičencev iz naslova neizplačanih „starih“ deviznih vlog, saj Slovenija obveznosti do varčevalcev ne priznava za svoj dolg in obveznost.²⁵ Postopek verifikacije je določen kot enostavni upravni postopek z določenimi modifikacijami (na primer izdaja informativnega izračuna, ki v odsotnosti ugovora pridobi naravo pravnomočne odločbe).²⁶

Ob sprejemu zakona je bilo posebej težavno to, da je bilo potrebno določiti organ, ki se mu bo podelilo pooblastilo za odločanje v tej posebni upravni zadevi ter ki bo sposoben v zelo kratkem času vzpostaviti pogoje za pričetek izvajanja verifikacije za neizplačane „stare“ devizne vloge dveh podružnic LB izven Republike Slovenije. ZNISESČP je kot ta organ določil Sklad Republike Slovenije za nasledstvo (Sklad), ki je bil predvsem v začetku soočen s številnimi vsebinskimi, kadrovskimi in drugimi

22 Polak Petrič, nav. delo, 2016, str. 298. Prav na temelju teh izkušenj in spoznanj je pozneje prišlo do spremembe Zakona o državni upravi (ZDU-1), po katerem je med nalogami Ministrstva za pravosodje na novo določena tudi koordinacija izvrševanja sodb mednarodnih sodišč, v okviru tega ministrstva zdaj tudi deluje posebna delovna skupina za to področje.

23 Prav tam.

24 Uradni list RS, št. 48/15.

25 ZNISESČP, 1. člen.

26 ZNISESČP, 7.–13. člen.

organizacijskimi izzivi, da bi se zagotovila pravočasna in učinkovita izvedba pilotne sodbe ESČP.²⁷

Javni poziv za vlaganje zahtev varčevalcev je bil objavljen 2. novembra 2015, rok za vlaganje zahtev je začel teči 1. decembra 2015 in je trajal do konca leta 2017. Rok za odločanje Sklada za nasledstvo je tri mesece od prejema popolne vloge, izplačilo se opravi 30. dan po pravnomočnosti odločbe na transakcijski oziroma osebni račun upravičenca ali njegovega zakonitega zastopnika ali pooblaščenca. Sodno varstvo je zagotovljeno z možnostjo vložitve tožbe na Upravno sodišče.²⁸

Pomembna dilema ob pripravi zakona se je nanašala na odnos obveznosti Slovenije po sodbi v zadevi Ališić v razmerju do njenih obveznosti, ki izhajajo iz že obstoječega prevzema jamstev za devizne hranilne vloge iz nekdane SFRJ. To vprašanje je Slovenija namreč uredila že takoj ob osamosvojitvi s sprejetjem in dosledno izvršitvijo tretjega odstavka 19. člena Ustavnega zakona za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL)²⁹ po načelu teritorialnosti. Na tej podlagi je Slovenija izplačala vse devizne vloge pri bankah in podružnicah na ozemlju Slovenije brez diskriminacije.³⁰ Iz ZNISESČP jasno izhaja, da obveznost, ki jo Sloveniji nalaga sodba v zadevi Ališić, izhaja iz civilnopravnega razmerja med varčevalcem in banko, vzpostavljeno s sklenitvijo pogodbe o depozitu. ESČP je oblikovalo novo obveznost Slovenije za poplačilo „starih“ deviznih varčevalcev, ki je UZITUL ne predvideva.

Dodatno ZNISESČP v 23. členu predvideva, da bo Slovenija po njem izpolnjene obveznosti uveljavljala po 7. členu Priloge C Sporazuma o vprašanih nasledstva (MSVN) z namenom doseči pravično razdelitev jamstev SFRJ ali Narodne banke Jugoslavije za „stare“ devizne hranilne vloge.³¹ Ta določba ureja odnos med izvršitvijo sodbe ESČP v zadevi Ališić in med nasledstvenim sporazumom. Slovenijo namreč veljavno in hkrati zavezuje oboje mednarodnopravni obveznosti: a) obveznost izvršitve dokončne sodbe ESČP, ki izhaja iz EKČP; in b) obveznost pogajanj z drugimi državami naslednicami, ki izhaja iz sporazuma. Sodba ESČP neposredno ne posega v pravna razmerja med državami naslednicami, tudi ne v obveznost pogajanj o razdelitvi jamstva za devizne hranilne vloge SFRJ po 7. členu Priloge C MSVN. Čeprav je vprašljivo, ali bo kdaj obstajala politična volja vseh držav naslednic za nadaljevanje pogajanj, ima Slovenija pravico na meddržavni ravni vztrajati pri spoštovanju obveznosti iz sporazuma ter aktivno ukrepati v tej smeri.³²

27 Najprej je bilo potrebno Skladu zagotoviti dodatna finančna sredstva, ustrezno kadrovsko zasedbo in primerno lokacijo za delovanje. Nujna je bila izgradnja informacijskega podpornega sistema za odločanje sklada ter vzpostavitev primernih in učinkovitih kanalov za komunikacijo s strankami. Ob tem so bile posebne težave, saj Slovenija ni razpolagala s podatki, potrebnimi za izvedbo postopkov verifikacije, vezano na LB d.d. v Sarajevu. Te je morala pridobiti iz Bosne in Hercegovine, sodelovanje s tamkajšnjimi oblastmi pa je bilo nujno tudi za reševanje določenih zahtevnih primerov. Omenjeno je časovno odložilo in zavleklo postopke verifikacije za varčevalce LB iz Sarajeva.

28 Glej Novinc in Lovšin, nav. delo.

29 Uradni list RS, št. 1/91-I.

30 Zakon o poravnavanju obveznosti iz neizplačanih deviznih vlog, Uradni list RS, št. 7/93.

31 Podrobno o Prilogi C MSVN glej, Škrk in drugi, nav. delo.

32 Glej tudi Hojnik, nav. delo.

2.3 Uporaba „polja proste presoje“ pri izvrševanju sodbe Ališić

Razmerje med sodiščem in državami temelji na načelu subsidiarnosti in spoznanju, da je pri presoji dopustnosti omejitev človekovih pravic v določenih primerih država v boljšem položaju kot mednarodni sodnik. Zato je bila pri izvrševanju sodbe ESČP v zadevi Ališić za Slovenijo zelo pomembna prav doktrina polja proste presoje.³³ Polje proste presoje (»*Margin of appreciation*«) pomeni diskrecijo, ki jo ESČP prepušča nacionalnim oblastem pri načinu zagotavljanja varstva človekovih pravic. Gre za argumentativno tehniko, ki se je uveljavila v sodni praksi mednarodnih sodišč s področja človekovih pravic in deloma tudi pred ustavnimi sodišči.³⁴ Nekateri doktrino razlagajo kot svobodo ravnanja, prostor za komolčenje oziroma širino tolerance ali celo napake, ki jo strasbourške institucije dovoljujejo državam, preden opredelijo določen poseg v pravico kot kršitev temeljnega konvencijskega varstva.³⁵

Pri določanju višine in načina izračuna obrestnih mer v ZNIESČP je Slovenija unovčila diskrecijsko pravico, ki jo ima v smislu polja proste presoje. Zavedala se je načela, da je v zvezi s pravico do premoženja polje še posebej široko, a da mora utemeljeno obrazložiti kakršenkoli vsebinski ali procesni odstop od priporočenega enakega obravnavanja deviznih varčevalcev v Sloveniji in v podružnicah v tujini. Slovenija je pri implementaciji sodbe igrala na karto, da učinkovita in hitra implementacija sodbe navidezno širi polje proste presoje. V rešitvi Slovenija ponuja poenostavljen sistem, učinkovito obravnavo vlog in hitra izplačila ter ob tem »računa« z nižjimi obrestmi.

Ob avtonomni določitvi višine obrestnih mer, ki ne sledi v celoti priporočilom iz sodbe, velja opozoriti tudi na določitev načina izračuna obresti. Navadni obrestni račun, ki ga Slovenija uporablja za izračun obresti po ZNIESČP, je namreč za varčevalca manj ugoden kot obrestnoobrestni račun, ki velja za varčevalce delujoče banke, ki posluje v normalnih okoliščinah. Določitev načina izračuna obresti Slovenija utemeljuje z argumentom ohranjanja vrednosti premoženja varčevalcev.³⁶

Pri določitvi načina in višine obrestnih mer se je Slovenija sklicevala na nerazpolaganje države z denarnimi sredstvi iz „starih“ deviznih vlog, na neprimerljivost možnosti izplačila po zakonu iz leta 1993 (v obliki obveznic ali v obrokih) z zdaj predlaganim enkratnim in takojšnjim izplačilom (30. dan po pravnomočnosti odločbe o verifikaciji)³⁷ in na dejstvo, da je Slovenija že pred več kot dvajsetimi leti prevzela jamstvo za vse „stare“ devizne vloge, položene na njenem ozemlju v vseh domačih bankah in podružnicah tujih bank brez razlikovanja.

V ZNIESČP je oblikovana uravnotežena shema med sodbo in možnostjo države, da v okviru polja proste presoje zagotovi odpravo kršitve človekovih pravic tako, da upošteva vse posebnosti konkretnega primera in v povezavi z zagotavljanjem

33 Podrobneje o tem Marko, nav. deli, 2016.

34 Legg, nav. delo, str. 4.

35 Lockwood in drugi, nav. delo, str. 35–88.

36 Pojasnila Republike Slovenije Odboru ministrskih namestnikov, točka III. d.

37 Varčevalci prejmejo enkratno izplačilo, torej Slovenija zneskov ne bo izplačevala daljše obdobje, kar bi lahko storila po modelu izplačil iz 90. let (obroki, pet let, deset let).

sredstev za izplačilo „starih“ deviznih vlog iz proračunskih sredstev tudi splošni interes skupnosti. Upošteva potrebo po ohranjanju vrednosti premoženja varčevalcev v obdobju, ko s svojimi deviznimi sredstvi niso mogli razpolagati. Priznanje višjih obresti kot nadomestila za izgubljeni dobiček glede na vse konkretne okoliščine primera ne bi bilo utemeljeno, saj varčevalci po tolikih letih od razpada nekdanje skupne države ne morejo več imeti legitimnih pričakovanj glede obrestnih mer, določenih v pogodbah, kar je v svojem delnem odklonilnem ločenem mnenju izrecno poudarila tudi sodnica Nussberger.³⁸

Polje proste presoje bi bilo ožje in v ZNISESČP določeno obrestovanje neupravičeno, če bi ESČP ugotovilo kršitev 1. člena Protokola št. 1 v povezavi s 14. členom konvencije, saj bi to omogočilo ustrezno odškodnino zaradi diskriminatornega obravnavanja. Enako bi veljalo tudi v primeru neupravičene obogatitve, če bi bilo mogoče dokazati, da si Slovenija še vedno lasti denar pritožnikov in je na tej podlagi zaslužila z obrestmi med letoma 1990 in 2014. A nobeden od omenjenih pogojev ni bil izpolnjen.³⁹

V argumentaciji Slovenije lahko prepoznamo številne elemente, ki jih teorija in praksa sodišča pripisujeta doktrini polja proste presoje. Čeprav so združenja varčevalcev javno izražala pričakovanje, da bo Slovenija določila višjo obrestno mero za celotno obdobje 25 let, ki bi bila enaka pogodbenim obrestnim meram ali donosu na obveznice iz zakona iz leta 1993 ali 6 %, ki jih omenja sodba v zadevi Ališić, je Odbor ministrskih namestnikov Sveta Evrope ocenil, da je v ZNISESČP določeno obrestovanje razumno utemeljeno. Ugotovimo lahko, da je Slovenija pri določitvi obrestovanja ustrezno unovčila polje proste presoje, ki ji je na voljo.

Manj je Slovenija izkoristila polje proste presoje pri določanju kroga upravičencev, kjer ni ozko upoštevala priporočil iz sodbe in omejila kroga le na varčevalce, ki so v enakem položaju kot pritožnika. Slovenija bi iz sheme izplačil tako recimo lahko izključila imetnike deviznih vlog, ki so jih pridobili s pravnim poslom. ZNISESČP bi lahko zaostрил tudi upravni postopek in ga določil kot zrcalo postopka iz leta 1993. Po tej različici bi upravičenci zahteve za verifikacijo vlagali le osebno, vročanje po pošti bi bilo omejeno na izjemne primere, lastnoročne podpise na zahtevah bi lahko overjali le pri slovenskih organih, jezik postopka in vloge bi bil izključno slovenski in podobno. A vendar se je Slovenija odločila za dobrohotnejši postopek, verjetno zaradi dejstva, da je želela sodbo izvršiti čim prej in učinkovito ter brez nepotrebnih upravnih bremen za posameznike.

3. AKTUALNO STANJE IZVRŠITVE SODBE IN NADZOR

Sklad RS za nasledstvo (sklad) je do izteka roka za vlaganje zahtev za verifikacijo v skladu z določili ZNISESČP, tj. do 31. 12. 2017, prejel več kakor 38.500 zahtev za verifikacijo. Sklad je do 31. 12. 2018 odločil v več kakor 37.175 posamičnih

38 „Posebej v zvezi z obrestnimi merami, določenimi v prvotnih shemah iz osemdesetih let, je mogoče trditi, da legitimnih pričakovanj ni bilo več v času, ko je Konvencija začela veljati za Slovenijo (1994) in Srbijo (2004)“.

39 Delno odklonilno ločeno mnenje sodnice Nussbergerjeve, ki se mu je pridružil sodnik Popović, zadeva Ališić, pritožba št. 60642/08, 16. julij 2014.

zadevah, od tega je 33.455 varčevalcem izdal informativne izračune, ki vključujejo znesek glavnice in obresti v skupni vrednosti 296,9 milijona EUR. Na podlagi že izdanih informativnih izračunov, ki so postali pravnomočne odločbe, pa je bilo varčevalcem nekdanje glavne podružnice Sarajevo in glavne podružnice Zagreb do konca leta 2018 izvršenih več kot 33.080 izplačil v skupni višini 293,9 milijona EUR.⁴⁰

		LB Zagreb	LB Sarajevo	SKUPAJ
Odloženo		Več kakor 19.495 zadev	Več kakor 17.680 zadev	Več kakor 37.175 zadev
	Od tega izdani informativni izračuni	18.850 v znesku 164,3 mio EUR	14.605 v znesku 132,6 mio EUR	33.455 v znesku 296,9 mio EUR
Plačila		163,5 mio EUR 18.710 upravičencem	130,4 mio EUR 14.370 upravičencem	293,9 mio EUR 33.080 upravičencem
Ugovori zoper informativne izračune		190 (1,0 %)	100 (0,7 %)	290 (0,9 %)

Poleg navedene statistike, ki nedvomno kaže na zgledno in pravočasno izvrševanje sodbe v zadevi Ališić s strani Slovenije, je to večkrat potrdil tudi Odbor ministrskih namestnikov Sveta Evrope, še posebej pa marca 2018, ko je s sprejemom končne resolucije končal nadzor nad izvrševanjem te sodbe s strani Slovenije z ugotovitvijo, da je Slovenija v skladu s prvim odstavkom 46. člena EKČP sprejela vse potrebne ukrepe za popolno izvršitev sodbe.⁴¹ O ustreznosti ukrepov Slovenije je presojalo tudi ESČP. Kot izhaja iz zadev Hodžić⁴² in Zeljković⁴³, je ESČP potrdilo ustreznost določb ZNISESČP in sheme za poplačila varčevalcev tudi z vidika vprašanja, ali verifikacijski postopek izpolnjuje merila, ki izhajajo iz sodbe ESČP, in skladnost ZNISESČP s sodbo.

Prelomna za presojo ustreznosti ukrepov, ki jih je sprejela Slovenija za izvršitev sodbe, je bila sklenitev prijateljske poravnave z obema pritožnikoma, go. Ališić in g. Sadžakom septembra 2015. Prijateljska poravnava je bila sklenjena pod pogoji, kot jih določa zakon, s čimer sta pritožnika, ki sta imela devizne vloge v LB GP Sarajevo, sprejela pogoje izplačila neizplačanih „starih“ deviznih vlog, kot jih določa zakon. S tem je Slovenija izpolnila sodbo tudi v delu individualnih ukrepov.

4. DEVIZNE VLOGE, PRENESENE NA PRIVATIZACIJSKE RAČUNE

Med prejetimi zahtevami posameznikov za verifikacijo na podlagi določil ZNISESČP je klad do konca leta 2018 prejel tudi skoraj 3.000 zahtev za verifikacijo, ki se

⁴⁰ <www.srsn.si/si/kontakti/novica/5755/> (11. 4. 2019).

⁴¹ Resolucija Odbora ministrskih namestnikov Sveta Evrope, CM/ResDH(2018)111, 15. marec 2018.

⁴² Sklep ESČP, zadeva Hodžić proti Sloveniji, pritožba št. 3461/08, 27. april 2017. Glej tudi Marko, nav. delo, 2017.

⁴³ Sklep ESČP, zadeva Zeljković proti Sloveniji, pritožba št. 33805/17, 5. september 2017.

nanašajo na „stare“ devizne vloge podružnice nekdanje LB v Sarajevu, ki pa so bile v preteklosti prenesene na privatizacijske račune pri Agenciji za privatizacijo Federacije BiH.⁴⁴ Sklad je sicer obravnaval omenjene zahteve za verifikacijo, a glede njih izdal odločbe o zavrnitvi.

Takšno odločanje sklada temelji na ZNISEŠČP. Prvi odstavek 1. člena ZNISEŠČP namreč določa, da se ukrepi po tem zakonu „ne nanašajo na tiste „stare“ devizne vloge ali njihove dele, ki so bile kakorkoli izplačane ali prenesene na druge pravne osebe ali v posebne namene v skladu s predpisi držav naslednic nekdanje SFRJ ali na drugi podlagi.“ Nadalje je neizplačana „stara“ devizna vloga po prvem odstavku 2. člena ZNISEŠČP stanje terjatev do glavne podružnice Sarajevo v zvezi s prvim in drugim odstavkom 5. člena ZNISEŠČP, ki predpisujeta, da Republika Slovenija prevzame izpolnitev obveznosti LB do upravičencev iz neizplačanih „starih“ deviznih vlog, ki niso bile že poravnane ali prenesene v skladu s predpisi držav naslednic SFRJ ali na kakršnikoli drugi podlagi.

Ker je v konkretnih primerih prenosov „starih“ deviznih vlog na privatizacijske račune prišlo do prenosa terjatev z LB na račune pri drugi pravni osebi (Federacija BiH) in do pretvorbe deviznih vlog v premoženje druge vrste (certifikat), ne gre več za devizno vlogo pri LB ali glavni podružnici Sarajevo. V tem primeru tudi ne obstaja pravna podlaga, po kateri bi bila Slovenija odgovorna za obstoj in poplačilo terjatve iz „stare“ devizne vloge, saj je ta terjatev do glavne podružnice Sarajevo prenehala.⁴⁵

4.1 Ozadje prenosov v BiH

Znano je, da je BiH po razpadu SFRJ večkrat spremenila in prilagodila svojo zakonodajo glede „starih“ deviznih vlog. Med drugim je leta 1997 Federacija BiH (FBiH) s sprejetjem posebnega Zakona o ugotavljanju in realizaciji terjatev državljanov v postopku privatizacije (Zakon FBiH/97)⁴⁶ tudi izvršila prenos „stare“ devizne vloge na privatizacijske račune (t. i. JPR). Varčevalci z devizno vlogo v banki ali poslovni enoti s sedežem v FBiH v znesku nad 100 DEM so z dnem začetka veljavnosti zakona pridobili terjatev do FBiH po stanju devizne vloge na dan 31. 3. 1992.⁴⁷ V praksi se je ta prenos izvršil tako, da so morale na podlagi zakona vse banke v FBiH Zavodu za platni promet dostaviti zahtevane podatke o deviznih vlogah, banke pa so nato v skladu z drugim odstavkom 1044. člena Zakona o obligacijskih razmerjih⁴⁸ izvršile saldacijo „stare“ devizne vloge, kar pomeni, da terjatve iz te vloge do banke ni bilo več, saj je bila prenesena na JPR, s čimer so imetniki terjatev prejeli certifikate, ki so jih lahko uporabili za nakup stanovanj ali premoženja, ki je bilo predmet privatizacije, ali prodali na sekundarnem trgu.⁴⁹ Šlo je torej za zakonski prenos terjatev iz „stare“ devizne vloge na račun, ki je bil po Zakonu FBiH/97 določen kot certifikat državljana.

44 V celoti naj bi bile „stare“ devizne vloge v LB GP Sarajevo, ki so bile prenesene na te privatizacijske račune v vrednosti več kakor 18 mio EUR. Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 1.

45 Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 3.

46 Zakon o utvrđivanju i realizaciji potraživanja građana u postopku privatizacije, Ur. l. FBiH, št. 27/97.

47 Dodatna pogoja sta bila državljanstvo BiH na dan 31. 3. 1991 in prebivališče na območju FBiH na dan začetka veljavnosti Zakona FBiH/97.

48 Ur. l. SFRJ, št. 29/78 s spremembami.

49 Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 3.

Ker veliko državljanov BiH ni uporabilo ali ni moglo uporabiti omenjenih certifikatov, je bilo pred sodišči BiH začetih več sodnih postopkov, v letu 2001 pa je Ustavno sodišče FBiH ugotovilo, da določbe Zakona FBiH/97, po katerih se terjatve do bank po zakonu prenesejo na JPR, niso v skladu z Ustavo FBiH, saj naj bi zakonski prenos terjatev varčevalcev iz „starih“ deviznih vlog pomenil poseg v lastninsko pravico varčevalcev.⁵⁰ Šele leta 2003 je prišlo do spremembe zakona, in sicer, da se JPR na podlagi „starih“ deviznih vlog odpre le na zahtevo varčevalca in da Agencija za privatizacijo neporabljeni del terjatve iz deviznih vlog, ki je bila prenesena na JPR, vrne na račun imetnika v 30 dneh od dneva, ko ta to zahteva. Ta predpis je omogočal nekdanjemu varčevalcu, da je v primeru, če je bil izvršen prenos terjatve iz „stare“ devizne vloge z banke na JPR, zahteval vračilo in ponovni prenos te terjatve na „staro“ devizno vlogo pri glavni podružnici Sarajevo.⁵¹

Tudi ESČP je v zadevi Suljagić potrdilo, da je z Zakonom FBiH/97 Federacija prevzela odgovornost za terjatve iz konkretnih „starih“ deviznih vlog (obveznost plačila) in da je odgovornost bank za te terjatve iz „starih“ deviznih vlog prenehala.⁵²

4.2 Aktualno stanje

Kljub omenjenemu dejstvu, da je torej s prenosom na JPR terjatev prešla z računa „stare“ devizne vloge pri LB GP Sarajevo na drug subjekt (Federacija BiH) ter jasnim določbam ZNISEŠČP, so predvsem zaradi pozivov Združenja za zaščito deviznih varčevalcev v BiH številni varčevalci, katerih devizne vloge so bile prenesene na JPR, vložili zahtevo za verifikacijo, ko jo je zavrnil, pa so sprožili tudi sodne postopke.

Po neuradnih podatkih je bilo zoper odločbe sklada o zavrnitvi zahteve za verifikacijo prenosov na JPR pri Upravnem sodišču RS do 31. 12. 2018 vloženi že skoraj 1.700 tožb v upravnem sporu.⁵³ Doslej je v večini zadev Upravno sodišče RS s sklepi zavrglo tožbe, številni upravni spori v zvezi s tem so še nerešeni, med pravnomočno odločenimi zadevami pa se kaže neenotnost sodne prakse Upravnega sodišča RS, saj je v nekaj zadevah sodišče tožbe varčevalcev zavrglo, v drugih pa jim ugodilo. Zato je sklad prek Državnega odvetništva RS na Vrhovno sodišče RS tudi vložil predloge za dopustnost revizije, pri čemer je v eni zadevi sodišče revizijo že dopustilo in je bila ta že vložena, odločitev o ostalih predlogih pa se še čaka.⁵⁴

Iz tega razloga je nevhvaležno napovedati, kdaj in na kakšen način bo dobil epilog omenjeni problem deviznih varčevalcev, čigar vloge so bile po zakonodaji BiH prenesene na JPR. Ob tem velja poudariti, da gre za relativno majhen delež „starih“ deviznih varčevalcev z območja nekdanje SFRJ, ki kljub sodbi ESČP v zadevi Ališić

50 Odločba št. U-10/00 z dne 8. 1. 2001.

51 Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 4.

52 Končni sklep glede dopustnosti, zadeva Suljagić proti Bosni in Hercegovini, pritožba št. 27912/02, 20. junij 2006.

53 Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 1.

54 Na zahtevo Združenja za zaščito deviznih varčevalcev iz BiH je bilo sproženih tudi več postopkov pred Ustavnim sodiščem RS. Po podatkih sklada je bila vložena pobuda za oceno ustavnosti drugega odstavka 2. člena, 3. člena in tretjega odstavka 6. člena ZNISEŠČP, ki je bila iz procesnih razlogov zavrnjena. Ustavno sodišče RS je enako odločilo še v več drugih zadevah, saj ni bil izkazan pravni interes za vložitev takšnega pravnega sredstva po 24. členu Zakona o ustavnem sodišču. Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah, str. 5–6.

ostajajo izven sheme poplačila, saj se je njihova terjatev, ki je bila sicer v bistvu „stara“ devizna vloga na računu LB v BiH, prenesla na drug subjekt, s čimer je prenehala biti obveznost LB, s tem pa po sodbi v zadevi Ališić tudi obveznost Republike Slovenije. Nerazumno bi bilo namreč pričakovati, da država, ki se je sicer v dobri veri dosledno in pravično zavezala izvršiti sodbo v zadevi Ališić, „pokrije“ in izplača tudi tiste „stare“ devizne vloge, ki so bile v preteklosti saldirane, saj iz predloženih deviznih knjižic teh varčevalcev jasno izhaja, da je danes stanje na njih 0,00 DEM.

Težko je tudi napovedati, ali bo o teh primerih morale nazadnje znova odločati ESČP, saj je sodba v zadevi Ališić glede tega nejasna oziroma pomanjkljiva. Kot že navedeno, je ESČP z dvema sklepoma že odločalo o ustreznosti sheme poplačil Slovenije po sodbi v zadevi Ališić. Gre za zadevi Hodžić in Zeljković, kjer je sodišče potrdilo ustreznost določb ZNISESČP in sheme za poplačila varčevalcev tudi z vidika vprašanja, ali verifikacijski postopek izpolnjuje merila, ki izhajajo iz sodbe, in skladnost ZNISESČP s sodbo. Iz odločitve v zadevi Zeljković pa jasno tudi izhaja, da morajo pritožniki, katerih vloge so bile prenesene na privatizacijski račun, pred vložitvijo pritožbe na ESČP izčrpati notranja pravna sredstva v Sloveniji.⁵⁵

Seveda je nedopustno, da bi omenjene osebe, katerih „stare“ devizne vloge so bile prenesene na JPR, ostale nepoplačane oziroma bi jim bila kršena pravica do lastnine. A po našem mnenju gre tu za vprašanje odgovornosti subjekta, ki je ta prenos izvršil, in za njegovo izpolnitev terjatve. Na zakonodajo, ki jo je s tem v zvezi sprejemala Federacija BiH, Slovenija nikoli ni imela nikakršnega vpliva, pa tudi ne na prakso izplačevanja oziroma koriščenja certifikatov. Za Slovenijo je ključna izpolnitev sodbe ESČP v zadevi Ališić, ki od nje zahteva izpolnitev obveznosti LB do svojih varčevalcev. Če je bila določena terjatev z LB prenesena in ta več ne obstaja, zanjo Slovenija po veljavni zakonodaji in sodbi v zadevi Ališić ne more biti odgovorna.

SKLEP

Sodba velikega senata ESČP v zadevi Ališić je z razglasitvijo 16. julija 2014 postala dokončna. Slovenija mora kot pogodbenica EKČP sodbo spoštovati in jo izvršiti. Slovenija je v ta namen junija 2015 sprejela ZNISESČP, v skladu s katerim se je 1. decembra 2015 začela obravnavati zahtev varčevalcev, da jim Slovenija izplača njihove „stare“ devizne vloge v podružnicah LB v Zagrebu in Sarajevu.⁵⁶ Ustreznost izvršitve sodbe sta v svojih dosedanjih odločitvah potrdila tudi Odbor ministrskih namestnikov Sveta Evrope in ESČP.

Slovenija se je ob izvršitvi te pomembne, zahtevne in daljnosežne sodbe spoprijemala z mnogimi ovirami in težavami, ki bi marsikatero drugo državo članico Sveta Evrope lahko odvrnile od dosledne in dobronamerne izvršitve sodbe. Z današnjega zornega kota smo lahko še bolj prepričani, da so bile v tem procesu Slovenija in njene politika, stroka in javnost na prelomnem razpotju, in kar je še pomembnejše, da so se ključni akterji odločili za pravo pot. Z dosledno izvršitvijo sodbe ESČP v zadevi Ališić se je Slovenija izkazala kot odgovorna članica

⁵⁵ Sklep ESČP, zadeva Zeljković proti Sloveniji, pritožba št. 33805/17, 5. september 2017.

⁵⁶ ZNISESČP, 11. člen.

mednarodne skupnosti, ki spoštuje vladavino prava in sodbe mednarodnih sodišč in ki se za spoštovanje človekovih pravic ne zavzema le na deklaratorni ravni.

Namesto sklepa navajamo še nekaj misli o posledicah sodbe v zadevi Ališić v širšem političnem mednarodnem kontekstu. Dejstvo je, da je sodba slaba popotnica za prihodnje reševanje odprtih vprašanj v regiji. ESČP namreč ni izpolnilo tihega pričakovanja in dokončno odločilo o odgovornosti glede „starih“ deviznih vlog. Sodniki so se odločili za politično manj občutljiv okvir presojanja (samooomejitev sodišča) in se usmerili v civilnopravno razmerje med varčevalcem in banko. Sodišče je sicer ugotovilo, da so „stare“ devizne vloge nasledstveno vprašanje, vendar da ni njegova naloga, rešiti to vprašanje namesto toženih držav.⁵⁷

S postavitvijo izvršitvene sheme je Slovenija v ZNISEČP hkrati vzpostavila povezavo med pilotnim postopkom v zadevi Ališić in Sporazumom o vprašanjih nasledstva. Napovedala je, da bo izpolnjene obveznosti, ki jih nalaga sodba, uveljavila po 7. členu priloge C tega sporazuma z namenom doseči pravično razdelitev jamstev SFRJ in Narodne banke Jugoslavije za „stare“ devizne vloge.⁵⁸ S tem je Slovenija jasno napovedala, da si bo prizadevala za pravično razdelitev bremen med naslednice. Dodatno finančno breme Slovenije zaradi izvršitve sodbe ni v skladu z načelom pravične razdelitve med državami naslednicami nekdanje SFRJ, ki ga je tudi ESČP opredelilo kot ključno mednarodnopravno načelo glede delitve dolga države predhodnice.⁵⁹

Ob prihodnjih pobudah za nadaljevanje nasledstvenih pogajanj in iskanju primerneega foruma, ki bi bil lahko v pomoč pri rešitvi spora ali le pri predstavitvi nerešenega problema (ne)poznavalcu, bo morala Slovenija v svoja pojasnila ustrezno umestiti in s pravilnega zornega kota pojasniti sodbo v zadevi Ališić. Ugotovitve, ki temeljijo na doktrini polja proste presoje, bo lahko pri tem koristno uporabila.

Junija letos bo na ESČP potekala glavna obravnava v meddržavnem postopku med Slovenijo in Hrvaško v zvezi s terjatvami Ljubljanske banke do hrvaških podjetij (na podlagi slovenske tožbe iz leta 2016). V tožbi Slovenija dokazuje, da je Hrvaška kršila EKČP, ker so hrvaške sodne in izvršilne oblasti s svojim sistematičnim ravnanjem LB v zadnjih 25 letih onemogočale izterjavo terjatev do hrvaških podjetij in jo tako nezakonito prikrajšale za njeno premoženje. Dolžniki LB na Hrvaškem pa so se na ta način izognili poplačilu svojih dolgov.

Nesporno je, da EKČP varuje pravice vsake pravne osebe in da morajo države priznavati pravice vsakomur, ki spada v njihovo pristojnost (1. člen). Ker LB ne more vložiti individualne tožbe na ESČP,⁶⁰ se varstvo njenih pravic pred ESČP lahko zagotovi le z institutom meddržavne tožbe. Obe formalni predpostavki za vložitev meddržavne tožbe sta izpolnjeni: izčrpanje notranjih pravnih sredstev in pravilo šestmesečnega roka. Moramo izhajati iz prepričanja, da bo ESČP po dokončni

⁵⁷ Sodba Ališić, 83. odstavek.

⁵⁸ ZNISEČP v 23. členu nalaga obveznost pogajanj držav naslednic v dobri veri po 7. členu Priloge C k Sporazumu, kar je potrdil tudi veliki senat v 60. odstavku sodbe.

⁵⁹ Sodba Ališić, 121. odstavek.

⁶⁰ Sklep senata prve sekcije ESČP, zadeva Ljubljanska banka d. d. proti Hrvaški, pritožba št. 29003/07, 4. junij 2015.

odločitvi o pravici do premoženja deviznih varčevalcev, ki jo Slovenija spoštuje in dosledno izvaja, našlo pravično rešitev v primeru kršitev s strani Hrvaške. V nasprotnem primeru bi kršitve na Hrvaškem ostale neodpravljene in nekaznovane. Tudi z vidika krepitve legitimnosti ESČP in aktualnega diskurza o avtoriteti njegovih sodb sodišče ne bi smelo dopustiti, da vprašanje Ljubljanske banke na Hrvaškem ostane nedorečeno.

LITERATURA IN VIRI:

- Akcijski načrt Slovenije za izvršitev sodbe Ališić, 11. december 2014, dokument Sveta Evrope DH-DD(2015)86, 20. 1. 2015.
- Delno odklonilno ločeno mnenje sodnice Nussbergerjeve, ki se mu je pridružil sodnik Popović, zadeva Ališić in dva druga proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji, pritožba št. 60642/08, 16. julij 2014.
- HOJNIK, Janja. Poplačilo deviznih varčevalcev LB: pravična razdelitev dolgov nekdanje Jugoslavije med države naslednice. *Pravna praksa*, leto 34, št. 31/32 (2015), str. II–VIII.
- Informacija o prenesenih „starih“ deviznih vlogah v Federaciji Bosne in Hercegovine, Sklad RS za nasledstvo.
- Končni sklep glede dopustnosti, zadeva Suljagić proti Bosni in Hercegovini, pritožba št. 27912/02, 20. junij 2006.
- Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94.
- LEGG, A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LOCKWOOD, B. B., FINN, J. in JUBINSKY, G. Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions. *Human Rights Quarterly*, vol. 7, št. 1, str. 35–88.
- MARKO, Matjaž. Ločeno mnenje v zadevi Ališić – nemška sodnica zelo blizu slovenskim argumentom. *Pravna praksa*, leto 33, št. 36 (18. september 2014), str. 17–19.
- MARKO, Matjaž. Kako široko je polje proste presoje v sodbah ESČP?: analiza doktrine Margin of Appreciation glede na postopek s pilotno sodbo v zadevi Ališić. *Pravna praksa*, leto 35, št. 36-37 (priloga) (22. september 2016), str. II–VIII.
- MARKO, Matjaž. *Polje proste presoje in postopek s pilotno sodbo ESČP v zadevi Ališić*. Magistrska naloga, Ljubljana: Pravna fakulteta, 2016.
- MARKO, Matjaž. Kaj ESČP sporoča tistim, ki so v enakem položaju kot Emina Ališić?, *Pravna praksa*, leto 36, št. 18 (11. maj 2017), str. 14–15.

- NOVINC, Tadeja, in LOVŠIN, Tanja. Verifikacija starih deviznih vlog – sodba v zadevi Ališić. *Pravna praksa*, leto 36, št. 7-8 (23. Februar 2017), str. 9–12.
- Odločba Ustavnega sodišča Federacije BiH št. U-10/00 z dne 8. 1. 2001.
- Pojasnila Republike Slovenije Odboru ministrskih namestnikov, document Sveta Evrope št. DH-DD(2015)770E, 20. julij 2015.
- POLAK PETRIČ, Ana. Mednarodno pravo in Slovenija: primer deviznih varčevalcev na Hrvaškem. V: Zidar, A., in Štiglic, S. (ur.), *Slovenske misli o mednarodnih odnosih in pravu, prispevki ob 80-letnici dr. Ernesta Petriča*. Ljubljana: Zbirka mednarodno pravo, 2016, str. 283–301.
- Resolucija Odbora ministrskih namestnikov Sveta Evrope, CM/ResDH(2018)111 on Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Ališić against Serbia and Slovenia, 15. marec 2018.
- Sklep ESČP, zadeva Vehbija Hodžić proti Sloveniji, pritožba št. 3461/08, 27. april 2017.
- Sklep ESČP, zadeva Stojan Zeljković proti Sloveniji, pritožba št. 33805/17, 5. september 2017.
- Sodba velikega senata ESČP, zadeva Ališić in dva druga proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji, pritožba št. 60642/08, 16. julij 2014 (sodba Ališić).
- Sklep senata prve sekcije ESČP, zadeva Ljubljanska banka d. d. proti Hrvaški, pritožba št. 29003/07, 4. junij 2015.
- Sodba senata četrte sekcije ESČP, zadeva Ališić in dva druga proti Bosni in Hercegovini, Hrvaški, Srbiji, Sloveniji in nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji, pritožba št. 60642/08, 6. november 2012.
- Sporazum o vprašanih nasledstva (MSVN), Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 20/02.
- ŠKRK, Mirjam, POLAK PETRIČ, Ana, in RAKOVEC, Marko. The agreement on succession issues and some dilemmas regarding its implementation. *Zbornik znanstvenih razprav*, letn. 75 (2015), str. 213–261, 310–311.
- Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91-I.
- Ustavni zakon za izvedbo Temeljne ustavne listine o samostojnosti in neodvisnosti Republike Slovenije (UZITUL), Uradni list RS, št. 1/91-I.
- Zakon o načinu izvršitve sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi številka 60642/08 (ZNISESČP), Uradni list RS, št. 48/15.
- Zakon o obligacijskih razmerjih, Uradni list SFRJ, št. 29/78 s spremembami.
- Zakon o poravnavanju obveznosti iz neizplačanih deviznih vlog, Uradni list RS, št. 7/93.
- Zakon o utvrđivanju i realizaciji potraživanja građana u postupku privatizacije, Uradni list Federacije BiH, št. 27/97.

KAKO PREPREČITI KRŠITVE EKČP

dr. Miodrag Đorđević, vrhovni sodnik svetnik, podpredsednik Vrhovnega sodišča, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Prispevek je nastal ob praznovanju 60-letnice Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP ali sodišče) kot **varuha človekovih pravic in vladavine prava**, ki je bilo na podlagi Evropske konvencije o človekovih pravicah (v nadaljevanju EKČP ali konvencija) ustanovljeno leta 1959.

Že na začetku velja opozoriti, da **poudarek pri varovanju človekovih pravic** ni na deklariranju človekovih pravic v konvenciji, temveč **na njihovem uresničevanju** in s tem **učinkovitosti pravnega varstva**, ki ga zagotavlja ESČP.

Učinkovito pravno varstvo je namreč eden od pglavitnih dejavnikov, ki prispevajo h **kreptvi zaupanja v sodstvo**. Kako pomembna je krepitev zaupanja v sodstvo, pa se kaže v dejstvu, da je ESČP ob začetku sodnega leta 2019 izdalo dokument prav s tem naslovom (*»Strengthening the confidence in the judiciary«*).

ESČP zagotavlja uveljavljanje evropskih standardov varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju človekovih pravic), s čimer pomembno vpliva na prakso nacionalnih sodišč.

2. RAZMERJE MED ESČP IN NACIONALNIMI SODIŠČI

Temeljne pravice so urejene v EKČP. Namen njihove razlage v številnih odločbah ESČP je usklajenost evropskega prava človekovih pravic z nacionalnim pravom ob upoštevanju, da je cilj Sveta Evrope doseči večjo enotnost med njegovimi članicami ter da sta med načini za zagotavljanje tega cilja varstvo in nadaljnji razvoj človekovih pravic. Odločbe ESČP so namreč naslovljene tako na državo respondentko kakor tudi na druge države, podpisnice EKČP (v nadaljevanju države podpisnice).

Usklajevanje prava človekovih pravic poteka **preventivno** (primarni cilj ESČP je namreč preprečiti kršitve človekovih pravic), in sicer z:

- izdajo pilotnih sodb,
- uporabo načela subsidiarnosti,
- izdajo svetovalnih mnenj.

Namen instituta **pilotne sodbe** je pomoč državi podpisnici pri odpravi sistemskih ali strukturnih problemov, ki povzročijo pripad podobnih ali istovrstnih zadev na ESČP. V pilotni sodbi ESČP ugotovi, ali je v konkretni zadevi šlo za kršitev EKČP;

ugotovi nepravilnost v nacionalnem pravu, ki je vzrok za kršitev konvencije; poda jasne usmeritve, kako (s katerimi ukrepi) odpraviti ugotovljeno nepravilnost; in prispeva k oblikovanju domačega (pravnega) sredstva, primernega za prihodnje obravnavanje podobnih zadev.

V skladu z **načelom subsidiarnosti** imajo nacionalna sodišča primarno (glavno) vlogo pri varovanju pravic in svoboščin, zagotovljenih s konvencijo. Načelo subsidiarnosti velja za procesni in vsebinski del postopka. Pri procesnem delu je to predvsem zahteva po izčrpanju domačih pravnih sredstev (v formalnem in vsebinskem pogledu); pri vsebinskem pa pravilo četrte stopnje (*»the fourth instance rule«*, po katerem ima ESČP le omejeno pristojnost pri presoji, ali sta bili razlaga in uporaba nacionalnega prava pravilni), in doktrina svobodne presoje (*»the doctrine of the margin of appreciation«*, po kateri so nacionalne oblastne institucije v boljšem položaju od ESČP glede ocene potrebnosti in sorazmernosti ukrepov, ki so v navzkrižju s pravicami in svoboščinami, zagotovljenimi s konvencijo, pri čemer pa ESČP v praksi preveri pravilnost presoje sorazmernosti na nacionalni ravni).

Protokol št. 16 omogoča sodišču države podpisnice, da zaprosi ESČP za izdajo **svetovalnega mnenja** glede načelnih vprašanj, ki se nanašajo na razlago ali uporabo pravic in svoboščin, določenih s konvencijo oziroma protokoli.

3. SVETOVALNO MNENJE (Protokol št. 16)

Republika Slovenija je 2. oktobra 2013 (v skupini prvih sedmih držav) podpisala Protokol št. 16 h konvenciji. Protokol se uvršča v okvir reforme ESČP, njegov glavni namen pa je razbremeniti sodišče. Pomemben namen je tudi spodbuditi dialog med ESČP in nacionalnimi sodišči.

Protokol širi jurisdikcijo ESČP na dajanje svetovalnih mnenj nacionalnim sodiščem držav članic Sveta Evrope. Uvaja sistem, po katerem lahko nacionalna sodišča prekinejo nacionalne postopke in ESČP zaprosijo za svetovalno mnenje **glede pravnih vprašanj** v zvezi z razlago konvencije in njenih protokolov.

Najvišja sodišča vsake države podpisnice lahko zaprosijo za svetovalno mnenje samo v zvezi z zadevo, ki jo obravnavajo, pri čemer morajo navesti razloge za svoje zaprosilo ter ustrezno dejansko in pravno ozadje obravnavane zadeve.

ESČP ima diskrecijsko pravico odločanja, ali bo na vprašanje odgovorilo ali ne; na drugi strani pa država podpisnica ni zavezana upoštevati mnenja ESČP. Svetovalno mnenje ne prejudicira morebitnih prihodnjih odločitev ESČP v zadevi, če bi stranke pred njim naknadno sprožile spor.

ESČP je v zvezi z izvajanjem Protokola št. 16 izdalo smernice (*»Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention«*), ki jih je potrdilo na plenarni seji 18. septembra 2017. Smernice vsebujejo napotke, v katerih primerih je primerno zaprositi za izdajo svetovalnega mnenja in v kateri fazi nacionalnega postopka ter »tehnična« navodila o obveznih sestavinah zaprosila ter njegovi obliki in njegovem obsegu.

Protokol velja od 1. avgusta 2018.

Prvo svetovalno mnenje (No. P16-2018-001) je bilo (na predlog francoskega kasacijskega sodišča) izdano 10. aprila 2019.

4. SPREMLJANJE SODNE PRAKSE (ESČP (in US RS))

Evidenčni oddelek Vrhovnega sodišča Republike Slovenije je bil 1. maja 2018 preoblikovan v **Oddelek za spremljanje sodne prakse** (OSSP), katerega poglavitna pristojnost je evidentiranje sodne prakse. Tako prek internetne oziroma intranetne strani Vrhovnega sodišča RS omogoča dostop do odločb ESČP. Poleg tega zagotavlja prevode najpomembnejših odločb ESČP v slovenski jezik, ki sodnikom omogočajo spremljanje sodne prakse na področju mednarodnega (evropskega) prava oziroma človekovih pravic. V okviru oddelka od 1. maja 2018 deluje tudi nova **Služba za analize in raziskave** (SAR), ki pripravlja predvsem primerjalne pravne analize tuje sodne prakse.

Posamezniki, ki smo med prejemniki e-sporočil ESČP, sproti prejemamo obvestila za javnost (*»Press Releases«*)¹. Mogoča je tudi individualna prijava na: www.echr.coe.int/RSS/en.

Državno odvetništvo Republike Slovenije na svoji spletni strani objavlja prevode odločb ESČP zoper Slovenijo (v slovenskem jeziku) in o njih obvešča Vrhovno sodišče RS oziroma vrhovne sodnike.

Opozarja jih tudi na probleme, ki jih je zaznalo v odločbah ESČP. Tako je na primer v dopisu z dne 7. 3. 2019 opozorilo na »nezadostnost obrazložitve razlogov, ki utemeljujejo omejitev pritožnikove svobode izražanja. Ker ta pravica strank v sodnih postopkih ni neomejena, poseg vanjo pa je zaradi varovanja avtoritete in nepristranskosti sodstva ob izpolnjevanju določenih pogojev dopusten, je ustreznost in zadostnost razlogov, s katerimi nacionalna sodišča utemeljijo poseg v pritožnikovo pravico do svobode izražanja, po sodni praksi Sodišča [ESČP] temeljni pogoj za to, da se doseže pravično ravnovesje med varovanjem avtoritete sodstva na eni in pritožnikove svobode izražanja na drugi strani«.

Poleg tega Državno odvetništvo RS (v skladu z navodilom generalnega državnega odvetnika št. DP-A01-277/2015 z dne 10. 9. 2015), seznanja Urad predsednika Vrhovnega sodišča RS z vsemi zadevami, ki se nanašajo na nepravilno delo sodišč.

5. IZOBRAŽEVANJE

Ministrstvo za pravosodje izvaja sistemske ukrepe za preprečevanje kršitev, ki jih je ugotovilo ESČP (v skladu s splošnim priporočilom Varuha človekovih pravic iz pregleda dela v obdobju 2013–2018). Eden od takšnih ukrepov je izobraževanje.

¹ Obvestilo za javnost je opremljeno z izjavo (*»disclaimer«*), da *»This press release is a document produced by the Registry. It does not bind the Court«*.

Osnovne oblike izobraževanj potekajo v okviru sodniških šol in delavnic, ki jih organizira **Center za izobraževanje v pravosodju** (v nadaljevanju CIP) **pri Ministrstvu za pravosodje**, v katere so vključena tudi posamezna predavanja o človekovih pravicah. Glede na pomen in uveljavljenost človekovih pravic pa bi kazalo razmisliti o organizaciji samostojne sodniške šole o človekovih pravicah.

Ena od posebnih oblik izobraževanja (v okviru sodniškega dialoga) je bila **organizacija srečanja slovenskih vrhovnih sodnikov s slovenskim sodnikom ESČP v Strasbourgu dr. Markotom Bošnjakom** (v Ljubljani 14. 2. 2019). Šlo je za strokovno srečanje kot del tvornega dialoga ESČP z najvišjimi sodišči držav članic Sveta Evrope in ki so sicer običajna praksa v drugih evropskih državah.

Maja 2019 je v okviru sodniškega dialoga potekalo tudi srečanje sodnikov Vrhovnega in Ustavnega sodišča RS.

Mogoča je tudi **organizacija (enotedenskega ali dvotedenskega) obiska ESČP** za zainteresirane vrhovne sodnike.

Iz Bruselske deklaracije (v zvezi s Priporočilom Sveta Evrope Rec(2004)4 glede EKČP v univerzitetnem izobraževanju in poklicnem usposabljanju) izhaja, naj države podpisnice na državni ravni okrepijo prizadevanja za izobraževanje sodnikov, tožilcev, odvetnikov in uslužbencev o EKČP in njenem izvajanju, vključno glede izvrševanja odločb ESČP, z zagotavljanjem, da je EKČP sestavni del njihovega poklicnega usposabljanja in usposabljanja na delovnem mestu, kjer je to pomembno, vključno s programi HELP Sveta Evrope, programi ESČP in njegovih publikacij.

6. HELP

Republika Slovenija je prek CIP vključena v evropski program **izobraževanja o človekovih pravicah za pravne strokovnjake** (pred tem in v nadaljevanju **HELP**). Gre za uporabo EKČP na nacionalni ravni v skladu s priporočilom Sveta ministrov (2004), Brightonso deklaracijo in Resolucijo parlamentarne skupščine Sveta Evrope št. 1982 (2014).

Mrežo HELP sestavljajo predstavniki nacionalnih institucij za izobraževanje sodnikov in tožilcev (*Focal Points*) ter odvetnikov (*Info Points*) o človekovih pravicah.

Omrežje HELP zbira dobre prakse ter je z učnimi programi in gradivi pravnim strokovnjakom v pomoč pri uporabi konvencije pri njihovem vsakodnevem delu.

Tako bo Republika Slovenija v zvezi z uveljavitvijo novega družinskega zakonika (septembra 2019) s sodelovanjem sekretariata HELP organizirala spletno delavnico za sodnike o družinskem pravu. Otvoritveni dogodek bo organizirala tudi za pravne strokovnjake iz Litve in Poljske.²

2 Republika Slovenija je takšen dogodek prvič organizirala septembra 2016 v Portorožu, pri čemer je tečaj o delavskih pravicah izvedla pod vodstvom mag. Marjana Debelaka, vrhovnega sodnika Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, in doc. dr. Luke Tičarja, profesorja Pravne fakultete v Ljubljani, ter drugič marca 2018 v Ljubljani, pri čemer je tečaj o nasilju nad ženskami in o družinskem nasilju izvedla pod vodstvom Katarine Bervar Sternad, direktorice Pravno-informacijskega centra nevladnih organizacij.

Informacije o izobraževanju za vse pravne strokovnjake v 47 državah članicah Sveta Evrope so na voljo na spletni strani HELP: <http://www.coe.int/help>.

Spletna stran HELP je platforma za dostop do gradiv za učenje na daljavo in samostojno učenje v zvezi z ESČP in evropskimi standardi na področju človekovih pravic. Gradivo za **učenje na daljavo** je na voljo za izbrane skupine pravnih strokovnjakov, ki sodelujejo v pilotnih programih izobraževanja. Gradivo za **samostojno učenje** pa je dosegljivo vsakemu uporabniku, ki si ustvari račun na: <http://help.ppa.coe.int/login>.

Gradivo je pripravljeno za vsak posamezni člen EKČP in določene teme s področja človekovih pravic. Metodologija HELP temelji na načelu odprtega izobraževanja in upošteva pogosto pomanjkanje časa, ki pesti pravne strokovnjake.

Informacije so objavljene tudi na zavihku HELP na spletni strani Ministrstva za pravosodje Republike Slovenije: http://www.mp.gov.si/si/izobrazevanje_v_pravosodju_cip/help_program/

Tečaji HELP so primerni tudi kot dopolnilna (ne kot nadomestna) metoda izobraževanja študentov prava (v okviru predmeta evropsko pravo človekovih pravic)³ in tudi **kandidatov za sodniško funkcijo**. Pri tej metodi gre za učenje na daljavo prek spletne platforme HELP. Format dopušča dodajanje dodatnih virov ter omogoča medsebojno komunikacijo študentov in univerzitetnih profesorjev prek forumov, sporočil ipd. Platforma omogoča spremljanje napredka in ocenjevanje študentov. Raznolikost tečajev HELP omogoča večstopenjski pristop (z različno težavnostjo tečajev za različne skupine študentov).

7. NEPOSREDNA UPORABA EKČP (8. člen URS)

»Zakoni in drugi predpisi morajo biti v skladu s splošno veljavnimi načeli mednarodnega prava in z mednarodnimi pogodbami, ki obvezujejo Slovenijo. Ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe se uporabljajo neposredno.«

EKČP je bila pripravljena 4. novembra 1950 v Rimu in je začela veljati septembra 1953. Temelji na Splošni deklaraciji človekovih pravic, ki jo je leta 1948 v New Yorku razglasila Generalna skupščina Združenih narodov. EKČP ima enake cilje kakor Svet Evrope glede ohranjanja in krepitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Republika Slovenija je Zakon o ratifikaciji Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (spremenjene s protokoli št. 3, 5 in 8 ter dopolnjene s Protokolom št. 2, ter njenih protokolov št. 1, 4, 6, 7, 9, 10 in 11) sprejela na seji Državnega zbora Republike Slovenije 31. maja 1994. Zakon o ratifikaciji EKČP je bil objavljen v Uradnem listu RS, št. 33/94 z dne 13. 6. 1994, veljati pa je začel 28. 6. 1994.

3 Prof. dr. Saša Zagorc, nosilec predmeta, je tečaje HELP vključil v učni načrt kot pomožni študijski pripomoček.

Z ratifikacijo EKČP se je Republika Slovenija mednarodnopravno zavezala, da bo spoštovala standarde varstva človekovih pravic, zagotovljene z EKČP. Z vidika nacionalnega prava ni sporno, da se konvencija uporablja neposredno, kar pomeni, da jo morajo upoštevati zlasti sodišča, ko odločajo o pravicah in obveznostih posameznikov.

Tako je Vrhovno sodišče RS pojasnilo, da »je EKČP neposredno del prava Republike Slovenije, se uporablja torej neposredno in ne potrebuje posebnih izvedbenih predpisov in se lahko sodišča in stranke neposredno sklicujejo na njene določbe (*self-executing norms*)« (7. točka obrazložitve sodbe (Kazenskega oddelka) I Ips 6667/2010 z dne 14. 12. 2017).

Vrhovno sodišče lahko torej EKČP upošteva neposredno kot razlog za odločitev. Lahko pa jo upošteva tudi posredno prek stališč ESČP pri razlagi ustave ali zakona.

Pri tem Ustava Republike Slovenije (v nadaljevanju URS) daje poseben pomen EKČP, saj v petem odstavku 15. člena določa, da »*nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevati z izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri*«.

Primarno so za zagotovitev varstva človekovih pravic odgovorna redna sodišča,⁴ saj je njihovo uveljavljanje lahko učinkovito le, če se v skladu z načelom subsidiarnosti uresničujejo že v postopkih pred rednimi sodišči. Zato mora vsak sodnik rednega sodstva odločati ne le ob upoštevanju nacionalnih zakonov, temveč tudi ob upoštevanju evropskega prava, kar pomeni, da mora delovati tudi kot evropski sodnik.

8. VEZANOST NA USTAVO IN ZAKON (125. člen URS)

URS izhaja iz »*temeljnih človekovih pravic in svoboščin*«, kakor izhaja iz njene preambule.

Slovenija je v skladu z 2. členom URS pravna država. Načeli pravne države pa sta med drugim spoštovanje človekovih pravic in zagotavljanje njihovega učinkovitega pravnega varstva pred domačimi sodišči. To varstvo je zagotovljeno tako, da 125. člen URS določa: »*Sodniki so pri opravljanju sodniške funkcije neodvisni. **Vezani so na ustavo in zakon.***«

Vsak sodnik rednega sodstva mora odločati ob upoštevanju ustavnih določb in nacionalnih zakonov, pri čemer je katalog ustavnih pravic širši, popolnejši, podrobnejši in zahtevnejši od kataloga konvencijskih pravic.

To po eni strani pomeni, da sodniki pri odločanju »nikomur ne smejo dati več pravic, kot mu jih dajeta Ustava RS in zakon« (9. točka obrazložitve sklepa (Upravnega oddelka) Vrhovnega sodišča I Up 57/2015 z dne 8. 4. 2015); po drugi strani pa,

⁴ Glej na primer sklep US RS št. Up-139/99 z dne 30. 5. 2000.

»da so sodišča tista, ki so poklicana k razlagi zakonskih določb, vendar pa jih morajo razlagati ustavno skladno. Če je mogoče zakonske določbe razlagati na več načinov, je v pristojnosti sodišč odločitev, kako jih bodo v skladu s pravili razlage pravnih norm razlagala, vendar pa pri tem ne smejo izbrati razlage, ki bi hkrati pomenila kršitev človekove pravice ali temeljne svoboščine« (14. točka obrazložitve sklepa (Upravnega oddelka) Vrhovnega sodišča X Ips 48/2016 z dne 10. 7. 2017 v zvezi s 6. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča Up-492/11 z dne 9. 5. 2013).

9. KRŠITEV ČLOVEKOVIH (IN USTAVNIH) PRAVIC KOT POSEBEN PRITOŽBENI IN REVIZIJSKI RAZLOG

Pomembno mesto v katalogu človekovih pravic v EKČP zavzema **pravica do sodnega varstva**.

6. člen EKČP (pravica do poštenega sojenja) določa:

»Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega () **pravično** in (*) **javno** ter (*) **v razumnem roku** odloča (*) **neodvisno** in (*) **nepristransko** (*) **z zakonom ustanovljeno sodišče**.«.* (prvi odstavek)

13. člen EKČP (pravica do učinkovitega pravnega sredstva) določa:

»Vsakdo, čigar pravice in svoboščine, ki jih priznava ta Konvencija, so kršene, ima pravico do učinkovitih pravnih sredstev pred domačimi oblastmi, in to tudi, če je kršitev storila uradna oseba pri opravljanju uradne dolžnosti.«

Določbe o pravicah v sodnih postopkih (**temeljna procesna jamstva**) pa zavzemajo pomembno mesto tudi v katalogu človekovih pravic v URS. Gre za pravno zavarovana upravičenja, saj URS zagotavlja sodno varstvo človekovih pravic in pravico do odprave posledic njihove kršitve (četrti odstavek njenega 15. člena).

22. člen URS (enako varstvo pravic) določa:

»Vsakomur je zagotovljeno enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in pred drugimi državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih.«

23. člen URS (pravica do sodnega varstva) določa:

»Vsakdo ima pravico, da o njegovih pravicah in dolžnostih ter o obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče.« (prvi odstavek)

»Sodi mu lahko samo sodnik, ki je izbran po pravilih, vnaprej določenih z zakonom in s sodnim redom.« (drugi odstavek)

24. člen URS (javnost sojenja) določa:

»Sodne obravnave so javne. Sodbe se izrekajo javno. Izjeme določa zakon.«

25. člen URS (pravica do pravnega sredstva) določa:

»Vsakomur je zagotovljena pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva proti odločbam sodišč in drugih državnih organov, organov lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil, s katerimi ti odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih.«

10. FORMALNO IN VSEBINSKO IZČRPAJENJE PRAVNIH SREDSTEV

Predpostavka za **vložitev ustavne pritožbe** ni le formalno izčrpanje pravnih sredstev, temveč tudi njihovo vsebinsko izčrpanje, kar pomeni, da mora ustavni pritožnik trditve o domnevni neustavnosti ureditve, na kateri temelji odločitev (v njegovem primeru), uveljavljati že v postopku pred pristojnimi sodišči. Do teh trditev se morajo namreč sodišča, ki so pri odločanju vezana na ustavo in zakon (125. člen URS), v skladu z 22. členom URS opredeliti ter jih bodisi argumentirano zavrniti bodisi, če se z njimi strinjajo, po 156. členu URS prekiniti postopek in začeti postopek za oceno ustavnosti **pred ustavnim sodiščem**.

ZAKON O PRAVDNEM POSTOPKU (v nadaljevanju ZPP) kot **pritožbeni razlog** določa »bistvene kršitve določb pravnega postopka« (1. točka prvega odstavka njegovega 338. člena). Kot **revizijski razlog** določa kršitve določb pravnega postopka pred sodiščem prve stopnje, ki jih je stranka uveljavljala pred sodiščem druge stopnje, in bistvene kršitve določb pravnega postopka pred sodiščem druge stopnje (prvi odstavek njegovega 370. člena).

Na enak način bi lahko ZPP kot **dodatni (samostojni) pritožbeni oziroma revizijski razlog** določal kršitev določb EKČP (**kršitev** človekovih pravic) in določb URS (**kršitev** ustavnih pravic). Namesto da se stranke v pritožbi oziroma reviziji sklicujejo na 8. točko drugega odstavka 339. člena ZPP, ki določa, da je bistvena kršitev določb pravnega postopka vselej podana, »če kakšni stranki z nezakonitim postopanjem [zlasti pa z opustitvijo vročitve] ni bila dana možnost obravnavanja pred sodiščem«.

Podobno velja za **ZAKON O KAZENSKEM POSTOPKU** (v nadaljevanju ZKP), v katerem pa je za razliko od ZPP deloma (konkretno) izpeljano upoštevanje človekovih pravic v postopku pred sodiščem.

ZKP namreč v 416. členu (glede **obnove postopka**) določa, da »se določbe poglavja o obnovi kazenskega postopka (členi 406 do 415) smiselno uporabljajo tudi, kadar je vložena zahteva za spremembo pravnomočne sodne odločbe na podlagi odločbe [U]stavnega sodišča, s katero je bil razveljavljen ali odpravljen predpis, na podlagi katerega je bila izdana pravnomočna obsodilna sodba, ali na podlagi odločbe Evropskega sodišča za človekove pravice, ki se nanaša na kakšen razlog za obnovo kazenskega postopka«.

V četrtem odstavku 421. člena pa (glede **zahteve za varstvo zakonitosti**) ZKP določa, da »[č]e je z odločbo Evropskega sodišča za človekove pravice ugotovljeno, da je bila s pravnomočno sodno odločbo v škodo obdolženca kršena človekova pravica ali temeljna svoboščina, se rok za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti šteje od dneva vročitve odločbe Evropskega sodišča obdolžencu«, pri čemer v petem odstavku 421. člena dodaja, da »je mogoče zahtevo za varstvo zakonitosti iz prejšnjega odstavka vložiti tudi zoper odločbo [V]rhovnega sodišča.«

11. SKLEP

Zaupanje v sodstvo je tesno povezano z legitimnostjo sodišč, zakonitostjo in pravilnostjo sodnih odločb. Krepitev zaupanja v sodstvo je najpomembnejši cilj, saj je prvo in glavno poslanstvo sodišč zaščita pravne države in vladavine prava.

V tem kontekstu je pomembno **zavedanje o pomenu in spoštovanju človekovih pravic**; kar zadeva sodišča, pa je pomembno **njihovo upoštevanje že od začetka sojenja na prvi stopnji**. Najučinkovitejše varstvo človekovih pravic je namreč njihovo sodno varstvo. Enako pomembno je **upoštevanje sodb ESČP in njihove argumentacije**, ki usmerjajo učinkovito varstvo človekovih pravic v postopku pred nacionalni sodišči. V zvezi s tem velja omeniti, da se Vrhovno sodišče RS v svojih odločbah vse pogostejše sklicuje na odločbe ESČP, kar pomeni, da sodna praksa ESČP prehaja v sodno prakso rednih sodišč. Tako se redna sodišča tudi vse pogostejše neposredno sklicujejo na določbe EKČP. Slovenski sodniki namreč delujemo tudi kot evropski sodniki.

Izvrševanje sodb ESČP

Sicer pa sta spoštovanje človekovih pravic in zagotavljanje pravne države med vodilnimi prednostnimi nalogami Ministrstva za pravosodje in Vlade Republike Slovenije. S tem v zvezi je bila z novelo Zakona o državni upravi iz leta 2014 med naloge Ministrstva za pravosodje dodana naloga »usmerjanja ministrstev glede izvrševanja sodb mednarodnih sodišč«, predvsem sodb ESČP. V letu 2016 pa je bila ustanovljena **medresorska delovna skupina za koordinacijo izvrševanja sodb ESČP**, ki jo sestavljajo predstavniki več ministrstev, Državnega odvetništva RS, **Vrhovnega sodišča RS** in Varuha človekovih pravic RS. Šele z izvršitvijo sodb ESČP v domačem pravnem redu se namreč dejansko uresniči pravica posameznika do učinkovitega sodnega varstva.

ESČP – VARUH ČLOVEKOVIH PRAVIC IN VLADAVINE PRAVA – IZVRŠEVANJE SODB ESČP IN NADZOR NAD NJIM¹

mag. Robert Golobinek

vodja projektne skupine za koordinacijo izvrševanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice pri Ministrstvu za pravosodje in vodja Sektorja za kaznovalno pravo in človekove pravice Ministrstva za pravosodje

1. UVOD

Evropsko sodišče za človekove pravice v Strasbourgu (ESČP) ima pomembno vlogo pri prizadevanjih mednarodne skupnosti za vladavino prava in človekove pravice. S svojo 60-letno prakso postavlja ogledalo državam članicam Sveta Evrope, zagotavlja pravno varstvo posameznikom v primeru kršitev njihovih temeljnih pravic in svoboščin s strani držav, prav tako pa razlaga, napolnjuje in razvija človekove pravice in svoboščine, kot so opredeljene v Evropski konvenciji o človekovih pravicah iz leta 1950² (EKČP).

Ministrstvo za pravosodje je v sodelovanju s Pravno fakulteto Univerze v Ljubljani 16. aprila 2019 organiziralo posvet ob 60-letnici ESČP z naslovom »ESČP – VARUH ČLOVEKOVIH PRAVIC IN VLADAVINE PRAVA«. Na posvetu so sodelovali tudi najvišji predstavniki slovenskega pravosodja, slovenski sodnik na ESČP, stalna predstavnica Republike Slovenije pri Svetu Evrope ter vabljeni strokovnjaki iz Slovenije in tujine. Na prvem panelu so bila v ospredju zlasti vprašanja o vlogi ESČP v sistemu varstva človekovih pravic Sveta Evrope in njegovem pomenu za spoštovanje vladavine prava. Na drugem panelu je potekala razprava o možnih pristopih na nacionalni ravni za preprečevanje kršitev EKČP in obsodb ESČP, na tretjem panelu pa je bil izpostavljen pomen izvrševanja sodb ESČP in nadzora Sveta Evrope nad njihovim izvrševanjem.

V tem prispevku so navedene temeljne informacije o postopku izvrševanja sodb ESČP v državi, o nadzoru nad izvrševanjem, ki ga izvaja Odbor ministrov Sveta Evrope, ter napredku in aktivnostih, ki jih v zadnjih letih na tem področju izvaja Republika Slovenija. Izpostavljena so tudi nekatera vprašanja, povezana s pozitivno obveznostjo države, da izvede učinkovito preiskavo očitkov o kršitvi 2. in 3. člena EKČP, ter vprašanja obnove postopka po sodbi ESČP.

1 Prirejeno po prispevku za posvet ob obeležitvi 60-letnice Evropskega sodišča za človekove pravice, Pravna fakulteta, 16. april 2019.

2 Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin s protokoli (Rim, 4. 11. 1950), <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>.

2. SPLOŠNO O IZVRŠEVANJU SODB EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Evropska konvencija o človekovih pravicah

46. člen: Obveznost in izvršitev sodb

Visoke pogodbenice se obvezujejo, da bodo spoštovale končno sodbo Sodišča v vsaki zadevi, v kateri nastopajo kot stranke.

Končna sodba Sodišča se pošlje Odboru ministrov, ki nadzoruje njeno izvršitev.

Izvrševanje sodb ESČP je konvencijska obveznost države članice Sveta Evrope in zavezuje državo in njene organe. Pri izvrševanju sodelujejo organi izvršilne in sodne veje oblasti, lahko pa tudi zakonodajne veje oblasti, kadar je zaradi sistemskih pomanjkljivosti ali preprečitve podobnih kršitev potrebna sprememba zakonodaje. Kot izhaja iz 46. člena EKČP, je nadzor nad izvrševanjem sodb politični, in sicer ga izvaja Odbor ministrov Sveta Evrope v sestavi ministrskih namestnikov (človekove pravice). Svet Evrope in ESČP nimata na voljo prisile, ki bi zagotavljala izvrševanje sodb ESČP. To vlogo opravljajo države in odbor ministrov Sveta Evrope.

Postopek izvrševanja sodb ESČP v okviru države ima svoje posebnosti. Po sprejeti sodbi ESČP lahko stranke na podlagi 43. člena EKČP v treh mesecih vložijo zahtevo za obravnavo na Velikem senatu ESČP, ki ga sestavlja 17 sodnikov³, sicer postane sodba dokončna.

Državno odvetništvo v skladu s tretjim oddelkom Zakona o državnem odvetništvu⁴ zastopa državo pred ESČP (pripravlja odgovor na pritožbo), po dokončnosti sodbe, s katero je bila ugotovljena kršitev konvencije, pa plača dosojeno pravično zadoščenje oziroma odškodnino ter stroške.

V šestih mesecih od dokončnosti sodbe mora država pripraviti akcijsko poročilo, kadar meni, da so sprejeti vsi potrebni individualni in splošni ukrepi, oziroma akcijski načrt, v katerem opiše načrtovane ukrepe, ki niso bili izvedeni. Pripravo akcijskega načrta oziroma poročila usklajuje ministrstvo za pravosodje v sodelovanju z nosilnim ministrstvom, državnim odvetništvom, v nekaterih primerih pa tudi predstavniki sodstva in drugih organov. Pri pripravi je v pomoč tudi Vodnik za pripravljanje akcijskih načrtov oziroma akcijskih poročil⁵.

3 <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=>

4 Zakon o državnem odvetništvu (Uradni list RS, št. 23/17).

5 <https://www.coe.int/en/web/execution/vademecum>.

Ukrepi so navedeni v spodnji preglednici.

Individualni ukrepi Pravično zadoščenje Odškodnina za premoženjsko in nepremoženjsko škodo Obnova postopka (reopening) <i>Ponovna učinkovita preiskava</i> <i>Zahteva za varstvo zakonitosti</i> (421. člen ZKP)	Splošni ukrepi Seznanitev s sodbo, objava v Sodnikovem informatorju Uspostavljanje o standardih ESČP (CIP MP) Upoštevanje sodbe v sodni praksi: prilagoditev prakse in presoje domačih organov (napaka?) in sodišč (izčrpanje notranjih pravnih sredstev, vključno z ustavno pritožbo) Sprememba zakonodaje – sistemski problemi/kršitve (varčevalci LB, izbrisani) – pomanjkljivosti v zakonodaji, ki so prispevale h kršitvi
---	---

Nekateri vidiki obnove postopka in učinkovite preiskave so podrobneje predstavljeni v nadaljevanju.

Nadzor nad izvrševanjem sodb ESČP

Odbor ministrov Sveta Evrope v sestavi ministrskih namestnikov (človekove pravice) zaseda štirikrat letno v Strasbourgu. Republiko Slovenijo na sestanku zastopa stalni predstavnik na Stalnem predstavnštvu pri Svetu Evrope, na zasedanjih pa sodeluje tudi pravni svetovalec in sozastopnik ter predstavnik ministrstva za pravosodje.

Nadzor je standarden ali okrepljen (v primeru sistemskega problema, pilotne sodbe, meddržavne zadeve itd.). V okviru okrepljenega nadzora odbor opravi razpravo (npr. v zadevah⁶ Kurič, Ališič ter Mandič in Jović). Odbor ministrov lahko v primeru neizvrševanja ali nesprejema ustreznih ukrepov sprejme priporočila državi. Ko so sprejeti in predstavljeni ustrezni ukrepi, se nadzor nad izvrševanjem sodbe konča s sprejemom končne resolucije.

Na strokovni ravni ustreznost ukrepov, ki jih država opredeli v akcijskem poročilu, ocenjuje Oddelek za izvrševanje sodb ESČP pri Sekretariatu Sveta Evrope⁷. Oddelek svetuje državam pri sprejemanju ustreznih ukrepov in pripravi akcijskega poročila oziroma načrta, svetuje pa tudi Odboru ministrov pri izvajanju nadzora.

Prikaz postopka nadzora nad izvrševanjem sodb je prikazan tudi v kratkem filmu na spletni strani oddelka⁸.

6 Vsebinsko navajanje posameznih zadev presega namen tega prispevka. Vse zadeve so dosegljive na spletni strani ESČP: <https://hudoc.echr.coe.int>, spletni strani ministrstva (opomba 10) in Državnega odvetništva: <http://www.dodv-rs.si/zakonodaja-in-dokumenti/odlocitve-evropskega-sodisca-za-clovekove-pravice/>.

7 <https://www.coe.int/en/web/execution/presentation-of-the-department>.

8 <https://www.coe.int/en/web/execution/supervision-video#{%2215024639%22:8%7D}>.

Prikaz postopka nadzora nad izvrševanjem sodb



Izvrševanje sodb ESČP v Republiki Sloveniji

Slovenija v preteklosti izvrševanju sodb ESČP ni namenjala posebne oziroma potrebne pozornosti. Čep⁹ prav so bili na podlagi sodb ESČP sprejeti nekateri ukrepi, pa postopki, potrebni za zaključek nadzora nad izvrševanjem sodb niso bili sproženi. Šele po pilotnih sodbah, ki so pomenile tudi občutne finančne posledice zaradi večjega števila pritožb, so bile oblikovane posebne medresorske delovne skupine za pripravo posebnih ukrepov in sprejem posebne zakonodaje, v zadevi Kurič (t. i. izbrisani) pod vodstvom Ministrstva za notranje zadeve in v zadevi Ališić (devizni varčevalci LB) pod vodstvom Ministrstva za finance. Po zadevi Lukenda in skupini 264 sodb zaradi sodnih zaostankov in umanjkanja učinkovitega domačega pravnega sredstva je bilo v večletnem projektu Lukenda uvedenih več ukrepov, vendar je do zaključka nadzora nad izvrševanjem sodb prišlo šele v letu 2016.

Napredek pri izvrševanju sodb ESČP, kot je prikazan v nadaljevanju, je povezan s spremembo Zakona o državni upravi v letu 2014, ko je bila med pristojnosti Ministrstva za pravosodje izrecno umeščena koordinacija izvrševanja sodb ESČP. V letu 2016 je bila ustanovljena medresorska delovna skupina,⁹ v kateri pod vodstvom Ministrstva za pravosodje sodelujejo drugi resorji ter predstavniki Vrhovnega sodišča RS in Varuha človekovih pravic. V letu 2016 je bila v Ministrstvu za pravosodje ustanovljena tudi projektna skupina za koordinacijo izvrševanja sodb ESČP, ki operativno pripravlja akcijske načrte in poročila v sodelovanju z drugimi resorji.

Vzpostavljena je bila tudi spletna stran¹⁰, kjer so dostopne splošne informacije o izvrševanju sodb ESČP, pa tudi povezave do sodb ESČP, akcijskih načrtov in poročil ter končnih resolucij.

9 Vlada Republike Slovenije je na 175. redni seji 5. 4. 2018 sprejela sklep št. 02402-5/2018/3, s katerim se je seznanila s Poročilom o delu Medresorske delovne skupine za koordinacijo izvrševanja sodb Evropskega sodišča za človekove pravice.

10 http://www.mp.gov.si/si/delovna_podrocja/aktivnosti_na_podrocju_clovekovih_pravic_in_izvrsevanja_sodb_evropskega_sodisca_za_clovekove_pravice/izvrsevanje_sodb_evropskega_sodisca_za_clovekove_pravice/.



Iz podatkov ESČP¹¹ izhaja, da je bilo med letoma 1993 in 2018 proti Sloveniji vloženih 9.512 pritožb.

Odločeno je bilo o 9.442 pritožbah, kar 9.066 (95 %) je bilo nedopustnih oziroma črtanih. ESČP je do konca leta 2018 sprejelo sodbe v 363 primerih, kršitev pa ugotovilo v 343 primerih (3,5 % vseh pritožb). Pri uspešnosti pritožb je treba upoštevati tudi sklenjene poravnave, kjer sodišče ne izda sodbe o kršitvi (podatke vodi Državno odvetništvo RS), hkrati pa tudi, da se pilotne sodbe (npr. v zadevi Kurić in Ališić) nanašajo na večje število pritožb oziroma kršitev.

ESČP je v letu 2018¹² obravnavalo 313 pritožb proti RS. 303 so bile nesprejemljive ali črtane. Sodišče je sprejelo deset sodb (v desetih zadevah) in v petih zadevah ugotovilo vsaj eno kršitev EKČP. Na odločitev čaka še 107 pritožb (v letu 2017 je bilo odločeno o 1831 pritožbah, 1795 jih je bilo **črtanih**).

Statistični podatki o izvrševanju sodb Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) so razvidni tudi iz letnih poročil Odbora ministrov Sveta Evrope o nadzoru nad izvrševanjem sodb ESČP¹³. Slovenija je imela konec leta 2018 neizvršenih še 13 sodb, od tega 11 dokončnih sodb¹⁴, posebej pa so bili v poročilu izpostavljeni ukrepi Slovenije pri izvršitvi sodb v zadevah Ališić, Šilih in klonski primeri v skupini Mandić in Jović (prezasedenost v priporu in zaporu v Ljubljani).

V letu 2018 je ESČP ugotovilo kršitev EKČP v zadevah Čeferin, Mirovni inštitut, Benedik, Vizgirda in Pro Plus, sklenjena je bila poravnava (z enostransko izjavo) v zadevi Trunk. Kršitev ni bila podana v zadevah Devinar, Svetina, S. S. in Lekić

11 https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_ENG.pdf

12 https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Slovenia_ENG.pdf.

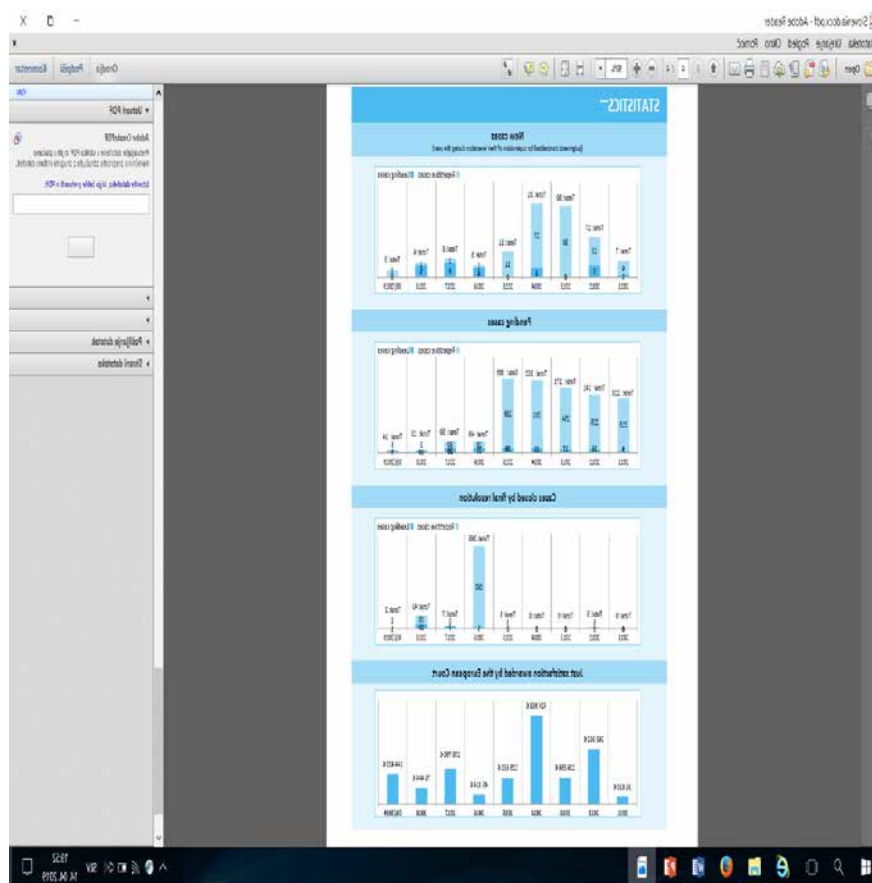
13 <https://www.coe.int/en/web/execution/annual-reports>.

14 <https://www.coe.int/en/web/execution/country-factsheets>.

(veliki senat). V letu 2019 (do aprila) je ESČP odločilo o kršitvi v zadevah Aleksič, Prebil in A. V., sklenjena je bila poravnava v zadevi Miholič, pritožba v zadevi Rau (denacionalizacija) pa je bila zavrnjena kot nesprejemljiva.

Slovenija torej ni med najhujšimi kršiteljicami človekovih pravic, kot se občasno zatrjuje v javnosti, pritožniki na ESČP pa v veliki večini pritožb niso uspešni. Po nekaterih ocenah je relativno veliko število pritožb zoper Slovenijo mogoče pripisati tudi ugledu, ki ga ESČP uživa v Sloveniji. Slovenija je s svojim naporom pri izvrševanju pilotnih sodb Kurić in Ališić, ki imajo tudi občutne finančne posledice, potrdila tudi svojo podporo Svetu Evrope ter zavezo vladavini prava in pravni državi.

Gibanje števila zadev proti Sloveniji



Vir: <https://www.coe.int/en/web/execution/country-factsheets>.

3. UČINKOVITA PREISKAVA

Izvedba učinkovite preiskave je del pozitivne obveznosti države v določenih primerih, kar je bilo poudarjeno tudi v tematski razpravi Odbora ministrov Sveta Evrope o učinkoviti preiskavi, ki je potekala marca 2019¹⁵.

Pravica do življenja (2. člen EKČP) se izraža tudi v **pozitivni obveznosti** države, da varuje življenje, in v obveznosti, da izvede **učinkovito preiskavo**, kadar pride do smrti zaradi ravnanja državnih organov ali posameznikov ali v primeru sumljive smrti. Podobno pozitivna obveznost izhaja tudi iz prepovedi mučenja in nečloveškega ravnanja (3. člen EKČP).

Merila učinkovite preiskave

Merila učinkovite preiskave so¹⁶:

1. Neodvisnost in nepristranskost
2. Temeljnost
3. Hitrost
4. Pristojnost za ukrepe
5. Vključevanje žrtev in javnosti

1. Neodvisnost in nepristranskost

Uradne osebe, ki opravljajo preiskavo, ne smejo biti del iste organizacije kot vpletene osebe in morajo biti od njih tudi neodvisne (vključno hierarhično).

2. Temeljnost

Izvedba vseh razumnih korakov za pridobitev ustreznih dokazov. Predvideva se oblikovanje seznama opravi in potrebnih dokazov.

3. Hitrost

Hitrost je pomembna tudi zaradi zaupanja javnosti.

4. Pristojnost

Organi morajo imeti ustrezne pristojnosti za preiskavo, vključno z možnostjo suspendiranja/izločitve vpletene osebe iz preiskave. Na voljo morajo biti zaščitni ukrepi za priče.

5. Vključevanje žrtev in javnosti

ZKP-N še krepi procesne pravice žrtev. Pomen informiranja javnosti in zaupanje javnosti.

15 http://www.mp.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/7727/.

16 Podrobnejše informacije so dosegljive npr. v:
Effective Investigation Of ill-treatment Guidelines on European standards (2014), <https://rm.coe.int/16806f11a3>,
Guidelines on Eradicating impunity (30 marec 2011), <https://rm.coe.int/16805cd111>,
<http://policehumanrightsresources.org/wp-content/uploads/2016/06/CoE-Guidelines-on-Eradicating-impunity.pdf>.

Ukrepi Slovenije v zvezi z neodvisno in učinkovito preiskavo

Vprašanje (ne)učinkovite preiskave je bilo izpostavljeno v več zadevah proti Sloveniji, kjer je prišlo do kršitve 2. ali 3. člena EKČP. Na splošno je treba ugotoviti, da ESČP proti Sloveniji do danes ni ugotovilo veliko primerov kršitev 2. (dva primera) in 3. člena (25 primerov) EKČP.

ESČP je izpostavilo neučinkovito preiskavo v zadevah, povezanih s kršitvijo pravice do življenja (2. člen EKČP):

- **Šilih proti Sloveniji** (71463/01), kjer je bila s sodbo velikega senata aprila 2009 ugotovljena odgovornost za smrt otroka pritožnikov zaradi zdravniške napake ter neučinkovitost slovenskega pravosodnega sistema pri ugotavljanju odgovornosti („inefficiency of the Slovenian judicial system in establishing responsibility“),
- **Pibernik proti Sloveniji** (59522/10) je bila končana v letu 2017 s poravnavo z enostransko izjavo RS. Ustavno sodišče RS je ugotovilo neučinkovito preiskavo smrti osumljenca, ki je nastopila med hišno preiskavo,
- **Frančiška Štefančič v. Slovenija** (58349/09), kjer je bila ugotovljena neupravičena uporaba fizične sile s strani policije (use of excessive force by the police), ki je posledično privedla do smrti pritožničinega sina. Očitek pa se nanaša tudi na neučinkovito preiskavo morebitne odgovornosti vpletenih policistov in zdravnikov.

V primerih, povezanih s kršitvami prepovedi mučenja (3. člen EKČP), je ESČP doslej ugotovilo kršitev v petindvajsetih (25) primerih proti Sloveniji. Od tega se trije (3) primeri nanašajo na prekoračitev uporabe fizične sile s strani policije: **Rehbock proti Sloveniji** (29462/95), **Matko proti Sloveniji** (44393/98) in **Butolen proti Sloveniji** (41356/08).

Po sodbi ESČP v zadevah Rehbock (2000) in Matko (2007) je v letu 2007 prišlo do oblikovanja Oddelka za preiskovanje in pregon uradnih oseb s posebnimi pooblastili (Posebni oddelek) v okviru Specializiranega državnega tožilstva, ki je pristojno za preiskovanje in pregon kaznivih dejanj, ki jih storijo policisti in druge pooblaščen osebe (vključno kadar je posledica smrt). Cilj ustanovitve Posebnega oddelka je zagotovitev **neodvisnost preiskave**. Pred spremembo je bil za raziskovanja tovrstnih kaznivih dejanj pristojen organizacijsko ločeni oddelek v okviru MNZ.

Glede **neučinkovitosti preiskave** je treba poudariti, da je ESČP delo slovenskih pravosodnih organov tako ocenilo tudi v nekaterih primerih po ustanovitvi posebnega oddelka. Gre za **primer Frančiška Štefančič** iz leta 2008 (sodba ESČP 2017, revizijska sodba (zaradi smrti pritožnice) 2018), kjer je ESČP menilo, da niso bile pojasnjene vse okoliščine smrti pritožničinega sina, potrebne za odločitev o zavrženju kazenske ovadbe zoper vpletene zdravnike in policiste, ki so zagotavljali asistenco zdravstvenemu osebju pri odrejeni privedbi na psihiatrično zdravljenje.

Posebni oddelek na Specializiranem državnem tožilstvu je v letu 2018 po prejemu sodbe ESČP na pobudo ministrstva za pravosodje **prvič opravil ponovno preiskavo** okoliščin in ugotovil, da ni podlage za pregon, saj je pregon zastaral,

prav tako pa ni bilo mogoče potrditi utemeljenega suma kaznivega dejanja. Akcijsko poročilo je bilo pripravljeno v maju 2019.

Neučinkovita preiskava je bila očitana tudi v primeru smrti zaradi domnevne zdravniške napake v **zadevi Šilih iz leta 1993**. ESČP je sicer zapisalo, da iz EKČP ne izhaja obveznost kazenskega pregona (ovadba zoper zdravnico je bila zavržena), če obstaja možnost pojasnitve v civilnem postopku. A je tudi civilni postopek trajal nerazumno dolgo. Potem, ko je Ustavno sodišče RS zadevo že drugič vrnilo v ponovno sojenje, je v letu 2016 prišlo do sodne poravnave ob aktivnem sodelovanju Ministrstva za pravosodje. V okviru projekta Šilih so bili med drugim analizirani tudi nekateri primeri sodnih (kazenskih in civilnih) postopkov zaradi zdravniških napak. Izsledki so dosegljivi na spletni strani Ministrstva za pravosodje¹⁷. Med drugim je bila izpostavljena problematika glede strokovnjakov in izvedencev zdravniške stroke. Sodba je formalno izvršena.

4. OBNOVA POSTOPKA (REOPENING) PO SODBI ESČP V KAZENSKIH ZADEVAH

Del izvrševanja sodbe ESČP so tudi individualni ukrepi, s katerimi se odpravi ugotovljena kršitev in plačajo prisojeno pravično zadoščenje in stroški. ESČP ne more vedno vzpostaviti ustreznega stanja, zlasti v primeru procesnih kršitev postopka, ki sicer pomenijo konvencijsko kršitev, ne vplivajo pa nujno na izid (sodnega) postopka. Obnova postopka po sodbi ESČP je oblika, ki je lahko ustrezni ukrep za odpravo posledic kršitve, vendar pa ni izrecno določena kot konvencijska obveznost za države članice.

Odbor ministrov Sveta Evrope je leta 2000 sprejel priporočila glede obnove postopka¹⁸. Poudariti velja, da večina držav članic pozna obnovo postopka v kazenskih zadevah, v civilnih in upravnih zadevah pa so rešitve različne, pri čemer približno polovica držav obnove postopka v civilnih zadevah ne pozna. Odprava pomanjkljivosti v vzpostavljenih civilnih ali upravnih razmerjih bi lahko namreč učinkovala na pridobljene pravice dobroverne tretje osebe in pomenila nove kršitve človekovih pravic (na primer zaradi razdrta kupoprodajne pogodbe za nepremično ali razveljavitev gradbenega dovoljenja že zgrajenega večstanovanjskega bloka). Pritožnik sicer lahko na podlagi sodbe ESČP zahteva odškodnino od države, v nekaterih primerih pa ESČP nemožnost obnove domačega postopka upošteva pri določitvi pravičnega zadoščenja.

Slovenija pozna obnovo postopka (»reopening«) le v kazenskem (in prekrškovnem) postopku. Z zadnjo novelo Zakona o kazenskem postopku iz leta 2019 (ZKP-N) je bila črtana možnost obnove postopka po 416. členu ZKP, ureditev zahteve za varstvo zakonitosti (ZVZ) pa je bila spremenjena z ustrežnejšo določitvijo roka za vložitev s strani pritožnika, in sicer v treh mesecih po dokončnosti sodbe ESČP.

17 http://www.mp.gov.si/si/delovna_podrocja/aktivnosti_na_podrocju_clovekovih_pravic_in_izvrsevanja_sodb_evropskega_sodisca_za_clovekove_pravice/porocilo_o_izvedenih_ukrepih_iz_projekta_silih/.

18 Recommendation CM/Rec(2000)2 of the Committee of Ministers on the **re-examination or reopening** of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights (January 2000), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2f06.

V prekrškovnem postopku ima možnost vložitve ZVZ le vrhovni državni tožilec, pobudo pa mu lahko poda tudi pritožnik.

Država mora v akcijskem poročilu izkazati, da je bila kršitev odpravljena oziroma da v morebitnem ponovljenem domačem postopku ni prišlo do enake kršitve konvencije, kot je bila ugotovljena s sodbo ESČP.

Čeprav je ZKP možnost vložitve zahteve za varstvo zakonitosti predvideval že v preteklosti, pa so pritožniki to možnost začeli uporabljati šele v zadnjih letih.

V Zadevi Cerovšek in Božičnik (sodba ESČP 2017) je do kršitve konvencije prišlo, saj je kazensko sodbo zaradi upokojitve sodnice izdelal sodnik, ki pri sojenju ni sodeloval. Vrhovno sodišče je ZVZ ugodilo in zadevo vrnilo v novi postopek, v katerem pa ni prišlo do enake (izjemne) kršitve.

V zadevi Koprivnikar (sodba ESČP 2017) se ESČP ni strinjalo z razlago domačih sodišč (ustavno sodišče zadeve ni vsebinsko obravnavalo) glede pravne praznine, povezane z napako v Kazenskem zakoniku (KZ-1), ki je določal izrek enotne zaporne kazni največ 20 let tudi v primeru vštevanja več 30. letnih zapornih kazni. Vrhovno sodišče je v tej zadevi **zavrnilo ZVZ** in navedlo argumente za nestrinjanje z obrazložitvijo ESČP. Zoper odločitev Vrhovnega sodišča RS je vložena ustavna pritožba, o kateri Ustavno sodišče RS še ni odločilo.

V zadevi Benedik (sodba ESČP 2018) je bila ugotovljena kršitev zaradi pridobitve podatka o uporabniku dinamičnega IP-naslava v kazenski zadevi brez odredbe sodišča, kot po razlagi Ustavnega sodišča RS sicer izhaja iz 37. člena Ustave RS. Vrhovno sodišče o ZVZ še ni odločilo. Pripravljen je bil akcijski načrt o izvrševanju sodbe, določbe Zakona o kazenskem postopku, ki se nanašajo na pridobivanje prometnih komunikacijskih podatkov, pa so bile z novelo ZKP-N dopolnjene.

V zadevi Produkcija Plus storitveno podjetje d. o. o (sodba ESČP 2018) je bilo v ospredju vprašanje kaznovalne narave upravne sankcije zaradi oviranja izvedbe inšpekcijskega nadzora v konkretni zadevi ter neizvedba zahtevane javne obravnave v upravnem sporu¹⁹. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence namreč določa, da se ta opravi izjemoma, določa pa tudi strogo dokazno prekluzijo v sporu polne jurisdikcije. ESČP je pri odločanju o višini pravičnega zadoščenja posebej izpostavilo, da v upravnem sporu v Sloveniji ni predvidena obnova postopka za odpravo kršitve, zato je določilo razmeroma visoko odškodnino za premoženjsko škodo 52.000 EUR, kar pomeni polovico izrečene upravne sankcije.

Po sodbi ESČP v tej zadevi je 9. novembra 2018 v Državnem zboru potekala razprava na izredni seji Odbora za pravosodje. V sklepih je Odbor za pravosodje predlagal vladi, **da preuči veljavno zakonsko ureditev načinov izvrševanja odločb ESČP in predlaga morebitne spremembe ali dopolnitve ustreznih zakonov**. V okviru izvrševanja sodbe ESČP je predvidena sprememba Zakona o

¹⁹ V **zadevi Mirovni Inštitut** je bila kršitev konvencije povezana z neizvedbo javne obravnave v upravnem sporu, čeprav jo je tožnik izrecno zahteval v skladu z Zakonom o upravnem sporu, a se Upravno sodišče RS glede zadeve sploh ni opredelilo, javna obravnava pa ni bila izvedena. Na podlagi izvedenih ukrepov, opisanih v akcijskem poročilu, je sicer nadzor nad izvrševanjem sodbe v zadevi Mirovni inštitut končan.

preprečevanju omejevanja konkurence, septembra 2019 pa tudi izvedba strokovne razprave glede izrednih pravnih sredstev v civilnih in pravnih postopkih, vključno z obnovo postopka po sodbi ESČP. Akcijski načrt je v pripravi.

5. SKLEP

Za izvrševanje sodb ESČP je treba podrobno preučiti in razumeti razloge za ugotovljeno kršitev konvencije, na podlagi česar se lahko predlagajo in izvedejo potrebni ustrezni individualni in splošni ukrepi za odpravo in preprečitev kršitev v prihodnje. Ustreznost ukrepov presoja Odbor ministrov Sveta Evrope, ki v letnih poročilih v zadnjih letih poudarja napredek Slovenije na tem področju.

V prispevku so navedeni nekateri izzivi, povezani s pozitivno obveznostjo države, da izvede učinkovito preiskavo v zvezi z očitki o mučenju ali nečloveškem ravnanju državnih organov ali zaradi smrti kot posledice ravnanja državnih organov. Posebni oddelek Specializiranega državnega tožilstva je v zadevi Frančiška Štefanič prvič ponovil (kazensko) preiskavo po sodbi ESČP. Slovenija pozna obnovo postopka po sodbi ESČP v kazenskem postopku, ne pa tudi v civilnem oziroma upravnem postopku. V kazenskem postopku se zahteve za varstvo zakonitosti vlagajo šele v zadnjih letih, odločitve Vrhovnega sodišča RS pa so različne. Predvidena je razprava o morebitni ustreznosti ureditve obnove postopka tudi v civilnih oziroma upravnih zadevah s posebno pozornostjo na poseganju v pravice dobrovernih tretjih oseb.

ZAVAROVANJE AVTOMOBILSKE ODGOVORNOSTI – VPRAŠANJE REGRESA

mag. GORDANA RISTIN, višja sodnica svetnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. POVRAČILNI ZAHTEVKI ZAVAROVALNICE PROTI ZAVAROVANCU ALI ODGOVORNI OSEBI

Povračilni zahtevki zavarovalnice proti odgovorni osebi za nastalo škodo imajo pomembne ekonomske razloge¹:

- prepoved obogatitve povzročitelja škode,
- neprimernost, da bi povzročitelj ostal brez civilne sankcije,
- izračun zadostne premije,
- preventivna vloga „grožnje“ potencialnim povzročiteljem škod.

Beseda „regres“ izhaja iz latinskega glagola *regredior*, kar pomeni iti nazaj, povrniti se. Najpogostejši primer povračilnih zahtevkov zavarovateljev je subrogacija, ki je urejena v določbi 963. člena OZ. Subrogacija pa izhaja iz latinske besede *subrogo*, kar pomeni namesto drugega. Subrogacija po OZ je pravica zavarovalnice, da do višine izplačanega zneska na podlagi zakona vstopi v pravni položaj svojega zavarovanca proti povzročitelju škode.² Subrogacija je mogoča le pri premoženjskih zavarovanjih. Četrty odstavek 963. člena OZ določa, da je pravica zavarovalnice izpeljana iz pravice zavarovanca, saj zavarovalnica vstopi v njegove pravice, zato je logično, da proti zavarovancu ni subrogacije. Zato v praksi pride do težav in nerazumevanja pojma regres, ko je v nekaterih določbah Zakona o obveznih zavarovanjih v prometu (v nadaljevanju ZOZP, Uradni list RS, št. 93/07 do 72/18) določeno, da ima zavarovalnica proti zavarovancu oziroma od odgovorne osebe pravico uveljavljati povračilo izplačane odškodnine (primerjaj 7. člen ZOZP in 37. člen ZOZP). Zavarovalno združenje pa ima tako pravico po 14. členu, 41. in 42. členu ZOZP. Ker je zavarovanje avtomobilske odgovornosti premoženjsko zavarovanje, se zastavi vprašanje o pravni naravi tega zahtevka, saj to ni subrogacija. Za pravilno razumevanje pravice zavarovalnice, da uveljavlja povračilo od zavarovanca oziroma odgovorne osebe, je treba pravilno opredeliti izraze iz zavarovalne pogodbe, zlasti pa namen obveznega zavarovanja avtomobilske odgovornosti. Ta prispevek se ukvarja s povračilnim zahtevkom zavarovalnice po 7. členu ZOZP, in ne z drugimi povračilnimi zahtevki Škodnega sklada ali Slovenskega zavarovalnega združenja po ZOZP. Za pravilno razumevanje povračilnih zahtevkov po ZOZP je pomembno, katere pravne podlage urejajo to področje.

1 Marjan Črukovič: Pravo regresa (subrogacija) osiguratelja, *Osiguranje*, leto 41, št. 1-2, 2000, str. 3.

2 Ada Polajnar Pavčnik, *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 883.

2. PRAVNE PODLAGE, KI UREJAJO ZAVAROVALNO POGODBO V ZVEZI Z REGRESOM ZAVAROVALNICE

Splošna opredelitev zavarovalne pogodbe ne glede na vrsto zavarovanja je določena v 921. členu OZ:

Z zavarovalno pogodbo se zavarovalec zavezuje, da bo zavarovalnici plačal zavarovalno premijo ali prispevek, zavarovalnica pa se zavezuje, da bo, če se zgodi dogodek, ki pomeni zavarovalni primer, izplačala zavarovancu ali nekomu tretjemu zavarovalnino ali odškodnino ali storila kaj drugega. Odmik od določb poglavja OZ o zavarovalni pogodbi je dopusten samo tedaj, ko je to izrecno dopustno, da stranke dispozitivno urejajo svoje razmerje. Odmik od drugih določb, če ni prepovedan s tem ali kakšnim drugim zakonom, je dopusten samo, če je v nedvoumnem interesu zavarovanca (924. člen OZ). Določbe ZOZP so kogentne in urejajo največ bistvenih sestavin zavarovalne pogodbe o obveznem zavarovanju avtomobilske odgovornosti. Pri pravnih podlagah je treba upoštevati tudi Zakon o zavarovalništvu (v nadaljevanju ZZavar-1a, Uradni list RS, 90/15 do 9/19). Ko govorimo o obveznem zavarovanju avtomobilske odgovornosti, pa je pravna podlaga tudi Direktiva 29/103/ES Evropskega parlamenta in Sveta o zavarovanju civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil in o izvajanju obveznosti zavarovanja takšne odgovornosti. ZOZP je rezultat obvezne harmonizacije domačega prava s to direktivo. To pomeni, da če sodišče podvomi v skladnost določb ZOZP s pravom EU, mora to preveriti v direktivi.

Za pravilno razlago 7. člena ZOZP je treba tudi upoštevati opredelitev osnovnih izrazov, pomembnih pri razlagi tega člena. Določba 1. a člena ZOZP, ki opredeljuje posamezne izraze v zakonu, ne določa oseb, ki so lahko povezane z zavarovanjem, razen z izrazom „odgovornostna zavarovalnica.“³ V skladu s splošnimi izrazi v zvezi z zavarovanjem oziroma po 921. členu OZ je zavarovalec oseba, ki sklene zavarovanje in se zaveže zavarovalnici plačati zavarovalno premijo. Tretja oseba, ki ji zavarovalnica izplača odškodnino iz zavarovanja odgovornosti, pa je oškodovanec. Izraz „tretja oseba“ v zakonu ni opredeljen. Pri vseh zavarovanjih odgovornosti je „tretja oseba“ tisti, ki ni pogodbeni stranka zavarovalne pogodbe, ampak je oškodovanec iz škodnega dogodka, za katerega je odgovoren zavarovanec. „Prvi“ in „drugi“ sta torej stranki zavarovalne pogodbe, oškodovanec pa je „tretji“. V zavarovalno pogodbo lahko seže z zahtevkom proti odgovornostni zavarovalnici, ker obstaja neposredna tožba proti zavarovalnici po 965. Členu OZ in 20. člena ZOZP. Zavarovanec pa je oseba, katere premoženjski interes je zavarovan. Prav pri razlagi izraza „zavarovanec“ lahko pri zavarovanju avtomobilske odgovornosti nastanejo problemi. 2.a člen ZOZP-a določa, da so z zavarovanjem lastnika prometnega sredstva za odgovornost za škodo, povzročeno tretjim osebam, krite tudi škode, ki jih povzročijo osebe, ki po volji lastnika sodelujejo pri uporabi prometnega sredstva. Zavarovanje krije škodni dogodek, ki ga zakrivi vsakokratni lastnik ali uporabnik vozila, saj se zavarovanje prenaša z uporabo motornega vozila. Povedano drugače: ko škoda nastane

3 To je zavarovalnica, pri kateri je imel sklenjeno zavarovanje avtomobilske odgovornosti lastnik vozila, s katerim je bila povzročena nesreča.

pri uporabi prometnega vozila, ki s tem postane prometno sredstvo, je podano zavarovalno kritje osebe, ki uporabi prometno sredstvo.⁴

Zavarovalni pogoji so pravni vir. Vendar splošni pogoji za zavarovanje avtomobilske odgovornosti (v nadaljevanju pogoji AO), ki določajo povračilne zahteve zavarovalnice, uporabljajo nekaj izrazov, ki jih v zakonodaji ni, ko govorimo o povračilnih zahtevkih zavarovalnic po 7. členu ZOZP. Tudi 2.a člen ZOZP ne govori o sozavarovancu in tudi 7. člen ne uporablja te besede. Menimo, da je v zavarovalnih pogojih z izrazom „sozavarovane osebe“ mišljena določba 2.a člena ZOZP. Pri tem je treba 2.a člen ZOZP razlagati široko, saj so z zavarovanjem avtomobilske odgovornosti krite škode, ki jih povzročijo osebe, ki po volji lastnika „sodelujejo“ pri uporabi prometnega sredstva. To pomeni, da je krita škoda, ki jo povzroči vsakokratni lastnik motornega vozila, vendar tudi vse osebe, ki so v vozilu in povzročijo škodo.⁵

Naslednja težava, ki jo povzroči terminologija v zvezi s povračilnimi zahtevki zavarovalnice po 7. členu ZOZP, je, da skoraj vse zavarovalnice v splošnih pogojih za zavarovanje avtomobilske odgovornosti poimenujejo te povračilne zahteve „izguba zavarovalnih pravic“. Nato navajajo primere, ko zavarovanec in sozavarovana oseba izgubita svoje pravice iz zavarovanja, in sicer primere, ki jih določa 7. člen ZOZP.

3. UREDITEV PO 7. ČLENU ZOZP

Zavarovalnica v nasprotju z oškodovancem ne more uveljavljati ugovorov, ki jih ima proti svojemu zavarovancu, ker ta ni ravnal po zakonu, zavarovalni pogodbi in v skladu z zavarovalnimi pogoji. V primerih, določenih z zakonom ali zavarovalnimi pogoji, ima zavarovalnica, ki je poravnala škodo zavarovancu, pravico uveljavljati povračilo izplačanih zneskov skupaj z obrestmi in stroški od zavarovanca oziroma odgovorne osebe. Nato so v tretjem odstavku 7. člena taksativno naštetih primeri, ko ima zavarovalnica to pravico. Tretji odstavek namreč uporabi besede „samo v primerih“. To pomeni, da pravice do povračilnih zahtevkov ni mogoče širiti mimo določb 7. člena ZOZP.

Gre torej za ureditev z namenom zakonodajalca, da ščiti oškodovanca, saj zavarovalnica proti njemu ne more npr. ugovarjati, da ni pasivne legitimacije, ker ga je povozilo vozilo, ki ga je uporabljal alkoholizirani voznik. Zavarovalnica mora v skladu s pravili o civilni odgovornosti oškodovancu izplačati odškodnino. V primeru alkoholiziranosti pa nato do določene višine iz 7. člena ZOZP, lahko uveljavi povračilni zahtevek od zavarovanca ali odgovorne osebe. Zato menimo, da poimenovanje v splošnih zavarovalnih pogojih, da pomeni povračilni zahtevek zavarovalnice „izguba zavarovalnih pravic“, ni pravilno. To v sodni praksi včasih pripelje do zmotne razlage pravne podlage oziroma vrste zahtevkov zavarovalnice

4 Primerjaj Gordana Ristin, Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu s komentarjem, SZZ, Ljubljana, april 2008, str. 50.

5 Npr. sopotnik, ki odpre vrata vozila in pri tem zadene mimovozečega kolesarja ali pešca, ali otrok, ki ostane v vozilu sam in spusti ročno zavoro in s tem sproži, da se vozilo zaleti v drugo vozilo ali povzroči drugo škodo, ipd.

od zavarovanca ali odgovorne osebe. Določbe 3. člena pogojev⁶ imajo naslov, kot so ga imeli pogoji še v času, ko je bilo določeno ravnanje zavarovancev po zavarovalni pogodbi ocenjeno kot nevarnostna izključitev. Izključitev neke nevarnosti ali ravnanje zavarovanca je bistvena sestavina pogodbe (določba 521. člena ZZavar). To pomeni, da zavarovalnica oceni neko nevarnost ali ravnanje zavarovanca za tako veliko nevarnost, da noče prevzeti zavarovalnega kritja. Prav škoda, ki jo je povzročil alkoholizirani voznik, je bila v preteklosti izključena. To je bilo napisano v zavarovalnih pogojih tako, da zavarovanec izgubi svoje pravice iz zavarovanja, čevozi npr. alkoholiziran. Kar nekaj zahtevkov je, ki so po današnjem zakonu in direktivi kriti, ne tako dolgo v preteklosti pa niso bili kriti ali so bile te osebe izključene iz zavarovanja. Tako je npr. obstajala tako imenovana „sorodstvena klavzula“, ki je iz zavarovalne pogodbe za zavarovanje avtomobilске odgovornosti izključila vse osebe, ki jih je zavarovanec oziroma voznik preživljal in jih je poškodoval v škodnem dogodku. Premoženje družine šteje za skupno in v primeru izplačila odškodnine namesto krivega voznika, oškodovanci pa so člani te družine, je prizadeta vsa družina. Ker zavarovalnica do višine zavarovalne vsote krije škodo zavarovanca, je štel, da ni ekonomsko logično, da krije škodo, ki bi jo on moral plačati iz skupnega premoženja. Zato so bili zahtevki družinskih članov izključeni. Vendar je direktiva to stališče presegla in je zdaj sorodstvena klavzula prepovedana (prim. 21. člen preambule Direktive 2009/103).

Zato je naslov 3. člena pogojev „izguba zavarovalnih pravic“ nekoliko arhaičen in lahko zavede, da škoda, ki je v zvezi s členom 3, ni krita. Vendar je določba 13. člena direktive in 7. člena ZOZP jasna: zavarovalnica mora kriti škodo oškodovancu in nima ugovorov proti oškodovancu, ki jih ima proti zavarovancu; seveda pa nato pridobi povzročilne zahtevke proti zavarovancu ali odgovorni osebi.

4. PРАВNA NARAVA REGRESNEGA ZAHTEVKA

Zahtevek iz 7. člena ZOZP je v zakonu predvideni odškodninski zahtevek zavarovalnice zaradi kršitve zavarovalne pogodbe za škodo, ker je morala kriti škodo, ki jo povzročijo osebe iz 7. člena ZOZP, z zakonom pa je celo omejena višina tega odškodninskega zahtevka. Le za namerno povzročeno škodo je regres v celoti (šesti odstavek 7. člena). Ko pa gre za odgovorno osebo, ki ji je lastnik vozilo prepustil v uporabo in torej ni sklenila zavarovalne pogodbe, se po 2.a členu ZOZP zavarovanje razširi tudi nanjo, ker gre za v zakonu določeno odškodninsko obveznost te odgovorne osebe.

Ne gre torej za subrogacijo po OZ. Gre za odškodninski zahtevek zaradi kršitve zavarovalne pogodbe, ki ga ZOZP celovito ureja.⁷ Ker to ni subrogacija, ima zavarovalnica povračilni zahtevek tudi proti delavcu, ki je škodo pod pogoji iz 7. člena povzročil v službi.

6 Npr. Splošni pogoji za zavarovanje odgovornosti Zavarovalnice Triglav d.d., 3. člen, objava na spletni strani zavarovalnice.

7 Primerjaj razloge iz sklepa Vrhovnega sodišča RS, II Ips 179/2011.

Pravna podlaga regresnega zahtevka tudi pove, kakšno je dokazno breme v teh primerih. Zavarovalnica dokazuje obstoj škode (izplačilo po odškodninskem zahtevku oškodovanca) in razloge iz 7. člena; zavarovanec ali odgovorna oseba pa se lahko razbremeni, če dokaže, da ti razlogi niso bili podani,⁸ da ni kriva za prometno nesrečo in tudi lahko dokazuje, da je zavarovalnica izplačala preveč odškodnine oškodovancu; tedaj mora zavarovalnica spet dokazati pravilnost likvidirane škode.⁹

Ker ima zavarovalnica po 7. členu ZOZP do višine z zakonom omejenega regresa pravico terjati to škodo, sta pomembni le višina izplačane odškodnine in višina regresa. Tožena stranka tako ne more z ugovorom sokrivde oškodovanca (npr. 50%: 50%) za nastalo škodo doseči, da bi zmanjšala regres. Tudi pri tem vprašanju se izkaže, da je regresni zahtevek iz kršitve zavarovalne pogodbe, in ne gre za vprašanje civilne odgovornosti zavarovanca (voznika) in oškodovanca. Zato ne more biti uspešen ugovor sokrivde oškodovanca.¹⁰ Znesek, opredeljen v šestem odstavku 7. člena ZOZP, pomeni le maksimacijo glavnice oziroma zahtevka za povračilo izplačane odškodnine, medtem ko akcesorne terjatve (obresti in stroški) v tem znesku niso zajeti in lahko torej zavarovalnica zahteva poleg v zakonu določenega regresa še akcesorne terjatve.¹¹

5. OSEBE, PROTI KATERIM ZAVAROVALNICA UVELJAVLJA POVRAČILNI ZAHTEVEK

Določba 7. člena ZOZP določa, proti komu ima zavarovalnica pri zavarovanju avtomobilske odgovornosti pravico uveljavljati povračilne zahteve: od zavarovanca **oziroma** odgovorne osebe. Nato člen taksativno našteva primere, ko je to mogoče. Pri naštevanju primerov zakon vedno uporablja besedo „voznik vozila“. Vendar že dikcija, da je regres proti „zavarovancu“ ali „odgovorni osebi“ pomeni, da to ni vedno le proti vozniku vozila. Vendar so v 7. členu nekateri primeri regresa, ki se lahko nanašajo le na voznika vozila. Tako npr. 2. točka 7. člena govori o vozniku, ki ni imel veljavnega vozniškega dovoljenja oziroma dovoljenja za kategorijo, v katero spada vozilo, ki ga je vozil, pa ne gre za kandidata za voznika motornega vozila, ipd. Enako velja za voznika, ki po nesreči zapusti kraj dogodka, ne da bi podal svoje osebne podatke in podatke o zavarovanju (7. točka 7. člena ZOZP). Vendar je lahko odgovorna oseba tudi tisti, ki škodo povzroči namenoma (5. točka 7. člena ZOZP). Takšen primer bi bil, ko bi npr. sopotnik namenoma odprl vrata tako, da bi poškodoval oškodovanca. Treba je tudi poudariti, da je to edino zavarovanje odgovornosti, ki krije namerno povzročeno škodo. Pri vseh drugih zavarovanjih odgovornosti je namerno povzročena škoda izključena iz zavarovanja (primerjaj npr. 944. člen OZ). Vendar v primeru namerne škode regres ni omejen in zavarovalnica izterja celotni odškodninski zahtevek od zavarovanca ali odgovorne osebe (šesti odstavek 7. člena ZOZP).

8 Npr. da voznik ni vozil alkoholiziran in alkoholiziranost ni bila v vzročni zvezi z nastalo škodo.

9 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 374/2002.

10 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 266/2011.

11 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 461/2009.

Zanimivo je, da so vse zavarovalnice, ki imajo zavarovalne pogoje objavljene na spletu, zapisale kogentno določbo 7. člena ZOZP tako, da „zavarovanec in sozavarovane osebe izgubijo svoje pravice iz zavarovanja“ in nato so naštet primeri. Zakon uporabi besedo „oziroma“. To seveda odpira vprašanje, ali je zapis v zavarovalnih pogojih, da ima zavarovalnica regres proti zavarovancu in sozavarovani osebi in je s tem ustvarjena solidarna odgovornost zavarovanca in sozavarovane osebe za škodo, ki jo zavarovalnica utрпи, ker mora plačati oškodovancu odškodnino tudi v teh primerih. Menimo, da je zakonodajalec besedo oziroma uporabil v pomenu „ali“, zato ni solidarne zaveze zavarovanca in odgovorne osebe. To kaže opis vseh sedmih taksativno naštetih primerov, kjer je uporabljen izraz „voznik“ in ni nikjer določeno, da bi bila ta odgovornost solidarna. Zato menim, da je treba tudi zavarovalne pogoje razlagati tako, kot določa 7. člen ZOZP.

Sodna praksa je v zadevi Vrhovnega sodišča II Ips 991/2007 zavzela stališče, da se povračilni zahtevki nanašajo na odgovorno osebo. Toženka je bila lastnica avtomobila in je zaupala vozilo v uporabo drugi osebi, ki je vozila v nasprotju z določbami 7. člena ZOZP in bila alkoholizirana. Zavarovalnica je podala odškodninski zahtevek po 7. členu ZOZP oziroma 3. členu zavarovalnih pogojev proti lastnici vozila, ki je vozilo zaupala vozniku, ki pa je bil alkoholiziran. Vrhovno sodišče pravilno opozarja, da navedba v zavarovalnih pogojih „izguba zavarovalnih pravic“ ne pomeni, da bi toženka kot lastnica avtomobila in skleniteljica zavarovanja morala plačati regres, saj ni bila voznica. Vrhovno sodišče je zavzelo stališče, da se 7. člen nanaša le na voznika in da toženka tudi po splošnih odškodninskih predpisih ne more biti odgovorna, ker je ni mogoče šteti za odgovorno osebo po 4. členu zavarovalnih pogojev in 7. členu ZOZP.

Vendar je v sodni praksi najti tudi primer, ki ga je Vrhovno sodišče obravnavalo pod opr. št. II Ips 277/2013. V tem primeru je lastnica vozila svoje vozilo dala v uporabo vozniku, čeprav je vedela, da ta nima veljavnega vozniškega dovoljenja. Zavarovalnica je vložila tožbo proti toženki kot lastnici zavarovalnega vozila in zavarovanki, ker je vedela, da je dala vozilo osebi, ki nima vozniškega dovoljenja. Sodišče jo je obsodilo na plačilo regresa, čeprav v času prometne nesreče ni bila voznica, vendar pa je vedela, da voznik nima vozniškega dovoljenja. Pri tem se je Vrhovno sodišče oprlo na 2. točko tretjega odstavka 7. člena ZOZP, na drugi odstavek 1. člena in 2. točko prvega odstavka 3. člena splošnih pogojev. Sodišče se opre na dikcijo zavarovalnih pogojev, v kateri piše, da se splošni pogoji nanašajo na oba, tj. zavarovanca in sozavarovano osebo. Vendar temu ne moremo pritrditi, saj je 7. člen ZOZP jasen in ne ustvarja solidarne odgovornosti lastnika vozila oziroma zavarovanca. Ko pa solidarne odgovornosti ni, tedaj je odgovoren tisti, ki je vozil vozilo (II Ips 991/2007). V teh primerih se tudi pokaže, kako nevarno je zamenjevati izraz zavarovalno kritje z izrazi iz splošne civilne odgovornosti, ki urejajo vprašanje nastanka zavarovalnega primera. 7. člen ZOZP je *lex specialis*. Gre torej za razlago 7. člena ZOZP, pri čemer nam določbe Direktive 2009/103/ES niso v pomoč, saj teh primerov ne ureja. Direktiva ureja le pravico do subrogacije odškodninskega organa.¹² Vendar menim, da je 7. člen ZOZP dovolj jasen.

¹² Primerjaj 50. točko Direktive 2009/103/ES.

6. VPLIV DEJSTVA, DA ZAVAROVANEC ZAVESTNO PREPUŠTI VOZILU V UPRAVLJANJE ALKOHOLIZIRANI OSEBI IN JE POŠKODOVAN V VOZILU KOT SOPOTNIK

V zadevi Vrhovnega sodišča II Ips 136/2017 je tožnica, ki je zavarovanka, namenoma prepuštila upravljanje vozila osebi, za katero je vedela, da je pod vplivom alkohola in da nima veljavnega vozniškega dovoljenja, da bi se sama izognila možnemu prekršku, če bi vozila alkoholizirana. Nato je bila poškodovana kot sopotnica v tem vozilu in škodo je zakrivila alkoholizirana voznica brez vozniškega dovoljenja. Vrhovno sodišče je zavzelo stališče, da zavedanje zavarovanke, da prepušča vozilo nekomu, ki je pod vplivom alkohola in brez izpita, pomeni takšno okoliščino, da kot zavarovanka izgubi pravice iz zavarovanja, čeprav sama ni bila voznica. Zato je njen zahtevek proti zavarovalnici zavrnilo. Sodišče druge stopnje je prisodilo tožnici sokrivdo iz obeh razlogov, vendar je z vmesno sodbo prisodilo 65% odgovornosti za nastalo škodo, ker je prisedla kot sopotnica v vozilo in dala vozilo v upravljanje taki voznici. Vrhovno sodišče se je torej oprlo na določbo iz zavarovalnih pogojev. Pri tem je sicer citiralo 17. člen ZOZP-a, po katerem pravice do odškodnine iz zavarovane avtomobilske odgovornosti nima voznik, zavarovanec, lastnik, solastnik in skupni lastnik vozila, s katerim je bila povzročena škoda na stvareh. Menimo, da je določba 17. člena ZOZP kogentna in da ni mogoče izključiti zahtevka za nepremoženjsko škodo lastnika vozila, ki je dal vozilo v upravljanje alkoholizirani osebi in je bila ta oseba brez vozniškega dovoljenja, kar vse je oškodovanka vedela. Ni mogoče ne upoštevati določbe 12. člena direktive, ki določa krog oškodovanca in pravi: „Brez poseganja v drugi podstavek člena 13 zavarovanje iz člena 3 krije odgovornost za telesne poškodbe vseh potnikov, razen voznika, do katerih bi prišlo pri uporabi motornega vozila.“ 13. člen pa pravi, da vsaka država članica sprejme vse ustrezne ukrepe, da zagotovi, da so zakonski predpisi in pogodbene določbe, ki jih vsebuje zavarovalna polica, izdani v skladu s 3. členom, štejejo za neveljavne glede odškodninskih zahtevkov tretjih oseb, ki so bili oškodovanci v nesreči. Povedano drugače to pomeni, da obstaja zavarovalno kritje tudi za takšno sopotnico, ki je sicer zavarovanka, če je utrpela nepremoženjsko škodo. Vendar se njen soprispevek kot tretje osebe oziroma sopotnice presoja po splošnih pravilih civilne odgovornosti. Direktiva namreč ne posega niti v civilno odgovornost niti v višino odškodnin (12. člen direktive). Sodna praksa v evropskih državah je glede soprispevka sopotnikov, ki vedo, da je voznik pod vplivom alkohola in brez vozniškega dovoljenja, nekoliko različna. Pri nas se vsako tako ravnanje in zavedanje oškodovanca oziroma sopotnika običajno šteje za 30% sokrivdo, kar bi v danem primeru pomenilo 60% soprispevek tožnice. Tožnica je tretja oseba in gotovo ni dala vozila v upravljanje alkoholizirani voznici brez vozniškega dovoljenja zato, da bi jo ta poškodovala. Izogibala se je morebitnim kaznim zaradi prekrškov, vendar to ne pomeni, da je zato izgubila status tretje osebe oziroma oškodovanca po 17. členu ZOZP in 13. členu direktive.

17. člen ZOZP torej določa obseg zavarovalnega kritja oziroma koga krije zavarovalno kritje v primeru avtomobilske odgovornosti in katere osebe so iz tega zavarovalnega kritja izključene (voznik in naštete osebe iz 3. točke, ko utrpijo škodo na stvareh). Vsi drugi so vključeni in so njihovi zahtevki kriti. Gotovo bo šel razvoj obsega zavarovalnega kritja tudi v smeri, da je krit tudi krivi voznik motornega vozila. Gre za takoimenovani „nofault sistem“, ko gre za zavarovalno kritje ne

glede na krivdo. Vendar je veljavna zakonodaja taka in tudi ureditev v EU, da so nekateri zahtevki izključeni, take osebe pa določene v 17. členu ZOZP. Kolikšen je soprispevek glede na določbe o splošni civilni odgovornosti po OZ, pa je drugo vprašanje, ki ga evropsko pravo (še) ne ureja.

7. SKLEP

Zavarovanje civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil in izvajanje obveznosti zavarovanja takšne odgovornosti se spreminjata in razvijata. Pri Svetu birojev zaseda delovna skupina za spremembo te direktive. Zadeva je toliko bolj zapletena, ker direktive Sveta in Evropskega parlamenta veljajo za članice EU, vendar je v Svetu birojev veliko več držav, ne samo članice EU. Nacionalni zavarovalni biroji, člani Sveta birojev, med seboj sklepajo dvostranske sporazume, s katerimi se zavežejo, da bodo spoštovali obvezne določbe splošnih pravil kot temeljnega vzorčnega sporazuma za urejanje odnosov med nacionalnimi zavarovalnimi biroji držav članic sistema zelene karte¹³. Zavarovanje civilne odgovornosti pri uporabi motornih vozil je samo v zadnjih 50 letih doseglo velik razvoj in spremembe, ki so vse v dobro oškodovancev oziroma nekrivih žrtev prometnih nesreč. Kam bo pripeljal razvoj, bomo videli. Vendar bo razvoj gotovo potekal v smeri ščitenja vseh, ki so v prometnih nesrečah poškodovani. Robotizacija vožnje motornega vozila bo prinesla še dodatne zaščite in novosti. Vendar je veljavna ureditev v ZOZP ustrezna glede na direktivo. Ko pa sodišče meni, da so določbe ZOZP v nasprotju z direktivo, morajo sprožiti predhodno vprašanje.¹⁴ Zato je pri razlagi ZOZP dobro v primeru, ko sodišče dvomi, ali gre za snov, ki jo ureja kogentno pravo EU, pred odločanjem pregledati navedene pravne podlage iz prava EU in sodno prakso Sodišča EU.

SEZNAM LITERATURE:

- Ristin Gordana, Korbar Tjaša, Sergij Simoni, Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu s komentarjem, SZS, Ljubljana 2008.
- Marjan Čurković, Pravo regresa osiguravatelj, Osiguranje, leto 41, št. 1 do 2, 2000.
- Ada Polajnar Pavčnik in soavtorji, Obligacijski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004.

13 Primerjaj Tjaša Korbar, Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu s komentarjem, SZS, Ljubljana 2008, str. 38.

14 Primerjaj zadevo C 162/13 Damjan Vnuk proti Zavarovalnici Triglav, d.d. Enako zanimiva s področja avtomobilske odgovornosti je tudi odločba sodišča v Luxemburgu pod opr. št. C 648/17, ko je šlo za pojem premoženjske škode, ki jo na vozilu povzroči potnik v vozilu, ko odpre vrata na parkirišču.

»VIDEZ NEPRISTRANSKOSTI SOJENJA« – NEPOSREČEN IZRAZ Z GLOBOKO VSEBINO

mag. Luka Vavken, univ. dipl. prav.

pravosodni svetnik I na Vrhovnem sodišču Republike Slovenije

Prispevek je nastal v okviru priprav na srečanje kazenskega oddelka Vrhovnega sodišča z višjimi sodniki, ki je potekalo v Kopru 15. aprila 2019.

1. UVOD:

„Ta ali ona oseba daje videz poštenega človeka.“ „Hrana je bila na videz sveža in neoporečna.“ „Morje zgleda čisto.“ Če navedene besedne zveze preberemo povprečno razgledanim in razumnim ljudem, bodo njihovi občutki in vtisi najverjetneje podobni. Osredotočeni bodo na razliko med resnico in videzom, saj je videz drugačen od tistega, kar se v resnici skriva za njim. Ko se torej stvari skuša dati določen videz, je mogoče, da je ta videz le zunanja podoba, za katero se skriva nekaj povsem drugega, pogosto manj privlačnega, kot je videti na prvi pogled.¹ Zaznavanje posameznikov je lahko podobno tudi pri dojemanju besedne zveze „videz nepristranskosti sojenja.“ To besedno zvezo lahko povprečno razumen človek razume le kot slepilo za v resnici pristransko in nepošteno sojenje.

Kljub ne najbolj posrečenemu izrazu ima „videz nepristranskosti sojenja“ globok in odločilen pomen za pravičnost posamezne odločitve v konkretnem primeru in za krepitev zaupanja v sodstvo kot celoto. Izvira iz angleškega pregovora, ki pravi: „Pravica ne sme biti samo storjena, mora biti tudi vidno, da je storjena – *Justice must not only be done; it must also be seen to be done.*“

Bistveni predmet tega prispevka sta analiza nedavno sprejetih odločb s kazenskega področja, v katerih je Vrhovno sodišče obravnavalo pomen zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja, in njihova umestitev v kontekst sodne prakse Ustavnega sodišča in Evropskega sodišča za človekove pravice.

Nedvomno mora nepristransko sojenje zagotoviti predvsem sodeči sodnik s poznavanjem razlogov za izločitev, načinom vodenja postopka in ne nazadnje odločitvijo, ki mora biti utemeljena, v skladu s pravom, poštena in na najsplošnejši ravni takšna, da ima stranka občutek, da je bila slišana in upoštevana, ne glede na izid postopka.² Kadar sodnik iz takšnih ali drugačnih razlogov tega ne zagotovi, je potrebna intervencija sodne instance. V sodstvu se lahko ustvari vtis, da se z odločitvami sodnih instanc, zlasti Vrhovnega sodišča, ki je vrh rednega sodstva,

¹ Judje so pred tisočletji imeli navado, da so grobove pokojnikov pobarvali z apnom. Od tod svetopisemska metafora, namenjena farizejem, „pobeljeni grobovi“, ki slikovito zajame problem razlike med resnico in videzom. Gomila je namreč navidezno lepa in pobeljena, v njeni notranjosti pa se skrivata propad in gniloba.

² Primerjaj Panjan, A.: Izločitev sodnika v civilnem postopku, Odvetnik, leto 20, št. 2, str. 28–29.

katerega primarna skrb sta enotnost sodne prakse in razvoj prava, ruši avtoriteta nižjih sodišč in ustvarja kultura še večjega nezaupanja do sodstva. V resnici pa je prav nasprotno; občutljivost sodstva do vprašanja (videza in resnične) nepristranskosti ni namenjena izpodkopavanju lastne avtoritete, temveč, kot bo prikazano v nadaljevanju, njeni krepitevi.

2. MEJE PRESOJE VIDEZA NEPRISTRANSKOSTI MED BEETHOVNOVO IN STRASBOURGOM³

Pravica do nepristranskega in neodvisnega sodnika izhaja iz Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). V njenem 6. členu je določeno, da o posameznikovih civilnih pravicah in obveznostih ali kakršnoli obtožbi zoper njega odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče. Podobno določa tudi 23. člena Ustave Republike Slovenije⁴ (ustava), po katerem ima vsakdo pravico, da o njegovih pravicah in obveznostih ter obtožbah proti njemu brez nepotrebnega odlašanja odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče.

Sodnikova neodvisnost, utemeljena v določbi 125. člena ustave,⁵ je tesno povezana z načelom delitve oblasti, ki je skupaj s sistemom zavor in ravnovesij med nosilnimi stebri pravne države. Sodnik mora biti pri opravljanju sodniške službe neodvisen od zakonodajnega telesa, izvršilnih upravnih organov, sodne oblasti (tako imenovana notranja sodniška neodvisnost) ter končno od družbe oziroma pričakovanj in pritiskov javnosti.⁶

Od neodvisnosti sodnika oziroma sodstva je treba ločiti sodniško nepristranskost. V skladu z ustaljeno prakso Ustavnega sodišča nepristranskost pomeni, da tisti, ki odloča, ni zainteresiran za izid postopka ter je odprt za dokaze in predloge strank. Da bi sodnik lahko odločal nepristransko, torej ne sme imeti vnaprej ustvarjenega mnenja o predmetu odločanja, odločitev sodišča pa mora biti sprejeta na podlagi dejstev in argumentov, ki so jih stranke predstavile v sodnem postopku, ne pa na podlagi informacij izven takšnega postopka.⁷ Pri presoji, ali je bila posamezniku v postopku zagotovljena pravica do nepristranskega sodišča, se je oblikovalo

3 Podnaslov je izposojen iz **Jenuil, H.**: Videz nepristranskosti, Pravna praksa, št. 34/2017, str. 22. V tem prispevku avtor ugotavlja, da čeprav zakon jasno določa, da morajo biti okoliščine, ki vzbujajo dvom o sodnikovi nepristranskosti, podane, je po novejši sodni praksi odločilno, kako (ne)pristranskost vidi in razume javnost. Če je nekdaj še veljalo, da gre v dvomu za sklepanje na ravni „razumnega človeka“, se danes vse bolj odloča po merilu splošne javnosti.

4 Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90, 97, 99 in 75/16 – UZ70a)

5 Sodniki so pri opravljanju sodniške službe neodvisni. Vezani so na ustavo in zakon.

6 Podrobneje o tem glej **Pavčnik M.**: Iskanje opornih mest, IUS Software, GV Založba, Ljubljana, 2017, str. 133–147. Avtor opozarja, da je neodvisnost od zakonodajnega telesa navidezno paradoksalna, saj je sodnik vezan na ustavo in zakone, ki jih sprejema prav zakonodajno telo. Vendar pa se s tem vpliv zakonodajnega telesa konča. Nedopustno je, če bi zakonodajno telo, njegovi odbori, komisije ali posamezni člani izvajali pritisk in z njim vplivali oziroma hoteli vplivati na odločanje o konkretnih zadevah.

7 Primerjaj na primer odločbi Ustavnega sodišča U-I-92/96 z dne 21. marca 2002 in Up-57/2014 z dne 26. januarja 2017.

stališče, da je nepristranskost sodišča treba ocenjevati po njenih učinkih.⁸ Iz pravice do nepristranskega sojenja po prvem odstavku 23. člena ustave tako izhaja zahteva, da sodnik s stranko ali spornim predmetom ne sme biti povezan tako, da bi to lahko povzročilo ali pa vsaj ustvarilo upravičen dvom, da v sporu ne more več odločiti objektivno, nepristransko in z izključnim upoštevanjem pravnih meril.⁹ Nepristranskost sodnika je torej zagotovljena s tem, da pri njem niso podane okoliščine, ki bi pri razumnem človeku vzbudile upravičen dvom, da o zahtevi ne bo mogel odločati nepristransko (t. i. subjektivni vidik nepristranskosti).¹⁰ Iz pravice do nepristranskosti sojenja pa izhaja tudi zahteva, da sodišče pri ravnanju v konkretni zadevi ustvarja oziroma ohrani videz nepristranskosti (t. i. objektivni vidik nepristranskosti). Nepristranskost sodnikov kot nosilcev sodne oblasti na posameznih sodiščih je tako treba ocenjevati tudi po zunanjem izrazu, tj. po tem, kako lahko pristranskost oziroma nepristranskost sodnikov razumejo stranke v postopku in kako se razume v očeh javnosti. Ni dovolj, da sodišče v postopku ravna in odloča nepristransko; sodišče mora biti sestavljeno tako, da ne obstajajo nikakršne okoliščine, ki bi vzbujale dvom o videzu nepristranskosti sodnikov. Za zagotavljanje objektivnega vidika nepristranskosti sodišča je poleg zagotavljanja jamstev v postopku pomembno tudi odstranjevanje okoliščin, ki bi pri razumnem človeku vzbudile upravičen dvom o sodnikovi nepristranskosti. V zvezi s tem je še zlasti poudarjeno zaupanje, ki ga morajo v javnosti vzbujati odločitve sodišč v demokratični družbi.

Tudi v skladu s prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) se za presojo nepristranskosti uporablja subjektivno-objektivni test. ESČP konvencijski pravici do nepristranskega sojenja pripisuje velik pomen, saj gre za pravico, ki v demokratični družbi odločilno prispeva k ustreznim stopnjam zaupanja javnosti v delo sodišč.¹¹ Pri subjektivnem testu gre za ugotavljanje dejanskega osebnega prepričanja ali interesa sodnika, ki pa sam po sebi ne zadošča, saj je kršitev pravice do nepristranskega sodišča iz prvega odstavka 6. člena EKČP podana že, če sodišče ne zadosti zahtevam po objektivni nepristranskosti. Pri objektivni nepristranskosti je po ustaljeni praksi ESČP treba ugotoviti, ali je sodnik v postopku zagotavljal zadostna jamstva, ki bi izključila kakršen koli upravičen dvom glede obstoja osebnega prepričanja ali interesa sodnika,¹² oziroma ali poleg osebnega ravnanja sodnika obstajajo kakšne druge preverljive okoliščine, ki bi lahko povzročile dvom o nepristranskosti sodnika. Gre za tako imenovani *legitimate doubt*.¹³ Kot je poudarilo ESČP v zadevi *Kristiansen proti Norveški*, se objektivni test nanaša predvsem na hierarhične in druge vezi med sodnikom in drugimi udeleženci v postopku.¹⁴

8 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. Up-185/14, U-I-51/16 z dne 28. septembra 2016.

9 Primerjaj odločbi Ustavnega sodišča Up-365/05 z dne 6. julija 2006 in Up-2422/08 z dne 1. julija 2010.

10 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. Up-346/04 z dne 11. oktobra 2006.

11 Glej na primer odločbo *Castillo Algar proti Španiji* z dne 28. oktobra 1998.

12 Glej na primer odločbe ESČP v zadevah *Piersack proti Belgiji* z dne 1. oktobra 1982, *Grievess proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. decembra 2003, *Morel proti Franciji* z dne 6. junija 2000, *Saur Vallnet proti Andori* z dne 29. maja 2012 in *Morice proti Franciji* z dne 23. aprila 2015.

13 Podrobneje o tem glej **Galič, A.**: Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 413.

14 V odločbi v zadevi *Kristiansen proti Norveški* z dne 17. decembra 2015 je za ugotovitev kršitve videza nepristranskosti zadoščalo, da je ena izmed porotnic poznala oškodovanko, ker je ta pred leti z njeno hčerjo hodila v šolo, o oškodovanki pa je porotnica izjavila, da je mima in tiha oseba. ESČP je podobno presodilo tudi v zadevi *Ramljak proti Hrvaški* z dne 27. junija 2017, v kateri je bila objektivna pristranskost

Pri odločanju ESČP je torej pomemben tudi (in predvsem) videz nepristranskosti.¹⁵ V zadevi *Kinsky proti Češki*¹⁶ je sodišče izrecno presodilo, da mora biti ne glede na to, da je sodba morda res pravična in nepristranska, to tudi navzven jasno razvidno. Ni dovolj, da sodišče pravično odloči, ampak mora biti odločitev sodišča tudi dojeta kot pravična.¹⁷ Pri tej presoji je stališče pritožnika, ki zatrjuje pristranskost sodnika, pomembno, a ne odločilno, saj mora biti dvom o pristranskosti sodnika objektivno utemeljen.¹⁸ Takšna zahteva je logična in izhaja iz samega bistva prava. Pravo je namreč izrazito racionalna veda, zato nobena odločitev ne more biti odvisna od občutkov oziroma subjektivnih prepričanj. Po drugi strani, pa četudi ima videz določeno težo, ni odločilen sam po sebi. Pogosto je treba pogledati onkraj videza in se osredotočiti na dejansko situacijo; da bi lahko ugotovili, ali so bili pritožnikovi strahovi glede pristranskosti objektivno utemeljeni, je treba videz preveriti glede na objektivna dejstva, na katerih temelji.¹⁹

Po praksi ESČP je lahko objektivna nepristranskost okrnjena v dveh položajih: (1) kadar sodnik v postopku nastopa še v drugi, s sodniško nezdružljivi vlogi, ali kadar je z osebo, ki takšno vlogo opravlja, v hierarhični ali kakšni drugi povezavi, čeprav sodnikovemu osebному obnašanju v konkretni zadevi ni mogoče ničesar očitati (položaj funkcionalne narave); in (2) kadar sodnikovo ravnanje v konkretnem primeru vzbuja objektivno upravičeni dvom o njegovi nepristranskosti. V slednjem primeru je sodnikovo ravnanje sicer lahko razlog tudi za dvom o subjektivnem vidiku nepristranskosti (položaj osebne narave).²⁰

Poudarjanje objektivne komponente testa nepristranskosti ima v odločbah ESČP tudi povsem praktični vidik. Dokazovanje, da je bil sodnik pri sojenju obremenjen z vnaprejšnjim dejanskim prepričanjem o zadevi, je težavno, največkrat celo nemogoče, zlasti ker se domneva, da sodnikove pristranskosti ni in je dokazno breme dokazovanja pristranskosti na stranki, ki jo zatrjuje. Zato je razumljivo, da je pri oceni, ali je sodnik prestopil meje zahtevane nevtralnosti, poudarek na objektivnem merilu.²¹

Za Slovenijo, ki je majhna država z velikim številom razmeroma majhnih sodišč, sta z vidika zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja pomembni zlasti odločbi ESČP *Dorozhko in Pozharskiy proti Estoniji* in *Mitrov proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji*. Njuno bistvo je, da lahko tesna (kolegialna) razmerja, ki se

ugotovljena, ker je bil sodnikov sin zaposlen v odvetniški pisarni, ki je zastopala nasprotno stran.

15 Ena od temeljnih odločb ESČP v zvezi s to temo je sodba v zadevi *De Cubber proti Belgiji* z dne 26. oktobra 1984, v kateri je ESČP poudarilo, da so pri sojenju pomembne tudi zunanje pojavnosti (*appearances*).

16 Glej odločbo *Kinsky proti Češki* z dne 9. februarja 2012 in **Skubic, Z.**: Ko izvršilna oblast prestopi Rubikon, Pravna praksa, 9/2012, str. 25. Sporočilo te nadvse pomembne odločbe je, da pravne države brez nepristranskih sodišč preprosto ni, zato morajo vsi nosilci državne oblasti pri svojem delu varovati videz nepristranskosti odločitev tretje veje oblasti.

17 Glej odločbi ESČP v zadevah *Poppe proti Nizozemski* z dne 24. marca 2009 in *Micallef proti Malti* z dne 15. oktobra 2009.

18 Glej na primer odločbi ESČP v zadevah *Ferrantelli in Santangelo proti Italiji* z dne 7. avgusta 1996 in *Wettstein proti Švici* z dne 21. decembra 2000.

19 Primerjaj odločbo ESČP v zadevi *Parlov-Tkalčić proti Hrvaški* z dne 22. decembra 2009 in odločbo Ustavnega sodišča Up-502/14 z dne 15. junija 2017.

20 Povzeto po odločbi Ustavnega sodišča Up-57/2014 z dne 26. januarja 2017.

21 Enako tudi **Betetto, N.**: Materialno procesno vodstvo in načelo nepristranskega sojenja, Podjetje in delo, št. 6-7, 2008, str. 1576–1585.

med zaposlenimi vzpostavijo na majhnem sodišču, resno okrnijo (objektivni) videz nepristranskosti sojenja in so v nekaterih primerih celo razlog za prenos krajevne pristojnosti na drugo sodišče.²²

3. SPOROČILO Z BEETHOVNOVE IN IZ STRASBOURGA

Oblikovanje enotnega, skupnega imenovalca predstavljenih primerov je skoraj nemogoče. Vsaka posamezna odločitev vedno temelji na okoliščinah konkretnega primera in včasih je le od najmanjše podrobnosti okoliščin primera odvisna končna presoja Ustavnega sodišča oziroma ESČP. Videz nepristranskosti sojenja je namreč izrazito subjektiven. Njegova vsebina je na normativni ravni oblikovana zelo abstraktno in odprto, zato je tudi njegova enotna uporaba v praksi skoraj nemogoča. Poleg tega gre pogosto za položaje, ki so del sodnikovega vsakodnevnega življenja, ki vključuje osebna poznanstva, druženje z ljudmi, izražanje mnenj in nazorov ter preživljanje prostega časa.²³

Ne glede na povedano pa je mogoče ugotoviti dve. Prvič, da se pri odločanju o kršitvi pravice do nepristranskega sojenja upošteva predvsem objektivno merilo, ki temelji na zahtevi, da morajo sodišča tudi navzven ohranяти oziroma ustvarjati videz nepristranskosti. Drugič, da se standardi Ustavnega sodišča in ESČP na tem področju nenehno zaostrojujejo.

Razveljavitev odločbe zaradi dvoma v nepristranskost bi bila še pred nekaj desetletji najverjetneje razumljena kot nepredstavljiva nezaupnica sodniku, ki je v konkretni zadevi sodil, in sodnemu sistemu kot celoti. Danes pa takšne odločitve postajajo del pravnega vsakdana in ne pomenijo kakšne velike revolucije. Kot ugotavlja nekdanja ustavna sodnica Wedam Lukičeva, bo moralo Ustavno sodišče glede na strogost ESČP pri presoji merila glede videza nepristranskosti sojenja svoja stališča v prihodnje še zaostri. Pri tem izhaja iz ugotovitve, da je ESČP še posebej nepopustljivo, kadar gre za vpletenost sodnika v predhodne faze postopka. V teh primerih ne sprejema ne argumentov o časovni oddaljenosti te vpletenosti ne okoliščine, da v predhodnem postopku ni šlo za odločanje o istih vprašanjih.²⁴

22 V odločbi *Mitrov proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji* z dne 2. junija 2016 je ESČP presodilo, da je dejstvo, da je sodnica, ki je predsedovala senatu, ki je odločal o pritožnikovi krivdi v zvezi s smrtjo hčere druge sodnice v tragični nesreči, spodbudilo objektivni dvom o nepristranskosti sojenja pred tem sodiščem. V zadevi *Dorozhko in Pozharsky proti Estoniji* z dne 24. aprila 2008 pa se je estonska vlada sklicevala na okoliščino, da je Estonija majhna država, zato je zahteva po izločitvi sodnice, ki je poročena s preiskovalcem, preširoka. ESČP je presodilo, da je okoliščina, da je država relativno majhna, zaradi česar so poznanstva ali povezave med udeleženci postopka pogostejše, lahko v določenih primerih upoštevna, vendar pa v nobenem primeru ne more upravičiti odstopa od temeljnih procesnih jamstev, nujnih za pošten postopek. Nepristranskost odločanja je namreč eden izmed najpomembnejših vidikov poštenega postopka.

23 Primerjaj **Crnek, U.**: Videz nepristranskosti: fantom v pravosodju, *Odvetnik* št. 89, 2019, str. 30 in **Crnek, U.**: Zunanji objektivni videz nepristranskosti v pravosodju, magistrsko diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2018, str. 5 in 6.

24 **Wedam Lukić, D.**: Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije, v *Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič*, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor, 2017, str. 285–296.

4. ZAGOTAVLJANJE VIDEZA NEPRISTRANSKOSTI Z DOLOČBAMI ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU (ZKP)²⁵

Pri razlagi teh zakonskih določb je pomembna zlasti določba drugega odstavka 23. člena Ustave, ki vzpostavlja pravico do zakonitega oziroma naravnega sodnika. Bistvo te pravice, ki je tesno povezana s pravico do nepristranskega sojenja iz prvega odstavka tega člena, je, da mora država z ustrezno zakonsko ureditvijo zagotoviti, da bo sodil samo sodnik, ki je izbran po vnaprej določenih pravilih. Sodišča pa morajo s sprejetjem razporeda dela in ustrezno notranjo organizacijo zagotoviti, da se pravica uresničuje v posameznih zadevah. Naknadne določitve sodnika morajo biti izključene oziroma omejene na nujne primere. V teh primerih mora biti določitev drugega sodnika prepuščena sodstvu, ne pa kateri od drugih vej oblasti. Takšna zahteva zagotavlja, da je sodnik nepristranski ter noben udeleženec v sporu ali noben državni organ nima potem, ko je spor že nastal, vpliva na določitev, kateri sodnik naj v konkretnem sporu odloča.²⁶

Slovenski pravni red pozna tri temeljne institute, pri katerih pride do izključitve sodnika iz sojenja v konkretni kazenski zadevi: 1. predodelitev zadeve v primeru sodnikove daljše odsotnosti ali preobremenjenosti, o kateri odloči predsednik sodišča sam ali na predlog vodje sodnega oddelka ali sodnika (158. člen Sodnega reda²⁷); 2. prenos krajevne pristojnosti na drugo stvarno pristojno sodišče, o katerem odloči skupno neposredno višje sodišče na predlog sodišča, sodnika, strank ali oškodovanca (34. in 35. člen ZKP); in 3. izločitev sodnika, o kateri odloči predsednik sodišča na zahtevo sodnika, ki mu je bila zadeva dodeljena, ali strank (39.–44. člen ZKP).²⁸

Za potrebe tega prispevka si je smiselno podrobneje ogledati predvsem institut izločitve sodnika, ki je eden najpomembnejših procesnih zakonskih institutov, ki zagotavlja pravico do nepristranskega sojenja v kazenskem postopku.

Razlogi za izločitev sodnika so določeni v 39. členu ZKP. V prvem odstavku te določbe so določeni razlogi, zaradi katerih sodnik oziroma sodnik porotnik ne sme opravljati sodniške dolžnosti; med njimi so v 1. do 5. točki prvega odstavka 39. člena ZKP taksativno navedeni izključitveni razlogi (*iudex inhabilis*), pri katerih gre za neovržno zakonsko domnevo (*presumptio iuris et de iure*), da vplivajo na nepristranskost sodnika, zato nasprotno dokazovanje ni dopustno. Če sodnik kljub temu opravlja sodniško dolžnost, je podana absolutna bistvena kršitev določb kazenskega postopka iz 2. točke prvega odstavka 371. člena ZKP. V drugem odstavku 39. člena ZKP so prav tako urejeni izključitveni razlogi, ki sodniku ali sodniku porotniku preprečujejo, da bi odločal o obtožbi oziroma pritožbi ali izrednem pravnem sredstvu zoper odločbo, s katero je bilo odločeno o obtožbi. Domneva pa je izpodbojna, če obstaja odklonitveni razlog (*iudex suspectus*), ki je v 6. točki prvega odstavka 39. člena ZKP naveden v splošni določbi, torej če so

25 Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13, 87/14, 8/16 – odl. US, 64/16 – odl. US, 65/16 – odl. US in 66/17 – ORZKP153,154).

26 Podrobneje o tem glej Šturm, L.: Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002, str. 265–267.

27 Sodni red (Uradni list RS, št. 87/16).

28 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča Up-502/14 z dne 15. junija 2017.

podane okoliščine, ki vzbujajo dvom o sodnikovi nepristranskosti.²⁹ Ta razlog se v pritožbi lahko uveljavlja le kot relativna kršitev določb kazenskega postopka iz drugega odstavka 371. člena ZKP.

Videz nepristranskosti se v svojem bistvu nanaša na splošno določbo, ki opredeljuje odklonitvene razloge. V primerjavi s taksativno naštetimi izločitvenimi razlogi je določena zelo splošno. To na eni strani omogoča široko možnost subsumpcije raznovrstnih okoliščin pod to zakonsko določbo, na drugi strani pa ne nudi oprijemljivejših izhodišč za njihovo konkretnjšo opredelitev.³⁰

Primer, kdaj sodnik ne more opravljati sodniške vloge, ureja tudi tretji odstavek 412. člena ZKP. Iz te določbe izhaja, da v senatu, ki odloča o zahtevi za obnovo kazenskega postopka, ne more sodelovati sodnik, ki je sodeloval pri sodbi v prejšnjem postopku. Kakor že navedeno, razloge za izločitev sodnika, torej za to, kdaj sodnik ne more opravljati sodniške dolžnosti, vsebuje 39. člen ZKP. Upoštevanje teh je zato nujno tudi za oceno sodišča, ali sme po tretjem odstavku 412. člena ZKP v senatu, ki odloča o zahtevi za obnovo kazenskega postopka, sodelovati določen sodnik ali pa mora biti iz sodelovanja v senatu izločen. To pomeni, da navedena določba v razmerju do 39. člena ZKP ni v odnosu specialnosti (*lex specialis*) in je zato treba šteti, da tretji odstavek 412. člena ZKP ne določa posebnega izločitvenega razloga namesto tistih iz 39. člena ZKP, ampak ureja le dodatni izključitveni razlog, ki nastopi šele potem, ko je izdana prvostopenjska sodba. Drugačna razlaga bi pomenila, da v postopku odločanja o obnovi kazenskega postopka niso spoštovane vse zahteve glede nepristranskega odločanja, kakor izhajajo iz prvega odstavka 23. člena Ustave.

Nototehnično bi bilo ustrezneje vse razloge za izločitev urediti na enem mestu. Zakonsko določbo, da pri dovolitvi obnove postopka ne sme sodelovati sodnik, ki je sodeloval pri izpodbijani sodbi, bi bilo brez težav mogoče vključiti v 5. točko prvega odstavka 39. člena ZKP.³¹

Pravica stranke predlagati izločitev sodnika ni časovno neomejena. ZKP določa roke, v katerih mora stranka predlagati izločitev sodnika. Po določbi drugega odstavka 41. člena ZKP mora zahtevati izločitev sodnika takoj, ko izve za razlog izločitve, vendar najpozneje do konca glavne obravnave. Med glavno obravnavo sme zahtevati izločitev sodnika ali sodnika porotnika zaradi razloga iz 6. točke prvega odstavka ali 2. točke drugega odstavka 39. člena tega zakona samo, če je razlog izločitve nastal po začetku glavne obravnave; če je bil podan že prej pa le, če stranki ni bil in tudi ni mogel biti znan. Izločitev sodnika višjega sodišča lahko zahteva stranka le do začetka seje senata. Če se pred sodiščem druge stopnje opravi obravnavo (380. člen), se glede zahteve stranke za izločitev sodnika smiselno uporabljajo določbe, ki veljajo za sojenje pred sodiščem prve stopnje (tretji odstavek 41. člena ZKP).

29 Podrobneje o tem **Horvat, Š.**: Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 92–100 in odločba Ustavnega sodišča Up-57/14 z dne 26. januarja 2017.

30 Enako **Crnek, U.**: navedeno delo, str. 12.

31 Enako tudi **Polegek, B.**: Izločitev sodnika po zavrnitvi priznanja krivde, Pravna praksa, št. 7-8/2013, str. 18-19.

5. ZAGOTAVLJANJE VIDEZA NEPRISTRANSKOSTI SOJENJA V SODNI PRAKSI VRHOVNEGA SODIŠČA

Za zagotavljanje videza nepristranskosti sojenja je nedvomno odgovoren zlasti vsak posamezni sodnik, ki odloča o zadevi. Samorefleksivno se mora vedno znova spraševati in preizkušati, ali ga pri delu res vodijo izključno pravni argumenti, ali pa so prisotna nepravna merila, na primer skrita pristranskost ali predsodek (subjektivno merilo)³² in ali bo njegovo odločanje v zadevi v očeh „razumnih ljudi“ sprejeto kot nepristransko (objektivno merilo).

Pri zagotavljanju videza nepristranskosti sojenja ima zagotovo pomembno vlogo tudi Vrhovno sodišče. Ustava o nalogah, vlogi in ciljih Vrhovnega sodišča pove malo. 127. člen Ustave določa, da je Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi, ki odloča o rednih in izrednih pravnih sredstvih ter opravlja druge zadeve, ki jih določa zakon. Nekoliko bolj konkreten je Zakon o sodiščih (ZS)³³, ki poleg pristojnosti Vrhovnega sodišča, ki so opredeljene v 106. členu in usmerjene v varovanje interesa strank, v prvem odstavku 109. člena določa, da Vrhovno sodišče zagotavlja enotno sodno prakso.

Iz takšne pozitivne pravne ureditve je mogoče razbrati, da ima Vrhovno sodišče dve temeljni nalogi: varstvo zakonitosti posamičnih odločitev nižjih sodišč (torej odločanje o rednih in izrednih pravnih sredstvih) ter ustvarjanje in upravljanje precedensov. Najpomembnejši nalogi Vrhovnega sodišča sta tako nedvomno zagotavljanje enotne uporabe zakona in razvoj prava. Na ta način se zagotavlja enakost državljanov pred zakonom, hkrati pa ustvarja sodna praksa, ki nižjim sodiščem omogoča hitrejše in bolj kakovostno odločanje, kar bistveno prispeva tudi k večji učinkovitosti sodstva, predvsem pa zagotavlja pravno varnost. Vrhovno sodišče tako zagotavlja uveljavitev načela vladavine prava s tem, ko s svojimi odločitvami nižjim sodiščem daje vodilo za razsojo v enakih in podobnih primerih. Na tak način učinkovito usmerja delovanje sodnega sistema.³⁴

Kako Vrhovno sodišče opravlja to nalogo na področju zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja, je mogoče ponazoriti z nekaterimi nedavno sprejetimi odločbami. Ob tem je treba omeniti, da predstavljene odločbe niso izbrane naključno, temveč gre za pomembnejše sodbe, ki nakazujejo usmeritev na tem področju.

V zvezi z **vpletenostjo sodnika v predhodne faze postopka** sta v zadnjem času pomembni predvsem dve odločbi.

V zadevi **lps 16065/2015 z dne 13. julija 2017** je Vrhovno sodišče odstopilo od dotedanje prakse glede sodelovanja sodnikov s senatu, ki odloča o zahtevi za obnovo postopka. V tej zadevi je obsojenec zoper pravnomočno sodbo vložil zahtevo za obnovo postopka, ki jo je okrožno sodišče zavrglo, pritožbeno sodišče pa je obsojenčevo pritožbo zoper sklep o zavrnjenju zahteve za obnovo zavrnilo. Zoper

32 Primerjaj **Betetto, N.**: navedeno delo.

33 Zakon o sodiščih (Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08, 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLS-A, 63/13, 17/15, 23/17 – ZSSve in 22/18 – ZSICT).

34 Podrobneje o tem glej **Vavken, L.**: Delovanje in upravljanje sistema rednega sodstva, znanstveno magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2016, str. 89–92.

ta pravnomočni sklep je obsojenec vložil zahtevo za varstvo zakonitosti, v kateri je med drugim trdil, da je sodnica, ki je odločala o pritožbi zoper sodbo okrožnega sodišča, s katero je bil spoznan za krivega, sodelovala tudi v senatu višjega sodišča, ki je odločal o pritožbi zoper sklep o zavrnjenju zahteve za obnovo postopka.

Ker je bila zahteva za varstvo zakonitosti vložena zoper pravnomočni sklep sodišča o zavrnjenju zahteve za obnovo postopka, to je zoper drugo odločbo, s katero kazenski postopek ni bil pravnomočno končan, je moralo Vrhovno sodišče najprej preizkusiti, ali obravnavana zahteva za varstvo zakonitosti izpolnjuje pogoje iz prvega odstavka 420. člena ZKP. Vrhovno sodišče je zahtevo za varstvo zakonitosti sprejelo v obravnavo, ker je ocenilo, da v zahtevi uveljavljana kršitev presega pomen konkretne zadeve in odpira (ustavno) pravno vprašanje, ki je pomembno za zagotovitev enotne uporabe prava.

Vrhovno sodišče je nadalje ugotovilo, da obsojenec v zahtevi vsebinsko uveljavlja predvsem kršitev določbe prvega odstavka 23. člena Ustave. Nadalje je ugotovilo, da je Vrhovno sodišče procesno situacijo iz tretjega odstavka 412. člena ZKP, v kateri je pri odločanju o zahtevi za obnovo kazenskega postopka sodeloval sodnik, ki je sodeloval pri sodbi v prejšnjem postopku, obravnavalo že v več svojih odločbah.³⁵ Vrhovno sodišče je v teh odločbah presodilo, da se prepoved iz določbe tretjega odstavka 412. člena ZKP, po kateri pri odločanju o zahtevi za obnovo postopka v senatu ne more sodelovati sodnik, ki je sodeloval pri sodbi v prejšnjem postopku, nanaša na sodnike izvenobravnavnega senata, ne pa tudi na prepoved sodelovanja sodnikov pritožbenega sodišča, ki so odločali o pritožbi zoper sodbo v prejšnjem postopku. V teh odločbah je Vrhovno sodišče kot zgornjo premiso sodniškega silogizma upoštevalo določbo tretjega v povezavi s prvim odstavkom 412. člena ZKP, kot spodnjo premiso pa okoliščino, da je v pritožbenem postopku pri odločanju o zahtevi za obnovo postopka sodeloval sodnik, ki je odločal o pritožbi zoper sodbo v prejšnjem postopku. Vrhovno sodišče je v teh odločbah izhajalo le iz jezikovne razlage določbe tretjega v zvezi s prvim odstavkom 420. člena ZKP, ki lahko navaja na sklep, da se prepoved odločanja sodnikov o zahtevi za obnovo postopka, ki so sodelovali pri sodbi v prejšnjem postopku, nanaša le na sodelovanje v izvenobravnavnem senatu, to je na odločanje sodišča prve stopnje.

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da takšna razlaga ni ustrezna, ker ne upošteva namena določbe tretjega odstavka 412. člena ZKP, torej teleološke razlage, zaobide pa tudi ustavnoskladno razlago te določbe. Vsebino določbe tretjega odstavka 412. člena ZKP je namreč treba presojati glede na ustrezne določbe ustave, 6. člena EKČP ter prakse Ustavnega sodišča in ESČP. Namen te določbe je prav v tem, da se odpravi kakršenkoli dvom v pristranskost sodnika, ki je v prejšnjem postopku odločal v zadevi, za katero je zahtevana obnova postopka, ter se seznanil z dejanskimi vprašanji. Vrhovno sodišče je pri tem upoštevalo, da je sicer vloga pritožbenega sodišča pri presoji dejanskega stanja v procesni situaciji, ko sodišče odloča na seji senata, drugačno od presoje dejstev pred sodiščem prve stopnje po izvedenem postopku; je le kontrolne narave, torej ne zajema psihološke ocene dokazov, temveč le logično izkustveno oceno pred sodiščem prve stopnje že izvedenih dokazov. Kljub

35 Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča I Ips 199/2008 z dne 11. julija 2008, I Ips 332/2009 z dne 4. februarja 2010 in I Kr 10796/2009 z dne 26. novembra 2015.

temu pa gre za presojo dejanskega stanja, ko se sodnik po naravi stvari seznani z dejstvi in presodi, ali so očitki pritožbe, ki se nanaša na dejansko stanje, utemeljeni.

Pri odgovoru na vprašanje, ali se določba tretjega odstavka 412. člena ZKP nanaša tudi na sodnike pritožbenega sodišča, ki odločajo o zahtevi za obnovo postopka, ali le na člane zunajobravnavnega senata, je treba izhajati iz namena zakonodajalca, ki je očitno hotel preprečiti, da bi odločal isti sodnik o zadevi meritorno in hkrati o dovolitvi oziroma nedovolitvi izrednega pravnega sredstva, tj. obnove postopka, katerega namen je izpodbijati ugotovljeno dejansko stanje. Vrhovno sodišče je zato sklenilo, da v procesnih situacijah, ko pritožbeno sodišče odloča o dejanskih vprašanjih na seji ali obravnavi, ni videti stvarno utemeljenega oziroma iz narave stvari izhajajočega razloga za razlikovanje med sodnikom, ki je v prejšnjem postopku sodeloval kot sodnik sodišča prve stopnje, in med sodnikom, ki je o zadevi odločal kot pritožbeni sodnik. Oba sta se namreč seznanila z dejanskim stanjem obravnavane zadeve in do nje zavzela stališče. Ker se je v obravnavanem primeru višja sodnica pri odločanju o pritožbi zoper sodbo sodišča prve stopnje seznanila z dejanskimi in pravnimi vidiki zadeve in se opredelila do njih, je zato glede na ustavno pravico do nepristranskega sojenja in ob upoštevanju ustavnoskladne razlage določbe tretjega odstavka 420. člena ZKP po presoji Vrhovnega sodišča jasno, da kot članica senata ne bi smela sodelovati pri odločanju o pritožbi zoper sklep, s katerim je sodišče prve stopnje zavrglo obsojenčovo zahtevo za obnovo kazenskega postopka.

Zadeva I Ips 49827/2013 z dne 6. decembra 2018 ni pomembna le z vidika sodnikovega prejšnjega sodelovanja v kazenskem postopku (razpravljajočega sodnika v fazi predkazenskega postopka), temveč tudi zaradi **presoje pravočasnosti predloga za izločitev predsednika razpravljajočega senata**.

Bistvo vložene zahteve za varstvo zakonitosti zoper izpodbijano pravnomočno sodbo, s katero je bil obsojenec spoznan za krivega storitve kaznivega dejanja neupravičenega prometa s prepovedanimi drogami, je bilo v trditvi, da je bil sodnik razpravljajočega senata v enem primeru član senata, v drugem primeru pa predsednik senata v zadevi odločanja o utemeljenosti in zakonitosti izvajanja prekritih preiskovalnih ukrepov v predkazenskem postopku.

Vrhovno sodišče se je najprej ukvarjalo z vprašanjem, ali je bila zahteva za izločitev sodnika podana pravočasno.

Iz podatkov kazenskega spisa v tej zadevi je bilo razvidno, da je sodišče že končalo dokazni postopek, državni tožilec pa je podal zaključni govor, ko je bila obravnava prekinjena, ker je predsednik senata pozval državnega tožilca, da glede na to, da je v zaključni besedi omenjal preizkus izvajanja ukrepov prek izvenobravnavnega senata, predloži sklepe sodišč v zvezi z izvajanjem teh ukrepov, česar v spisu ni bilo. Državni tožilec je sodišču predložil odločbi sodišča, s katerima sta se ugotavljali zakonitost in utemeljenost izvajanja ukrepov tajnega opazovanja in navideznega odkupa. Sodišče je sprejelo sklep, da se glavna obravnava vrne v fazo dokaznega postopka, predsednik senata pa je nato prebral oba sklepa. Ker stranki nista imeli več dokaznih predlogov, je bilo dokazovanje končano. Dva dni po tem je okrožno sodišče prejelo predlog zagovornice za izločitev predsednika senata, ki je bil priporočeno oddan na pošto istega dne, kot se je končalo dokazovanje v obravnavani zadevi. V predlogu

je obsojenčeva obramba trdila, da je razpravljajoči sodnik sodeloval pri odločanju o utemeljenosti in zakonitosti izvajanja prikritih preiskovalnih ukrepov, sklepov pa ni bilo med listinami kazenskega spisa in ju je v dokazne namene predložilo državno tožilstvo šele po zaključnem govoru. Zaradi tega je obsojenec za to okoliščino izvedel šele po končanem naroku.

Predlog obsojenčeve obrambe za izločitev predsednika senata je bil zavržen, ker je sodišče ugotovilo, da je bil podan prepozno, tj. že po koncu glavne obravnave.

Vrhovno sodišče je v navedeni odločbi poudarilo, da pravica stranke predlagati izločitev sodnika ni časovno neomejena. Vendar pa je treba zakon tudi glede tega vprašanja razlagati ustavnoskladno, torej z vidika človekove pravice do nepristranskega sojenja. Ker je sodišče tik pred koncem glavne obravnave prebralo oba sklepa, pri katerih je kot predsednik ali član senata sodeloval predsednik razpravljajočega senata, obramba pa je sklepa dobila na vpogled šele po končanem naroku, je Vrhovno sodišče presodilo, da je predlog za izločitev sodnika, ki ga je obramba uveljavljala še istega dne priporočeno na pošti, predvsem pa v pritožbi, pravočasen. Takšno ravnanje stranke je bilo namreč v skladu z zakonsko zahtevo po takojšnjem odzivu. Obramba se je odzvala takoj, ko je za razlog izločitve izvedela. V določbi drugega odstavka 41. člena ZKP predpisanih časovnih omejitev za podajo predloga za izločitev sodnika namreč ni mogoče razumeti tako, da stranka izločitve iz teh razlogov ne bi mogla zahtevati pozneje oziroma celo v pritožbi, če bi za razlog izvedela šele tedaj. Pri uveljavljanju ustavnih pravic namreč stranka ne more biti prekludirana, če je za okoliščine, ki se nanašajo na morebitno nepristranskost sodišča ali posameznega sodnika, ki ji je sodil, izvedela šele potem, ko je prejela sodbo.

Po tem, ko je Vrhovno sodišče ugotovilo, da je bil predlog za izločitev sodnika podan pravočasno, je presojalo, kakšen vpliv na videz nepristranskosti je imela okoliščina, da je razpravljajoči sodnik sodeloval pri izdaji odločb o odreditvi prikritih preiskovalnih ukrepov.

Presodilo je, da je v konkretni zadevi sodnik sodeloval pri izdaji odločb, s katerimi se nedvomno posega v pravice obsojenca. Obramba je namreč ves čas postopka izpodbijala upravičenost in zakonitost prikritih preiskovalnih ukrepov, sodnik, ki je vse navedeno že presojal in v obeh sklepih ocenil, da so ukrepi zakoniti in utemeljeni, pa je pozneje na glavni obravnavi ugovore obrambe zavrnil kot neutemeljene in presodil enako kot tedaj, ko je sprejel obe odločitvi. Bistveno za okrnitev videza nepristranskosti sojenja je torej, da se je sodnik najprej do istih vprašanj opredelil v fazi predkazenskega postopka, za tem pa še v fazi sojenja pred sodiščem prve stopnje. Gre torej za procesno situacijo, v kateri je dejstva v istem postopku dvakrat presojal isti sodnik, pri čemer so bili podatki, zbrani s prikritimi preiskovalnimi ukrepi, odločilni obremenilni dokaz zoper obsojenca. Vrhovno sodišče je sklenilo, da v konkretni zadevi sicer ni podana niti kršitev 5. točke prvega odstavka 39. člena ZKP, saj sodnik ni odločal o pritožbi zoper odločbo, niti kršitev 1. točke drugega odstavka 39. člena ZKP, saj z izdajo obeh odločb sodnik ni opravljal preiskovalnih dejanj, vsekakor pa gre za situacijo, ki vzbuja dvom v sodnikovo nepristranskost, zaradi česar je podana kršitev 6. točke prvega odstavka 39. člena ZKP.

V zvezi z navedeno odločbo se je v praksi zastavilo vprašanje, kakšen vpliv ima v njej zavzeto stališče na naslednji procesni položaj: na predobravnavnem naroku obdolženec krivde ne prizna, njegova obramba pa zahteva izločitev dokazov, za katere meni, da so nedovoljeni. Sodišče prve stopnje sprejme sklep, s katerim predlog za izločitev dokazov zavrne. Obdolženčeva obramba zoper sklep sodišča prve stopnje vloži pritožbo, o kateri odloča višje sodišče, ki potrdi odločitev prvostopenjskega sodišča. Po končani glavni obravnavi je obdolženec spoznan za krivega storitve očitane kaznivga dejanja, njegova obramba pa zoper sodbo vloži pritožbo, v kateri (ponovno) uveljavlja, da sodba temelji na nedovoljenih dokazih. O tej pritožbi odloča senat istih višjih sodnikov, ki je v fazi predobravnavnega naroka potrdil odločitev sodišča prve stopnje v zvezi s predlogom za izločitev dokazov.

V grobem je mogoče ugotoviti, da se procesna situacija iz sodbe I Ips 49827/2013 z dne 6. decembra 2018 in obravnavani procesni položaj toliko razlikujeta, da ju glede zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja ni mogoče enačiti oziroma le na njuni primerjavi zavzeti stališča, da odločanje (istih) višjih sodnikov, ki so pred tem že odločali o dovoljenosti dokazov v fazi predobravnavnega naroka, o pritožbi zoper sodbo, pomeni dvom v njihovo nepristranskost.

Odločanje o izločitvi nedovoljenih dokazov v fazi predobravnavnega naroka je namenjeno hitrejši izvedbi glavne obravnave, saj je s tem sodišču prve stopnje omogočeno, da se v nadaljevanju postopka ukvarja le še z dovoljenimi dokazi.³⁶ Namen zakonodajalca je bil preprečiti negospodarno razpravljanje o dovoljenosti dokazov na glavni obravnavi in določitev obsega dokaznega gradiva, ki se izvede na glavni obravnavi.³⁷ Temu je prilagojena tudi vloga pritožbenega sodišča, ki o dovoljenosti dokazov tako ali tako odloča v okviru svoje pristojnosti, vprašanje je le kdaj, torej v kateri fazi kazenskega postopka. Odločanje pritožbenega sodišča o (ne)dovoljenosti dokazov v fazi predobravnavnega naroka je tako le „stranski rokav“ odločanja o glavni stvari. V primeru, ki ga je obravnavalo Vrhovno sodišče, pa je razpravljajoči sodnik neposredno presojal svoje odločitve iz zgodnejše faze postopka. V predkazenskem postopku je namreč nastopal kot sodnik garant, ki je ocenjeval zakonitost in utemeljenost prikritih preiskovalnih ukrepov, v fazi sojenja pa je izvedene ukrepe ponovno presodil in sklenil, da so bili izvedeni pravilno in zakonito.

Z vidika **zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja v povezavi s sodnikovimi izvensodnimi dejavnostmi oziroma njegovim zasebnim življenjem** je pomembna odločba Vrhovnega sodišča **Ips 2985/2015 z dne 22. februarja 2018**. V tej zadevi se je Vrhovno sodišče obravnavalo situacijo, v kateri je o pritožbi zoper sodbo sodišča prve stopnje, s katero je bil obsojenec – poklicni voznik avtobusa spoznan za krivega storitve kaznivga dejanja ogrožanja posebnih vrst javnega prometa,³⁸ kot članica

36 Podrobneje o tem glej **Karakaš, A.**: Obseg odločanja o dovoljenosti dokazov na predobravnavnem naroku, Pravna praksa, št. 16-17/2017, priloga, str. II-VI.

37 Primerjaj **Bošnjak, M.**: Predlaganje, izločevanje in izvajanje dokazov po uveljavitvi novele ZKP-K, Podjetje in delo, 2012, št. 6-7, str. 1332

38 Obsojencu se je v obravnavani zadevi očitalo, da je kot voznik avtobusa Ljubljanskega potniškega prometa pri zeleni luči na semaforju zapeljal v križišče in zavijal levo, pri tem pa ni pustil mimo voznika motornega kolesa, ki je pripeljal po desnem prometnem pasu. Oškodovanec je želel trčenje preprečiti, zato je zaviral in se umikal desno, nato pa izgubil oblast nad vozilom in padel na bok motorja ter s telesom trčil v vogal avtobusa, pri tem pa obležal na vozišču in zaradi notranje izkrvavitve umrl.

pritožbenega senata odločala sodnica, ki je bila na srednji šoli sošolka pokojnega oškodovanca. Poleg tega se je udeležila tudi njegovega pogreba. Vrhovno sodišče je poudarilo, da je v konkretnem primeru kumulativno podanih več okoliščin, katerih seštevek pri povprečno razumnem človeku utemeljeno vzbuja dvom v videz nepristranskosti sojenja sodnice, ki je kot poročevalka sodelovala pri odločanju o pritožbi zoper sodbo sodišča prve stopnje na višjem sodišču.

Presodilo je, da se ljudje praviloma udeležijo pogreba pokojnikov, s katerimi so bili v določenem razmerju oziroma odnosu z njihovimi svojci, ki jim z obiskom pogrebne slovesnosti želijo izkazati spoštovanje in bližino v času žalosti ob izgubi svojca. Ljudje se navadno pogreba, ki je tradicionalni izraz spoštovanja do pokojnika in sočutja do njegovih bližnjih, udeležijo, ker se želijo predvsem posloviti od pokojnika, ki jim je nekaj pomenil, oziroma so bili z njim ali njegovimi svojci tako ali drugače povezani. Sodnica poročevalka, ki je bila v srednji šoli oškodovančeva sošolka, se je udeležila njegovega pogreba, ki je bil posledica smrti, ki naj bi jo s svojim malomarnim ravnanjem v cestnem prometu zakrivil prav obsojenec. Poleg tega je bila v pritožbenem postopku obsojencu kazenska sankcija iz sankcije opominjevalne narave spremenjena v zaporno kazen.

Vrhovno sodišče je sodbo razveljavilo, ob tem pa izrecno poudarilo, da *ratio decidendi* odločitve ni bila morebitna subjektivna nepristranskost sodnice poročevalke, ki je odločala na višjem sodišču, temveč ohranjanje videza nepristranskosti sodišča, ki je pomembno zaradi utrjevanja zaupanja obsojenca in javnosti v nepristranskost sojenja v posamezni zadevi.

Sodba Vrhovnega sodišča v zadevi I Ips 11881/2014 z dne 6. in 20. decembra 2018 je pomembna z vidika standarda obrazloženosti odločbe sodišča glede zahteve za izločitev sodnika in okoliščine, da je sodnik sprejel priznanje krivde soobdolžencev, nadaljeval pa postopek zoper obdolženca, ki krivde niso priznali.

V tej zadevi je obsojenčev zagovornik na predobravnavnem naroku zahteval izločitev predsednice senata, ker je meni, da so podane okoliščine, ki vzbujajo dvom v njeno nepristranskost. Predsednica senata je na zapisnik o predobravnavnem naroku sprejela sklep, da se zahteva na podlagi petega odstavka 42. člena ZKP zavrne. Iz zapisnika sicer izhaja, da je sklep na kratko obrazložila, vendar pa razlogov, zaradi katerih je zahtevo zavrgla, v zapisniku ni navedla, prav tako ni izdala posebnega pisnega odpravka sklepa. Tudi v obrazložitvi izpodbijane sodbe ni navedla razlogov, zaradi katerih je zahtevo za izločitev zavrgla.

Vrhovno sodišče je presodilo, da je bistveni pogoj za preizkus pravilnosti in zakonitosti odločitve sodišča, ki posega v pravice in pravni položaj obdolženca, da je ta obrazložena. Obrazložitev po eni strani zagotavlja uvid v razloge za odločitev, kar je pomembno zlasti za stranko, ki v postopku odločanja o svoji pravici ni bila uspešna, po drugi strani pa je ustrezna obrazložitev pogoj za preizkus razumnosti sprejete odločitve. Poudarilo je, da zatrjevane kršitve v zvezi z nezakonomnostjo postopanja predsednice senata pri zavrženju zahteve za njeno izločitev ni mogoče preizkusiti, saj o tem, zakaj je bila zahteva zavrnjena, sodišče prve stopnje ni navedlo razlogov, na podlagi katerih bi bilo mogoče opraviti preizkus zakonitosti odločitve.

Nadalje pa je Vrhovno sodišče pritrdilo vložnikoma v zahtevah, da so v obravnavani zadevi, kjer je o obsojenčevi krivdi odločala predsednica senata, ki je predhodno odločala o krivdi soobsojenca, podane okoliščine, ki bi pri razumnem človeku lahko vzbujale dvom v nepristranskost sojenja. Vrhovno sodišče je poudarilo, da iz ustaljene sodne prakse izhaja, da sodnikov sprejem priznanja krivde katerega od soobdolženih sam po sebi še ni razlog za njegovo izločitev v poznejšem postopku zoper obdolženca, ki krivde niso priznali, temveč je treba vselej presoditi, ali je glede na okoliščine konkretnega primera dvom o nepristranskosti sodnika objektivno utemeljen.

Vendar pa je obravnavana zadeva drugačna od doslej sprejetih odločb Vrhovnega sodišča. Sodišče prve stopnje se je namreč pri utemeljevanju svojih dokaznih ugotovitev na več mestih v obrazložitvi sodbe sklicevalo na sodbe, izdane zoper soobsojence, ki so krivdo na predobravnavnem naroku priznali oziroma so sklenili sporazum o priznanju krivde, kar je glede ustavne pravice do nepristranskega sojenja in ob upoštevanju ustavnoskladne razlage določbe 6. točke prvega odstavka 39. člena ZKP pri Vrhovnem sodišču vzbudilo dvom v nepristranskost odločanja predsednice senata prvostopenjskega sodišča. Ta okoliščina namreč vzbuja vtis, da si je predsednica senata že pred izdajo sodb zoper soobdolženca, ki so krivdo priznali, ustvarila prepričanje o utemeljenosti obtožbene teze proti obsojencem iz tega postopka. Vrhovno sodišče je zato sklenilo, upošteva tudi tesno povezanost očitanih ravnanj in prispevkov posameznih članov hudodelske združbe oziroma sostorilcev pri izvrševanju kaznivih dejanj, ter dejstva, da je tožilstvo utemeljenost obtožbe v tem postopku opiralo na v bistvenem enake dokaze kot v postopku zoper soobdolženca, ki so krivdo priznali, lahko ustvarjal vsaj videz, da je predsednica senata prejudicirala vprašanje obsojenčeve krivde. Ker se po eni strani zakonitosti odločitve predsednice senata sodišča prve stopnje o zavrženju zahteve za njeno izločitev ne da preizkusiti, po drugi strani pa je sodišče prve stopnje z utemeljevanjem izpodbijane sodbe ustvarilo vtis, da je imelo vnaprej oblikovano mnenje o dokazanosti obtožbenih očitkov, je Vrhovno sodišče zaradi zagotavljanja videza nepristranskosti sojenja izpodbijano pravnomočno sodbo razveljavilo.

6. POMEN SODNE PRAKSE VRHOVNEGA SODIŠČA ZA DELO NIŽJIH SODIŠČ IN UTRJEVANJE ZAUPANJA V SODSTVO

Že bežen pregled predstavljene sodne prakse omogoča sklep, da Vrhovno sodišče človekovi pravici do nepristranskega sojenja pripisuje velik pomen ter zakonske določbe s tega področja presoja ustavno skladno ter ob upoštevanju odločb Ustavnega sodišča in ESČP.

Ob tem se zastavlja vprašanje, kako so takšne odločitve sprejete pri nižjih sodiščih in kakšen vpliv imajo na krepitev zaupanja v sodstvo. Na prvi pogled se zdi, da ima ugotovitev kršitve videza nepristranskosti sojenja lahko za posledico rušenje avtoritete sodstva z izkazovanjem nezaupanja do dela nižjih sodišč. Vendar če avtoriteto sodstva razumemo v njenem pravem pomenu, moramo ugotoviti prav nasprotno; tj. da izkazovanje visoke stopnje občutljivosti do zagotavljanja videza nepristranskosti krepi avtoriteto sodstva kot celote in prispeva k zaupanju javnosti v njegovo delovanje.

Avtoritete sodišča namreč ni mogoče ukazati, še manj uzakoniti. ZS v določbi prvega odstavka 2. člena sicer določa, da mora pravnomočno odločbo sodne oblasti spoštovati vsaka fizična in pravna oseba v Republiki Sloveniji, vendar pa navedene določbe ni mogoče razumeti v pomenu „uzakonitve“ sodne avtoritete, temveč le tako, da pravnomočna sodna odločba naslovnika zavezuje in da se mora po njej ravnanj. Avtoritete sodstva tudi ni mogoče legitimizirati le s formalnimi in abstraktnimi argumenti, da sodišče pač mora imeti avtoriteto zaradi njegove sistemske vloge pri konkretizaciji pravnih norm. Sodstvu, ki se je razvilo iz spoznanja ljudi, da je treba spor rešiti razumno ob upoštevanju tistega, kar se je zgodilo, in splošnih predstav o tem, kaj je prav in pravično,³⁹ je sicer oblast podeljena na podlagi zaupanja, da bo s svojimi odločitvami zagotavljalo vladavino prava in čim hitreje razreševalo spore, ki mu bodo predloženi v odločanje, vendar pa se to zaupanje ne izčrpa v abstraktnih pojmi, temveč v pričakovanju nepristranskih odločitev v konkretnih primerih.⁴⁰ Kakovost sodnih odločb in iz njih izhajajoča nepristranskost odločanja sodišča pomembno vpliva na njihovo sprejemanje med ljudmi. Državlani namreč prostovoljno izvajajo odločitve državne oblasti, kadar jih razumejo kot utemeljene, pravične in legitime.⁴¹ Pomemben del legitimnosti posamezne odločbe pa je seveda tudi zavedanje njenega naslovnika in splošne javnosti, da je odločitev sprejelo sodišče, ki je upoštevalo le pravna merila in nikakor ni bilo zainteresirano za takšen ali drugačni izid postopka.

Iz predstavljenih odločb je razvidno tudi, da je Vrhovno sodišče pri utemeljevanju svojih odločitev vedno ostalo na ravni videza nepristranskosti sojenja. Nikoli, čeprav je odločbo zaradi kršitve določbe 23. člena Ustave razveljavilo, ni podvomilo, da v zadevi v resnici ni bilo odločeno nepristransko, temveč je vedno le upoštevalo okoliščino, da za razumnega človeka ne sme biti sence dvoma o nepristranskosti odločanja v konkretni zadevi.

Takšne obzirnosti in zaupanja do sodstva pa žal ni mogoče opaziti pri zakonodajni veji oblasti. Ko je zakonodajalec v noveli ZKP-K v 3. točki drugega odstavka 39. člena ZKP uzakonil nov izločitveni razlog, v skladu s katerim sodnik med drugim ne sme odločati o obtožbi, če je izdal sklep, da se priznanje obdolženca oziroma sporazum o priznanju krivde zavrne, je očitno izhajal prav iz nezaupanja do sodnikovskega dela. Iz zakonodajnega gradiva je razvidno, da je namen takšne ureditve, „da bi predsednik senata presojo vsebine priznanja krivde in sklenjenega sporazuma opravil nepristransko, ne sme morebitni nadaljnji postopek kakorkoli vplivati nanj“.⁴² Očitno je zakonodajalec pri določitvi tega izločitvenega razloga, ki sodnikove nepristranskosti v resnici ne zagotavlja, izhajal iz domneve, da sodnik zaradi „delovne lagodnosti“ (da ne uporabim kakšnega ostrejšega izraza) sporazuma o priznanju krivde oziroma priznanja krivde ne bi bil sposoben zavrniti, če bi vedel, da ga v isti zadevi zaradi te odločitve čaka težje in napornejše delo.⁴³

39 **Krajnc, J.:** Dva talenta zlata za tistega, ki bo sodil najbolj pravično, Naši dnevi, GV Založba, 2008, str. 20.

40 **Kerševan, E.:** Spoštovanje prava in spoštovanje avtoritete sodstva, Inštitut nove revije, Zavod za humanistiko, Ljubljana, 2013, str. 74-75.

41 Primerjaj **Weber, M.:** Wirtschaft Und Gesellschaft (vierte auflage), J.C.B. Mohr – Paul Siebeck, Tübingen, 1976, str. 167–190.

42 Glej vladno gradivo k noveli ZKP-K, EVA 2010-2011-0009 z dne 2. 6. 2011.

43 Smiselno enako tudi **Polegek, B.:** navedeno delo.

7. SKLEP

Videz nepristranskosti sojenja ima torej kljub navidezno zavajajočemu pomenu te besedne zveze globok vsebinski pomen. Za ugotovitev kršitve pravice do nepristranskega sodišča namreč zadostuje že videz pristranskosti oziroma obstoj okoliščin, ki bi pri razumnem človeku vzbudile upravičen, objektivno utemeljeni dvom o sodnikovi nepristranskosti. To se ne odraža le v sodni praksi ESČP in Ustavnega sodišča. Pomena videza nepristranskosti sojenja se dobro zaveda tudi Vrhovno sodišče, ki v svojih odločbah izkazuje visoko stopnjo občutljivosti do tega vprašanja. S takšnim ravnanjem ne izraža nezaupanja do nižjih sodišč in posameznih sodnikov ter ne izpodkopava avtoritete sodstva, temveč jo krepi. Javnosti daje jasno sporočilo, da v sodstvu latinski pregovor „*cornix cornici numquam oculos effodit*“⁴⁴ ne velja.

Zavedati se je treba, da ima visoka stopnja zagotavljanja videza nepristranskosti tudi drugo, manj prijetno stran. Pri tem mislim na organizacijske težave, ki lahko nastanejo na posameznih, predvsem manjših sodiščih. Primeri se lahko, da zaradi sodelovanja v predhodnih fazah (pred)kazenskega postopka, zmanjka („kazenskih“) sodnikov, ki bi še lahko (tudi) navzven nepristransko odločali o zadevi. Poleg tega lahko sodnik zaradi obilice zadev, v katerih sodeluje v predhodnih fazah (pred)kazenskega postopka, in zaradi dolgotrajnosti postopkov preprosto spregleda, da bi moral v posamezni zadevi predlagati svojo izločitev. Zato bi bilo treba uvesti varovalke, da bi sodnike obveščali o njihovi vpletenosti v predhodni postopek.

Ena od rešitev (o kateri bo v prihodnje po mojem mnenju vredno razmisliti) je, da zadeva ob prihodu na sodišče ne dobi le opravilne številke, ki jo spremlja v vseh fazah kazenskega postopka, temveč tudi sodnike, ki bodo o njej odločali v različnih fazah postopka.⁴⁵ Če se postopek konča v zgodnejši fazi, vnaprej določeni sodniki pri odločanju o zadevi pač ne bodo sodelovali. Na tak način bi se večinoma izognili težavam, ki jih prinaša zagotavljanje videza nepristranskosti sojenja v povezavi s sodelovanjem sodnikov v predhodnih fazah postopka. S sodobno informacijsko tehnologijo, nekaj normativnimi spremembami in kančkom dobre volje to zagotovo ne bi smel biti neuresničljiv projekt.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- **Betetto, N.:** Materialno procesno vodstvo in načelo nepristranskega sojenja, Podjetje in delo, št. 6-7, 2008
- **Bošnjak, M.:** Predlaganje, izločevanje in izvajanje dokazov po uveljavitvi novele ZKP-K, Podjetje in delo, 2012, št. 6-7
- **Crnek, U.:** Zunanji objektivni videz nepristranskosti v pravosodju, magistrsko diplomsko delo, Pravna fakulteta v Ljubljani, 2018

⁴⁴ „Vrana vrani nikoli ne izkljuje oči“.

⁴⁵ Idejo za to rešitev mi je dal vrhovni sodnik Mitja Kozamernik, ki se je takšnim sistemom vnaprejšnjega določanja sodnikov seznanil na Sodišču za vojne zločine na območju nekdanje Jugoslavije v Sarajevu.

- **Crnek, U.:** Videz nepristranskosti: fantom v pravosodju, Odvetnik št. 89, 2019
- **Galič, A.:** Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, GV Založba, Ljubljana, 2004
- **Horvat, Š.:** Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2004
- **Karakaš, A.:** Obseg odločanja o dovoljenosti dokazov na predobravnavnem naroku, Pravna praksa, št. 16-17/2017, priloga, str. II-VI
- **Kerševan, E.:** Spoštovanje prava in spoštovanje avtoritete sodstva, Inštitut nove revije, Zavod za humanistiko, Ljubljana, 2013
- **Krajnc, J.:** Dva talenta zlata za tistega, ki bo sodil najbolj pravično, Naši dnevi, GV Založba, 2008
- **Jenull, H.:** Videz nepristranskosti, Pravna praksa, št. 34/2017
- **Panjan, A.:** Izločitev sodnika v civilnem postopku, Odvetnik, leto 20, št. 2
- **Pavčnik, M.:** Iskanje opornih mest, IUS Software, GV Založba, Ljubljana, 2017
- **Polegek, B.:** Izločitev sodnika po zavrnitvi priznanja krivde, Pravna praksa, št. 7-8/2013
- **Skubic, Z.:** Ko izvršilna oblast prestopi Rubikon, Pravna praksa, 9/2012
- **Šturm, L.:** Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002
- **Vavken, L.:** Delovanje in upravljanje sistema rednega sodstva, znanstveno magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2016
- **Vladno gradivo k noveli ZKP-K**, EVA 2010-2011-0009 z dne 2. 6. 2011
- **Weber, M.:** Wirtschaft Und Gesellschaft (vierte auflage), J.C.B. Mohr – Paul Siebeck, Tübingen, 1976
- **Wedam Lukić, D.:** Pravica do nepristranskega sodnika v odločitvah Ustavnega sodišča Republike Slovenije, v Izzivi ustavnega prava v 21. stoletju: liber amicorum Ciril Ribičič, Inštitut za lokalno samoupravo in javna naročila, Maribor, 2017

SODNA PRAKSA:

Odločbe ESČP:

- *Piersack proti Belgiji* z dne 1. oktobra 1982
- *De Cubber proti Belgiji* z dne 26. oktobra 1984
- *Ferrantelli in Santangelo proti Italiji* z dne 7. avgusta 1996
- *Castillo Algar proti Španiji* z dne 28. oktobra 1998

- *Morel proti Franciji* z dne 6. junija 2000
- *Wettstein proti Švici* z dne 21. decembra 2000
- *Grieves proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. decembra 2003
- *Dorozhko in Pozharsky proti Estoniji* z dne 24. aprila 2008
- *Parlov-Tkalčič proti Hrvaški* z dne 22. decembra 2009
- *Kinsky proti Češki* z dne 9. februarja 2012
- *Saur Vallnet proti Andori* z dne 29. maja 2012
- *Morice proti Franciji* z dne 23. aprila 2015
- *Kristiansen proti Norveški* z dne 17. decembra 2015
- *Poppe proti Nizozemski* z dne 24. marca 2009
- *Micallef proti Malti* z dne 15. oktobra 2009
- *Mitrov proti Nekdanji jugoslovanski republiki Makedoniji* z dne 2. junija 2016
- *Ramljak proti Hrvaški* z dne 27. junija 2017

Odločbe Ustavnega sodišča RS:

- U-I-92/96 z dne 21. marca 2002
- Up-365/05 z dne 6. julija 2006
- Up-346/04 z dne 11. oktobra 2006
- Up-2422/08 z dne 1. julija 2010
- Up-185/14, U-I-51/16 z dne 28. septembra 2016
- Up-57/14 z dne 26. januarja 2017
- Up-502/14 z dne 15. junija 2017

Odločbe Vrhovnega sodišča:

- I Ips 199/2008 z dne 11. julija 2008
- I Ips 332/2009 z dne 4. februarja 2010
- I Kr 10796/2009 z dne 26. novembra 2015
- Ips 16065/2015 z dne 13. julija 2017
- Ips 2985/2015 z dne 22. februarja 2018
- I Ips 49827/2013 z dne 6. decembra 2018
- I Ips 11881/2014 z dne 6. in 20. decembra 2018

UPRAVLJAVCI ALTERNATIVNIH INVESTICIJSKIH SKLADOV IN ALTERNATIVNI INVESTICIJSKI SKLADI V REPUBLIKI SLOVENIJI TER Z NJIMI POVEZANI VPISI V SODNI REGISTER

mag. Tina Prevodnik
Agencija za trg vrednostnih papirjev

1. UVOD

V slovenski zakonodaji so bili investicijski skladi prvič urejeni leta 1994, ko je začel veljati prvi Zakon o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (ZISDU)¹. ZISDU je opredelil dve vrsti investicijskih skladov: vzajemne sklade kot ločeno premoženje in investicijsko družbo kot delniško družbo. Ključni opredeljujoči element investicijskih skladov so bile naložbe v prenosljive vrednostne papirje² in javno zbiranje premoženja.³ ZISDU-1⁴ iz leta 2002 je investicijski sklad opredelil kot podjem, katerega edini namen je javno zbiranje denarnih sredstev fizičnih in pravnih oseb ter nalaganje teh sredstev v vrednostne papirje in druge likvidne finančne naložbe po načelih razpršitve tveganj. S tem je razširil nabor naložb na druge likvidne finančne naložbe, v vsebino opredelitve investicijskega sklada pa ni bistveno posegel. Javnost zbiranja sredstev in likvidne finančne naložbe so še vedno bistveni pogoji investicijskega sklada. Subjekti, ki navedenih pogojev ne izpolnjujejo, poslujejo izven zakonodaje ZISDU-1.

ZISDU-2⁵ iz leta 2011 je zožil možnosti poslovanja subjektov z alternativnim naložbenim portfeljem in natančneje določil okvire javnosti zbiranja premoženja. V skladu s 5. členom je investicijski sklad opredeljen kot kolektivni naložbeni podjem, katerega edini namen je, da javno zbira premoženje in ga v skladu z vnaprej določeno naložbeno politiko nalaga v različne vrste naložb v izključno korist imetnikov enot tega investicijskega sklada. Investicijski sklad je tako tudi subjekt, katerega naložbe niso nujno vrednostni papirji, javnost zbiranja premoženja pa je bistvena lastnost investicijskega sklada. V skladu z drugim odstavkom istega člena je javno zbiranje vsako zbiranje premoženja fizičnih oseb, pravnih oseb in drugih subjektov zasebnega in javnega prava, razen premoženja dobro poučenih vlagateljev, kot jih je opredeljeval Zakon o trgu finančnih instrumentov⁶ (ZTFI).⁷

1 Uradni list RS, št. 6/94, 25/97, 32/97 – popr., 10/98, 26/99, 56/99 – ZTVP-1 in 110/02 – ZISDU-1.

2 3. in 4. člen ZISDU.

3 ZISDU je govoril o javni prodaji investicijskih kuponov ali javni prodaji delnic.

4 Uradni list RS, št. 110/02, 32/04 – ORZISDU137, 42/04, 26/05 – UPB1, 68/05 – odl. US, 92/07, 109/07 – popr., 65/08 in 77/11 – ZISDU-2.

5 Uradni list RS, št. 77/11, 10/12 – ZPre-1C, NPB1, 55/12, NPB2, 96/12 – ZPIZ-2, NPB3 in 31/15 – ZISDU-3; v nadaljevanju ZISDU-2.

6 Uradni list RS, št. 108/10 – uradno prečiščeno besedilo, 78/11, 55/12, 105/12 – ZBan-1J, 63/13 – ZS-K in 30/16.

7 »Dobro poučeni vlagatelj« je bil v 44. členu ZTFI opredeljen s sklicevanjem na določbe ZTFI, ki opredeljujejo izraz »profesionalna stranka«. Nov Zakon o trgu finančnih instrumentov (Uradni list RS, št. 77/18 in 17/19 – popr.; v nadaljevanju ZTFI-1) v 71. členu navedeni izraz opredeljuje enako.

Veljavni ZISDU-3⁸ opredeljuje investicijski sklad kot kolektivni naložbeni podjem, katerega edini namen je, da zbira premoženje vlagateljev in ga v skladu z vnaprej določeno naložbeno politiko nalaga v različne vrste naložb v izključno korist imetnikov enot tega investicijskega sklada. Investicijskega sklada tako nič več ne opredeljuje le javno zbiranje premoženja, prav tako naložbe niso omejene le na finančne naložbe.

Pomen izraza "investicijski sklad" se je v zakonodaji spreminjal. Subjekti, ki so v določenem obdobju poslovali zunaj zakonodaje, so pozneje postali regulirani subjekti.

»Investicijski sklad« je produkt, na drugi strani pa je upravljavec, ki v skladu z zakonodajo upravlja investicijski sklad. Vse do začetka veljavnosti ZISDU-3 so bile družbe za upravljanje (DZU) edini upravljavci investicijskih skladov. Pogoje za njihovo ustanovitev in njihovo poslovanje je urejal vsakokratni veljavni zakon. Hkrati z začetkom veljavnosti ZISDU-3 je začel veljati tudi Zakon o upravljavcih alternativnih investicijskih skladov (ZUAIS)⁹, ki je ločeno uredil novo vrsto upravljavcev, ki lahko upravljajo alternativne investicijske sklade (AIS) – upravljavce AIS. AIS so podmnožica investicijskih skladov, opredeljeni s paketom zakonodaje ZISDU-3 in ZUAIS zaradi prenosa Direktive 2011/61/EU o upraviteljih alternativnih investicijskih skladov (AIFMD).

Slovenska zakonodaja v zakonih ZISDU-3 in ZUAIS ločuje med investicijskimi skladi, ki javno zbirajo premoženje, in investicijskimi skladi, ki premoženja ne zbirajo javno, pri čemer prve ureja ZISDU-3, druge pa ZUAIS, ločnica med obema zakonoma pa je zbiranje premoženja od »profesionalnih strank«, kakor jih opredeljuje ZUAIS v 31. členu¹⁰. DZU, ki jih opredeljuje ZISDU-3, in upravljavci AIS, ki jih na drugi strani opredeljuje ZUAIS, lahko ob določenih omejitvah opravljajo storitve na podlagi obeh zakonov.

2. AIS

2.1 Uvod

Investicijski sklad opredeljuje 5. člen ZISDU-3. V skladu z ZISDU-3 v opredelitev investicijskih skladov spadajo tudi investicijski skladi, ki premoženja ne zbirajo javno. Opredelitev je ključna za razumevanje predmeta obeh zakonov, torej ZISDU-3 in ZUAIS. Posamične izraze je Agencija za trg vrednostnih papirjev (agencija) opredelila v Sklepu o ključnih elementih investicijskega sklada ter tipih in vrstah investicijskih skladov (sklep)¹¹. Ob pripravi sklepa je agencija upoštevala smernice o ključnih izrazih iz direktive o upraviteljih AIS, ki jih je sprejela ESMA.

8 Uradni list RS, št. 31/15, 81/15, 77/16 in 77/18.

9 Uradni list RS, št. 32/15 in 77/18.

10 Vsebinsko je izraz nekoliko razširjen v primerjavi s prejšnjo ureditvijo, med »profesionalne stranke« poleg strank, kakor jih določa ZTFI-1, šteje tudi stranke, ki so pripravljene v sklad vložiti večji znesek (150.000 EUR oziroma 50.000 EUR, odvisno od vrste sklada) in podpisati izjavo, s katero potrdijo seznanitev s tveganji in sprejemanje tveganj, ki jih taka naložba pomeni.

11 Uradni list RS, št. 100/15.

Opredelevitev iz 5. člena ZISDU-3 zajema AIS in investicijske sklade, ki to niso, tj. kolektivne naložbene podjeme za vlaganje v prenosljive vrednostne papirje (KNPVP). KNPVP so skladi, katerih poslovanje je usklajeno z Direktivo 2009/65/ES o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjetjih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (direktiva UCITS). V Republiki Sloveniji (RS) zavzamejo obliko vzajemnih skladov (in krovnih skladov) in imajo vedno obliko ločenega premoženja brez pravne osebnosti. Pred oblikovanjem vzajemnega sklada mora DZU pridobiti soglasje (odločbo) agencije, upoštevati pa morajo natančno predpisana pravila glede naložb, upravljanj tveganj idr. Namenjeni so neprofesionalnim strankam. Glede na strogo in natančno ureditev KNPVP, kjer je produkt (investicijski sklad) natančno opredeljen v zakonodaji in potrjen postopku licenciranja, se široka opredelitev in presoja, ali subjekt izpolnjuje pogoje za investicijski sklad ali ne, praviloma uporabljata predvsem pri AIS.

2.2 Pomen izraza investicijski sklad

Sklep agencije opredeljuje pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da lahko podjetje štejemo za investicijski sklad, in sicer:– izraz »kolektivni naložbeni podjem«;– zbiranje premoženja in – vnaprej določena naložbena politika.

2.2.1 Kolektivni naložbeni podjem kot investicijski sklad

Investicijski sklad je kolektivni naložbeni podjem, ki:

- nima splošnega poslovnega ali gospodarskega namena;
- zbira premoženje vlagateljev za namene nalaganja tega premoženja, da se navedenim vlagateljem zagotovi združeni donos, in
- lastniki njegovih enot kot skupina nimajo vsakodnevne presoje ali nadzora.

Za splošni poslovni ali gospodarski namen gre, kadar podjetje upošteva poslovno strategijo, ki vključuje predvsem vodenje:

- poslovne dejavnosti, ki vključuje nabavo, prodajo oziroma izmenjavo blaga ali proizvodov oziroma ponujanje nefinančnih storitev, ali
- gospodarske dejavnosti, ki vključuje proizvodnjo blaga ali gradnjo nepremičnin, ali
- kombinacij dejavnosti iz 1. in 2. alineje tega odstavka.

Združeni donos je donos, ustvarjen na podlagi skupnega tveganja, ki izhaja iz pridobivanja, posedovanja ali prodajanja naložbenih sredstev, vključno z dejavnostmi, namenjenimi povečanju vrednosti ali optimizaciji teh sredstev, ne glede na to, ali so za imetnike enot ustvarjeni različni donosi.

Podjetje ne šteje za investicijski sklad, če imajo vlagatelji možnost vsakodnevne presoje ali nadzora kot neposredne in stalne pristojnosti odločanja o operativnih zadevah, povezanih z vsakodnevno upravljanjem sredstev sklada, ki precej presega običajne vsebine odločanja ali nadzora prek glasovanja na skupščinah delničarjev sklada, pri čemer ni pomembno, ali se ta možnost dejansko izkorišča ali ne. Prav tako dejstvo, da ima možnost vsakodnevne presoje ali nadzora le en

imetnik ali več imetnikov enot, vendar ne vsi, ne šteje za dokaz, da podjem ni kolektivni naložbeni podjem in torej investicijski sklad.

2.2.2 Zbiranje premoženja

Dejavnost zbiranja premoženja pomeni poslovno dejavnost, v okviru katere sklad oziroma oseba ali subjekt, ki deluje v njegovem imenu, opravi neposredne ali posredne korake za zagotovitev prenosa premoženja ali kapitalske zaveze enega vlagatelja ali več vlagateljev v sklad z namenom vlaganja tega premoženja v sklad z opredeljeno naložbeno politiko, pri čemer ni pomembno niti, ali se dejavnost izvede samo enkrat, večkrat ali se izvaja stalno, niti ali ima prenos premoženja ali kapitalska zaveza obliko vpisov v denarju ali v naravi.

Za zbiranje premoženja ne šteje, če kapital v podjem vloži član predhodno obstoječe skupine, pri čemer je bil podjem ustanovljen izključno za vlaganje zasebnega premoženja članov take predhodno obstoječe skupine. Predhodno obstoječa skupina je skupina družinskih članov ne glede na vrsto pravne strukture, ki jo ti vzpostavijo za naložbe v podjem, katerega edini končni upravičenci so družinski člani, če je skupina obstajala že pred ustanovitvijo podjetja, medtem ko se lahko posamični družinski član skupini pridruži tudi po ustanovitvi podjetja. Družinski član na podlagi sklepa pomeni zakonskega partnerja posameznika, osebo, ki s posameznikom živi v zunajzakonski skupnosti, sorodnike v ravni vrsti, sorojence, strice, tete, bratrance in sestrične v prvem kolenu ter osebe, ki jih posameznik vzdržuje.

Za predhodno obstoječo skupino šteje tudi skupina do 50 oseb, ki ustanovi skupno podjetje v obliki gospodarske družbe in hkrati s sprejemom družbene pogodbe soglasno sprejme naložbeno politiko upravljanja premoženja, ki ga take osebe prenesejo na skupno podjetje, pri čemer to premoženje na podlagi soglasno sprejetih pravil upravlja sama, brez prenosa v upravljanje na zunanjega upravljavca.¹²

Kolektivnost upravljanja premoženja investicijskega sklada in zbiranje premoženja se kažeta v možnosti imeti več vlagateljev, in ne v dejanskem številu vlagateljev. Tako podjem, ki mu na podlagi nacionalne zakonodaje, pravil upravljanja ali akta o ustanovitvi oziroma kakšne druge določbe ali ureditve s pravno zavezujočim

¹² V opredelitvi predhodno obstoječe skupine 50 oseb ne gre za prenos smernic, temveč za obrazložitev izjeme iz preambule AIFMD. Med subjekti, ki jih preambula v pojasnilnem odstavku navaja kot tiste, za katere se direktiva ne bi smela uporabljati, so tudi „skupna podjetja“ (joint ventures). Teh ni v besedilu AIFMD in torej tudi ne v zakonu, ki direktivo prenaša v slovenski pravni red. V zvezi s tem je Komisija pojasnila: »Skupna podjetja niso navedena kot izjeme v členu 2(3) direktive. Zato je uvodna navedba št. 8 „plavajoča navedba“ („floating recital“), ki ne more spremeniti ali popraviti seznama izjem, navedenih v pravnem besedilu jedra pravnega besedila. Skupno podjetje se lahko izključi kot AIS oziroma upravljavalec AIS samo, če to sodi v izjeme iz člena 2 (3) direktive (4. člen ZUAIS), ali če specifična struktura tega skupnega podjetja ne sodi v opredelitev AIS v členu 4 (1) (a), ki je ključna opredelitev elementov AIS. V vsakem primeru bi bilo treba vsako situacijo oceniti glede na njene značilnosti, da se ugotovi, ali so merila iz člena 4(1)a (tj. merila, ki ji natančneje pojasnjuje sklep) izpolnjena ali ne, pri čemer pa mora vsebina prevladati nad formalnim poimenovanjem take strukture. Velja splošno pravilo, da se v primeru, kjer ni opredelitve ali skupnega dogovora na ravni EU, za nadaljnje razločevanje uporabijo nacionalne opredelitve.« Tako nacionalno opredelitev pomeni navedena opredelitev predhodno obstoječe skupine 50 oseb.

učinkom, ni preprečeno zbiranje premoženja več kot enega vlagatelja, šteje za kolektivni podjem in torej investicijski sklad, ki zbira premoženje več vlagateljev, tudi če ima samo enega vlagatelja. Celo podjem, ki mu je na podlagi nacionalne zakonodaje, pravil upravljanja ali akta o ustanovitvi oziroma kakšne druge določbe ali ureditve s pravno zavezujočim učinkom preprečeno zbiranje premoženja več kot enega vlagatelja, se šteje za kolektivni naložbeni podjem in torej investicijski sklad, če vloži premoženje, ki ga je zbral od več kot ene pravne ali fizične osebe z namenom vlaganja tega premoženja v korist navedenih oseb in vključuje ureditev ali strukturo, ki ima več kot enega vlagatelja.

2.2.3 Vnaprej opredeljena naložbena politika

Podjem ima opredeljeno naložbeno politiko, če ima sprejeto politiko v zvezi z načinom upravljanja zbranega premoženja, ki omogoča, da se ustvari združeni donos za njegove imetnike enot. Dejavniki, ki običajno posamično ali skupaj kažejo na obstoj take politike, so:

1. naložbena politika je opredeljena in določena najpozneje takrat, ko zaveze vlagateljev do podjema zanje postanejo zavezujoče;
2. naložbena politika je določena v dokumentu, ki postane del pravil upravljanja ali akta o ustanovitvi ali je naveden v pravilih upravljanja oziroma aktu o ustanovitvi;
3. podjem ali pravna oseba, ki podjem upravlja, je imetnikom enot pravno zavezan oziroma zavezana k upoštevanju naložbene politike, vključno z vsemi njenimi spremembami;
4. v naložbeni politiki so naložbene smernice opredeljene s sklicevanjem na merila, med katerimi so lahko nekatera ali vsa naslednja merila:
 - vlaganje v določene vrste sredstev ali upoštevanje omejitev v zvezi z razporejanjem sredstev;
 - upoštevanje določenih strategij;
 - vlaganje v posamezne geografske regije;
 - upoštevanje omejitev finančnega vzvoda;
 - upoštevanje minimalne dobe zadržanja ali
 - upoštevanje drugih omejitev za razpršitev tveganja.

Šteje se, da ima podjem opredeljeno naložbeno politiko tudi takrat, kadar se vse naložbene odločitve prepustijo pravnim osebam, ki upravlja podjem.

2.3 Pravna oblika investicijskega sklada

Šesti odstavek preambule AIFMD navaja, da bi morale biti področje uporabe te direktive omejeno na subjekte, ki zberejo kapital več vlagateljev z namenom vlaganja tega kapitala v skladu z opredeljeno naložbeno politiko v korist teh vlagateljev in katerih redna dejavnost je upravljanje AIS, ne glede na to, ali je AIS odprtega ali zaprtega tipa, kakšna je pravna oblika AIS in ali AIS kotira na borzi ali ne. AIS lahko tako zavzamejo katerokoli pravno obliko, ki jo omogoča pravo države, kjer so ustanovljeni. Tako so lahko ustanovljeni ali po pogodbenem pravu (vsi skladi brez pravne osebnosti oblikovani kot ločeno premoženje) ali po pravu družb.

ZUAIS je pri opredelitvi pravnih oblik skup. Drugi odstavek 3. člena ZUAIS v 2. točki določa, da pravna oblika AIS ne vpliva na uporabo tega zakona. 11. člen zakona nadalje določa, da je AIS tisti AIS, ki je pridobil dovoljenje agencije, ali kadar nima dovoljenja, je njegov sedež oziroma poslovodstvo v RS, razen če ta zakon določa drugače. V 23. členu zakon določa, da izraz »ustanovitev« v zvezi z AIS pomeni, da je ta v državi članici pridobil dovoljenje ali je registriran ali ima v tej državi sedež. Tako je mogoče sklepati, da je AIS lahko katerakoli entiteta, tudi ustanovljena po pogodbenem pravu¹³, ki izpolnjuje pogoje iz 5. člena ZISDU-3 in ni KNPVP ter je zaradi tega predmet vpisa v register pri agenciji. To potrjuje tudi 176. člen ZUAIS, ki za specialne investicijske sklade (SIS, tj. AIS, ki jih nadzoruje agencija) določa mogoče pravnoorganizacijske oblike, in sicer je lahko SIS ustanovljen kot komanditna družba, dvojna družba, družba z omejeno odgovornostjo, delniška družba, komanditna delniška družba ali evropska delniška družba na podlagi zakona, ki ureja gospodarske družbe ali ločeno premoženje po tem zakonu. Pri tem je treba opozoriti, da zakon posebnih določb o ločenem premoženju ne vsebuje, razen določbe o aktu o ustanovitvi, ki so pravila upravljanja.

Nekoliko bolj so v pravnih oblikah omejeni AIS, namenjeni neprofesionalnim strankam, ustanovljeni na podlagi ZISDU-3, in sicer lahko zavzamejo le obliko ločenega premoženja (alternativni vzajemni sklad) ali investicijske družbe s spremenljivim kapitalom.¹⁴

2.4 AIS v ZUAIS in ZISDU-3

Pred ZISDU-3 opredelitve AIS v zakonodaji ni bilo. Danes je AIS opredeljen v 6. členu ZISDU-3 kot vsak investicijski sklad, ki ni KNPVP, ne glede na to, ali premoženje zbira javno ali nejavno. Skladi, ki so danes AIS, so bili tako pred začetkom veljavnosti ZISDU-3 in ZUAIS zakonsko urejeni z ZISDU-2 samo, kadar so premoženje zbirali javno, medtem ko je bil celotno delovanje AIS, ki so premoženje zbirali na drugačen način, zunaj dosega zakonodaje. S sprejetjem ZUAIS so pod okrilje zakonodaje prišli vsi upravljavci takih skladov (zakon tako kakor AIFMD ureja področje upravljavcev in omejeno ureja produkt, tj. AIS), hkrati pa je ZUAIS z razširitvijo pojma profesionalnega vlagatelja v tretjem odstavku 31. člena dopustil širši krog potencialnih vlagateljev v take sklade. Množica AIS so tisti AIS, ki premoženje zbirajo javno (AJIS), in AIS, ki premoženja ne zbirajo javno, tj. alternativni zasebni investicijski skladi (AZIS).

AJIS so lahko ustanovljeni izključno v skladu z določbami ZISDU-3, prav tako jih lahko upravlja le omejeni krog upravljavcev in imajo predpisano naložbeno politiko. Na drugi strani je AZIS odprt pojem in –vanj spadajo vsi AIS, ki izpolnjujejo pogoje, opredeljene v sklepu, pri čemer pa ne obstajajo omejitve naložbene politike¹⁵, prav tako je krog možnih upravljavcev mnogo širši in se od slednjih zahteva le registracija pri pristojnem nadzornem organu.

¹³ Tu gre za družbeno pogodbo, ki so praviloma pravila upravljanja sklada.

¹⁴ Delniška družba, za katero veljajo posebna pravila pri izdaji novih delnic.

¹⁵ AIS imajo lahko številne naložbene politike, od tradicionalnih nepremičninskih skladov, skladov zasebnega kapitala, skladov tveganega kapitala ipd. do bolj eksotičnih, kot so npr. skladi umetnin, skladi vina ipd.

Agencija izdaja dovoljenje ob ustanovitvi alternativnega vzajemnega sklada, investicijske družbe in SIS. Druge AIS morajo upravljalci le navesti ob registraciji upravljalca pri agenciji skupaj s podatki o njihovi naložbeni strategiji in označbo tistih AIS, ki se tržijo v RS (5. točka drugega odstavka 40. člena ZUAIS). Upravljavec mora agenciji sporočiti spremembo podatkov (tudi novoustanovljene sklade). Register vseh upravljavcev AIS je dostopen na spletni strani agencije.

3. UPRAVLJAVCI AIS

3.1 Uvod

ZUAIS določa, da mora imeti vsak AIS svojega upravljalca, ki je odgovoren za poslovanje AIS v skladu ZUAIS oziroma predpisom države članice, sprejetim zaradi prenosa AIFMD. Upravljavec AIS je pravna oseba, katere redna dejavnost je upravljanje enega ali več AIS in je lahko zunanji upravljavec ali pa AIS sam, če to njegova pravna oblika dopušča.¹⁶

ZUAIS opredeljuje tri vrste upravljavcev, in sicer:

1. upravljavec AIS z dovoljenjem agencije (licencirani upravljavec);
2. registrirani upravljavec AIS;
3. upravljavec SIS.¹⁷

3.2 Upravljalci AIS z dovoljenjem

Dovoljenje agencije za opravljanje storitev upravljanja AIS mora pridobiti vsak upravljavec, katerega premoženje v upravljanju (ki vključuje vse AIS, ki jih upravlja, ne glede na njihov sedež), vključno s sredstvi, pridobljenimi z uporabo finančnega vzvoda, presega 100 milijonov EUR. Če upravljavec ne uporablja finančnega vzvoda, imetniki enot AIS pa vsaj pet let po vstopu v posamezni AIS nimajo pravice zahtevati odkupa enot, je pridobitev dovoljenja obvezna, če celotna vrednost upravljanih sredstev presega 500 milijonov EUR.¹⁸ V skladu z Uredbo 447/2013 lahko za dovoljenje zaprosi tudi upravljavec, katerega premoženje ne dosega navedene meje.¹⁹

Upravljavec z dovoljenjem agencije lahko upravlja katerekoli AIS, tudi sklade, ki premoženje zbirajo javno na podlagi ZISDU-3. Prav tako lahko na podlagi priliglasitvenega postopka AIS storitve upravljanja opravlja v katerikoli državi članici.²⁰

¹⁶ V tem primeru se vse določbe, ki se nanašajo na upravljalca, uporabljajo tudi za sklad. Takih primerov v RS v praksi ni, zdi se, da je zakon v tem delu premalo dorečen – ni sopomenka, da bi lahko subjekti uspešno uporabili tako obliko poslovanja.

¹⁷ SIS lahko upravlja tudi DZU, vendar je tudi v tem primeru z vidika ZUAIS registriran upravljavec, zato mora biti kot taka vpisan v register pri agenciji.

¹⁸ Za premoženje v upravljanju se šteje premoženje, ki ga upravljavec upravlja neposredno ali posredno prek družbe, s katero je povezan s skupnim vodenjem ali obvladovanjem ali znatnim deležem glasovalnih pravic oziroma znatnim deležem v kapitalu.

¹⁹ Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 447/2013 z dne 15. maja 2013 o uvedbi postopka za UAIS, ki se odločijo, da bodo upoštevali Direktivo 2011/61/EU.

²⁰ Področje trženja AIS neprofesionalnim strankam ureja vsaka država v okviru svoje zakonodaje, AIFMD od držav članic zahteva le, da v primeru dopuščanja trženja AIS neprofesionalnim strankam tega ne izvajajo diskriminatorno do subjektov iz drugih držav članic.

3.3 Registrirani upravljavci AIS

Upravljalci, katerih premoženje ne presega navedene meje in se niso odločili za prostovoljno pridobitev dovoljenja, se morajo registrirati pri agenciji, zanje pa veljajo le zahteva o letnem poročanju agenciji, prepoved trženja neprofesionalnim strankam in omejitev opravljanja storitev na RS.²¹ Registrirani upravljavci ne morejo upravljati AIS, ki premoženje zbira javno, niti SIS, ki ga kot regulirano obliko AIS uveljavlja ZUAIS.

Upravljavec AIS se mora vpisati v register upravljavcev v skladu z ZUAIS najpozneje v 30 dneh od začetka upravljanja (prvega) AIS. Opustitev registracije v roku pomeni kršitev, za katero se v skladu s 1. točko 308. člena ZUAS lahko izreče globa v prekrškovnem postopku od 5.000 do 125.000 EUR.

3.4 Upravljalci SIS

Izraz »upravljavci SIS« uvaža ZUAIS, pri čemer ne gre za prenos iz AIFMD. Gre za vrsto upravljavcev, ki jim agencija prizna poseben status, na podlagi katerega lahko upravljajo SIS. SIS so oblika skladov, ki jih nadzira agencija, imajo ohlapno predpisano naložbeno politiko glede razpršitve tveganj²² ter se zato lahko tržijo tudi osebam, ki so pripravljene vplačati najmanj 50.000 EUR (za razliko od drugih AIS, kjer je ta meja 150.000 EUR). Status upravljavca SIS se prizna upravljavcu, ki izpolnjuje pogoje, ki jih predpisuje Sklep o pravilih poslovanja upravljavca specialnega investicijskega sklada.²³ Tako kot registrirani upravljavci tudi upravljavci SIS nimajo potnega lista, na podlagi katerega bi lahko storitve upravljanja opravljali na območju celotne EU.

3.5 Druge vrste upravljavcev, urejene v vzporedni zakonodaji

Poleg navedenih ne smemo pozabiti na subjekte, ki prav tako lahko poslujejo v okviru ZUAIS:

- družbe, ki upravljajo družbe tveganega kapitala po Zakonu o družbah tveganega kapitala (ZDTK)²⁴, s stališča ZUAIS štejejo za registrirane upravljavce;
- DZU lahko poslujejo v okviru ZUAIS in jim ni treba pridobiti dodatnega dovoljenja, razen če premoženje AIS v upravljanju DZU preseže mejo 100 oziroma 500 milijonov oziroma če bi DZU navedene storitve želela opravljati na celotnem ozemlju EU;
- upravljavci evropskih skladov socialnega podjetništva iz Uredbe št. 346/2013 o evropskih skladih za socialno podjetništvo in
- upravljavci evropskih skladov tveganega kapitala iz Uredbe št. 345/2013 o evropskih skladih tveganega kapitala.

²¹ Poleg navedenih določb ZUAIS zanje veljajo tudi določbe Zakona o preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma (Uradni list RS, št. 68/16), kar pa ni predmet tega prispevka.

²² Z novelo ZUAIS-A (Uradni list RS, št. 77/18) je bila omejitev, ki je zahtevala največ 30-odstotno izpostavljenost do posamezne osebe, črtana, tako da v zakonu ostaja le zahteva, da se sredstva SIS nalogajo po načelu razpršitve tveganj (prvi odstavek 187. člena ZUAIS).

²³ Uradni list RS, št. 11/16.

²⁴ Uradni list RS, št. 92/07 in 57/09.

3.6 Subjekti, izvzeti iz uporabe zakona

ZUAIS v skladu z AIFMD izrecno izvzame posamične subjekte, ki bi po obliki sicer izpolnjevali pogoje za AIS, vendar je njihova vsebina nezdržljiva s ciljem zakona, in sicer holdinge, pokojninske sklade, posamične evropske in mednarodne institucije (ECB, EIB idr.), nacionalne centralne banke, nacionalne, regionalne in lokalne oblasti, sheme soudeležbe delavcev pri dobičku ali varčevalne sheme delavcev in pravne osebe s posebnim namenom listinjenja.

Pomembna izjema od uporabe zakona velja tudi za upravljavce AIS, ki upravljajo izključno en ali več AIS, katerih vlagatelj je upravljavec AIS sam, njegova nadrejena ali podrejena družba ali druge podrejene družbe teh nadrejenih družb, pri čemer nobena od teh družb ni sama AIS. Ti se sicer štejejo za upravljavce, vendar se zakon zanje ne uporablja.

3.7 Dejavnosti in storitve, ki jih lahko upravljajo posamični upravljavci AIS – omejitve in pogoji

Storitve upravljanja AIS obsegajo upravljanje premoženja AIS in dodatne storitve, povezane z upravljanjem AIS. Pod upravljanje premoženja spada sklepanje pravnih poslov, katerih predmet je premoženje AIS, razpolaganje s premoženjem AIS zaradi izpolnitve obveznosti iz poslov, sklenjenih pri upravljanju premoženja AIS, sprejemanje izpolnitev obveznosti druge pogodbenne stranke na podlagi poslov, sklenjenih pri upravljanju premoženja AIS, in uresničevanje pravic iz vrednostnih papirjev AIS oziroma drugih naložb AIS ter upravljanje tveganj AIS. Poleg navedenih storitev lahko opravlja še dodatne storitve, kamor spadajo administrativne storitve (npr. pravne storitve in vodenje poslovnih knjig ter sestavljanje poslovnih poročil, vrednotenje sredstev in obveznosti ter izračunavanje vrednosti enote, vodenje evidence imetnikov enot ipd.), trženje enot AIS in druge storitve, povezane s premoženjem AIS, kot npr. upravljanje objektov, svetovanje podjetjem v zvezi s kapitalsko strukturo, svetovanje in storitve, povezane z združitvami in nakupi podjetij.

Opravljanje dejavnosti upravljanja AIS pomeni najmanj opravljanje storitev upravljanja premoženja AIS (tj. sklepanje pravnih poslov v zvezi s premoženjem AIS in upravljanje tveganj). Poleg osnovne dejavnosti lahko upravljavec vedno opravlja tudi dodatne storitve, opisane zgoraj, zakon pa v posamičnih primerih glede na status upravljavca AIS omejuje opravljanje drugih dejavnosti.

Registrirani upravljavec pri opravljanju drugih dejavnosti ni omejen, edini pogoj je, da je njegova redna dejavnost tudi upravljanje enega ali več AIS.

Upravljavec z dovoljenjem agencije lahko opravlja le storitve upravljanja AIS, opisane zgoraj, storitve upravljanja investicijskih skladov na podlagi ZISDU-3 pod pogojem pridobitve dovoljenja po navedenem zakonu in storitve gospodarjenja s finančnimi instrumenti in pomožne storitve, prav tako pod pogojem pridobitve posebnega dovoljenja v okviru zahtev ZUAIS.²⁵ Drugih dejavnosti upravljavec z dovoljenjem ne sme opravljati.

²⁵ Tu gre za omejeni krog investicijskih storitev in poslov, ki jih ureja ZTFI-1, in jih lahko opravlja upravljavec z dovoljenjem pod posebnimi pogoji.

Upravljavec s statusom SIS lahko opravlja storitve upravljanja AIS in tudi dejavnosti, ki so neposredno povezane z naloženimi politikami oziroma strategijami AIS.²⁶ Če opravlja tudi druge dejavnosti, so organizacijske zahteve za takega upravljavca nekoliko strožje, predvsem zaradi preprečevanja nasprotij interesov.

5. VPISI V SODNI REGISTER, POVEZANI Z UPRAVLJAVCEM AIS IN AIS

5.1 Uvod

Z ZUAIS je na področju upravljanja investicijskih skladov prišlo do številnih sprememb – v času po začetku njegove veljavnosti so nastali novi subjekti, ki so poslovali na podlagi ZUAIS, večina takih subjektov pa je poslovala po režimu registriranih upravljavcev AIS. V register pri agenciji je vpisanih štirinajst registriranih upravljavcev, ki upravljajo 23 skladov,²⁷ trije upravljavci s statusom upravljavca SIS, ki upravljajo 7 skladov, in en upravljavec z dovoljenjem agencije, ki upravlja en sklad.²⁸

V register je vpisanih 31 AIS, pri tem je 21 AIS oblikovanih kot ločeno premoženje, 8 d. o. o.²⁹, ena d. d. in ena k. d. Med temi je le pet takih, ki jim je agencija podelila status SIS, in sicer štirim oblikovanim kot ločeno premoženje in enemu kot k. d.³⁰

Tako je velik del upravljavcev in AIS³¹ tistih, ki jih agencija v postopkih nikoli ni preverjala in so le vpisani v register upravljavcev na podlagi zahteve iz 40. člena ZUAIS. Zaradi obstoja subjektov, ki jih agencija vpisuje v svoje registre, ne pa tudi podeljuje dovoljenja za opravljanje posamičnih storitev, so v ospredju posamična vprašanja, povezana z vpisi v sodni register in omejitvami poslovanja takih subjektov.

5.2 Vpisi v sodni register, povezani z upravljavcem

Upravljavcem AIS pri vpisih v sodni register povzroča težavo prepoved iz četrtega odstavka 37. člena ZUAIS, ki prepoveduje vpis v sodni register osebe, katere firma

26 Tako lahko katerokoli izmed storitev, ki so povezane s premoženjem AIS, opravlja tudi na trgu, npr. upravljanje objektov, svetovanje podjetjem v zvezi s kapitalsko strukturo, seveda pod pogojem, da je njegova organizacijska struktura ustrezna, da ne prihaja do nasprotij interesov med skladi, ki jih upravlja, in drugimi strankami takega upravljavca.

27 Od tega je pet upravljavcev družb tveganega kapitala, ki vsaka upravlja eno družbo tveganega kapitala, ustanovljeno na podlagi ZDTK.

28 Stanje na dan 1. 6. 2019.

29 Eden izmed AIS, oblikovanih kot d. o. o., je družba, ustanovljena v Veliki Britaniji. Z novelo Zakona o upravljavcih alternativnih investicijskih skladov (Uradni list RS, št. 77/18; ZUAIS-A) tako poslovanje registriranega upravljavca ni več mogoče, zakon registrirane upravljalce omejuje na območje RS ne glede na to, ali druge države članice morebiti za manjše subjekte dopuščajo režime čezmejnega poslovanja brez potnega lista. Na podlagi prehodne določbe ZUAIS-A tak sklad lahko posluje do likvidacije, ne sme pa zbirati novih vplačil (drugi odstavek 5. člena novele in drugi odstavek 30. člena novele).

30 Upravljavec SIS in upravljavec z dovoljenjem agencije lahko upravljata sklade brez dovoljenja in sklade s statusom SIS.

31 Pri tem pa je treba opozoriti, da gre pri registriranih upravljavcih in registriranih AIS le za številčnejšo skupino upravljavcev, da pa sredstva v upravljanju upravljavcev, ki imajo dovoljenje agencije oziroma so pridobili status upravljavca SIS, presegajo sredstva v upravljanju registriranih upravljavcev.

vsebuje besedno zvezo »upravljavec alternativnega investicijskega sklada« ali izpeljanke iz teh besed, če ta oseba ne izpolnjuje pogojev za upravljanje AIS.

Zaradi navedene določbe in določbe četrtega odstavka 27. člena Zakona o sodnem registru (ZSReg)³², ki navaja, da mora v predlogu za vpis ustanovitve subjekta vpisa ta navesti tudi svoj predlog za določitev šifre glavne dejavnosti iz 4. člena ZPRS-1, je v posamičnih primerih prišlo do zavrnitve vpisa v sodni register firme, ki bi vsebovala navedeno besedno zvezo oziroma ustrezno dejavnost pod klasifikacijsko številko 66.300 (upravljanje finančnih skladov), če subjekt vpisa ni predložil odločbe agencije.

Ker ZUAIS ne določa nobenih posebnih pogojev, še več, izrecno navaja, da lahko upravljavec dejavnost opravlja pred vpisom v register (30 dni brez pravnih posledic, po preteku tega časa pa je ob opustitvi vpisa v prekršku), tako za vpis dejavnosti 66.300 in firme, ki bi vsebovala zgoraj navedeno besedno zvezo, upravljavcu ni treba predložiti odločbe agencije, s katero bi izkazoval pridobitev dovoljenja. Registrirani upravljavec take odločbe niti ne more dobiti.

Dodatni zaplet povzroča določba 169. člena ZUAIS, ki ob prenehanju opravljanja storitev upravljanja AIS zaradi spremembe dejavnosti upravljavca AIS predvideva ugotovitveno odločbo agencije o prenehanju dovoljenja za opravljanje storitev upravljanja AIS in šele nato možnost upravljavca, da po njeni pravnomočnosti vloži predlog za vpis sklepa o spremembi dejavnosti v sodni register.³³ Na kakšen način in na kateri podlagi lahko agencija izda ugotovitveno odločbo o prenehanju dovoljenja za subjekte, ki dovoljenja niso prejeli (registrirane upravljalce), in kako lahko registrsko sodišče dovoli spremembo dejavnosti brez ustrezne odločbe po petem odstavku 169. člena ZUAIS, ni povsem jasno. Ker gre pri izbrisu iz registra agencije za ravnanje na podlagi obvestila upravljavca, ki bi ga lahko šteli za zahtevo, bi lahko o izbrisu iz registra agencija odločila z odločbo, ki bi bila kot taka podlaga za spremembo dejavnosti v sodnem registru, vendar pa o takem primeru agencija še ni odločala, prav tako registrsko sodišče še ni prejelo predloga za vpis spremembe dejavnosti, kjer bi bila predložena odločba z drugačno vsebino, kot jo predvideva peti odstavek 169. člena ZUAIS.

Vpis standardne klasifikacijske dejavnosti 66.300 ni izključno uporabljen v primerih subjektov, ki v skladu z ZISDU-3 in ZUAIS upravljajo premoženje investicijskih skladov, saj kar nekaj upravljavcev, vpisanih v register pri agenciji, navedene dejavnosti nima vpisane v poslovni register kot svojo glavno dejavnost³⁴, na

32 Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H, 17/15, 54/17 in 16/19 – ZNP-1.

33 ZUAIS ni dosleden: medtem ko v 37. členu omejuje vpis firme, ki bi vsebovala navedeno besedno zvezo, in ne omenja vpisa dejavnosti, se v 169. členu sprememba vpisa v register nanaša izključno na dejavnost, kar povzroča dodatno zmedo, ali je vpis dejavnosti prav tako omejen le na določene subjekte ali ne.

34 Večinoma gre za družbe tveganega kapitala, ki so se v register vpisovale pred začetkom veljavnosti ZUAIS, npr. STH MANAGEMENT, upravljanje naložb, d. d. (70.100 – dejavnost uprav podjetij); RSG Kapital, upravljanje tveganega kapitala, d. o. o. (70.220 – drugo podjetniško in poslovno svetovanje); MPE, družba za svetovanje in storitve, d. o. o. (70.220 – drugo podjetniško in poslovno svetovanje); UD – upravljavška družba, d. o. o. (70.100 – dejavnost uprav podjetij) idr.

drugi strani pa ob vpogledu v poslovni register izstopa nekaj subjektov, ki imajo navedeno dejavnost vpisano kot glavno dejavnost, pa niso vpisani v register agencije.³⁵

5.3 Vpisi v sodni register, povezani z AIS

Ločeni problem so vpisi v sodni register, povezani z AIS, pri čemer se je treba omeniti predvsem vprašanje vpisa AIS kot družbenikov v sodni register, kadar so oblikovani kot ločeno premoženje.

V skladu z 2. b členom ZSReg se o posamezni osebi kot družbeniku v sodnem registru vodijo podatki, ki se nanašajo na fizično ali pravno osebo. Prav tako peti odstavek 3. člena Zakona o gospodarskih družbah³⁶ (ZGD-1) ustanovitelje družbe omejuje na fizične ali pravne osebe. Kot družbenik v podjetju se torej AIS, oblikovan kot ločeno premoženje, ne more vpisati kar ima posledice tako pri vpisu imetništva naložbe v drug subjekt, ki je predmet vpisa v sodni register, kakor tudi pri ustanavljanju namenskih družb v izključni lasti AIS, ki – tako kot določa zakon – prevzemajo tveganja družbe. V obeh primerih je vpis v dobro AIS, oblikovanega kot ločeno premoženje, onemogočen.³⁷

Investicijski skladi, oblikovani kot ločeno premoženje, v RS v pravnem prometu nastopajo z desetmestno matično številko poslovne enote upravljavca. Za to ni posebne pravne podlage, se pa je taka praksa uvedla še pred začetkom veljavnosti ZUAIS in nastankom AIS – tako poslujejo vsi vzajemni skladi v RS, težav glede vpisa v javne registre, npr. sodni register in zemljiško knjigo, pa do nastanka AIS ni bilo, saj naložbena politika vzajemnih skladov takih naložb ne dopušča, medtem ko je vpis v registrih nematerializiranih papirjev pri Klirinško depotni družbi rešen.³⁸ Na drugi strani se je pri vpisih AIS kot imetnikov pravic v druge javne registre³⁹ načeloma uveljavila praksa vpisovanja na ime upravljavca, je pa mogoče naleteti tudi na vpis, kjer je kot družbenik vpisan subjekt z desetmestno matično številko poslovne enote – investicijskega sklada, medtem ko je v rubriki razno zapisana obrazložitev razmerja med upravljavcem in skladom.⁴⁰ Z vidika upravljanja skladov in doseganja ločitve premoženja je tak vpis verjetno najbolj pravilen in izhaja iz dejstva, da čeprav skladi poslujejo pod matično številko poslovne enote, niso

35 Npr. Akvila Kapital, d. o. o.; FAM INVESTICIJE upravljanje finančnih skladov d. o. o. idr.

36 Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZPosS.

37 V zvezi z določbo petega odstavka 3. člena ZGD-1, ki določa, da je ustanovitelj družbe vsaka pravna ali fizična oseba, če zakon ne določa drugače, je treba razmisliti, ali morda zakonodaja, ki ureja AIS (ZUAIS), morda res ne določa drugače, ko govori o naložbah SIS. Najmanj bi bilo treba razmisliti o določbi petega odstavka 188. ZUAIS, ki opredeljuje namenske družbe kot d. o. o. ali d. d. po zakonu, ki ureja gospodarske družbe, katerih izključni družbenik (torej tudi ustanovitelj) je SIS. Prav tako bi lahko utemeljili, da Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (Uradni list RS, št. 96/12, 39/13, 99/13 – ZSVarPre-C, 101/13 – ZIPRS1415, 44/14 – ORZPIZ206, 85/14 – ZUJF-B, 95/14 – ZUJF-C, 90/15 – ZIUPTD, 102/15, 23/17, 40/17, 65/17 in 28/19), ki v 274. členu dovoljuje naložbe v enote odprtih investicijskih skladov, omogoča vpis pokojninskih skladov kot družbenikov v odprtih investicijskih skladih v sodni register, kadar imajo taki skladi obliko pravne osebe.

38 V skladu s pravili KDD so posebej urejeni vpisi v register o imetniku, ki je skupek premoženja in ima omejeno pravno sposobnost.

39 Tu sta predvsem mišljena sodni register in zemljiška knjiga.

40 KD AVF, d. o. o.

poslovna enota, ampak skupek premoženja, za račun katerega posle sicer sklepa upravljavec, medtem ko je premoženje v lasti vlagatelj. ZUAIS izrecno zahteva ločitev premoženja upravljavca od premoženja sklada, z vpisom na matično številko sklada pa je taka ločitev dosežena.

V register pri agenciji je vpisanih nekaj skladov, oblikovanih kot pravnih oseb – večinoma so to d. o. o., ustanovljene po ZDTK, ki jih nadzoruje Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo. Gre za družbe, ki so poslovale že pred začetkom veljavnosti ZUAIS, z njegovim izvajanjem pa so prišle pod omejeni nadzor agencije kot registrirani upravljavci. Do pred kratkim nobena izmed pravnih oseb ni pridobila statusa SIS in tako jih ni presojala agencija. Prvi postopek, v katerem je agencija podelila status SIS pravni osebi k. d., se je končal prav v času pisanja tega prispevka, in sicer z vpisom sklada v register na dan 31. 5. 2019. Pričakovati je, da bodo registrska sodišča v prihodnosti pogostejše naletela na vpise AIS – k. d., ki bodo pridobile status SIS. Praviloma bodo oblikovani kot dvojna družba, kjer bo komplementar upravljavec sam ali namenska družba, ki bo imela z upravljavcem pogodbo o upravljanju sklenjeno na podlagi ZUAIS, komanditisti pa bodo vlagatelji v AIS. V zvezi s slednjim se zastavljajo vprašanja glede vpisa dejavnosti, javnosti vpisov in vpisov imetništva enot s strani drugih institucionalnih vlagateljev.

Pri AIS je aktualno vprašanje javnosti vpisov, pri čemer težavo SIS, oblikovanim kot pravne osebe, pomeni zahteva drugega odstavka 182. člena ZUAIS, ki določa obvezne vsebine akta o ustanovitvi. Posamične vsebine so sicer nujne kot razkritja morebitnim vlagateljem, ni pa razlogov, da bi se razkrivale javno. Če je SIS oblikovan kot pravna oseba in je njegov ustanovitveni akt družbena pogodba, se navedene vsebine razkrijejo že zaradi določb ZSReg. To ga postavlja v neenak položaj s skladi, oblikovanimi kot ločeno premoženje, kjer so ustanovni akt pravila upravljanja, ki so dostopna samo morebitnim vlagateljem. Agencija je zato v postopkih odločanja sicer zahtevala, da so zahtevane vsebine vključene v besedilo družbene pogodbe, vendar le z osnovnimi, nezaupnimi podatki, medtem ko podrobnejše pogoje vlaganja v take sklade upravljavec lahko določi v ločenem ponudbenem dokumentu, ki je dostopen vlagateljem in za upravljavca zavezujoč, ni pa predmet javnega razkritja.

Prav tako razkritje višine vložka komanditista – imetnika enote SIS, oblikovanega kot k. d., te spravlja v neenak položaj od imetnikov enot sklada, oblikovanega kot ločeno premoženje, kjer imetništvo in višine vložkov nikjer niso javno razkriti.

Enak problem, kot je problematika vpisa SIS brez pravne osebnosti kot družbenika v sodni register,⁴¹ je imetništvo enot SIS, oblikovanega kot pravna oseba, za druge subjekte – institucionalne investitorje, brez pravne osebnosti (tu so mišljeni predvsem pokojninski skladi). Ti se ne morejo neposredno vpisati kot družbeniki (komanditisti) v register družb, kar pomeni, da so enote SIS v sodnem registru vodene pod njihovimi upravljavci.

Na koncu je treba omeniti tudi omejitve ustanavljanja družb in pridobitve statusa družbenika iz 10. a člena ZGD-1, pri čemer določba 10. a člena omejuje osebe, ki

41 Glej opombo 30.

lahko postanejo družbenik. Ob dejstvu, da lahko katerakoli izmed oseb iz določb prvega odstavka 10. a člena ZGD-1 postane imetnik enote sklada, ki nima pravne osebnosti (in tudi delničar delniške družbe), se zastavlja vprašanje smiselnosti take omejitve za vlagatelje – komanditiste AIS glede na to, da nimajo upravljavskih funkcij. Prav tako skladi pri poslovanju ovira tretji odstavek istega člena, ki prepoveduje veriženje podjetij, kadar skladi v okviru svoje naložbene politike naložbe pridobivajo prek namenskih družb, ustanovljenih kot d. o. o. Razumljivo je pričakovati, da bo upravljavec za račun sklada ali sklad sam, če to dopušča njegova pravna oblika, ustanavljal take namenske družbe v skladu z dinamiko pridobivanja naložb in ne bo oviran z administrativno določeno časovno omejitvijo, kot je uveljavljena v tretjem odstavku 10. a člena.

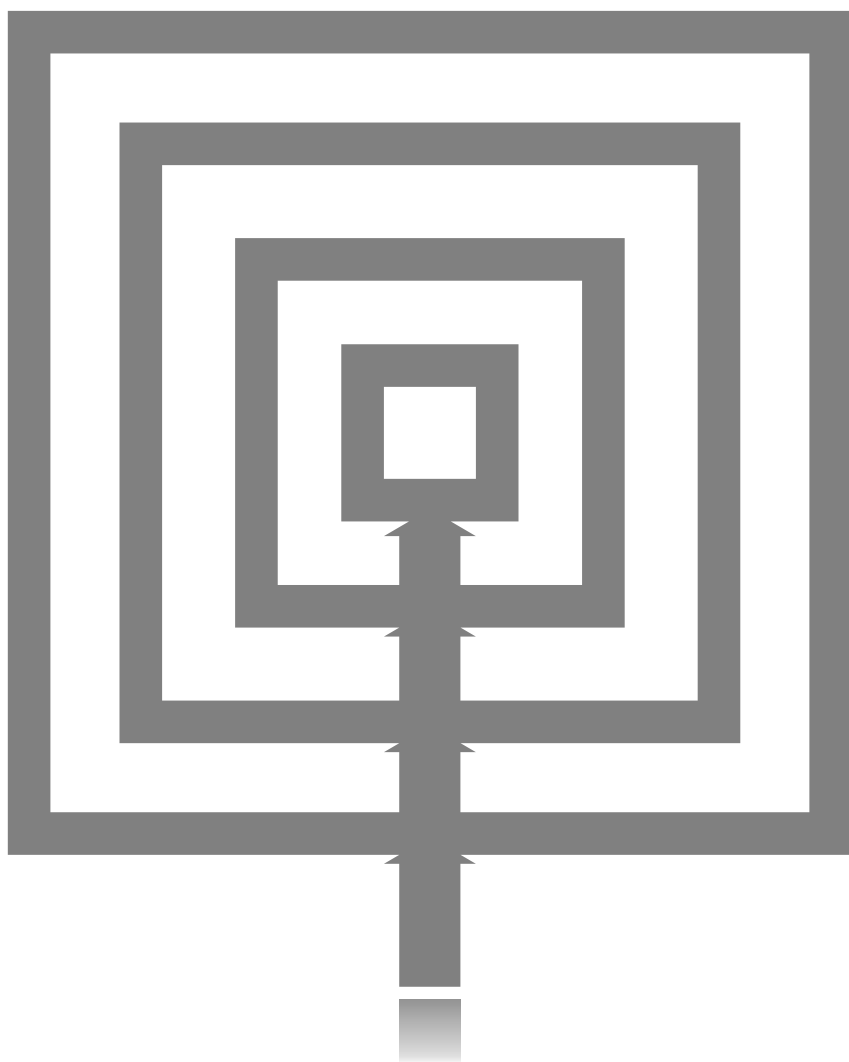
6. SKLEP

Panoga AIS v RS je mlada, vendar pa se v zadnjem času močno povečujejo sredstva v upravljanju in zanimanje institucionalnih vlagateljev za ta novi naložbeni razred, ob tem pa se z novimi oblikami srečujejo tako nadzornik kakor tudi vsi drugi deležniki, vključno z registrskimi sodišči ob vpisu. Posamične zakonske določbe niso v celoti prilagojene novim pojavnim oblikam in terjajo kar nekaj inovativnosti pri njihovi uporabi, da je dosežen želeni cilj – varnost na trgu, dosledna uporaba zakonskih določb brez novih ovir pri poslovanju nastajajoče nove industrije. Ob odsotnosti enotne prakse pri vpisu v sodne registre je upravljavec pred vsakim vpisom podvržen pravni negotovosti. Medtem ko gre pri vpisu dejavnosti in imena le za podaljševanje postopka in nevšečnost, pa ima vprašanje vpisovanja AIS oziroma drugih subjektov, ki poslujejo brez pravne osebnosti, v sodni register lahko dolgoročnejše posledice pri doseganju ločitve premoženja in jasnosti razmerij med subjekti na trgu. Zato je nujno, da se praksa na določenih delih poenoti in da se v primerih, kjer so zaznane nepotrebne ovire, spremeni tudi zakonodaja.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Zakon o investicijskih skladih in družbah za upravljanje (Uradni list RS, št. 31/15, 81/15 in 77/18)
- Zakon o upravljavcih alternativnih investicijskih skladov (Uradni list RS, št. 32/15 in 77/18)
- Sklep o ključnih elementih investicijskega sklada ter tipih in vrstah investicijskih skladov (Uradni list RS, št. 100/15 in 16/17)
- Zakon o sodnem registru (Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 65/08, 49/09, 82/13 – ZGD-1H, 17/15, 54/17 in 16/19 – ZNP-1)
- Direktiva 2011/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011 o upraviteljih alternativnih investicijskih skladov in spremembah direktiv 2003/41/ES in 2009/65/ES ter uredb (ES) št. 1060/2009 in (EU) št. 1095/2010

- Izvedbena uredba Komisije (EU) št. 447/2013 z dne 15. maja 2013 o uvedbi postopka za UAIS, ki se odločijo, da bodo upoštevali Direktivo 2011/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta
- Uredba št. 345/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. aprila 2013 o evropskih skladih tveganega kapitala
- Uredba št. 346/2013 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. aprila 2013 o evropskih skladih za socialno podjetništvo
- Smernice o ključnih pojmi iz direktive o upraviteljih alternativnih investicijskih skladov, ESMA, 13. 8. 2013



**IZ PRAKSE ZA
PRAKSO**



PREGLED SODNE PRAKSE VRHOVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE O KREDITNIH POGODBAH V TUJI VALUTI¹

Nina Zupan, pravosodna svetnica, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Dosedanja sodna praksa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju Vrhovno sodišče) o kreditnih pogodbah v tuji valuti se nanaša predvsem na specifični segment teh pogodb, in sicer na potrošniške kreditne pogodbe v švicarskih frankih (v nadaljevanju CHF). Številni sodni spori, povezani s tovrstnimi pogodbami, izvirajo iz okoliščine, da se je po letu 2008 vrednost CHF v razmerju do evra (v nadaljevanju EUR) začela povečevati. Šlo je za obdobje zadnje gospodarske krize. Švicarska centralna banka (v nadaljevanju SNB) je leta 2011 sprejela ukrepe, s katerimi je vzdrževala stalno vrednost tečaja CHF–EUR.² Na začetku leta 2015 je te ukrepe odpravila, posledica tega je bilo veliko povečanje vrednosti CHF.³ Pozneje se je vrednost CHF zlagoma spet začela zmanjševati.⁴

Za potrošnike, ki so svoj kredit prejeli in odplačevali v CHF, osebni dohodek pa prejeli v EUR, je povečevanje vrednosti CHF pomenilo, da se je evrska protivrednost njihove anuitete oziroma obroka odplačila poviševala.⁵ Na začetku gospodarske krize in med veljavnostjo ukrepov SNB so bile te spremembe manj izrazite, saj je na višino obroka po drugi strani ugodno vplivala obrestna mera. Z odpravo ukrepov SNB pa je učinek menjalnega tečaja postal za kreditnojemalce zelo obremenjujoč, kar je razvidno tudi iz dejstva, da je bila večina tožb zoper banke glede tovrstnih kreditnih pogodb vložena prav v tem času.

V prispevku je predstavljenih dosedanjih sedem odločb, v katerih se je Vrhovno sodišče ukvarjalo s problematiko teh kreditov, skupaj s komentarjem⁶ določenih vidikov teh odločb, ki pa (glede na namen prispevka, ki je predvsem v pregledu sodne prakse) nikakor ni njihova celovita analiza.

1 Prispevek je za objavo prirejeno predavanje avtorice v okviru Civilnopravne sodniške šole 2019, ki je potekala v dveh izvedbah od 6. do 8. marca 2019 in od 20. do 22. marca 2019 v Moravskih Toplicah.

2 V razmerju približno 1,2 CHF proti 1 EUR. Drugače povedano, za 1 CHF je bilo treba odšteti približno 0,83 EUR.

3 Na najvišji točki je bilo treba za 1 CHF odšteti več kot 1 EUR.

4 Marca 2019 (v času nastanka tega prispevka) se je menjalni tečaj gibal na približno 1,12 CHF proti 1 EUR. Drugače povedano, za 1 CHF je bilo treba odšteti približno 0,89 EUR.

5 Leta 2008 so, na primer, za obrok v višini 100 CHF odšteli približno 60 EUR, na točki preloma leta 2015 pa celo več kot 100 EUR.

6 Avtoričina stališča, zavzeta v komentarju odločb, ne odražajo nujno stališč institucije, kjer je zaposlena.

2. ODLOČBE VRHOVNEGA SODIŠČA

2.1 Sklep II lps 176/2017 z dne 19. 10. 2017

V navedeni zadevi je Vrhovno sodišče prvič obravnavalo v uvodu predstavljeno problematiko, vendar v tej zadevi ni šlo za značilni primer posojila v CHF. „Značilne“ imenujem večinoma potrošniške hipotekarne kreditne pogodbe, ki so se sklepale z bankami neposredno pred začetkom gospodarske krize in povečanjem vrednosti CHF v letu 2008, z njimi pa so kreditorejmalci pridobili devizne kredite. Takih primerov je pred sodišči največ. V obravnavani zadevi pa je šlo za pogodbo o finančnem lizingu, sklenjeno že leta 2004. Valuta v Sloveniji je bil takrat še tolar (v nadaljevanju SIT), Slovenija tudi še ni bila članica Evropske unije (v nadaljevanju EU). Predmet lizinga so bili poslovni prostori v trgovsko-poslovnem centru v Mariboru, ki jih je lizingojemalec pridobil od lizing hiše. Lizing je bil sklenjen z odplačilno dobo 15 let, pri čemer je pogodba vsebovala valutno klavzulo z vezavo na CHF.

Leta 2015 je lizingojemalec s tožbo zahteval ugotovitev ničnosti pogodbe in vrnitev vseh že plačanih obrokov lizinga. V prvem sojenju je sodišče prve stopnje zahtevek zavrnilo, sodišče druge stopnje pa to odločitev potrdilo.⁷ Zavrnitev zahtevka je temeljila na argumentih, da pogodba (ki jo je sodišče štelo za inominatni kontrakt) ni nasprotovala veljavni zakonodaji, da je bil tožnik opozorjen na tveganja pri sklenitvi pogodbe z valutno klavzulo in se jih je zavedal, bil pa je tudi visoko strokovno usposobljen s področja bančnega poslovanja.

V reviziji je tožnik sodiščema nižjih stopenj očital spregled njegovih navedb o kršitvah Zakona o varstvu potrošnikov (v nadaljevanju ZVPot) in Zakona o potrošniških kreditih (v nadaljevanju ZPotK). Sodišče prve stopnje se do njih ni izrecno opredelilo; naredilo je le splošni sklep, da sporna pogodba ni bila sklenjena v nasprotju z zakonodajo, ki je veljala v času sklenitve. Sodišče druge stopnje pa je menilo, da kršitev teh zakonov tožnik ni pravočasno in zadosti konkretiziral. Vrhovno sodišče je, nasprotno, menilo, da so bile tožnikove navedbe glede kršitev ZVPot v postopku pred sodiščem prve stopnje pravočasne in dovolj izčrpne, a jih je to sodišče povsem spregledalo. Ukvarjalo se je sicer z vprašanjem dopustnosti valutne klavzule kot take in vprašanjem, ali je lizingodajalec izpolnil svojo predpogodbeno pojasnilno dolžnost, ni pa se ukvarjalo z očitkom o kršitvi določb ZVPot o nepoštenih pogodbenih pogojih, čeprav je tožnik meril predvsem na to, da valutna klavzula iz sporne pogodbe pomeni prav tak pogoj. Vrhovno sodišče je zato reviziji ugodilo, izpodbijani sodbi razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje. Ob tem je še opozorilo, da za presojo pogodbe, sklenjene pred pristopom Slovenije k EU, pravo EU in sodna praksa Sodišča EU (v nadaljevanju SEU), na katero se je tožnik prav tako skliceval, nista formalno zavezujoča, temveč uporabna le zaradi prepričevalne moči argumentov.

V ponovljenem sojenju je sodišče prve stopnje zahtevek znova zavrnilo, pritožbeno sodišče pa tako odločitev potrdilo.⁸ Ponovno je bilo ugotovljeno, da so se stranke pred sklenitvijo pogodbe pogovarjale o valutnem tveganju in da je tožnik kot bančni

⁷ Glej sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1245/2016 z dne 14. 2. 2017.

⁸ Glej sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 467/2018 z dne 7. 8. 2018.

strokovnjak to tveganje tudi razumel. Toženka ob sklepanju pogodbe v letu 2004 ni imela informacij o morebitni tako daljnosežni spremembi menjalnega tečaja, kot se je začela uresničevati več kot štiri leta po sklenitvi pogodbe.⁹ Tožniku tako ni ničesar prikrila. Obe stranki pa sta se zavedali, da gre za aleatorno pogodbo. Pisna pogodba je vsebovala vse sestavine, ki so bile po takrat veljavni zakonodaji potrebne. Dogovor o valutni klavzuli je bil povsem individualno dogovorjeni glavni predmet pogodbe. Po oceni sodišča druge stopnje že zato ne more iti za nepošten pogoj po 24. členu ZVPot, kjer gre za enostransko (od podjetja) določene pogoje. Je pa pritrdilo tudi vsebinski oceni sodišča prve stopnje glede poštenosti pogoja:¹⁰ obveznost pogodbenih strank je bila uravnotežena, možnost sprememb tečaja in zvišanja pogodbene obveznosti je bila pri aleatorni pogodbi utemeljeno pričakovana, nobena pogodbeni stranka pa ni mogla vedeti za prihodnjo znatno povečanje vrednosti CHF, tožnik je imel pravico do konverzije obveznosti v EUR. Nazadnje je pritožbeno sodišče podvomilo, ali je pravo varstva potrošnikov v konkretnem primeru sploh uporabljivo. Nakup skoraj 100 m² velikega poslovnega prostora namreč po oceni sodišča ne spada na področje zadovoljevanja potreb zasebne potrošnje posameznika, kar je sicer namen potrošniških pogodb.

Tožnikov predlog za dopustitev revizije je Vrhovno sodišče zavrnilo s sklepom II DoR 369/2018 z dne 6. 12. 2018. Vsebinski razlogi za zavrnitev iz sklepa sicer niso razvidni,¹¹ a ni odveč opomniti, da dobro desetletje po uvedbi sistema dopuščene revizije¹² Vrhovno sodišče pogoje za dopustitev revizije presoja strogo: pravdne stranke morajo ustrezno opredeliti sporna pravna vprašanja in utemeljiti njihovo pomembnost. Ni naloga revizijskega sodišča, da v izpodbijanih odločbah samo išče morebitne zanimive pravne probleme. V obravnavani zadevi se sicer vprašanja, zanimiva za razvoj sodne prakse, nedvomno lahko zastavljajo. Odpira jih zlasti (sicer na zalogo zavzeto) stališče pritožbenega sodišča o uporabljivosti prava varstva potrošnikov. Presoja potrošniških pogodb ima gotovo nekatere posebnosti v primerjavi s presojo obligacijskih razmerij med prirejenimi posamezniki ali gospodarskimi subjekti. Sodišča na ta vprašanja morda naletijo tudi v drugih zadevah. Ker pa je pravo varstva potrošnikov glede obveznosti do šibkejše stranke najstrožje in ker sta v obravnavani zadevi sodišči opravili celovito presojo prav z vidika prava varstva potrošnikov,¹³ jima nikakor ni mogoče očitati nižje ravni varstva tožnikovih pravic.

9 V tej zadevi že zaradi časa sklenitve sporne pogodbe ni bil upošteven argument kreditojemalcev (sicer uveljavljan v drugih podobnih pravnih), da so bile banke na podlagi poročil in pisnih Bank Slovenije iz let 2005, 2006 in 2007 seznanjene z možnostjo velikega povečanja vrednosti (apreciacije) CHF.

10 Prvi odstavek 24. člena ZVPot določa: „Pogodbeni pogoji se štejejo za nepošten, če: – v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank ali – povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika ali – povzročijo, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval ali – nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti.“

11 Drugi odstavek 367. c člena Zakona o pravdnem postopku, v nadaljevanju ZPP, Vrhovno sodišče pooblašča, da se v sklepu, s katerim zavrne predlog za dopustitev revizije, le splošno sklicuje na neobstoj pogojev iz 367. a člena ZPP.

12 Z novelo ZPP-D iz leta 2008 je bil glede na revizijsko sporno vrednost zahtevka uveden sistem dopuščene revizije poleg neposredno dovoljene revizije; od novele ZPP-E iz leta 2017 dalje pa obstaja samo še sistem dopuščene revizije.

13 Resda bi se nekatera stališča lahko izkazala za sporna, predvsem stališče glede pomena tožnikovega višjega strokovnega znanja. O tem več v razdelku 2.3.

2.2 Sklep II Ips 201/2017 z dne 7. 5. 2018

Gre za prvo pomembnejšo odločbo Vrhovnega sodišča glede potrošniških kreditov v CHF, v kateri so začrtane smernice oziroma materialnopravna izhodišča za presojo morebitne ničnosti tovrstnih pogodb. Najprej je treba povedati, da so bile tožbe kreditojemalcev večinoma zastavljene podobno in utemeljene s podobnimi argumenti. S primarnim tožbenim zahtevkom so tožniki običajno zahtevali ugotovitev ničnosti kreditnih pogodb. Podredni tožbeni zahtevek, če je bil postavljen, pa se je običajno glasil na razvezo kreditnih pogodb zaradi spremenjenih okoliščin. Tako je bilo tudi v tej konkretni zadevi. Sodišči prve in druge stopnje sta zavrnili tako primarni kakor tudi podredni tožbeni zahtevek.¹⁴ Vrhovno sodišče je v revizijski odločbi podrobneje obravnavalo le odločitev o primarnem tožbenem zahtevku. Ker je sodbi sodišč nižjih stopenj v tem delu razveljavilo, ju je bilo treba razveljaviti tudi glede podrednega tožbenega zahtevka, ne da bi se bilo treba revizijskemu sodišču v tej fazi postopka opredeljevati do stališč sodišč nižjih stopenj glede podrednega zahtevka. To za zdaj ni bilo potrebno niti pri poznejših (v tem prispevku predstavljenih) revizijskih odločbah.

Iz dejanskega stanja obravnavane zadeve izhaja, da je tožnik leta 2008 z banko sklenil potrošniško hipotekarno kreditno pogodbo za nakup stanovanjske nepremičnine. Sklenjena je bila za odplačilno dobo 20 let. Pogodbena obveznost je bila v celoti opredeljena v CHF, in sicer tako izročeni znesek kredita kakor tudi valuta odplačila kredita. Šlo je torej za pravi devizni kredit. Tožba je bila vložena junija 2015, torej kmalu po odpravi ukrepov SNB, ki so povzročili naglo povečanje vrednosti CHF.

Ničnost pogodbe je tožnik utemeljeval z naslednjimi podlagami: 1) sklenitev kredita v tuji valuti oziroma z valutno klavzulo naj bi že sama po sebi nasprotovala prisilnim predpisom, 2) kreditna pogodba v tuji valuti naj bi imela nedopustno podlago, 3) šlo naj bi za oderuško pogodbo in 4) banka naj bi pred sklenitvijo pogodbe ne izpolnila svoje pojasnilne dolžnosti. Za zavrnitev prvih treh sklopov navedb zaradi neutemeljenosti ni bilo treba večjega argumentacijskega truda. Vrhovno sodišče je pritrdilo stališčem sodišč nižjih stopenj, da sporna kreditna pogodba po teh podlagah ni nična. V času njenega sklepanja namreč noben predpis ni prepovedoval sklepanja pravih deviznih kreditov niti kreditov z valutno klavzulo. Tudi v podlagi posla ni nič nedopustnega. Gre za tipično *causa credendi*, pridobitev posojila, pri čemer ima kredit v tuji valuti resda aleatorno naravo, ker je obveznost kreditojemalca odvisna (tudi) od gibanja menjalnega tečaja, vendar tudi sklepanje aleatornih pogodb samo po sebi ni nedopustno. Prav tako niso bili izkazani objektivni in subjektivni znaki oderuštv: ne očitno nesorazmerje med dajatvami strank niti izkoriščenje tožnikove stiske, neizkušnosti, lahkomišelnosti ali težkega premoženjskega stanja.

Obširneje pa se je Vrhovno sodišče ukvarjalo s trditvami v zvezi z zatrjevano kršitvijo bankine predpogodbene pojasnilne dolžnosti. Medtem ko se utemeljenost predhodnih sklopov navedb že po pravnem občutku zdi nekoliko oddaljena,¹⁵ se te kršitve zdijo lažje predstavljive. Poenostavljeno rečeno je šlo za argument kreditojemalcev, da

¹⁴ Glej sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1086/2016 z dne 14. 2. 2017.

¹⁵ V sodobnem obligacijskem pravu s poudarjeno pogodbeno svobodo in vse večjim številom inominatnih pogodb se zdi težko predstavljivo, da bi kreditni pogodbi, četudi v tuji valuti, *a priori* odrekli kar dopustnost kavze. Prav tako se zdi težko predstavljivo, da bi na relativno strogo reguliranem bančnem področju lahko kar sistemsko prihajalo do oderuštv.

tovrstnih pogodb ne bi sklepali, če bi vedeli, kakšne posledice lahko ima realizirano tveganje, nadgrajen z argumentom, da so se banke zavedale celo tega, da se bo tveganje zagotovo realiziralo, pa so kreditorejalcem to zamolčale, ker naj bi same od tega imele korist.

Vrhovno sodišče je pri presoji pojasnilne dolžnosti izhajalo iz enakovrednega informacijskega položaja pogodbenih strank. Samo v takem položaju lahko vsaka stranka sprejme razumno odločitev in zavaruje svoje interese. Za bančno področje je značilna precejšnja informacijska asimetrija, kajti banka je na tem področju strokovnjak, potrošnik pa praviloma takega strokovnega znanja nima. Tak dejanski položaj vzpostavlja bankino pojasnilno dolžnost (to je dolžnost, da nasprotni stranki pred sklenitvijo pogodbe zagotovi vse bistvene informacije), ki izhaja že iz načela vestnosti in poštenja, pogosto pa jo v primerih izrazite informacijske neenakosti zakonodajalec tudi izrecno uredi. Zakonodaja o potrošniških pogodbah in potrošniškem kreditiranju,¹⁶ veljavna v času sklepanja sporne kreditne pogodbe, je bila glede vsebine pojasnilne dolžnosti relativno skopa. Šele naslednika prvotnega Zakona o potrošniškem kreditiranju (v nadaljevanju ZPotK), to sta ZPotK-1 in ZPotK-2 (oba sprejeta že v času, ko se je valutno tveganje kreditov v CHF zlagoma že začelo realizirati), sta jo podrobneje uredila,¹⁷ vendar njuna retroaktivna uporaba za obravnavo konkretnega primera ni bila mogoča. Vrhovno sodišče je kljub temu zavzelo stališče, da tudi v času veljavnosti ZPotK vendarle ni zadoščalo le to, da je banka pri kreditnih pogodbah, kjer je obračun vezan na uporabo tuje valute (smiselno enako pa tudi pri pravih deviznih kreditih), v pisno pogodbo vključila navedbo tuje valute in vrsto tečaja, po katerem se izračunava vrednost v domači valuti, ter opozorilo, da se ob spremembi tečaja lahko spremenijo tudi predvideni zneski posameznih plačil (9. točka prvega odstavka 7. člena ZPotK). Standardna praksa bank je namreč bila, da so v pisne kreditne pogodbe v tuji valuti vključile t. i. „izjavo o prevzemu valutnega tveganja“, ki se je običajno glasila tako, da kreditojemalec s podpisom pogodbe izrecno potrjuje, da je seznanjen z valutnim tveganjem in da to tveganje v celoti prevzema. Po mnenju Vrhovnega sodišča skopo pisno opozorilo samo po sebi ne zadošča, temveč je treba v vsakem konkretnem primeru presoditi, ali je banka potrošniku pomen valutnega tveganja tudi ustrezno vsebinsko pojasnila. Nujnost vsebinskega pojasnila namreč izhaja že iz načela vestnosti in poštenja,

16 Vrhovno sodišče je zavrnilo argument, da je kreditna pogodba v tuji valuti izvedeni finančni instrument in da naj bi zato prišla v poštev uporaba 212. člena Zakona o trgu finančnih instrumentov (ZTFI). Cilj pogodbe je namreč pridobitev kredita, in ne investiranje ali špekuliranje z vrednostjo tuje valute.

17 ZPotK-2 zdaj v 7. členu ureja „predhodne informacije“ v okviru poglavja „2.3 Obveznosti pred sklenitvijo pogodbe“. V šestem odstavku tega člena določa: „Pri kreditni pogodbi s spremenljivo kreditno obrestno mero ali kreditni pogodbi, pri kateri je kredit obračunan v tuji valuti, predhodne informacije vsebujejo grafični prikaz nihanja referenčne obrestne mere in vrednosti tuje valute v razmerju do eura za zadnjih deset let. Navedene informacije se zagotovijo v ločenem dokumentu k obrazcu za predhodne informacije o kreditni pogodbi.“ Glede kreditnih pogodb za nepremičnine, kadar je kredit za nepremičnino na voljo v tuji valuti, ZPotK-2 že v zvezi z oglasi za tak kredit predpisuje opozorilo, da morebitno nihanje valutnih tečajev lahko vpliva na znesek kredita, ki ga plača potrošnik (38. člen), v okviru splošnih informacij pa dodaja tudi zahtevo navedbo tuje valute, vključno z razlago posledic za potrošnika, kadar je kredit za nepremičnino obračunan v tuji valuti (39. člen). 22. točka drugega odstavka 12. člena ZPotK-2, ki ureja obvezno vsebino kreditne pogodbe, pa določa: „pri kreditnih pogodbah, pri katerih je obračun povezan z uporabo tuje valute, navedbo tuje valute in vrsto tečaja, po katerem se izračunava vrednost v domači valuti, z opozorilom, da se ob spremembi tečaja lahko spremenijo tudi predvideni zneski posameznih plačil ter obrazložitev delovanja mehanizma pretvorbe plačila iz tuje valute v domačo ter povezavo med tem mehanizmom in mehanizmom, določenim z drugimi pogoji o izplačilu kredita, da lahko potrošnik oceni finančne posledice, ki iz tega zanj izhajajo“.

nenazadnje pa tudi iz zahteve po jasnosti in razumljivosti pogodbenih pogojev, vsebovane v 7. členu ZPotK in 22. členu ZVPot.

Vrhovno sodišče pri tem ni natančneje konkretiziralo, kakšno naj bi bilo tako vsebinsko pojasnilo oziroma ni natančno opredelilo načina ali oblike pojasnila. To je razumljivo, saj ga v primeru, ko zakon njegove vsebine izrecno ne predpisuje, ni mogoče vnaprej formalno zamejiti. V vsakem posameznem primeru je treba presoditi, ali je potrošniku banka predhodno zagotovila dovolj informacij, da lahko razume dejanski učinek pogoja o vračilu kredita v tuji valuti. Kot pojasnjuje tudi Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju Sodišče EU) v zadevi C-186/16 z dne 20. 9. 2017 (*Ruxandra Paula Andricu in drugi proti Banca Românească SA*),¹⁸ na katero se Vrhovno sodišče sklicuje, ne gre le za formalno in slovnično razumljivost pogoja, temveč za to, da je povprečni potrošnik, ki je normalno obveščen, razumno pozoren in preudaren, lahko ne le seznanjen z možnostjo spremembe vrednosti tuje valute, temveč tudi zmožen oceniti potencialno znatne ekonomske posledice takega pogoja za njegove finančne obveznosti.¹⁹ Po presoji Sodišča EU to zlasti velja za primere, kadar kreditjemalec ne prejema dohodkov v valuti, v kateri bo moral odplačati kredit, zato bi bilo ustrezno navesti mogoče spremembe menjalnih tečajev; hkrati je opozorilo na Priporočilo Evropskega odbora za sistemska tveganja CERS/2011/1 z dne 21. 9. 2011, da bi morale finančne ustanove posojilojemalcem zagotoviti najmanj informacijo o tem, kako bi na obroke za odplačilo kredita vplivala zelo velika deprecijacija domače valute in povečanje tujih obrestnih mer.²⁰

V nadaljevanju pa je moralo Vrhovno sodišče presoditi, ali lahko pomanjkljivo opravljena pojasnilna dolžnost v slovenskem pravnem redu sploh privede do ničnostne sankcije. V zvezi s tem je obravnavalo dva sklopa vprašanj. Prvič, ZVPot za nejasne pogodbenne pogoje ne predpisuje njihove ničnosti, temveč le razlago v korist potrošnika (peti odstavek 22. člena ZVPot). Nični pa so nepošteni pogodbeni pogoji (drugi odstavek 23. člena ZVPot). Treba je bilo torej ugotoviti, ali obstaja povezava med nejasnimi in nepoštenimi pogodbenimi pogoji. In drugič, ZVPot za pogodbenne pogoje šteje sestavine pogodbe, ki jih določi podjetje, zlasti tiste, ki so določene v obliki formularne pogodbe ali splošnih pogojev poslovanja, na katere se pogodba sklicuje (prvi odstavek 22. člena ZVPot). Samo po sebi se tako zastavlja vprašanje, kako se lahko določba o vračilu kredita v tuji valuti, ki je zagotovo bistveni del kreditne pogodbe v tuji valuti in s tem tudi glavni predmet pogodbe (*essentialia negotii*), nanaša na 22. člen ZVPot. Ta se namreč nanaša na enostransko določene pogodbenne pogoje, ki jih potrošniku podjetje vsili (zlasti gre za t. i. tipske ali formularne pogoje in klavzule), medtem ko je klasično (in instinktivno) razumevanje glavnega predmeta pogodbe tako, da je med strankama posamično dogovorjen.

18 Sodišče EU je na predhodna vprašanja, ki jih je zastavilo romunsko pritožbeno sodišče, odgovarjalo v okviru razlage Direktive Sveta 93/13/EGS z dne 5. 4. 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, ki je v slovenski pravni red prenesena z ZVPot.

19 Glej zlasti 44. do 47. in 51. točke obrazložitve sodbe v zadevi *Andricu* in 27. točko obrazložitve sklepa Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 201/2017.

20 Glej zlasti 49. in 50. točko obrazložitve sodbe v zadevi *Andricu* in 27. točko obrazložitve sklepa Vrhovnega sodišča v zadevi II Ips 201/2017.

Z drugim vprašanjem se je Vrhovno sodišče natančneje ukvarjalo v eni od svojih poznejših odločb glede kreditov v CHF, in sicer v zadevi II Ips 195/2018 z dne 25. 10. 2018, kjer je tožena banka izrecno poudarila, da presoja (ne)poštenosti pogodbenega pogoja o vračilu kredita v CHF v konkretnem primeru sploh ni potrebna, ker naj bi šlo za individualni dogovor med strankama, in ne za enostransko vsiljeni pogodbeni pogoj. Menilo je, da sicer strogo formalno res ni mogoče šteti, da je tak pogoj potrošniku vsiljen, saj ima na voljo več pogodbenih klavzul (na primer o vračilu kredita v isti valuti, v kateri je bil dan, ali pa v drugi valuti, z vezavo na drugo valuto ipd.), med katerimi lahko prosto izbira. Vendarle pa gre za tipsko obliko teh pogojev, ki jih banka vnaprej enostransko pripravi, zato je Vrhovno sodišče sklenilo, da se ni mogoče *a priori* izogniti presoji nepoštenosti. Na ta sklep je vplivala tudi razlaga Sodišča EU v zadevi *Andriciuc*, kjer je to sodišče obravnavalo romunske potrošniške kreditne pogodbe, ki so vsebovale tipske klavzule o vračilu kredita v tuji valuti, in zapisalo, da je »[...] treba člen 4(2) Direktive 93/13 razlagati tako, da pojem „glavni predmet pogodbe“ v smislu te določbe zajema pogodbeni pogoj, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, vsebovan v pogodbi o posojilu, izraženem v tuji valuti, ki ni bil posamično dogovorjen in na podlagi katerega je treba posojilo vrniti v isti tuji valuti, v kateri je bilo sklenjeno, če ta pogoj določa bistveno storitev, ki to pogodbo opredeljuje.« Sodišče EU pa s tem med drugim pove tudi to, da „glavni predmet pogodbe“ ni nujno vedno posamično dogovorjen, temveč ima lahko tudi tipska klavzula vsebino, ki določa bistveno storitev, ki neko pogodbo opredeljuje.²¹

Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. 4. 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (v nadaljevanju Direktiva 93/13/EGS) glede presoje nepoštenosti glavnega predmeta pogodbe nekoliko zapleteno določa: »Ocena nedovoljenosti pogojev ne sme biti povezana niti z opredelitvijo glavnega predmeta pogodbe niti z ustreznostjo med ceno in plačilom za izmenjane storitve ali blago, če so pogoji v jasnem, razumljivem jeziku.«²² Drugače povedano: glavni predmet pogodbe je lahko predmet presoje nedovoljenosti (nepoštenosti) le, če je nejasen in nerazumljiv. Ob upoštevanju tega je Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 201/2017 razlagalo tudi ZVPot, ki je omenjeno direktivo sicer pomanjkljivo prenesel v slovenski pravni red in podobne določbe ne vsebuje. S tem je možne razlage pravzaprav zožilo, saj bi bila mogoča tudi razlaga, da je po slovenskem pravu presoja nepoštenosti glavnega predmeta pogodbe vselej mogoča. To pa bi po oceni Vrhovnega sodišča pomenilo prevelik poseg v avtonomijo pogodbenih strank, zato je možnost presoje nepoštenosti prav tako zamejilo na primere nejasnih in nerazumljivih pogodbenih pogojev.

To nas končno pripelje do povezave med nejasnostjo pogodbenih pogojev (ki je lahko tudi posledica pomanjkljivo opravljene pojasnilne dolžnosti) in ničnostno sankcijo (ki je posledica nepoštenosti pogodbenih pogojev). Vrhovno sodišče

21 Podobno izhaja tudi na primer iz sodb Sodišča EU v zadevah C-26/13 z dne 30. 4. 2014 (*Kásler in Káslerné Rábai* proti *OTP Jelzálogbank Zrt*) in C-143/13 z dne 26. 2. 2015 (*Matei* proti *SC Volksbank România SA*).

22 Ob tem opozarjam, da je Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 201/2017 nekoliko neustrezno povzelo vsebino direktive, ko je v 25. točki obrazložitve navedlo, da je po direktivi presoja nepoštenosti mogoča le pri splošnih, enostransko določenih pogojih, medtem ko je glavni predmet pogodbe, ki je med strankama posamično dogovorjen, iz presoje nepoštenosti izrecno izvzet, če je zapisan v jasnem in razumljivem jeziku. Drugi odstavek 4. člena direktive namreč ne omenja „posamične dogovorjenosti“ glavnega predmeta pogodbe.

pojasni, da je treba najprej ugotoviti, ali je bila pojasnilna dolžnost ustrezno in celovito opravljena in ali je posledično pogodbeni pogoj jasen in razumljiv. Če je odgovor pozitiven, je nadaljnja presoja nepoštenosti glavnega predmeta pogodbe izključena; v nasprotnem primeru pa se opravi še slednja. Pri presoji nepoštenosti je treba presoditi predvsem to, ali je banka ravnala v dobri veri in ali je ob sklenitvi pogodbe obstajalo morebitno znatno neravnotežje med pravicami in obveznostmi strank ob upoštevanju, da se tako znatno neravnotežje lahko pokaže šele pozneje med izvajanjem pogodbe. Nepoštenost pogodbenega pogoja oziroma nepoštenost glavnega predmeta pogodbe je sankcionirana z ničnostjo spornega določila ali celotne pogodbe. Povedano drugače: če je pogodbeni pogoj nejasen in nerazumljiv, hkrati pa ni izkazano, da je tudi nepošten, potem (le) pomanjkljiva izpolnitev pojasnilne dolžnosti še ne vodi v ničnostno sankcijo.

Dodati velja, da se je glede meril za presojo nepoštenosti Vrhovno sodišče očitno odločilno oprlo na stališča Sodišča EU v zadevi *Andrić*, ki je ob razlagi prvega odstavka 3. člena Direktive 93/13/EGS poudarilo pomen presoje zahteve dobre vere in morebitnega znatnega neravnotežja, posebej pa se je ukvarjalo tudi s časom presoje obstoja znatnega neravnotežja.²³ Tako je tudi samo besedilo določbe: »Pogodbeni pogoj, o katerem se stranki nista dogovorili posamično, velja za nedovoljenega, če v nasprotju z zahtevo dobre vere v škodo potrošnika povzroči znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank.« Ni pa Vrhovno sodišče teh meril izrecno umestilo še v kontekst razlage prvega odstavka 24. člena ZVPot, ki določa, da se pogodbeni pogoji štejejo za nepoštena, če v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank ali povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika, ali povzročijo, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval, ali nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti.

Sodbi sodišč nižjih stopenj je Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 201/2017 razveljavilo iz treh razlogov. Nosilni razlog je bila pomanjkljiva presoja ustreznosti oprave pojasnilne dolžnosti. Sodišči nižjih stopenj sta menila, da je za izpolnitev pojasnilne dolžnosti zadoščalo, da je bila v pogodbo vključena klavzula o seznanjenosti z valutnim tveganjem, nista pa presojali, ali je bila kreditojemalcu ta tudi vsebinsko pojasnjena. Poleg tega se je tožnik skliceval na tri dokumente Banke Slovenije (v nadaljevanju BS) in trdil, da iz njih izhajajo informacije glede tveganosti kreditov v CHF, s katerimi naj bi BS seznanila banke, oziroma navodila, ki naj bi jim jih dala glede informiranja potrošnikov o tovrstnih kreditih. Te informacije naj bi mu banka prikrila. Do pomena teh dokumentov se sodišče prve stopnje sploh ni opredelilo, sodišče druge stopnje pa ne v celoti oziroma vsebinsko nezadostno, s čimer sta kršili tožnikovo pravico do izjave. Enako kršitev pa pomeni tudi zavrnitev tožnikovih dokaznih predlogov za zaslišanje drugih komitentov iste banke, s čimer je ta želel dokazovati poslovno politiko te banke pri informiranju potrošnikov glede kreditov v CHF. Sodišče druge stopnje ni le nedovoljeno dopolnjevalo manjkajočih razlogov za zavrnitev dokaznega predloga na prvi stopnji, temveč je pravdni stranki tudi neenakopravno obravnavalo. Zavrnitev dokaznega predloga je temeljila na argumentu, da drugi komitenti niso bili seznanjeni z okoliščinami sklepanja konkretne sporne pogodbe, pri čemer pa sodišče ni upoštevalo, da je banka sama

23 Glej zlasti 52. do 58. točko obrazložitve sodbe v zadevi *Andrić*.

trdila, da je pojasnilno dolžnost v konkretnem primeru opravila na način, ki je običajen pri tovrstnih poslih, ter to dokazovala z zaslišanjem vodje poslovalnice, ki pri sklepanju konkretne pogodbe ni bila prisotna. Zato ni ustrezno, da se tožniku ne dopusti nasprotni dokaz, torej dokaz z zaslišanjem drugih komitentov. Ob tem je Vrhovno sodišče še opozorilo, da je dokazno breme, da je bila pojasnilna dolžnost pravilno izpolnjena, na banki.

2.3 Sklep II Ips 141/2017 z dne 18. 10. 2018

Tožniki so v pravdi prvenstveno uveljavljali ničnost, podredno pa razvezo dveh potrošniških hipotekarnih kreditnih pogodb v CHF, sklenjenih leta 2007. Oba zahtevka sta bila pred sodiščema nižjih stopenj zavrnjena.²⁴ Vrhovno sodišče je ugodilo reviziji tožnikov in sodbi sodišč nižjih stopenj razveljavilo iz enakih nosilnih razlogov kot v zadevi II Ips 201/2017: zaradi nezadostne vsebinske presoje pojasnilne dolžnosti, neopredelitve oziroma pomanjkljive opredelitve do dokumentov BS ter zavrnitve dokaznega predloga tožnikov za zaslišanje drugih komitentov tožene banke ob dejstvu, da je banka tudi v tem primeru sama trdila, da je pojasnilno dolžnost opravila na običajen način. Dodatno je opozorilo še na to, da morata sodišči nameniti več pozornosti načinu izračuna kreditne spodobnosti (sodišče druge stopnje je neutemeljeno menilo, da so navedbe tožnikov v zvezi s tem pritožbena novota), saj bi se lahko izkazalo, da je toženka svojo pojasnilno dolžnost kršila s favoriziranjem kreditov v CHF na podlagi izračuna kreditne sposobnosti.

Revizijska odločba v uvodu še obširneje predstavi (v času sklepanja sporne kreditne pogodbe upoštevno) pravo Evropske unije, ki se nanaša na pogodbene pogoje v potrošniških pogodbah (Direktiva 93/13/EGS) in na potrošniške kreditne pogodbe (Direktiva Sveta z dne 22. 12. 1986 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi s potrošniškimi krediti, v nadaljevanju Direktiva 87/102²⁵), z njim povezano sodno prakso Sodišča EU ter prenos navedenih predpisov v slovensko pravo z ZVPot in ZPotK.²⁶

Poleg tega je Vrhovno sodišče svoje stališče iz sklepa II Ips 201/2017, da ima banka pojasnilno dolžnost ne glede na to, ali stranka za pridobitev informacij izrecno izrazi interes ali ne,²⁷ v zadevi II Ips 141/2017 nadgradilo še s stališčem, da obseg in način pojasnilne dolžnosti ni odvisen od lastnosti konkretnega potrošnika, njegove izobrazbe, starosti, poučenosti in razumevanja. Četudi je bil v obravnavani zadevi eden od tožnikov po izobrazbi univerzitetni diplomirani ekonomist, to ne pomeni, da je v razmerju do banke nastopal kot enakovredna stranka in zato ne more biti izvzet iz sistema varstva potrošnikov. Kot poudarja tudi Sodišče EU, je pojem „potrošnik“ po Direktivi 93/13/EGS objektivni in neodvisen od konkretnih znanj, ki jih lahko

24 Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 2452/2016 z dne 4. 1. 2017.

25 Ta direktiva je bila leta 2008 razveljavljena z Direktivo 2008/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. 4. 2008 o potrošniških kreditnih pogodbah in razveljavitvi Direktive Sveta 87/102/EGS. Novo direktivo je v slovenski pravni red prenesel ZPotK-1.

26 O tem glej krajši komentar v opombi 40 tega prispevka.

27 Glej 20. točko obrazložitve sklepa II Ips 201/2017. Banka se ne more razbremeniti z ugovorom, da stranka po informacijah ni povprašala, temveč jih mora podati na lastno pobudo. Stališče Vrhovnega sodišča je mogoče pripisati navedbam bank, da so kreditojemalci pogosto prišli po kredit v CHF že vnaprej odločeni, da želijo prav tak kredit in nedovzetni za informacije.

ima zadevna oseba, ali od informacij, s katerimi ta dejansko razpolaga.²⁸ Vrhovno sodišče je svoje stališče ponovilo še v poznejši zadevi II Ips 137/2018 z dne 25. 10. 2018, kjer je zapisalo, da mora banka pojasnilno dolžnost opraviti v vsakem primeru, in sicer v obsegu, ki se zahteva za standard povprečnega potrošnika (torej celo, če bi kreditojemalec imel višjo raven strokovnega znanja), ter poudarilo, da aktivnosti potrošnika v zvezi z iskanjem informacij banke ne odvezujejo od pojasnilne dolžnosti v enakem obsegu; ni pa več odgovornost banke, na kakšen način bo potrošnik prejete informacije upošteval pri svoji odločitvi.²⁹

Ob tem stališču, ki je sicer povsem v skladu tudi s stališčem Sodišča EU, se v prihodnje vendarle lahko odprejo določena vprašanja. Vsekakor je stališče prepričljivo s sistemskega vidika, na katerega opozarja Sodišče EU, namreč da merila iz opredelitve „potrošnika“ iz Direktive 93/13/EGS ustrezajo zamisli, da je potrošnik v razmerju do nasprotne stranke v podrejenem položaju glede pogajalske moči in ravni obveščenosti, zaradi česar privoli v pogoje, ki jih je prej sestavila nasprotna stranka, ne da bi imel možnost vplivati na njihovo vsebino.³⁰ Bistveni sta torej potrošnikova podrejenost in nemožnost vpliva na pogodbene pogoje. Tudi iz povsem praktičnega, pedagoškega vidika je tak pristop ustrezen za spodbujanje ponudnikov (npr. bank), da potrošnike obravnavajo enako in vse enako celovito informirajo ter se ne zanašajo na svoja (morda neutemeljena) predvidevanja o tem, kakšne informacije so si potrošniki morda že (ali pa si jih bodo) sami pridobili. Obvezni minimumu pomeni tak obseg informiranja, ki se zahteva za standard povprečnega potrošnika – gre za informacije, na podlagi katerih lahko odločitve sprejema povprečni potrošnik, ki je normalno obveščen, razumno pozoren in preudaren.³¹ Presodi naj se, ali bi ob prejetih informacijah pogodbeno določbo razumel povprečni potrošnik, ne pa konkretni potrošnik. Po drugi strani to pomeni, da je neustrezno zniževati siceršnji minimum obsega informiranja („izmerjen“ glede na povprečnega potrošnika) z argumentom, da je v konkretnem primeru nasprotna pogodbeni stranka nadpovprečni potrošnik (bolj izobražen, izkušen ipd.), ki pogodbeno določbo razume že z manj informacijami, dobljenimi od banke. Vendarle pa se tako stališče v določenih primerih lahko zdi pretirano togo oziroma formalistično. Vzemimo hipotetični primer, ko bi kredit v CHF (kot potrošnik) najel univerzitetni profesor ekonomije, ki se je celotno poklicno kariero ukvarjal s preučevanjem valutnega tveganja in ekonomskih gibanj ter je celo v svetovnem merilu vrhovna avtoriteta na tem področju. Četudi bi se izkazalo,

28 Glej 21. točko obrazložitve sodbe Sodišča EU v zadevi C-110/14 z dne 3. 9. 2015 (*Horatiu Ovidiu Costea* *†* proti *SC Volksbank România SA*). V tej zadevi je šlo za kreditno pogodbo, ki jo je tožnik z banko sklenil kot fizična oseba, sicer pa je bil po poklicu odvetnik. Terjatev je bila zavarovana s hipoteko na nepremičnino v lasti njegove odvetniške pisarne, hipotekarno pogodbo pa je sklenil kot zastopnik svoje odvetniške pisarne. Nacionalno sodišče je dvomilo, ali je takega tožnika mogoče obravnavati kot potrošnika po Direktivi 93/13/EGS. Po presoji Sodišča EU direktiva opredeljuje kot „potrošnika“ vsako fizično osebo, ki v pogodbah, zajetih s to direktivo, deluje za namene, ki so izven njene poslovne ali poklicne dejavnosti. To so torej merila za opredelitev potrošnika, ne pa njegovo znanje in informacije. Tudi če bi se šlo, da ima odvetnik višjo raven strokovnega znanja, to ne bi omogočalo domnevati, da v razmerju do prodajalca ali ponudnika ni šibkejša stranka. Fizična oseba, ki opravlja poklic odvetnika, se torej lahko šteje za potrošnika po direktivi, če sporna pogodba ni povezana s poklicno dejavnostjo tega odvetnika.

29 Glej 26. točko obrazložitve sklepa Vrhovnega sodišča II Ips 137/2018.

30 Glej 18. in 27. točko obrazložitve sodbe Sodišča EU v zadevi C-110/14 (*Ovidiu Costea*).

31 Glej tudi 26. točko obrazložitve sklepa Vrhovnega sodišča II Ips 137/2018, ki se sklicuje tudi na stališča Sodišča EU v zadevi *Andriciuc*.

da je (ob upoštevanju standarda povprečnega potrošnika) banka svojo pojasnilno dolžnost pri sklepanju pogodbe s profesorjem nekoliko pomanjkljivo opravila, bi popolno ignoriranje lastnosti takega konkretnega potrošnika v sodni dvorani privedlo do komičnega razpleta. Če je smisel pojasnilne dolžnosti v tem, da se odpravi informacijska asimetrija, potem je težko vztrajati pri strogih stališčih v zvezi s to dolžnostjo v primerih, ko je jasno, da informacijske asimetrije ni ali ko ima morda nasprotna stranka celo več informacij kot banka.³² O takih primerih se tudi Sodišče EU še ni izreklo.³³ Ne nazadnje bi bilo v takih skrajnih primerih, ko bi se potrošnik s takimi znanji skliceval na ničnost pogodbe zaradi pomanjkljivo opravljene pojasnilne dolžnosti, mogoče govoriti tudi o zlorabi načela vestnosti in poštenja (prvi odstavek 5. člena Obligacijskega zakonika,³⁴ v nadaljevanju OZ).

2.4 Sodba in sklep II Ips 195/2018 z dne 25. 10. 2018

Navedena zadeva je prva zadeva v zvezi s potrošniškimi kreditnimi pogodbami v CHF, ki je dočakala „končni“ epilog pred Vrhovnim sodiščem,³⁵ saj je bila revizija tožnikov zavrnjena in potrjena odločitev sodišč nižjih stopenj,³⁶ da se (primarni) tožbeni zahtevek za ugotovitev ničnosti spornih kreditnih pogodb zavrne. Ni pa še dokončna odločitev o podrednem zahtevku za razvezo pogodb zaradi spremenjenih okoliščin. Tega je namreč razveljavilo in vrnilo v ponovno odločanje že sodišče druge stopnje. Sporni sta bili sicer dve potrošniški pogodbi o dolgoročnem deviznem kreditu v CHF, sklenjeni leta 2008 za odplačilno dobo 20 oziroma 15 let, zavarovani s hipoteko na nepremičnino. Tožba je bila vložena (enako kot v večini drugih primerov) leta 2015 po znatnem povečanju vrednosti CHF.

Zadeva je bila v nekaterih procesnih vidikih drugačna od prej predstavljenih zadev, zato niso bili podani razlogi, iz katerih so bile v omenjenih zadevah sodbe sodišč nižjih stopenj razveljavljene. Prvič, sodišči nižjih stopenj sta ugotavljali okoliščine pred sklepanjem kreditne pogodbe in se nista osredotočili samo na to, da je pisna pogodba vsebovala klavzulo o prevzemu valutnega tveganja. Drugič, presodili sta pomen dokumentov BS, na katere so se sklicevali tožniki. In tretjič, dokazni predlog tožnikov za zaslišanje drugih komitentov tožene banke je bil v tem konkretnem primeru utemeljeno zavrnjen in ni šlo za kršitev pravice tožnikov do izjave ali za njihovo neenakopravno obravnavo. Banka namreč ni trdila, da je pojasnilno dolžnost opravila na običajen način, ampak je bila v postopku zaslišana prav tista bančna uslužbenka, ki je bila prisotna pri sklepanju konkretne pogodbe in je

32 Navedeni hipotetični primer bi bil glede lastnosti konkretnega potrošnika seveda redka skrajnost; zelo resnični pa se zdijo primeri (in se v sodni praksi najbrž tudi pojavljajo), ko kreditno pogodbo v tuji valuti kot potrošnik sklene bančni uslužbenec, ki sicer v okviru svoje zaposlitve trži prav take kredite. Tak primer je bil izpostavljen tudi v razpravi po predavanju v okviru civilnopravne sodniške šole 20. 3. 2019.

33 Zdi se, da je tudi v zadevi C-110/14 (*Ovidiu Costea*) bolj poudarjalo podrejeni položaj potrošnika in nemožnost njegovega vpliva na pogodbenne pogoje kot pa njegovo informiranost. Iz sodbe ni razvidno, ali je bila v postopku pojasnilna dolžnost sploh problematizirana, saj se je nacionalno sodišče že na začetku presoje ustavilo pri vprašanju, ali je g. Costea sploh potrošnik po direktivi. Tožbo zoper banko je sicer vložil s predlogom, naj se ugotovi nedopustnost pogodbenega pogoja kreditne pogodbe v zvezi s premijo za tveganje ter razglasi ničnost tega pogoja in povrnitev te premije.

34 „Pri sklepanju obligacijskih razmerij in pri izvrševanju pravic in izpolnjevanju obveznosti iz teh razmerij morajo udeleženci spoštovati načelo vestnosti in poštenja.“

35 Ne pa tudi epiloga nasploh, saj je bila zoper odločitev Vrhovnega sodišča vložena ustavna pritožba, o kateri v času priprave tega prispevka še ni bilo odločeno.

36 Glej sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1977/2017 z dne 1. 3. 2018.

izpovedala o vsebini konkretnega razgovora s tožniki. Tak neposredni dokaz pa ima večjo moč od predlaganih dokazov z zaslišanjem drugih komitentov, ki bi bili zgolj indični dokazi. Sodišče ga je soočilo z zaslišanjem tožnikov in po opravljeni dokazni presoji tudi utemeljilo, čigavi izpovedi bolj verjame.

Pravilna so bila tudi materialnopravna izhodišča pritožbenega sodišča.³⁷ Najprej je presojalo, ali je bila pojasnilna dolžnost ustrezno opravljena, torej ali so bili pogodbeni pogoji, vključno z klavzulo o vrnitvi posojila v CHF, jasni in razumljivi. Ker je ugotovilo, da je bila ustrezno opravljena, je bila nadaljnja presoja nepoštenosti glavnega predmeta pogodbe pravzaprav odveč, a je vendarle presodilo tudi to, ali je banka morda ravnala nedobroverno oziroma nepošteno in ali je obstajalo znatno neravnotežje med pravicami in obveznostmi strank. Na oboje je odgovorilo negativno.

Glede materialnopravnih izhodišč presoje ničnosti je Vrhovno sodišče le ponovilo svoja stališča iz zadeve II Ips 201/2017. V osrednjem delu odločbe pa se je v nadaljevanju osredotočilo na revizijske očitke o tem, kako naj bi morala biti opravljena pojasnilna dolžnost. Pritrdilo je stališču pritožbenega sodišča, da je zahteva po izdelavi grafičnih simulacij vpliva različnih vrednosti CHF za daljše obdobje pretirana. Po oceni Vrhovnega sodišča taka zahteva ne izhaja iz domače zakonodaje,³⁸ veljavne v času sklenitve spornih pogodb, niti iz sodbe Sodišča EU v zadevi *Andricius* ali iz priporočila CERS/2011/1, na katerega se Sodišče EU sklicuje, pač pa je bistvo njegove sodbe v tem, da mora biti stopnja informiranja potrošnikov določene intenzivnosti, ne pa v predpisovanju formalnih zahtev (natančnega načina in oblike) informiranja. Hkrati pa je Vrhovno sodišče opozorilo tudi na tveganje prevelike zasičenosti z informacijami in možnost manipulacije z njimi (na primer s špekulativnimi napovedmi morebitnega gibanja tečaja v korist kreditorejmalcev).

Stališče Vrhovnega sodišča je torej mogoče razumeti tako, da je treba presoditi okoliščine vsakega konkretnega primera in oceniti, ali je bila pojasnilna dolžnost opravljena dovolj celovito in intenzivno, da bi se lahko povprečni potrošnik (kreditorejmalec) zavedal potencialno znatnih ekonomskih posledic za njegove finančne obveznosti oziroma jih je bil zmožen oceniti. To pa ne pomeni nujno, da

37 Sodišče prve stopnje je menilo, da pomanjkljivo opravljena pojasnilna dolžnost že sama po sebi vodi do ničnostne sankcije na podlagi 86. člena OZ, a je sodišče druge stopnje to stališče popravilo.

38 Pa tudi iz dveh dopisov BS iz let 2006 in 2007, na katera so se sklicevati tožniki. Iz njihove vsebine, kot jo je ugotovilo sodišče druge stopnje v zadevi II Ips 195/2018 (na ugotovljena dejstva je revizijsko sodišče vezano), je bilo razvidno, da je BS banke na splošno opozorila na pomen skrbnosti in celovitosti pri informiranju glede tveganosti kreditov v tuji valuti, izrazila pričakovanje, da bodo prednostno predstavljale kredite v EUR in da bodo tudi pri kreditih v tuji valuti kreditno sposobnost kreditorejmalcev ocenile upoštevajoč manj ugodne pogoje kredita v EUR. V zadevi II Ips 137/2018 je iz povzetka dejstev, ugotovljenih pred sodišči nižjih stopenj, sicer razvidno še to, da naj bi iz enega od teh dveh dopisov BS med drugim izhajalo, da če je informacija podana v obliki predvidevanj o pričakovanem gibanju tečaja tuje valute, naj se to gibanje z njegovimi posledicami predstavi tako v negativni kot v pozitivni smeri. Vendar to ne negira stališč Vrhovnega sodišča iz zadeve II Ips 195/2018 glede (ne)nujnosti simulacij. Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 137/2018 namreč zavzelo še stališče, da je BS opozorila le na to, da naj te – če so narejene – ne bodo enostranske (in s tem potencialno zavajajoče), ni pa zavzela stališča, da so nujne. Opozoriti pa kaže zlasti na to, da je pomembno, da dejstva, ki so še posebej pravno pomembna za konkretne primere, na primer vsebino teh dveh dopisov, sodišča nižjih stopenj v sodbah povzemajo celovito, ne selektivno.

je potrošnika treba „zasuti“ z informacijami. Treba ga je obravnavati kot razumno pozornega in preudarnega ter sposobnega sprejeti odgovorne in zase najboljše odločitve.³⁹ V konkretni obravnavani zadevi sta sodišči nižjih stopenj ugotovili, da je bančna uslužbenka tožnikom predstavila tako kredit v EUR kot kredit v CHF. Pojasnila jim je prednosti in pomanjkljivosti obeh, vključno s tem, da je pri kreditu v CHF obrestna mera nižja, a da obstaja valutno tveganje in kaj valutno tveganje sploh je. Pokazala jih je grafe o nihanju tečaja za zadnjih nekaj let. Ni jim zagotovila, da bodo ta gibanja v prihodnje le minimalna. Po oceni Vrhovnega sodišča je to v konkretnem primeru zadoščalo. Razumno pozoren potrošnik lahko iz teh informacij razbere, da tečaj niha in da je utemeljeno pričakovati, da bo nihal v dvajsetletni dobi, v kateri bo odplačeval kredit, ter da se bo kreditni obrok zaradi tega spreminjal (zviševal ali zniževal), in to ne nujno le minimalno.

Ugotavljanje, kakšna je vsebina splošne, iz načela vestnosti in poštenja izhajajoče pojasnilne dolžnosti v času, ko zakonodaja posebnih vsebinskih zahtev glede tega ni postavljala,⁴⁰ je težavno opravilo. Gre za iskanje ravnotežja med argumenti bank, da obveznost izračunov in simulacij različnih scenarijev gibanja anuitete oziroma končne višine odplačila kredita v odvisnosti od menjalnega tečaja ni bila nikjer predpisana, in argumenti kreditjemalcev, ki so na razponu od tega, da bi moral biti narejen vsaj prikaz gibanja anuitete v primeru majhne spremembe tečaja, do

39 V 52. točki obrazložitve odločbe II Ips 195/2018 Vrhovno sodišče poudari, »da pretirana skrb za potrošnika tudi ni v skladu s pojmovanjem posameznika kot razumnega, preudarnega, avtonomnega in svobodnega subjekta, ki je sposoben sprejemati odgovorne, ekonomske, življenjske in osebne odločitve, s katerimi oblikuje svoje življenje. Kot lahko človekovo svobodo in dostojanstvo ogroža premajhna skrb zanj, ima lahko enak učinek tudi pretirana skrb. Ravnotežje med enim in drugim v konkretnem primeru izraža pojasnilna dolžnost, torej mehanizem, ki potrošniku omogoči seznanitev s potrebnimi informacijami, na podlagi katerih bo lahko sprejel odločitev, ki jo sam oceni kot zase najsprejemljivejšo. Lahko se odloči za tveganje in večje pričakovane koristi, ali pa za manjše koristi ob manjšem tveganju. Pravo posamezniku ne more ukazovati, kaj je zanj dobro in ga usmerjati k tistemu, kar samo ocenjuje kot koristno in dobro za povprečnega potrošnika.«

40 Vsebina leta 2008 veljavne domače zakonodaje in njenih poznejših sprememb je povzeta v razdelku 2.2 in opombi 17 tega prispevka. V odločbi II Ips 141/2017 je Vrhovno sodišče povzelo tudi vsebino upoštevanih evropskih direktiv, med njimi Direktive 87/102 in njenega prenosa v ZPotK. V 19. točki obrazložitve je med drugim zapisalo, da je zakonodajalec »banki naložil obveznost, da potrošnika opozori na možnost spremembe zneska posameznega plačila (višine anuitete) ob spremembi tečaja. Vendar pa iz zakonodajnega gradiva ne izhaja zaključek, da je zakonodajalec z navedeno določbo imel namen izključiti uporabo temeljnega načela, da mora banka potrošniku v predpogodbeni fazi posredovati nedvoumno in verodostojen podatek o tem, koliko bo dejansko odplačal na podlagi sklenjene kreditne pogodbe.« Ponudbe kreditov naj bi bile tudi opremljene s podatkom o efektivni obrestni meri in z ilustrativnim izračunom kreditjemalčevih obveznosti. To bi bilo na prvi pogled resda mogoče razumeti tudi tako, kot da je potreben izračun končne obveznosti v odvisnosti od gibanja tečaja. Kaže, da odločbo tako razume tudi R. Preininger, ki je kreditjemalce zastopal v nekaterih pravih in ki v prispevku »Štiri odločitve vrhovnega sodišča o kreditih v švicarskih frankih« (Pravna praksa, št. 49-50/2018, str. 6–8) za pravilno ocenjuje odločbo II Ips 141/2017 ter nasprotuje odločbama II Ips 195/2018 in II Ips 137/2017. Vendar se zdi tak sklep preuranjen. Niiti ZPotK niiti Direktiva 87/102 ilustrativnega izračuna ne omenjata v zvezi z menjalnim tečajem, temveč le v zvezi z obrestno mero. Zahteva po nedvoumnem in verodostojnem podatku o odplačilu oziroma skupnem strošku kredita pa je povezana predvsem z dejstvom, da „stroški kredita“ lahko vsebujejo marsikaj, česar banke kreditjemalcem niso vnaprej povedale, npr. stroške odobritve in vodenja kredita, cenitev, notarja, zavarovanj, dodatne stroške v primeru predčasnega odplačila ipd. (glej tudi predlog Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK), EPA 1206, Poročevalec DZ št. 45, 5. julij 2000, in predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-B), EVA 2006-2111-0107, Poročevalec DZ št. 73, 27. julij 2007). Ti so predvidljivi in glede višine načeloma vnaprej določljivi, a pri oglaševanju lahko ostanejo skriti. Ne nazadnje pa je bilo navedeno stališče v zadevi II Ips 141/2017 zapisano bolj *obiter dictum*, saj so bili nosilni razlogi za razveljavitev sodb sodišč nižjih stopenj drugačni (glej razdelek 2.3 tega prispevka).

tega, da bi morali biti prikazani številni različni scenariji⁴¹ in da bi le tako lahko potrošniki resnično razumeli, kakšnemu tveganju se izpostavljajo. Zahteva po morda vsaj enem prikazu se ne zdi *a priori* pretirana, a ostaja vprašanje, kakšnem. To je lahko trditi *post festum*, ko se je določen scenarij dejansko uresničil; vnaprej pa je težko dati zadovoljiv odgovor. Če bi že prikaz tveganja za primer majhne spremembe tečaja kreditnojemalce (kot so trdili) odvrnil od sklenitve kreditne pogodbe v tuji valuti, potem je težko razumljivo, zakaj so pri sklenjenih kreditnih pogodbah vztrajali tudi še dolgo potem, ko je do take majhne spremembe tečaja CHF – EUR dejansko prišlo (pogosto tudi zavračali konverzijo kredita v EUR), in so veljavnost pogodb začeli problematizirati šele po večji spremembi tečaja v letu 2015. Priporočilo CERS/2011/1, na katerega se sklicuje tudi Sodišče EU v zadevi *Andriuc*, pa državam med drugim priporoča, naj od finančnih institucij zahtevajo, da posojilojemalcem dajo informacijo vsaj o tem, kako bi na obroke za odplačilo posojila vplivala zelo velika deprecijacija domače valute. Vendar je dvomljivo, ali je sodbo Sodišča EU treba razlagati tako, da brez take simulacije pojasnilna dolžnost nikakor ni ustrezno opravljena. Vrhovno sodišče je v zvezi s tem menilo, da se Sodišče EU na omenjeno priporočilo sklicuje le mimogrede (*obiter dictum*) in da ne gre za nosilni razlog; poudarilo je tudi, da je priporočilo mehko, nezavezujoče pravo, ki je bilo poleg tega sprejeto šele leta 2011 in je njegova uporaba za konkretni primer lahko vprašljiva tudi z vidika prepovedi retroaktivnosti.⁴²

Nadaljnji argument, s katerim se je v zadevi II Ips 195/2018 podrobneje ukvarjalo Vrhovno sodišče, pa je bil argument kreditnojemalcev, da naj bi se banke – predvsem na podlagi dokumentov BS – zavedale neizogibnega povečanja vrednosti CHF in da so to dejstvo kreditnojemalcem namenoma prikrivale, ker naj bi same imele korist zaradi takega gibanja tečaja. Pri tem se lahko zastavi vprašanje, v okviru česa je treba presoјati te trditve: že v okviru ustreznosti opravljene pojasnilne dolžnosti ali šele v nadaljnjem koraku, torej pri presoјi (ne)poštenosti glavnega predmeta pogodbe, ki vključuje tudi presoјo, ali je banka ravnala v dobri veri. Vrhovno sodišče je presodilo, da mora biti že pojasnilna dolžnost opravljena pošteno (kakor „igra z odprtimi kartami“) in da gre za okoliščine, ki jih je treba presoјati v okviru obeh presoј oziroma pri obeh korakih. Drugače povedano: banka se ne bi mogla ekskulpirati s sklicevanjem na to, da je izčrpno opravila svojo pojasnilno dolžnost in da se je potrošnik valutnega tveganja in posledic njegove morebitne realizacije povsem dobro zavedal (da je bil torej pogoj jase in razumljiv in je zato izključen iz nadaljnje presoје nepoštenosti), če mu je prikrila dejstvo, da uresničitev tveganja ni le mogoča, ampak gotova.

41 Gibanje anuitete pri kreditu v tuji valuti seveda ni odvisno samo od morebitnih sprememb tečaja, temveč tudi od gibanja obrestne mere – obe spremenljivki se lahko gibljeta kreditnojemalcu v škodo ali korist, pri čemer ne nujno obe v isti smeri.

42 Glej 51. točko obrazložitve odločbe v zadevi II Ips 195/2018 in 27. točko obrazložitve v zadevi II Ips 137/2018. Tudi to stališče je R. Preininger kritiziral v omenjenem prispevku (glej opombo 40 tega prispevka) z opozorilom, da je Sodišče EU „posvojilo“ priporočilo CERS, njegove sodbe pa učinkujejo retroaktivno. Avtorju je treba pritrditi glede retroaktivnega učinka sodb Sodišča EU – Vrhovno sodišče jim takega učinka sicer nikjer ni odreklo, temveč ga je v zadevah II Ips 201/2017 in II Ips 141/2017 celo izrecno potrdilo. Stališče Vrhovnega sodišča v zadevah II Ips 195/2018 in II Ips 137/2018 glede sporne retroaktivnosti se je na načelni ravni nanašalo samo na priporočilo kot takó. Vsekakor tudi ne bi šlo za retroaktivnost, če bi se izkazalo, da je bilo v priporočilu le izraženo veljavno pravilo glede vsebine pojasnilne dolžnosti, izhajajoče iz načela vestnosti in poštenja. Ključno pa je, da je bilo stališče Vrhovnega sodišča izraženo le *obiter dictum* in v kontekstu odgovora na trditve tožnikov, da bi morale biti narejene številne simulacije ali vsaj simulacija gibanja anuitete v odvisnosti od majhne spremembe tečaja. Podlage za to pa v priporočilu CERS niti v sodbi Sodišča EU v zadevi *Andriuc* ni najti.

Pri tem pa iz sodbe Vrhovnega sodišča (smiselno) izhaja naslednje razlikovanje. Po eni strani so se banke in kreditojemalci morali in mogli zavedati valutnega tveganja, in sicer ne le njegove realnosti, temveč tudi tega, da se bo tveganje v dolgi dobi odplačevanja kredita vsaj deloma skoraj z gotovostjo uresničilo. Ne nazadnje je bilo nihanje tečaja razvidno tudi iz grafa gibanja tečaja za zadnjih nekaj let, ki je bil v konkretnem primeru pred sklenitvijo pogodbe na voljo tožnikom. Gre za običajno dinamiko ekonomskega cikla; natančne napovedi glede obdobja in obsega valutnega razmerja pa niso mogoče. Po drugi strani pa je treba upoštevati, da (zlasti za strokovnjake) tudi ne gre za popolno nenapovedljivost gibanja tečaja – vpliv določenih dejavnikov je gotovo predvidljiv. Vendar pa vednosti banke o določenih konkretnějšíh okoliščinah in njihovih vplivih ni mogoče kar domnevati. V konkretnem primeru je imel največji vpliv na vrednost CHF enostranski ukrep SNB v letu 2015, ki ni bil predvidljiv oziroma ni bilo niti zatrjevano, da bi banke zanj vnaprej vedele, še zlasti ne že pri sklepanju kreditnih pogodb v letu 2008. Za neutemeljene pa so se izkazale tudi trditve tožnikov, da naj bi konkretnější napovedi o nedvomni prihodnji apreciaciji CHF izhajale iz poročila BS iz leta 2005. Vrhovno sodišče je poudarilo, da je opozorila BS na pričakovano apreciacijo CHF treba razumeti kot splošna opozorila glede pričakovane valutne dinamike v ekonomskem ciklu (upoštevaje, da je bil CHF takrat na nizki ravni); edina konkretnější napoved iz poročila se je nanašala na pričakovano kratkoročno apreciacijo CHF v prihodnjih dveh letih (2005–2007). Ta napoved se ni uresničila (prišlo je celo do deprecijacije CHF) in bi bilo kreditojemalce, ki so pogodbe sklepali leta 2008, z njo povsem brezpredmetno seznanjati.

2.5 Sklep II Ips 137/2018 z dne 25. 10. 2018

Vrhovno sodišče je o tej zadevi odločalo hkrati z zadevo II Ips 195/2018. Izpodbijana odločitev sodišča druge stopnje je bila prav nasprotna: ugotovljena je bila ničnost sporne potrošniške kreditne pogodbe v CHF.⁴³ Vendar je sodišče druge stopnje izhajalo iz napačnega materialnopravnega izhodišča, da opustitev ustrezne pojasnilne dolžnosti že sama po sebi vodi do ničnostne sankcije. Kot je bilo že pojasnjeno, pa je presoja ustreznosti oprave pojasnilne dolžnosti le prvi korak, medtem ko do ničnostne sankcije vodi šele nadaljnja ugotovitev o nepoštenosti glavnega predmeta pogodbe. Ker ta nadaljnja presoja v obravnavani zadevi ni bila opravljena, je Vrhovno sodišče sodbo razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču druge stopnje v novo sojenje.

Hkrati je tudi v zvezi s presojo pojasnilne dolžnosti izrazilo pomisleke glede presoje pritožbenega sodišča. Pritožbeno sodišče se je v svoji sodbi namreč (med drugim) zavzelo za to, da bi morali biti narejeni izračuni za konkretno anuiteto tožnikov v odvisnosti od gibanja tečaja, zlasti za primer znatne spremembe tečaja. Vnaprejšnje stališče, da bi bila le na ta način pojasnilna dolžnost pravilno opravljena, je Vrhovno sodišče zavrnilo že v zadevi II Ips 195/2018 (glej predhodni razdelek tega prispevka) in enake argumente ponovilo tudi v tej zadevi.⁴⁴ Poleg tega je tožena banka v reviziji utemeljeno opozorila tudi na to, da je pritožbeno

⁴³ Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1218/2017 z dne 20. 12. 2017.

⁴⁴ Ni pa odveč omeniti, da je prav v zadevi II Ips 137/2018 iz povzetka dejanskih ugotovitev razvidno, da je tako informacija, kot jo omenja CERS (tj. izračun anuitete in končnega zneska vračila v primeru velike deprecijacije domače valute), banka kreditojemalcem pravzaprav dala – sicer ne na primeru njihovega konkretnega posojila, ampak na primeru abstraktnega posojila, vendar je mogoče trditi, da povprečno preudaren in pozoren potrošnik na podlagi takega primera dobro razume, za kako veliko tveganje gre.

sodišče pri oceni poročila BS iz leta 2005 le pavšalno navedlo, naj bi BS opozarjala na pomembno spremembo tečaja; katera naj bi bila ta pomembna sprememba, pa ni pojasnilo. Tudi glede poročila BS je Vrhovno sodišče ponovilo svoja stališča iz zadeve II Ips 195/2018. Sklenilo je, da na podlagi okoliščin, ki jih je pri svoji presoji upoštevalo pritožbeno sodišče, še ni mogoče skleniti, da je toženka pomanjkljivo opravila svojo pojasnilno dolžnost.

2.6 Sodba II Ips 293/2017 z dne 17. 12. 2018

Vloge pravih strank so bile v tej zadevi obrnjene: tožnica je bila banka, tožena pa kreditojemalka. Tudi sicer je le navidezno šlo za problematiko kreditov v CHF. Pri presoji toženke revizije se je namreč izkazalo, da je bilo za odločitev bistveno nekaj povsem drugega.

Banka je konec leta 2007 toženki odobrila potrošniški kredit v CHF, vendar je leta 2011 od pogodbe odstopila, ker toženka ni več poravnavała mesečnih obrokov. Do takrat še ni prišlo do večjih sprememb vrednosti CHF in tudi mesečni obrok v evrski protivrednosti je bil ves čas približno enak. Ob odstopu od pogodbe je banka preračunala še dolgovano obveznost v EUR in s toženko sta se dogovorili o obročnem odplačilu dolga v EUR brez zamudnih obresti. Tudi tokrat je toženka prenehala plačevati obroke, ker naj bi ji banka v nasprotju z dogovorom še vedno zaračunavala tudi zamudne obresti. Banka je vložila tožbo, toženka pa se je v pravdi začela sklicevati na ničnost kreditne pogodbe, ker naj bi ji banka ponujala kredit v CHF kot najugodnejši, ne da bi ji ustrezno pojasnila z njim povezana tveganja.

Banka je v pravdi uspela in toženki je bilo naloženo plačilo vtoževanega zneska z izjemo plačila zamudnih obresti. Sodišči nižjih stopenj sta se v okviru trditve o ničnosti kreditne pogodbe obširno ukvarjali z vprašanjem, ali je bila toženka pred sklenitvijo pogodbe dovolj informirana. Ugotovili sta, da je bila in da zato pogodba ni bila nična.⁴⁵ V tej smeri je bila s sklepom Vrhovnega sodišča II DoR 118/2017 z dne 25. 5. 2017 dopuščena revizija glede vprašanja, kakšne so obveznosti banke do potrošnikov v okviru pojasnilne dolžnosti v primeru kreditov v tuji valuti. Pri poznejši presoji na tej podlagi vložene revizije pa je prevladalo stališče, da naknadni dogovor pogodbenih strank o obročnem odplačilu preostanka dolga v EUR, sklenjen potem, ko je banka prvotno kreditno pogodbo že odpovedala, pravzaprav pomeni novacijo pogodbe v skladu s 323. členom OZ. Šlo je za spremembo glavnega predmeta pogodbe in za bistveni poseg v predhodno pogodbo. Toženkina obveznost je bila namreč konvertirana v EUR in podlaga za tožbeni zahtevek tako sploh ni bila prejšnja kreditna pogodba v CHF, temveč ta prenovljeni dogovor.⁴⁶ Zato toženkini ugovori o ničnosti prvotne kreditne pogodbe za presojo konkretne zadeve sploh niso bili pravno upoštevni. Revizija je bila zato zavrnjena.

Dodati velja, da bi bilo – če bi bila presoja ustreznosti opravljene pojasnilne dolžnosti v zadevi pravno upoštevna – nekaj stališč sodišč nižjih stopenj lahko problematičnih. Velik pomen sta pripisali dejstvu, da kreditojemalka ni bila prava

⁴⁵ Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2301/2016 z dne 25. 1. 2017.

⁴⁶ Pomembna pa je bila tudi okoliščina, da v času toženkega odplačevanja kredita v CHF niti v času konverzije obveznosti do večjih nihanj menjalnega tečaja sploh še ni prišlo.

neuka stranka, temveč nepremičninska posrednica, da je podpisala klavzulo o prevzemu valutnega tveganja, da je šlo pri dogovoru o vračilu kredita v CHF za posamični dogovor, ki ne more biti predmet presoje nepoštenosti, ipd. Res pa je, da sta bili sodbi sodišč nižjih stopenj sprejeti, še preden je Vrhovno sodišče izoblikovalo smernice za presojo pojasnilne dolžnosti.

2.7 Sodba II Ips 197/2018 z dne 20. 12. 2018

V tej zadevi je bila sporna potrošniška kreditna pogodba sklenjena leta 2005 in zavarovana s hipoteko na nepremično. Ni šlo za pravi devizni kredit, ampak za dolgoročni tolaški gotovinski kredit z devizno klavzulo, vezano na CHF. Uradna valuta v Sloveniji je bil takrat namreč še SIT. Kreditojemalka je svoj tožbeni zahtevek za ugotovitev ničnosti sporne pogodbe utemeljevala na podobnih pravnih podlagah kot kreditojemalci v prej predstavljenih zadevah. **Sodišči nižjih stopenj sta tožbeni zahtevek zavrnila.**⁴⁷

Gre za prvo zadevo, kjer se je Vrhovno sodišče izrecno opredelilo o dopustnosti kreditne pogodbe z valutno klavzulo. V vseh predhodnih zadevah⁴⁸ je namreč šlo za prave devizne kredite, torej za kredite v tuji valuti. Presodilo je, da je bila v času sklepanja tudi taka kreditna pogodba povsem dopustna: ni nasprotovala prisilnim predpisom (ZPotK je sklepanje takih pogodb celo izrecno predvidel,⁴⁹ dogovore o valutni klavzuli pa je na splošno dopuščal tudi OZ⁵⁰), prav tako ni imela sama po sebi nedopustne podlage (tako kot tudi pri pravem deviznem kreditu gre za aleatorno pogodbo, kar pa ni nedopustno, predvsem pa je avtonomiji pogodbenih strank prepuščeno, ali in za kakšno vrednostno osnovo, ki naj bi zagotavljala ohranitev enake vrednosti dajatev v daljšem obdobju, se bosta dogovorili).

Temeljno izhodišče presoje je bila ugotovitev, da sta namen valutne klavzule in sklenitve posla v tuji valuti v bistvenem enaka. To pa zahteva v bistvenem enako obravnavo takih pogodb, zato je Vrhovno sodišče izhajalo iz svojih dosedanjih stališč glede potrošniških deviznih kreditov v CHF. Kot posebnost je glede kredita z valutno klavzulo izpostavilo le stališče, sicer v nekoliko drugačnem kontekstu zavzeto že v zadevi II Ips 201/2017, da bi bilo lahko ravnanje banke nepošteno, če bi za preračun anuitet uporabljala lastni prodajni tečaj tuje valute, in ne srednjega tečaja BS. Vendar tako ravnanje ne bi pomenilo ničnosti pogodbe, temveč kvečjemu podlago za odškodninski zahtevek.

Sicer pa je bil podlaga za zavrnitev tožbenega zahtevka in tožničine revizije sklep, da tožnica ni zadostila svojemu trditvenemu in dokaznemu bremenu glede (ne)ustrezno opravljeni pojasnilni dolžnosti. Pri tem je Vrhovno sodišče znova poudarilo, da to procesno breme načeloma sicer nosi banka. Če ena stranka

⁴⁷ Glej sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1926/2017 z dne 21. 3. 2018.

⁴⁸ Z izjemo zadeve II Ips 176/2017, kjer je šlo za pogodbo o lizingu z valutno klavzulo, a se vprašanje njene dopustnosti v postopku ni zastavilo.

⁴⁹ V 9. točki prvega odstavka 7. člena je namreč izrecno predvidel posebnosti vsebine kreditnih pogodb, kjer je obračun vezan na uporabo tuje valute.

⁵⁰ 372. člen OZ pogodbenima strankama omogoča dogovor, da se višina dolžnikove denarne obveznosti določi glede na gibanje tečaja tuje valute (valutna klavzula).

zatrjuje negativno dejstvo (tj., da pojasnilna dolžnost ni bila opravljena), dokazno breme o nasprotnem, torej o pozitivnem dejstvu, namreč nosi nasprotna stranka. V obravnavanem primeru se je izkazalo, da je tožena banka v skladu s tem bremenom trdila, da je bila pojasnilna dolžnost vendarle deloma opravljena (da je tožnici pred sklenitvijo pogodbe enakovredno predstavila vse kredite z njihovimi prednostmi in pomanjkljivostmi ter da je bilo besedilo pogodbe tožnici prebrano in razloženo, zlasti glede tveganj in možnosti spremembe višine mesečne anuitete zaradi spremembe tečaja ipd.). Tožnica teh navedb ni prerekala, še manj pa zadostila svojemu procesnemu bremenu, ki je tedaj prešlo nanjo, da bi konkretnije pojasnila, katere upoštevne okoliščine naj bi ji bile zamolčane ter kako se je realiziralo tveganje, na katero naj bi ne bila opozorjena.

3. SKLEP

Nosilne teze predstavljenih odločb Vrhovnega sodišča (predvsem tistih, ki jih – kot sem pojasnila v uvodu – štejem za odločitve o „značilnih“ primerih posojil v CHF) je mogoče strniti v naslednje najpomembnejše poudarke. Potrošniške kreditne pogodbe v CHF so bile v času njihovega sklepanja povsem dopustne: niso nasprotovale prisilnim predpisom, niti niso imele nedopustne podlage. Šlo je za aleatorne pogodbe s tipično *causae credendi*. Tako kreditne pogodbe v tuji valuti (t. i. pravi devizni krediti) kakor tudi kreditne pogodbe z valutno klavzulo imajo v bistvenem enak namen, zato je pri presoji njihove morebitne ničnosti treba izhajati iz enakih izhodišč. Tako v pravu EU kakor tudi v slovenskem pravu je v sistemu varstva potrošnikov presoja (ne)poštenosti pogodbenih pogojev, ki pomenijo glavni predmet pogodbe (tak je tudi pogoj o vračilu kredita v tuji valuti), mogoča. Nepoštenost pogodbenega pogoja oziroma glavnega predmeta pogodbe je sankcionirana z ničnostjo spornega določila ali celotne pogodbe. Pri tem je treba najprej ugotoviti, ali je sporni pogodbeni pogoj jasen in razumljiv, torej ali je kreditodajalec pojasnilno dolžnost ustrezno in celovito izpolnil. Če je odgovor pozitiven, je nadaljnja presoja (ne)poštenosti glavnega predmeta pogodbe izključena; v nasprotnem primeru pa se opravi še slednja. Pri presoji (ne)poštenosti je treba presoditi predvsem to, ali je banka ravnala v dobri veri in ali je ob sklenitvi pogodbe obstajalo morebitno znatno neravnotežje med pravicami in obveznostmi strank ob upoštevanju, da se tako znatno neravnotežje lahko pokaže šele pozneje med izvajanjem pogodbe. Le pomanjkljiva izpolnitev pojasnilne dolžnosti pa sama po sebi še ne vodi v ničnostno sankcijo. Pojasnilna dolžnost ni izčrpana z vključitvijo klavzule o prevzemu valutnega tveganja v pisno pogodbo o kreditu v tuji valuti, temveč je treba v vsakem konkretnem primeru presoditi, ali je kreditodajalec potrošniku pomen valutnega tveganja tudi ustrezno vsebinsko pojasnil – to je na način, da je bil povprečni potrošnik, ki je normalno obveščen, razumno pozoren in preudaren, ne le seznanjen z možnostjo spremembe vrednosti tuje valute, temveč tudi zmožen oceniti potencialne znatne ekonomske posledice takega pogoja za njegove finančne obveznosti. Pojasnilna dolžnost mora biti opravljena pošteno (gre za „igro z odprtimi kartami“), njen obseg in način pa nista odvisna od lastnosti konkretnega potrošnika, njegove izobrazbe, starosti, poučenosti in razumevanja, temveč se presoja glede na standard „povprečnega potrošnika“. Dokazno breme, da je bila pojasnilna dolžnost ustrezno opravljena, je na strani kreditodajalca.

Doslej obravnavane zadeve so materialnopravna izhodišča za presojo ničnosti kreditnih pogodb v tuji valuti. Nakazovala pa so se tudi že številna vprašanja, do katerih se Vrhovnemu sodišču za zdaj še ni bilo treba opredeljevati, jih bodo pa gotovo v kratkem obravnavala sodišča nižjih stopenj. Med drugim gre na primer za vprašanje presoje (ne)poštenosti glavnega predmeta pogodbe kot drugega koraka pri presoji ničnosti. Ta presoja se bo lahko vsaj deloma prekrivala s presojo pojasnilne dolžnosti – pošteno opravljena pojasnilna dolžnost namreč pomeni dobrovernost banke. Če bo ugotovljeno, da je bil pogodbeni pogoj nepošten, se bo zastavilo vprašanje o možnosti oziroma primernosti delne ničnosti. Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 201/2017 zapisalo, da nepoštenost »vodi do pravne posledice ničnosti tega določila in/ali celotne pogodbe«, ⁵¹ ni pa natančneje razdelalo meril za odločitev med obema. Ničnostna sankcija nadalje privede do povračilnih (kondikcijskih) zahtevkov pogodbenih strank ⁵² in do s tem povezanih vprašanj, kakšen znesek naj bi bili kreditorejmalci dolžni banki vrniti (zlasti v kateri valuti, ob upoštevanju katerega menjalnega tečaja – v času sklepanja kreditnih pogodb ali v času vračanja – ter morebitnih koristi od uporabe). Ob ugotovitvi, da je bila pojasnilna dolžnost sicer pomanjkljivo opravljena in ob hkratni presoji, da pogodba vendarle ni nična, ker glavni predmet pogodbe ni nepošten, se lahko zastavi vprašanje, ali ima kreditorejemalec zaradi kršitve pojasnilne dolžnosti morda na voljo kakšne druge (na primer odškodninske) zahtevke zoper banko. Poleg tega bo v primeru zavrnitve tožbenega zahtevka za ugotovitev ničnosti pogodb treba odločiti še o (običajno postavljenem podrednem) zahtevku, katerega temelj je razveza pogodb zaradi spremenjenih okoliščin. Tega vidika za zdaj Vrhovno sodišče še ni obravnavalo.

SEZNAM VIROV IN LITERATURE:

- Sklep Vrhovnega sodišča II Ips 176/2017 z dne 19. 10. 2017
- Sklep Vrhovnega sodišča II Ips 201/2017 z dne 7. 5. 2018
- Sklep Vrhovnega sodišča II Ips 141/2017 z dne 18. 10. 2018
- Sodba in sklep Vrhovnega sodišča II Ips 195/2018 z dne 25. 10. 2018
- Sklep Vrhovnega sodišča II Ips 137/2018 z dne 25. 10. 2018
- Sodba Vrhovnega sodišča II Ips 293/2017 z dne 17. 12. 2018
- Sklep Vrhovnega sodišča II Ips 197/2018 z dne 20. 12. 2018
- Sklep Vrhovnega sodišča II DoR 369/2018 z dne 6. 12. 2018
- Sklep Vrhovnega sodišča II DoR 118/2017 z dne 25. 5. 2017
- Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1245/2016 z dne 14. 2. 2017

⁵¹ Glej 33. točko obrazložitve sklepa II Ips 201/2017.

⁵² Z njimi se Vrhovno sodišče še ni ukvarjalo. Izjema je le stališče iz zadeve II Ips 195/2018, da tožniki (kreditorejmalci) nimajo pravnega interesa za dajatveni zahtevek proti njim samim. Tožbeni zahtevek so namreč oblikovali tako, da so poleg ugotovitve ničnosti pogodb zahtevali, naj se jih obsodi na plačilo banki še nevtrjenega dela kredita. Vrhovno sodišče je potrdilo sklep o zavrnitvi tožbe v dajatvenem delu. Gre namreč za kondikcijski zahtevek banke in le banka lahko z njim razpolaga.

- Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 467/2018 z dne 7. 8. 2018
- Sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 1068/2016 z dne 14. 2. 2017
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 2452/2016 z dne 4. 1. 2017
- Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1977/2017 z dne 1. 3. 2018
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1218/2017 z dne 20. 12. 2017
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2301/2016 z dne 25. 1. 2017
- Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1926/2017 z dne 21. 3. 2018
- Sodba Sodišča EU C-186/16 z dne 20. 9. 2017 (*Ruxandra Paula Andriciuc in drugi proti Banca Românească SA*)
- Sodba Sodišča EU C-26/13 z dne 30. 4. 2014 (*Kásler in Káslerné Rábai proti OTP Jelzálogbank Zrt*)
- Sodba Sodišča EU C-143/13 z dne 26. 2. 2015 (*Matei proti SC Volksbank România SA*)
- Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot), Uradni list RS, št. 20/98, s spremembami in dopolnitvami
- Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK), Uradni list RS, št. 70/00, s spremembami in dopolnitvami
- Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-1), Uradni list RS, št. 59/10, s spremembami in dopolnitvami
- Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-2), Uradni list RS, št. 77/16, s spremembami in dopolnitvami
- Zakon o pravnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 26/99, s spremembami in dopolnitvami
- Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS, št. 88/01, s spremembami in dopolnitvami
- Predlog Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK), EPA 1206, Poročevalec DZ št. 45, 5. 7. 2000
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o potrošniških kreditih (ZPotK-B), EVA 2006-2111-0107, Poročevalec DZ št. 73, 27. 7. 2007
- Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah, Uradni list Evropskih skupnosti, L 95, 21. 4. 1993
- Direktiva Sveta 87/102 z dne 22. decembra 1986 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi s potrošniškimi krediti, Uradni list Evropskih skupnosti, L 61, 10. 3. 1990
- Priporočilo Evropskega odbora za sistemska tveganja z dne 21. 9. 2011 o dajanju posojil v tujih valutah (CERS/2011/1), Uradni list EU, C 342/01, 22. 11. 2011
- Preininger, R., Štiri odločitve vrhovnega sodišča o kreditih v švicarskih frankih (Pravna praksa, št. 49-50/2018, str. 6–8)

PROBLEMATIKA SODNE PRAKSE O OSEBNEM STEČAJU

FRANC SELJAK, vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju¹ (v nadaljevanju ZFPPIPP) je bil od začetka veljavnosti v letu 2007 sedemkrat noveliran. Zadnja novela (ZFPPIPP-G, Uradni list RS, št. 27/16) je začela veljati 26. 4. 2016. Stalno spreminjanje zakonskih rešitev je povzročalo težave pri utrjevanju posameznih pravnih institutov v praksi. K odpravi teh težav bi morala največ prispevati sodna praksa, ki naj bi se postopno ustalila glede posameznih vprašanj. A zakonske rešitve so se pogosto spreminjale hitreje od razumnega obdobja, v katerem bi se sodna praksa lahko oblikovala in ustalila.

Novela ZFPPIPP-G je najbolj posegla v ureditev osebnega stečaja. Od 37 členov novele se na vprašanja osebnega stečaja nanaša kar 18 členov. Zato je koristen pogled, kako se je sodna praksa s svojimi stališči odzivala na navedene zakonske spremembe. Ob tem je treba upoštevati odločilni vpliv Višjega sodišča v Ljubljani (v nadaljevanju VSL) na oblikovanje sodne prakse, saj je na podlagi četrtega odstavka 52. člena ZFPPIPP izključno krajevno pristojno sodišče za odločanje o pritožbah v vseh postopkih zaradi insolventnosti. Zaradi izključenosti revizije v teh postopkih (drugi odstavek 121. člena ZFPPIPP) ima Vrhovno sodišče RS zelo omejen vpliv na oblikovanje sodne prakse. V zbirki sodnih odločb dobimo v povezavi z določbami ZFPPIPP po merilu odločb višjih sodišč več kakor 4000 zadetkov, po merilu odločb vrhovnega sodišča pa le 222 zadetkov. S tem zakonom pa je povezanih tudi več kot 70 odločb Ustavnega sodišča RS.

V prispevku je prikazanih nekaj novejših stališč sodne prakse do vprašanj, povezanih s postopki osebnega stečaja. V nekaterih primerih stališča še niso povsem usklajena. Opozorjeno pa je tudi na dileme, ki jih prinašajo tako zavzeta stališča. Zato je prispevek poskus iskanja odgovorov na vprašanja, do katerih se sodna praksa še ni izrekala, ali pa še ni mogoče govoriti o ustaljeni sodni praksi. Tako prikazana stališča so stališča avtorja prispevka in so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

2. STEČAJNI DOLŽNIK KOT SAMOSTOJNI PODJETNIK

Možnost dolžnika, ki je v osebnem stečaju, da posluje kot podjetnik ali zasebnik, je leta 2010 uzakonila novela ZFPPIPP-C. Zanimivo je, da v objavljeni zbirki sodnih odločb ni najti primera, ko bi se sodišče opredeljevalo do vprašanj, povezanih s takšnim statusom stečajnega dolžnika. Ni jasno, ali je razlog v tem, da stečajni

¹ Uradni list RS, št. 126/07 s spremembami do novele ZFPPIPP-G, Uradni list, št. RS št. 27/16.

dolžniki sploh ne uveljavljajo takšnega statusa, ali pa takšen status ne povzroča odprtih vprašanj v praksi. Zakonska ureditev (389. a do 389. d člen ZFPPIPP) takšen status stečajnega dolžnika določa na pozitivni napovedi, da takšen način poslovanja stečajnega dolžnika ne bo poslabšal možnosti za poplačilo upnikov. Tudi tak način poslovanja stečajnega dolžnika mora nadzirati upravitelj (sedmi in osmi odstavek 389. b člena ZFPPIPP). V ta nadzor spada tudi nadzor nad morebitno nedonosnostjo poslovanja (stečaj v stečaju) oziroma nad poskusi zlorabe takšnega statusa. Glavno orodje zoper takšne odklone je ustavitev poslovanja stečajnega dolžnika kot podjetnika ali zasebnika na predlog upravitelja (deveti odstavek 389. b člena ZFPPIPP).

3. DOPUSTNOST OSEBNEGA STEČAJA NAD MLADOLETNIKOM

Tudi glede tega vprašanja ni ustreznih stališč sodne prakse. Nosilna določba je v prvem odstavku 381. člena ZFPPIPP:

(1) Postopek osebnega stečaja je dovoljeno voditi nad premoženjem vsake fizične osebe.

Te določbe seveda ni mogoče razlagati, kot da je stranka stečajnega postopka premoženje. Izraz fizična oseba je opredeljen v drugem, sedmem in osmem odstavku 7. člena ZFPPIPP, ko so pojasnjene pojavne oblike fizičnih oseb (podjetnik, zasebnik, potrošnik), pri čemer izraz potrošnik zajema vse fizične osebe, ki niso niti podjetniki niti zasebniki. Okoliščina, da je fizična oseba mladoletna, lahko vpliva le na njeno omejeno poslovno sposobnost, kar pa za doseganje namena postopka osebnega stečaja (prvi odstavek 382. člena ZFPPIPP) ni odločilno. Za doseganje tega namena je odločilno, da ima takšna oseba premoženje in da je insolventna. Začetek stečajnega postopka nad mladoletno osebo pa seveda vpliva na obseg pooblastil zakonitih zastopnikov mladoletne osebe pri sklepanju pravnih poslov in upravljanju premoženja mladoletne osebe na podlagi določb 107. do 112. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (v nadaljevanju ZZZDR).²

4. NADALJEVANJE OSEBNEGA STEČAJA KOT STEČAJA ZAPUŠČINE

Postopek osebnega stečaja in postopek stečaja zapuščine sta bila uzakonjena z začetkom veljavnosti ZFPPIPP. Vendar v več kot desetih letih sodna praksa ni jasni odgovorila glede morebitnega nadaljevanja postopka po smrti dolžnika, ki je v osebnem stečaju, kot postopka stečaja zapuščine. V zbirki sodnih odločb ni takih, v katerih bi se sodišča opredeljevala do tega vprašanja. Je pa prek spletnih strani AJPES dostopen sklep VSL Cst 660/2018 z dne 19. 12. 2018, ki ob pripravi tega prispevka očitno še ni bil vnesen v zbirko odločb pri VS RS. Z navedenim sklepom je pritožbeno sodišče zavrnilo pritožbo upravitelja zoper sklep sodišča prve stopnje, ki je zaradi smrti dolžnika, nad katerim je bil voden postopek osebnega stečaja, ustavilo postopek osebnega stečaja in razrešilo upravitelja. Pritožbeno sodišče je

² Od 15. 4. 2019 to področje ureja nov Družinski zakonik (Uradni list RS, št. 15/17) v 145. do 150. členu.

odločitev utemeljilo s pomanjkanjem pravne podlage za nadaljevanje drugačne vrste postopka.

Res je, da ZFPPIPP nima izrecnih določb, ki bi urejale prehod postopka osebnega stečaja v postopek stečaja zapuščine. Zato je treba odgovoriti na vprašanje, ali do takšnega rezultata ne pripelje že (sistemska) razlaga zakona.

Temeljni namen stečajnega postopka je varovanje upnikov v razmerju do dolžnika, ki ni sposoben poravnati vseh svojih obveznosti, tako, da se zagotovi enako obravnavanje upnikov, ki so v razmerju do dolžnika v enakem položaju. Iz takšnega izhodišča izhajata tudi prvi odstavek 382. člena in 415. člen ZFPPIPP, ki opredeljujeta namen postopka osebnega stečaja in postopka stečaja zapuščine. V primeru osebnega stečaja imamo insolventnega dolžnika, ki je fizična oseba. Stečajni postopek zagotavlja varovanje upnikov s poplačilom iz premoženja stečajnega dolžnika.

Pri razumevanju določb ZFPPIPP o stečaju zapuščine je treba upoštevati substančna pravila dednega prava iz Zakona o dedovanju (v nadaljevanju ZD). To velja tako glede izraza zapuščina kakor tudi glede jamstva dedičev za zapustnikove obveznosti. Temeljna razlika med obema stečajnima postopkoma je v tem, da v primeru postopka stečaja zapuščine nimamo dolžnika, nad katerim teče stečajni postopek, saj zapuščina kot premoženjska zadeva temelji prav na dejstvu, da dolžnika zaradi smrti ni več. Primerljiv položaj imamo tudi v primeru stečajnega postopka nad pozneje najdenim premoženjem, ko je bila pravna oseba kot dolžnik že izbrisana iz registra (380. ali 443. člen ZFPPIPP).

Upoštevati je treba dve temeljni pravili, ki sta urejeni v ZD. Prvo pravilo je urejeno v 132. členu ZD in določa, da pokojnikova zapuščina ob njegovi smrti po zakonu preide na njegove dediče. Drugo pravilo pa se nanaša na omejeno odgovornost dedičev za zapustnikove dolgove. Prvi odstavek 142. člena ZD določa, da je dedič odgovoren za zapustnikove dolgove do višine vrednosti podedovanega premoženja. Varovanju upnikov je namenjen tudi 143. člen ZD, ki zapustnikovim upnikom omogoča zavarovanje zapuščine pred ravnanjem dedičev ali posegi dedičevih upnikov s tem, da se zapuščina loči od dedičevega premoženja. Na ta način je položaj (posameznega) zapustnikovega upnika zavarovan tako, da se ohranja premoženje, iz katerega bo lahko poplačana njegova terjatev do zapustnika. Če tako zavarovano ločeno premoženje ne zadošča, mu preostane le uveljavljanje zahtevka zoper dediča na podlagi prvega odstavka 142. člena ZD. Namen postopka stečaja zapuščine je varstvo vseh zapustnikovih upnikov v primeru, kadar je bil zapustnik v času smrti insolventen. Isti obseg premoženja, iz katerega bi bili upniki pred smrtjo zapustnika poplačani v postopku osebnega stečaja, predstavlja tudi stečajno maso v primeru postopka stečaja zapuščine (prvi odstavek 418. člena ZFPPIPP). V to stečajno maso namreč poleg še obstoječega premoženja zapustnika, ki ga je mogoče unovčiti, spadajo tudi premoženje, doseženo z izpodbijanjem pravnih dejanj zapustnika, in terjatve do dedičev na podlagi odgovornosti po 142. členu ZD. Te terjatve se lahko nanašajo predvsem na del zapuščine, s katerim je dedič že razpolagal in ga v stečajnem postopku ni več mogoče unovčiti.

Kakor rečeno, v postopku stečaja zapuščine ne nastopa stečajni dolžnik, ker je s smrtjo prenehal. V tem postopku pa je položaj stranke priznan dedičem (1. točka prvega odstavka in drugi odstavek 417. člena ZFPPIPP), saj postopek posega v njihov premoženjskopравни položaj zaradi prehoda zapuščine v njihove premoženjske zadeve ob smrti zapustnika. Ne glede na to pa je postopek stečaja zapuščine usmerjen le na zapuščino kot del premoženja, ki je določen z zakonsko priznanimi upravičenji zapustnikovih upnikov do ločenega poplačila iz tega premoženja.

Tako izražena enakost namena vodenja postopka osebnega stečaja in postopka stečaja zapuščine nakazuje na nujnost nadaljevanja obeh postopkov v primeru smrti stečajnega dolžnika po začetku stečajnega postopka nad pozneje umrlo fizično osebo. Argument, da za to ni zakonske podlage, je neprepričljiv, saj bi z enakim argumentom lahko ovrgli ustavitev postopka osebnega stečaja. Zakon take možnosti ustavitve postopka osebnega stečaja ne ureja. Menim, da bi ob smiselni razlagi prvega odstavka 378. člena ZFPPIPP lahko prišlo do končanja stečaja brez razdelitve in ustavitve postopka odpusta obveznosti le v primerih, ko ne bi obstajala stečajna masa in bi bil postopek osebnega stečaja voden le zaradi hkratnega postopka odpusta obveznosti. Če pa stečajna masa obstaja, upniki niso izgubili pravnega interesa za uresničevanje namena stečajnega postopka. V postopku osebnega stečaja je bil z oblikovanjem stečajne mase oblikovan obseg premoženjskega jamstva v korist upnikov. Ob smrti stečajnega dolžnika je le tako določeno premoženje prešlo v premoženjske zadeve dedičev.

Za prepričljivost stališča o potrebnosti nadaljevanja postopka osebnega stečaja in postopka stečaja zapuščine je treba ovreči morebitne ugovore, da bi bilo s tem nedopustno poseženo v položaj dedičev, ki v postopku osebnega stečaja niso (nujno) imeli položaja stranke postopka. Menim, da so takšni ugovori neutemeljeni. Nujna posledica nadaljevanja postopka s postopkom stečaja zapuščine bi bila vstop dedičev kot novih strank postopka v zatečenem stanju postopka osebnega stečaja ob smrti zapustnika. Od tega trenutka dalje je treba dedičem priznati procesno upravičenje za uveljavljanje varstva njihovih interesov v postopku. Ker pa ostaja jamstveno premoženje (stečajna masa) za poplačilo upnikov enako, ni razumnega razloga, da bi se moral postopek stečaja zapuščine začeti znova s ponovitvijo faz postopka, ki so bile že izvedene v postopku osebnega stečaja. V primeru prekinitve obeh postopkov bi lahko prišlo do nesorazmernega posega v položaj upnikov, v korist katerih se vodi stečajni postopek. Poleg nastanka novih stroškov predhodnega in glavnega postopka stečaja, ki zmanjšujejo stečajno maso, in časovnega zamika pri uresnitvi varstva premoženjskopravnega položaja (ki se kaže kot poseg v ustavno varovano pravico do zasebne lastnine), bi nov postopek tudi drugače določal časovne meje uveljavljanja zahtevkov za izpodbijanje pravnih dejanj dolžnika.

Ob upoštevanju navedenega se zdi prepričljivejša rešitev, da se v primeru smrti dolžnika, nad katerim teče postopek osebnega stečaja, postopek nadaljuje kot postopek stečaja zapuščine. Zaradi smrti dolžnika, ki je stranka v osebnem stečaju, je sicer prišlo do prekinitve postopka (prva točka prvega odstavka 205. člena ZPP v zvezi s prvim odstavkom 121. člena ZFPPIPP). Prepoved izvajanja procesnih dejanj (prvi odstavek 207. člena ZPP v zvezi s prvim odstavkom 121.

člena ZFPPIPP) pa velja (tako za sodišče kot za upravitelja) le do odločitve o nadaljevanju postopka. Ta odločitev je odvisna od presoje, ali obstaja pravni interes za nadaljevanje postopka kot postopka stečaja zapuščine.

Ali ima dedič sploh kakšno možnost, da prepreči unovčenje zapuščine in poplačilo upnikov? Ne glede na zastopano stališče o nadaljevanju obeh stečajnih postopkov se zdi, da ne bi bilo v nasprotju z namenom stečajnega postopka ravnanje sodišča, ki bi dedičem pred nadaljevanjem postopka omogočilo, da se izrečejo (pod pogojem, da so sodišču znani), ali so pripravljeni iz svojega preostalega premoženja poravnati vse obveznosti zapustnika. Če bi bile vse obveznosti upnikov poravnane, ne bi bilo pravnega interesa za nadaljnje unovčevanje stečajne mase in bi ta po pokritju stroškov stečaja ostala v lasti dedičev.

Smiselno je odgovoriti tudi na vprašanje, ali bi moralo stečajno sodišče pred nadaljevanjem postopka kot postopka stečaja zapuščine ugotavljati, kdo so dediči. Menim, da ne. To vprašanje se rešuje v okviru zapuščinskega postopka po pravilih ZD. Postopek stečaja zapuščine je mogoče voditi tudi pred pravnomočnim končanjem zapuščinskega postopka.³ To pomeni, da nerazčiščeno vprašanje, komu bo priznan položaj dediča, ne bi smelo ovirati niti odločitve sodišča o nadaljevanju postopka niti izvajanja procesnih dejanj v postopku stečaja zapuščine. Obstoj procesne predpostavke položaja stranke pa mora sodišče preizkusiti v primeru, če se potencialni dedič na ta položaj sklicuje pri uveljavljanju posameznega procesnega upravičenja.

5. VPRAŠANJA, POVEZANA S SOLASTNINO IN SKUPNO LASTNINO STEČAJNEGA DOLŽNIKA

V klasičnem civilnem pravu sta solastnina in skupna lastnina že dolgo znani obliki lastninske pravice več oseb na isti stvari. Zelo pogosto se tudi dolжник, ki je v osebnem stečaju, znajde v položaju, ko mu pravni red priznava takšno obliko lastninskega upravičenja na posamezni stvari. ZFPPIPP nima posebnih določb, ki bi urejale postopek razdelitve skupne stvari ali stvari v solastnini. Zato je pri urejanju teh vprašanj v postopku osebnega stečaja treba uporabiti splošna pravila civilnega prava. Pri tem je treba upoštevati tudi, da je temeljni namen vodenja postopka osebnega stečaja hkratno in enakomerno poplačilo upnikov navadnih terjatev do stečajnega dolžnika (382. člen ZFPPIPP). Naloga organov stečajnega postopka (predvsem sodišča in upravitelja) je, da preprečijo, da bi prek teh institutov prišlo do prikrivanja dejanskega premoženja stečajnega dolžnika in da je izkupiček iz unovčevanja tudi takšnega dela stečajne mase čim večji.

Temeljna razlika med solastnino in skupno lastnino je v nedoločenih deležih skupnih lastnikov na skupni lastnini (prvi odstavek 72. člena Stvarnopravnega zakonika, v nadaljevanju SPZ). Ta značilnost onemogoča pravni promet takšnega dela premoženja imetnika skupne lastnine, dokler njegov delež ni določen. To pomeni, da je tudi v postopku osebnega stečaja treba najprej izpeljati postopek razdelitve skupne lastnine vsaj z določitvijo deležev na solastnini.

3 N. Plavšak, ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008, stran 295.

Najbolj značilen primer skupne lastnine je skupno premoženje zakoncev, ustvarjeno v času zakonske zveze (drugi odstavek 51. člena ZZZDR) oziroma premoženje, ustvarjeno v zunajzakonski skupnosti (12. člen ZZZDR).⁴ Ker je bil ZZZDR sprejet v letu 1976, to je več kot 30 let pred sprejemom ZFPPIPP, ki je uzakonil postopek osebnega stečaja, določila ZZZDR seveda ne vsebujejo posebnih pravil, ki bi bila prilagojena uveljavljanju deležev na skupnem premoženju v primeru postopka osebnega stečaja nad posameznim zakoncem. So pa ta pravila izrecno opredeljena v tretjem do petem odstavku 83. člena novega Družinskega zakonika (Uradni list, RS št. 15/17, v nadaljevanju DZ), ki se je začel uporabljati 15. 4. 2019. Zato je upravičen razmislek o načinu uporabe teh pravil v postopkih osebnega stečaja.

Naslov 83. člena DZ je **določitev deleža dolžnika na skupnem premoženju** in se glasi:

(1) Upnik lahko na podlagi pravnomočne sodbe zahteva, da sodišče določi delež dolžnika na skupnem premoženju in nato zahteva izvršbo na ta delež.

(2) Če je v izvršilnem postopku dovoljena prodaja deleža, ki ga ima zakonec na skupnem premoženju, ima drugi zakonec prednostno pravico kupiti ta delež po ceni, ki se določi po določbah zakona, ki ureja izvršbo in zavarovanje.

(3) V postopku osebnega stečaja nad zakoncem sodišče, ki vodi ta postopek, s sklepom o preizkusu izločitvenih pravic na predlog upravitelja določi, da je delež stečajnega dolžnika na skupnem premoženju enak polovici, razen če je drug zakonec vložil prijavo izločitvene pravice iz petega odstavka tega člena.

(4) Če je po presoji upravitelja delež stečajnega dolžnika na skupnem premoženju večji od polovice, mora upravitelj kot zakoniti zastopnik stečajnega dolžnika zahtevati določitev deleža stečajnega dolžnika. Za spor iz prejšnjega stavka se uporablja drugi odstavek 74. člena tega zakonika.

(5) Drug zakonec lahko v postopku osebnega stečaja nad zakoncem vloži prijavo izločitvene pravice, s katero uveljavlja, da je njegov delež na skupnem premoženju večji. Če drugi zakonec take prijave ne vloži, se šteje, da je v postopku osebnega stečaja prijavil izločitveno pravico na deležu skupnega premoženja, ki je enak polovici.

Na podlagi takšne ureditve v postopku osebnega stečaja zakoncu dolžnika ni treba prijaviti izločitvene pravice, če ne uveljavlja višjega od polovičnega deleža na skupnem premoženju. Ta ureditev pomeni, da mora upravitelj izločitveno pravico zakonca do polovičnega deleža upoštevati po uradni dolžnosti. S sklepom o preizkusu terjatev (v okvir katerega spada tudi preizkus izločitvenih pravic) je v primeru, ki ga ureja tretji odstavek 83. člena DZ, določen delež s priznanjem izločitvene pravice zakonca v višini polovičnega deleža na skupnem premoženju. V takšnem primeru ima sklep o preizkusu terjatev podoben učinek kot dogovor na podlagi 73. člena DZ. Na enak način se določi tudi delež na skupnem premoženju

⁴ Dileme in probleme v sodni praksi sta s tem v zvezi prikazali tudi Mateja Levstek in Maja Lajevce v prispevku Skupno premoženje zakoncev v postopku osebnega stečaja, Odvetnik št. 1/2019, str. 13–18.

v primeru iz petega odstavka 83. člena DZ, če ni prerekana izločitvena pravica glede višjega deleža zakonca stečajnega dolžnika. Tudi v tem primeru je določitev deležev na skupnem premoženju dokončno urejena s pravnomočnostjo sklepa o preizkusu terjatev.

Če zakonec uveljavlja višji delež in je prerekan, ga mora sodišče s sklepom o preizkusu terjatev napotiti na pravdo za uveljavljanje višjega deleža (300. člen v zvezi z drugim odstavkom 383. člena ZFPPIPP). Če zakonec ne vloži tožbe za ugotovitev višjega deleža, je treba učinek četrtega odstavka 300. člena ZFPPIPP razlagati tako, da je s tem izgubil izločitveno pravico le glede nadpolovičnega deleža.

Nekoliko drugačen položaj je v primeru, ko višji delež uveljavlja stečajni upravitelj v imenu stečajnega dolžnika po četrtem odstavku 83. člena DZ. Določitev višjega deleža v korist stečajnega dolžnika ni mogoče doseči v stečajnem postopku s sklepom o preizkusu terjatev.⁵ O takšnem zahtevku se lahko odloči le v ločenem (pravdnem) postopku. Vendar do takšne pravde lahko pride le prek postopka preizkusa terjatev v postopku osebnega stečaja. Zakon namreč vzpostavlja fikcijo, da je dolžnikov zakonec prijavil izločitveno pravico do polovičnega deleža na skupnem premoženju. Kadar upravitelj oceni, da je delež stečajnega dolžnika višji, se mora pri opredelitvi do terjatev (prvi odstavek 61. člena v zvezi s prvim odstavkom 383. člena ZFPPIPP) izreči tako, da jih prereka do višine, do katere meni, da bi moral delež pripasti stečajnemu dolžniku. V takšnem položaju mora sodišče upravitelja napotiti na pravdo za uveljavljanje neobstoja prerekanega deleža dolžnikovega zakonca na skupnem premoženju. Če upravitelj ne vloži tožbe, pa menim, da je treba ob smiselni razlagi 303. in četrtega odstavka 302. člena ZFPPIPP šteti, da velja za priznano izločitvena pravica zakonca do ene polovice deleža na skupnem premoženju.

Pojasniti je treba še primer, ko zakonec in upravitelj uveljavljata višji delež na skupnem premoženju. Tudi v tem primeru mora upravitelj prerekati prijavljeno izločitveno pravico nad deležem, ki ga priznava zakoncu.⁶ Vendar je v takšnem primeru sodišče pred dilemo, koga naj napoti na pravdo, upravitelja ali zakonca. Oba uveljavljata interes ugotovitve višjega od domnevanega polovičnega deleža na skupnem premoženju. Jasno je, da se nasprotujoči zahtevki na istem skupnem premoženju medsebojno izključujejo. Zato hkrati ne moreta teči dve pravdi o nasprotnih zahtevkih, saj bi v tem primeru šlo za učinek litispendence⁷. Če bi šlo za uveljavljanje zahtevka za razdružitve skupnega premoženja izven stečaja, bi seveda zakonec kot toženec zoper zahtevek drugega zakonca kot tožnika že z ugovorom lahko uveljavljal višji delež v svojo korist. Če bi v postopku osebnega stečaja upravitelj in zakonec uveljavljala višji delež od polovičnega, ni mogoče prezreti posledic nevložitve tožbe po četrtem odstavku 300. člena ZFPPIPP. Tako upravitelju kot tudi dolžnikovemu zakoncu v primeru nevložitve tožbe nastanejo

5 Dopuščam možnost, da bi dolžnikov zakonec v prijavi izločitvene pravice uveljavljal nižji delež od domnevanega polovičnega deleža na skupnem premoženju.

6 Enako stališče zavzema D. Orož v prispevku Skupne in posebne obveznosti zakoncev ter njihovo uveljavljanje v izvršilnih in stečajnih postopkih, točka 4.3, objavljenem v zborniku Sodobno stvarno pravo, izbrana poglavja, 2. del, GV Založba, 2017.

7 Tretji odstavek 189. člena ZPP.

posledice, kot da nista uveljavljala višjega deleža na skupnem premoženju. Če bi sodišče na primer na pravdo napotilo le dolžnikovega zakonca, bi upravitelj v pravdi sicer lahko tudi z ugovorom uveljavljal zakončev nižji delež od dolžnika v skladu z izjavo o prerekanju izločitvene pravice v stečaju. Vendar bi bil v tem primeru odvisen od odločitve zakonca, ali bo sploh vložil tožbo. Enako velja tudi za obrnjeni položaj dolžnikovega zakonca in upravitelja. Zdi se, da bi v takšnem primeru sodišče ustrezno zavarovalo položaja zakonca in dolžnika le tako, da bi na pravdo napotila oba. Če bi bili vloženi dve tožbi, bi moralo pravdno sodišče zaradi litispendence združiti oba postopka.

Velja zavzeti stališče še do ene dileme, do katere bo v postopkih osebnega stečaja zagotovo prišlo pri obravnavanju zahtevkov za uveljavljanje višjega od domnevanega polovičnega deleža na skupnem premoženju. Kakšna bo usoda deležev, ki niso prerekani? Naj navedem primer. Zakonec uveljavlja izločitveni zahtevek za 60 % delež (torej 10 % višjega od domnevanega), upravitelj pa izjavi, da se zakoncu prizna le 40 % delež, višji delež pa prereka. Ali je v tem primeru dopustna razlaga, da je bilo (kot nesporno) s sklepom o preizkusu terjatev pravnomočno odločeno o deležu vsakega od zakoncev najmanj 40 % in je predmet pravde le še odločanje o deležu 20 %? Menim, da ne. Določitev deležev na skupni lastnini je lahko uresničena samo z enim pravnim aktom, s katerim je odločeno o celotnem 100 % deležu na skupnem premoženju. Zato je o določitvi deležev lahko odločeno le s sklepom o preizkusu terjatev oziroma s sodbo v pravdi po napotitvi sodišča ali s sklenjeno sodno poravnavo v tej pravdi. Sodišče torej v pravdi presoja o deležu zakoncev na celotnem skupnem premoženju. Vendar menim, da bi v pravdi smelo sodišče omejiti zahtevke in ugovore do višine, ki so bili uveljavljani v postopku preizkušanja izločitvene pravice. Če bi na primer zakonec s prijavo izločitvene pravice uveljavljal višji delež od polovičnega, upravitelj pa bi prerekal izločitveno pravico samo v delu, ki presega polovico, sodišče v pravdi upravitelju ne bi smelo dopustiti ugovora, s katerim bi uveljavljal več kot polovični delež dolžnika. Enako velja v obrnjenem procesnem položaju. Zato mora sodišče v stečajnem postopku v fazi preizkušanja terjatev v skladu s 4. točko drugega odstavka 69. člena ZFPPIPP določno opredeliti, kdo in glede ugotavljanja kakšnega deleža na skupnem premoženju je napoten na pravdo.

V povezavi s 83. členom DZ pa se strinjam z že zavzetim stališčem D. Oroža,⁸ da se določba četrtega odstavka 299. člena ZFPPIPP⁹ ne more uporabljati glede uveljavljanja deleža na skupnem premoženju. Zaradi fikcije prijave izločitvene pravice (do višine polovičnega deleža) dolžnikovega zakonca s prijavo tega deleža ne more zamuditi zakonskega roka. Če je s sklepom o preizkusu terjatev določen polovični delež zakoncev na skupnem premoženju, je že zaradi učinka pravnomočnosti izključena možnost dolžnikovega zakonca, da bi naknadno uveljavljal višji delež na skupnem premoženju. Bolj nejasen se zdi položaj v primeru, ko se upravitelj sploh ne opredeli do zakončeve izločitvene pravice, ali v primeru, ko zakonec prijavi izločitveno pravico do višjega deleža šele po izteku trimesečnega roka. Če bi rešitev iskali v določbi četrtega odstavka 299. člena ZFPPIPP, bi to omogočalo dolžnikovemu zakoncu, da do pravnomočnosti sklepa o preizkusu

⁸ Cit. delo, točka 4.3.

⁹ Če upnik zamudi rok za prijavo izločitvene pravice iz prvega odstavka tega člena, pravica ne preneha.

terjatev lahko poseže v obseg preizkušanja izločitvenih pravic. Takšna razlaga pripelje do nepredvidljivosti postopka in nerazumnega izida. Zato menim, da je treba določiti tretjega in petega odstavka 83. člena DZ umestiti v normativni okvir ZFPPIPP kot posebno ureditev načina uveljavljanja izločitvene pravice. S fikcijo prijave izločitvene pravice zakon varuje položaj dolžnikovega zakonca, saj se šteje, da je prijavo vložil. Zakon pa mu omogoča, da fiktivno prijavo spremeni. Omejitev možnosti takšne spremembe prijavljene izločitvene pravice na trimesečni rok za prijavo terjatev bi ob izteku tega roka enoznačno opredelila predmet preizkušanja v tej fazi postopka. Šibkost takšne (sistemske) razlage je le v pomanjkanju izrecne zakonske podlage za takšno prekluzijo v breme dolžnikovega zakonca.

Glede razmejitve med skupnim premoženjem zakoncev in posebnim premoženjem v povezavi s postopkom osebnega stečaja podjetnika je stališče zavzeto v sodbi VSL I Cp 412/2015 z dne 18. 3. 2015:

Skupno premoženje nastaja na podlagi samega zakona, kar je treba upoštevati tudi v primeru samostojnega podjetnika in njegovega osnovnega sredstva, ki je bilo kupljeno v času trajanja zakonske zveze z dohodki iz dela. Podjetnik namreč ni pravna oseba in prav tako ne njegovo podjetje, bistveno in odločilno je, ali je neko premoženje pridobljeno z delom med trajanjem zakonske zveze.

Od vprašanja določitve deleža na skupnem premoženju je treba ločiti vprašanja, povezana z unovčevanjem premoženja v obliki solastnine. Načeloma ni ovir, da solastnik ne bi mogel odsvojiti svojega solastniškega deleža na solastnini. Pri tem mora upoštevati morebitne predkupne upravičence (na primer po tretjem odstavku 66. člena SPZ). Ker je v stečajnem postopku poudarjeno načelo smotnosti, je marsikdaj utemeljen razmislek, ali je s prodajo samo dolžnikovega solastniškega deleža dosežen največji možni izkupiček. V skladu s prvim odstavkom 69. člena SPZ ima solastnik vedno pravico zahtevati delitev stvari. Na takšno možnost je opozorilo tudi pritožbeno sodišče v sklepu VSL Cst 619/2017 z dne 8. 11. 2017, ko je presojalo zakonitost odločitve sodišča prve stopnje, s katerim je ob sklicevanju na določbo drugega odstavka 395. člena ZFPPIPP dolžniku naložilo izpraznitev nepremičnine, na kateri je imel stečajni dolžnik solastninski delež.

Predmet prodaje v stečajnem postopku je lahko le premoženje stečajnega dolžnika. Le za to premoženje veljajo posebna pravila o prodaji. Vse dokler solastna stvar ni razdeljena, pa naložitev dolžniku, da izprazni celotno stanovanjsko hišo, ni pravilna. Nenazadnje pa tudi stečajni upravitelj, ki zastopa dolžnika, lahko v ustreznem postopku zahteva, da se solastna stvar razdeli. Če bo solastna stvar razdeljena, pa bo imelo sodišče v stečajnem postopku podlago, da jo proda in pri tem dolžniku naloži izpraznitev, vendar le tistega dela nepremičnine, ki mu bo pripadel, ne pa tudi iz drugih delov hiše. Vse dokler solastna stvar ni razdeljena, pa naložitev dolžniku, da izprazni celotno stanovanjsko hišo, ni pravilna.

Pri tem pa ne vidim ovir, da bi solastniki premoženje sporazumno razdelili tako, da bi stvar kot celoto prodali, če bi bila na ta način dosežena večja korist za stečajno

maso kot v primeru prodaje le solastniškega deleža. Vendar menim, da bi moral biti tudi v tem primeru postopek prodaje prilagojen pravilom unovčevanja stečajne mase iz ZFPPIPP.

6. ZLORABA PRAVICE DO ODPUSTA OBVEZNOSTI

Z novelo ZFPPIPP-G je bilo povsem spremenjeno besedilo 399. člena ZFPPIPP, ki opredeljuje namen odpusta obveznosti in ovire za odpust obveznosti. Vendar pri tem ne gre za vsebinske spremembe, temveč bolj za poskus lažje razmejitve med položajem poštenega in vestnega stečajnega dolžnika, ki je lahko deležen takšne dobrote (pravica do novega začetka¹⁰), in položaji dolžnika, ki so pogojeni s subjektivnimi okoliščinami stečajnega dolžnika in pomenijo zlorabo tega instituta.

V odločbi Up 676/15 je Ustavno sodišče RS pojasnilo:

Bistvo instituta odpusta obveznosti je iskanje pravičnega ravnovesja med na eni strani pravicami upnikov prezadolženega dolžnika, katerih uveljavitev je ogrožena zaradi dolžnikovega slabega premoženjskega položaja, in na drugi strani težo tega položaja za dolžnika na način upoštevanja vrednostne ocene dolžnikovih ravnanj.

Čeprav so odločitve sodišč v navedeni zadevi imele podlago v besedilu 399. člena ZFPPIPP, ki je veljalo pred začetkom veljavnosti novele ZFPPIPP-G, pa je treba argumentacijo US uporabiti tudi pri presoji primerljivih položajev, v katerih je treba uporabiti pravila iz novele ZFPPIPP-G. V navedeni zadevi je bil z odločitvama sodišč prve in druge stopnje zavrnjen ugovor upnika, ki je temeljil na trditvi, da je stečajna dolžnica prevzemala obveznosti, ki so nesorazmerne z njenim premoženjskim položajem. Sodišči sta zavzeli stališče, da niti obveznost na podlagi spregleda pravne osebnosti niti morebitna odškodninska odgovornost dolžnika v osebnem stečaju kot direktorja ali družbenika družbe v stečaju ne more utemeljiti razloga za odpust obveznosti iz 4. točke 399. člena ZFPPIPP/15. Ustavno sodišče je pri tem pojasnilo:

Kriterij razlikovanja, ki vsebino enega izmed dejanskih stanov ovire iz 4. točke 399. člena ZFPPIPP/15 omeji na primere, v katerih je neposredni način nastanka obveznosti izrecno izražena dolžnikova volja, spodkopava utemeljitev pravičnega ravnovesja med nasprotujočimi si interesi upnikov in dolžnika.

Iz obsežnega seznama 266 odločb VSL v zbirki sodnih odločb, ki so povezane s 399. členom ZFPPIPP, je razvidno, da je bila več kot polovica izdanih po začetku veljavnosti novele ZFPPIPP-G, kar kaže na to, da se je sodna praksa intenzivno ukvarjala z razlago pogojev dopustnosti oziroma ovir za odpust obveznosti. Precej odločb se nanaša na razlago dejanskih predpostavk oziroma domnev iz četrtega odstavka 399. člena ZFPPIPP, iz katerih je sklepati na zlorabo pravice do odpusta obveznosti. Glede na jasno uvodno besedilo tega odstavka (*Velja, če se ne*

¹⁰ Glej opombo 10 v odločbi Ustavnega sodišča RS Up 676/15 z dne 23. 11. 2017, v kateri se sklicuje na nemško pravno teorijo.

dokaže drugače,.....) ni dvoma, da gre za izpodbojno zakonsko domnevo, na kar je opozorjeno v številnih odločbah.¹¹

Zdi se, da v praksi povzroča precej težav predvsem uveljavljanje zakonske domneve iz 3. točke četrtega odstavka 399. člena ZFPPIPP, ki se nanaša na **prevzemanje nesorazmernih obveznosti dolžnika** v zadnjih petih letih pred uvedbo postopka osebnega stečaja. V tem primeru gre za vsakokratno določitev pravnega standarda glede na okoliščine konkretnega primera.

Opozoriti je treba na odločbo US Up-374/15-18 z dne 11. 5. 2018, s katero je ustavno sodišče razveljavilo sklepa sodišč prve in druge stopnje, s katerima je bilo ugodeno ugovoru ene od upnic in je bil ustavljen postopek odpusta obveznosti. US je vrnilo zadevo v ponovno odločanje prvostopenjskemu sodišču. Sodišči prve in druge stopnje sta se sklicevali na 4. točko 399. člena ZFPPIPP (pred novelo ZFPPIPP-G), ker naj bi dolžnik v zadnjih treh letih pred uvedbo stečaja sklenil kreditne in poroštvene pogodbe. Pri tem naj ne bi bilo pomembno, ali je šlo za prevzemanje novih obveznosti ali le reprogramiranje starih obveznosti. Ustavno sodišče je presodilo, da sta sodišči na argumente dolžnika, da se obveznosti niso z ničimer povečale, odgovorili le navidezno, saj nista odgovorili konkretno. Končni argument US za razveljavitev sklepov se glasi:

Glede na to, da je institut odpusta obveznosti za dolžnika izjemnega pomena, ker mu omogoča razbremenitev finančnih obveznosti, ki bi ga sicer lahko pripeljale na rob preživetja, je še toliko bolj pomembno, da sodišče v takih primerih poda vsebinske razloge za svoja stališča v zvezi z odpustom obveznosti. Ker sta glede na navedeno izpodbijani sodni odločitvi obrazloženi zgolj navidezno, sta sodišči kršili pritožnikovo pravico do obrazložitve sodne odločbe iz 22. člena Ustave.

Ob tem je treba opozoriti na ugovorna upravičenja, ki jih imajo upravičenci na voljo na podlagi (zdaj veljavnega) 399. člena ZFPPIPP pri utemeljevanju ugovora proti odpustu obveznosti, oziroma na možnosti obrambe dolžnika proti takšnemu ugovoru. Zakon olajšuje položaj vlagatelja ugovora z uzakonitvijo domnev zlorabe postopka odpusta obveznosti (četrty odstavek 399. člena). Dolžnik ima zoper tako utemeljevanji ugovor več obrambnih sredstev. Lahko izpodbija obstoj domnevne podlage in s tem domneve. V tem primeru ne gre za izpodbijanje domneve v pravem pomenu besede. Za pravo izpodbijanje domneve gre takrat, ko dolžnik ne nasprotuje obstoju dejstev, na podlagi katerih zakon predvideva obstoj domnevanih posledic (zlorabo pravice do odpusta obveznosti). Vendar skuša na podlagi drugih ustreznih okoliščin utemeljiti, da njegovo ravnanje ni kršilo standarda poštenega in vestnega dolžnika. Sodišče mora torej v tem primeru presoati, ali zatrjevane in dokazane druge okoliščine pomenijo, da ne gre za kršitev splošne določbe iz tretjega odstavka 399. člena ZFPPIPP. V podobnem (vendar obrnjenem) položaju sodišče v primeru, ko vlagatelj ugovor proti odpustu obveznosti utemeljuje neposredno s tretjim odstavkom, in ne na podlagi ene od domnev iz četrtega odstavka 399. člena ZFPPIPP. Za zadostitev standarda obrazloženosti, kot ga je

¹¹ Sklepi Cst 467/2017 z dne 17. 8. 2017, Cst 648/2017 z dne 16. 11. 2017, Cst 653/2017 z dne 22. 11. 2017 in Cst 673/2017 z dne 5. 12. 2017.

določilo US v odločbi Up-374/15-18, mora sodišče ustrezno odgovoriti na podano trditveno podlago strank in pri tem upoštevati pravila o trditvenem in dokaznem bremenu iz 399. člena ZFPPIPP.

Velja pa opozoriti na deloma različna in včasih ne povsem jasna stališča, ki so v sodni praksi zavzeta v povezavi s **subjektivnim odnosom vlagatelja ugovora do ravnanj dolžnika**, ki naj bi bila dejanski okvir domneve iz 3. točke četrtega odstavka 399. člena ZFPPIPP (prevzemanje nesorazmernih obveznosti).

V sklepu VSL Cst 703/2017 z dne 13. 12. 2017 je zavzeto naslednje stališče:

Če je osebno poroštvo dolžnik upnici na njeno zahtevo dal, pomeni, da se ji je dolg zavezal plačati. Da pa ob zatrjevanem finančnem stanju družb kreditorejmak in svojem lastnem premoženjskem stanju to ni bilo lahkomišno, pritožnik tudi pritožbenega sodišča ni uspel prepričati.

V tem primeru je sodišče prispevek upnice k dodatnemu obremenjevanju dolžnice obravnavalo nevtravno.

V sklepu VSL Cst 643/2017 z dne 28. 11. 2017 je bila poudarjena seznanjenost upnika z dolžnikovim likvidnostnim stanjem ob sklepanju posojilne pogodbe. Vendar ta okoliščina ni opredeljena kot ključna za zavrnitev pritožbe zoper sklep o zavrnitvi ugovora:

Najprej je pomembno dvoje: 1) pritožnik je bil v času sklepanja posojilne pogodbe dobro informiran o dolžnikovem likvidnostnem stanju in se je moral zavedati povečanega tveganja glede vračila posojila; 2) višina skupaj prijavljenih terjatev je nizka. To je pomembno pri presoji zlorabe pravice do odpusta obveznosti in v tem okviru po pritožniku zatrjevane nepoštenosti dolžnika. Sankcije morajo biti sorazmerne teži in pomenu dolžnikovega ravnanja.

V sklepu VSL Cst 252/2018 z dne 22. 5. 2018 pa je poudarjen pomen subjektivnega odnosa dolžnika pri ugotavljanju zlorabe postopka odpusta obveznosti:

Oviro predstavlja zloraba pravice do odpusta obveznosti, pri čemer višje sodišče v nasprotju s sodiščem prve stopnje zaključuje, da pri dolžnici takšnega ravnanja ni zaznati. Nenazadnje je namen zakonskih določb v zaščiti upnikov, ki so bili žrtve dolžnikovega lahkomišelnega in neodgovornega ravnanja; da bi bil upnik, bivši zunajzakonski partner dolžnice, žrtev njenega nepremišljenega in neskrbnega ravnanja s premoženjem, iz podatkov v spisu ne izhaja.

V nadaljevanju pa je bil ovrednoten tudi prispevek upnika, ki naj bi olajševal težo dolžnikove subjektivne okoliščine:

Upniku bi bilo mogoče kvečjemu očitati, da je tudi sam ravnal neodgovorno in lahkomišno, ko je dopustil, da je dolžnica brez urejenega lastniškega razmerja med zunajzakonskima partnerja, vlagala v njegovo nepremičnino in namesto njega poravnala nekaj izključno njegovih terjatev (poplačala njegov kredit, ki

ga je najel za nakup stanovanja, ko je še bil poročen, plačala davščine, ki so odpadle na njegovo nepremičnino ter druge njegove obveznosti), nikakor pa tega, da je bil žrtev njenega neskrbnega ravnanja s premoženjem.

Bolj problematična pa se zdijo stališča, ki upniku zaradi njegovega subjektivnega prispevka k prevzemanju nesorazmernih obveznosti dolžnika odrekajo materialno legitimacijo za uveljavljanje ugovora proti odpustu obveznosti.

Tako je v sklepu Cst 468/2017 z dne 22. 8. 2017 zavzeto naslednje stališče:

Že iz podatkov, ki ji jih je dal stečajni dolžnik kot porok, je jasno razvidno, da je upnica že takrat vedela oziroma bi vsaj morala vedeti, da ji dolžnik ne bo sposoben poravnati zneska, za katerega se je zavezal kot porok, saj ima za kaj takega premajhne dohodke, poleg tega pa je tudi razpolagala s podatkom, da dolžnik kakšnega drugega premoženja niti nima. Takega upnika ne varuje institut ovire za odpust obveznosti, saj ni žrtev dolžnikovega lahkomišelnega in neodgovornega ravnanja, čemur je namenjeno varstvo na podlagi domneve za obstoj te ovire za odpust obveznosti.

V sklepu Cst 705/2017 z dne 9. 1. 2017 pa je pojasnjeno:

Dolžnikovo ravnanje je bilo sicer lahkomišelnost in neodgovorno, vendar pa je bilo tako tudi ravnanje upnika. Niti povprečno skrben gospodar, kaj šele oseba, ki se ukvarja s posojanjem denarja, že ob sklenitvi pogodbe ne bi menil, da bo posojilo lahko ni vrnilo. Upnik zato ni oseba, ki bi bila upravičena do varstva z ugovorom proti odpustu obveznosti. Tudi od upnikov se namreč pričakuje, da bodo ravnali odgovorno in nikakor ne lahkomišelnost.

Predmet odločanja v postopku odpusta obveznosti (vključno z ugovornim postopkom) je presoja obstoja zakonskih pogojev za odpust nepoplačanih obveznosti ob koncu postopka osebnega stečaja.¹² Predmet presoje v ugovornem postopku zato ni le razmerje med vlagateljem ugovora in dolžnikom. Morebitni subjektivni prispevek upnika k nesorazmernim prevzemanjem obveznosti dolžnika ima zato lahko le materialnopravne posledice glede izključitve zlorabe postopka odpusta obveznosti in zavrnitve ugovora. Gre torej za vprašanje neizkazanih ovir za odpust obveznosti ne glede na to, kdo od upravičenih vlagateljev ugovora bi se na tak ugovorni razlog skliceval. Zato se zdi utemeljitev, ki naj bi odrekala ugovorno upravičenje (neskrbnemu) upniku, neustrezna.

7. UDELEŽBA UPRAVITELJA NA NAROKU ZA OBRAVNAVO UGOVORA PROTI ODPUSTU OBVEZNOSTI

Ali se mora upravitelj osebno udeležiti naroka za obravnavo ugovora proti odpustu obveznosti, oziroma ali ga lahko veljavno zastopa drug upravitelj? Ob pritrdilnem odgovoru je treba odgovoriti tudi na podvprašanje, ali mora takšen pooblaščenec izpolnjevati pogoje iz tretjega odstavka 87. člena ZPP.

¹² Glej tudi pojasnila v 8. točki tega prispevka.

Položaj in pristojnosti upravitelja sta urejena v 97. členu ZFPPIPP. Ta določba spada med splošne določbe, ki veljajo za vse vrste postopkov zaradi insolventnosti. V prvem odstavku navedenega člena je upravitelj opredeljen kot organ postopka zaradi insolventnosti, ki opravlja svoje pristojnosti in naloge, določene v zakonu. Pri tem je tudi določeno, da je opravljanje teh nalog namenjeno varovanju in uresničitvi interesov upnikov. Na ta način je opredeljen položaj upravitelja kot posebnega procesnega organa sodišča.¹³ V drugem odstavku 97. člena ZFPPIPP pa je urejen položaj upravitelja kot zakonitega zastopnika dolžnika v stečajnem postopku. Ob iskanju odgovora na izhodiščno vprašanje je naprej treba pojasniti, v kakšnem položaju nastopa upravitelj v postopku odpusta obveznosti. Samo po sebi je razumljivo, da v tem postopku upravitelj ne nastopa kot zakoniti zastopnik dolžnika. To izhaja že iz zakonsko predpisanih nalog in pooblastil upravitelja v tem postopku. Zakon izrecno nalaga upravitelju, (1) da poda mnenje, na podlagi katerega sodišče določi preizkusno obdobje pred odpustom obveznosti (četrti odstavek 400. člena ZFPPIPP), (2) da preverja obstoj ovire za odpust obveznosti (prvi odstavek 402. člena ZFPPIPP) in (3) dolžnost vložitve ugovora, če ugotovi, da obstaja razlog iz 403. člena ZFPPIPP (tretji odstavek 402. člena ZFPPIPP). Dolžnik ima zato lastno procesno upravičenje za vložitev predloga za odpust obveznosti, upravitelju pa je podeljeno procesno upravičenje za vložitev ugovora zaradi varovanja interesov upnikov. Ima torej procesno upravičenje, da v korist upnikov sodeluje v postopku odločanja sodišča o ugovoru proti odpustu obveznosti. Samo sodelovanje v postopku je lahko izraženo z aktivnim ravnanjem ali opustitvijo oziroma neizvedbo procesnega dejanja, ki ga ima na voljo (nevložitev ugovora proti odpustu obveznosti, neudeležbo na naroku za obravnavo ugovora oziroma nevložitev pritožbe zoper sklep o ugovoru). Tako aktivno kakor tudi opustitveno ravnanje upravitelja je lahko predmet preizkusa, ali je upravitelj ravnal z ustrezno strokovno skrbnostjo. To seveda pomeni, da vsake opustitve procesnih ravnanj ni mogoče vedno razlagati kot kršitev strokovne skrbnosti. Pravilna presoja je mogoča le ob upoštevanju vseh okoliščin konkretnega primera. Kršitev obveznosti vložitve ugovora je upravitelju mogoče utemeljeno očitati le, če so bile izkazane ovire za odpust obveznosti iz 399. člena ZFPPIPP. Tudi neudeležba upravitelja na naroku za obravnavo ugovora ima lahko za posledico domnevo umika ugovora (tretji odstavek 405. člena ZFPPIPP). Tudi takšno ravnanje je mogoče opredeliti kot skrbno, če je dolžnik v izjavi o ugovoru ponudil prepričljive argumente proti razlogom, na katerih temelji ugovor. Enako velja tudi glede nevložitve pritožbe zoper sklep o zavrnitvi ugovora.

Ko gre za pasivno ravnanje upravitelja, se ni treba spraševati, kdo lahko takšno ravnanje izvrši. Drugače pa je pri presoji aktivnih ravnanj, ki so dopuščena upravitelju. Ključen je odgovor na vprašanje, ali lahko upravitelj procesna pooblastila, ki so mu na voljo v postopku odpusta obveznosti, izvršuje le osebno, ali pa lahko ta pooblastila prenese na drugo osebo, da opravi procesno dejanje v njegovem imenu.

117. člen ZFPPIPP v prvem odstavku določa, da se za upravitelja imenuje fizična oseba. Iz drugega odstavka istega člena pa izhaja, da upravitelj lahko svoje pristojnosti opravlja tako prek pravnoorganizacijske oblike podjetnika, zasebnika ali

13 N. Plavšak, isto delo, stran 88.

gospodarske družbe. Iz te opredelitve ni mogoče sklepati, da bi bilo glede možnosti prenosa izvajanja pooblastil prek druge osebe dopustno razlikovanje upraviteljev glede na izbrano pravnoorganizacijsko obliko opravljanja nalog upravitelja. Položaj upravitelja ni prenosljiv s tem, da bi upravitelj svoje delo organiziral tako, da bi na drugo (fizično ali pravno) osebo prenesel opravljanje vseh svojih pooblastil v konkretnem insolvenčnem postopku. Položaj upravitelja je vezan na fizično osebo. Splošni prenos upravičenj, ki pripadajo upravitelju, je izrecno pridržan le sodišču v okviru postopka za razrešitev imenovanega upravitelja in imenovanje novega upravitelja (119. in 119. a člen ZFPPIPP).

Menim pa, da vezanost položaja upravitelja na fizično osebo ne izključuje možnosti, da upravitelj na drugo osebo prenese upravičenje za izvedbo posameznega procesnega dejanja, med drugim tudi glede udeležbe na naroku za obravnavo ugovora proti odpustu obveznosti.

Čeprav zakon opredeljuje upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti kot procesni organ sodišča, pa je v postopku odpusta obveznosti¹⁴ njegov položaj poseben. Gre za predlagalni postopek, ki teče na predlog dolžnika v osebnem stečaju in je usmerjen k odločitvi sodišča, ki naj bi posegla v materialnopravna razmerja dolžnika z upniki. V tem postopku je upnikom in upravitelju dano procesno upravičenje, da z ugovorom nasprotuje učinku, ki ga želi doseči dolžnik. V primeru vložitve ugovora ima upravitelj položaj, ki se prilega stranki oziroma nasprotnemu udeležencu v nepravdnem postopku. Tudi sodišče mora v tem položaju upravitelja obravnavati kot stranko postopka, in ne kot svojega izpolnitvenega pomočnika. V takem položaju je upravitelju kot stranki postopka treba priznati upravičenje, da v skladu s procesnimi pravili v postopku nastopa prek pooblaščenca. To velja tako glede udeležbe na naroku za obravnavo ugovora kakor tudi za vložitev pritožbe upravitelja zoper sklep o zavrnitvi upraviteljevega ugovora proti odpustu obveznosti.

Odgovoriti je treba še na izhodiščno vprašanje, na koga sme upravitelj ta pooblastila prenesti. Ali pri tem veljajo omejitve iz tretjega odstavka 87. člena ZPP glede zastopanja pred okrožnim, višjim in vrhovnim sodiščem?

V zbirki sodnih odločb je le sklep VSL Cst 432/2013 z dne 19. 11. 2013, v katerem se je sodišče opredelilo do tega vprašanja. Pa še v tej zadevi sodišče ni presojalo veljavnosti procesnih opravil, ki naj bi jih opravila pooblaščenka upravitelja na naroku za obravnavo ugovora proti odpustu obveznosti. Presoja se je nanašala na sklep o razrešitvi upravitelja, ker naj bi kršil svoje dolžnosti, ko je za udeležbo na naroku pooblastil osebo, ki je tudi upraviteljica. Zavzelo je naslednje stališče:

ZPP v 3. odstavku 87. člena določa, da je v postopku pred okrožnim, višjim in vrhovnim sodiščem pooblaščenec lahko samo odvetnik ali druga oseba, ki je opravila pravniški državni izpit. Namen tega določila je, da je v primeru, ko se stranka odloči za pooblaščenca, tudi kakovostno zastopana, torej da jo zastopa oseba, ki ima potrebno strokovno znanje ter bo najbolje in najučinkoviteje poskrbela za interese stranke. Insolvenčni postopek je poseben postopek, ki se bistveno razlikuje od pravnega postopka, upravitelj

¹⁴ Gre za podrejeni postopek v okviru postopka osebnega stečaja.

pa ni stranka postopka, temveč je organ postopka zaradi insolventnosti (1. odstavek 97. člena ZFPPIPP). V okviru njegovih pravic in dolžnosti je tudi vložitev ugovora proti odpustu obveznosti (402. in 403. člen ZFPPIPP). V postopku, v katerem se obravnava ugovor proti odpustu obveznosti, upravitelj ni zakoniti zastopnik stečajnega dolžnika, z vložitvijo takega ugovora pa upravitelj skrbi za interese upnikov, kar je njegova osnovna dolžnost (primerjaj 1. odstavek 97. člena ZFPPIPP). ZFPPIPP tako upravitelju ne le priznava, ampak direktno nalaga potrebno strokovno znanje, da kvalitetno zastopa interese upnikov. Glede na vsebino strokovnega izpita za opravljanje funkcije upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti in prisilne likvidacije ni dvoma, da upravitelj tako znanje mora imeti in da se to na izpitu tudi preizkusi. Iz tega pa izhaja, da je upravitelj s tem, ko je kot pooblaščenko za pristop na narok, ki se opravi v skladu z določili ZFPPIPP in poteka v okviru stečajnega postopka, izbral in določil pooblaščenko s potrebnim strokovnim znanjem za zastopanje interesov upnikov, ki je sposobna kvalitetno zastopati te interese. Za obravnavani primer torej smiselna uporaba pravil ZPP terja razlago, da sme upravitelj za zastopanje na naroku za obravnavo ugovora proti odpustu obveznosti pooblastiti drugega upravitelja (višje sodišče tu ponovno poudarja, da ne gre za postopek po ZPP, torej po vloženi tožbi, temveč gre za postopek po ZFPPIPP).

Iz navedene obrazložitve torej izhaja, da je pritožbeno sodišče (drugače kot sodišče prve stopnje) presodilo, da upraviteljeva pooblastitev druge osebe za njegovo zastopanje na naroku ni neveljavna.¹⁵ V argumentaciji je moteče poudarjanje, da upravitelj ni stranka, temveč organ postopka. Prav organu postopka ni mogoče pripisati upravičenja, da svoje pooblastilo za izvajanje dejanj iz svoje pristojnosti prenese na drugo osebo. Kot rečeno, je v tem pridruženem postopku upraviteljev položaj bližji nasprotnemu udeležencu v postopku. Ali je mogoče le s poudarjanjem posebnosti insolvenčnih postopkov izključiti omiljeni odvetniški monopol za zastopanje stranke pred okrožnim, višjim in vrhovnim sodiščem?¹⁶ V pravi lahko poleg odvetnika stranko pred okrožnim sodiščem zastopa tudi druga oseba, ki je opravila pravniški državni izpit. Ključna je torej kvalificiranost za zastopanje strank v postopku.¹⁷ V skladu s pravilom iz 6. točke drugega odstavka 108. člena ZFPPIPP morajo osebe, ki želijo pridobiti dovoljenje ministra, pristojnega za pravosodje, za opravljanje funkcije upravitelja, opraviti strokovni izpit. Oseba, ki tovrstni preizkus opravi in je na podlagi dovoljenja ministra uvrščena na seznam upraviteljev, je sicer kvalificirana za opravljanje dolžnosti upravitelja. Vendar nič več kot to. Tretji odstavek 87. člena ZPP določa povsem jasno formalno merilo za zastopanje pred okrožnim sodiščem. Tega formalnega merila ni mogoče zaobiti z utemeljitvijo strokovne usposobljenosti druge osebe.¹⁸ Ali je mogoče najti podlago za omilitev tega merila pri smiselni uporabi pravil ZPP v postopku odpusta obveznosti? Zakonodajalec ni brez razloga določil stvarne pristojnosti okrožnega sodišča

¹⁵ Iz obrazložitve sicer ni razvidno, ali je sodišče na naroku za obravnavo ugovora takšen način zastopanja upravitelja dopustilo.

¹⁶ Tretji odstavek 87. člena ZPP.

¹⁷ A. Galič in drugi avtorji, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, založba Uradni list in GV Založba, 1. knjiga, Ljubljana 2005, str. 372.

¹⁸ Na primer, univerzitetni profesor civilnega prava, ki ni opravil PDI, bi želel nastopati kot pooblaščenec stranke v pravi pred okrožnim sodiščem.

za vse postopke zaradi insolventnosti. Če bi želel v tem pridruženem postopku omiliti trdoto tretjega odstavka 87. člena ZPP, bi moral to izrecno urediti. Ni videti razumnega razloga, da bi možnost zastopanja prek osebe, ki je usposobljena za upravitelja, veljalo samo za upravitelja. Oseba, ki je usposobljena za upravitelja in nima opravljenega pravniškega državnega izpita (PDI), bi torej lahko sprejela pooblastilo za zastopanje upnikov kot vlagatelj ugovora ali celo dolžnika. Da je imel zakonodajalec takšen namen pri določitvi strokovnega preizkusa za pridobitev licence za opravljanje nalog upravitelja, iz zakona ne izhaja. Zato ni videti podlage za izključitev uporabe formalnega pogoja iz tretjega odstavka 87. člena ZPP, saj se določila tega zakona smiselno uporabljajo v insolvenčnih postopkih.

Ob tem velja opozoriti tudi na stališče sodne prakse, ki je bilo zavzeto v povezavi z razlago procesnih omejitev za zastopanje patentnih zastopnikov v postopkih pred sodišči po četrtem odstavku 131. člena ZIL-1 (sklep VSL I Cpg 248/2005 z dne 20. 10. 2005)? Zavzeto je bilo namreč stališče, da za zastopanje pred sodišči tudi za patentne zastopnike velja splošna omejitev iz tretjega odstavka 87. člena ZPP. Res je sicer, da se v pravnih postopkih v povezavi s pravicami po ZIL-1, pravila ZPP uporabljajo neposredno. Četrty odstavek 131. člena ZIL-1 tudi izrecno napotuje na splošne omejitve zastopanja po ZPP, kar pomeni, da je navedena sodna praksa upoštevala jasne procesne omejitve v zakonu. Pri obravnavanju omejitev za zastopanje v postopkih zaradi insolventnosti je položaj drugačen le v tem, da se pravila ZPP (le) smiselno uporabljajo v teh postopkih.

8. PRIZNAVANJE STROŠKOV V POSTOPKU OBRAVNAVANJA UGOVORA PROTI ODPUSTU OBVEZNOSTI

Postopek za odpust obveznosti stečajnega dolžnika je prirejen postopek v okviru postopka osebnega stečaja (drugi odstavek 397. člena ZFPPIPP), pogoj zanj je vložitev predloga dolžnika. Iz tega bi logično izhajalo sklepanje, da tudi za ta postopek velja splošna določba prvega odstavka 121. člena ZFPPIPP o smiselni uporabi pravil ZPP v insolvenčnih postopkih glede vprašanj, ki niso izrecno urejena v ZFPPIPP. V okviru skupnih določb iz 3. poglavja ZFPPIPP se na stroške postopka nanaša le 129. člen, ki določa, da mora vsak upnik sam pokrivati svoje stroške udeležbe v postopku zaradi insolventnosti. Smisel tega pravila je, da upniki ne morejo svojih stroškov, ki so jim nastali z udeležbo v postopku zaradi insolventnosti, preveliti v breme dolžnika in s tem posredno v breme drugih upnikov, saj bi se s tem zmanjševalo premoženjsko jamstvo za poplačilo dolžnikovih obveznosti. Oddelek 5.11 ZFPPIPP, v katerega so vnesene določbe o postopku osebnega stečaja, nima posebnih določb, ki bi se nanašale na pokrivanje nastalih stroškov v tem postopku. Kako smiselno uporabiti pravila ZPP o pravici do povračila stroškov postopka v postopku odpusta obveznosti?

Iz objavljenih odločb pritožbenega sodišča je sklepati, da se je vprašanje povrnitve stroškov odpiralo le v povezavi s stroški, nastalimi v ugovornem postopku, ne pa tudi glede morebitnega upravičenja dolžnika do povračila stroškov tega postopka, če je bil postopek končan brez ugovora. Dolžnik lahko pooblasti odvetnika za vložitev predloga in mu s tem nastanejo stroški. V ZFPPIPP ni najti podlage, da bi bilo za pokrivanje stroškov takšnega zastopanja dolžnika mogoče obremeniti stečajno

maso dolžnika. Kako je s stroški zastopanja dolžnika, ki mu je bilo zagotovljeno zastopanje na podlagi Zakona o brezplačni pravni pomoči?

Kakor rečeno, je v zbirki sodnih odločb nekaj judikatov, ki se nanašajo na povračila stroškov, ki so nastali zaradi vloženega ugovora proti odpustu obveznosti. Zavzeta stališča niso povsem enotna oziroma skladna. V dveh odločbah je zavzeto stališče, da je treba upoštevati **pravilo o uspehu** v ugovornem postopku.

V sklepu VSL Cst 453/2016 z dne 12. 7. 2016 je zavzeto stališče:

Dolžnikovi stroški v postopku z ugovorom proti odpustu obveznosti ne predstavljajo stroškov stečajnega postopka v smislu 354. in 355. člena ZFPPIPP. Določila o stroških stečajnega postopka se v postopku osebnega stečaja uporabljajo le smiselno (prvi odstavek 383. člena ZFPPIPP), ne gre pa za stroške, ki bi nastajali v zvezi s stečajno maso, temveč gre za stroške iz pridruženega postopka, za katerega veljajo drugačna pravila – pravila o uspehu dolžnika.

Da je treba pri presoji dolžnosti povrnitve stroškov ugovornega postopka upoštevati merilo uspeha, izhaja tudi iz sklepa VSL Cst 577/2018 z dne 21. 11. 2018:

Zakon upniku daje pravico do ugovora proti odpustu obveznosti, in s tem možnost, da si zagotovi vsaj delno poplačilo svoje terjatve, v kolikor je ugovor utemeljen. V kolikor njegov ugovor ni utemeljen, pa to pomeni, da je upnik stroške dolžnici povzročil neutemeljeno. V takšnem primeru je določba prvega odstavka 154. člena ZPP nedvomno smiselno uporabljiva.

Podobno stališče je zavzeto tudi v sklepu VSL Cst 467/2017 z dne 17. 8. 2017:

Ker ZFPPIPP izrecno stroškovnega položaja dolžnika v postopku odločanja o ugovoru proti odpustu obveznosti ne ureja, povedano drugače, povračilo stroškov tega postopka v matičnem ZFPPIPP ni urejeno drugače, se za dolžnika smiselno uporabljajo pravila zakona, ki ureja pravdni postopek (prvi odstavek 121. člena ZFPPIPP; glej tudi Cst 453/2016 z dne 12. 7. 2016 in argument v 14. točki sklepa Vrhovnega sodišča III Ips 22/2016 z dne 13. 6.2017), to pa je pravilo uspeha iz prvega odstavka 154. člena ZFPPIPP.

V navedenih zadevah je bil ugovor zavržen in se je zavzeto stališče pritožbenega sodišča nanašalo na obveznost vlagatelja ugovora za povrnitev stroškov stečajnega dolžnika, nastalih v ugovornem postopku.

Na primer uspelega ugovora proti odpustu obveznosti se nanaša sklep VSL Cst 593/2014 z dne 13. 1. 2015, v katerem je zavzeto naslednje stališče:

Sodišče prve stopnje je upniku P d. d. prisodilo stroške postopka ugovora proti odpustu obveznosti, čeprav ZFPPIPP v 129. členu določa, da vsak upnik sam krije svoje stroške udeležbe v postopku zaradi insolventnosti. V tem delu je pritožbi ugodilo in izpodbijani sklep spremenilo, kot izhaja iz izreka (3. točka 365. člena Zakona o pravdnem postopku – ZPP v zvezi s prvim odstavkom 121. člena ZFPPIPP).

Stališče, ki govori **proti upoštevanju načela uspeha** v postopku, je bilo zavzeto v sklepu VSL Cst 523/2015 z dne 9. 9. 2015:

Načelo uspeha (154. člen ZPP) pri odločanju o stroških ugovornega postopka zoper odpust obveznosti ni smiselno uporabljivo in tudi ne primerno. Takšna razlaga, po kateri so upniki v primeru neuspeha z ugovorom dolžni povrniti dolžniku stroške, svoje pa v primeru uspeha nosijo sami, pomeni kršitev načela enakosti pred zakonom. Zakon (354. in 355. člen ZFPPIPP) določa, da stroški stečajnega dolžnika v postopkih zaradi insolventnosti bremenijo stečajno maso.

V že citiranem sklepu Cst 577/2018 je bilo zavzeto tudi stališče, da uporaba načela uspeha ne pomeni kršitve načela enakosti pred zakonom, ker upnik in dolžnica, ki je v osebnem stečaju, nista v enakem položaju. Argumentu o neenakih položajih dolžnika in upnikov bi bilo sicer mogoče pritrditi, a kljub temu menim, da obstajajo močnejši razlogi proti uporabi merila uspeha v postopku kot merila za povračilo stroškov ugovornega postopka. Do kakšnega izida bi pripeljala uporaba tega merila? Vzemimo najprej primer zavrnitve ugovora upnika, kar naj bi pomenilo uspeh dolžnika v postopku. Če sodišče upniku naloži povrnitev dolžnikovih stroškov, lahko vlagatelj ugovora tako prisojeno obveznost nakaže le v stečajno maso dolžnika. V 389. členu ZFPPIPP, ki vsebuje posebna pravila o stečajni masi v osebnem stečaju, ni najti podlage za izvzetje takšnega prihodka iz stečajne mase. To bi pomenilo, da bi upnik, ki ni uspel z ugovorom (ki je bil vložen v korist vseh upnikov), moral plačati prisojeni znesek v korist vseh upnikov. Še bolj nelogičen bi bil izid v primeru neuspelega ugovora, ki ga je vložil upravitelj (kot organ postopka). Če bi upoštevali merilo uspeha v postopku, bi lahko tako prisojeno obveznost v korist dolžnika upravitelj plačal le iz stečajne mase in tudi v korist stečajne mase istega dolžnika.

Zato vidim izhod iz zagate v drugačnem izhodišču pri obravnavanju postopka odpusta obveznosti. Čeprav postopek zaradi odpusta obveznosti poteka hkrati s postopkom osebnega stečaja, se oba postopka v bistvenem razlikujeta.

Stečajni postopek se pogosto opredeljuje kot splošna izvršba. To je razvidno tudi iz opredeljenega namena postopka osebnega stečaja v prvem odstavku 382. člena ZFPPIPP.

Vrsta in namen postopka odpusta obveznosti sta drugačna. Namen instituta odpusta obveznosti je poštenemu in vestnemu stečajnemu dolžniku omogočiti, da preneha tisti del obveznosti, ki jih ni zmožen izpolniti iz premoženja, ki ga ima ob začetku postopka osebnega stečaja in ki ga lahko pridobi do poteka preizkusnega obdobja (prvi odstavek 399. člena ZFPPIPP). Ta postopek je najbližji nepravdnim postopkom, ki jih je doslej urejal Zakon o nepravdnem postopku (Uradni list SRS 30/86, v nadaljevanju ZNP), od 15. aprila 2019 dalje pa jih ureja novi Zakon o nepravdnem postopku (Uradni list RS, št. 16/19, v nadaljevanju ZNP-1). Cilj tega postopka je preureditev premoženjskih razmerij med dolžnikom in upniki v korist dolžnika.

Merilo uspeha v postopku kot temeljno merilo za porazdelitev stroškov pravnega postopka (prvi odstavek 154. člena ZPP) temelji na značilnosti pravde. Gre za spor med dvema pravnima strankama (1. člen ZPP), v katerem naj bi ena stranka zmagala. V postopku odpusta obveznosti ne gre za spor med dolžnikom in upniki. To sicer ne pomeni, da v tem postopku udeleženci nimajo različnih (nasprotujočih) interesov. Tudi v nepravdnem postopku določitve meje imajo udeleženci postopka nasprotujoče interese. Sodišče v postopku odpusta obveznosti sprejme odločitev na podlagi presoje, ali so izpolnjeni zakonski pogoji za nastanek takšnih materialnopravnih posledic v razmerju med dolžnikom in upniki, ki imajo do njega nepoplačane terjatve. Ne gre torej za odločitev v sporu, zato na podlagi prvega odstavka 121. člena ZFPPIPP glede porazdelitve stroškov ni mogoče smiselno uporabiti merila uspeha po prvem odstavku 154. člena ZPP. Menim, da bi moralo sodišče v tem primeru postopati po drugem odstavku 3. člena Zakona o sodiščih in poiskati pravno pravilo v predpisu, ki ureja podobne primere. Glede na omenjene značilnosti postopka, ki je najbližje nepravdnim postopkom, je najbližje pravilo iz prvega¹⁹ in tretjega²⁰ odstavka 35. člena ZNP oziroma enaki določbi prvega in tretjega odstavka 40. člena ZNP-1. Nedvomno je postopek odpusta obveznosti voden izključno v korist dolžnika. Ob upoštevanju 129. člena ZFPPIPP, ki upnikom nalaga breme lastnih stroškov udeležbe v postopku, teh stroškov ne morejo preveliti v breme dolžnika. Glede na tretji odstavek 35. člena ZNP (oziroma 40. člena ZNP-1) pa tudi dolžnik svojih stroškov ne more preveliti na druge udeležence postopka. To nakazuje na temeljno pravilo, da v postopku odpusta obveznosti dolžnik in upniki nosijo breme svojih stroškov postopka. Izjema so lahko le stroški, nastali po krivdi posamezne stranke. V tem delu gre za uveljavljeno pravilo iz prvega odstavka 156. člena ZPP in primerljivo določbo petega odstavka 35. člena ZNP oziroma petega odstavka 40. člena ZNP-1.

Smiselno je dodati še naslednji sklep. Zgoraj citirana sodna praksa se nanaša na stroške ugovornega postopka v postopku odpusta obveznosti. Tega ugovornega postopka pa ni mogoče obravnavati kot ločeni postopek, za katerega naj bi posebej veljalo merilo uspeha kot merilo za porazdelitev stroškov postopka. Ugovor zakon predvideva kot pravno sredstvo, ki je na voljo upnikom in upravitelju in prek katerega se preizkuša obstoj zakonskih pogojev za doseg temeljnega cilja postopka – odpusta obveznosti dolžnika. Zato ni videti podlage za uporabo merila uspeha (le) v povezavi s stroški, nastalimi v zvezi s tem pravnim sredstvom. Hkrati pa v primeru neuspelega ugovora teh stroškov ne bi smeli obravnavati po krivdnem načelu (peti odstavek 35. člena ZNP), saj gre za zakonsko predvideno pravno sredstvo v teh postopkih, zato mora dolžnik nastanek takšnih stroškov pričakovati. Za upoštevanje krivdnega načela za porazdelitev stroškov morajo biti podane dodatne okoliščine, ki kažejo na zlorabo tega pravnega sredstva.

Ob upoštevanju navedenega izhodišča, da v postopku odpusta obveznosti ni mogoče uporabiti merila uspeha v postopku kot merilo za porazdelitev stroškov postopka, tudi v primeru, ko je dolžniku zagotovljen vir pokrivanja stroškov na podlagi določb Zakona o brezplačni pravni pomoči (Uradni list RS, št. 48/01 s spremembami, v nadaljevanju ZBPP), tudi ni potrebe, da bi sodišče uporabilo

¹⁹ Vsak udeleženec krije svoje stroške, razen če zakon ne določa drugače.

²⁰ Če je nepravdni postopek izveden izključno v interesu nekaterih udeležencev, krijejo stroške ti udeleženci.

določbo tretjega odstavka 46. člena ZBPP o povračilu teh stroškov neposredno v korist proračuna RS.

9. SKLEPNE UGOTOVITVE

Pogosto spreminjanje zakonskih določb, ki urejajo postopek osebnega stečaja, je izziv sodni praksi, da odgovarja na nova vprašanja v zvezi z vsakokratnimi življenjskimi primeri. Na marsikatero vprašanje sodna praksa še ni odgovorila, čeprav se zdi, da so bila aktualna vse od zakonske ureditve tega postopka. Tudi kadar skuša zakonodajalec posamezna vprašanja urediti v drugem zakonu (na primer 83. člen DZ), je treba te rešitve umestiti v sistemski okvir matičnega zakona (ZFPPIPP). Kljub pravilu iz prvega odstavka 121. člena ZFPPIPP o smiselni uporabi določb ZPP pa značilnosti posameznega postopka včasih pripeljejo do uporabe drugačnih pravil, ki jih je treba uporabiti v okoliščinah konkretnega primera.

SEZNAM LITERATURE:

- Mateja Levstek in Maja Lajevec, Skupno premoženje zakoncev v postopku osebnega stečaja, Odvetnik št. 1/2019, str. 13–18.
- dr. Nina. Plavšak, ZFPPIPP, Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, 2008.
- dr. Aleš Galič in drugi avtorji, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, Založba Uradni list in GV Založba, 1. knjiga, Ljubljana 2005.
- dr. Damjan Orož, **Skupne in posebne obveznosti zakoncev ter njihovo uveljavljanje v izvršilnih in stečajnih postopkih**, zbornik Sodobno stvarno pravo, izbrana poglavja, 2. del, GV Založba, 2017.

POMEMBNEJŠE ODLOČBE VRHOVNEGA SODIŠČA RS S PODROČJA INSOLVENČNEGA PRAVA (APRIL 2018–MAREC 2019)

Maja Ramšak, mag. prav., višja pravosodna svetovalka pri Vrhovnem sodišču RS

1. VZAJEMNO NEIZPOLNJENE DVOSTRANSKE POGODBE

Vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba je dvostranska pogodba, ki je bila sklenjena pred začetkom postopka zaradi insolventnosti in pri kateri do začetka postopka zaradi insolventnosti niti insolventni dolжник niti nasprotna pogodbeni stranka nista izpolnila svoje obveznosti glede izpolnitvenega ravnanja na podlagi te pogodbe ali nobeden od njiju teh obveznosti ni izpolnil v celoti.¹ Za medsebojne terjatve na podlagi vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe velja, da zanje ne nastanejo pravne posledice začetka stečajnega postopka² (tudi ne pobot terjatev na podlagi 261. člena ZFPPIPP), izpolnjujejo pa se po pravilih, ki veljajo za plačilo stroškov stečajnega postopka, kar pomeni, da upniku terjatve ni treba prijaviti v stečajni postopek.³ Bistvo posebne ureditve je v tem, da lahko stečajni upravitelj presodi, ali bo vztrajal pri izpolnitvi pogodbe ali pa bo od nje odstopil na podlagi 267. člena ZFPPIPP.

V zadevi **III lps 90/2016**, ki jo je Vrhovno sodišče RS (v nadaljevanju: vrhovno sodišče) obravnavalo **24. 4. 2018**, sta bili pravdni stranki pogodbenika več kupoprodajnih pogodb, tožnik kot kupec in toženec kot prodajalec. Are po pogodbah so bile poravnane s kompenzacijo terjatve tožnika do toženca iz sklenjene posojilne pogodbe. Po tako poravnanih arah se je nad obema strankama začel stečajni postopek; preostanek kupnine dotlej ni bil plačan, nepremičnine, ki so bile predmet pogodb, pa ne izročene.

Tožnik je od pogodbe odstopil ob sklicevanju na določbe 106. člena Obligacijskega zakonika (OZ)⁴ (odstop od pogodbe) in od toženca na podlagi 111. člena OZ (učinki razvezane pogodbe) zahteval vračilo danih ar. To svojo terjatev je prijavil v stečajnem postopku nad tožencem pod pogojem, da ne bo plačan v skladu s pravili o plačilu stroškov stečajnega postopka.

Sodišči prve in druge stopnje sta zahtevku za vračilo danih ar ugodili in se pri tem sklicevali na določbe OZ. Presodili sta sicer, da gre v primeru konkretnih kupoprodajnih pogodb za vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, ki so ostale veljavno sklenjene kljub začetima stečajnima postopkoma nad obema pravnima

1 Drugi odstavek 24. člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (Uradni list RS, št. 13/14 – UPB, 10/15 – popr., 27/16, 31/16 – odl. US, 38/16 – odl. US, 63/16 – ZD-C in 54/18 – odl. US; v nadaljevanju ZFPPIPP).

2 Prvi odstavek 265. člena ZFPPIPP.

3 Drugi in tretji odstavek 265. člena ZFPPIPP.

4 Uradni list RS, št. 97/07 – UPB, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631; v nadaljevanju OZ.

strankama. Glede na zatrjevanja tožnika pa sta zadevo presojali na podlagi določb OZ in ugodili zahtevku, ki naj bo plačan po pravilih stečajnega postopka.

Vrhovno sodišče je ob presoji zadeve ugotovilo, da nobena od strank od pogodbe ni odstopila na podlagi določb ZFPPIPP, čeprav je bil nad obema začet stečajni postopek. Presojalo je veljavnost sklenjenih pogodb. Te so bile sklenjene s tem, da so bile are dane s kompenzacijo obveznosti iz neke druge medsebojne pogodbe. Presodilo je, da dejstvo, da je ara izpolnjena s kompenzacijo, ne vpliva na veljavnost sklenjenih pogodb. Ara je namreč realni kontrakt, kar pomeni, da mora biti obveznost plačila dejansko izpolnjena (npr. obljuba ne zadostuje), ni pa bistven način izpolnitve. S kompenzacijo je tako obveznost plačila are prenehala in je bila obveznost izpolnjena.

Z odstopom od pogodb je bil tožnik upravičen zahtevati nazaj, kar je dal; obveznost, ki je bila kompenzirana zaradi plačila ar, je torej oživela. Ker je oživela po začetem stečajnem postopku, je vrhovno sodišče presodilo, da mora biti poravnana po pravilih, ki veljajo za plačilo stroškov stečajnega postopka (šlo je namreč za obveznost, izvirajočo iz vzajemno neizpolnjene pogodbe). Vrhovno sodišče je tako do enakega sklepa, kot ga predvidevajo določbe ZFPPIPP, prišlo ob uporabi določb OZ, na katere se je v dotedanjem postopku skliceval tožnik.

2. ZUNAJSDNA PRODAJA

Premoženje, ki je predmet ločitvene pravice oziroma denarno dobroimetje, doseženo z unovčenjem tega premoženja, je posebna stečajna masa.⁵ Posebna razdelitvena masa pa je to premoženje, zmanjšano za stroške, povezane z unovčenjem.⁶ ZFPPIPP v četrtem odstavku 226. člena navaja s tem povezane stroške (npr. stroški ocene vrednosti tega premoženja, davki in druge dajatve ob prodaji, nadomestilo upravitelju itd.). V 282. členu pa ZFPPIPP določa, da imetnik ločitvene pravice (zastavni upnik) po začetku stečajnega postopka obdrži pravico zunajsodne prodaje (če jo je imel že pred tem), ki jo splošno ureja Stvarnopravni zakonik (SPZ)⁷ v 167. členu. Ta določa, da zastavni upnik (tj. imetnik ločitvene pravice) iz izkupička prodaje poplača svojo celotno terjatev skupaj z obrestmi in stroški, morebitni presežek pa mora izročiti zastavitelju.⁸

V zadevi **III Ips 113/2016**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **24. 4. 2018**, je tožnik pri tožencu zastavil delnice. Nad tožnikom se je nato začel stečajni postopek, v katerem je bila priznana terjatev toženca, zavarovana z zastavo delnic. Toženec je zunajsodno uveljavljal svojo ločitveno pravico in je v zavarovanje dane delnice prodal ter se iz izkupička (po odštetju stroškov, povezanih z unovčenjem) poplačal, preostanek pa vrnil tožniku. Ta je nato sodno zahteval plačilo višje razlike med prejetu kupnino in višino dolga, saj po prepričanju tožnika tožencu ne bi smeli biti priznani stroški prodaje vrednostnih papirjev v prodajnem konzorciju. Toženec je upravičenost teh stroškov utemeljeval na podlagi določila 167. člena SPZ.

⁵ Drugi odstavek 225. člena ZFPPIPP.

⁶ Tretji odstavek 226. člena ZFPPIPP.

⁷ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13; v nadaljevanju SPZ.

⁸ Drugi odstavek 167. člena SPZ.

Sodišče prve stopnje je spor med strankama presojalo na podlagi določb 226. člena ZFPPIPP. Presodilo je, da stroški prodaje delnic v prodajnem konzorciju s pomočjo svetovalca ne pomenijo nujnega in neposrednega stroška, povezanega z unovčenjem stečajne mase (četrti odstavek 226. člena ZFPPIPP). Sodišče druge stopnje pa je toženčevo prodajo presojalo na podlagi 167. člena SPZ in zavzelo stališče, da mora upnik pri zunajsodni prodaji ravnati s skrbnostjo dobrega gospodarstvenika, česar pa tožencu ni uspelo dokazati, saj ni izkazal, da so bili sporni stroški prodaje upravičeni.

Vrhovno sodišče je pritrdilo stališču pritožbenega sodišča, da si mora ločitveni upnik pri zunajsodni prodaji premoženja v skladu z določbami 167. člena SPZ prizadevati za najugodnejše unovčenje stečajne mase, pri čemer je bistveno vprašanje skrbnosti: kako bi ravnal povprečen, razumen ločitveni upnik pri prodaji predmeta ločitvene pravice. Vrhovno sodišče je pri tej presoji upoštevalo tudi (in predvsem) okoliščino, da se je toženec poklicno ukvarjal s prodajo delnic.

Zavzelo je stališče, da je ključna pričakovana višina kupnine oziroma pričakovana razlika v korist stečajnega dolžnika oziroma tožnika. Toženec bi moral zato trditi, da je kljub visokim stroškom prodaje delnic v prodajnem konzorciju s pomočjo svetovalca dosegel višjo kupnino oziroma višji presežek v korist stečajnega dolžnika, kot bi ga dosegel pri prodaji delnic na drug način, ki sicer vključuje nižje s tem povezane stroške. Drži sicer, da prodaja v konzorciju praviloma pomeni višjo kupnino, vendar pa je treba upoštevati tudi stroške, ki so pri prodaji v konzorciju praviloma višji.

Najugodnejše unovčenje posebne stečajne mase z zunajsodno prodajo po stališču vrhovnega sodišča tako ne pomeni le najvišje dosežene kupnine, temveč hkrati tudi najnižje stroške takšne prodaje.

3. FIKCIJA UMIKA DAJATVENEGA ZAHTEVKA

Ena od posledic začetega stečajnega postopka je tudi, da se zaradi nastopa pravnih posledic prekine pravdni postopek.⁹ Razlog za prekinitve preneha z objavo sklepa o preizkusu terjatev.¹⁰ Upnik, čigar terjatev, uveljavljana v pravdi, je prerekana, mora nato v enem mesecu po objavi predlagati nadaljevanje prekinjenega pravnega postopka, pri tem pa velja, da upnikov predlog vsebuje tudi izjavo upnika o umiku dajatvenega dela tožbenega zahtevka tako, da uveljavlja samo še zahtevek za ugotovitev obstoja terjatve.¹¹ Takšna ureditev je v skladu z načelom koncentracije iz 227. člena ZFPPIPP, po katerem lahko upnik svoj zahtevek za izpolnitev obveznosti, ki je nastala do začetka stečajnega postopka, v razmerju do stečajnega dolžnika uveljavlja samo v stečajnem postopku proti temu dolžniku in v skladu s pravili tega postopka, če v zakonu za posamezni primer ni drugače določeno.

9 Četrta alineja prvega odstavka 205. člena Zakona o pravnem postopku (Ur. l. RS, št. 73/07 – UPB, 45/08 – ZARbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17 in 16/19 – ZNP-1; v nadaljevanju ZPP).

10 Drugi odstavek 301. člena ZFPPIPP.

11 Tretji in četrti odstavek 301. člena ZFPPIPP.

V zadevi **III Ips 27/2017**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **24. 4. 2018**, je tožnik od toženca zahteval plačilo za opravljene storitve projektiranja. Postopek se je začel kot izvršba na podlagi verodostojne listine. Po ugovoru dolžnika oziroma toženca je sodišče prve stopnje sklep o izvršbi v dajatvenem delu razveljavilo in zahtevek za plačilo zavrnilo. Po takšni odločitvi sodišča je bil nad tožencem začet stečajni postopek, zato je bil pravdni postopek prekinjen. Tožnik je v stečajnem postopku nad tožencem prijavil svojo terjatev, ki jo je stečajni upravitelj prerekal. Tožnik je vložil pritožbo zoper sklep sodišča prve stopnje in predlagal nadaljevanje prekinjenega postopka. Sodišče druge stopnje je njegovi pritožbi ugodilo tako, da je obdržalo v veljavi sklep o izvršbi zoper toženca v dajatvenem delu.

V zadevi je vrhovno sodišče s sklepom III DoR 9/2017 z dne 24. 2. 2017 dopustilo revizijo glede vprašanja, ali je sodišče druge stopnje kršilo določbo četrtega odstavka 301. člena ZFPPIPP, ko je kljub začetemu stečajnemu postopku nad tožencem obdržalo v veljavi sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine v dajatvenem delu.

Kakor že rečeno v uvodu, v nadaljevanju pravnega postopka, prekinjenega zaradi nastopa pravnih posledic začetka stečajnega postopka, na podlagi četrtega odstavka 301. člena ZFPPIPP velja fikcija, da je stranka dajatveni zahtevek umaknila tako, da uveljavlja samo še ugotovitvenega. Pri tem je odločanje o veljavnosti sklepa o izvršbi v njegovem dajatvenem delu izenačeno z odločanjem o utemeljenosti dajatvenega tožbenega zahtevka po tožbi. Ker v konkretni zadevi sodišče druge stopnje tega ni upoštevalo in je ugodilo dajatvenemu zahtevku namesto ugotovitvenemu, je kršilo omenjeno določbo ZFPPIPP, prav tako pa tudi 2. člen ZPP, ki sodišču nalaga odločanje v mejah postavljenih zahtevkov.

4. SOLIDARNO POROŠTVO

Prvi odstavek 296. člena ZFPPIPP določa, da morajo upniki v stečajnem postopku prijaviti vse svoje terjatve do stečajnega dolžnika, ki so nastale do začetka stečajnega postopka, razen tistih, za katere zakon določa, da se ne prijavijo. To pomeni, da je za prijavo terjatve bistveno, da na dolžniški strani nastopa stečajni dolžnik, različne situacije pa ureja 296. člen ZFPPIPP v nadaljevanju svojih določb. V zadevi **III Ips 47/2017**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **24. 4. 2018**, je upnik (toženec) v stečajnem postopku prijavil terjatev do stečajnega dolžnika kot solidarnega poroka in zastavitelja (nepremičnine) za obveznosti glavnega dolžnika (nastopal je torej v vlogi solidarnega sodolžnika). Glavni dolžnik je obveznosti po kreditnih pogodbah redno poravnaval, terjatev v neplačanem delu pa še ni zapadla v plačilo. Drugi upnik (tožnik) je v stečajnem postopku prerekal prijavljeno terjatev in ločitveno pravico, ki jo je v stečajnem postopku prijavil toženec. Sodišče je drugega upnika, ki je prijavljeno terjatev upnika prerekal, napotilo na pravdo za ugotovitev neobstoja ločitvene pravice in terjatve.¹²

Glede na okoliščine konkretnega primera, ko so bili za izpolnitev upnikove terjatve poleg stečajnega dolžnika odgovorni tudi drugi solidarni sodolžniki, je sodišče prve stopnje presodilo, da je upnik v skladu s tretjim odstavkom 296. člena ZFPPIPP

¹² Drugi odstavek 308. člena ZFPPIPP.

celotni znesek terjatve (dokler ta ni v celoti plačan) pravilno prijavil pod razveznim pogojem, ki se uresniči, če upnikovo terjatev plača solidarni sodolžnik oziroma glavni dolžnik. Sodišče druge stopnje je takšno odločitev potrdilo in se oprlo na določbo tretjega odstavka 1019. člena OZ o solidarnem poroštvu, ki se pri gospodarskih pogodbah domneva.¹³

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da je bilo za obveznost izpolnitve upnikove terjatve odgovornih več solidarnih sodolžnikov; bistvo takšne zaveze pa je prav v tem, da lahko upnik izbira, od koga bo terjal, saj je položaj poroka izenačen s položajem glavnega dolžnika. Položaj upnika glede prijave tovrstne terjatve v stečajnem postopku nad solidarnim sodolžnikom pa je izrecno urejen v tretjem odstavku 296. člena ZFPPIPP in je bila terjatev v stečajnem postopku pravilno prijavljena pod razveznim pogojem. Po stališču vrhovnega sodišča pa opredelitve razveznega pogoja ni mogoče razlagati kot formalne predpostavke za popolnost prijave terjatve, temveč morajo biti podane vsaj zadostne trditve o okoliščinah, ki ga pojasnjujejo oziroma opredeljujejo in ki jih mora pozneje v postopku v fazi razdelitve stečajne mase upoštevati stečajno sodišče.

5. NEDENARNE TERJATVE

Terjatev je v prvem odstavku 20. člena ZFPPIPP opredeljena kot pravica upnika od dolžnika zahtevati, da opravi izpolnitveno ravnanje, katerega predmet je dajatev, storitev, opustitev ali dopustitev. Nedenarna terjatev pa je opredeljena kot terjatev upnika, da od dolžnika zahteva izpolnitev nedenarne dajatve ali izvedbo storitve.¹⁴ To pomeni, da začetek stečajnega postopka glede na izpolnitveno ravnanje vpliva na vse denarne terjatve ter na nedenarne dajatvene in nedenarne storitvene terjatve. Zakonsko opredelitev terjatve je treba dopolniti tudi s tem, da pravne posledice stečajnega postopka veljajo le za terjatve, ki neposredno vplivajo na obseg stečajne mase.¹⁵ Za nedenarne terjatve prvi odstavek 253. člen ZFPPIPP določa, da se z začetkom stečajnega postopka pretvorijo v denarne terjatve po tržni vrednosti ob začetku stečajnega postopka.

V zadevi **II Ips 212/2018**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **22. 11. 2018**, so bili tožniki etažni lastniki stavbe, toženec pa investitor in izvajalec gradnje stanovanjsko-poslovnega objekta v neposredni bližini stavbe tožnikov. Ti so od toženca v delu, bistvenem za odločitev o reviziji, zahtevali statično sanacijo njihovega objekta, saj je bilo ugotovljeno, da je škoda na stavbi tožnikov (razpoke, posedanje) nastala tudi zaradi strokovnih napak toženca. Po vložitvi tožbe se je nad tožencem začel stečajni postopek.

Sodišči prve in druge stopnje sta presodili, da je terjatev tožnikov nedenarna (storitvena) terjatev po 20. členu ZFPPIPP in da se je z dnem začetka stečajnega postopka pretvorila v denarno terjatev, kot to določa 253. člen ZFPPIPP. Tožniki svoje nedenarne terjatve v obliki zahteve za izvedbo storitev statične sanacije objekta niso prilagodili tej zahtevi kljub opozorilu sodišča in nasprotni stranke, terjatve pa tudi niso prijavili v stečajnem postopku.

¹³ Četrti odstavek 1019. člena OZ.

¹⁴ Drugi odstavek 20. člena ZFPPIPP.

¹⁵ BALAŽIČ, Vladimir. Stečaj – aktualna vprašanja. *Odvetnik*, 2013, št. 60, str. 24.

Vrhovno sodišče je v svoji odločitvi poudarilo, da začetek stečajnega postopka vpliva na vse denarne terjatve, nedenarne terjatve pa so v ZFPPIPP urejene ožje kot v OZ (OZ pozna poleg nedenarnih dajatvenih in storitvenih tudi nedenarne opustitvene in dopustitvene terjatve). Tožniki so od toženca zahtevali izvedbo sanacije objekta, kar pomeni, da je bil predmet pravovarstvenega zahtevka nedenarna storitvena terjatev, ki glede na njeno vsebino nedvomno neposredno vpliva na obseg stečajne mase, zato je glede na vsebino pravice utemeljena uporaba posebnih pravil ZFPPIPP, in ne splošnih pravil OZ.

V skladu z določbo prvega odstavka 253. člena ZFPPIPP med takšne terjatve, pri katerih pride do pretvorbe in s tem do materialnopravnih posledic vsebine pravice, spadajo tudi nedenarne storitvene in dajatvene terjatve upnikov do stečajnega dolžnika, za katere ZFPPIPP izrecno določa, da se z dnem začetka stečajnega postopka pretvorijo v denarne terjatve po tržni vrednosti ob začetku stečajnega postopka. Smisel takšne določbe je v spoštovanju načel stečajnega postopka, kar se zagotovi s tem, da se na dan stečajnega postopka upoštevajo vse dolžnikove obveznosti in s tem ugotovi višina teh terjatev na dan začetka stečajnega postopka. Tožniki bi torej morali ravnati v skladu s prvim odstavkom 296. člena ZFPPIPP ter svojo terjatev pretvoriti v denarno in jo prijaviti v stečajnem postopku. Ker niso ravnali tako, je njihova terjatev na podlagi petega odstavka 296. člena ZFPPIPP prenehala in sta sodišči nižjih stopenj pravilno zavrnila njihov zahtevek.

6. ACTIO PAULIANA

Izpodbijanje pravnih dejanj dolžnika je institut, ki ga urejata OZ in ZFPPIPP. Da veljajo pravila po ZFPPIPP, mora biti dejanje, ki naj se izpodbija, storjeno v določenem obdobju pred uvedbo stečajnega postopka do njegovega začetka, prav tako pa se ustrezne določbe ZFPPIPP uporabljajo za postopke, začete po splošnih določbah OZ, če se pozneje nad dolžnikom začne stečajni postopek.¹⁶

V zadevi **II Ips 87/2017**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **29. 11. 2018**, je tožnica (upnica) tožila dve toženki. Prva je bila darovalka, ki je z darilno pogodbo določeno premoženje namenila drugi (obdarjenki), zaradi česar naj bi bila tožnica oškodovana, zato je to darilno pogodbo izpodbijala na podlagi splošnih določb OZ oziroma je v delu, bistvenem za odločanje o reviziji, zoper drugo toženko podala zahtevek za izpodbijanje pravnih dejanj prve toženke. Med tem postopkom se je nad prvo toženko, darovalko, začel postopek osebnega stečaja.

Sodišči prve in druge stopnje sta presodila, da upniku, ki je pred začetkom stečajnega postopka vložil tožbo zaradi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj (paulijansko tožbo) po OZ in so bila izpodbijana dejanja storjena zunaj obdobja izpodbojnosti po ZFPPIPP, po začetku stečajnega postopka ni treba uveljavljati teh zahtevkov za račun stečajnega dolžnika in v korist stečajne mase.

Vrhovno sodišče je pri svoji presoji upoštevalo jasno določbo drugega odstavka 270. člena ZFPPIPP, ki določa, da če je upnik pred začetkom stečajnega postopka vložil tožbo, s katero je uveljavljal zahteve na podlagi izpodbijanja dolžnikovih pravnih dejanj po splošnih pravilih obligacijskega prava, lahko po

¹⁶ Drugi odstavek 270. člena ZFPPIPP.

začetku stečajnega postopka te zahtevke uveljavlja samo še za račun stečajnega dolžnika. Obdobje izpodbojnosti, kot ga določa ZFPPIPP v 269. členu, namreč velja le za izpodbijanje pravnih dejanj stečajnega dolžnika, in ne vpliva na pred tem uveljavljane zahtevke, ki jih je po začetku stečajnega postopka mogoče uveljavljati le še za račun stečajnega dolžnika in v korist stečajne mase. Bistvo takšne ureditve je v temeljnem načelu stečajnega postopka, to je načelu enakega obravnavanja upnikov.

Ker sta sodišči nižjih stopenj zmotno uporabili materialno pravo, je vrhovno sodišče njuni odločitvi razveljavilo in zadevo vrnilo sodišču prve stopnje v novo sojenje z napotkom, naj se tožnici omogoči ustrezna sprememba tožbenega zahtevka, za katero po določbi drugega odstavka 270. člena ZFPPIPP soglasje tožene stranke ni potrebno.

7. UČINEK ZAČETKA (POENOSTAVLJENE) PRISILNE PORAVNAVE NA STRANSKE TERJATVE

Zadevo **III Ips 72/2018** je vrhovno sodišče obravnavalo **11. 12. 2018** na podlagi zahteve za varstvo zakonitosti, katere bistvo je mogoče strniti v vprašanje, ali potrjena poenostavljena prisilna poravnava učinkuje tudi za stranske terjatve (obresti in stroške postopka), čeprav te niso vsebovane v skupnem znesku terjatve, navedenem v posodobljenem seznamu terjatev.

V tej zadevi je bil nad dolžnikom začel postopek poenostavljene prisilne poravnave. Pravnomočni sklep o njeni potrditvi je določal, da se terjatve upnikov poplačajo v deležu 50 % v štirih letih in se od začetka postopka poenostavljene prisilne poravnave do poteka roka za njihovo plačilo ne obrestujejo.

Upnik je po tako potrjenem začetku postopka zaradi insolventnosti nad dolžnikom začel postopek izvršbe. Sodišče prve stopnje je izdalo sklep o izvršbi, ki je bil po ugovoru dolžnika razveljavljen, upnikov predlog za izvršbo pa zavrnjen. Izvršba se je sicer nanašala na terjatev, ki je bila s pravnomočno sodbo prisojena po začetku postopka zaradi insolventnosti, nastala pa je pred tem in je bila vključena v posodobljeni seznam terjatev. Sodišče druge stopnje je takšno odločitev potrdilo, spremenilo je le del zavrnjenega zahtevka glede zakonskih zamudnih obresti. V tem delu je dopustilo izterjavo zakonskih zamudnih obresti in v zvezi s tem zavzelo stališče, da postopek poenostavljene prisilne poravnave vpliva tudi na terjatev iz sodbe, vendar le v obsegu, vključenem v posodobljeni seznam terjatev (torej glede glavnice, ne pa tudi glede stranskih terjatev).

Vrhovno sodišče se je pri presoji v uvodu opredeljenega vprašanja oprlo na določbe 221. b člena ZFPPIPP, ki so temeljno pravilo zamejitve postopka poenostavljene prisilne poravnave. Oprlo se je predvsem na četrty odstavek 221. b člena ZFPPIPP, ki določa, da se v postopku poenostavljene prisilne poravnave smiselno uporabljajo določila tega zakona o pravnih učinkih potrjene prisilne poravnave (212. do 218. člen) tako, da poenostavljena prisilna poravnava učinkuje samo za terjatve, navedene v posodobljenem seznamu terjatev (iz četrtega odstavka 221. d člena tega zakona). Glede na navedeno določbo po presoji vrhovnega sodišča določbe

212. člena ZFPPIPP, ki govorijo o terjativah, za katere učinkuje potrjena prisilna poravnava, niso neposredno uporabljive, temveč kot določeno, le smiselno. To pomeni, da dolжник, nad katerim teče postopek poenostavljene prisilne poravnave, lahko upošteva tudi pravilo iz četrtega odstavka 212. člena ZFPPIPP in vključi stranske terjatve (obresti in stroške) v posodobljeni seznam terjatev. Če pa tega pravila ne upošteva in teh terjatev v seznam ne vključi, pa s tem za te terjatve, zapadle do začetka tega postopka, izključi učinke potrjene poenostavljene prisilne poravnave.

V konkretnem primeru je vrhovno sodišče vprašanje iz zahteve za varstvo zakonitosti reševalo ob presojanju stranskih terjatev zakonskih zamudnih obresti. Posebnost teh je, da dospevajo z vsakim dnem zamude, zato je vrhovno sodišče presodilo, da so tiste, zapadle do začetka postopka poenostavljene prisilne poravnave, vendar ne vključene v posodobljeni seznam terjatev, izvršljive, za tiste, ki dospevajo med postopkom poenostavljene prisilne poravnave, pa velja režim, ki ga določa pravnomočni sklep o potrditvi postopka; v konkretnem primeru je bilo določeno, da se terjatve v času teka postopka ne obrestujejo.

Upnik lahko torej učinek potrjene poenostavljene prisilne poravnave zagotovi tako, da do dneva začetka postopka natekle stranske terjatve vključi v posodobljeni seznam terjatev. Če ne ravna tako, za stranske terjatve, zapadle do dneva začetka postopka, ta ne učinkuje.

8. FIDUCIARNA CESIJA

V zadevi **III Ips 47/2018**, ki jo je Vrhovno sodišče obravnavalo **18. 12. 2018**, so bile tožnice banke, kreditodajalke, toženka pa solidarna porokinja za kreditne obveznosti glavnega dolžnika. Ob sklenitvi poroštvene pogodbe je bila sklenjena tudi pogodba o odstopu terjatev v zavarovanje (fiduciarna cesija), s katero je bil dogovorjen odstop vseh obstoječih in prihodnjih terjatev do dolžnikov, ki morajo v vsakem primeru znašati najmanj dva milijona EUR.

Nad toženko se je po sklenitvi takšne pogodbe začel stečajni postopek, pri tem pa je bila pogodba o odstopu terjatev sklenjena zunaj obdobja izpodbojnosti. Tožnice so sodno uveljavljale ločitveno pravico oziroma prednostno poplačilo zavarovanih terjatev, toženka pa je podala ugovor izpodbojnosti (izpodbijala je učinke odstopa terjatev, ne pogodbe). Sodišče prve stopnje je zavrnilo prednostno poplačilo in razveljavilo pravne učinke odstopa terjatev. Sodišče druge stopnje pa je sodbo sodišča glede prednostnega poplačila razveljavilo, zavrnilo pa je izpodbojni zahtevek, kar je bilo predmet revizijske presoje.

Glede pogodbe o odstopu terjatev v zavarovanje je sodišče prve stopnje presodilo, da je šlo za plaščno cesijo. Plaščna cesija pomeni predpogodbo o odstopu posamičnih terjatev, ko te nastanejo¹⁷ (zavezovalni pravni posel), za prehod posamezne terjatve

¹⁷ VRENČUR, dr. Renato. Komentar 207. člena SPZ. V: Juhart, M., Tratnik, M., Vrenčur, R., *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2016, str. 1000.

pa je potreben še dodatni prenosni pravni posel cesije¹⁸ (razpolagalni pravni posel), kar pomeni, da gre pri plaščni cesiji zmeraj za prenos obstoječih terjatev. V tem primeru so bili po presoji sodišča prve stopnje razpolagalni pravni posel sezname odstopljenih terjatev, ki jih je toženka pošiljala tožnicam. Sodišče druge stopnje je posel presodilo kot globalno (anticipirano) cesijo. Značilnost globalne cesije je ta, da se z njo odstopajo vse obstoječe in vse prihodnje terjatve, pri čemer odstop prihodnjih terjatev pridobi učinke z nastankom konkretne terjatve.¹⁹ Globalna cesija je zavezovalni in razpolagalni pravni posel, le učinki prenosa terjatev nastopijo pozneje. To pomeni, da z nastankom terjatve ta preide v premoženje pridobitelja brez kakršnegakoli nadaljnjega ravnanja odstopnika. Sodišče druge stopnje je presodilo, da so bili sezname odstopljenih terjatev namenjeni le seznanjanju upnic s stanjem terjatev, odstopljenih v zavarovanje, niso pa imeli narave razpolagalnega pravnega posla.

Bistvena razlika med obema vrstama pravnih poslov (med plaščno in globalno cesijo) je v njunem učinkovanju – prva učinkuje šele ob dodatnem dejanju odstopnika, druga pa z nastankom terjatev brez dodatnih dejanj odstopnika.

Vrhovno sodišče je glede na okoliščine primera pritrdilo sodišču druge stopnje, da gre za globalno anticipirano cesijo in da je bilo pošiljanje seznamov terjatev namenjeno le seznanitvi upnic s stanjem terjatev, odstopljenih v zavarovanje. S sklenitvijo globalne cesije sta bila zavezovalni in razpolagalni pravni posel sklenjena hkrati in zunaj obdobja izpodbojnosti, so pa nekatere anticipirano odstopljene terjatve nastale v obdobju izpodbojnosti (tj. zadnjih dvanajst mesecev pred uvedbo stečajnega postopka do njegovega začetka). Pravica do poplčila iz tako odstopljenih terjatev, ki je imela pravno podlago v anticipiranem odstopu terjatev v zavarovanje, je veljavno nastajala tudi v izpodbojnem obdobju (vse do začetka stečajnega postopka, ko so pozneje nastale terjatve postale del odstopničine stečajne mase).

Če je torej (globalna) anticipirana fiduciarna cesija sklenjena zunaj obdobja izpodbojnosti in posamične terjatve nastajajo v obdobju izpodbojnosti na podlagi te cesije, prehajajo v premoženje pridobitelja in velja, da je ločitvena pravica veljavno nastala, in ne gre za izpodbojno dejanje stečajnega dolžnika (ZFPPIPP govori o izpodbijanju pravnih dejanj, ne o izpodbijanju njihovih učinkov).

9. DRŽAVLJANSTVO DRUŽBENIKA IZBRISANE DRUŽBE

ZFPPIPP v 7. poglavju ureja izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije. Če se po takšnem izbrisu najde premoženje izbrisane pravne osebe, prvi odstavek 443. člena ZFPPIPP določa, da se nad takšnim premoženjem opravi stečajni postopek.

¹⁸ Prav tam.

¹⁹ VRENČUR, dr. Renato. Fiduciarna razmerja (zavarovanja) v insolvenčnih postopkih. Pravna praksa, št. 26/2017, priloga.

V zadevi **III Ips 88/2018**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **22. 1. 2019**, je bilo po izbrisu pravne osebe najdeno njeno premoženje. Nad njim se je v skladu z v uvodu navedeno določbo opravil stečajni postopek, v katerem ni bila prijavljena nobena terjatev upnikov. Najdeno premoženje izbrisane pravne osebe se je zato s sklepom o končni razdelitvi razdelilo družbenikom brez unovčevanja te stečajne mase.²⁰

Sodišče prve stopnje je odločilo, da se najdeno premoženje po končanem stečajnem postopku prenese na edino družbenico izbrisane družbe, ki je bila državljanka Ukrajine. Sklep je bil objavljen na spletnih straneh AJPES, pritožba zoper tak sklep ni bila vložena, temveč je državno tožilstvo pravočasno vložilo zahtevo za varstvo zakonitosti, v kateri je uveljavljalo, da sodišče kot bistvene ni upoštevalo okoliščine državljanstva edine družbenice, na katero je bilo preneseno nepremično premoženje izbrisane družbe.

Vrhovno sodišče se je oprlo na določbo drugega odstavka 373. člena ZFPPIPP. Najdeno premoženje izbrisane pravne osebe se s sklepom o končni razdelitvi razdeli družbenikom brez unovčevanja te stečajne mase, vendar le, **če ne obstajajo (zakonske) ovire** za posameznega družbenika za pridobitev lastninske pravice na takšnem premoženju.

Pridobitev lastninske pravice tujcev ureja 68. člen Ustave RS, ki določa, da lahko tujci pridobijo lastninsko pravico na nepremičninah pod pogoji, ki jih določa zakon ali mednarodna pogodba, ki jo ratificira državni zbor. Po presoji vrhovnega sodišča pa določb ZFPPIPP in ZGD-1 ni mogoče razlagati kot zakona po 68. člena ustave, s katerima bi bila urejena pravica vseh tujih državljanov, da lahko na tej podlagi pridobijo lastninsko pravico na nepremičninah. V konkretnem primeru je po presoji vrhovnega sodišča tako obstajala ovira, ki je državljanstvo družbenice.

Ker se sodišče v izpodbijanem sklepu do položaja državljanstva družbenice izbrisane družbe sploh ni opredelilo, ni ugotovilo odločilnega dejstva, na podlagi katerega bi morale presojati možnost pridobitve (so)lastninske pravice na nepremičnini. Vrhovno sodišče je zato sklep sodišča prve stopnje razveljavilo z napotkom, da bo moralo sodišče prve stopnje v ponovljenem postopku ponovno odločiti o razdelitvi premoženja izbrisane družbe. Pri tem bo moralo upoštevati tudi očitno nesporno okoliščino, da je družbenica izbrisane družbe državljanka Ukrajine. Za državljane te države pa niti z zakonom niti z mednarodno pogodbo, h kateri bi pristopila Republika Slovenija, ni urejena možnosti pridobivanja lastninske pravice na nepremičninah. Zato (so)lastninske pravice na nepremičnini družbenica izbrisane družbe ne more pridobiti na podlagi drugega odstavka 373. člena ZFPPIPP. V takšnih okoliščinah bo lahko sodišče v stečajnem postopku o razdelitvi stečajne mase odločilo le po predhodnem unovčenju nepremičnega premoženja ob smiselnem upoštevanju določb pododdelka 5.8.2 ZFPPIPP (prodaja premoženja stečajnega dolžnika).

²⁰ Smiselno drugi odstavek 373. člena ZFPPIPP.

10. ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST POSLOVODSTVA

V pododdelku 2.2.3 ZFPPIPP ureja odškodninsko odgovornost članov posloводства in nadzornega sveta družbe do upnikov. V 42. členu ZFPPIPP je določeno, da je posloводство upnikom odgovorno za škodo, ki so jo imeli, ker v stečajnem postopku niso dosegli polnega plačila, če je bil nad družbo začet stečajni postopek in če posloводство pred začetkom stečajnega postopka ni izpolnilo svojih obveznosti, ki mu jih ZFPPIPP nalaga v primeru insolventnosti, oziroma ni spoštovalo načela enakega obravnavanja upnikov. V nadaljevanju 44. člen ZFPPIPP določa omejitve tako določene odškodninske odgovornosti.

V zadevi **III Ips 66/2018**, ki jo je vrhovno sodišče obravnavalo **19. 3. 2019**, je bila tožnica družba, katere poslovodja je bil toženec. Tožnica je od toženca zahtevala plačilo odškodnine v višini 20.000,00 EUR, ker zaradi njegovih protipravnih ravnanj pred začetkom stečajnega postopka upniki ne bodo dosegli polnega poplačila. Sodišči prve in druge stopnje sta zahtevku v celoti ugodili.

Vrhovno sodišče je s sklepom III DoR 35/2018 z dne 15. 5. 2018 dopustilo revizijo glede vprašanja, ali je pravilno stališče, ki sta ga zavzeli sodišči nižjih stopenj, da tretji odstavek 44. člena ZFPPIPP ne dopušča prisoje nižje odškodnine od tiste, ki je določena v prvem odstavku 44. člena ZFPPIPP.

Prvi odstavek 44. člena ZFPPIPP za majhno družbo ali drugo pravno osebo določa, da je posamezni član posloводства odgovoren za škodo do višine dvakratnika letnih prejemkov, oziroma ne manj kot 20.000,00 EUR, če dvakratnik letnih prejemkov tega praga ne dosega. Tretji odstavek tega člena pa določa, da odškodninske odgovornosti po 42. ali 43. členu tega zakona ni mogoče izključiti niti je omejiti v nasprotju s prvim in drugim odstavkom tega člena. Takšna zakonska dikcija po presoji vrhovnega sodišča pomeni, da odškodninska odgovornost ne more biti pogodbeno omejena v nasprotju z omenjenimi določili (ne pa glede višine). Če je namreč ugotovljena škoda (kot ena od predpostavk odškodninske odgovornosti) nižja od omenjenega praga, je član posloводства odgovoren le do višine tako ugotovljene škode. Če upnikom škoda sploh ne nastane, pa je odškodninska odgovornost člana posloводства izključena.

POVZETEK RAZPRAVE O STROKOVNIH VPRAŠANJIH IZ PRAKSE Z REGISTRSE ŠOLE 2019¹

Nada Mitrović, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. KOMANDITNA DRUŽBA

1.1 Obličnost pogodbe

1.2 Sprememba komanditista

Notar priloži pogodbo o prodaji in prenosu deleža iz leta 2017, ki ni v notarski obliki in nima overjenih podpisov prodajalca (komanditista) in kupca (komplementarja), z določbo, da se kupnina pobota s terjatvijo, ki jo ima kupec do prodajalca iz obveznosti vplačila v osnovni kapital. Ali je taka obličnost pogodbe primerna in ali se lahko vlaga za dve leti nazaj?

Odgovor:

Matični zakon, ki ureja temeljna statusna korporacijska pravila ustanovitve in poslovanja komanditne družbe (v nadaljevanju k. d.) je Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1).²

Komanditna družba je v prvem odstavku 135. člena ZGD-1 opredeljena kot družba dveh ali več oseb, v kateri je najmanj en družbenik odgovoren za obveznosti družbe z vsem svojim premoženjem (komplementar), medtem ko najmanj en družbenik ni odgovoren za obveznosti družbe (komanditist). Gre za družbo, v kateri sta vedno udeleženi dve vrsti družbenikov. Najmanj eden izmed njiju je odgovoren upnikom družbe osebno in neomejeno ter ima pravico in dolžnost voditi in zastopati družbo (komplementar). Torej ima enak položaj, kot ga imajo družbeniki v družbi z neomejeno odgovornostjo. Najmanj en družbenik pa ni odgovoren za obveznosti družbe (komanditist) oziroma je odgovoren upnikom družbe le do višine kapitalskega vložka v družbo (145. člen v zvezi s prvim odstavkom 146. člena ZGD-1).

Kadar je subjekt vpisa komanditna družba, se v sodni register v zvezi s posameznim komanditistom poleg podatkov iz 4. člena ZSReg vpiše tudi višina vložka posameznega komanditista (peti odstavek 5. člena Zakona o sodnem registru

1 Registrska šola 2019 je potekala v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju 8. in 9. maja 2019 v Podčetrtku. Prispevek je nastal na podlagi pripravljenih odgovorov na vprašanja sodišč in notarjev ter razprave v okviru delavnice, ki je bila izvedena prvi dan šole. Izoblikovana stališča so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

2 Uradni list RS, št. 42/06, 60/06 – popr., 26/07 – ZSDU-B, 33/07 – ZSReg-B, 67/07 – ZTFI, 10/08, 68/08, 42/09, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17, 22/19 – ZposS.

(ZSReg)³ Glede na naravo vpisa v sodni register se v sodni register vpišejo tudi spremembe podatkov iz 4. in 5. člena ZSReg (6. člen ZSReg).

Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (uredba)⁴ podrobneje ureja vsebino predlogov za posamezne vrste vpisov v sodni register ter določa listine in dokaze, ki jih je treba priložiti predlogu za vpis. V poglavju o vpisu sprememb pri družbenikih k. d. se sklicuje na smiselno uporabo pravil o d. n. o. od 55. do 57. člena te uredbe (62. člen).

55. člen uredbe določa vsebino predloga za vpis spremembe družbenika zaradi odpovedi družbene pogodbe, 56. člen vsebino predloga za vpis spremembe družbenika zaradi izključitve in 57. člen vsebino predloga za vpis spremembe družbenika zaradi smrti ali prenehanja. Uredba ne ureja vpisa spremembe komanditista zaradi odsvojitve kapitalskega deleža.

Možnost spremembe komanditista s prodajo kapitalskega vložka ne izhaja niti iz zakona. Družbeniki k. d. med sabo urejajo pravna razmerja z družbeno pogodbo (137. člen ZGD-1). ZGD-1 v poglavju o k. d. v nobenem delu ne napotuje glede položaja komanditista na smiselno uporabo določb zakona o d. o. o., pač pa le na smiselno uporabo določb o d. n. o. Zato se v primeru, kadar je v družbeni pogodbi komanditne družbe določeno, da bo komanditist vložil v družbo kapitalski vložek, smiselno za ta primer ne uporabljajo določbe ZGD-1 o odsvojitvi poslovnega deleža, zato tudi ne določba tretjega odstavka 481. člena ZGD-1, da je za odsvojitev poslovnega deleža družbenika v d. o. o. potrebna pogodba v obliki notarskega zapisa.

Sklep: V vprašanju opisani predlog za vpis spremembe komanditista s priloženimi listinami ne izpolnjuje materialnopravnih predpostavk za vpis predlagane spremembe podatkov. Zato takemu predlogu za vpis spremembe komanditista ni mogoče ugoditi (4. točka prvega odstavka 34. člena ZSReg), pač pa ga je treba kot neutemeljenega na podlagi določbe ZGD-1 o komanditni družbi zavrniti.

2. ZNAK SI V FIRMI

Prosimo za pojasnitev 17. člena ZGD-1, ki med drugim določa, da firma družbe ne sme vsebovati ali posnemati uradnih znakov.

Kratika SI je med drugim tudi oznaka oziroma znak za Slovenijo. Ali se torej lahko ustanovi subjekt vpisa s firmo DECONTEX SI, pregled, čiščenje, popravilo in dekontaminacija osebne zaščitne opreme, d. o. o.? Po vpogledu v sodni/poslovni register ugotavljamo, da je veliko družb vpisanih s kratiko „SI“ v imenu (firmi) družbe. Ali je treba v takih primerih z odredbo zahtevati dovoljenje Vlade Republike Slovenije?

3 Uradni list RS, št. 13/94, 31/00 - ZP-L, 91/05, 42/06 - ZGD-1, 33/07, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 - ZGD-1H, 17/15, 54/17, 16/19 - ZNP-1.

4 Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15, 1/18.

Odgovor:

Kratica SI je določena kot okrajšava za Republiko Slovenijo z mednarodnim standardom OZN ISO – 3166.

Po določbi 17. člena ZGD-1 (nedovoljene sestavine) firma ne sme vsebovati besed ali znakov, ki:

- nasprotujejo zakonu ali morali,
- vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke, ali
- vsebujejo ali posnemajo uradne znake.

ZGD-1 tudi v drugih določbah o firmi ureja posamezne prepovedane sestavine firme. V nasprotju z določbo 14. člena zakona je, če firma vsebuje imena ali znake tujih držav ali mednarodnih organizacij. Uporabo imena Slovenije, torej domače države, pa ureja ZGD-1 v 15. členu. V delu, ki je pomemben za odgovor na zastavljeno vprašanje, se besedilo 15. člena ZGD-1 glasi:

»Besedo Slovenija v vseh sklonih in svojilnikih pridevka je dovoljeno vnesti v firmo le z dovoljenjem Vlade Republike Slovenije (prvi odstavek 15. člena ZGD-1).

Dovoljenje vlade je potrebno tudi, če se v firmi uporabljajo besede, ki označujejo državo ali samoupravno lokalno skupnost (na primer državni, republiški, občinski) (šesti odstavek 15. člena ZGD-1).«

Iz zgoraj citiranih določb prvega in šestega odstavka 15. člena ZGD-1 ne izhaja, da bi v tem členu zakon v firmi prepovedoval uporabo okrajšave besede Slovenija, niti da bi za uporabo te okrajšave v firmi družba potrebovala dovoljenje vlade.

Pri tem velja opozoriti, da je bil 15. člen ZGD-1 spremenjen. ZGD-1, ki je veljal do 14. 4. 2017, je v prvem odstavku 15. člena določal, da je besedo Slovenija ali njene izpeljanke in **kratice** ter zastavo in grb Republike Slovenije dovoljeno vnesti v firmo le z dovoljenjem Vlade Republike Slovenije. Po takrat veljavni določbi prvega odstavka 15. člena ZGD-1 kratice SI za besedo Slovenija ni bilo dovoljeno vnesti v firmo brez dovoljenja vlade. Če pa je firma vsebovala le domensko končnico ".si", po izrecni določbi tedaj veljavnega tretjega odstavka 15. člena ZGD-1 dovoljenje vlade ni bilo potrebno.

15. člen ZGD-1, ki je veljal do 14. 4. 2017, je bil z novelo ZGD-1J spremenjen z obrazložitvijo, da se »s spremembo uporaba besede Slovenija pravzaprav širi, ker je dovoljenje Vlade RS potrebno samo v primeru uporabe besede Slovenija v vseh sklonih ter svojilnih pridevniki, ne pa tudi več za vse izpeljanke in kratice besede Slovenija, s čimer se bo število zahtev za izdajo dovoljenja Vlade RS za uporabo besede Slovenija prav gotovo zmanjšalo.«⁵

5 Poročevalec Državnega zbora RS, Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1J), prvi odstavek obrazložitve k 2. členu, stran 23.

Tako je treba brati tudi določbo 17. člena ZGD-1, ki pa se z novelo ZGD-1J ni spremenila. Izraz "uradni znaki" se navezuje na določbe Zakona o industrijski lastnini (ZIL-1)⁶, ki v 43. členu določa, da je absolutni razlog za zavrnitev znamke, ki vsebuje uradne znake ali punce⁷ za kontrolo ali jamstvo kakovosti blaga ali jih posnema.

Sklep: Kratica SI za Slovenijo v firmi družbe nima lastnosti uradnega znaka iz 17. člena ZGD-1. Če firma gospodarske družbe vsebuje kratico SI, taka firma ne nasprotuje zakonu. Prav tako za vpis take firme v sodni register ni treba zahtevati dovoljenja vlade.

3. DOVOLJENJE ZA OPRAVLJANJE DEJAVNOSTI

Akt o ustanovitvi družbe ne sme vsebovati dejavnosti, ki so v nasprotju s posebnimi predpisi, poleg tega pa jih družba tudi ne bi mogla opravljati.

Zanima nas ureditev naslednjih dejavnosti:

- druga oskrba s človeškimi viri (78.300),
- dejavnost igralnic (92.001),
- dejavnost holdingov (64.200),
- kreditiranje (64.920).

Ali mora subjekt vpisa z navedenimi dejavnostmi v aktu o ustanovitvi predložiti registrskemu sodišču dovoljenje za opravljanje dejavnosti že pri predlogu o ustanovitvi subjekta?

Odgovor:

Dejavnost družb je urejena v 6. členu ZGD-1. Družbe smejo kot dejavnost opravljati vse posle, razen tistih, ki se po zakonu ne smejo opravljati kot gospodarski posli (prvi odstavek 6. člena ZGD-1). Družba pa lahko začne opravljati dejavnost, ko je vpisana v sodni register (šesti odstavek 6. člena ZGD-1). Če pa drug zakon za začetek opravljanja neke dejavnosti poleg pogoja, da je družba že vpisana v sodni register, določa še posebne pogoje za opravljanje dejavnosti, lahko družba začne opravljati to dejavnost, ko izpolni posebne pogoje, določene z drugim zakonom (sedmi odstavek 6. člena ZGD-1).

Za registrsko sodišče pri presoji akta o ustanovitvi družbe v postopku vpisa družbe v sodni register ni pomembno, ali družba izpolnjuje tudi posebne pogoje za opravljanje dejavnosti. Registrsko sodišče v primeru, ko ob presoji predloga ugotovi, da ima družba v aktu o ustanovitvi določeno neko dejavnost, za katero bo poleg pogoja, da je družba že vpisana v sodni register, morala pred začetkom opravljanja v aktu o ustanovitvi določene dejavnosti izpolniti še kakšen v drugem zakonu določen

⁶ Uradni list RS, št. 45/01, 96/02, 37/04, 20/06, 100/13.

⁷ Uradni znak z imenom organa, organizacije, z določenim besedilom kot dokaz pristnosti, verodostojnosti listine, akta.

pogoj, od predlagatelja ne zahteva, da predlog dopolni s predložitvijo dovoljenja za opravljanje dejavnosti.

Za presojo pogojev za vpis družbe v sodni register pa je pomembna tudi določba drugega odstavka 6. člena ZGD-1, v kateri je določeno, da se z zakonom lahko določi, da lahko posamezne gospodarske posle opravljajo družbe, določene z zakonom, nekatere vrste družb ali druge organizacije.

Iz standardne klasifikacije dejavnosti (SKD) je pri vsaki posamezni dejavnosti razvidno, ali je za to dejavnost ali storitve predpisan kakšen pogoj za opravljanje dejavnosti. Sklicuje se tudi na drug predpis, ki ta pogoj določa. SDK posebej opozarja tudi na dejavnosti, ki jih lahko opravljajo le določene vrste družb ali druge organizacije.

Druga oskrba s človeškimi viri spada med dejavnosti posredovanja zaposlitve, ki jo ureja Zakon o urejanju trga dela (ZUTD)⁸. V skladu z navedenim zakonom lahko posredovanje zaposlitve izvajajo tudi domači ali tuji pravni subjekti s sedežem v Republiki Sloveniji, če pridobijo koncesijo za opravljanje storitev za trg dela (prvi odstavek 85. člena ZUTD). Za vpis družbe v sodni register koncesije za opravljanje storitev za trg dela ni treba priložiti.

Dejavnost igralnic je dejavnost, za katero predpisuje pogoje za začetek opravljanja dejavnosti Zakon o igrah na srečo (ZIS)⁹. Prirejanje iger na srečo je namreč izključna pravica Republike Slovenije, razen če s tem zakonom ni drugače določeno (3. člen ZIS). Drugače pa je v zakonu v zvezi z dejavnostjo igralnic določeno za gospodarske družbe, ki morajo imeti za prirejanje posebnih iger na srečo v igralnicah koncesijo in dovoljenje. Ta pa se lahko v skladu z ZIS izda le gospodarski družbi, ki je registrirana v pravnoorganizacijski obliki delniške družbe. Če iz statuta delniške družbe izhaja dejavnost igralnic, dovoljenje za prirejanje iger na srečo ni predpostavka za vpis delniške družbe s tako dejavnostjo.

Dejavnost holdingov je po SKD dejavnost, ki je povezana s statusom družbe – to je obvladujoče finančne družbe, ki ima obvladujoče deleže lastniškega kapitala v skupini odvisnih družb in katerih glavna dejavnost je lastništvo skupine gospodarskih družb (glej pojasnila k SKD 2008). Navedena opredelitev je v skladu z opredelitvijo holdinga iz 562. člena ZGD-1¹⁰. Glede na navedeno menim, da družba, ki nima lastnosti holdinga po določbi 562. člena ZGD-1, ne more imeti v svojem aktu določene dejavnosti holdingov.¹¹

8 Uradni list RS, št. 80/10, 40/12 – ZUJF, 21/13, 63/13, 63/13 – ZIUPTDSV, 100/13, 32/14 – ZPDZC-1, 95/14 – ZIUPTDSV-A, 47/15 – ZZSDT, 90/15 – ZIUPTD, 55/17, 75/17 – ZIUPTD-A.

9 Uradni list RS, št. 27/95, 35/97 – skl. US, 43/97 – popr., 22/00 – ORZIS46, 22/00 – ORZIS124, 22/00 – ORZIS127, 85/01, 54/02 – odl. US, 52/02 – ZDU-1, 60/02 – skl. US, 101/03, 132/04 – odl. US, 114/06 – ZUE, 10/10, 106/10, 108/12, 40/14 – ZIN-B.

10 Družba, ki ima v lasti večino deležev pravno samostojne družbe in opravlja predvsem dejavnost ustanavljanja, financiranja in upravljanja teh družb (holding), je družba z večinskim deležem.

11 Po mnenju nekaterih udeležencev šole naj bi šlo za dejavnost, ki je sicer vezana na dejavnost holdingov, določi pa se lahko v aktu o ustanovitvi družbe, ki ni holding, »na zalogo«. Mag. Tina Prevodnik pa je v predavanju z naslovom Razlaga Zakona o upravljavcih alternativnih investicijskih skladov (ZUAIS) s stališča Agencije za trg vrednostnih papirjev, ki ga je predstavila na isti šoli 9. maja 2019, opozorila, da dejavnost holdingov nadomešča določene dejavnosti, ki so tej dejavnosti podobne, niso pa še klasificirane v SKD. O tem vprašanju zato tudi praksa prvostopenjskih sodišč ni enotna.

Kreditiranje kot dejavnost denarnih institucij je po SKD drugo finančno posredništvo (64.190), ki je povezano s statusom družbe. Če ima v aktu o ustanovitvi vpisano dejavnost kreditiranja družba, ki ni ena izmed družb v pravnoorganizacijski obliki, ki jo določa Zakon o bančništvu (ZBan-2), predlog za vpis v sodni register ni utemeljen.

Od kreditiranja pa je treba ločiti **drugo kreditiranje (64.920)**, ki po SKD zajema finančno posredništvo, kjer kredite dajejo nederarne institucije. V skladu s pojasnili SKD drugo kreditiranje zajema na primer dajanje potrošniških posojil in posojila zunaj bančnega sistema. Za dejavnost drugega kreditiranja ni nobenih omejitev, ki bi bile pomembne za sodni register.

4. NAČIN PLAČILA KUPNINE

Kupnina je obvezna sestavina v pogodbah o prenosu poslovnega deleža. Kakšen je ustrezen način plačila: v gotovini na roke ali s kreditom, ki je bil dan za ustanovitveni kapital? Ali so pri tem kakšne omejitve?

Odgovor:

Pri prodaji poslovnega deleža družbenika d. o. o. se kupec deleža zaveže, da odsvojitelju poslovnega deleža plača kupnino, odsvojitelj pa, da mu izroči poslovni delež v družbi. Pogodba o prodaji mora vsebovati vse sestavine, kakor to velja za vsako prodajno pogodbo na podlagi določb Obligacijskega zakonika (OZ)¹². Če je v pogodbi plačilo kupnine določeno kot pogoj za prenos poslovnega deleža, je treba tudi navesti, da je kupnina plačana, sicer pa ne.

Za prenos poslovnega deleža je potrebna pogodba v obliki notarskega zapisa (tretji odstavek 481. člena ZGD-1). Če je notarski zapis sestavljen tako, da so upoštewane vse bistvene sestavine, določene v Zakonu o notariatu (ZN),¹³ je tak notarski zapis javna listina (drugi odstavek 3. člena ZN). To pomeni, da dokazuje verodostojnost tega, kar je v njem določeno.

Sklep: V primeru plačevanja večjega zneska z gotovino lahko notar izvede ustrezne ukrepe obveščanja zaradi preprečevanja pranja denarja. V drugem primeru pa je kupec dal ustanovitelju d. o. o. posojilo, ki mu ga ta ni vrnil in se je terjatev za vrnitev posojila pobotala s kupnino za poslovni delež. Iz teh dejstev ni mogoče sklepati na nepravilnosti pri izpolnitvi obveznosti plačila kupnine.

5. USTANOVITEV TUJE PODRUŽNICE

Ali v primeru, da ciprska družba ustanavlja tujo podružnico v skladu s 677. členom ZGD-1 in 79. členom Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register, ni treba predložiti letnega poročila, ker družba še ni poslovala?

¹² Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 – odl. US, 40/07, 64/16 – odl. US, 20/18.

¹³ Uradni list RS, št. 13/94, 48/94, 82/94, 41/95 – odl. US, 83/01 – OZ, 73/04, 98/05, 17/06 – ZIZ-C, 115/06, 33/07 – ZSReg-B, 45/08, 91/13.

Odgovor:

V skladu z določbo drugega odstavka 677. člena ZGD-1 je treba prijavi za vpis tuje podružnice v register priložiti:

- izpisek iz registra, iz katerega sta razvidna vsebina in datum vpisa matičnega podjetja;
- sklep posloводства o ustanovitvi podružnice;
- prepis pravil ali pogodbe družbenikov, ki mora biti notarsko overjen, in
- overjeno poslovno poročilo zadnjega leta poslovanja tujega podjetja, ki ustanavlja podružnico, v skrajšani obliki.

Zakon je jasen. Prijavi za vpis tuje podružnice je treba priložiti overjeno poslovno poročilo zadnjega leta poslovanja tujega podjetja, ki ustanavlja podružnico, v skrajšani obliki. To ne pomeni, da matično podjetje iz tujine ne more ustanoviti podružnice v Sloveniji po določbah ZGD-1, če ni prej poslovalo najmanj eno poslovno leto. ZGD-1 je v 678. členu vse do novele ZGD-1C, torej do 20. 6. 2009, določal, da lahko tuje podjetje iz tretje države ustanovi podružnico, če je že najmanj dve leti vpisano v register države, v kateri ima sedež. Že z novelo ZGD-1C pa je bil navedeni člen črtan. Iz obrazložitve predloga spremembe zakona glede tega vprašanja izhaja, da je 678. člen »potrebno črtati zaradi izpolnjevanja obveznosti pri pristopanju k mednarodnim organizacijam (OECD) in uskladitve zakonskega teksta s pravili, zapisanimi v zavezujočih mednarodnih pogodbah.«¹⁴

Uredba v 4. točki tretjega odstavka 79. člena določa, da je treba predlogu za vpis ustanovitve podružnice priložiti overjeno poslovno poročilo zadnjega poslovnega leta tuje družbe v skrajšani obliki, v petem odstavku pa, da te listine ni treba priložiti, če je ustanovitelj podružnice tuje podjetje iz države članice EU, ki glede na dan ustanovitve nima poslovnega poročila za zadnje poslovno leto.

Sklep: Ker je ZGD-1 z novelo ZGD-1C v 678. členu za tuje podjetje iz tretje države izenačil pogoje za ustanovitev tuje podružnice, pomeni, da se določba petega odstavka 79. člena uredbe nanaša tudi na tuje podjetje iz tretje države, ki v Sloveniji ustanavlja podružnico.¹⁵

6. NAMERAVANA USTANOVITEV ODVETNIŠKE DRUŽBE

6.1 Preoblikovanje odvetnice v d. o. o.

Predlagateljico v registrskem postopku – odvetnico, ki se je preoblikovala v d. o. o., smo pozvali, da predlogu priloži dokaz iz drugega odstavka 75. člena ZGD-1 (objava namere o prenehanju opravljanja dejavnosti). Pojasnila nam je, da je želela objaviti namero na AJPES, ta pa je objavo zavrnil z odgovorom (citirano iz sporočila AJPES, ki ga je predložila odvetnica): »Sporočamo vam, da je objava namere o prenehanju dejavnosti po ZGD-1 obvezna za samostojne podjetnike. Za druge

¹⁴ Poročevalec DZ 38/2009.

¹⁵ Odgovor je preoblikovan po pojasnilu udeležencev na delavnici, da se vprašanje ne nanaša na podatek o času poslovanja, ampak na podatek o datumu ustanovitve tujega podjetja, ki ustanavlja podružnico.

vrste zasebnikov takega določila ni, zato vam sporočamo, da vašega obvestila ne moremo objaviti.« Menimo, da tako stališče AJPES ni pravilno. Za npr. izvajalca lekarniške dejavnosti (ki prav tako ni s. p.) je v Zakonu o lekarniški dejavnosti izrecno določeno, da se lahko statusno preoblikuje v gospodarsko družbo na davčno nevtralen način na podlagi smiselne uporabe določb zakona, ki ureja gospodarske družbe, in se nanašajo na statusno preoblikovanje podjetnika. Za odvetnika kaj takega v področnem Zakonu o odvetništvu sicer ni določeno, vendar pa je sodna praksa že zavzela stališče, da se določbe ZGD-1 glede statusnega preoblikovanja podjetnika smiselno uporabljajo tudi za odvetnika (UPRS sodba I U 580/2016). Nobenega razloga torej ni, da odvetniku ne bi bilo treba upoštevati drugega odstavka 75. člena ZGD-1, AJPES pa mu mora to po našem mnenju dopustiti. Predlagamo uskladitev tega vprašanja z AJPES.

Odgovor:

V obravnavanem primeru je registrsko sodišče pri preverjanju listin, ki so bile priložene predlogu, postopalo kot v primeru vpisa prenosa podjetja samostojnega podjetnika na novo kapitalsko družbo. V skladu z določbo 2. točke 134. člena uredbe je namreč predlogu za vpis prenosa podjetja na novo kapitalsko družbo treba priložiti tudi dokaz, da je bil nameravani prenos podjetja objavljen v skladu z določbo drugega odstavka 670. člena ZGD-1. Drugi odstavek 670. člena ZGD-1 napotuje na smiselno uporabo določb drugega odstavka 75. člena ZGD-1. Po drugem odstavku 75. člena ZGD-1 pa mora podjetnik vsaj 15 dni pred prenehanjem opravljanja dejavnosti na spletnih straneh AJPES objaviti, da bo prenehal opravljati dejavnost, in ob tem navesti tudi dan prenehanja opravljanja dejavnosti. Poleg objave na spletnih straneh AJPES lahko podjetnik tudi na druge načine obvesti o prenehanju dejavnosti (s pismi upnikom, v sredstvih javnega obveščanja, poslovnih prostorih). Določbe o prenehanju opravljanja dejavnosti se na podlagi določbe devetega odstavka 75. člena ZGD-1 smiselno uporabljajo tudi, če podjetnik namerava podjetje prodati ali ga vložiti v družbo.

Zakon o odvetništvu (ZOdv)¹⁶ določa, da lahko odvetnik opravlja svoj poklic individualno ali v odvetniški družbi v skladu z določbami tega zakona (prvi odstavek 4. člena ZOdv). Glede nameravane ustanovitve odvetniške družbe pa zakon v 39. členu določa, da se nameravana ustanovitev odvetniške družbe prijavi pri Odvetniški zbornici Slovenije, skupaj s predlogom za izdajo soglasja za vpis v sodni register, ki je pogoj za vpis odvetniške družbe v sodni register. Dejansko ZOdv, ki edini ureja status odvetniške družbe, ne nalaga odvetniku, ki je opravljal svoj poklic individualno, da pred vpisom odvetniške družbe v sodni register na spletnih straneh AJPES objavi namero, da bo opravljal odvetniški poklic v odvetniški družbi. Zato dokazila o taki objavi od odvetnika registrsko sodišče ne more zahtevati.¹⁷

16 Uradni list RS, št. 18/93, 24/96 – odl. US, 24/01, 111/05 – odl. US, 54/08, 35/09, 97/14, 8/16 – odl. US, 46/16.

17 Upravno sodišče je v odločbi UPRS I U 580/2016, na katero se sklicuje vprašanje, v evidenčnem stavku navedlo, da je ob upoštevanju veljavne davčne zakonodaje, ki ureja statusno preoblikovanje gospodarskih subjektov, davčno ugodnost v obliki davčne nevtralnosti treba priznati odvetnikom zasebnikom, ki izpolnjujejo za takšno obravnavo zakonsko predpisane pogoje iz 303. člena ZDavP-2 in pogoje iz točk od 2. a do 2. d četrtega odstavka 51. člena ZDoh-2 in ki so se statusno preoblikovali s prenosom poslovnega premoženja (podjetja) na novo odvetniško družbo d. o. o. Torej mora biti za davčno nevtralni prenos izpolnjenih več pogojev, ki pa jim odvetnik ne bi mogel zadostiti le z dokazom o objavi namere, da bo opravljal odvetniški poklic v odvetniški družbi.

7. POSTOPEK PRIZNANJA TUJEGA NOTARSKEGA ZAPISA

Ali se lahko upošteva notarski zapis tujega notarja, npr. avstrijskega, brez dodatnih postopkov priznanja tuje listine?

Odgovor:

O uporabi tuje javne listine v registrskem postopku je imel obsežen prispevek notar dr. Andrej Veble na registrski šoli leta 2016, iz katerega izhaja, da za notarski zapis avstrijskega notarja ni treba izvesti postopka za priznanje tuje listine, ker velja z Avstrijo dvostranska ureditev, po kateri tuja javna listina (kar je tudi notarski zapis pogodbe), ne potrebuje nadoverovitve za uporabo v našem registrskem postopku.

8. TRAJANJE MANDATA

Ali se trajanje mandata sploh lahko vpiše pod omejitve pooblastila, kot predlagajo nekateri ?

Odgovor:

V zvezi z osebami, pooblaščenimi za zastopanje subjekta vpisa, se v skladu z določbo 4. člena ZSReg vpišeta tudi podatka o dnevu podelitve in dnevu prenehanja pooblastila. Kot je bilo že na eni od prejšnjih registrskih šol pojasnjeno, se podatek o dnevu prenehanja pooblastila tehnično ne more vpisati vnaprej, pač pa šele ob nastopu prenehanja pooblastila v skladu z ustreznim predlogom za vpis prenehanja pooblastila. Trajanje pooblastila se ne vpiše pod omejitve zastopanja.

9. STVARNI VLOŽEK

Čemu je namenjena določba tretjega odstavka 476. člena ZGD-1 ter na kaj mora biti sodišče ob predložitvi bilanc in poročila o stvarnih vložkih pozorno?

Odgovor:

Kot stvarni vložek se lahko zagotovijo premičnine in nepremičnine, pravice in podjetje ali del podjetja (tretji odstavek 475. člena ZGD-1). Če se za ustanovitev družbe zagotovijo tudi stvarni vložki, morajo družbeniki pred prijavo za vpis v register sestaviti in podpisati poročilo o stvarnih vložkih (prvi odstavek 476. člena ZGD-1). Če se v družbo vlaga podjetje, je treba poročilo iz prvega odstavka tega člena priložiti bilanco stanja in izkaz poslovnega izida podjetja za zadnji dve poslovni leti (tretji odstavek 476. člena ZGD-1). Stvarni vložki se morajo v celoti izročiti pred prijavo za vpis v register. Če vrednost stvarnega vložka ne doseže vrednosti prevzetega osnovnega vložka, mora družbenik razliko vplačati v denarju (peti odstavek 475. člen ZGD-1).

Iz navedenih določb izhaja, da mora sodišče ugotoviti, ali je podjetje ali del podjetja preneseno oziroma prenesen na družbo tako, da poslovodja družbe z njim lahko

razpolaga, in ali vrednost prenesenega podjetja dosega vrednost prevzetega osnovnega vložka. V praksi vrednost prenesenega podjetja oceni cenilec. Če vrednost presega 100.000,00 EUR, registrsko sodišče zahteva oceno revizorja v skladu z določbo četrtega odstavka 476. člena ZGD-1. Ob tem velja opozoriti, da se v primeru, ko se vloži v družbo podjetje, ki je obstajalo manj kakor dve leti, priložita oba akta iz tretjega odstavka 476. člena ZGD-1 za krajše obdobje.¹⁸

10. PRAVNOMOČNOST SKLEPOV REGISTRskega SODIŠČA

Zakaj prihaja do razlike v zvezi s pravnomočnostjo sklepov registrskega sodišča za vpis sprememb v družbi in s pravnomočnostjo sklepov registrskega sodišča v zvezi s prenehanjem družbe po skrajšanem postopku?

Odgovor:

Nastop pravnomočnosti sklepov, ki jih izdaja registrsko sodišče, je odvisen od več okoliščin, med drugim tudi od vprašanja, ali teče rok za pritožbo od vročitve ali objave sklepa ali od objave vpisa podatka v sodni register.

Zoper sklep, s katerim registrsko sodišče odloči o vpisu v sodni register, teče za udeležence postopka osemndnevni rok za pritožbo od dneva vročitve sklepa (drugi odstavek 36. člena ZGD-1). Za tistega, ki meni, da je s sklepom o vpisu prizadeta njegova pravica ali na zakonu temelječi interes in mu ni bil vročen prepis sklepa, pa začne teči 30-dnevni rok za pritožbo **od dneva objave vpisa** na spletnih straneh AJPes (tretji odstavek 36. člena ZSReg). Načeloma torej pravnomočnosti sklepa, s katerim je registrsko sodišče odločilo o vpisu, ni mogoče potrditi pred iztekom 30 dni od objave vpisa.

Prenehanje družbe po skrajšanem postopku je urejeno v ZGD-1, ki v 425. členu določa, da lahko družba preneha po skrajšanem postopku brez likvidacije, če vsi delničarji **predlagajo registrskemu organu izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije**. Postopek v zvezi s predlogom za izbris družbe iz sodnega registra brez likvidacije poteka v več fazah.

V skladu z določilom 427. člena ZGD-1 se na spletnih straneh AJPes najprej objavi sklep delničarjev o prenehanju družbe po skrajšanem postopku in v objavi navede, da je zoper sklep o prenehanju ugovor dopusten v 15 dneh ter da bo registrsko sodišče sicer sprejelo sklep o izbrisu družbe iz sodnega registra. Zoper sklep delničarjev o prenehanju družbe po skrajšanem postopku lahko ugovarjajo delničarji in upniki družbe ter pristojni državni organi (prvi odstavek 428. člena ZGD-1).

Če ugovor ni vložen ali ga registrski organ zavrne, izda registrsko sodišče sklep o izbrisu družbe iz registra in ga objavi. Proti temu sklepu je dovoljena pritožba v 15 dneh od dneva objave sklepa (prvi odstavek 429. člena ZGD-1).

¹⁸ Zakon o gospodarskih družbah s komentarjem, komentar k tretjemu odstavku 411. člena, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2002.

Sklep o izbrisu družbe iz registra postane pravnomočen, ko ga ni več mogoče izpodbijati s pritožbo, torej ne prej kot 15 dni pred objavo sklepa o izbrisu.

Po pravnomočnosti sklepa registrskega sodišča o izbrisu družbe iz sodnega registra se opravi vpis izbrisa subjekta iz sodnega registra, ki se prav tako objavi na spletnih straneh AJPES. Vrhovno sodišče RS je v zadevi III Ips 56/2010 zavzelo stališče, da začne teči enoletni rok, v katerem so delničarji odgovorni za obveznosti izbrisane družbe, ki je prenehala po skrajšanem postopku, od dneva objave izbrisa družbe iz registra (drugi odstavek 429. člena ZGD-1).

Po objavi izbrisa družbe iz sodnega registra pritožba zoper sklep o izbrisu ni dovoljena. Glede na posebno ureditev postopka v ZGD-1 ne velja splošno pravilo iz tretjega odstavka 36. člena ZSReg, da za tistega, ki meni, da je s sklepom o vpisu prizadeta njegova pravica ali na zakonu temelječi interes in mu ni bil vročen prepis sklepa, začne teči 30-dnevni rok za pritožbo od dneva objave vpisa na spletnih straneh AJPES.

Sklep: Ob primerjavi ustreznih določb ZSReg z določbami ZGD-1 o dolžini roka za pritožbo, ki začne teči od objave vpisa ali sklepa, menim, da bi zakonodajalec moral zagotoviti izenačitev položajev oseb, ki se jim ne vroča sklep registrskega sodišča o izbrisu družbe iz sodnega registra, s tem, da bi v prvem odstavku 429. člena ZGD-1 določil namesto 15-dnevnega 30-dnevni rok za pritožbo.

11. VPIS OMEJITEV PROKURISTA

Vprašanje:

Kot prokurist družbe¹⁹ je vpisan P. S., pod omejitvami pa je vpisana naslednja vsebina: PROKURIST LAHKO KUPUJE, PRODAJA IN OBREMENJUJE NEPREMIČNINE.

Menim, da ne gre za omejitev, temveč za razširitev pooblastila prokurista, in sicer s pooblastilom, ki bi moralo biti v skladu s 64. a členom Zakona o notariatu (ZN). Prokurist se pri overitvah sklicuje na »pooblastilo«, ki ga ima vpisanega v sodnem registru, za kar pa bi moral imeti konkretizirano pooblastilo z vsemi bistvenimi sestavinami pravnega posla in v skladu z zgoraj navedeno določbo ZN. Kako doseči izbris vpisa te omejitve in s tem preprečiti nevšečnosti s stranko, ki vztraja pri overitvah prodajnih in služnostnih pogodb, ki jih sklepa kot prokurist?

Odgovor:

Prokura po 35. členu ZGD-1 upravičuje vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, razen za odsvojitve in obremenitev nepremičnin, za kar mora biti prokurist posebej pooblaščen. Pooblastilo prokurista je torej po zakonu omejeno s prepovedjo odsvojitve in obremenjevanja nepremičnin. Za odsvojitve in obremenitev nepremičnine mora imeti prokurist posebno pooblastilo.

¹⁹ To in naslednje vprašanje je predložila Notarska zbornica Slovenije.

V strokovni literaturi²⁰ je navedeno, da se v nemški teoriji navaja, da se predlogu za vpis prokure v register lahko doda tudi določba o razpolaganju z nepremičninami.

Menim, da slovenska ureditev prokure ne omogoča sklepa, da je pooblastilo prokuristu o razpolaganju z nepremičninami splošno. V zakonskih določbah ZSReg o vpisu podatkov v sodni register prav tako ni najti opore za stališče, da se pooblastilo prokuristu vpiše v sodni register kot splošna določba o razpolaganju z nepremičninami. V 7. točki 4. člena ZSReg, ki določa podatke, ki se vpišejo v sodni register v zvezi z osebami, pooblaščenimi za zastopanje subjekta vpisa, ni podlage za vpis pooblastila prokuristu za odsvojitve in obremenitve nepremičnin. Prav tako iz razlogov, na katere opozarja vprašanje, menim, da ne gre za podatek, ki bi ga bilo treba na zahtevo predlagatelja vpisati v sodni register kot pomemben podatek za pravni promet (glej 12. točko prvega odstavka 4. člena ZSReg). V vsakem primeru pa vpis pooblastila za razpolaganje z nepremičninami v polje omejitev zastopanja ni pravilen, ker po vsebini pri pooblastilu za razpolaganje z nepremičninami ne gre za omejitve prokuristovih pooblastil. Zato lahko pri tretjih, ki naj bi jim bil vpis tega podatka namenjen, zaradi nejasnosti povzroči le zmedo.

Sklep: Registrsko sodišče nima podlage za vpis pooblastila prokuristu za odsvojitve in obremenitve nepremičnin v polje omejitev zastopanja in mora tak predlagani vpis zavrniti. Že opravljenih vpisov, ki temeljijo na pravnomočnem sklepu o predlogu, pa ne morejo odpraviti s popravnim sklepom. Ob prvem predlogu, ki bi se nanašal na vpis spremembe podatkov v sodni register o prokuristu, pa bi bilo primerno, če bi notar ali registrsko sodišče opozoril oziroma opozorilo predlagatelja na nepravilnost vpisanih podatkov o pooblastilu v polju omejitev zastopanja.

20 A. Perko, Pravni položaj prokurista, Podjetje in delo, 2012.

RAZPRAVA O STROKOVNIH VPRAŠANJIH IZ PRAKSE¹

Tadeja Zima Jenull, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

(KP) 1. OMEJITVE DIREKTORJA S PROKURISTOM

Družba ima dva direktorja, eden je pri zastopanju samostojen, drugi pa je omejen s prokuristom.

Kako ravnamo glede na to, da imamo dva različna sklepa Višjega sodišča RS, in sicer:

VSLJ sklep IV Cpg 1579/2015 – omejitev zastopanja zakonitega zastopnika s prokuristom ni bila dovoljena,

VSM sklep I Cpg 328/2018 – omejitev zastopanja zakonitega zastopnika s prokuristom je bila dovoljena.

Odgovor:

Najprej je treba razložiti pojem prokure. Prokurist je posebna oblika zastopnika družbe, ki v nasprotju s poslovodstvom družbe pooblastila za zastopanje nima na podlagi zakona, temveč na podlagi prokure kot posebne oblike pooblastila. Način podelitve prokure se določi v aktu o ustanovitvi. Za podelitev prokure Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1)² ne določa posebnega postopka, ampak to prepušča samostojnemu urejanju družbenikov. S podelitvijo prokure pridobi prokurist splošno pooblastilo za zastopanje družbe, pri čemer je to splošno pooblastilo omejeno že po zakonu. Prokurist zastopa družbo pri vseh pravnih dejanjih, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, omejen pa je pri odsvajanju in obremenjevanju nepremičnin, za kar mora imeti posebno pooblastilo. Prokura je lahko: (a) posamična, (b) skupna ali (c) mešana. Posamično prokuro ureja 33. člen ZGD-1, skupno prokuro pa prvi odstavek 34. člena ZGD-1, ki določa, da se lahko prokura podeli dvema osebama ali več osebam skupno, tako da lahko le vse te osebe skupaj zastopajo družbo. Posebna prokura je mešana prokura, za katero je značilno, da lahko prokurist zastopa družbo le skupaj z zakonitim zastopnikom, kar se določi v aktu o ustanovitvi. Taka vrsta prokure je določena v tretjem odstavku 34. člena ZGD-1. Zastopanje družbe skupaj s prokuristom pa velja za nepravo (mešano) skupno zastopanje.

1 Prispevek je za objavo prirejena delavnica po razpravi o strokovnih vprašanjih iz prakse registrskih sodnic in sodnikov, referentk in referentov ter notark in notarjev v registrski šoli 2019 8. in 9. maja 2019 v Podčetrtku, ki je potekala v organizaciji Centra za izobraževanje v pravosodju. Avtorica je odgovarjala na vprašanja, ki so jih zastavili sodnice in sodniki ter sodne referentke in referenti Okrožnega sodišča v Kopru (KP), in na vprašanja Okrožnega sodišča v Kranju (KR) in Okrožnega sodišča v Ljubljani (LJ). Nanje je tudi odgovorila v navedenem vrstnem abecednem redu. Razprava o strokovnih vprašanjih notark in notarjev je označena s črko N in številko zastavljenega vprašanja.

2 Uradni list RS, št. 42/06, 60/06 – popr., 26/07 – ZSDU-B, 33/07 – ZSReg-B, 67/07 – ZTFI, 10/08, 68/08, 42/09, 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 100/11 – skl. US, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15, 15/17 in 22/19 – ZposS.

Višje sodišče v Mariboru se je v navedeni odločbi³ opredelilo do vprašanja zastopanja zakonitega zastopnika s prokuristom pri (1) skupnem zastopanju več zakonitih zastopnikov s prokuristom in pri (2) posamičnem zastopanju zakonitega zastopnika s prokuristom.

V zvezi s prvim vprašanjem je oblikovalo naslednje stališče:

„ZGD-1 ne ureja nepravlega skupnega zastopstva, to je vezanost zakonitih zastopnikov na zastopanje skupaj s prokuristom. Zato se zastavlja vprašanje, ali je v skladu s slovenskim pravom dopustna možnost, da je (so) zakoniti zastopnik(i) vezani na zastopanje s prokuristom.

Po določbi četrtega odstavka 266. člena ZGD-1 lahko statut ali 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 delniško družbo, vendar jo je smiselno uporabiti tudi pri družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.). Tako zastopanje je mogoče v primeru, če ima družba (d. o. o.) dva poslovodja ali več poslovodij, za katere velja skupno zastopanje za vse ali nekatere od njih. V takem primeru se lahko določi, da direktor zastopa družbo skupaj z drugim direktorjem ali prokuristom in tako nepravo mešano zastopanje olajšuje zastopanje zakonitih zastopnikov, ki so vezani na skupno zastopanje. Namen določbe četrtega odstavka 226. člena ZGD-1, ki je smiselno uporabljiva tudi v primeru d. o. o., je torej v tem, da se ob skupnem zastopanju omogočijo še drugi načini zastopanja in učinkovitejše zastopanje pri opravljanju posameznih poslov.“

O drugem vprašanju pa je sodišče zavzelo naslednje stališče:

“Vendar pa v primeru, ko ima družba izključno enega poslovodjo, nepravo skupno zastopstvo (se pravi, da je poslovodja vezan na zastopanje skupaj s prokuristom oziroma prokuristi) ni mogoče. Taka situacija bi bila v nasprotju z izhodiščem, da mora imeti družba v vsakem trenutku zakonitega zastopnika (poslovodstvo), ki je družbo sposoben samostojno zastopati. Glede na dejstvo, da prokurist ni zakoniti zastopnik družbe, bi to vodilo do položaja, v katerem družba nima zakonitega zastopnika, ki bi bil družbo sposoben zastopati sam. Zato v primeru, ko ima družba samo enega poslovodjo, tega ne sme omejiti na zastopanje skupaj s prokuristom. Mogoče je torej določiti, da lahko prokurist zastopa družbo le skupaj z zakonitim zastopnikom, kot to izhaja iz tretjega odstavka 34. člena ZGD-1, v nasprotni smeri pa oblika mešanega nepravlega zastopanja, da lahko zakoniti zastopnik družbe zastopa le s prokuristom, načeloma ni združljiva s konceptom zakonitega zastopanja v družbah, v katerih ima družba le enega direktorja in prokurista. Zato se v primeru, ko ima družba samo enega poslovodjo, tega ne sme omejiti na zastopanje skupaj s prokuristom.“

Tudi Višje sodišče v Ljubljani⁴ je do posamičnega zastopanja zakonitega zastopnika, ki ga ni mogoče omejiti s prokuristom, zavzelo enako stališče kot Višje sodišče v Mariboru v navedeni odločbi.

3 VSM sklep I Cpg 328/2018 z dne 15. 11. 2018.

4 VSL sklep IV Cpg 1579/2015 z dne 31. 12. 2015.

Kot bistvene razloge za odločitev je razložilo, „da je že na podlagi zakona poslovodja zastopnik družbe z omejeno odgovornostjo. Njegova pooblastitev za zastopanje je neomejljiva, saj lahko opravlja vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, statutarne ali druga omejitve pa v razmerju do tretjih po drugem odstavku 32. člena ZGD-1 nima pravnega učinka. Omejljiva je le v zakonsko določenem primeru, kadar je v družbeni pogodbi oziroma aktu o ustanovitvi določeno skupno delovanje več poslovodij, vendar gre tudi pri skupnem zastopanju le za to, da neomejljiva pooblastila pripadajo vsem zastopnikom skupaj. Načelo neomejljivosti pooblastil zakonitih zastopnikov je namreč temeljno načelo zastopanja gospodarskih subjektov in velja za vse statusnopravne oblike družb po ZGD-1, vključeno pa je v določbo 32. člena ZGD-1, ki je v tem pogledu kogentna določba.

Na podlagi tretjega odstavka 34. člena ZGD-1 je z aktom o ustanovitvi družbe prokurista pri zastopanju družbe mogoče omejiti s skupnim zastopanjem z enim zakonitim zastopnikom družbe ali več zakonitimi zastopniki družbe, ne pa obratno. Omejitev edinega poslovodje družbe za zastopanje bi namreč nedopustno posegalo v pristojnosti poslovodje kot zakonitega zastopnika družbe. Namen prokure namreč ni omejevanje zakonitega zastopnika pri zastopanju družbe, pač pa olajšanje zastopanja.“

Nosilni razlog izpodbijanega sklepa, ki je določilo 13. člena akta o ustanovitvi prepoznalo kot nezakonitega, je ugotovitev, da edinega poslovodje (direktorja) družbe pri zastopanju družbe ni mogoče omejiti s skupnim zastopanjem s prokuristom družbe. Družba v kateri koli statusnopravni obliki nima lastne poslovne sposobnosti, ker sama ne more oblikovati in izražati volje. Zato za vse statusnopravne oblike družb ZGD-1 kot obvezni organ družbe določa korporacijske zastopnike družb, ki po prvem odstavku 32. člena ZGD-1 zastopajo družbe na podlagi zakona ali akta o ustanovitvi družbe (zakoniti zastopniki). Tak organ družbe z omejeno odgovornostjo je po ZGD-1 poslovodja družbe. Prvi odstavek 515. člena ZGD-1 namreč določa, da ima družba poslovodjo ali več poslovodij (direktorjev), ki na lastno odgovornost vodijo posle družbe in jo zastopajo. Že na podlagi zakona je torej poslovodja zastopnik družbe z omejeno odgovornostjo. Njegova pooblastitev za zastopanje je neomejljiva, saj lahko opravlja vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, statutarne ali druga omejitve pa v razmerju do tretjih po drugem odstavku 32. člena ZGD-1 nima pravnega učinka.

Stališči obeh sodišč sta materialnopravno enaki, če bi bilo zastopanje družbe, ki ima le enega direktorja, v aktu o ustanovitvi omejeno s prokuristom.

Višje sodišče v Ljubljani je v omenjeni zadevi glede omejitve skupnega zastopanja več direktorjev s prokuristom le navidezno zavzelo drugačno stališče od Višjega sodišča v Mariboru. Kot prvo načelo je izpostavilo neomejljivost pooblastil zakonitih zastopnikov. Navedlo je, „da je pooblastilo za zastopanje zastopnika družbe z omejeno odgovornostjo omejljivo le v zakonsko določenem primeru, kadar je v družbeni pogodbi oziroma aktu o ustanovitvi določeno skupno delovanje več poslovodij, vendar gre tudi pri skupnem zastopanju le za to, da neomejljiva pooblastila pripadajo vsem zastopnikom skupaj, kar se kaže zlasti v določbi četrtega odstavka 266. člena ZGD-1, ki je po presoji pritožbenega sodišča

uporabljen tudi pri d. o. o. v primeru, kadar ima družba veččlansko posloводство. Zato prvostopenjsko sodišče pravilno ugotavlja, da je le pri veččlanskem poslovodu skupno zastopanje družbe po več poslovdjih mogoče olajšati s prokuro tako, da družbo lahko zastopa le en poslovdja skupaj s prokuristom. S tem je namreč skupno zastopstvo družbe le olajšano, in ne pomeni dodatne omejitve statutarno oziroma z aktom o ustanovitvi določenega skupnega zastopstva.“

Drugače povedano: pri skupnem zastopstvu se družbeniki v aktu o ustanovitvi lahko dogovorijo za zastopanje posameznega poslovdja skupaj s prokuristom.

Pri posamičnem zastopanju poslovdja pa zastopanja ni mogoče omejiti s prokuristom.

Ob natančnem branju razlogov v obeh odločbah se izkaže, da sta stališči sodišč glede vprašanja (ne)omejitve zastopnika zakonitega zastopnika s prokuristom pravzaprav enaki.

2. Razveljavitev in razveza pogodbe o prenosu poslovnega deleža

Kako učinkuje pri sporazumu strank?

Kako učinkuje pri sodnih odločbah?

Odgovor:

Razveljavitev in razveza katerekoli pogodbe, kakršna je tudi pogodba o prenosu poslovnega deleža, sta urejeni v obligacijskih razmerjih, in ne v statusnem materialnem pravu, kjer je določena vsebina pogodbe o prenosu poslovnega deleža (ZGD-1 in drugih). V obligacijskem pravu je pogodbo mogoče razvezati zaradi napak v poslovni sposobnosti pogodbene stranke (44. člen Obligacijskega zakonika, OZ),⁵ napak volje (grožnje, 45. člen OZ, bistvene zmote, 46. člen OZ, prevare, 49. člen OZ, pri očitnem nesorazmerju vzajemnih dajatev, 118. člen OZ). Pogodba je lahko tudi nična (86. do 93. člen OZ) ali izpodbojna (94. do 99. člen OZ).

Pogodba o prenosu poslovnega deleža mora biti po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1 sestavljena v obliki notarskega zapisa. Oblično pogodbo pa je mogoče razvezati po prvem odstavku 53. člena OZ z neobličnim sporazumom, razen če je za določen primer z zakonom predvideno kaj drugega, ali če namen, zaradi katerega je za sklenitev pogodbe predpisana oblika, zahteva za razvezo pogodbe enako obliko. Po 48. členu Zakona o notariatu (ZN)⁶ so namreč pravni posli, za katere zakon določa, da morajo biti sklenjeni v notarskem zapisu in niso sklenjeni v notarskem zapisu, nični. Namen oblike je varstvo pogodbenih strank, in ne gre za varovanje javnega interesa.⁷ Vendar pa gre razen za razvezo pogodbe o prenosu poslovnega deleža še za korporacijske učinke vpisa oziroma izbrisa družbenika, ki je posledica

5 Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 – odl. US, 40/07, 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18.

6 Uradni list RS, št. 13/94, 48/94, 82/94, 41/95 – odl. US, 83/01 – OZ, 73/04, 23/05 – uradno prečiščeno besedilo, 98/05, 4/06 – uradno prečiščeno besedilo, 17/06 – ZIZ-C, 115/06, 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 33/07 – ZSReg-B, 45/08 in 91/13.

7 Polajnar Pavčnik, nav. delo, str. 368.

razveze pogodbe. Zato je pomembno varovati tudi javni interes, ker lahko vsak pogleda v sodni register kot javno knjigo. Zato je treba po mojem mnenju, pogodbo o prenosu poslovnega deleža tudi razvezati v obliki notarskega zapisa.

S smiselno uporabo 43. člena Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (uredba)⁸ o predlogih za vpise pri prenosu poslovnega deleža, je treba tudi pri sporazumni razvezi pogodbe vpisati kot dan vstopa prejšnjega družbenika in dan izstopa družbenika, ki na podlagi razvezane pogodbe ni več družbenik, datum pogodbe o sporazumni razvezi.

Če je moralo sodišče o razveljavitvi oziroma o razvezi pogodbe o prenosu poslovnega deleža odločiti v sodnem postopku, pa je za vse vpise pomemben datum pravnomočne sodne odločbe (smiselno 3. alineja tretjega odstavka 44. člena uredbe, predlog za vpis izstopa ali izključitve družbenika).

Pravni učinek sporazumne razveze in razveze na podlagi sodne odločbe je na podlagi prvega odstavka 482. člena ZGD-1, enak. Za pridobitelja poslovnega deleža se šteje le tisti, ki je vpisan v register. To določbo je treba enako upoštevati tudi pri razvezi pogodbe, ker se mora vzpostaviti enako stanje kot pred razvezo pogodbe.

3. Sprememba zastopnika

V zadnjem času smo prejeli kar nekaj vprašanj glede spremembe zastopnika za nazaj. Direktor družbe je izpolnil pogoje za upokojitev pred pol leta, zato za uveljavljanje pravic pri ZPIZ od takrat ne sme biti direktor. Damo jim informacijo, da to ni mogoče, saj je oseba v tem času dejansko opravljala funkcijo zastopnika družbe. Lahko pa se zgodi, da nam vprašanja ne zastavijo, temveč le vložijo predlog za spremembo zastopnika ter priložijo sklep o spremembi zastopnika z dnem prenehanja pooblastila pred pol leta ali enim letom nazaj.

Ker je vpis zastopnika v sodni register le deklaratorne narave, vpis dovolimo. Kakšno je vaše mnenje?

Odgovor:

Treba je ločiti položaj zakonitega zastopnika do družbe in do tretjih oseb. Po drugem odstavku 8. člena Zakona o sodnem registru (ZSReg)⁹ se po objavi vpisa podatkov v sodni register po prvem odstavku 43. člena tega zakona v zvezi z osebami iz 8. točke 4. člena ter 5. in 6. točke prvega odstavka 4. a člena tega zakona v razmerju do tretjih šteje, da so te osebe upravičene za zastopanje subjekta vpisa, ne glede na morebitne pomanjkljivosti v postopku njihovega imenovanja. Subjekt vpisa se na te pomanjkljivosti v razmerju do tretjega lahko sklicuje le, če dokaže, da je bilo tretjemu to dejstvo znano.

⁸ Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15 in 1/18.

⁹ Uradni list RS, št. 13/94, 31/00 – ZP-L, 91/05, 114/05 – uradno prečiščeno besedilo, 42/06 – ZGD-1, 33/07, 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08, 49/09, 82/13 - ZGD-1H, 17/15, 54/17 in 16/19 – ZNP-1.

To pomeni, da če bo subjekt vpisa, ki ga zastopa zakoniti zastopnik v času, ko je bil ta vpisan kot zakoniti zastopnik v sodnem registru, sklepal obligacijska razmerja (na primer prodajal blago, sklenil najemno pogodbo itd.), pravno veljavno zavezoval subjekt vpisa.

Sicer pa mora registrsko sodišče po prvem odstavku 10. člena ZSReg opraviti vpis v sodni register, če je predlog s predpisano vsebino predložila upravičena oseba, če so predlogu priložene predpisane listine, s katerimi se dokazujejo dejstva, ki so pomembna za vpis v sodni register, in če je zahtevek za vpis v skladu z zakonom.

Dan prenehanja pooblastila zakonitega zastopnika je treba vpisati v skladu s sklepom skupščine ali drugega organa o spremembi zastopnika, pa čeprav z dnem prenehanja pooblastila pred pol leta ali enim letom pred vložitvijo predloga. Sklep registrskega sodišča je deklaratoren in zato pravni učinki ne nastanejo z izdajo sklepa registrskega sodišča, ampak imajo le publicitetni učinek.

4. Prodaja poslovnega deleža in sprememba družbenikov v d. o. o. v stečajnem postopku **Odgovor je na registrski šoli 2018 podala višja sodnica Tadeja Zima Jenull, vendar nas zanima, ali je stečajnemu sodišču že omogočeno, da opravi kontrolo po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1. Prosimo tudi za predlog možnih rešitev za vpis družbenika, kadar obstajajo omejitve po 10. a členu ZGD-1 pri kupcu deleža v stečajnem postopku.**

Odgovor:

Navedeno vprašanje je bilo izpostavljeno na registrski šoli 2018 in je odgovor objavljen v Pravosodnem biltenu.¹⁰ Kot mi je znano, za zdaj stečajno sodišče ne opravi kontrole po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1.¹¹

Zaradi lažjega razumevanja opisane problematike in posebnosti pri prodaji poslovnega deleža in spremembe družbenikov v d. o. o. v stečajnem postopku, je treba povzeti bistvene določbe Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP).¹²

Stečajno sodišče izda v skladu z drugim odstavkom 342. člena ZFPPIPP sklep o izročitvi poslovnega deleža kupcu, po pravnomočnosti sklepa o soglasju k sklenitvi prodajne pogodbe in po plačilu kupnine. Ker gre za prisilno prodajo poslovnega deleža v stečajnem postopku, kupec pridobi lastninsko pravico (postane imetnik poslovnega deleža) na originaren način. Za prisilno prodajo, ki se izvede v sodnem

¹⁰ Zima Jenull, Tadeja, nav. delo, str. 171–173.

¹¹ Tretji odstavek 481. člena ZGD-1 določa: »Za odsvojitve deleža je potrebna pogodba, ki je izdelana v obliki notarskega zapisa. Notar pred sestavo notarskega zapisa o odsvojitvi poslovnega deleža preveri, ali so podani razlogi za omejitev pri pridobitlju poslovnega deleža iz 1. do 3. točke prvega odstavka 10. a člena tega zakona. Če notar ugotovi, da obstajajo razlogi za omejitev iz prejšnjega stavka, mora sestavo notarskega zapisa odkloniti.«

¹² Uradni list RS, št. 126/07, 40/09, 59/09, 52/10, 106/10 — ORZFPPIPP21, 26/11, 47/11 — ORZFPPIPP21-1, 87/11 — ZPUOOD, 23/12 — odl. US, 48/12 — odl. US, 47/13, 63/13 — uradno prečiščeno besedilo, 100/13, 13/14 — uradno prečiščeno besedilo, 10/15 — popr., 10/15 — popr., 27/16, 31/16 — odl. US, 38/16 — odl. US, 63/16 — ZD-C, 30/18 — ZPPDID in 54/18 — odl. US.

(stečajnem) postopku, je značilno, da predpostavka pridobitve poslovnega deleža ni razpolagalni pravni posel (pogodba o izročitvi in prevzemu) dosedanjega imetnika poslovnega deleža (družbenika). Ta razpolagalni pravni posel nadomešča *oblikovalna odločba*, in sicer sklep (stečajnega) sodišča.

Notar mora po tretjem odstavku 481. člena ZGD-1 odkloniti sestavo notarskega zapisa pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža, če ugotovi, da obstajajo razlogi za omejitve pri pridobitvi poslovnega deleža iz 1. do 3. točke prvega odstavka 10. a člena ZGD-1. Navedeno kontrolo je treba torej opraviti že pri sestavi pogodbe. Enako kot notarsko kontrolo pri pravno- poslovni pridobitvi poslovnega deleža, bi bilo v stečajnem postopku treba zagotoviti že na začetku prodaje, torej z izdajo sklepa o prodaji (330. člen ZFPPIPP), pri čemer bi morali biti o tem možni kupci tudi obveščeni. Le tako bi bili ti seznanjeni, da ne bodo izpolnjevali vseh pogojev za sklenitev pogodbe o prodaji poslovnega deleža v stečajnem postopku, če pri njih obstajajo omejitve po 10. a členu ZGD-1 (smiselno enako kakor je to določeno v 337. členu ZFPPIPP).

V registrskem postopku je pri odločanju o vpisu spremembe družbenika in prenosa poslovnega deleža, materialnopravni preizkus omejen le na vprašanje, ali je bil izdan sklep o izročitvi poslovnega deleža kupcu, ki ga je izdalo stečajno sodišče. Zato ne more nastati procesni položaj, da bi zaradi morebitne omejitve po 10. a členu ZGD-1, ki bi bila ugotovljena v registrskem postopku, registrsko sodišče zavrnilo predlagani vpis spremembe družbenika v sodnem registru.

Zato za zdaj v opisanem položaju ni zakonske podlage za uporabo omejitev po 10. a členu ZGD-1 pri odločanju v registrskem postopku in ni mogoče ponuditi nobenih rešitev.

5. Onemogočena oddaja novega predloga za vpis spremembe v sodni register zaradi zasedenega portal e-VEM.

Prejeli smo predlog za vpis spremembe pri XX d. o. o., ki ga je vložil notar. Zaradi nejasnosti glede predlagatelja je sodni register ravnal v skladu z 31. členom. ZSReg in predlog z listinami poslal subjektu vpisa in ga pozval, da v osmih dneh vloži morebitne ugovore zoper predlagani vpis. V tem času je družbenik Y v isti družbi XX d. o. o., pri drugem notarju želel vložiti predlog za svoj izstop. Notar predloga ni mogel vložiti, ker je bil portal e-VEM zaseden, zato je na zahtevo družbenika, ki želi izstopiti, vložil predlog po pošti. Predlog smo vpisali v vpisnik R Srg vpisnik in ga zavrnili v skladu s 27. člena ZSReg, saj morajo biti od 1. 2. 2008 vsi predlogi pri družbi z omejeno odgovornostjo (d. o. o.) vloženi v elektronski obliki preko notarja ali točke preko Vem/SPOT točke. Zoper sklep se je družbenik pritožil in navedel, da so mu kršene pravice do dostopa do sodišča in s tem pravice do sodnega varstva iz prvega odstavka 23. člena Ustave RS in 6. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP).

Prosimo za vaše mnenje glede tega in ali je lahko zaradi tega sodišče odškodninsko odgovorno.

Odgovor:

Iz vprašanja ni jasno, ali je bil s prvim predlogom predlagan vpis spremembe družbenika Y v družbi XX, ki ga je za družbo XX vložil notar, z drugim predlogom pa je isti družbenik Y predlagal svoj izstop. Drugi predlog je bil vložen pozneje, ne isti dan kot prvi.

Sistem je očitno onemogočil vložitev drugega predloga.

Ker notar ni mogel vložiti drugega predloga, ker očitno o prvem predlogu še ni bilo odločeno, mora po drugem odstavku 13. člena ZSReg sodišče zadeve obravnavati po vrsti, kot jih je prejelo, če posebne okoliščine ne zahtevajo drugače. Tudi, če bi sistem omogočil vložitev drugega predloga, bi moralo sodišče ravnati v skladu z načelom vrstnega reda in najprej odločiti o prvem predlogu. Zato drugega predloga ne bi smelo obravnavati pred prvim.

Sicer pa je bilo v sodni praksi, ko sta bila dva predloga pri istem subjektu vpisa vložena istega dne, že oblikovano naslednje stališče:¹³

„Registrsko sodišče odloča po dnevnikih, in ne po urah. Glede na konkurenco obeh predlogov, pri čemer je moralo po uradni dolžnosti realizirati izdano začasno odredbo, je moralo registrsko sodišče najprej odločiti o zaznambi prepovedi odtujitve in obremenitve poslovnega deleža družbenika. Če bi ravnalo drugače, kakor je to potrebno glede na posebne okoliščine primera v okviru odločanja o prispelih „predlogih“ istega dne, bi kršilo drugi odstavek 13. člena ZSReg, če bi najprej odločilo o predlogu subjekta vpisa za vpis spremembe poslovnega deleža in drugih sprememb v sodnem registru.“

V konkretnem primeru pa sta bila predloga vložena v krajšem časovnem zamiku, zato je treba upoštevati določbo drugega odstavka 13. člena ZSReg in najprej odločiti o prvem predlogu.

Ker registrsko sodišče, zaradi zasedenosti sistema VEM- portala ni moglo vpisati drugega elektronsko vloženega predloga notarja, bi se v pravnem postopku najprej zastavilo vprašanje protipravnega ravnanja sodišča, ki je prvi med elementi, ki ga presoja sodišče v pravnem postopku proti državi po 26. členu Ustave RS.

Ker morajo biti predlogi notarja po 27. členu ZSReg vloženi v elektronski obliki, njihovo drugačno obravnavanje sicer ni mogoče. Zato bi notar verjetno moral počakati, da se mu portal sprostí, da bi lahko vložil elektronski predlog. Ker notar to ve, bi sodišču težko očitali protipravno ravnanje.

Vendar sem pri že zastavljenem vprašanju na registrski šoli 2015 o nepopolnih vlogah ugotovila, da je mogoče predlog tudi vpisati po uradni dolžnosti, če ga točka VEM ne sprejme.¹⁴

¹³ VSL sklep IV Cpg 697/2016 z dne 22. 6. 2016.

¹⁴ Zeilhofer Orehek, nav. delo, str. 208.

(KR) 6. IZBRIS BREZ LIKVIDACIJE (naslov, - upniki, - nedelovanje posloводства, - prisilna likvidacija)

FURS pošlje „Obvestilo o domnevi izbrisnega razloga iz 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP za izbris pravne osebe iz sodnega registra. Pravna oseba ima v sodnem registru vpisan naslov, na katerem ne sprejema uradnih poštinih pošilk ali je na tem naslovu neznana (1. alineja 2. točke drugega odstavka 427. člena ZFPPIPP). V postopku davčne izvršbe je FURS ugotovil, da oseba na tem naslovu ne posluje in da pravna oseba ni aktivna na poslovnem naslovu. Sodišče je ugotovilo, da so nad družbo nedavno že potekali izbrisni postopek in postopki zaradi neoddaje letnih poročil, ki so bili vsi ustavljeni zaradi ugovorov upnikov. Ali registrski organ lahko zavrne predlog FURS-a za začetek postopka izbrisa zaradi naslova?

Družba je v postopku davčne izvršbe, ima upnike in ne oddaja letnih poročil. Menimo, da bi v takem primeru lahko uvedli postopek prisilne likvidacije.! Delovanje družbe se kaže v delovanju posloводства, kar pa v tem primeru glede na dejstva ni izkazano.

Določba 7. alineje prvega odstavka 521. člena ZGD-1v zvezi s 522. členom ZGD-1 in tretjim odstavkom 404. člena ZGD-1 in navedena v določbi 521. člena določata, da družba preneha, če posloводство ne deluje več kot šest mesecev.

Odgovor:

Sodišče druge stopnje se je z odgovorom na prvi del zastavljenega vprašanja že ukvarjalo.¹⁵

Oblikovalo je naslednje stališče:

“Postopek izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije je urejen v 7. poglavju ZFPPIPP. Za postopek izbrisa se uporabljajo pravila postopka vpisa v sodni register, določena v ZSReg, če ni v oddelku 7.3 tega zakona določeno drugače (429. člen ZFPPIPP). Postopek izbrisa po določbah 7. poglavja ZFPPIPP se lahko začne na predlog (smiselno po prvem odstavku 9. člena ZSReg), ali po uradni dolžnosti (smiselno po drugem odstavku 9. člena ZSReg). Upravičeni predlagatelj začetka postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije je le oseba, ki je lastnik objekta na naslovu, ki je v sodni register vpisan kot poslovni naslov (prvi odstavek 433. člena ZFPPIPP).“

Registrsko sodišče je s citiranim sklepom zavrnilo predlog finančnega urada za začetek postopka izbrisa subjekta vpisa iz sodnega registra brez likvidacije. Finančni urad pri sodišču ni vložil predloga za začetek postopka izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije, pač pa je sodišče le obvestil o obstoju okoliščin iz 2. točke drugega odstavka 427. člena tega zakona, kar je njegova dolžnost po drugem odstavku 428. člena ZFPPIPP.

¹⁵ VSL sklep IV Cpg 156/2019 z dne 27. 3. 2019.

V postopku izbrisa, ki ga začne registrsko sodišče po uradni dolžnosti, sodišče ne odloča o utemeljenosti ali neutemeljenosti obvestila iz 428. člena ZFPPIPP. Sklep o začetku postopka izda ali pa ga ne izda.

Če sodišče na podlagi obvestila iz 428. člena ZFPPIPP po uradni dolžnosti ne začne postopka za izbris subjekta iz sodnega registra brez likvidacije, o tem osebo, od katere je prejela obvestilo, povratno le obvesti o razlogih, zakaj ne bo začelo postopka po uradni dolžnosti. Navedena oseba namreč nima statusa udeleženke postopke izbrisa (432. člen ZFPPIPP), zato praviloma niti nima pravice do pritožbe zoper sklep registrskega sodišča v postopku izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije.

Odgovor na prvi del vprašanja se torej glasi, da registrski organ ne zavrne obvestila FURS.

Drugi in tretji del vprašanja sta povezana z vprašanjem, kdaj sodišče začne postopek prisilne likvidacije in na čigav predlog oziroma po uradni dolžnosti po 1. in 2. točki prvega odstavka 420. člena ZGD-1.

V zvezi s tem vprašanjem je bilo že oblikovano stališče v sodni praksi.¹⁶

„Sodišče začne postopek prisilne likvidacije po uradni dolžnosti, če tako določa zakon, ali na predlog osebe, za katero zakon določa, da je upravičena predlagati začetek postopka prisilne likvidacije (prvi odstavek 420. člena ZFPPIPP). Če zakon ne določa, kdo lahko predlaga začetek postopka prisilne likvidacije, lahko predlog za začetek postopka prisilne likvidacije vloži sodišče ali drug državni ali nadzorni organ, ki je v skladu z zakonom odločil o prenehanju pravne osebe ali obstoju razloga za njeno prenehanje, ali oseba, na zahtevo katere je sodišče ali drug državni ali nadzorni organ sprejel odločitev o prenehanju pravne osebe ali obstoju razloga za njeno prenehanje (drugi odstavek 420. člena ZFPPIPP).

Pritožbeno sodišče ugotavlja, da je sodišče prve stopnje v obrazložitvi izpodbijanega sklepa navedlo, da je Finančna uprava Republike Slovenije (FURS) predlagala, da se nad družbo A. d. o. o., opravi prisilna likvidacija, ker meni, da so pri družbi izpolnjeni zakonski pogoji za njeno prenehanje v skladu s 7. alinejo prvega odstavka 521. člena ZGD-1, glede na to, da poslovodstvo družbe ne posluje več kot šest mesecev. Nadalje je navedlo, da je „iz predloga FURS ugotovilo, da poslovodstvo družbe ne deluje več kot šest mesecev, da nima odprtega transakcijskega računa in da nima nobenega zaposlenega,“ in je zato na podlagi petega odstavka 404. člena ZGD-1 v zvezi s 522. členom ZGD-1 po uradni dolžnosti začelo nad družbo postopek likvidacije. Sodišče prve stopnje se je v obrazložitvi svoje odločitve sicer sklicevalo na določbo petega odstavka 404. člena ZGD-1, v kateri je navedeno, da sodišče v primeru iz tretje in osme alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1 izvede postopek likvidacije po uradni dolžnosti.

Ker pa v skladu z določbo tretjega odstavka 404. člena ZGD-1 v primeru iz tretje alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1 lahko vložijo pri sodišču predlog za

¹⁶ VSL sklep Cst 121/2018 z dne 14. 3. 2018.

prisilno likvidacijo družbe upnik ali delničarji, ki predstavljajo vsaj eno desetino osnovnega kapitala, je tudi navedena določba nedosledna in predstavlja redakcijsko napako,¹⁷ saj bi bilo edino smiselno, da je v petem odstavku 404. člena ZGD-1 določeno, da se začne postopek prisilne likvidacije po uradni dolžnosti, če sodišče ugotovi ničnost kapitalne družbe (četrti alineja prvega odstavka 402. člena), in na podlagi sodne odločbe (šesta alineja prvega odstavka 402. člena), ne pa v primeru iz tretje in osme alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1.¹⁸

V primeru iz tretje alineje prvega odstavka 402. člena ZGD-1, torej če poslovodstvo ne deluje več kot šest mesecev, se tako na podlagi tretjega odstavka 404. člena ZGD-1 lahko začne postopek prisilne likvidacije le na predlog upnika ali delničarjev, ki predstavljajo vsaj eno desetino osnovnega kapitala, ne pa tudi po uradni dolžnosti.

V drugi zadevi pa je sodišče druge stopnje odločilo:¹⁹

„Postopek se je začel na predlog Republike Slovenije, Ministrstva za finance, Finančne uprave Republike Slovenije. Iz trditvene in dokazne podlage predloga izhaja, da družbe na prijavljenem naslovu iz sodnega registra družbe ni, tam družba ne posluje, kar je bilo ugotovljeno v postopku davčne izvršbe in izkazano s predloženimi dokazili s strani FURS-a, prav tako pa družba v letu 2017 (predlog je bil vložen 27. 10. 2017) ni oddala nobenih obračunov DDV-ja. Zatrjevano je sodišče vzelo v dejansko podlago svoje odločitve.

Sodišče prve stopnje je izpodbijani sklep sprejelo na podlagi 7. alineje prvega odstavka 521. člena ZGD-1 v zvezi s 522. členom ZGD-1 in tretjim odstavkom 404. člena ZGD-1. ZGD-1 v citirani določbi 521. člena določa, da družba preneha, če poslovodstvo ne deluje več kot šest mesecev. Odločitev sodišča prve stopnje o začetku postopka likvidacije na predlog FURS je sodišče druge stopnje potrdilo.“

V naslednji zadevi pa je sodišče druge stopnje odločilo:²⁰

„Sodišče začne postopek prisilne likvidacije po uradni dolžnosti, če tako določa zakon (1. točka prvega odstavka 420. člena ZFPPIPP). Sodišče prve stopnje je v konkretnem primeru po obvestilu sodnega registra, da je družba prenehala, ker poslovodstvo družbe ni delovalo več kot 6 mesecev (sedma alineja prvega odstavka 521. člena ZGD-1), začelo po uradni dolžnosti postopek prisilne likvidacije nad družbo na podlagi petega odstavka 404. člena v zvezi s 522. členom ZGD-1. Pritožnik ni uspel izpodbiti pravilne ugotovitve sodišča prve stopnje, da poslovodstvo družbe ni delovalo več kot 6 mesecev. Nadaljnje pritožbene trditve o nemotenem poslovanju družbe so glede na dejstvo, da je družba po zakonu prenehala, nepomembne, sicer pa pritožnik o tej trditvi pritožbi ni predložil

17 Mitrovič, nav. delo, str. 154.

18 Osmo alinejo prvega odstavka 402. člena ZGD-1 govori o prenehanju družbe v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala pod minimum, razen pri hkratnem zmanjšanju in povečanju osnovnega kapitala, kar bi se lahko nanašalo na četrti odstavek 404. člena ZGD-1, v katerem je določeno, da predlog za prisilno likvidacijo lahko vložijo vsi upniki ali vsi delničarji, sodišče pa sprejme sklep o likvidaciji, če delničarji ne zagotovijo osnovnega kapitala v višini zakonskega minimuma v roku, ki ga določi sodišče in ne more biti krajši od treh mesecev.

19 VSL sklep Cst 127/2018 z dne 13. 3. 2018.

20 VSL sklep Cst 766/2018 z dne 30. 11. 2016.

nobenega dokaza; iz izjave imenovane upraviteljice pa izhaja, da družba v letu 2016 ni ustvarila nobenih prihodkov, da nima zaposlenih delavcev, da je poslovna dokumentacija neurejena in da družba že od 9. 12. 2014 nima odprtega nobenega transakcijskega računa. Pritožbene trditve, da je bivša direktorica povzročila družbi škodo, pa pri presoji vprašanja zakonitosti sklepa o začetku postopka likvidacije prav tako niso odločilne.

Predlog za začetek postopka prisilne likvidacije lahko vloži tudi upnik, ki pa mora seveda dokazati, da je res upnik.²¹ Po določilu tretjega odstavka 404. člena v zvezi s tretjo alinejo prvega odstavka 402. člena v zvezi s 522. členom ZGD-1 lahko pri sodišču vloži predlog upnik v primeru, če poslovodstvo družbe ne posluje več kot dvanajst (zdaj šest) mesecev. Upnik ni zatrjeval niti dokazoval zakonsko dopustnega razloga za začetek postopka prisilne likvidacije. Če predlagatelj ni upnik družbe, ne more na tej podlagi predlagati njene prisilne likvidacije.“

(LJ) 7. Družbenik po notarju predlaga vpis (svojega) izstopa družbenika iz družbe v skladu z 8. točko (osmim odstavkom) 481. člena ZGD-1. Ta določba ZGD-1 zahteva izpolnitev kumulativnih pogojev za možnost izstopa družbenika iz družbe.²² Vendar navedeni člen ne določa tretjega načina izstopa iz družbe, ki je sicer v skladu s 501. členom ZGD-1,²³ mogoč le pogodbeno ali s tožbo. Osmi odstavek 481. člena ZGD-1 je tako le zakonsko določen razlog za pogodbeni ali sodni izstop iz družbe. Ali je zato predlagani vpis treba zavriniti?

Ob navedenem je treba še konkretizirati drugi kumulativni pogoj iz osmega odstavka 481. člena ZGD-1, ki določa, da „in družbeniki niso soglašali s prodajo poslovnega deleža osebi, ki ni družbenik.“ z navedbo, kateri tretji osebi in za koliko. ...Ali v konkretnem primeru, ker v predlogu predlagatelj ni konkretno pojasnil kateri osebi bi prodal poslovni delež in za kakšno ceno, razlog za izstop družbenika iz družbe ni utemeljen?

Odgovor:

Osmi odstavek 481. člena in 501. člen ZGD-1 sta del 2. oddelka zakona z naslovom: Razmerja med družbo in družbeniki. Osmi odstavek 481. člena ZGD-1 ureja le položaj ob izstopu družbenika iz družbe, ki nastane pri prenosu poslovnega deleža, če (1) nobeden od ostalih družbenikov v družbi ni pripravljen kupiti poslovnega deleža, ki ga družbenik želi prodati, in ga brez njihovega soglasja ne more prodati tretji osebi, ki ni družbenik.

²¹ VSL sklep Cst 32/2014 z dne 4. 2. 2014.

²² Prenos poslovnega deleža: osmi odstavek 481. člena ZGD-1 določa: »Če nobeden od družbenikov ni pripravljen kupiti poslovnega deleža in družbeniki niso dali soglasja za prodajo poslovnega deleža osebi, ki ni družbenik, lahko družbenik izstopi iz družbe.«

²³ Prvi odstavek 501. člena ZGD-1 določa: »Družbena pogodba lahko določi, da sme družbenik iz družbe izstopiti ali da je lahko izključen iz družbe, ter določi pogoje, postopek in posledice izstopa ali izključitve«. Če po družbeni pogodbi o izključitvi družbenika odloča skupščina, se ne uporablja določba tretjega odstavka 506. člena tega zakona.

Če družbenik iz družbe ne bi mogel izstopiti, bi zanj nastala brezizhodna situacija, ker bi moral proti svoji volji ostati družbenik v družbi. V navedenem členu ni podlage za nek tretji način izstopa družbenika iz družbe, ker bi moral biti ta v zakonu urejen.

Pogoje za pogodbeno izključitev ali izstop družbenika in materialnopravne razloge za vložitev tožbe družbenika za izstop iz družbe, na splošno določa 501. člen ZGD-1. Prvi odstavek 501. člena in osmi odstavek 481. člena ZGD-1 je treba uporabiti skupaj, pri čemer je pogoj za izstop že izpolnjen, če so izpolnjeni zakonski znaki iz osmega odstavka 481. člena ZGD-1. V družbeni pogodbi pa je treba določiti postopek izstopa, posledic pa ni treba nujno, ker so posledice prenehanja poslovnega deleža zaradi izstopa (ali izključitve družbenika) določene v 502. členu ZGD-1. V sodni praksi je bilo v zvezi s pogodbeno ureditvijo izstopa oziroma izključitve družbenika iz družbe sprejeto naslednje stališče:²⁴ "Dejstvo, da v družbeni pogodbi niso urejene posledice izključitve, ne more biti razlog za zavrnitev vpisa izključitve družbenikov v register. Posledice izključitve natančno ureja 502. člen ZGD-1, ki se nanaša tako na pogodbeno kakor tudi na sodno izključitev družbenika."

Če so izpolnjeni vsi navedeni pogoji, je treba ugoditi predlogu za vpis ob upoštevanju prvega odstavka 44. člena uredbe.

V zvezi z drugim delom zastavljenega vprašanja o konkretizaciji razlogov iz osmega odstavka 481. člena ZGD-1, je treba navesti le, kateri tretji osebi drugi družbeniki niso dali soglasja za prodajo. S tem je mogoč materialnopravni preizkus pogojev za izstop po osmem odstavku 481. člena ZGD-1. Za odločanje o predlogu za izstop družbenika pa se mi ne zdi pomemben podatek o ponujeni ceni poslovnega deleža. V okviru materialnopravnega preizkusa predloga po 4. točki 34. člena ZSReg je treba ugotoviti, ali so izpolnjene materialno pravne predpostavke iz osmega odstavka 481. člena v zvezi s prvim odstavkom 501. člena ZGD-1.

(N/3) 8. Ali je mogoč odstop zastopnika družbe, ne da bi družbenik/i sprejel/i sklep o razrešitvi, in sicer le na podlagi njegove oziroma njihove odstopne izjave, ki je bila priporočeno poslana družbi? Kakšen je postopek izbrisa zastopnika, če je bil to edini zastopnik družbe?

Odgovor:

Načeloma lahko zakoniti zastopnik odstopi kadarkoli in ne glede na obstoj utemeljenih razlogov, samo ne ob neprimernem času. Ker ZGD-1 ne ureja možnosti in postopka odstopa s funkcije zakonitega zastopnika, teoretiki menijo, da veljajo določbe Obligacijskega zakonika o mandatni pogodbi.²⁵ Ker funkcija imenovanja poslovodje ne more biti prisilna, avtorica meni, da sklep nadzornega sveta ni pogoj za učinkovanje odstopne izjave in posledično prenehanje mandata, če je poslovodjo imenoval nadzorni svet ali skupščine družbenikov o razrešitvi zaradi odstopa. To stališče je bilo že potrjeno v sodni praksi, ko je odstopil eden izmed večih poslovodij več osebne družbe.²⁶

²⁴ III Ips sklep 118/2007 z dne 2. 4. 2010.

²⁵ Novak Krajšek, nav. delo, str. 150.

²⁶ VSK sklep Cpg 323/2014 z dne 9. 10. 2014.

Jedro te odločbe se glasi: "ZGD-1 ne ureja odstopa poslovodje družbe z omejeno odgovornostjo. Zato po prepričanju pritožbenega sodišča zadošča za vpis izbrisa zakonitega zastopnika njegova odstopna izjava (izraz volje, da ne želi več opravljati določene funkcije), ki je v konkretnem primeru edina relevantna listina, saj ima konstitutivne učinke. Ker lahko tako poslovodja z odstopno izjavo doseže prenehanje svoje funkcije, za pretrganje tega razmerja z družbo ni potrebno še delovanje skupščine."

Uredba, kot podzakonski predpis, ki podrobneje ureja in razčlenjuje v zakonu (torej ZGD kot materialnem predpisu) določena razmerja v skladu z namenom in merili zakona, zato v 48. členu (posledično) predpisuje kot obvezno prilogo (le) sklep skupščine ali drugega pristojnega organa, saj brez sklepa skupščine ali drugega pristojnega organa ni mogoče veljavno odpoklicati poslovodje.

Prvi odstavek 28. člena ZSReg določa, da mora predlagatelj priložiti listine, na katerih temeljijo podatki, ki se vpisujejo v sodni register, ter druge listine, če zakon tako določa, v izvirniku oziroma overjenem prepisu. Gre za listine, ki jih predpisujejo materialnopravni predpisi, ki urejajo njihov vpis v sodni register. Kot rečeno, ZGD- 1 ne ureja odstopa poslovodje družbe z omejeno odgovornostjo. V sklepu Vrhovnega sodišča RS III Ips 37/2010,²⁷ (ki je, po mnenju pritožbenega sodišča, kot *obiter dictum* nakazala, da je predložitev sklepa skupščine ali drugega pristojnega organa predpostavka za izbris poslovodje iz sodnega registra, in to ne glede na razlog za prenehanje funkcije), česar pa pritožbeno sodišče zaradi zgoraj navedenih razlogov ni upoštevalo. Poleg tega je revizijsko sodišče odločalo le v okviru pravnega vprašanja, ali je podana sodna pristojnost za odločanje o odstopu poslovodje družbe z omejeno odgovornostjo (7. točka odločbe). V tem primeru, ki ga je obravnavalo Vrhovno sodišče RS (VS RS), je sicer šlo za družbo z enim družbenikom, za katero veljajo posebna določila (glej 526. člen ZGD- 1). Iz te odločbe pa tudi ni razvidno, za kakšno odstopno izjavo je šlo (za nepreklicni odstop ali pa je odstopajoči poslovodja v odstopni izjavi zahteval svojo razrešitev).

Če je zakoniti zastopnik, ki je odstopil, edini zastopnik družbe, mu je treba za vložitev predloga za vpis spremembe (odstopa) zakonitega zastopnika v subjektu vpisa, priznati položaj udeleženca v postopku (17. člen ZSReg), ker ima pravni interes za vpis takega podatka v sodni register. Enak položaj bi bilo treba priznati tudi družbeniku v, enoosebni družbi, ko je zakoniti zastopnik in družbenik ista oseba ali kadar gre za več osebno družbo. Stališče, da predlog za vpis spremembe zakonitega zastopnika lahko vloži tudi družbenik družbe, je bilo v sodni praksi že sprejeto.²⁸

Kakšna je pravna posledica za družbo, ki nima več zakonitega zastopnika?

Po drugem odstavku 50. člena ZGD-1 lahko vsakdo, ki ima pravni interes v nepravdnem postopku, v nujnem primeru predlaga sodno imenovanje poslovodje.

Če poslovodstvo ne deluje več kakor šest mesecev, lahko upniki, družbeniki pri sodišču predlagajo izvedbo postopka sodne likvidacije (3. alineja prvega odstavka

²⁷ Pomen te odločbe je bil pojasnjen v : Balažic, nav. delo, str. 324.

²⁸ VSL sklep IV Cpg 551/2013 z dne 29. 5. 2013.

402. člena, sedma alineja 521. člena in tretji odstavek 404. člena ZGD-1). Pri tem je treba opozoriti, da ni mogoče enačiti pojma nedelovanja posloводства z dejstvom, da poslovodja v subjektu vpisa ni vpisan.

V sodni praksi je bilo o tem že oblikovano stališče:²⁹

„Samo dejstvo, da zakoniti zastopnik ni vpisan v register, ne zadošča za sklep, da poslovodstvo ne deluje, ob upoštevanju, da je vpis zastopnika v sodni register deklaratorne narave.

Upnika s predloženimi listinami utemeljeno izpodbijata ugotovitev sodišča prve stopnje o nedelovanju posloводства subjekta vpisa od 13. 2. 2013 dalje, saj je delovalo najmanj ob oddaji letnega poročila za leto 2014 dne 4. 5. 2015 in ob podpisu aneksa 13. 5. 2015 z drugim upnikom. Prenehanje družbe je izjema, in te je treba razlagati ozko. Glede na predložene listine in ugotovitev, da je poslovodstvo delovalo maja 2015, drugi upnik pa je predložil še zahtevo za vračilo sredstev za sofinanciranje po pogodbi z dne 3. 6. 2016, ki jo je poslal subjektu vpisa, obstaja verjetnost, da poslovodstvo deluje kljub izbrisu zastopnika iz sodnega registra 13. 2. 2013 tudi po začetku veljavnosti novele ZGD-1 18. 8. 2015. Ugotovitev o nedelovanju posloводства mora biti nedvoumna.“

9. Preverjanje družbenikov družb: pri tujcih lahko preverimo omejitve po 10. a členu ZGD-1 le v CKE, FURS, IRSD, ne vemo, pa ali dejansko obstajajo ovire (v tujini nimamo možnosti preverjanja). Tako so tuji državljani v prednosti pred našimi.

Enako velja pri osebah, pooblaščenih za zastopanje.

Odgovor:

Kot izhaja že iz vprašanja, v drugih državah ni mogoče preverjati naših državljanov glede omejitev po 10. a členu ZGD-1. Enako kot tuji državljani v Republiki Sloveniji, za katere naša država nima podatkov iz njihove države, so tudi naši državljani v tujini glede tega v boljšem položaju od domačinov.

Dokler ti položaji vsaj za EU ne bodo urejeni v kakšni direktivi Evropskega parlamenta, rešitve za opisani procesni položaj ni ne za naše državljane v tujini ne za tujce pri nas.

²⁹ VSC sklep Cpg 242/2016 z dne 30. 11. 2016.

SEZNAM LITERATURE IN DRUGIH VIROV:

- Balažic, Vladimir. Pravosodni bilten, 2014, letn. 35, št. 2, str. 321–324.
- Mitrović, Nada. Prenehanje družb in drugih subjektov po zakonu, Pravosodni bilten, 2017, letn. 38, št. 3, str. 149–156.
- Novak Krajšek, Darja. Spremembe v članstvu organov vodenja in nadzora kapitalskih družb. Pravosodni bilten, 2015, letn. 36, št. 2, str. 143–153.
- Polajnar Pavčnik, Ada. V: Obligacijski zakonik s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2003, splošni del, 1. knjiga, str. 368.
- Zeilhofer Orehek, Ksenija, Pravosodni bilten 2015, let. 36, št. 2, str. 203–209.
- Zima Jenull, Tadeja, Povzetek razprave o aktualnih vprašanjih z registrske šole 2018-2,
- Pravosodni bilten 2018, letn. 39, št. 3, str. 163–181.

POVZETEK RAZPRAVE O AKTUALNIH VPRAŠANJIH Z REGISTRSE ŠOLE 2019¹

Renata Horvat, višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

1. SODNI REGISTER KOT JAVNA KNJIGA

Predlagatelj – notar na željo stranke predlogu ni priložil celotnega besedila pogodbe o prenosu poslovnega deleža, saj naj bi ta del pogodbe vseboval podatke, ki so poslovna skrivnost strank. Po naši odredbi in pozivu, da mora biti listina priložena v celoti, je notar celotno listino nato tudi priložil. Pri tem primeru se je zastavilo vprašanje:

Komu mora in lahko sodni register omogoči vpogled v zbirko listin določene družbe (razen družbeniku, zastopniku ali upniku oziroma osebi, ki izkaže pravni interes)?

Ker listine vsebujejo podatke o višini premoženja oseb (npr. sklepi o dedovanju), lastništvu nepremičnin, višini kupnine za poslovne deleže (npr. pogodbe o prenosu poslovnih deležev), je popolnoma upravičena zaskrbljenost strank, da bi želel kdo vpogledati v njihove listine le zaradi radovednosti ali škodoželjnosti. Menimo, da to ni nekaj, kar bi bilo v splošnem družbenem interesu in lahko določeni fizični ali pravni osebi naredi veliko škode.

Odgovor:

Zgoraj navedeni vprašanja se nanašata na področje varstva poslovne skrivnosti in področje varstva osebnih podatkov.

1.1 Varstvo poslovne skrivnosti

Področje poslovne skrivnosti, pravila določitve in varstva poslovne skrivnosti pred njeno protipravno pridobitvijo, uporabo in razkritjem ureja Zakon o poslovni skrivnosti (ZPosS), ki je bil objavljen v Uradnem listu RS, št. 22/19 dne 5. 4. 2019 in je začel veljati 20. 4. 2019. S tem zakonom se v slovenski pravni red prenaša Direktiva (EU) 2016/943 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2016 o varstvu nerazkritega strokovnega znanja in izkušenj ter poslovnih informacij (poslovnih skrivnosti) pred njihovo protipravno pridobitvijo, uporabo in razkritjem (UL L št. 157 z dne 15. 6. 2016, str. 1).

¹ Prispevek so za objavo prirejeni odgovori na vprašanja iz prakse registrskih sodišč in notarjev, ki so se obravnavala v okviru Registrske šole 2019, ki je potekala 8. in 9. maja 2019 v Podčetrtku. Vanj so vključene tudi rešitve, ki so se v razpravi na delavnici izkazale kot najprimernejše. Izoblikovana stališča so nezavezujoči pripomoček pri oblikovanju sodne prakse.

V slovenski zakonodaji je bila do sprejetja ZPosS temeljna opredelitev poslovne skrivnosti podana v 39. členu ZGD-1, varstvo poslovne skrivnosti pa je bilo urejeno v 40. členu ZGD-1 in tudi v drugih področnih zakonih, ki imajo namen varstva poslovne skrivnosti, to je varstvo konkurenčnih prednosti podjetja.² ZPosS je v ZGD-1 besedilo 39. člena spremenil tako, da se glasi: „Za poslovno skrivnost se štejejo informacije, ki izpolnjujejo zahteve za poslovno skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja poslovne skrivnosti,“ torej v skladu z ZPosS. 40. člen ZGD-1 pa je ZPosS črtal (12. člen ZPosS).

Glavna razloga za pripravo ZPosS sta bila prenos zgoraj navedene direktive in celostna ureditev področja poslovne skrivnosti (materialne in procesne določbe v skupnem aktu).³

ZPosS v 2. členu podaja opredelitev poslovne skrivnosti. Poslovna skrivnost tako zajema nerazkrito strokovno znanje, izkušnje in poslovne informacije, ki izpolnjujejo naslednje zahteve: 1. je skrivnost, ki ni splošno znana ali lahko dosegljiva osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij, 2. ima tržno vrednost in 3. imetnik poslovne skrivnosti je v danih okoliščinah razumno ukrepal, da jo ohrani kot skrivnost. Domneva se, da je zahteva iz 3. točke izpolnjena, če je imetnik poslovne skrivnosti informacijo določil kot poslovno skrivnost v pisni obliki in s tem seznanil vse osebe, ki prihajajo v stik ali se seznanijo s to informacijo, zlasti družbenike, delavce, člane organov družbe in druge osebe (drugi odstavek 2. člena ZposS). Za poslovno skrivnost se tako štejejo le tiste informacije, ki kumulativno izpolnjujejo vse tri zgoraj navedene pogoje, ki so opredeljeni po objektivnem in subjektivnem merilu. Gre za bistveno razliko med dosedanjimi opredelitvijo poslovne skrivnosti, ki je bila določena v 39. členu ZGD-1 in po kateri je prevladovalo subjektivno merilo pri določitvi poslovne skrivnosti, saj so se za poslovno skrivnost šteli podatki, za katere je tako določila družba s pisnim sklepom. Takšen sklep bo odslej izpolnitev le enega od treh meril poslovne skrivnosti. Opredelitev poslovne skrivnosti tako izključuje nepomembne informacije ter izkušnje, znanja in spretnosti, ki jih zaposleni pridobijo v okviru običajnih službenih nalog, prav tako pa tudi izključuje informacije, ki so splošno znane ali lahko dostopne osebam v krogih, ki se običajno ukvarjajo s to vrsto informacij.⁴

ZPosS v 4. členu določa, kdaj se pridobitev poslovne skrivnosti šteje za zakonito. Tako za zakonito pridobitev poslovne skrivnosti velja tudi pridobitev, uporaba ali razkritje poslovne skrivnosti, če tako pridobitev, uporabo ali razkritje zahteva ali

2 Zakon o delovnih razmerjih v 38. členu določa obveznost varovanja poslovne skrivnosti kot temeljno obveznost delavca. Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence poslovno skrivnost opredeljuje kot podatke, katerih razkritje bi pomenilo nastanek občutne škode in ki so znani omejenemu krogu oseb (17. točka prvega odstavka 3. člena). Protipravno pridobivanje poslovne tajnosti drugega podjetja ali neupravičeno izkoriščanje zaupne poslovne tajnosti drugega podjetja se v skladu s tretjim odstavkom 63. a člena ZPOmK-1 šteje za dejanje nelojalne konkurence, ki je prepovedano. Kršitev poslovne skrivnosti je dejanje, s katerim se drugemu povzroči škoda, takšno ravnanje pa je prepovedano že v okviru splošnih načel Obligacijskega zakonika (10. člen). Posebne določbe glede varovanja zaupanja pa so v OZ v okviru licenčne (714. člen OZ) in posredniške pogodbe (844. člen OZ). Kazenski zakonik pa med kazniva dejanja zoper gospodarstvo med drugim uvršča tudi kaznivo dejanje izdaje in neupravičene pridobitve poslovne skrivnosti (236. člen KZ-1).

3 Predlog Zakona o poslovnih skrivnostih (EVA, 2017-2130-0032), www.mrgt.gov.si (3. 5. 2019).

4 Prav tam.

dovoli zakon,⁵ predpisi Evropske unije ali ga stranki nalaga pravnomočna in izvršljiva sodna odločba ali za namene preiskave zahteva preiskovalna komisija Državnega zbora Republike Slovenije, kadar v skladu z zakonom, ki ureja parlamentarno preiskavo, izvaja preiskavo (drugi odstavek 4. člena ZPosS).

ZPosS v 5. členu opredeljuje, kdaj so pridobitev, uporaba in razkritje poslovne skrivnosti protipravni. V nadaljnjih členih (od 6. do 11. člena) pa ureja postopke v zvezi s kršitvijo pravic poslovne skrivnosti (tožbo, začasne odredbe).

Zahteva za varstvo poslovne skrivnosti velja tudi v postopkih vpisov v sodni register, saj se nekatere listine, ki se predložijo sodnemu registru, javno objavijo na spletnih straneh AJPES (tretji odstavek 7. člena ZSReg), do drugih pa je mogoče priti na zahtevo za izpis ali prepis vsebine (48. a člen ZSReg) oziroma na zahtevo po vpogledu vanje. Ker navedene listine lahko vsebujejo podatke, ki so poslovna skrivnost, mora že predlagatelj zagotoviti varstvo teh podatkov. ZSReg ne vsebuje določb, ki bi urejale, kako postopati v primeru, ko listine, ki so predložene sodnemu registru, vsebujejo podatke, ki so poslovna skrivnost. Zato bi bilo glede na določbo 19. člena ZSReg v zvezi s 37. člena Zakona o nepravdnem postopku (ZNP) treba smiselno uporabiti 219. b člen Zakona o pravdnem postopku (ZPP), ki vsebuje določbe za ravnanje sodišča v primerih, ko dokazi vsebujejo poslovne skrivnosti. Vendar pa so te (kot bo to razvidno iz njihovih navedb v nadaljevanju) prilagojene namenu dokaznega postopka, ki je v dokazovanju dejstev, na katera stranke opirajo svoje zahtevke oziroma izpodbijajo navedbe in dokaze nasprotnikov. Po določbi prvega odstavka 219. b člena ZPP tako lahko sodišče s sklepom naloži nasprotni stranki, da razkrije podatke, ki so poslovna skrivnost, če presodi, da njihovo razkritje zaradi zagotovitve pravice do sodnega varstva stranke objektivno prevlada nad interesom nasprotne stranke za varovanje teh podatkov kot poslovne skrivnosti. V skladu z določbo drugega odstavka 219. b člena ZPP pa lahko sodišče glede na okoliščine primera in ob upoštevanju sorazmernosti posega naloži stranki razkritje poslovnih skrivnosti na način, da: – pripravi in predloži različice listin, na katerih so prekriti deli, ki vsebujejo poslovne skrivnosti, če oceni, da celotno razkritje listin ni nujno; – omogoči izvedencu ali tretji osebi, ki jo sporazumno določita obe stranki, da pregleda listine ali predmete, ki vsebujejo poslovne skrivnosti, sodišče pada navodila izvedencem ali tretji osebi za pripravo povzetkov v obliki, ki ne vsebuje poslovnih skrivnosti; – v celoti razkrije podatke, ki so poslovna skrivnost. Dokazno breme o obstoju poslovne skrivnosti nosi stranka, ki to zatrjuje (četrti odstavek 219. b člena ZPP).

Zgoraj navedene določbe se v postopku za vpis v sodni register lahko smiselno uporabljajo tako, da predlagatelj na listini, ki jo predloži sodnemu registru (družbeni pogodbi, statutu ipd.), prekrije dele, ki vsebujejo poslovno skrivnost (pod pogojem, da se ti ne nanašajo na obvezne sestavine posamezne listine). Pri tem mora navesti podlago za določitev podatkov za poslovno skrivnost (na primer sklep družbe). Prav pa bi bilo, da bi predlagatelj sodišču predložil obe listini, tisto, ki vsebuje poslovne skrivnosti, in različico listine, na kateri so prekriti deli, ki vsebujejo poslovne skrivnosti.

5 Na primer Zakon o pravdnem postopku v 219. b členu.

Menim, da bi bilo v ZSReg treba urediti, kako postopata predlagatelj in sodišče v primeru, ko listine, ki se predložijo sodnemu registru, vsebujejo poslovne skrivnosti. V postopkih javnega naročanja, na primer, 12. člen Zakona o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN)⁶ določa, da so odločitve in dokumentacija v predrevizijskem, revizijskem in sodnem postopku po sprejemu odločitve o zahtevku za revizijo, pritožbi ali tožbi za ugotovitev ničnosti pogodbe javne, razen osebnih podatkov, delov, ki so tajni v skladu z zakonom, ki ureja tajne podatke, in delov, ki so označeni kot poslovna skrivnost v skladu z zakonom, ki ureja gospodarske družbe. 35. člen Zakona o javnem naročanju (ZJN)⁷ pa zapoveduje naročniku, da ne sme razkriti informacij, ki mu jih gospodarski subjekt predloži in označi kot poslovno skrivnost, kot to določa zakon, ki ureja gospodarske družbe, če ta ali drug zakon ne določa drugače.

Vse dokler področje poslovne skrivnosti ne bo posebej urejeno v ZSReg, predlagam, da se smiselno uporabljajo določbe 219. b člena ZPP tako, kot je navedeno zgoraj.

1.2 Varstvo osebnih podatkov

Področje varstva osebnih podatkov je urejeno v Zakonu o varstvu osebnih podatkov (ZVOP-1)⁸ in v Uredbi (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. 4. 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES (splošna uredba o varstvu podatkov), ki se je začela uporabljati 25. maja 2018 (GDPR). ZVOP-1 v 1. točki prvega odstavka 6. člena določa, da je osebni podatek katerikoli podatek, ki se nanaša na posameznika, ne glede na obliko, v kateri je izražen. Posameznik pa je določena ali določljiva fizična oseba, na katero se nanaša osebni podatek; fizična oseba je določljiva, če jo je mogoče neposredno ali posredno identificirati, predvsem s sklicevanjem na identifikacijsko številko ali enega ali več dejavnikov, ki so značilni za njeno fizično, fiziološko, duševno, ekonomsko, kulturno ali družbeno identiteto, pri čemer način identifikacije ne povzroča velikih stroškov, nesorazmerno velikega napora ali ne zahteva veliko časa (2. točka prvega odstavka 6. člena ZVOP-1).

V skladu z določbo 1. točke 4. člena GDPR je osebni podatek katerakoli informacija v zvezi z določenim ali določljivim posameznikom, določljivi posameznik pa je tisti, ki ga je mogoče neposredno ali posredno določiti, zlasti z navedbo identifikatorja, kot so ime, identifikacijska številka, podatki o lokaciji, spletni identifikator, ali z navedbo dejavnika ali več dejavnikov, značilnih za fizično, fiziološko, genetsko, duševno, gospodarsko, kulturno ali družbeno identiteto tega posameznika.

Zakon o sodnem registru (ZSReg) vsebuje nekaj določb, ki so odraz zahteve po varstvu osebnih podatkov. Tako v prvem odstavku 48. c člena določa, da objava podatkov o subjektu vpisa na spletnih straneh agencije po 1. točki drugega odstavka 7. člena ZSReg in izpis iz sodnega registra, ki se izda po 48. členu ZSReg, ne smeta vsebovati EMŠO družbenikov, zastopnikov in članov organa nadzora subjekta vpisa. Sodišče pa lahko izda izpis iz sodnega registra, ki vsebuje tudi EMŠO zastopnika, družbenika ali člana organa nadzora tega subjekta

6 Uradni list RS, št. 43/11, 60/11 – ZTP-D, 63/13, 90/14 – ZDU – 1I in 60/17.

7 Uradni list RS, št. 91/15 (ZJN-3), 14/18 (ZJN-3A).

8 Uradni list RS, št. 86/04, 113/05 – ZInfP, 51/07 – ZUstS-A, 67/07.

vpisa samo v teh primerih: 1. izpis glede posameznega subjekta, če ga zahteva družbenik, zastopnik, ali član organa nadzora tega subjekta vpisa, 2. izpis glede vseh subjektov vpisa, pri katerih je posamezna oseba upravičena do podatkov iz 51. člena ZSReg (državni organi in stečajni upravitelji), če izpis zahteva ta oseba (drugi odstavek 48. c člena ZSReg).

Objava vpisa v sodni register po 43. členu ZSReg,⁹ listine iz 1. točke tretjega odstavka 7. člena ZSReg in prevoda podatkov po 46. a členu ZSReg ne sme vsebovati: 1. EMŠO družbenikov, zastopnikov in članov organa nadzora subjekta vpisa, 2. osebnih podatkov posameznikov, ki niso družbeniki, zastopniki ali člani organov nadzora subjekta vpisa, 3. osebnih podatkov družbenikov, zastopnikov ali članov organa nadzora subjekta vpisa, ki niso neposredno povezani z upravljanjem teh funkcij (tretji odstavek 48. c člena ZSReg).

Odgovornost sodišča je, da je vsebina listine, ki se objavi po 1. točki tretjega odstavka 7. člena ZSReg, ali vsebina prevoda podatkov, ki se objavi po 46. a členu ZSReg, v skladu s tretjim odstavkom 48. c člena ZSReg. Če predlagatelj predlogu priloži listino z vsebino, ki je v nasprotju z navedenim odstavkom, mu sodišče v skladu s prvim odstavkom 30. člena ZSReg odredi, da odpravi to nepravilnost tako, da namesto listin z nepravilno vsebino predlogu priloži listine z vsebino, ki je v skladu s prej navedenim odstavkom (četrti odstavek 48. c člena ZSReg). Poleg sodišča je tudi notar odgovoren, da je vsebina priložene listine, ki se objavi po prvi točki tretjega odstavka 7. člena ZSReg, v skladu s prejšnjim odstavkom.

Če sodišče, agencija ali notar izda izpis listine po 48. a členu ZSReg, mora na izpisu prekriti podatke iz tretjega odstavka 48. c člena ZSReg, razen če izpis listine zahteva oseba iz 51. člena ZSReg (peti odstavek 48. c člena ZSReg).

Zgoraj navedene določbe ZSReg se torej nanašajo le na varstvo nekaterih osebnih podatkov.¹⁰ Listine, ki so predložene sodnemu registru, pa lahko vsebujejo tudi druge osebne podatke, ki so predmet varstva po ZVOP-1. To so na primer podatki o premoženju, ki je bilo (poleg poslovnega deleža) predmet dedovanja (o premičinah, nepremičninah, denarnih sredstvih ipd.), navedeni v sklepu o dedovanju. Ker in če gre za osebne podatke, ki niso pomembni za predlagani vpis, jih mora predlagatelj (notar), ob smiselni uporabi četrtega v zvezi s tretjim odstavkom 48. c člena ZSReg prekriti, pri čemer mora navesti, da gre za osebne podatke in tudi, za katere vrste osebnih podatkov gre. V skladu z določbo 83. člena ZVOP-1 se osebni podatki iz javne knjige, urejene z zakonom, lahko uporabljajo le v skladu z namenom, za katerega so bili zbrani, ali se obdelujejo, če je zakoniti namen njihovega zbiranja ali obdelave določen ali določljiv, kar pa velja tudi za osebne podatke na listinah, ki so v zbirki listin.

9 Po prvem odstavku 43. člena ZSReg je treba vsak vpis v sodni register in predložitev listin objaviti na spletnih straneh agencije, namenjenih javni objavi vpisov v sodni register.

10 Primeri osebnih podatkov: ime in priimek, rojstni datum, domači naslov, spol, številka socialnega zavarovanja, veroizpoved, podatki o zdravstvenem stanju, denarnih in drugih prihodkih, premoženju, življenjskih navadah, inteligenčnem kvocientu, denarnih nadomestilih iz različnih naslovov, o dobičku, zaposlitvi in boniteti (iz poročila avstrijskega odbora za ustavno pravo, glej RIJAVEC, Vesna. Problemi varstva osebnih podatkov v sodnih postopkih v zvezi s procesnimi dejanji strank. Podjetje in delo, 1996, št. 5-6, str. 921–935), naslov elektronske pošte, na primer ime.priimek@podjetje.si, številka osebne izkaznice, podatki o lokaciji, naslov IP, oznaka piškotka, identifikator za oglaševalce na telefonu.

1.3 Vpogled v zbirko listin

Sodni register razen družbeniku in zastopniku omogoči vpogled v zbirko listin tudi državnim organom in stečajnim upraviteljem za potrebe izvajanja svojih pooblastil in dolžnosti (drugi odstavek 51. člena ZSReg). Državno tožilstvo ima pravico zahtevati od državnih organov, organov samoupravnih lokalnih skupnosti in nosilcev javnih pooblastil ter drugih organov iz drugega odstavka 180. člena Zakona o državnem tožilstvu (ZDT-1), če za to obstaja pravna podlaga, da mu pošljejo ustrezne podatke, listine, spise, predmete ali obvestila, ki jih potrebuje za izvajanje svoje pristojnosti iz prvega in drugega odstavka 184. člena ZDT-1 (obdelava osebnih in drugih podatkov; prvi odstavek 184. člena ZDT-1).

V okviru zagotavljanja javnosti zbirke listin sodni register lahko dovoli vpogled v zbirko listin tudi drugim osebam, vendar tako, da ne razkrije podatkov, ki so označeni kot poslovna skrivnost (v skladu z ZPosS), ter tako, da zagotovi varovanje osebnih podatkov (v skladu z ZVOP - 1).

2. OBVEŠČENOST DRUŽBENIKOV O NAMERAVANI PRODAJI ALI PODARITVI POSLOVNIH DELEŽEV TRETJI OSEBI ALI OBSTOJEČEMU DRUŽBENIKU – PREDKUPNA PRAVICA (481. ČLEN ZGD-1)

Ali lahko sodišče zahteva listine glede dokazila o obveščeni o nameravani odsvojitvi poslovnih deležev osebam, ki imajo predkupno pravico, ki jih je izstopajoči družbenik poslal drugim družbenikom, ali zadošča, da samo notar v pogodbi ugotovi, da so bili drugi družbeniki o prodaji obveščeni in s prodajo soglašajo ter ne uveljavljajo predkupne pravice?

Odgovor:

ZGD-1 v četrtem odstavku 481. člena določa, da imajo družbeniki v primeru prodaje poslovnega deleža tretji osebi (ki še ni družbenik) prednostno pravico odkupa deleža. Zato mora družbenik, ki namerava prodati svoj poslovni delež, druge družbenike pisno obvestiti o nameravani prodaji in pogojih prodaje ter jih pozvati, da mu sporočijo svojo morebitno pripravljenost za nakup v enem mesecu od prejema obvestila (peti odstavek 481. člena ZGD-1). Morebitna kršitev te zahteve pa še ne pomeni, da je pogodba o odsvojitvi poslovnega deleža neveljavna. Prizadeti družbenik ima v takem primeru le pravico, da v skladu s 512. členom Obligacijskega zakonika (OZ) v šestih mesecih, odkar je izvedel za prodajno pogodbo, zahteva, da se ta pogodba razveljavi in poslovni delež pod enakimi pogoji proda njemu. Dokler pogodba ni razveljavljena, je veljavno sklenjena.¹¹

Iz določbe četrtega odstavka 481. člena ZGD-1 izhaja, da predkupna pravica družbenikov ni določena kogentno, saj jo z izrecno določbo v pogodbi lahko družbeniki odpravijo. V tem primeru je dopuščen prosti prenos deležev.¹²

¹¹ Prim. IV Cpg 11/2003 z dne 20. 3. 2003.

¹² ZABEL, Bojan v Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2014, str. 854.

Četudi torej družbenik o nameravani prodaji svojega poslovnega deleža ni pisno obvestil drugih družbenikov v skladu s petim odstavkom 481. člena ZGD-1, obstaja možnost, da ti ne bodo izpodbijali prodajne pogodbe v skladu s 512. členom OZ.

Glede na zgoraj navedeno sodišču ni treba priložiti dokazil o pisnem obvestilu drugih družbenikov o nameravani prodaji. Predložitve takšnih dokazil ne zahteva niti Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (uredba).¹³

Prednostne pravice družbenikov pa ni, če se poslovni delež prodaja osebi, ki je že družbenik te družbe.¹⁴ Prav tako prednostne pravice ni, kadar ne gre za prodajo, pač pa brezplačno odsvojitve poslovnega deleža. Tako tudi v primeru, če se poslovni delež brezplačno prenaša na drugega družbenika te družbe, obveščanje drugih družbenikov ni potrebno.¹⁵ Lahko pa družbena pogodba brezplačno odsvojitve deleža tretjim osebam prepove, saj gre lahko pri taki odsvojitvi za izogibanje prednostni pravici drugih družbenikov. Družbena pogodba prav tako lahko prednostno pravico družbenikov povsem izključi ali pa jo omeji tako, da pripada le nekaterim družbenikom.

Registrsko sodišče ob preizkusu predloga za vpis spremembe družbenika v sodni register zaradi prodaje poslovnega deleža torej ne zahteva predložitve dokazil o pisnem obvestilu drugih družbenikov o nameravani prodaji. Dovolj je, da notar v pogodbi ugotovi, da so bili drugi družbeniki o prodaji obveščeni in s prodajo soglašajo ter ne uveljavljajo predkupne pravice.

3. IZJAVA LASTNIKA OBJEKTA

Kako je s podpisniki na izjavi lastnika objekta, ko je lastnik nepremičnine MERCATOR, d. d., saj imajo štirje člani uprave vpisano skupno zastopanje družbe in nato navedene neke omejitve in posebnosti, notar pa je potrdil upravičenost za zastopanje samo predsedniku uprave na podlagi vpogleda v PRS?

Ali je notarjeva odločitev pravilna ali pa bi morali biti podpisniki vsi štirje člani uprave z vpisanim skupnim zastopanjem?

Odgovor:

ZGD-1 v drugem odstavku 266. člena določa, da kadar ima uprava več članov, zastopajo družbo skupno, če statut ne določa drugače. Skupno zastopanje s strani veččlanske uprave je torej pravilo, ki se uporablja tako za aktivno izjavljanje volje kakor tudi pasivno zastopanje (sprejemanja izjav). Medtem ko že zakon v tretjem odstavku 266. člena ZGD-1 dopušča posamično pasivno zastopanje (saj pri skupnem zastopstvu učinkuje izjava volje, dana kateremukoli članu uprave, proti družbi kot celoti, če so pooblaščeni vsi skupaj), se lahko drugačno aktivno zastopanje določi s statutom (drugi odstavek 266. člena ZGD-1). Statut družbe ali nadzorni svet, če je to

¹³ Uradni list RS, št. 43/07, 5/10, 25/14, 54/15 in 1/18.

¹⁴ Prav tam, str. 854.

¹⁵ Več o tem NOVAK Krajšek, Darja. Registrska problematika sprememb družbenikov v družbah z omejeno odgovornostjo. *Pravosodni bilten*, 2015, str. 155–157

s statutom predvideno, pa lahko določi, da so za zastopanje pooblašчени člani uprave posamično ali skupaj vsaj dva člana uprave ali član uprave skupaj s prokuristom (četrti odstavek 266. člena ZGD-1). Statut oziroma nadzorni svet v skladu s statutom torej lahko določi naslednje načine zastopanja: 1. posamično zastopanje; v takšnem primeru ima vsak član pravico sam zastopati (tako aktivno kot pasivno) delniško družbo, 2. nepravno skupno zastopanje, pri katerem lahko posamezni člani uprave zastopajo družbo le skupaj s prokuristom in 3. modificirano skupno zastopanje, pri katerem so za zastopanje družbe upravičeni skupaj posamezni člani (npr. dva člana skupaj), pri čemer drug član oziroma drugi člani na ta način ne pridobijo pravice do posamičnega zastopanja, temveč jim preostane pravica do skupnega zastopanja vseh članov uprave, lahko pa statut predvidi npr. skupno zastopanje dveh članov, drugim pa podeli pravico do posamičnega zastopanja.¹⁶

Če torej v statutu ni določeno drugače, velja, da člani uprave zastopajo družbo skupno. V takem primeru morajo izjavo lastnika objekta iz četrtega odstavka 6. člena uredbe podpisati vsi člani uprave.

V konkretnem primeru (Mercator, d. d.) je v sodni register za predsednika uprave vpisano, da zastopa družbo samostojno, razen poslov, povezanih z večinskim družbenikom ali z njim povezanimi družbami, kjer je zastopanje skupno, sprejemanje odločitev pa soglasno.

Postopanje notarja je bilo torej v danem primeru pravilno.

4. DEJAVNOST PRI SKUPNOSTI LASTNIKOV

Katera je pravilna vpisana dejavnost pri skupnosti lastnikov stanovanj?

Ali je pravilna samo dejavnost s šifro 68.320 – upravljanje nepremičnin za plačilo ali po pogodbi, ali je mogoča še katera druga?

Odgovor:

Stanovanjski zakonik (SZ-1) v 72. členu določa, da lahko etažni lastniki sprejmejo sklep, da se za upravljanje večstanovanjske stavbe ustanovi skupnost lastnikov kot pravna oseba. Takšen sklep se lahko sprejme samo s soglasjem vseh etažnih lastnikov. Skupaj s sklepom o ustanovitvi skupnosti lastnikov morajo etažni lastniki sprejeti statut. Skupnost lastnikov pridobi lastnost pravne osebe z vpisom v sodni register (prvi odstavek 75. člena SZ-1). Skupnost lastnikov je po določbi 76. člena SZ-1 pravno sposobna samo za sklepanje poslov upravljanja te večstanovanjske stavbe in ne sme opravljati nobene druge dejavnosti. Za obveznosti skupnosti lastnikov do tretjih oseb so vsi člani solidarno odgovorni (81. člen SZ-1).

Iz zgoraj navedenih določb izhaja, da se skupnost lastnikov registrira zaradi upravljanja svoje večstanovanjske stavbe, za opravljanje tistih poslov, ki bi jih sicer opravljal za to registrirani upravnik.¹⁷

¹⁶ BRATINA, Borut v Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2014, str. 123–125.

¹⁷ STARIČ - STRAJNAR, Barbara. Organiziranje skupnosti lastnikov stanovanj. *Pravna praksa*, 1996, št. 20, str. 14.

Upravnik v skladu z določbo četrtega odstavka 118. člena Stvarnopravnega zakonika izvaja sklepe etažnih lastnikov, zagotavlja redno vzdrževanje in obratovanje skupnih delov, porazdelitev in izterjavo obveznosti, upravlja rezervni sklad in skupni denar ter zastopa etažne lastnike v poslih upravljanja in v imenu drugih lastnikov vloži izključitveno tožbo ter tožbo za plačilo stroškov in obveznosti, ki bremenijo etažnega lastnika.¹⁸

Obratovanje večstanovanjske stavbe je sklepanje in izvrševanje poslov, ki so potrebni za zagotavljanje pogojev za bivanje in osnovni namen večstanovanjske stavbe kot celote ter za uporabo skupnih delov večstanovanjske stavbe. Za posle obratovanja se štejejo zlasti zagotavljanje dobav in storitev za skupne dele, dobav in storitev za posamezne dele večstanovanjske stavbe, če naprave večstanovanjske stavbe ne omogočajo individualnega odjema in obračuna dobav in storitev za posamezne dele, varstvo pred požarom in zagotavljanje drugih ukrepov za zaščito in reševanje, čiščenje skupnih prostorov, hišniška opravila, deratizacija in podobno (tretji odstavek 25. člena SZ-1).

Vzdrževanje večstanovanjske stavbe pa je sklepanje in izvrševanje poslov, ki so potrebni za to, da se ohranijo pogoji za bivanje in osnovni namen večstanovanjske stavbe kot celote. Za vzdrževanje se šteje izvedba vseh del v skladu s predpisi o graditvi objektov ter zagotavljanje delovanja sistemov varstva pred požarom in drugih ukrepov za zaščito in reševanje (četrti odstavek 25. člena SZ-1).

Skupnost lastnikov se glede na zgoraj navedeno lahko registrira le za opravljanje dejavnosti upravljanja nepremičnin pod šifro 68.320 Standardne klasifikacije dejavnosti.

5. IZJAVA LIKVIDACIJSKEGA UPRAVITELJA

Ali mora biti izjava likvidacijskega upravitelja, podana v skladu s 410. členom ZGD-1, overjena ali ne (5. člen Uredbe o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register določa, da morajo biti podpisi vseh zastopnikov na izjavah overjeni)?

Odgovor:

S predlogom za vpis začetka redne (prostovoljne) likvidacije (tretji odstavek 405. člena ZGD-1) je treba zahtevati, da se v sodni register vpiše: 1. sklep skupščine o začetku likvidacije, 2. sprememba družbe zaradi začetka redne likvidacije in 3. sprememba vrste zastopnika (likvidator ali likvidacijski upravitelj) ter morebitna sprememba oseb, pooblaščenih za zastopanje (prenehanje pooblastil nekaterim od zastopnikov). Predlogu za vpis začetka redne (prostovoljne) likvidacije je treba priložiti sklep skupščine o likvidaciji (29. člen uredbe).

¹⁸ Za posle rednega upravljanja se štejejo zlasti posli obratovanja in vzdrževanja večstanovanjske stavbe, določitev ter razrešitev upravnika in nadzornega odbora ter oddajanje skupnih delov v najem (drugi odstavek 25. člena SZ-1).

V primeru spremembe oseb, pooblaščenih za zastopanje, je predlogu za vpis zastopnika treba priložiti njegovo izjavo, ki vsebuje: 1. soglasje za imenovanje in 2. pri delniški družbi in družbi z omejeno odgovornostjo tudi njegovo izjavo, da ni zadržkov za njegovo imenovanje iz drugega odstavka 255. člena ZGD-1. Podpis osebe na navedeni izjavi mora biti overjen (prvi in drugi odstavek 5. člena uredbe).

Likvidacijski upravitelj mora v skladu z določbo 410. člena ZGD-1 podpisati pisno izjavo, da bo vestno in pošteno opravljal vse naloge v zvezi z likvidacijo. Podpis pisne izjave je materialna predpostavka, da likvidacijski upravitelj lahko začne delo. S pisno izjavo se likvidacijski upravitelj tudi pravno zavezuje, da bo opravljal posle in opravila likvidacijskega postopka v skladu z zakonom, statutom in sklepi skupščine. Podpis izjave mora biti osebni, zanj pa ni predvidena posebna oblika. Z zakonom ni predvidena overitev podpisa.¹⁹ Izjava je tudi pisno soglasje likvidacijskega upravitelja, da prevzema to funkcijo.

Za izjavo likvidacijskega upravitelja, podano v skladu s 410. členom ZGD-1, tako ni potrebna overitev podpisa.

6. SKRBNIK ZA POSEBNI PRIMER PRI MLADOLETNIKI

Ali je treba za sprejemanje sklepov skupščine (družbenika sta starš in mladoletni otrok) otroku postaviti skrbnika za posebni primer prek CSD, ali ga lahko na skupščini zastopa ta isti starš - družbenik kot njegov zakoniti zastopnik?

Ali velja enako, če gre za prodajo otrokovega poslovnega deleža?

Odgovor:

Družbeniki izvršujejo svoje upravljalvske pravice v družbi z omejeno odgovornostjo tako, da sprejemajo sklepe (predvsem) na skupščini, na kateri odločajo o sprejetju letne bilance stanja in izkaza poslovnega izida in uporabi bilančnega dobička, o zahtevi za vplačilo osnovnih vložkov, o vračanju naknadnih vplačil, delitvi in prenehanju poslovnih deležev, postavitvi in odpoklicu poslovodij, ukrepih za pregled in nadzor dela poslovodij, o postavitvi prokurista in poslovnega pooblaščenca, uveljavljanju zahtevkov družbe proti poslovodjem ali družbenikom v zvezi s povračilom škode, nastale pri ustanavljanju ali poslovođenju, o zastopanju družbe v sodnih postopkih proti poslovodjem in o drugih zadevah, za katere tako določa ZGD-1 ali družbena pogodba (505. člen ZGD-1).

V skladu z določbo 147. člena Družinskega zakonika (DZ)²⁰ otrokovo premoženje upravljajo v njegovo korist njegovi starši.²¹ Ti otroka tudi zastopajo (prvi odstavek 145. člena DZ). Dohodke iz premoženja otrok smejo starši uporabljati predvsem za njegovo preživetje, vzgojo in izobraževanje, pa tudi nujne potrebe družinske

19 IVANJKO, Šime v Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga, Ljubljana, GV Založba, 2014, str. 634.

20 Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNorg in 22/19.

21 Po 5. členu DZ je otrok oseba, ki še ni dopolnila 18 let, razen če je že prej pridobila popolno poslovno sposobnost.

skupnosti, če sami nimajo dovolj sredstev (148. člen DZ). Mladoletnik, ki dopolni 15 let, pa lahko sam sklepa pravne posle, če zakon ne določa drugače. Za sklepanje poslov, ki bistveno vplivajo na otrokovo življenje pred polnoletnostjo ali po njej, je potrebno dovoljenje staršev (drugi odstavek 146. člena DZ).

V skladu z določbo 149. člena DZ smejo starši odsvojiti ali obremeniti stvari iz premoženja svojega otroka samo zaradi njegovega preživljanja, vzgoje in izobraževanja ali če to zahteva kakšna druga njegova korist.²² Če obstaja nevarnost, da bodo starši z odsvojitvijo ali obremenitvijo stvari iz premoženja svojega otroka ogrozili njegove premoženjske koristi, mora sodišče izreči ukrepe, ki jih za varstvo premoženjskih koristi otroka določa ZD (drugi odstavek 149. člena ZD).

ZD v prvem odstavku 267. člena vsebuje določbe o tem, kdaj center za socialno delo imenuje skrbnika za posebni primer ali skrbnika za določeno vrsto opravil, in sicer ga imenuje odsotni osebi, katere prebivališče ni znano in ki nima zastopnika, neznanemu lastniku premoženja, kadar mora nekdo za to premoženje skrbeti, pa tudi v drugih primerih, kadar je to potrebno za varstvo pravic in koristi posameznika. Če so si koristi staršev in otroka (nad katerim izvajajo starševsko skrb starši) v navzkrižju, pa center za socialno delo ali sodišče imenuje otroku kolizijskega skrbnika (269. člen DZ). Postavitev kolizijskega skrbnika je potrebna, kadar roditelj ne more varovati svojih koristi in obenem zastopati koristi otrok.²³

Pri odločanju na skupščini družbe, katere družbenika sta eden od staršev in njun otrok, lahko pride do situacije, ko so si koristi roditelja in otroka v navzkrižju. Vendar pa to še ne pomeni, da je imenovanje kolizijskega skrbnika potrebno prav v vsakem primeru, kadar sta družbenika družbe eden od roditeljev in otrok. Sodna praksa je glede opredelitve širine nasprotja interesov restriktivna.²⁴ Zato bi bila smiselna postavitev kolizijskega skrbnika le v primerih, kadar gre za odločitve, pri katerih si koristi roditelja in otroka lahko nasprotujejo (na primer odločanje o izključitvi roditelja kot družbenika).

Postavitev kolizijskega skrbnika ali skrbnika za posebni primer tudi ni potrebna v primeru prodaje otrokovega poslovnega deleža. Otroka varuje že določba 149. člena DZ, po kateri smejo starši otrokov poslovni delež odsvojiti iz premoženja svojega otroka samo zaradi njegovega preživljanja, vzgoje in izobraževanja ali če to zahteva kakšna druga njegova korist. Če ne ravnajo v skladu z navedenim oziroma če obstaja nevarnost, da bi starši z odsvojitvijo poslovnega deleža iz premoženja svojega otroka ogrozili njegove premoženjske koristi, pa mora sodišče izreči ukrepe, ki jih za varstvo premoženjskih koristi otroka določa DZ.

22 Po določbi 111. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, ki je prenehal veljati 15. 4. 2019, pa so starši smeli odtujiti otrokovo premoženje le s privolitvijo centra za socialno delo.

23 ZIMA JENULL, Tadeja. Odločanje o materialnopravnih pogojih vpisov (izbrisov) v sodni register (zakoncev, družb v stečajnem postopku in v postopku brez likvidacije, kapitala, organov vodenja, preoblikovanja zasebnikov). *Pravosodni bilten*, 2015, letnik 36, št. 2, str. 168.

24 Prim. Končina Peternel, Mateja. Aktualna vprašanja s področja družinskega prava. *Pravosodni bilten*, 4/2013, str. 232. Prim. tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 630/2019 z dne 10. 4. 2019.

7. POSLOVNI DELEŽ DRUŽBENIKA KOT PRAVNE OSEBE, KI JE BILA IZBRISANA IZ SODNEGA REGISTRA IN VEČ NE OBSTAJA

Kaj se zgodi v večosebni družbi s poslovnim deležem družbenika, ki je pravna oseba in je bil izbrisan v postopku brez likvidacije po ZFPPIPP, s tem izbrisom pa drugi družbeniki niso bili seznanjeni, ker družbenik ni sodeloval pri vodenju družbe in sprejemanju odločitev?

Ali je mogoče, da na skupščini družbeniki sklenejo, da ne bodo zmanjševali osnovnega kapitala in bo eden izmed obstoječih družbenikov s soglasjem vseh prevzel poslovni delež izbrisane družbenika?

Odgovor:

Poslovni delež družbenika, ki je pravna oseba in je bila izbrisana iz sodnega registra brez likvidacije v skladu z določbami 424. do 440. člena ZFPPIPP, pomeni najdeno premoženje izbrisane pravne osebe (443. člen ZFPPIPP). Nad tem premoženjem se opravi stečajni postopek, za katerega se smiselno uporabljajo pravila ZFPPIPP o stečajnem postopku nad pravno osebo (prvi in drugi odstavek 443. člena ZFPPIPP).

Predlog za začetek stečajnega postopka nad premoženjem izbrisane pravne osebe lahko vloži: 1. upnik, ki verjetno izkaže terjatev do izbrisane pravne osebe, 2. oseba, ki je ob izbrisu pravne osebe opravljala funkcijo člana posloводства ali organa nadzora ali imela položaj družbenika (tretji odstavek 443. člena ZFPPIPP).

V omenjenem primeru ni mogoče uporabiti določb ZGD-1, ki veljajo v primeru izključitve in izstopa družbenika (502. člen ZGD-1). Z izstopom ali izključitvijo družbenika namreč prenehajo poslovni delež tega družbenika ter vse s tem deležem povezane pravice in obveznosti. V treh mesecih po izstopu ali izključitvi družbenika morajo drugi družbeniki sprejeti sklep o zmanjšanju osnovnega kapitala za znesek, ki je enak nominalni višini osnovnega vložka, ki je poslovni delež, ki preneha, ali v sorazmerju s svojimi zdajšnjimi poslovnimi deleži prevzeti nove osnovne vložke ali povečati svoje zdajšnje osnovne vložke tako, da je višina osnovnega kapitala enaka višini osnovnega kapitala pred prenehanjem poslovnega deleža. V primeru izbrisa družbenika, ki je pravna oseba, iz sodnega registra brez likvidacije, pa poslovni delež tega družbenika ne preneha. ZFPPIPP ne vsebuje določb o tem, kako postopa sodišče v takšnem primeru, tako kot določa za primer, kadar se premoženje izbrisane pravne osebe najde v sodnem ali drugem postopku, v katerem je izbrisana pravna oseba uveljavljala svojo terjatev (444. člen), ali v izvršilnem postopku (444. a člen). Poslovni delež zato ostane vpisan.

Z izbrisom pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije pa so družbeniki sicer seznanjeni, saj je sklep o izbrisu objavljen na spletnih straneh AJPES.

V zgoraj navedenem primeru družbeniki na skupščini ne morejo sprejeti sklepa, da ne bodo zmanjšali osnovnega kapitala in da bo eden od obstoječih družbenikov s soglasjem vseh prevzel poslovni delež izbrisane družbenika.

8. ALI SE LAHKO POSLOVNI DELEŽ, KI JE OBREMENJEN Z ZASTAVNO PRAVICO, VENDAR PA PRI NJEM NI VPISANA PREPOVED ODTUJITVE IN OBREMENITVE, PRENESE NA NOVEGA DRUŽBENIKA?

Odgovor:

Zastavna pravica na poslovnem deležu ni urejena s posebnimi določbami niti v SPZ niti v ZGD-1. SPZ ureja zastavno pravico na nepremičnini (hipoteko), zastavno pravico na premičnini (ročna zastava), neposestno zastavno pravico na premičninah, zastavno pravico na terjatvi, zastavno pravico na vrednostnem papirju in zastavno pravico na drugih premoženjskih pravicah. To urejata 190. in 191. člen SPZ, ki sta uporabljiva tudi za zastavno pravico na poslovnem deležu, ki je premoženjska pravica. Po določbi 190. člena SPZ zastavna pravica na drugi premoženjski pravici nastane na način, ki velja za prenos te pravice, če ni za določeno pravico predpisano drugače. Po določbi 191. člena SPZ pa se določila o zastavitvi premičnine uporabljajo tudi za zastavitev drugih premoženjskih pravic, če ni zanje predpisano drugače. Za zastavno pravico na poslovnem deležu je glede na navedeno uporabljiva tudi določba 172. člena SPZ, po kateri zastavitelj lahko uporablja premičnino v skladu z njenim ekonomskim namenom oziroma dogovorom z zastavnim upnikom in je nima pravice odtujiti ali obremeniti brez soglasja zastavnega upnika. Zastavna pravica sama po sebi tako še ni popolna prepoved razpolaganja s poslovnim deležem, saj ima po določbi 5. člena SPZ zastavna pravica kot stvarna pravica učinek proti vsakomur in nanjo prenos lastništva stvari ali pravice nima vpliva.²⁵

Kljub načelnemu prostemu prometu s poslovnim deležem ZGD-1 pozna oziroma dopušča omejitve. Poleg predkupne pravice drugih družbenikov, ki je določena z zakonom, lahko družbeniki promet s poslovnim deležem omejijo z določbami v družbeni pogodbi. Tako je omejitev prenosa v družbeni pogodbi lahko omejena največ z zahtevo po soglasju večine ali vseh družbenikov (sedmi odstavek 481. člena ZGD-1). V skladu z navedenim slovenska teorija zato zastopa stališče, da družbeniki v družbeni pogodbi ne morejo prepovedati zastave poslovnega deleža, lahko pa določijo obveznost družbenika, da poslovni delež v zastavo ponudi najprej drugim družbenikom.²⁶

Zastava poslovnega deleža lahko pripelje do tega, da poslovni delež ob morebitni prodaji zaradi uveljavitve zastavne pravice pridobi tretja oseba. Zato lahko družbeniki ob smiselni uporabi sedmega odstavka 481. člena ZGD-1 v družbeni pogodbi predvidijo, da je za zastavo poslovnega deleža osebi, ki ni družbenik, potrebno soglasje večine ali vseh družbenikov, in določijo pogoje za soglasje.²⁷ Za nastanek zastavne pravice na poslovnem deležu se uporabljajo pravila o prenosu poslovnega deleža, kar pomeni, da se lahko uporabijo vse določbe, ki jih ZGD-1 določa v zvezi s prenosom poslovnega deleža, torej tudi sedmi in osmi odstavek 481. člena ZGD-1.

²⁵ NOVAK Krajšek, Darja. Postopek in posebnosti registrskih vpisov in izbrisov zaznamb sklepov o izvršbi, začasnih odredb, predhodnih odredb in zaznamb sporov, *Pravosodni bilten*, 2013, letn. 34, št. 3, str. 168.

²⁶ ZABEL, Bojan v Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2014, str. 851, 857.

²⁷ PLAVŠAK, Nina in drugi. Zastavna pravica. V: G. Dugar, Zastavna pravica na poslovnem deležu. Ljubljana: Planet GV, d. o. o., 2018, str. 245.

V primeru predčasne prodaje in prisilne prodaje zaradi uveljavitve zastavne pravice pa velja predkupna pravica drugih družbenikov. Ti imajo pravico do prednostnega nakupa poslovnega deleža, tako kot tudi pri sodni prodaji v okviru izvršbe na poslovni delež družbenika.

Poslovni delež, ki je obremenjen z zastavno pravico, vendar pri njem ni vpisana prepoved odtujitve in obremenitve, se torej lahko prenese na novega družbenika ob soglasju zastavnega upnika ob upoštevanju pravil o uveljavljanju predkupne pravice družbenikov.

9. PRI PRIPOJITVI NPR. S. P. K D. O. O. JE PRAKSA REGISTRSKIH SODIŠČ GLEDE ZAHTEVE ZA REVIZIJO NEENOTNA. VEČINA SODIŠČ NAMREČ NE ZAHTEVA REVIZIJE PRI VLOŽKU POD 100.000,00 EUR, PREJELI PA SMO TUDI ŽE ZAHTEVE, DA JE TREBA V VSAKEM PRIMERU OB POVEČANJU KAPITALA OB PRIPOJITVI PREDLOŽITI POROČILO REVIZORJA O POVEČANJU OSNOVNEGA KAPITALA ZA IZVEDBO PRENOSA S. P. NA PREVZEMNO KAPITALSKO DRUŽBO (DRUGI ODSTAVEK 673. ČLENA V ZVEZI S TRETJIM ODSTAVKOM 588. ČLENA ZGD-1).

Odgovor:

Samostojni podjetnik se lahko statusno preoblikuje tako, da svoje podjetniško organizirano premoženje (podjetje) prenese na: 1. novo kapitalsko družbo, ki se vzpostavi na novo (izčlenitev z ustanovitvijo nove družbe; 668. do 672. člen ZGD-1), ali 2. prevzemno kapitalsko družbo (izčlenitev s prevzemom; 673. člen ZGD). Za prenos podjetja na prevzemno družbo se smiselno uporabljajo določbe 668. do 672. člena ZGD-1, pri čemer se sklep o prenosu podjetja nadomesti s pogodbo o prenosu podjetja, ki jo skleneta podjetnik in poslovodstvo prevzemne družbe v obliki notarskega zapisa, in nova družba nadomesti s prevzemno družbo. Če prevzemna družba zaradi prenosa podjetja poveča osnovni kapital, se smiselno uporabljajo določbe 588. člena ZGD-1. V takem primeru mora biti povečanje osnovnega kapitala vpisano v register hkrati z vpisom prenosa podjetja. Za prevzemno družbo se smiselno uporabljajo tudi določbe ZGD-1 o pripojitvi (673. člen ZGD-1), torej tudi določba tretjega odstavka 588. člena ZGD-1, po kateri mora povečanje osnovnega kapitala za izvedbo pripojitve pregledati revizor ali več revizorjev. Vendar pa je, kadar ima nova oziroma prevzemna družba, na katero podjetnik prenese svoje podjetje, pravnoorganizacijsko obliko družbe z omejeno odgovornostjo, (ustanovitvena) revizija potrebna le, če je podjetje, ki ima naravo stvarnega vložka, vredno več kot 100.000,00 EUR.²⁸

Navedeno jasno izhaja tudi iz 135. člena uredbe. Po določbi drugega odstavka tega člena je treba v primeru, če je prevzemna družba zaradi izvedbe prenosa podjetja nanjo povečala svoj osnovni kapital, s predlogom za vpis tega prenosa zahtevati tudi, da se v sodni register vpišejo podatki v zvezi s tem povečanjem. Za predlog za takšen vpis pa se smiselno uporabljajo pravila, določena v tej uredbi,

²⁸ Prav tam, str. 752.

o predlogu za vpis povečanja osnovnega kapitala pri družbi, organizirani v enaki pravnoorganizacijski obliki kot prevzemna družba. Predlogu za vpis povečanja osnovnega kapitala družbe z omejeno odgovornostjo z novimi vložki pa je v skladu z določbo tretje alineje 2. točke prvega odstavka 37. člena uredbe treba priložiti poročilo o reviziji stvarnih vložkov le, če mora po četrtem odstavku 476. člena ZGD-1 stvarne vložke oceniti revizor, to pa je v primeru, če znaša skupna vrednost, za katero se dajejo stvarni vložki, več kot 100.000,00 EUR.

Kadar ima družba, na katero podjetnik prenese svoje podjetje, pravnoorganizacijsko obliko družbe z omejeno odgovornostjo, je poročilo o reviziji stvarnih vložkov potrebno le, če je podjetje, ki ima naravo stvarnega vložka, vredno več kot 100.000,00 EUR.

10. ALI JE PRENOS PODJETJA S. P. V D. O. O. VEDNO STVARNI VLOŽEK, ALI JE MOGOČE PODJETJE PRENESTI V D. O. O. TUDI DRUGAČE, NPR. KOT NAKNADNO VPLAČILO, PRENOS V KAPITALSKE REZERVE, SAJ TRETJI ODSTAVEK 673. ČLENA ZGD-1 DOLOČA, DA PREVZEMNA DRUŽBA ZARADI PRENOSA PODJETJA LAHKO POVEČA OSNOVNI KAPITAL, PO TEJ DOLOČBI PA BI LAHKO RAZUMELI, DA LAHKO KAPITAL OSTANE TUDI NESPREMENJEN. PRI TEM NAMREČ NASTANE DILEMA, ALI GRE ZA DAVČNO NEVTRALNI POSEL OB PRENEHANJU OPRAVLJANJA DEJAVNOSTI PO 51. ČLENU ZDOH-2, SAJ DRUŽBENIK NE PRIDOBI POSLOVNEGA DELEŽA, V NAVEDENEM ČLENU PA JE DOLOČENO, DA SE FIZIČNA OSEBA ZAVEŽE, DA BO SVOJ DELEŽ V PRAVNI OSEBI, KI JE PRIDOBILJEN S STATUSNIM PREOBLIKOVANJEM, ODRŽALA NAJMANJ 36 MESECEV IN GA NOMINALNO NE BO ZMANJŠALA.

Odgovor:

10.1 Prenos podjetja v kapitalne rezerve

Statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika je oblika delitve, ki fizični osebi – samostojnemu podjetniku omogoča, da iz sicer enovite premoženjske mase, ki ji pripada, izčleni tisti del premoženja, ki je podjetniško organiziran in je njeno orodje za opravljanje pridobitne dejavnosti, in da nato ta izčlenjeni del po poti univerzalnega pravnega nasledstva prenese na kapitalsko družbo v zameno za hkratno pridobitev korporacijskega deleža v njej.²⁹ S pravili za statusno preoblikovanje samostojnega podjetnika zakonodajalec ni imel drugega cilja kot le omogočiti fizični osebi, ki je kot pravnoorganizacijsko obliko za opravljanje pridobitne dejavnosti že izbrala obliko samostojnega podjetnika in v ta namen že organizirala potrebno podjetniško premoženje, nad katerim izvršuje stvarnopravna (lastniška) upravičenja, ima pa

²⁹ PRELIČ, Saša. Pravne poti za podjetniško prestrukturiranje samostojnih podjetnikov. *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, 2006, leto II, št. 1, str. 109.

interes nadaljevati podjetniško aktivnost s pravnoorganizacijsko obliko kapitalske družbe, da to podjetniško premoženje „odcepi“ od siceršnjega svojega premoženja in ga „podredi“ drugemu nosilcu, tj. kapitalski družbi, ta pa naj bi ji kot predmet svoje nasprotno izpolnitve za prejeto premoženje zagotovila deleže.³⁰ Z uveljavitvijo 673. a člena ZGD-1 je bila uzakonjena tudi možnost prenosa posameznega dela podjetnikovega podjetja. V takšnem primeru prenos ne povzroči prenehanja statusa samostojnega podjetnika.

Kadar se samostojni podjetnik preoblikuje s prenosom podjetja na prevzemno kapitalsko družbo, ki že obstaja,³¹ ta z namenom, da bi razpolagalcu zagotovila svoje deleže, lahko poveča osnovni kapital. V takšnem primeru se uporabljajo pravila o povečanju osnovnega kapitala (drugi odstavek 673. člena ZGD-1), ki veljajo za prevzemno družbo. Povečanje osnovnega kapitala prevzemne družbe pa ni obvezno, saj lahko prevzemna družba svojo dolžnost, da zagotovi deleže, izpolni tudi z že izdanimi deleži, če z njimi razpolaga, to je z lastnimi deleži.³²

Podjetnik premoženje (podjetje) tako lahko prenese na druge bilančne postavke, na primer kot naknadno vplačilo (491. člen ZGD-1), torej v kapitalske rezerve (4. točka prvega odstavka 64. člena ZGD-1), ki so vezana kapitalska kategorija.³³

Kadar se torej samostojni podjetnik preoblikuje s prenosom podjetja na prevzemno kapitalsko družbo, podjetje lahko prenese kot naknadno vplačilo v kapitalske rezerve prevzemne družbe.

10.2 Nevtralna davčna obravnava po 2. točki četrtega odstavka 51. člena Zakona o dohodnini (ZDoh-2)³⁴

Odgovor:

V skladu z 51. členom ZDoh-2 (prvi odstavek) se pri ugotavljanju davčne osnove podjetnika tudi prenehanje opravljanja dejavnosti obravnava kot odtujitev sredstev. Izjema pa velja v primeru prenehanja opravljanja dejavnosti, ki se izvede po postopkih preoblikovanja podjetnika, ki jih določa ZGD-1, ter ob upoštevanju pogojev, določenih v 51. členu ZDoh-2 (2. točka četrtega odstavka 51. člena ZDoh-2). Samostojni podjetnik mora nevtralno davčno obravnavo priglasiti pri pristojnem davčnem organu v skladu z določbami Pravilnika o obrazcu za priglasitev davčne

30 Prelič v zgoraj navedenem članku navaja, da bi samostojni podjetnik nameravane učinke lahko dosegel na podlagi splošnih razpolagalnih pravil oziroma v skladu z načeli civilnega prava. Tako bi s tistim delom svojega premoženja, s katerim opravlja pridobitno dejavnost, lahko razpolagal *cum titulo et modo acquirendi*. Vendar pa bi tak način prenosa zahteval spoštovanje vseh potrebnih sestavin, predvsem tudi pridobitev soglasja upnikov, kadar bi zaradi prenosa podjetniških obveznosti prišlo do spremembe dolžnika. Prav tam, str. 108.

31 Položaji, ki nastajajo pri prenosu podjetja na prevzemno kapitalsko družbo, so zelo podobni položajem, ki nastajajo pri (od)delitvi s prevzemom (638. člen ZGD-1), pri kateri se kombinirajo pravila o delitvi s pravili o pripojitvi. Prav tam, str. 760.

32 Poleg tega do povečanja osnovnega kapitala prevzemne družbe ne pride v primeru, ko ima samostojni podjetnik, ki se preoblikuje na primer zaradi upokojitve, v prevzemni družbi že en poslovni delež in se ob preoblikovanju odpove pravici do zagotovitve deleža v prevzemni družbi (prim. 2. točka drugega odstavka 589. člena ZGD-1).

33 Prim. Pojasnilo DURS 4212-16 z dne 13. 12. 2010. Prim. tudi VSRS sodba X Ips 23/2018 z dne 16. 1. 2019.

34 Davčno nevtralni prenos pomeni, da se postopek prenosa na d. o. o. opravi brez plačila davkov.

obravnave ob prenehanju opravljanja dejavnosti in nadaljevanju po drugi osebi³⁵ najpozneje do roka za predložitev davčnega obračuna podjetnika, ki je prenehal opravljati dejavnost, torej do 31. marca tekočega leta za poslovanje v preteklem letu. Če se podjetnik odloči za preoblikovanje med davčnim letom, mora pripraviti davčni obračun na dan pred prenehanjem opravljanja dejavnosti in ga davčnemu organu predložiti v 30 dneh od dneva pred prenehanjem.

Pogoji, ki morajo biti v skladu z 2. točko četrtega odstavka 51. člena ZDoh-2 izpolnjeni, da lahko davčni zavezanec priglasí davčno obravnavo ob prenehanju opravljanja dejavnosti po določbah ZGD-1 o statusnem preoblikovanju, so: 1. nova pravna oseba oziroma prevzemna pravna oseba je rezident, 2. nova ali prevzemna pravna oseba mora ovrednotiti prevzeta sredstva in obveznosti, amortizirati prevzeta sredstva in izračunati dobičke in izgube v zvezi s prejetimi sredstvi in obveznostmi z upoštevanjem vrednosti na zadnji dan obdobja, za katero se izračunava akontacija dohodnine od dohodka od dejavnosti pri statusnem preoblikovanju podjetnika, ki bi se upoštevala pri izračunu davčne osnove zavezanca, ki bi prenehal opravljati dejavnost, oziroma tako, kot če do prenehanja opravljanja dejavnosti ne bi prišlo, 3. nova ali prevzemna pravna oseba prevzame rezervacije, ki jih je oblikoval zavezanec, ki bo prenehal opravljati dejavnost, in se lahko pripišejo podjetju oziroma delu podjetja, ki se prenaša, in pogoje v zvezi s temi rezervacijami, kot bi veljali za zavezanca, ki bo prenehal opravljati dejavnost, kot če do prenehanja opravljanja dejavnosti ne bi prišlo, in 4. fizična oseba se zaveže, da bo svoj delež v pravni osebi, pridobljen s statusnim preoblikovanjem, obdržala najmanj 36 mesecev in ga nominalno ne bo zmanjšala.

ZDoh-2 omogoča davčno nevtravno obravnavo prenosa premoženja samostojnega podjetnika ob njegovem preoblikovanju le v primeru, če so izpolnjeni vsi zgoraj navedeni pogoji.

³⁵ Uradni list RS, št. 103/10, 69/17 – ZdavP in 37/18.

PREGLED POMEMBNEJŠIH ODLOČB S PODROČJA SODNEGA REGISTRA V ZADNJEM LETU

Mag. Mateja Špes, strokovna sodelavka, Višje sodišče v Ljubljani

Prispevek, sicer pripravljen za registrsko šolo 2019¹, je namenjen prikazu za sodno prakso pomembnejših odločb pritožbenih sodišč s področja sodnega registra, ki so bile izdane in v sodno zbirko odločb vnesene v obdobju od vključno 1. maja 2018 do 1. maja 2019. Izjema je sklep VSC II Cpg 33/2018, ki je bil izdan že 16. 3. 2018. Ker pa obravnava problematiko, ki je bila aktualna in obravnavana na registrski šoli 2019, je vključen tudi v ta prispevek.

1. VPISI V ZVEZI Z ZASTOPANJEM

1.1 VSM sklep I Cpg 328/2018 z dne 15. 11. 2018 (nepravo skupno zastopanje)

Družbo z omejeno odgovornostjo zastopa poslovodja (v nadaljevanju tudi direktor). Družba ima lahko več poslovodij. Takrat se v družbeni pogodbi določi, ali delujejo skupno ali posamično. V prvem primeru govorimo o samostojnem, v drugem pa o skupnem zastopanju. Družba pa lahko po postopku, določenem v aktu o ustanovitvi, podeli tudi prokuro. *Prokurist* ni zakoniti zastopnik družbe, ampak pooblaščenec. Obseg njegovega pooblastila je določen v 35. členu Zakona o gospodarskih družbah (v nadaljevanju ZGD-1). Po tem določilu je prokurist upravičen opravljati vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe, razen odsvajati in obremenjevati nepremičnine, za kar mora biti posebej pooblaščen. Tudi prokura je lahko posamična ali skupna. Posamično prokuro določa 33. člen ZGD-1, skupno prokuro pa prvi odstavek 34. člena ZGD-1, ki določa, da se lahko prokura podeli dvema osebama ali več osebam skupno, tako da lahko le vse te osebe skupaj zastopajo družbo. Poznamo še mešano prokuro, za katero je značilno, da lahko prokurist zastopa družbo le skupaj z zakonitim zastopnikom ali več zakonitimi zastopniki, kar se določi z aktom o ustanovitvi. To vrsto prokure ureja tretji odstavek 34. člena ZGD-1.

V sodni praksi se je zastavilo vprašanje, ali pri družbi z omejeno odgovornostjo velja tudi obratno, torej ali je lahko poslovodja vezan na skupno zastopanje s prokuristom (gre za tako imenovano nepravo skupno zastopanje).² Odgovora na to vprašanje ne dajejo niti splošne določbe ZGD-1 niti določbe, ki urejajo družbo z omejeno odgovornostjo. Po določbi četrtega odstavka 266. člena ZGD-1, ki je umeščena med določbe, ki urejajo delniško družbo, pa lahko statut ali nadzorni

1 Registrska šola je potekala 8. in 9. 5. 2019 v Podčetrtku.

2 S tem vprašanjem se je v letu 2015 ukvarjalo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi VSL sklep IV Cpg 1579/2015 z dne 23. 12. 2015.

svet, če je to s statutom predvideno, določi, da so za zastopanje pooblašteni člani uprave posamično ali skupaj vsaj dva člana uprave ali član uprave skupaj s prokuristom. Vprašanje torej je, ali je to določbo mogoče smiselno uporabiti tudi za družbo z omejeno odgovornostjo.

Iz sklepa Višjega sodišča v Mariboru I Cpg 328/2018 izhaja, da sta bila odgovora sodišča prve stopnje in pritožbenega sodišča na zgoraj zastavljeni vprašanji različna. Registrsko sodišče je zavzelo stališče, da določba četrtega odstavka 266. člena ZGD-1 velja le za delniške družbe, ne pa tudi za skupno zastopanje posloводства v družbi z omejeno odgovornostjo. Menilo je, da bi bilo v nasprotnem primeru kršeno načelo „neomejivosti“ pooblastil zastopnikov, zapisano v 32. členu ZGD-1.³ Ker predlagatelj po pozivu registrskega sodišča predloga ni ustrezno dopolnil, je registrsko sodišče predlog zavrglo, pritožbo predlagatelja zoper sklep o zavrnjenju pa zavrnilo.

Pritožbeno sodišče pa je menilo, da je treba določbo četrtega odstavka 266. člena ZGD-1 smiselno uporabiti tudi pri družbi z omejeno odgovornostjo. Vendar ne v vseh primerih. Zapisalo je, da je smiselna uporaba mogoča le v primeru, ko ima družba z omejeno odgovornostjo dva poslovodja ali več poslovodij, za katere velja skupno zastopanje za vse ali nekatere od njih. V takem primeru se lahko določi, da direktor zastopa družbo skupaj z drugim direktorjem ali skupaj s prokuristom. V tem smislu namreč nepravno mešano zastopanje olajšuje zastopanje zakonitih zastopnikov, ki so vezani na skupno zastopanje. Poudarilo je, da je namen določbe četrtega odstavka 226. člena ZGD-1 tedaj v tem, da se ob skupnem zastopanju omogočijo še drugi načini zastopanja in učinkovitejše zastopanje pri opravljanju posameznih poslov. Ker je šlo v obravnavani zadevi za tak primer, je višje sodišče pritožbi predlagatelja ugodilo, izpodbijani sklep razveljavilo in zadevo vrnilo registrskemu sodišču v novo odločanje.

Čeprav predmet presoje v zadevi I Cpg 328/2018 ni bil vpis nepravlega skupnega zastopanja pri družbi z omejeno odgovornostjo, ki bi imela le enega poslovodjo, je pritožbeno sodišče opozorilo, da v takem primeru smiselna uporaba četrtega odstavka 266. člena ZGD-1 ni mogoča. Taka situacija bi bila namreč v nasprotju z izhodiščem, da mora družba vedno imeti zakonitega zastopnika, ki je družbo sposoben samostojno zastopati.

1.2 VSC sklep II Cpg 33/2018 z dne 16. 3. 2018 (odstop direktorja)

ZGD-1 v določilih tretjega in četrtega odstavka 515. člena ureja odpoklic poslovodje. Ne ureja pa možnosti in postopka odstopa s te funkcije. Tega ne ureja niti Uredba o vpisu družb in drugih pravnih oseb v sodni register (v nadaljevanju uredba), ki podrobneje ureja in razčlenjuje v zakonu določena razmerja v skladu z namenom in merili zakona. V 48. členu uredbe je določeno le, da je predlogu za vpis spremembe zastopnikov treba priložiti sklep skupščine ali drugega pristojnega organa. Zato se je v sodni praksi že zastavilo vprašanje, ali je treba tudi k predlogu za izbris zakonitega zastopnika zaradi njegovega odstopa predložiti sklep skupščine. Nanj

3 Drugi odstavek 32. člena ZGD-1 določa: Zastopnik lahko opravlja vsa pravna dejanja, ki spadajo v pravno sposobnost družbe. Statutarna ali druga omejitev nima pravnega učinka proti tretjim osebam.

je že v letu 2014 odgovorilo Višje sodišče v Kopru⁴. Zavzelo je stališče, da za vpis izbrisa zakonitega zastopnika zadošča njegova odstopna izjava, saj ima ta konstitutivne učinke. Svojo odločitev je oprlo na prvi odstavek 28. člena Zakona o sodnem registru (v nadaljevanju ZSReg). Po tem določilo mora predlagatelj predlogu priložiti listine, na katerih temeljijo podatki, ki se vpisujejo v sodni register, ter druge listine, če zakon tako določa, v izvirniku oziroma overjenem prepisu.

Z istim vprašanjem se je v zadevi II Cpg 33/2018 ukvarjalo tudi Višje sodišče v Celju. Nanj je odgovorilo enako kakor Višje sodišče v Kopru, le da ga je oprlo na določbe uredbe. Iz sklepa celjskega višjega sodišča izhaja, da je registrsko sodišče predlog za vpis izbrisa zakonitega zastopnika družbe z omejeno odgovornostjo iz sodnega registra, ki je bil vložen po tem, ko je zakoniti zastopnik s tega položaja odstopil, zavrnilo. Zavrnilo pa je tudi pritožbo proti temu sklepu. Ker ZGD-1 in uredba ne urejata možnosti in postopka odstopa s funkcije direktorja, je registrsko sodišče menilo, da je treba smiselno uporabiti določila Obligacijskega zakonika (v nadaljevanju OZ) o mandatni pogodbi. Zato je presojalo, ali je bila odstopna izjava dana ob primernem času. Na podlagi ugovorov družbenikov in predložene dokumentacije je ugotovilo, da ni bila. Družbeniki so namreč zahtevali aktivno ravnanje direktorja oziroma so ugovarjali izbrisu direktorja iz sodnega registra zaradi položaja, v katerem se je znašel subjekt vpisa. Sklenilo je, da za vpis v sodni register niso podane materialnopravne predpostavke po 4. točki prvega odstavka 34. člena ZSReg.

Predlagatelj se je pritožil tudi zoper to odločitev. V pritožbi je navedel, da bi morale registrsko sodišče presojati le, ali so izpolnjeni formalni pogoji za odstop. Za to pa zadostuje že izjava direktorja, da želi odstopiti s položaja. Menil je, da lahko v skladu z načelom svobodne gospodarske pobude vsakdo, ki da soglasje za imenovanje na položaj organa vodenja ali nadzora, soglasje tudi umakne in s položaja odstopi. Zato bi morale registrsko sodišče pravila, ki urejajo vpis zakonitih zastopnikov v sodni register, smiselno uporabiti tudi za izbris zastopnika iz sodnega registra na podlagi odstopne izjave. Subjekt vpisa je na pritožbo odgovoril. Vztrajal je, da je bila odstopna izjava direktorja dana ob neprimernem času.

Višje sodišče v Celju je pritožbi predlagatelja ugodilo. Pritrdilo je pritožbenemu stališču, da sodišče prve stopnje zadeve ne bi smelo obravnavati vsebinsko po določilih OZ. Ne bi se torej smelo ukvarjati s profesionalnostjo predlagatelja v postopku odstopa s položaja direktorja. Ta bi lahko bila predmet presoje v pravnih (odškodninskih) postopkih, ne pa v registrskem postopku. Registrsko sodišče presoja le formalne pogoje za vpis po 34. členu ZSReg, ki so podrobno določeni v uredbi. Ker pa uredba izrecno ne ureja odstopa direktorja, je višje sodišče pritrdilo tudi pritožbenemu stališču, da bi morale registrsko sodišče za vpis izbrisa zakonitega zastopnika na podlagi odstopne izjave *a contrario* uporabiti pravila o vpisih, in sicer 5. člen uredbe. Tedaj je treba predlogu priložiti izjavo, ki vsebuje soglasje za imenovanje, in izjavo, da ni zadržkov za imenovanje iz drugega odstavka 255. člena ZGD-1, podpis na izjavi pa mora biti overjen. Zato po oceni višjega sodišča za vpis izbrisa zakonitega zastopnika zadošča že njegova odstopna izjava, s katero izrazi voljo, da ne želi več opravljati te funkcije. Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da

4 VSK sklep Cpg 323/2014 z dne 9. 10. 2014.

je predlagatelj k predlogu predložil notarsko overjeno izjavo o odstopu in potrdilo, da je oddal pošiljko, s katero je družbenikom poslal izjavo in dodatno izjavo, da upravljanje družbe ni več mogoče, saj ni poslovnih partnerjev in strank, s katerimi bi bilo mogoče poslovati, in da ne želi več zastopati družbe. Zato je sklenilo, da je predlagatelj izpolnil formalne pogoje za vpis v sodni register po 34. členu ZSReg. Pritožbi je ugodilo in izpodbijani sklep ustrezno spremenilo.

2. VPIS ZASTAVNE PRAVICE NA POSLOVNEM DELEŽU

2.1 VSL sklep IV Cpg 453/2018 z dne 27. 6. 2018 (vpis na podlagi nepravnomočnega sklepa o zavarovanju s predhodno odredbo in čas, za katerega je izdana predhodna odredba)

Iz obrazložitve sklepa Višjega sodišča v Ljubljani izhaja, da je registrsko sodišče na podlagi obvestila sodišča, ki je v postopku zavarovanja na predlog upnika A., d. d. zoper dolžnika B. izdalo sklep o zavarovanju s predhodno odredbo, na poslovnem deležu B. v družbi C., d. o. o. vpisalo zastavno pravico v korist upnika. Ta sklep je izdala sodniška pomočnica, družbenik B. pa se je zoper njega pritožil. Sodišče prve stopnje je s sklepom sodnice posameznice njegovo pritožbo zavrnilo. Družbenik B. se je pritožil tudi zoper ta sklep.

Višje sodišče je zavrnilo pritožbeni očitek, da do vpisa predhodne odredbe v sodni register ne bi smelo priti pred pravnomočnostjo sklepa o zavarovanju. Pojasnilo je, da se v postopku zavarovanja na podlagi določbe 239. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju (v nadaljevanju ZIZ) smiselno uporabljajo določbe zakona o izvršbi, če ni v delu zakona o zavarovanju drugače določeno. Po določbi prvega odstavka 46. člena ZIZ pa se izvršba začne opravljati pred pravnomočnostjo sklepa o izvršbi, če zakon za posamezna izvršilna dejanja ne določa drugače.

Višje sodišče je zavrnilo tudi pritožbeni očitek, da je izpodbijani vpis nezakonit, ker ne vsebuje časa veljavnosti predhodne odredbe. Čeprav prvi odstavek 263. člena ZIZ določa, da mora biti v predhodni odredbi določen tudi čas, za katerega jo sodišče dovoljuje, je zavzelo stališče, da vpis trajanja predhodne odredbe v sodni register ni pomembno dejstvo v primeru, ko čas, za katerega je sodišče dovolilo predhodno odredbo, ni datumsko določen, ampak je, kot v konkretnem primeru, odvisen od izpolnitve pogoja pravnomočnosti in izvršljivosti sodne odločbe, v zavarovanje izvršitve katere je predhodna odredba izdana. Z vpogledom v te podatke, tudi če bi bili vpisani, namreč ne bi bilo mogoče ugotoviti datuma, do katerega bo predhodna odredba veljala. To pa pomeni, da bi bili za tretjega ti podatki neuporabni.

2.2 VSL sklep IV Cpg 583/2018 z dne 18. 7. 2018 (vpis zastavne pravice zaradi spojitve družb z omejeno odgovornostjo)

V registrski zadevi, ki jo je obravnavalo Višje sodišče v Ljubljani v sklepu IV Cpg 583/2018, je do vpisa zastavne pravice pri poslovnem deležu imetnika Č. pri subjektu vpisa družbi B., d. o. o. prišlo zaradi spojitve družb z omejeno odgovornostjo. Zadeva je zanimiva zato, ker do vpisa zastavne pravice na poslovnem deležu v

prevzemni družbi ni prišlo hkrati z vpisom spojitve v sodni register, ampak šele po tem, ko je bil poslovni delež v novo nastali družbi odsvojen naprej.

Kronološko povzeto dejansko stanje zadeve je naslednje. Družbenika družbe A., d. o. o. sta za zavarovanje denarne terjatve po pogodbi o dolgoročnem evrskem posojilu, povzete v notarskem zapisu, zastavila vsak svojo polovico poslovnega deleža v tej družbi, in sicer v korist banke z zaznambo neposredne izvršljivosti v njeno korist. Družba A., d. o. o. je bila nato še z dvema družbama spojena v novo družbo B., d. o. o. Vendar pa registrsko sodišče takrat, ko je vpisalo spojitve družb, obremenitve poslovnega deleža v prevzemni družbi ni vpisalo. Po vpisu spojitve je edini družbenik družbe B., d. o. o. ostala družba C. Ta je nato 25. 1. 2018 svoj poslovni delež v družbi B., d. o. o. na podlagi pogodbe o odsvojitvi poslovnega deleža prenesla na fizično osebo Č. Šele nato je banka, v korist katere je bil pred spojitvijo obremenjen poslovni delež v družbi A., d. o. o., registrskemu sodišču predlagala, da pri subjektu vpisa, to je družbi B., d. o. o, pri poslovnem deležu imetnika Č. vpiše zastavno pravico za zavarovanje njene denarne terjatve in hkrati zaznamuje neposredno izvršljivost v njeno korist. Zastavilo se je vprašanje, ali je tak (naknadni) vpis zastavne pravice na poslovni delež imetnika Č. dovoljen.

Registrsko sodišče je odgovorilo pritrdilno. Ugotovilo je, da v prilogah notarja, ki so bile podlaga za vpis spojitve, ni bilo podatka o obremenitvi poslovnega deleža v družbi A., d. o. o. z zastavno pravico v korist banke. To je bil razlog, da registrsko sodišče pri vpisu spojitve družb v novo družbo ni vpisalo obremenitve poslovnega deleža novo nastale družbe z zastavno pravico. Zato je registrsko sodišče naknadnemu predlogu banke ugodilo in vpis dovolilo.

S takšno odločitvijo pa se ni strinjal Č. Trdil je, da je poslovni delež kupil brez obremenitve. Zato ne more prevzeti nobenih naknadnih obveznosti.

Tudi pritožbeno sodišče je zavzelo stališče, da zaradi materialnopravnega statusnega preoblikovanja (spojitve družb) vpisana zastavna pravica sama po sebi ni mogla prenehati le zato, ker ni bila povzeta v notarskem zapisu pri spojitvi vseh družb. Pri tem je izhajalo iz pravnih posledic spojitve, določenih v 3. točki tretjega odstavka 591. člena ZGD-1⁵. Ena izmed teh je tudi ta, da pravice tretjih na deležih prevzete družbe preidejo na deleže prevzemne družbe, ki se zagotavljajo zaradi spojitve. Zato je sklenilo, da je zastavna pravica v konkretnem primeru po zakonu prešla na sporni poslovni delež subjekta vpisa kot prevzemne družbe.

Ker pa ZGD-1 ne ureja pravnih učinkov zastavne pravice na poslovnem deležu, se je zastavilo vprašanje, katera pravna pravila je treba smiselno uporabiti za prenos in prenehanje zastavne pravice obremenjenega poslovnega deleža družbenika pri materialnih statusnih preoblikovanjih. Pritožbeno sodišče je ocenilo, da je treba smiselno uporabiti določila Stvarnopravnega zakonika (v nadaljevanju SPZ), ki urejajo zastavno pravico na nepremičninah.⁶ Izpostavilo je drugi odstavek 142. člena SPZ, ki določa, da se neposredna izvršljivost notarskega zapisa zaznamuje

⁵ To določbo je treba uporabiti na podlagi drugega odstavka 618. člena ZGD-1.

⁶ Takšno stališče je višje sodišče izpeljalo iz določbe četrtega odstavka 165. člena ZIZ, po kateri se za prodajo deleža družbenika smiselno uporabljajo določbe ZIZ o izvršbi na nepremičnine.

v zemljiški knjigi (smiselno v sodnem registru) in učinkuje tudi proti vsakemu poznejšemu pridobitelju lastninske pravice (smiselno imetniku poslovnega deleža) na zastavljeni nepremičnini (smiselno poslovnem deležu). Sklicevalo pa se je tudi na drugi odstavek 154. člena SPZ, ki določa, kdaj lahko pride do izbrisa hipoteke iz zemljiške knjige.⁷ Nato je opozorilo še na drugi odstavek 47. člena uredbe, ki določa pogoje za izbris zastavne pravice. Ti so izpolnjeni le takrat, ko je predlogu za izbris priložena bodisi overjena izjava imetnika te pravice, ki dovoljuje njen izbris, bodisi pravnomočna sodba, s katero je sodišče odločilo, da je ta pravica prenehala. Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da v konkretnem primeru zastavna pravica na poslovnem deležu družbe A., d. o. o. v zvezi z drugim odstavkom 47. člena uredbe ni prenehala na podlagi katerega izmed razlogov, ki so navedeni v drugem odstavku 154. člena SPZ. Zato je potrdilo odločitev registrskega sodišča. K temu je dodalo, da drugačen sklep ni mogoč niti na podlagi pritožbenega zatrjevanja, da bi bila odločitev pritožnika o nakupu poslovnega deleža drugačna, če bi bila sporna zastavna pravica v sodni register vpisana že takrat. Udeleženec je namreč v pritožbi sam poudaril, da je bil poslovni delež A., d. o. o. pred spojitvijo s subjektom vpisa obremenjen z zastavno pravico predlagatelja. Ta podatek pa je izhajal tudi iz javno objavljenih podatkov sodnega registra. Zato je pritožbeno sodišče zavzelo stališče, da morebitno oškodovanje Č. pri nakupu poslovnega deleža ne more biti predmet presoje v registrskem postopku, pač pa lahko Č. morebitno škodo uveljavlja v drugih postopkih.

3. VPIS SPREMEMBE DRUŽBENIKA V SODNI REGISTER

3.1 VSL sklep IV 859/20118 z dne 28. 11. 2018 (omejitve za pridobitev statusa družbenika in izbris odsvojitelja poslovnega deleža)

Registrsko sodišče je zavrnilo vpis spremembe družbenika družbe K., d. o. o. – v stečaju in prenos celotnega poslovnega deleža na pridobitelja. Pridobitelj poslovnega deleža namreč ni izpolnjeval pogojev za pridobitev statusa družbenika iz 10. a člena ZGD-1. Pritožbo družbenika (odsvojitelja poslovnega deleža) zoper ta sklep je registrsko sodišče zavrnilo.

Družbenik se je pritožil tudi zoper to odločitev. Navedel je, da je bil predlagan le izbris odsvojitelja poslovnega deleža iz sodnega registra, ne pa tudi vpis pridobitelja poslovnega deleža. Poleg tega je menil, da ZGD-1, ZSReg in uredba ne prepovedujejo izbrisa družbenika iz sodnega registra, če ima ta veljaven pravni temelj za prenos poslovnega deleža.

Višje sodišče v Ljubljani pritožbenim očitkom ni pritrdilo. Najprej je pojasnilo, da iz predloga jasno izhaja, da sta bila hkrati predlagana tako vpis novega družbenika kot pridobitelja poslovnega deleža kakor tudi izbris pritožnika kot družbenika in

⁷ Po tem določilu se lahko izbris hipoteke zahteva, če: (1) dolжник plača terjatev, ki je z njo zavarovana; (2) terjatev, zavarovana s hipoteko, preneha; (3) se hipotekarni upnik odreče hipoteki; (4) je ista oseba postala lastnik nepremičnine in imetnik hipoteke na tej nepremičnini; (5) hipoteka s potekom časa ugasne; (6) se zastavljena stvar proda za poplačilo zavarovane terjatve.

odsvojitelja poslovnega deleža. Nato pa je odgovorilo na vprašanje, ali je mogoč izbris odsvojitelja poslovnega deleža iz sodnega registra, čeprav obstajajo zakonske ovire za vpis pri pridobitelju poslovnega deleža. Opozorilo je na drugi odstavek 35. člena ZSReg, po katerem mora registrsko sodišče pri presojanju materialnopravnih pogojev za vpis določenega podatka v sodni register presoditi, ali je vrsta vpisa takšna, da posameznega podatka ni mogoče vpisati, ne da bi bili hkrati vpisani tudi drugi podatki. Če gre za tak vpis, sodišče hkrati odloči o zahtevku za vpis vseh podatkov, ki so predmet vpisa v sodni register. Vendar pa predlogu ugodi samo v primeru, če: (1) predlagatelj zahteva vpis vseh tistih podatkov, ki morajo biti hkrati vpisani, in (2) je zahtevek za vpis vsakega od teh podatkov utemeljen.

Pritožbeno sodišče je opozorilo, da 6. točka prvega odstavka 4. člena v zvezi s prvim odstavkom 3. člena ZSReg določa, da je obvezen podatek, ki se pri družbi z omejeno odgovornostjo vpisuje v sodni register, tudi podatek o njenih družbenikih. To pa pomeni, da pri družbi z omejeno odgovornostjo v nobeni fazi vpisa v sodni register ne sme priti do situacije, ko bi bil bistven podatek za vpis v sodni register izbrisan, ne da bi bil hkrati vpisan nov podatek. Ker pritožnik ni izpodbijal ugotovitve registrskega sodišča, da pridobitelj poslovnega deleža ne izpolnjuje pogojev iz 10. a člena ZGD-1 za pridobitev statusa družbenika, je višje sodišče njegovo pritožbo zavrnilo in izpodbijani sklep sodišča prve stopnje potrdilo.

3.2 VSK sklep II Cpg 124/2018 z dne 23. 8. 2018 (sprememba družbenika kot pravna posledica pripojitve)

V zadevi, ki jo je obravnaval sklep Višjega sodišča v Kopru II Cpg 124/2018, je registrsko sodišče po sodnem referentu pri subjektu vpisa (družbi K., d. o. o.) vpisalo spremembo družbenika in imetnika poslovnega deleža, in sicer je namesto družbe J., d. o. o. vpisalo družbo E., d. o. o. Sprememba družbenika pri subjektu vpisa je bila posledica že izvedene pripojitve družbenika subjekta vpisa, družbe J., d. o. o. k družbi E., d. o. o., ki je bila že vpisana v sodni register. Družbeniki subjekta vpisa (udeleženci postopka) so zoper sklep sodnega referenta vložili pritožbo, sodišče prve stopnje pa jo je po sodniku posamezniku zavrnilo.

Družbeniki subjekta vpisa so se tudi zoper to odločitev pritožili. Kot bistveno so poudarili, da družbena pogodba subjekta vpisa prepoveduje: (1) prenos poslovnega deleža brez uveljavitve predkupne pravice družbenikov in (2) pridobitev kakršnegakoli upravičenja na poslovnem deležu brez soglasja vseh družbenikov. Zato so menili, da prenos poslovnega deleža prek instituta pripojitve pomeni kršitev določil družbene pogodbe. Sodišču prve stopnje so očitali tudi kršitev določil 31., 33. in 37. člena ZSReg in načela kontradiktornosti.

Višje sodišče pritožbi ni ugodilo. Pritožbene trditve o kršitvi določb družbene pogodbe subjekta vpisa pri izvedeni pripojitvi je označilo kot pravno nepomembne. To odločitev je oprlo na določila, ki urejajo pripojitev delniških družb in se na podlagi drugega odstavka 618. člena ZGD-1 uporabljajo tudi za družbe z omejeno odgovornostjo. Najprej je poudarilo, da je pravna posledica pripojitve univerzalno pravno nasledstvo prevzemne družbe. V skladu s tretjim odstavkom 591. člena ZGD-1 namreč z vpisom pripojitve v sodni register premoženje in obveznosti prevzetih družb preidejo na prevzemno družbo, prevzete družbe prenehajo,

delničarji prevzetih družb pa postanejo delničarji prevzemne družbe. Nato je opozorilo še na določbo 598. člena ZGD-1, v skladu s katero po vpisu pripojitve v sodni register morebitne pomanjkljivosti pripojitve ne vplivajo na pravne posledice pripojitve. Sklenilo je, da je bil izpodbijani vpis spremembe družbenika in imetnika poslovnega deleža pri subjektu vpisa v konkretnem primeru le posledica predhodno izvedene in v sodni register že vpisane pripojitve, na podlagi katere je družbenik J., d. o. o. prenehal, namesto njega pa je v subjekt vpisa vstopil njegov univerzalni pravni naslednik, družba E., d. o. o.

Pritožbeno sodišče je zavrnilo tudi pritožbeni očitke, da bi morale sodišče prve stopnje postopek prekiniti do rešitve prehodnega vprašanja in udeležence napotiti na pravdo zaradi spornih dejstev v zvezi z veljavnostjo izvedene pripojitve. Pojasnilo je, da odločitev registrskega sodišča o vpisu spremembe družbenika v sodni register ni bila odvisna od rešitve vprašanja o obstoju določene pravice ali pravnega razmerja. Tudi na tem mestu se je sklicevalo na pravne posledice pripojitve in znova poudarilo, da je bil vpis spremembe družbenika v sodni register vezan le na zakonske posledice te pripojitve.

Pritožbeni očitke, da je sodišče prve stopnje kršilo določbo 31. člena ZSReg, ker predloga za vpis sprememb v sodni register ni vročilo subjektu vpisa, pa je pritožbeno sodišče zavrnilo iz treh razlogov. Prvič zato, ker so pritožniki s tem očitkom grajali kršitev pravice drugega, to je subjekta vpisa, ki se zoper sklep o vpisu spremembe v sodni register ni pritožil. Drugič zato, ker registrsko sodišče morebitne pravice tretjih, ki bi bila lahko prizadeta z vpisom, ni zaznalo. Te kršitve pa v pritožbi zoper sklep sodnega referenta o izvedenem vpisu spremembe niso zatrjevali niti pritožniki. Tretjič pa zato, ker je predlog za vpis spremembe družbenika v sodni register vložil notar, ki je sodeloval pri sestavi notarske listine, torej pri spremembi družbene pogodbe subjekta vpisa, na podlagi katere je bil predlagan vpis spremembe. Ker se na podlagi drugega odstavka 24. člena ZSReg šteje, da je notar pooblaščen v imenu subjekta vpisa vložiti predlog za vpis, ki temelji na takšni listini, je pritožbeno sodišče sklenilo, da določba prvega odstavka 31. člena ZSReg o vročanju listin subjektu vpisa v konkretnem primeru ni uporabljiva.

Sodišče druge stopnje je zavrnilo tudi vse druge pritožbene očitke o kršitvi določb postopka. Ugotovilo je, da se je sodišče prve stopnje v celoti opredelilo do pritožbenih navedb in da pritožnikom ni bila kršena pravica do obravnave pred sodiščem. Pritožniki so se namreč o vseh bistvenih vprašanjih v postopku izjasnili, dodatno še v pritožbi zoper izpodbijani sklep, vse pritožbene trditve pa je pritožbeno sodišče tudi obravnavalo. Na koncu je zapisalo še, da registrsko sodišče ni kršilo niti določb postopka v zvezi z odločanjem o pritožbi. S tem, ko je o pritožbi zoper sklep sodnega referenta odločilo samo po sodniku posamezniku, šele nato pa pritožbo zoper ta sklep odstopilo v reševanje pritožbenemu sodišču, je namreč ravnalo v skladu z določilom 11. člena ZSReg.

4. FIRMA DRUŽBE/IME ZAVODA

4.1 VSL sklep IV Cpg 370/2018 z dne 30. 5. 2018 (varstvo firme)

Iz sklepa IV Cpg 370/2018 izhaja, da je Višje sodišče v Ljubljani o pravilnosti vpisa ustanovitve družbe E., d. o. o. odločalo že drugič. Ko je odločalo prvič⁸, je registrsko sodišče opozorilo, da se pri odločanju o vpisu družbe z izbrano firmo po prvem odstavku 23. člena ZGD-1 ne presoja le, ali se predlagana firma jasno razlikuje od že registriranih firm drugih subjektov v Republiki Sloveniji, temveč tudi, ali je vpis izbrane firme v skladu z določbami ZGD-1 o firmi. V tedanji pritožbi zoper sklep, s katerim je sodišče prve stopnje zavrnilo pritožbo zoper sklep o ustanovitvi subjekta z dne 28. 2. 2017, je namreč družba A., d. o. o. trdila, da: (1) ima izključno pravico do uporabe registrirane (besedne in figurativne) mednarodne blagovne znamke S., ki jo je subjekt vpisa vključil v del svoje firme, in (2) namerava subjekt vpisa opravljati storitve dajanja vozil v najem, to pa je dejavnost, ki jo pod registrirano znamko S., opravlja tudi pritožnica. S tem je opozorila na presojo dopustnosti izbrane firme subjekta vpisa po 17. členu ZGD-1. Po tem določilu firma ne sme vsebovati besed ali znakov, ki vsebujejo znamke ali neregistrirane znake, ki uživajo varstvo po predpisih, ki urejajo znamke.⁹ Takrat je pritožbeno sodišče pritožbi ugodilo, izpodbijani sklep razveljavilo in zadevo vrnilo registrskemu sodišču v novo odločanje. Registrskemu sodišču je naložilo, da presodi resničnost pritožnikovih navedb. Če bo ugotovilo, da je predlagana firma v nasprotju z določbami ZGD-1 o firmi, naj predlagatelja na podlagi določbe 30. člena ZSReg pozove, da spremeni firmo in vložijo spremenjeni predlog z ustreznimi listinami.

V novem odločanju je registrsko sodišče ravnalo v skladu z napotilom pritožbenega sodišča in predlagatelja pozvalo, da predlog ustrezno spremeni. Predlagatelj v postavljenem roku na odredbo ni odgovoril. Registrsko sodišče je nato ponovno zavrnilo pritožbo družbe A. zoper sklep o ustanovitvi z dne 28. 2. 2017.

Proti temu sklepu se je znova pritožila družba A., d. o. o. Subjekt vpisa na pritožbo ni odgovoril. Tudi tokrat je Višje sodišče v Ljubljani pritožbi ugodilo, vendar pa sklepa registrskega sodišča ni razveljavilo in zadeve vrnilo v novo odločanje, ampak je sklep spremenilo tako, da je predlog za vpis ustanovitve družbe E., d. o. o. zavrnilo. Pojasnilo je, da iz neprerekanih navedb pritožnika, ki jih je ta navedel že v pritožbi zoper sklep o ustanovitvi subjekta vpisa, izhajajo naslednja odločilna dejstva: (1) iz registra WIPO izhaja, da je družba S. SE imetnik besedne blagovne znamke „S.“ in figurativne blagovne znamke „S.“, zaščita te mednarodne blagovne znamke pa velja tudi v Republiki Sloveniji, (2) iz registra EUIPO izhaja, da je družba S. SE imetnik besedne blagovne znamke „S.“, zaščita te znamke Skupnosti pa velja tudi v Republiki Sloveniji, (3) družba S. SE ima sklenjeno pogodbo z družbo S. GmbH, na

⁸ Glej VSL sklep IV Cpg 845/2017 z dne 27. 9. 2017.

⁹ Tak predpis je (poleg mednarodnih pogodb oziroma sporazumov, ki urejajo področje varstva industrijske lastnine, ki jih je podpisala Republika Slovenija) tudi Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1), ki v prvem odstavku točke a 47. člena določa, da je imetnik znamke upravičen preprečiti tretjim osebam, ki nimajo njegovega soglasja, da v gospodarskem prometu uporabijo katerikoli znak, ki je enak znamki, za enako blago ali storitve, ki so obseženi z znamko. Ta pravica pa po drugem odstavku 47. člena med drugim obsega tudi prepoved ponujanja storitev in oskrbovanja z njimi pod tem znakom in uporabo znaka na poslovnih dokumentaciji in v oglaševanju.

podlagi katere ima ta družba pravico podlicenciranja navedenih blagovnih znamk „S.“ mednarodnim franšiznim partnerjem, eden izmed teh pa je pritožnik, in (4) družba S. SE subjektu vpisa ni dovolila kakršnekoli uporabe registriranih blagovnih znamk. Po presoji pritožbenega sodišča je registrsko sodišče na podlagi teh dejstev (in glede na to, da je predlagatelj pozvalo, da predlog spremeni) utemeljeno štelo, da je firma subjekta vpisa E. v nasprotju z določbo 17. člena ZGD-1, ker vsebuje registrirano blagovno znamko S. Ni pa po oceni pritožbenega sodišča pravilno ravnalo v nadaljevanju. Po izvedenem postopku po drugem odstavku 30. člena ZSReg registrsko sodišče namreč ni imelo več podlage za presajo (ne) ustreznosti izbrane firme po predlogu za vpis v sodni register. To presajo je opravilo že pred izdajo odredbe o dopolnitvi predloga. Ker predlagatelj predloga ni dopolnil, bi moralo registrsko sodišče predlog za vpis ustanovitve družbe E., d. o. o. na podlagi tretjega odstavka 30. člena ZSReg zavrniti. Ker tega ni storilo, je to storilo pritožbeno sodišče.

4.2 VSL sklep IV Cpg 756/2018 z dne 28. 11. 2018 (vpis spremembe imena fakultete kot ustanoviteljice in članice univerze)

V zadevi, ki jo obravnava sklep IV Cpg 756/2018 z dne 28. 11. 2018, je predlagateljica, ki je bila ustanoviteljica in članice univerze, predlagala vpis spremembe imena zavoda v sodni register. Sodišče prve stopnje je s sklepom zavrnilo pritožbo Republike Slovenije zoper sklep z dne 24. 4. 2018, s katerim je samostojna sodna referentka pri subjektu vpisa FAKULTETA ZA ... dovolila vpis spremembe firme v UNIVERZA v ... FAKULTETA ZA..., prevoda firme v angleščino iz FACULTY OF ... v UNIVERSITY OF ... FACULTY OF ..., vpis skrajšane firme, vpis prevoda skrajšane firme v angleščino in vpis spremembe družbene pogodbe/statuta. Čeprav je registrsko sodišče ocenilo, da pritožnica, ki ni predlagateljica postopka niti subjekt vpisa, v skladu s tretjim odstavkom 36. člena ZSReg ni izkazala, da je bila z izpodbijanim sklepom prizadeta njena pravica ali na zakonu temelječ interes, je zadevo obravnavalo tudi vsebinsko. Ocenilo je, da v danem primeru sprememba imena subjekta vpisa ne pomeni preoblikovanja v drugo vrsto visokošolskega zavoda. Pri tem se je sklicevalo na določbe Zakona o visokem šolstvu (v nadaljevanju ZVis) in na Merila za akreditacijo in zunanjo evalvacijo visokošolskih zavodov in študijskih programov. Ugotovilo je, da: (1) so članice univerze, med drugim subjekt vpisa, ohranile svojo pravno sposobnost in pravno subjektiviteto, (2) je takšno organizacijo univerze in njenih članic preverila Nacionalna agencija Republike Slovenije za kakovost v visokem šolstvu (v nadaljevanju NAKVIS), (3) je odločba, s katero je NAKVIS univerzi podelila akreditacijo za pet let, pravnomočna in (4) je pravnomočen tudi sklep o vpisu ustanovitve univerze s takšno organizacijo v sodni register.

Zoper takšno odločitev se je Republika Slovenija pritožila. Predlagala je razveljavitev izpodbijanega sklepa. Hkrati je predlagala, da pritožbeno sodišče po uradni dolžnosti razveljavi tudi sklep o vpisu sprememb v sodni register z dne 24. 1. 2018, ki se nanaša na univerzo in njene družbenike.

Višje sodišče je pritožbo zavrnilo. Naprej je potrdilo stališče izpodbijanega sklepa, da je predlagateljica ohranila svojo pravno sposobnost in pravno subjektiviteto. V prid te presoje se je sklicevalo na določbo 10. člena Zvis in določbe Akta o

ustanovitvi Univerze v ... in njen statut. Pojasnilo je, da imajo članice univerze na podlagi 10. člena ZVis v primerih, kadar članice univerze, ki so bile ustanovljene v okviru univerze, izvajajo nacionalne programe visokega šolstva, za katere zagotavlja sredstva Republika Slovenija, omejeno pravno sposobnost. V drugih primerih pa, kot to določa četrti odstavek 10. člena ZVis, članice univerze nastopajo v pravnem prometu v svojem imenu in za svoj račun v skladu z aktom in statutom univerze. V tej zvezi je opozorilo na določbo 12. člen akta. Po tej določbi članice univerze, če statut univerze ne določa drugače, ohranijo pravno sposobnost in pravno subjektiviteto, ki so jo imele ob vključitvi v univerzo, morajo pa pri svojem delovanju na način, ki ga določa splošni pravni akt univerze, ki ureja logotip in znak univerze, poudariti članstvo v univerzi.

V nadaljevanju je višje sodišče pritrdilo tudi vsem drugim prej navedenim ugotovitvam registrskega sodišča. Pojasnilo je, da pritožbene navedbe, da organizacija Univerze v ..., njen akt o ustanovitvi in statut niso v skladu z Zvis, ne morejo biti predmet presoje v tem postopku. Predmet presoje v tem postopku ne more biti niti pravilnost vpisa ustanovitve univerze v sodni register niti pravilnost odločbe NAKVIS o akreditaciji. Sklep o vpisu ustanovitve univerze v sodni register je namreč pravnomočen. Nadalje je pojasnilo, da registrsko sodišče v skladu z 29. členom ZSReg preverja le, ali: (1) je predlog vložila upravičena oseba, (2) so predlogu priložene vse predpisane listine (ki so za konkretni primer navedene v določbi 77. člena uredbe), (3) je predlog vložen na obrazcu, če je ta predpisan, in v potrebnem številu izvodov in (4) so izpolnjene druge procesne predpostavke, ki morajo biti izpolnjene za odločanje o vsaki vlogi. Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da je predlagateljica zadostila določbi 77. člena uredbe s tem, ko je predložila sklep svoje ustanoviteljice o spremembi imena. Poleg tega pa so bile 24. 1. 2018 pri subjektu vpisa Univerza v ... tudi že vpisane spremembe imen ustanoviteljic in članic univerze. Ta sklep je že pravnomočen, pritožnica pa s pritožbo v tej zadevi ne more zahtevati njegove razveljavitve.

4.3 VSM sklep I Cpg 168/2018 z dne 7. 6. 2018 (skrajšano ime zavoda)

V zadevi I Cpg 168/2018, ki jo je presoјalo Višje sodišče v Mariboru, se je zastavilo vprašanje, katere so obvezne sestavine skrajšanega imena zavoda.

Sodišče prve stopnje je zavzelo stališče, da Zakon o zavodih (v nadaljevanju ZZ) ne razlikuje med »polnim« in skrajšanim imenom zavoda. Menilo je, da določba 13. člena ZZ, iz katere izhaja, da polno ime zavoda vsebuje označbo, ki navaja dejavnost in sedež zavoda, velja tudi za skrajšano ime zavoda. Oprlo se je tudi na 14. člen ZZ in pojasnilo, da je prav sedež zavoda razlikovalni znak med različnimi zavodi. Zato je predlog zavoda za vpis sprememb v sodni register, med njimi tudi vpis novega imena in skrajšanega imena zavoda, zavrnilo. Zavrnilo je tudi pritožbo zoper ta sklep.

Pritožbeno sodišče je zavzelo povsem nasprotno stališče. Menilo je, da 13. člen ZZ razlikuje med celotnim »polnim« imenom in skrajšanim imenom zavoda. Pojasnilo je, da so sestavine polnega imena določene v prvem odstavku tega člena, iz šestega odstavka istega člena pa izhaja le to, da ima zavod lahko tudi skrajšano ime. Po presoji pritožbenega sodišča je ta določba jasna in drugačne razlage ne

dopušča. Zato je ocenilo, da sedež v skrajšanem imenu zavoda ni razlikovalni znak med zavodi. Poudarilo je, da drugačnega sklepa ni mogoče izpeljati niti iz določbe 14. člena ZZ. V tej določbi je med drugim določeno (le) to, da pri istem sodišču, z istim imenom ne smeta biti vpisana dva zavoda ali več zavodov, ki opravljajo enako dejavnost. Če pa se za vpis priglasita dva ali se priglasi več takšnih zavodov, ima pravico do vpisa (le) tisti, ki ime zavoda prvi priglasi. Na podlagi obrazloženega je sodišče druge stopnje pritožbi ugodilo in izpodbijani sklep spremenilo tako, da je registrskemu sodišču odredilo vpis sprememb v sodni register.

5. VSL SKLEP IV CPG 455/2018 Z DNE 18. 7. 2018 (IZKLJUČITEV USTANOVITELJA IZ ZAVODA)

Predlagatelj je na podlagi sklepa zavoda z dne 27. 12. 2017 registrskemu sodišču predlagal vpis izključitve enega izmed ustanoviteljev (A. A.) iz zavoda. Ustanovitelj predlagatelja A. A. se je kot udeleženec postopka opredelil do predloga. Registrsko sodišče je predlog zavrnilo. Menilo je, da je bil postopek sprejema sklepa o izključitvi ustanovitelja nepravilen, ker svet zavoda na podlagi 30. člena ZZ nima pristojnosti za sprejetje takšnega sklepa. Ob smiselni uporabi 999. člena OZ, ki velja za družbeno pogodbo (societeto) in ureja izključitev družbenika, je zavzelo stališče, da je izključitev ustanovitelja zavoda mogoča le na podlagi ustreznega zahtevka.

Zoper takšno odločitev se je predlagatelj pravočasno pritožil. Višje sodišče v Ljubljani je pritožbi ugodilo in izpodbijani sklep spremenilo tako, da je predlogu predlagatelja za izključitev ustanovitelja ugodilo. Svojo odločitev je oprlo na določila ZZ, OZ in akta o ustanovitvi zavoda. Najprej je pojasnilo, da ZZ nima določb o izključitvi ustanoviteljev iz zavoda. Zato je na podlagi desete alineje 8. člena in 9. člena ZZ za presojo pravnega razmerja med ustanovitelji in zavodom treba uporabiti pravna pravila akta o ustanovitvi. Ker pa se zavodi zaradi svojega statusa približujejo osebam societetnega in korporativnega tipa, je treba smiselno uporabiti tudi določila OZ, ki urejajo družbo civilnega prava. Če ustanovitveni akt predvideva izključitev ustanovitelja iz zavoda, je ob smiselni uporabi prvega odstavka 999. člena OZ mogoče zavzeti stališče, da tožba za izključitev v takem primeru ni potrebna.

Pritožbeno sodišče je ugotovilo, da je obravnavana zadeva prav tak primer. Ustanovitelja zavoda sta se namreč v 5. točki VII. člena akta pogodbeno dogovorila, da se ustanovitelj lahko izključi iz zavoda s sklepom sveta zavoda, če ustanovitelj: 1) nelojalno konkurira zavodu, 2) ne izpolnjuje obveznosti, ki jih je sprejel od zavoda, 3) ravna v nasprotju z interesi zavoda ali 4) stori drugo dejanje, ki lahko povzroči škodo zavodu ali škoduje njegovemu ugledu in ali ugledu drugega ustanovitelja. Poleg tega je pojasnilo, da pristojnost sveta zavoda, da odloča o izključitvi ustanovitelja iz zavoda, izhaja iz 29. člena ZZ. Zato je ugotovilo, da je registrsko sodišče s tem, ko je svetu zavoda odreklo pristojnost odločanja o izključitvi ustanovitelja, zmotno uporabilo navedene določbe ZZ in akta o ustanovitvi.

V nadaljevanju je sodišče druge stopnje presojalo še vsebinske razloge za izključitev ustanovitelja A. A. iz zavoda. Ugotovilo je, da so bila v obravnavani

zadevi spoštovana vsa postopkovna pravila. Svet zavoda je namreč ravnanja udeleženca, ki niso v skladu s 5. točko VII. člena pogodbe, natančno navedel v sklepu o izključitvi, udeleženec pa se je imel možnost izjasniti o očitanih kršitvah in je to tudi storil. Poleg tega se udeleženec v ugovornem postopku pred registrskim sodiščem vsebinsko ni opredelil do nobene od teh kršitev. Ugovarjal je le pristojnosti upravnega odbora (sveta) zavoda. Zato je pritožbeno sodišče na podlagi smiselne uporabe drugega odstavka 214. člena ZPP v zvezi z 19. členom ZSReg in 37. členom ZNP sklenilo, da se udeleženec z razlogi, na podlagi katerih je svet zavoda odločil o njegovi izključitvi iz zavoda, glede vsebine strinja. Pritožbeno sodišče je nato iz opisanih kršitev zvestobe udeleženca zavodu sklepalo, da so bile te takšne, da je za drugega ustanovitelja nadaljnje članstvo udeleženca v zavodu postalo tako nevzdržno, da je zaradi tega predlagal izključitev udeleženca iz zavoda. Ker je predlagatelj predlogu za vpis spremembe ustanovitelja priložil sklep zavoda z dne 27. 12. 2017 in čistopis akta o ustanovitvi, na katerem je bil overjen podpis ustanovitelja, je presodilo, da je podana pravna podlaga za vpis izbrisa udeleženca kot dosedanjega ustanovitelja zavoda v sodni register. Zato je odredilo vpis spremembe ustanovitelja v sodni register.

6. IZBRIS IZ SODNEGA REGISTRA BREZ LIKVIDACIJE

6.1 VSL sklep IV Cpg 413/2018 z dne 30. 5. 2018 (razlogi za ugovor subjekta vpisa proti sklepu o začetku postopka izbrisa)

Zakonodajalec še ni odpravil neskladnosti v Zakonu o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (v nadaljevanju ZFPPIPP) z Ustavo RS, ki jo je Ustavno sodišče RS ugotovilo v odločbi U-I-57/15 in U-I-2/16 z dne 14. 4. 2016. Zato je bila v obravnavanem obdobju v postopkih izbrisa pravne osebe iz sodnega registra po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP¹⁰ še vedno aktualna 3. točka te odločbe, v kateri je ustavno sodišče do odprave ugotovljene protiustavnosti določilo način izvršitve svoje odločitve. Do odprave ugotovljenega neskladja se lahko v postopku izbrisa pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije, začetem na podlagi 2. točke prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP, kot ugovor, da izbrisni razlog ne obstaja, uveljavlja tudi, da pravna oseba ni prenehala poslovati, da ima premoženje ali da ni izpolnila vseh svojih obveznosti.¹¹

V sklepu IV Cpg 413/2018 z dne 30. 5. 2018 je Višje sodišče v Ljubljani obravnavalo vprašanje, ali ima tudi subjekt vpisa možnost, da v izbrisnem postopku po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP uveljavlja vsebinsko enak ugovor kot v izbrisnem postopku po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP.

10 Po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP se pravna oseba izbrše iz sodnega registra brez likvidacije, če ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register. Na podlagi 2. točke drugega odstavka istega člena pa se domneva, da je ta izbrisni razlog podan, če je kot poslovni naslov pravne osebe v sodni register vpisan naslov: (1) na katerem ne sprejema uradnih poštnih pošiljk ali je na tem naslovu neznana, (2) na katerem je objekt, katerega lastnik je druga oseba, ki ji ni dala dovoljenja za poslovanje na tem naslovu, ali (3) ki ne obstaja.

11 Gre torej za vsebinsko enak ugovor, kot ga je po določbah ZFPPIPP mogoče uveljavljati v izbrisnem postopku po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP.

Iz obrazložitve sklepa višjega sodišča izhaja, da je registrsko sodišče na predlog lastnika poslovnih prostorov na naslovu D. začelo postopek izbrisa subjekta vpisa A., d. o. o. iz sodnega registra brez likvidacije, ker predlagatelj družbi ni dal soglasja za poslovanje na tem poslovnem naslovu. Subjekt vpisa je ugovarjal, da izbrisni razlog ne obstaja, ker še ni nehal poslovati in ker ima premoženje, zaposlene in neporavnane obveznosti. Skliceval se je na prej navedeno odločbo ustavnega sodišča. Registrsko sodišče je pritrdilo njegovim ugovornim razlogom in postopek za izbris subjekta vpisa ustavilo. Ob upoštevanju odločbe ustavnega sodišča je odločilo, da je subjekt vpisa izpodbil zakonsko domnevo, na podlagi katere je bil začel izbrisni postopek. Predlagatelj se je zoper to odločitev pritožil.

Višje sodišče je pritožbi predlagatelja ugodilo in izpodbijani sklep spremenilo tako, da je ugovor subjekta vpisa zoper sklep o začetku postopka izbrisa iz sodnega registra zavrlo. Ugotovilo je, da je registrsko sodišče odločbo ustavnega sodišča delno povzelo iztrgano iz konteksta celotne odločbe in okvira obravnave ter ugotovljene protiustavnosti ZFPPIPP. Opozorilo je, da je ustavno sodišče v navedeni odločbi ugotovilo protiustavnost ZFPPIPP zaradi neenakosti položajev upnikov, ki želijo z ugovorom preprečiti izbris pravne osebe iz sodnega registra brez likvidacije glede na to, ali je bil postopek izbrisa začel na podlagi izbrisnega razloga po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP (da je subjekt vpisa prenehal poslovati, nima premoženja in je izpolnil vse svoje obveznosti), ali pa na podlagi izbrisnega razloga po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP (da subjekt vpisa ne posluje na poslovnem naslovu, vpisanem v sodni register). Zato iz celotnega konteksta odločbe ustavnega sodišča izhaja, da se možnost uveljavljanja vsebinsko enakega ugovora kot v izbrisnem postopku po 1. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP tudi v izbrisnem postopku po 2. točki prvega odstavka 427. člena ZFPPIPP nanaša le na ugovor upnika, ne pa na ugovor subjekta vpisa.

VIRI:

- Zbirka sodnih odločb Ustavnega sodišča RS (RS – USTA) in višjih sodišč (RS – IESP) po stanju na dan 1. 5. 2019.

PREDSTAVITEV SISTEMA POVEZOVANJA CENTRALNIH IN TRGOVINSKIH REGISTROV TER REGISTROV DRUŽB

mag. Tadej Ulčar, področni sekretar, AJPES

Združena sodni in poslovni register že od leta 2008 pravnim osebam in podjetnikom omogočata elektronske storitve ter enostavni dostop do listin in podatkov. Digitalizacija ni omogočila le lažjega dostopa do javnih evidenc, izboljšala je tudi notranjo učinkovitost ter kakovost zalednih procesov, ni pa še presegla državnih meja. To zmanjšuje preglednost in pravno varnost na enotnem trgu, zato si je Evropska komisija v **Evropskem akcijskem načrtu za e-upravo za obdobje 2016–2020**¹ zadala ambiciozni načrt, da bodo do leta 2020 javne uprave in institucije v Evropski uniji (EU) odprte, učinkovite in vključujoče ter bodo vsem državljanom in pravnim osebam v EU zagotavljale čezmejne, personalizirane, uporabniku prijazne, vseobsežne javne storitve.

Temeljna pogoja za uresničitev tega cilja sta **privzeta digitalna oblika** javnih podatkov (»digital by default«) in dosledna uporaba **načela enkratnega evidentiranja** (»once-only«), ko se od nikogar ne bi smelo zahtevati, da iste informacije (ki jih že upravlja drug organ javne uprave) predloži večkrat. Nadaljnji pomemben vidik je **prosta uporaba informacij javnega sektorja** (t. i. odprti podatki – »open data«). Poseben poudarek pri omogočanju čezmejne mobilnosti z interoperabilnimi digitalnimi javnimi storitvami je Evropska komisija namenila vzpostaviti **sistema povezovanja centralnih in trgovinskih registrov ter registrov družb (Business Registers Interconnection System, v nadaljevanju: BRIS)**. V tem okviru je bila vzpostavljena platforma, ki podpira obvezno medomrežno povezovanje ter varno in zanesljivo medsebojno elektronsko komunikacijo vseh poslovnih registrov držav članic EU. Ta rešitev omogoča tudi dostop do določenih informacij o družbah, registriranih v vključenih državah², prek **evropskega portala e-pravosodje**.

1. PRAVNE PODLAGE, NAMEN IN GRADNIKI BRIS

Delovanje BRIS je bilo vzpostavljeno junija 2017 na podlagi **Direktive 2012/17/EU glede povezovanja centralnih in trgovinskih registrov ter registrov družb**³. Namen t. i. direktive BRIS je bil izboljšati čezmejni dostop do informacij

1 Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Evropski akcijski načrt za e-upravo za obdobje 2016–2020 – Pospešitev digitalne preobrazbe uprave, Bruselj, 19. 4. 2016, COM(2016) 179 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:52016DC0179>.

2 Udeležene države so države članice EU (Belgija, Francija, Nemčija, Italija, Luksemburg, Nizozemska, Danska, Irska, Združeno kraljestvo, Grčija, Portugalska, Španija, Avstrija, Finska, Švedska, Ciper, Češka, Estonija, Latvija, Litva, Madžarska, Malta, Poljska, Slovaška, Slovenija, Bolgarija, Romunija, Hrvaška) in EGP (Norveška, Islandija, Lihtenštajn).

3 Direktiva 2012/17/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. junija 2012 o spremembi Direktive Sveta 89/666/EGS ter direktiv 2005/56/ES in 2009/101/ES Evropskega parlamenta in Sveta glede povezovanja centralnih in trgovinskih registrov ter registrov družb, OJ L 156, 16. 6. 2012, p. 1–9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0017>.

o gospodarskih družbah in njihovih podružnicah. Direktiva je spreminjala tri druge direktive na področju prava družb, tj. direktivo o razkritjih podružnic⁴, o čezmejnih združitvah kapitalskih družb⁵ in o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb⁶. Zaradi zagotovitve pravne jasnosti in varnosti se je Generalni direktorat za pravosodje in potrošnike odločil za kodifikacijo direktiv, ki so urejale (evropsko) pravo kapitalskih družb.

Kodifikacija je postopek združitve zakonodajnega akta oziroma več povezanih aktov ter vseh njihovih sprememb v enem novem aktu brez uvedbe dejanskih sprememb. Področje prava družb, kamor spada tudi BRIS, ureja **Direktiva (EU) 2017/1132 o določenih vidikih prava družb**⁷. Določbe direktive so bile v nacionalno pravo prenesene z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o sodnem registru (ZSReg-G) in Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o Poslovnem registru Slovenije (ZPRS-1B)⁸.

Namen povezovanja poslovnih registrov je **izboljšati varnost** poslovanja na notranjem trgu s **preprostim dostopom do informacij o kapitalskih družbah** ter vzpostavijo hitre in **varne komunikacije med upravljavci poslovnih registrov** z uporabo: i) elektronske komunikacije, ii) enake vsebine in iii) interoperabilnih tehnologij.

Sistem BRIS je poenostavil in avtomatiziral komunikacijske načine med poslovnimi registri v primerih čezmejnih združitev, zmanjšal administrativne stroške gospodarskih družb v postopkih čezmejnih združitev ter zagotovil večjo stopnjo zanesljivosti podatkov v poslovnih registrih. Sestavljajo ga trije glavni gradniki: i) **poslovni registri držav članic**, ki zagotavljajo podatke in listine; ii) **centralna platforma** (EU Central Platform), ki jo upravlja Evropska komisija in omogoča izmenjavo informacij med povezanimi registri, ter iii) **evropski portal e-pravosodje**⁹ z vlogo osrednje evropske elektronske vstopne točke za pridobitev informacij o družbah in podružnicah.

4 Enajsta direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o razkritjih podružnic, ki jih v državi članici odprejo nekatere oblike družb, za katere velja zakonodaja druge države, OJ L 395, 30. 12. 1989, p. 36–39, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31989L0666>.

5 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/56/ES z dne 26. oktobra 2005 o čezmejnih združitvah kapitalskih družb, OJ L 310, 25. 11. 2005, p. 1–9, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0056>.

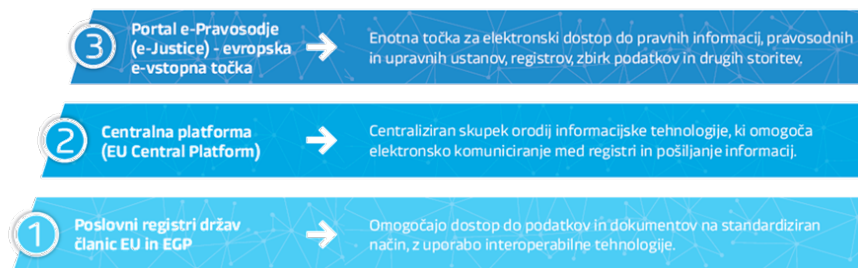
6 Direktiva 2009/101/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim pododstavkom člena 48 Pogodbe, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti, OJ L 258, 1. 10. 2009, p. 11–19, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0101>.

7 Direktiva (EU) 2017/1132 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2017 o določenih vidikih prava družb, OJ L 169, 30. 6. 2017, p. 46–127, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/sl/TXT/?uri=CELEX:32017L1132>.

8 Oba objavljena v Uradnem listu RS, št. 54/17, z dne 29. 9. 2017.

9 <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=sl&action=home>.

Slika 1: Gradniki sistema BRIS



Vir: www.ajpes.si/BRIS

2. VSEBINA SISTEMA BRIS

Namen Direktive (EU) 2017/1132 o določenih vidikih prava družb (v nadaljevanju: direktiva) ni ustvarjanje centralizirane zbirke registrskih podatkov, ampak vzpostavitev **centraliziranega skupka orodij informacijske tehnologije**, ki omogoča izmenjavo podatkov o družbah, shranjenih v nacionalnih registrih, brez spreminjanja njihove vsebine.

Izmenjavo podatkov omogoča **enotni identifikator** (v nadaljevanju: **EUID**) s sestavinami, ki omogočajo identifikacijo države članice, pristojnega nacionalnega registra in številke družbe v tem registru. V Sloveniji enotni identifikator subjektom dodeli upravljavec registra in je sestavljen iz sestavin, ki omogočata identifikacijo Republike Slovenije in poslovnega registra (predpona SIPRS), ter matične številke enote poslovnega registra¹⁰, uporablja pa se le za prejemanje in pošiljanje podatkov, listin ter objavo javnih podatkov in listin prek sistema povezovanja poslovnih registrov.

Sistem BRIS deluje na dveh ravneh. Prva raven je **javni del, ki omogoča dostop dokumentov in podatkov**, ki jih morajo v skladu z direktivo razkriti zavezane družbe¹¹. Drugi del pa pomeni **izmenjavo sporočil med registri**, in sicer obvestil o razkritjih v zvezi s podružnicami ter o čezmejnih združitvah.

Prek sistema¹² so **brezplačno na voljo** naslednji podatki: i) firma in pravna oblika družbe; ii) registrirani sedež družbe in država članica, v kateri je družba registrirana, ter iii) registrska številka družbe. Direktiva taksativno **določa druge dokumente, ki jih morajo** registru (in prek njega javnosti) **razkriti družbe**: i) ustanovitveni akt in statut, če imata obliko posebnega dokumenta, ter vse spremembe teh dokumentov;

10 Prim. 7. a člen Zakona o Poslovnem registru Slovenije (Uradni list RS, št. 49/06, 33/07 – ZSReg-B, 19/15 in 54/17).

11 Oblike (kapitalskih) družb, za katere velja obveznost posredovanja in izmenjave podatkov v sistemu BRIS, so po državah določene v Prilogi II Direktive (EU) 2017/1132. Za Slovenijo je obveznost določena za naslednje oblike družb: i) (evropska) delniška družba; ii) družba z omejeno odgovornostjo; iii) komanditna delniška družba.

12 Z iskalnikom na spletnem portalu e-pravosodje: https://e-justice.europa.eu/content_find_a_company-489-sl.do?clang=sl.

ii) po vsaki spremembi ustanovitvenega akta ali statuta celotno besedilo akta ali statuta, kakor je bilo spremenjeno do tega dne; iii) imenovanje, prenehanje funkcije in podatke o osebah, ki so ali kot zakonsko predvideni organ ali kot članice takega organa (zastopniki in osebe udeležene pri upravljanju, nadzoru ali obvladovanju družbe); iv) najmanj enkrat na leto znesek vpisanega kapitala, kadar ustanovitveni akt ali statut navaja odobreni kapital, razen če je zaradi povečanja vpisanega kapitala potrebna sprememba statuta; v) računovodske listine za vsako poslovno leto; vi) vsako spremembo registriranega sedeža družbe; prenehanje družbe; vii) vsako sodno razglasitev ničnosti družbe; viii) imenovanje likvidacijskih upraviteljev, podatke o njih in njihova pooblastila in ix) vsako končanje likvidacije in v državah članicah, kjer ima izbris družbe iz registra pravne posledice, podatke o vsakem takem izbrisu.

Države članice morajo zagotoviti, da so dokumenti in podatki na voljo prek sistema BRIS v standardnem formatu za sporočila in dostopni elektronsko ob upoštevanju minimalnih varnostnih standardov. Pristojbine za pridobitev teh dokumentov in podatkov ne smejo presegati upravnih stroškov (načelo pokritja stroškov).

Na ravni izmenjave sporočil med registri si vključeni upravljavci izmenjujejo uradna obvestila o **razkritjih v povezavi s (tujimi) podružnicami** ter o čezmejnih združitvah. Registri vsa uradna obvestila pošiljajo centralni platformi sistema, ki jih razširja posameznim registrom na podlagi t. i. **naročniškega seznama**, ki temelji na EUID. Naročniški seznam vzpostavijo poslovni registri sami s pošiljanjem seznama EUID matičnih družb tujih podružnic, vpisanih v registru v centralno platformo.

V skladu z direktivo mora register družbe sistemu BRIS nemudoma zagotoviti informacije o začetku in končanju likvidacijskega ali insolvenčnega postopka oziroma izbrisu družbe iz registra, če ima to pravne posledice v drugi državi članici. Države članice določijo postopek, ki se uporabi po prejemu teh informacij – register mora zagotoviti, da se njene podružnice (v drugih državah) izbrišejo iz registra brez nepotrebnega odlašanja, kadar je (matična) družba prenehala poslovati ali je bila kako drugače izbrisana iz registra. Podobno velja pri čezmejnih združitvah – register, v katerega se vpiše družba, nastala s čezmejno združitvijo, prek sistema BRIS, o tem nemudoma uradno obvesti registre vseh družb, udeleženi v čezmejni združitvi, ki izbris, če je potreben, opravijo ob prejemu tega uradnega obvestila, in ne prej.

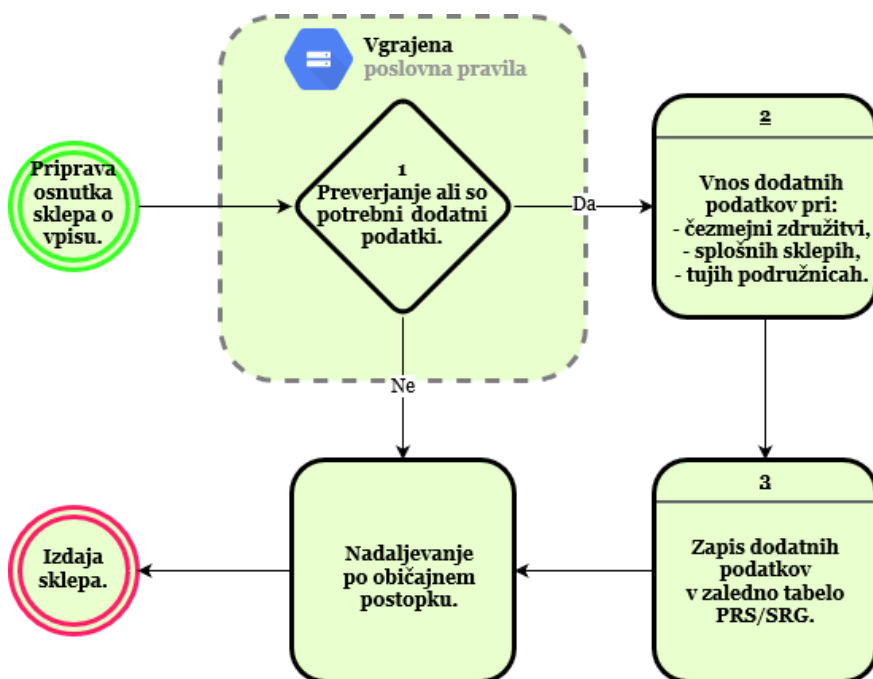
3. UVEDBA BRIS V SLOVENIJI

Uvedbo nacionalnega vozlišča BRIS je z nadgradnjo obstoječe ter razvojem nove programske opreme izvedla Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (v nadaljevanju: AJPES) ob vsebinski podpori Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, ki zagotavlja enotno tehnološko in informacijsko podporo delu vseh sodišč v državi. Zakonodajne rešitve pa sta pripravili Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo ter Ministrstvo za pravosodje.

Digitalizacija ter povezava sodnega in poslovnega registra, ki z nadgradnjami poteka od leta 2008 dalje, sta omogočili, da velik del obvezne izmenjave podatkov

poteka samodejno. Po podrobni analizi sta bila izvedena vzporejanje dokumentov in podatkov sodnega registra z zahtevami direktive ter povezava s centralno platformo. Kjer samodejno vzporejanje ni bilo mogoče, se je namenska programska oprema sodnega registra posodobila s poslovnimi pravili in vnosnimi polji, ki v fazi priprave osnutka sklepa o vpisu zahtevajo dodatne podatke, ki omogočajo skladno delovanje nacionalnega vozlišča sistema BRIS.

Slika 2: Shema nadgradnje namenske programske opreme sodnega registra



Za spremljanje obvezne izmenjave podatkov o čezmejnih združitvah in postopkih likvidacije, insolventnosti in izbisa oziroma za odgovore na poizvedbe o podatkih in dokumentih gospodarskih družb prek portala e-pravosodje je bil vzpostavljen poseben spletni program, ki ga uporablja Okrožno sodišče v Ljubljani, kot enotna koordinacijska točka, pristojna za pošiljanje uradnih obvestil iz sistema BRIS v reševanje pristojnim registrskim sodiščem.

4. SKLEP

Sistem povezovanja poslovnih registrov pomeni prvega izmed vseevropskih projektov digitalizacije pravosodja in bo zagotovo dolgoročno okreplil zaupanje v enotni trg ter izboljšal pravno varnost. V različnih stopnjah priprave ali izvedbe pa bodo k temu prispevale tudi druge pobude iz akcijskega načrta pospeševanja digitalne preobrazbe uprave. V kratkem bodo morale države članice podpreti izvedbo vpisa in registracije družb v celoti prek spleta (vključno s preverjanjem identitete ter

pravne in poslovne sposobnosti oseb), omogočiti čezmejno priznavanje sredstev elektronske identifikacije, dokumente in informacije v registrih hraniti v strojno berljivi obliki, zagotavljati večji nabor brezplačnih informacij na portalu e-pravosodje ter povezati registre pravnih in dejanskih lastnikov. Za uspešno izvedbo navedenega bo treba brez odlašanja sprejeti ukrepe za izboljšanje digitalnih kompetenc javnih uslužbencev in izboljšati sodelovanje med različnimi deležniki, ki zagotavljajo in upravljajo javne spletne storitve.