

# **PRAVOSODNI BILTEN**

4/2013

## UREDNIŠKI ODBOR

### **Predsednica Uredniškega odbora**

mag. Nina BETETTO  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

### **Namestnica predsednice**

mag. Valerija JELEN KOSI  
Ministrstvo za pravosodje

### **Člani:**

Boris OSTRUH  
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

Mateja SENIH  
Državno pravobranilstvo Republike Slovenije

doc. dr. Rok ČEFERIN  
Odvetniška zbornica Slovenije

Andrej DOKLER  
Notarska zbornica Slovenije

Jezikovno uredil  
Sektor za prevajanje Generalnega sekretariata Vlade Republike Slovenije

Tajnica uredniškega odbora  
Špela EST  
Ministrstvo za pravosodje  
tel. št. 01/369 52 98

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

Periodičnost  
4 številke letno

Naklada  
550 izvodov

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

## PREGLED VSEBINE

### ČLANKI

Matjaž Voglar okrožni sodnik Okrajno sodišče v Ljubljani <b>RAZVOJ SODNE PRAKSE V ZVEZI Z VROČANJEM PO SPREJETJU NOVELE ZPP-D</b> .....	9
doc. dr. Špelca Mežnar Mednarodna fakulteta za družbene in poslovne študije, Celje Odvetniška družba Čeferin, d.o.o. <b>POGODBENA ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST V SODOBNEM SLOVENSKEM OBLIGACIJSKEM PRAVU</b> .....	25
mag. France Ocepek Vrhovno sodišče Republike Slovenije <b>DELIKTNA ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST MED POGODBENIMA STRANKAMA: ANALIZA TEORETIČNIH IN PRAKTIČNIH PROBLEMOV NA PRIMERU NESREČE PRI DELU</b> .....	37
mag. France Ocepek Vrhovno sodišče Republike Slovenije <b>NEPREMOŽENJSKA ŠKODA V POGODBENEM ODNOSU: ANALIZA TEORETIČNIH IN SODNIH DILEM NA PRIMERU DELOVNEGA RAZMERJA</b> .....	61
prof. dr. Aleš Galič Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani <b>PRAVICA DO SODNEGA VARSTVA V NOVEJŠI PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE</b> .....	83
dr. Ana Božič Penko vrhovna sodnica Vrhovno sodišče Republike Slovenije <b>ZVEtL</b> .....	115
mag. Damijan Florjančič vrhovni sodnik Vrhovno sodišče Republike Slovenije <b>KORUPCIJSKA KAZNIVA DEJANJA IN DOMAČA SODNA PRAKSA</b> .....	133
Danuška Bobek - Gospodarič Vodja skupine za transferne cene Davčna uprava Republike Slovenije <b>TRANSFERNE CENE</b> .....	145

## IZ PRAKSE ZA PRAKSO

- dr. Miodrag Đorđević  
vrhovni sodnik svetnik  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije  
**RAZLAGA UREDBE SVETA (ES) ŠT. 1346/2000 Z DNE 29. MAJA 2000  
O POSTOPKIH V PRIMERU INSOLVENTNOSTI SKOZI ODLOČBE  
SODIŠČA EVROPSKIH SKUPNOSTI (SES) – ZDAJ SODIŠČA  
EVROPSKE UNIJE (SEU) ..... 163**
- mag. Barbara Mejač  
višja pravosodna svetovalka – vodja programa DIES  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije  
**ELEKTRONSKO VROČANJE IN DRUGE NOVOSTI V POSTOPKIH  
IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA ..... 197**
- mag. Damjan Orož  
višji sodnik  
Višje sodišče v Ljubljani  
**IZVRŠILNI DEL ZAČASNIH ODREDB, IZDANIH V SPORIH IZ  
RAZMERIJ MED STARŠI IN OTROKI ..... 207**
- dr. Mateja Končina Peternel  
vrhovna sodnica  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije  
**AKTUALNA VPRAŠANJA S PODROČJA DRUŽINSKEGA PRAVA ..... 221**
- Sneža Mihailova Brojan  
Direktorat za delovna razmerja in pravice iz dela  
Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti  
**SPREMEMBE, KI JIH NOVA DELOVNA ZAKONODAJA PRINAŠA  
V ZVEZI S POSTOPKI ODPOVEDI POGODBE O ZAPOSLOTVI ..... 235**
- izr. prof. dr. Barbara Kresal  
Fakulteta za socialno delo  
Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani  
**NAJPOMEMBNEJŠE SPREMEMBE PRI ZAPOSLOVANJU  
DELAVCEV PO NOVI DELOVNI ZAKONODAJI ..... 247**

## UVOD

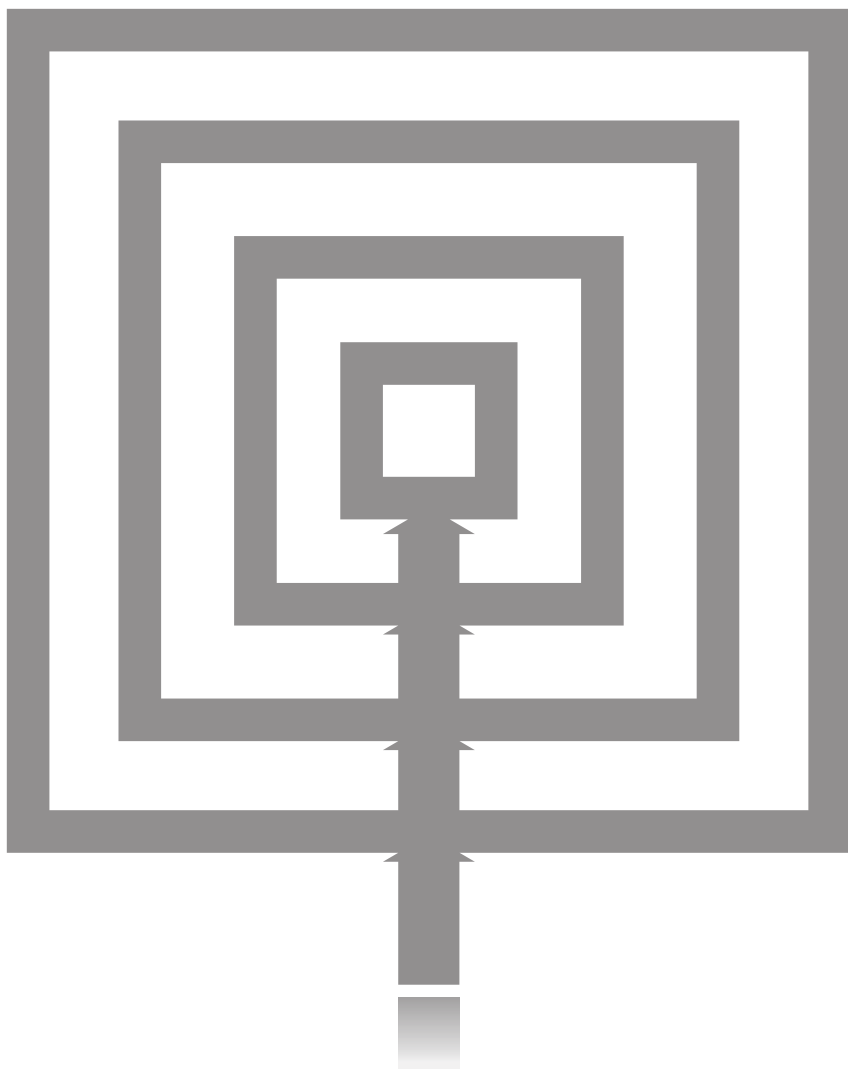
V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na SEMINARJU ZA DRUŽINSKE SODNIKE (Ljubljana, 25. januar 2013, in Maribor, 1. februar 2013), na CIVILNOPRAVNI SODNIŠKI ŠOLI 2013 (Čatež ob Savi, 6. do 8. marec in 27. do 29. marec 2013), na SEMINARJU NOVOSTI ZAKONA O DELOVNIH RAZMERNOSTI (ZDR-1) IN UREJANJU TRGA DELA (Ljubljana, 25. april 2013), na DNEVIH SLOVENSKEGA SODSTVA 2013 (Portorož, 7. do 8. junij 2013), na IV. LETNEM POSVETU SODNIKOV DELOVNIH SODIŠČ PRVE STOPNJE (Brdo pri Kranju, 21. junij 2013), na IZOBRAŽEVANJU NA TEMO TRANSFERNIH CEN (Ljubljana, 16. september 2013), na SEMINARJU KAZENSKOPRAVNO ODZIVANJE NA KORUPCIJO (Brdo pri Kranju, 25. september 2013), na DELAVNICAH E-POSLOVANJE V E-IZVRŠBA VPISNIKU (Ljubljana, september 2013), na DELOVNO-SOCIALNI SODNIŠKI ŠOLI 2013 (Čatež ob Savi, 2. do 4. oktober 2013) in na GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2013 (Čatež ob Savi, 21. do 23. oktober 2013) in so se odločili za objavo, za kar smo jim zelo hvaležni.

Izobraževalne dogodke je organiziral Center za izobraževanje v pravosodju pri Ministrstvu za pravosodje v sodelovanju z Vrhovnim sodiščem Republike Slovenije in Upravnim sodiščem Republike Slovenije.

Ljubljana, november 2013

Uredniški odbor





**ČLANKI**







# RAZVOJ SODNE PRAKSE V ZVEZI Z VROČANJEM PO SPREJETJU NOVELE ZPP-D<sup>1</sup>

Matjaž Voglar  
okrožni sodnik, vodja pravnega oddelka in podpredsednik sodišča  
Okrajno sodišče v Ljubljani

## 1 NOVELA ZPP-D ...

Vročanje je zelo pomembno procesno opravilo, ki v postopku zagotavlja načelo kontradiktornosti oziroma obojestranskega zaslišanja, po drugi strani pa je učinkovito vročanje tudi nujni pogoj za zagotovitev učinkovitega sodnega varstva v razumnem roku. Določbe Zakona o pravnem postopku<sup>2</sup> (ZPP) o vročanju sodnih pisanj so se večkrat spreminjale, saj je praksa pokazala, da je (bilo) vročanje premalo učinkovito. Tako je novela ZPP-A<sup>3</sup> ukinila (v sedanjih razmerah dostikrat neuresničljivo) zahtevo, da mora vročevalec pri prvem poskusu vročitve »poizvedeti, kdaj in na katerem mestu bi lahko dobil naslovnika«.

Najbolj radikalne spremembe v smeri učinkovitosti vročanja je uvedla novela ZPP-D<sup>4</sup>, ki je med drugim poenostavila postopek osebne in neosebne vročitve; izboljšala vročanje na delovnem mestu in subjektom vpisa v poslovni register; odpravila nekatere preživete ureditve (vročanje hišniku ali sosedu); določila, da se vabilo na zaslišanje stranke vroča odvetniku, če ga stranka ima; uvedla možnost neposrednega vročanja med strankami oziroma pooblaščenci; uredila vprašanje stroškov pri vročanju v tujino itd. Najradikalnejša sprememba pa je (bila) vročitev s fikcijo na naslovu za vročanje, vendar je Ustavno sodišče razmeroma kmalu razveljavilo to določbo, kot bo pojasnjeno v nadaljevanju.

## 2 ... IN SODNA PRAKSA

### 2.1 Osebna in neosebna vročitev

ZPP-D je obe obliki vročitve precej poenostavil: pri neosebni vročitvi se, če je naslovnik odsoten, sodno pisanje takoj vrže v nabiralnik in vročitev je s tem opravljena<sup>5</sup> (novi 141. člen ZPP). **Osebna vročitev** se po novem opravlja v bistvu tako, kot se je doslej »neosebna«: če je naslovnik odsoten, pusti vročevalec (poštar) najprej obvestilo, pisanje pa se vrne na pošto, kjer čaka naslovnika 15 dni.

1 Prispevek je bil predstavljen na Letnem posvetu sodnikov delovnih sodišč 1. stopnje, 21. junija 2013, na Brdu pri Kranju.

2 Uradni list RS, št. 73/2007 – UPB-3 in nadaljnji. Zakon je bil v prvotni obliki objavljen v Uradnem listu RS, št. 26/1999 z dne 15. 4. 1999, velja od 14. 7. 1999.

3 Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o pravnem postopku, Uradni list RS, št. 96/2002.

4 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku, Uradni list RS, št. 45/2008.

5 Enako ureditev je že prej poznal Zakon o splošnem upravnem postopku.

Če naslovnik pisanja ne pride iskat, se to po 15 dneh vrže v njegov nabiralnik. Namen take ureditve je, da se naslovnik, če je le mogoče, dejansko seznanj s pisanjem in se nanj odzove. Sodišču se pisanje vrne le v primeru, če je naslovnikov predalčnik neuporaben ali pa ga sploh nima (tudi poln, odprt;<sup>6</sup> tako je možno, da je npr. prvo obvestilo puščeno v nabiralniku, celotnega sodnega pisanja – ki je debelejšje –, pa ob drugem poskusu vročitve ni mogoče pustiti v nabiralniku). V praksi se lahko pojavijo težave zaradi tega, ker vročevalec (poštar) ne izpolni pravilno vseh rubrik na ovojnici oziroma obvestilu sodišču o opravljeni vročitvi, saj je možnih več variant.<sup>7</sup>

**Katera pisanja** se vročajo osebno, določa prvi odstavek 142. člena ZPP: tožba, sodna odločba, zoper katero je dovoljena posebna pritožba, izredno pravno sredstvo in nalog za plačilo sodne takse za vlogo iz prvega odstavka 105.a člena ZPP, vabilo stranki na poravnalni narok ali prvi narok za glavno obravnavo ter na zaslíšanje strank (prvi odstavek 261. člena ZPP), sklep o nadaljevanju prekinjenega postopka (peti odstavek 208. člena ZPP), druga pisanja pa le, če sodišče oceni, da je potrebna večja previdnost. Tudi, če je na primer narok preklican in preklic vsebuje obvestilo o novem datumu naroka (torej je po svoji vsebini preklic hrkati tudi vabilo na prvi narok), je treba tako pisanje vročati osebno.<sup>8</sup>

V teoriji in sodni praksi so deljena mnenja o tem, ali se pravnim osebam, podjetnikom in odvetnikom sploh vroča osebno. Dr. Aleš Galič po analizi starejših teoretikov zaključuje, da se vsa pisanja pravnim osebam vročajo neosebno, vendar *de lege ferenda* priporoča, da naj tudi za zgoraj navedene subjekte velja osebna vročitev, kjer je predpisana.<sup>9</sup> Sodna praksa, za katero Galič navaja, da je močno neenotna, se je po objavi citiranega članka izrekla, da je treba tudi pravnim osebam, podjetnikom in odvetnikom vročati osebno.<sup>10</sup> Zato menim, da je tovrstno stališče pravilno in ga je treba upoštevati.

## 2.2 Fikcija vročitve

Nadaljnje vprašanje pri osebnem vročanju je, **kdaj nastopi fikcija** vročitve, če naslovnik pisanja ne dvigne v roku, tj. v 15 dneh, oziroma kdaj začne teči rok

- 
- 6 Ker se vse pogosteje dogaja, da pošta vrne pisanje sodišču iz tega ali onega razloga neuporabnega naslovnikovega predalčnika, je treba ponovno poudariti, da je tudi v primeru neuporabnega (polnega ...) predalčnika vročitev s fikcijo veljavno opravljena vedno, ko je pravilno puščeno prvo obvestilo o prispelem pisanju in se pisanje sodišču vrne z zaznamkom pošte, zakaj ga ni bilo mogoče pustiti v naslovnikovem predalčniku. Četudi pošta npr. zapiše: »Vročitve ni bilo mogoče opraviti zaradi odsotnosti ali neuporabnosti poštne predalčnika« ipd., to ne pomeni, da vročitev ni bila veljavno opravljena, ampak le, da se pismo vrača sodišču iz razloga, navedenega v zadnjem stavku četrtega odstavka 142. člena ZPP. Ali je bila vročitev opravljena ali ne, presoja sodišče in ne poštar.
- 7 Če se pisanje zaradi odsotnosti ali neuporabnosti poštnega predalčnika vrne sodišču, lahko vročevalec napravi uradne zaznamke o pustiívi prvega obvestila in drugem neuspešnem poskusu vročitve bodisi na sprednji ali zadnji strani ovojnice ali pa na privesku – kopiji puščenega obvestila. Bistveno je, da so zabeleženi vsi relevantni podatki o poteku vročanja.
- 8 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 8/2012 z dne 8. 5. 2012. V konkretni zadevi novo vabilo ni bilo vročeno niti neosebno, temveč po telefaksu.
- 9 A. Galič, Vročanje pravnim osebam, podjetnikom in odvetnikom, Pravna praksa, 2010, št. 5, str. 22.
- 10 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cpg 1434/2010 z dne 15. 12. 2010, ter sklepa Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 782/2008 z dne 26. 5. 2011 in II Ips 13/2010 z dne 20. 5. 2010 (slednji je bil izdan v zahtevi za varstvo zakonitosti in se izrecno sklicuje na Galičev članek). Nedavno je bila o tem vprašanju dopuščena tudi revizija (primerjaj Sklep III DoR 87/2012 z dne 12. 2. 2013).

za opravo procesnega dejanja. Vročitev po četrtem odstavku 142. člena ZPP se šteje za opravljeno bodisi z dnem, ko naslovník pisanje prevzame (dvigne) na pošti, bodisi se šteje za opravljeno po poteku tega roka. Dvoumno je lahko, kaj pomenijo besede »po poteku tega roka«: ali nastopi fikcija vročitve šestnajsti dan po puščenem obvestilu (ali šele, ko poštar pisanje vrže v naslovníkov predalčnik) ali že z iztekom samega petnajstega dne. Na to vprašanje je že dalo odgovor Vrhovno sodišče RS,<sup>11</sup> in sicer, da se rok izteče s pretekom zadnjega dneva in takrat tudi nastopijo posledice, ki jih določa zakon. To pa glede roka za dvig pošiljke iz četrtega odstavka 142. člena ZPP pomeni, da se izteče s pretekom zadnjega petnajstega dne, takrat nastopi fikcija vročitve, rok za vložitev pravnega sredstva pa začne teči že šestnajsti in ne šele sedemnajsti dan po puščenem obvestilu. Na nastop fikcije vročitve ne vpliva, ali je ta dan (šestnajsti po puščenem obvestilu) delavnik ali dela prost dan,<sup>12</sup> saj s fikcijo vročitve šele začne teči rok za pravno sredstvo, rok pa se podaljša le v primeru, če se izteče na dela prost dan (primerjaj četrti odstavek 111. člena ZPP). Torej se v primeru vročitve s fikcijo kot začetek teka roka šteje naslednji dan po poteku roka za dvig na pošti, kar pomeni, da je za odločitev o (ne)pravočasnosti ugovora bistven podatek, kdaj je bilo puščeno obvestilo iz tretjega odstavka 142. člena ZPP in ne, kdaj je vročevalc sodno pisanje pustil v naslovníkovem nabiralniku v smislu četrtega odstavka 142. člena ZPP. Odložitev sodnega pisanja v nabiralnik po poteku roka za dvig pisanja na pošti ne pomeni vročitve sodnega pisanja; vročitev je nastopila s fikcijo že s potekom petnajstdnevnega roka. Odložitev pisanja je namenjena le temu, da se naslovník čim bolj zanesljivo seznaní s pisanjem.<sup>13</sup> Vendar pa, kot opozarja tudi Galič, obstajajo tudi drugačna stališča sodne prakse<sup>14</sup> in – kar je še pomembnejše – glede vprašanja, ali se lahko 15-dnevni rok za dvig pošiljke izteče (in s tem začne teči rok za opravo določenega procesnega dejanja) na dela prost dan, je bila dopuščena revizija,<sup>15</sup> kar najverjetneje nakazuje, da se bo praksa spremenila (saj sicer o vprašanju, o katerem obstaja bogata in dokaj enotna praksa, najbrž ne bi dopustili revizije). Dokler to vprašanje ni dokončno razčiščeno, je zato smotno, da sodišča upoštevajo za stranko ugodnejše stališče, torej, da rok za dvig pisanja na dela prost dan ne more poteči (in s tem ne začeti teči rok za procesno dejanje).

Če je **dejanska vročitev** na kakršen koli način opravljena pred nastopom fikcije, se šteje vročitev opravljena takrat, ko je bilo sodno pisanje dejansko vročeno;<sup>16</sup> če pa

11 Primerjaj sklepe Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 393/2010 z dne 26. 5. 2011, II Ips 39/2012 z dne 11. 4. 2012, VIII Ips 116/2012 z dne 18. 6. 2012, I Up 725/2011 z dne 4. 7. 2012 in I Up 214/2011 z dne 30. 5. 2011.

12 Tako izrecno sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Ip 861/2010 z dne 12. 5. 2010 in II Cp 4052/2011 z dne 10. 5. 2012.

13 Primerjaj A. Galič, komentar noveliranega 142. člena ZPP v: Pravdni postopek – zakon s komentarjem spremenjenih členov, 4. knjiga, Uradni list RS in GV Založba, Ljubljana 2010, str. 122–123. Da pustitev sodnega pisanja (še) ni procesno dejanje, tudi izrecno izhaja iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 770/2012 z dne 8. 11. 2012.

14 Npr. sklep Višjega sodišča v Celju, opr. št. Cp 204/2012 z dne 23. 8. 2012.

15 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II DoR 339/2012 z dne 8. 11. 2012.

16 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 96/2012 z dne 4. 6. 2012. Šlo je za to, da bilo sodno pisanje (sklep sodišča druge stopnje) najprej vročeno odvetniku, ki je bil v okviru brezplačne pravne pomoči (BPP) dodeljen stranki le za zastopanje na prvi stopnji, nato pa je stranka osebno dvignila pisanje na sodišču v letu 2005; v letu 2011 je bila stranki dodeljena BPP tudi za vložitev izrednega pravnega sredstva in ta odvetnik je sklep prevzel leta 2011, kar je bilo (več let) prepozno.

je prej nastopila fikcija vročitve, se šteje vročitev opravljena, ko je nastopila fikcija.<sup>17</sup> Za vročitev s fikcijo tudi ni potrebno, da se stranka dejansko seznanj s prejetim obvestilom o prispelom sodnem pisanju, ker se ob pravilni izvedbi vročanja s fikcijo vzpostavi neizpodbitna domneva, da je naslovnik s tem (obvestilom) seznanjen. Namen določb o vročanju je zagotoviti razumno pričakovanje, da se bo naslovnik pravočasno seznanil z vročenim pisanjem.<sup>18</sup>

### 2.3 Osebe neznanega prebivališča

Novela ZPP-D je za zagotovitev učinkovitega vročanja osebam neznanega prebivališča uvedla radikalno novost, vročanje na **naslovu za vročanje** (novelirani 143. člen ZPP), vendar je Ustavno sodišče RS to določbo že zelo kmalu razveljavilo iz razloga, ker bi takšna ureditev nesorazmerno posegla v strankino pravico do izjave.<sup>19</sup> Torej je treba (še vedno in spet) vročitev »navadni« fizični osebi<sup>20</sup> opraviti na naslovu dejanskega prebivališča in ne na uradno prijavljenem naslovu. Še vedno pa veljajo prvi trije odstavki 143. člena ZPP, kar med drugim sodišču nalaga dolžnost, da v primeru, če se nevročena sodna pošiljka vrne z oznako »preseljen« ali »neznan«, po uradni dolžnosti preveri naslov v centralnem registru prebivalstva (CRP).<sup>21</sup> Če pa vročitev na tako ugotovljenem (drugačnem) naslovu tudi ni mogoča, sme in mora sodišče tožnika pozvati, da sporoči naslov, na katerem bo mogoče opraviti vročitev. Če stranka izkaže, da je sodišču sporočila uradno prijavljeni naslov stalnega prebivališča, na katerem pa toženec dejansko ne prebiva, sodišče tožbe ne more zavreči kot nepopolne, temveč mora predlagati začetek upravnega **postopka ugotavljanja dejanskega bivališča**.<sup>22</sup> Ta postopek je včasih uspešen, vendar lahko traja tudi več kot leto dni. Če upravni organi osebe ne izsledijo, jo izbrišejo iz registra stalnega prebivalstva, potem je dejansko uspešna samo še postavitve začasnega zastopnika. Pri tem je treba opozoriti, da je postavitve začasnega zastopnika (ki o zadevi pravzaprav ne ve nič) lahko hud poseg v strankino ustavno pravico do izjave v postopku in s tem do učinkovite obrambe,<sup>23</sup> poleg tega

17 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 52/2011 z dne 22. 5. 2012. V obravnavani zadevi je bila vročitev opravljena s fikcijo po poteku 15 dni od pustitve obvestila na vratih (nato se je pošiljka očitno vrnila na sodišče), to je dne 5. 9. 2009, dne 9. 9. 2009 pa je delavka tožene stranke fizično prevzela sodno pisanje na sodišču. To dejanje ni pomenilo (ponovne) vročitve in predvsem ni ponovno odprlo teka roka.

18 Primerjaj sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 898/2011 z dne 6. 10. 2011 ter sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 344/2009 z dne 17. 9. 2009.

19 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-279/08-14 z dne 9. 7. 2009, objavljena v Uradnem listu RS, št. 57/2009 z dne 24. 7. 2009. Ustavno sodišče je ugotovilo, da je cilj, ki mu je sledil zakonodajalec (zagotovitev učinkovitega vročanja, pospešitev postopkov in varstvo pravic upnikov), sicer legitimen, vendar sredstvo za njegovo doseg (vročanje s fikcijo na administrativno določeni naslov za vročanje) ni prestalo 3. točke t. i. strogega testa sorazmernosti, to je vprašanja proporcionalnosti.

20 Glede samostojnega podjetnika glej točko 2.4.

21 Dolžnost preverjanja naslova v CRP velja samo pri prvem vročanju (praviloma tožbe v odgovor); če se v nadaljevanju postopka izkaže, da vročitve ni mogoče opraviti, ker stranka na sodišču znanem naslovu (več) ne prebiva, je treba uporabiti 145. člen ZPP (ki je v razmerju do 143. člena *lex specialis*) in odslej vročati tej stranki na sodno desko.

22 Tako odločba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 72/2002 z dne 27. 6. 2002.

23 Tako Galič A., Komentar 82. člena ZPP: V: Ude, L. et al., Pravdni postopek: zakon s komentarjem, 1. knjiga. Ljubljana: ČZ Uradni list RS in GV Založba, 2005, stran 356, 6. točka. Tudi sodna praksa je že izrekla, da je treba v takem primeru sprožiti postopek za ugotavljanje dejanskega prebivališča (primerjaj sklepa Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 588/2001 z dne 27. 6. 2002, in Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. III Cp 569/2007 z dne 15. 3. 2007).

pa odpira tudi možnosti zlorab, zato je treba prej izkoristiti vse druge možnosti, vključno s postopkom ugotavljanja dejanskega prebivališča v skladu z 8. členom Zakona o prijavi prebivališča (ZPPreb).<sup>24</sup> Postavitev začasnega zastopnika takoj, ko se pokaže nemožnost vročanja, pa četudi na predlog in stroške tožeče stranke, je napačna in sodišča takim predlogom ne bi smela nekritično slediti.

Ustavno sodišče je v Odločbi št. U-I-279/08 sicer zapisalo (22. točka obrazložitve), da opisano ravnanje (postopek ugotavljanja dejanskega prebivališča, šele nato začasni zastopnik) ni nujno edini ustavnoskladen način vročanja osebam neznanega prebivališča, vendar zakonodajalec v skoraj štirih letih ni predpisal nobenega drugega načina. Za to po moji oceni niti ni potrebe, saj je zgoraj opisano ravnanje, ki ga je že leta 2002 začrtalo Vrhovno sodišče,<sup>25</sup> v praksi uveljavljeno in ustrezno.

Nepravilno je ravnanje nekaterih upravnih enot, ki odklanjajo uvedbo postopka ugotavljanja dejanskega prebivališča. Pri tem se včasih (formalno) sklicujejo na drugi odstavek 8. člena ZPPreb,<sup>26</sup> neformalno pa je razlog za odklonitev te zakonske obveznosti pomanjkanje kadra, sredstev itd. Taka praksa je v nasprotju s prvim členom 8. odstavka ZPPreb, ki določa, da če pristojni organ podvomi, da posameznik stalno prebiva v naselju oziroma na naslovu, kjer je prijavil stalno prebivališče, oziroma je obveščen, da tam ne prebiva stalno, uvede postopek za ugotavljanje dejanskega stalnega prebivališča,<sup>27</sup> hkrati pa lahko pomeni tudi kršitev ustavnih pravic strank v postopku: pravice upnika do (učinkovitega) sodnega varstva na eni strani in pravice dolžnika do izjave oziroma obrambe v postopku na drugi strani.

## 2.4 Vročanje subjektom vpisa v register

Pravnim osebam, samostojnim podjetnikom posameznikom in drugim **subjektom vpisa** v register (to so poleg gospodarskih subjektov tudi npr. društva in samoupravne lokalne skupnosti) se vroča na naslovu, ki je vpisan v register (tretji odstavek 139. člena ZPP). Vročanje na registrskem naslovu je torej predvideno za vse subjekte vpisa v register,<sup>28</sup> ki (za razliko od prvotnih določb ZPP) ne pomeni več le sodnega registra, ampak tudi druge, npr. register društev. V praksi je najbolj uporaben register AJPES. Menim, da glede na takšno zakonsko dikcijo ni nikakršne

24 Uradni list RS, št. 9/2001 in nadaljnji.

25 Vrhovno sodišče so pri tem sicer vodili drugačni razlogi kot Ustavno sodišče pri delni razveljavitvi 143. člena ZPP: VSRS je varovalo pravice upnikov pred neutemeljenim zavrnjenjem tožbe (kar ustreza ustavnim kategorijam pravice do sodnega varstva, do zasebne lastnine itd.), medtem ko je USRS varovalo pravico oseb neznanega bivališča do izjave v postopku.

26 Ta določa, da je pristojni organ *dolžan* uvesti postopek za ugotavljanje dejanskega stalnega prebivališča na zahtevo samoupravne lokalne skupnosti, na območju katere je posameznik prijavil stalno prebivališče ali na območju katere dejansko živi. *A contrario* naj bi to pomenilo, da postopka ni dolžan uvesti na zahtevo drugih organov, npr. sodišč. Zakaj naj bi bila samoupravna lokalna skupnost bolj upoštevanja vredna od drugih državnih organov, ni jasno.

27 Sodna praksa je potrdila, da je upravni organ dolžan v teh primerih postopek uvesti po uradni dolžnosti. Primerjaj npr. sodbo Vrhovnega sodišča RS, opr. št. X Ips 576/2006 z dne 7. 2. 2008.

28 Da vročanje na registrskem naslovu velja za vse subjekte (in ne le gospodarske), jasno izhaja iz sklepa Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. X Pdp 237/2011 z dne 5. 5. 2011: Vsakemu subjektu vpisa v javni register kot tudi pravni osebi, ki se vpisuje v sodni ali drug register, se vroča na naslovu, ki je vpisan v register. Nadomestna vročitev subjektu vpisa v sodni register se opravi s tem, da se na naslovu iz registra, kjer vročitev ni bilo mogoče opraviti, pusti pisanje in obvestilo o vročitvi (141. člen ZPP).

podlage za razlikovanje med posameznimi kategorijami registrskih subjektov. V eni od zadev<sup>29</sup> pritožbeno sodišče ugotavlja, da je dolžnik pisanje sodišča, na katerem je bilo kot naslovnik navedeno njegovo podjetje<sup>30</sup> – B. F., s. p., prejel na svojem domačem naslovu. Nadalje razlaga, da je naslovnik pisanja, četudi označen kot samostojni podjetnik, lahko le fizična oseba F. B., saj je glede na definicijo v Zakonu o gospodarskih družbah<sup>31</sup> podjetnik fizična oseba, ki na trgu samostojno opravlja pridobitno dejavnost. To pomeni, da se, čeprav je dolžnik pisanje prejel na domačem naslovu, na kršitev pravil o vročanju ne more sklicevati. Končni sklep je nedvomno pravilen, vendar nas ne sme voditi v napačen zaključek, da se samostojnemu podjetniku pravilno vroča na domačem naslovu. Tudi podjetnik je subjekt vpisa v register, zato je glede na tretji odstavek 139. člena ZPP edini pravi naslov za vročanje njegov registrski naslov.<sup>32</sup> Če pa je bilo pisanje dejansko vročeno podjetniku na njegovem domačem naslovu (če je ta drugačen od registrskega), je vročitev pravilna – vendar ne zato, ker bi bilo vročeno na »pravem« naslovu za vročanje podjetniku, temveč zato, ker je podjetnik na tem naslovu pisanje dejansko prejel.

**Na registrskem naslovu** se torej vroča ne glede na to, ali subjekt na registrskem naslovu dejansko posluje oziroma obstaja ali ne. Sodna praksa je glede tega vprašanja enotna.<sup>33</sup> Če stranka že daljše obdobje dejansko posluje na drugem naslovu, kot je zapisan v sodnem registru, pa ob tem ni uredila ustrezne spremembe naslova v sodnem registru, je razlog za to, da sodnega pisanja ni prejela, izključno na njeni strani.<sup>34</sup> Subjektom vpisa se torej vroča na registrskem naslovu tudi, če je evidentno, da naslovnik tam ne posluje. Če pa naslov sploh ne obstaja (ne obstaja stavba s to hišno številko), to pravilo ni uporabno: obvestila o prispeli pošiljki ni mogoče pribiti na drevo ali pustiti na tleh, prav tako ne v najbližji stavbi (z drugačnim naslovom). V takih primerih je treba nasprotno stranko pozvati, da sporoči naslov, na katerem je mogoče opraviti vročitev ali pa (če gre za tožečo stranko) vročiti pisanje na sodno desko. Praksa, ki se je včasih uporabljala, da se je za pravne osebe vročalo zakonitemu zastopniku na njegov domači naslov (ki je tudi naveden v registru), je torej napačna in danes (k sreči) že opuščena. Samo v (redkem) primeru neobstoja stavbe z registrskim naslovom je lahko »rezervni« naslov za vročanje tudi domači naslov podjetnika oziroma zakonitega zastopnika.

Obstaja pa (navidezna) izjema od strogega pravila o vročanju na registrskem naslovu: **dejanski prejem pisanja**. Po šestem odstavku 139. člena ZPP se na kršitev pravil o vročanju ni mogoče sklicevati, če naslovnik kljub kršitvi prejme pisanje. V tem primeru se šteje, da je bila vročitev opravljena v trenutku, ko je naslovnik pisanje dejansko prejel. Če je stranka pisanje brez dvoma prejela, je bila

29 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. Cst 56/2011 z dne 12. 4. 2011.

30 Menim, da ta oznaka ni povsem točna: »podjetje« samostojnega podjetnika ni in ne more biti subjekt pravic in obveznosti, ampak je to lahko le podjetnik – fizična oseba; kot »naslovnik« je bila očitno navedena *firma* samostojnega podjetnika, ki je sestavljena iz imena in priimka podjetnika ter (fakultativno) t. i. fantazijskega dodatka (primerjaj prvi in drugi odstavek 72. člena ZGD-1).

31 Uradni list RS, št. 65/2009 – UPB-3 in nadaljnji, v nadaljevanju: ZGD-1.

32 Tako izrecno sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 1200/2011 z dne 24. 2. 2012.

33 Glej npr. sklep Višjega delovnega sodišča, opr. št. Pdp 498/2011 z dne 2. 6. 2011. Vročitev na registrskem naslovu je bila tudi že predmet ustavnosodne presoje, vendar Ustavno sodišče (glej sklep št. U-I-165/10, Up-905/10 z dne 2. 3. 2012) ni odločalo vsebinsko, ker pobudnik oziroma pritožnik ni že v postopkih pred rednimi sodišči uveljavljal ustavnih kršitev.

34 Tako sodba Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 71/2012 z dne 3. 2. 2012.

kljub vročanju na napačen naslov seznanjena z vsebino sodnega pisanja, s tem pa je pomanjkljivost pri vročanju odpravljena in je bila stranki zagotovljena možnost obravnavanja pred sodiščem.<sup>35</sup> Izjema je zgolj navidezna zato, ker pravilo šestega odstavka 139. člena ZPP, da dejanski prejem pisanja sanira vse morebitne napake pri vročanju (z opombo, da se kot dan vročitve šteje dan dejanskega prejema), velja za vse oblike in vse subjekte vročanja in ne le za registrske subjekte. V zvezi z dejanskim prejemom pisanja (ki je bilo napačno vročeno na naslovu, ki ni registrski naslov) je Vrhovno sodišče RS zavzelo tudi (dokaj strogo) stališče, da mora stranka v takem primeru vložiti pravno sredstvo oziroma drugo vlogo v predpisanem roku (ki teče od dne dejanskega prejema pisanja), ne pa vlagati predloga za vrnitev v prejšnje stanje ali kakega drugega pravnega sredstva.<sup>36</sup>

Zastavlja se vprašanje, kaj storiti, če stranka (bodisi nasprotna bodisi sam subjekt vročitve) sporoči sodišču drug **naslov za vročanje**, ki ni skladen z registrskim naslovom. Glede na jezikovno razlago bi bilo treba brez izjeme vročati na registrskem naslovu, vendar številni argumenti govorijo zoper takšno formalistično razlago. Glavni je, da vročanje ni samo sebi namen, prav tako ni namenjeno discipliniranju ali kaznovanju strank (npr. zaradi njene malomarnosti pri poočitvi sprememb v registru), temveč je namenjeno temu, da se stranka *sezna* s pisanjem in da se ji omogoči sodelovanje v postopku. Ker se od strank sme in mora zahtevati določena stopnja procesne discipline, so določbe o vročanju na registrskem naslovu razumen korektiv, ki pa najbrž ni potreben, če je stranka sama sporočila drugačen naslov za vročanje in s tem v okviru svoje procesne avtonomije, ki v ničemer ne prizadene hitrosti postopka, konkludentno izrazila željo, da se ji vroča na drug naslov. Kadar je drugačen naslov sporočila nasprotna stranka, menim, da je treba vseeno najprej poskusiti vročiti na registrskem naslovu, ki ga ugotovi sodišče; če se ugotovi, da naslovnik tam dejansko ne posluje, pa tudi na drugi sporočeni naslov (ali pa alternativno vročati na oba naslova). Med strankama dogovorjeni naslov za vročanje je (bil) omenjen v šestem odstavku 143. člena ZPP, ki ga je Ustavno sodišče sicer razveljavilo (poleg tega se 143. člen ZPP nanaša na fizične osebe), vendar ni videti nobenega razloga, da ne bi bil kljub temu še vedno mogoč dogovor, da se vroča na naslovu, ki je drugačen od registrskega. Če nasprotna stranka ve za pravi (dejanski) naslov pravne osebe, ki se razlikuje od registrskega, pa to sodišču zamolči, gre lahko celo za zlorabo pravic v smislu 11. člena ZPP oziroma ravnanje v nasprotju z načelom dobre vere in poštenja.<sup>37</sup>

Praksa opozarja, da se tudi določb o registrskem naslovu ni treba vedno povsem neomajno držati. Možne so tudi napake pri zapisu tega naslova v registru, predvsem kar se tiče poštna ali hišne številke. V konkretnem primeru je bilo ugotovljeno, da stavba C. 13a očitno ne spada pod pošto B., kakor je navedeno v registru, temveč pod pošto G.<sup>38</sup>

35 Primerjaj npr. sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 1133/2011 z dne 10. 11. 2011 in Cst 56/2011 z dne 12. 4. 2011. Enako tudi sodba in sklep Višjega sodišča v Celju, opr. št. Cp 515/2011 z dne 1. 12. 2011, ki pa navaja še (po mojem mnenju nepotrebni) dodatni argument, da je sodišče stranki vročilo sodbo na tisti naslov, ki ga je sama navedla, zato se ne more sklicevati na nepravilno vročitev.

36 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Up 147/2012 z dne 19. 4. 2012.

37 Tako izrecno Višje sodišče v Ljubljani v sklepu opr. št. I Cpg 1042/2011 z dne 15. 11. 2011.

38 Višje delovno in socialno sodišče je v sodbi opr. št. Pdp 844/2011 z dne 13. 12. 2011 zapisalo, da je iz pojasnila Pošte Slovenije razvidno, da C. 13a spada k dostavni pošti XX54 G. in ne k pošti XX50 B., zaradi česar je pošta B. ravnala pravilno, ko je prečrtala označbo pošte XX50 B. in namesto nje napisala pošto XX54 G. Tožba je bila puščena v hišnem predalčniku na naslovu C. 13a, kar je nedvomno sedež tožene stranke, zato ni mogoče slediti pritožbenim navedbam, da je bila vročitev opravljena nepravilno.

## 2.5 Vročanje odvetnikom

Precej dilem je v praksi z vročanjem odvetnikom. Teorija<sup>39</sup> opozarja, da na načelni ravni ni videti razloga, zakaj bi bilo vročanje odvetniku kot pravnemu strokovnjaku, ki je (poleg sodišč in nekaterih drugih državnih organov, npr. pravobranilstva) v procesnih dejanjih najbolj usposobljen subjekt, bolj zapleteno kot vročanje npr. pravnim osebam, vendar je zakonska ureditev vročanja za odvetnike in pravne osebe ter druge subjekte vpisa v register pomembno drugačna (primerjaj 137. in 138. člen ZPP). Že prej je bilo predstavljeno stališče teorije in novejše sodne prakse (ki pa ni povsem enotna), da je tudi za odvetnike možna in potrebna **osebna vročitev** pisanj, za katere zakon to predvideva. Razlog za osebno vročitev je večja pomembnost določenih pisanj oziroma usodnost procesnih sankcij in prekluzij v primeru zamude ali opustitve določenih procesnih dejanj, vezanih na vročeno pisanje (npr. plačilo takse, ki je procesna predpostavka; vložitev pravnih sredstev; udeležba na naroku) in ne morda manjša procesna izkušnost določenih subjektov. Odvetniki se zelo zavzemajo za osebno vročanje, saj imajo tako na voljo več časa kot pri neosebni vročitvi (v primeru odsotnosti se pri osebni vročitvi najprej pusti obvestilo, pri neosebni pa se pisanje takoj vrže v poštni predalčnik) in nekatera sodišča so v preteklosti zaradi večje zanesljivosti v celoti prešla na osebno vročanje vseh pisanj.<sup>40</sup> V zadnjem času pa so nekatera sodišča zaradi varčevanja zopet začela razlikovati med osebnim in neosebim vročanjem, kar je pri nekaterih odvetnikih sprožilo negodovanje. Menim, da neutemeljeno, saj za prejšnjo, do odvetnikov »bolj prijazno« prakso ni bilo nobene zakonske podlage, zato je v sedanjih zaostrenih finančnih razmerah tudi ni več mogoče zagovarjati.

Odvetniku se praviloma vroča **v odvetniški pisarni**, bodisi njemu ali njej osebno, bodisi tam zaposleni osebi (pripravnik, tajnica). Če v pisarni ni nikogar, vročevalec pusti obvestilo ali (pri neosebni vročitvi) sodno pisanje v odvetnikovem poštnem predalčniku. Ni tudi videti razloga, da bi obravnavali drugače odvetnike, ki so organizirani v odvetniški družbi, ki je pravna oseba, in »samostojne« odvetnike – kar bi lahko npr. pomenilo, da se odvetnikom, ki poslujejo v obliki družbe, ki je pravna oseba, vroča samo na registrskem naslovu.<sup>41</sup> Oblika organiziranosti ima svoj smisel na ekonomskem, davčnem ipd. področju, v procesnem smislu pa so vse odvetniške organizacijske oblike izenačene, vsaj kar se tiče vročanja. Velja opozoriti na stališče,<sup>42</sup> da če odvetnik izgubi status odvetnika (npr. ker postane notar, se upokoji), s tem še ne preneha avtomatično tudi pooblastilno razmerje in je torej vročitev pooblaščenca stranke (bivšemu odvetniku) pravilna. Seveda pa se v takih primerih ne vroča po določbah o vročanju odvetnikom, temveč kot »navadnim« pooblaščencom.

Kadar ima stranka več odvetnikov oziroma pooblaščenцев, zadošča, da se pisanje vroči le enemu od njih. Četudi je sodišče isto pisanje vročalo več pooblaščencom iste stranke, začno procesni roki teči od vročitve prvemu in ne (tudi) od poznejše

39 Galič, Vročanje pravnim osebam ...

40 Če je pisanje, ki se sicer glede na določbe ZPP vroča neosebno, vročeno osebno, to ni nikarkršna procesna kršitev; v obratnem primeru pa vročitev ni pravilno opravljena, kar lahko pomeni застоje in sitnosti v postopku.

41 Tudi v objavljeni sodni praksi nisem zasledil takega stališča.

42 Tako sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 4716/2008 z dne 10. 2. 2009.



vročitev drugemu pooblaščenču.<sup>43</sup> Seveda pa je treba vedno, kadar ima stranka pooblaščenca, vročati pooblaščenču (prvi odstavek 137. člena ZPP); vročitev samo stranki ni pravilna in v tem primeru se tudi ni mogoče sklicevati na pravilo o dejanskem prejemu pisanja. Dejanski prejem pisanja lahko sanira napake pri izvedbi realnega dejanja vročanja (napačen naslov, napake pošte itd.), ne more pa sanirati napake v subjektu vročanja.

Kadar ima stranka pooblaščenca, se po noveli ZPP-D tudi **vabilo stranki na zaslišanje**, tako kot vse druge vloge, vroča pooblaščenču (novi drugi odstavek 261. člena ZPP) in ne neposredno stranki. Praksa, da se vabilo na zaslihanje vroča neposredno stranki in ne pooblaščenču, pomeni napačno vročanje, praksa, da se vroča obema, pa je najmanj nepotrebna, saj zanjo ni nobene zakonske podlage, lahko pa tudi ustvarja zmedo pri strankah (če npr. stranka prvič prejme neposredno vabilo na zaslihanje, pri morebitnem drugem zaslišanju pa ga ne prejme, odvetnik pa se zanaša, da je bilo vabilo poslano tudi neposredno stranki in je ne obvesti). Vendar sodišču ni treba pošiljati vabil in drugih pisanj, ki jih stranki vroča prek odvetnika, v dvojniki. Presoji pooblaščenca je prepuščena odločitev, na kakšen način bo o pisanju, ki ga je zanj prejel od sodišča, obvestil svojega mandanta, pri čemer ne gre nujno za pisno obveščanje.<sup>44</sup>

### 3 DRUGA VPRAŠANJA V ZVEZI Z VROČANJEM

#### 3.1 Poštni predal

Vročitev v poštni predal, ki se nahaja v poslovnih prostorih izvajalca poštnih storitev, v ZPP ni urejena in v sodni praksi so zelo neenotna stališča, ali je vročitev v poštni predal veljavna ali ne. Tudi v teoriji ni enotnega stališča, ali je v poštni predal mogoče opraviti osebno vročitev.<sup>45</sup> Zaslediti je stališča, da vročitev v poštni predal ni pravilna, ker v ZPP ni predvidena. To pa ne pomeni, da vročanje v poštni predal sploh ni dovoljeno, oziroma da je takšna vročitev pravilna le, če stranka pisanje prevzame. Šteti je treba, da je stranka, ki je odprla poštni predal, soglašala, da se vročitev sodnih pisanj – ne glede na to ali gre za pisanja, ki se vročajo osebno ali ne – opravi neposredno v poštni predal.<sup>46</sup> Seveda je tudi pri poštnih predalih v primeru osebne vročitve treba ravnati skladno z določbami ZPP in vročati dvostopenjsko: najprej se v poštni predal vloži obvestilo, šele po poteku 15-dnevnega roka pa tudi celotno sodno pisanje (če ga naslovnik že prej ne prevzame).

Zagotovo pa vročitev ni nepravilno opravljena takrat, kadar je bilo pisanje *namesto* v poštni predal, ki ga naslovnik ima, vročeno na domači ali registrski naslov. V

43 Tako sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 887/2008 z dne 26. 8. 2010; smiselno enako tudi sklep VIII DoR 22/2012 z dne 13. 6. 2012.

44 Čeprav se zdi vse to jasno in samoumevno, se je moralo tudi s takšnimi ugovori ukvarjati Vrhovno sodišče RS v zadevi opr. št. II Ips 392/2011 z dne 14. 6. 2012.

45 Primerjaj Galič, Vročanje pravnim osebam ...

46 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 13/2010 z dne 20. 5. 2010. V obravnavani zadevi je šlo za vročanje odvetniku in tudi odločba govori o odvetniku (in ne stranki oziroma naslovniku na splošno), vendar iz obrazložitve ni razvidno, da ne bi bilo mogoče stališča uporabiti za vse imetnike poštnih predalov, vključno z registrskimi subjekti.

drugem odstavku 42. člena Zakona o poštinih storitvah<sup>47</sup> je določeno, da mora v primeru, ko poseben zakon ureja vročanje določenih poštinih pošiljk na drugačen način, kakor je določeno v tem zakonu, izvajalec poštinih storitev tako poštino pošiljko vročiti na način in pod pogoji, ki jih določa poseben zakon. Namen te določbe je, da se uporabnik in izvajalec poštinih storitev v primeru vročanja po ZPP ne moreta dogovoriti za drugačen način vročanja. Določbe ZPP o vročanju prevladajo nad kakršnim koli dogovorom.<sup>48</sup> Najem poštnega predala je stvar pogodbenega razmerja med najemnikom in pošto, skladno z ZPP pa se sodna pisanja v vsakem primeru vročajo skladno z zakonskimi določbami in ne v poštini predal.<sup>49</sup> Prav tako se stranka – pravna oseba ne more sklicevati na pogodbo o preusmeritvi poštinih pošiljk, če pošta tej pogodbi ni sledila, ampak je vročala sodna pisanja na registrskem naslovu,<sup>50</sup> saj kogentne določbe ZPP tudi v tem primeru prevladajo nad dogovorom med stranko in pošto. Pa tudi sicer je v pogodbi oziroma splošnih pogojih o preusmeritvi poštinih pošiljk praviloma določeno, da se sodnih (in upravnih) pošiljk ne preusmerja.

### 3.2 Vročilnica, dokazovanje nepravilnosti vročitve ali odsotnosti

Ustavno sodišče je sicer omililo najbolj rigorozne določbe v zvezi s fikcijo vročitve (vročanje na naslov, prijavitelj v registru prebivalstva), pa vendar se še vedno lahko pojavijo položaji, ko so posledice vročitve s fikcijo za stranko zelo hude. Poudariti velja, da temu ni vzrok kakšna inherentna napaka fikcije vročitve, temveč do težav prihaja zaradi napak pri izvedbi vročanja, ki jih je včasih težko zaznati in dokazati (če jih stranki uspe dokazati, jih bo praviloma lahko odpravila). Pravilno izpolnjena<sup>51</sup> vročilnica oz. povratnica je **javna listina**,<sup>52</sup> to lastnost ima lahko tudi poizvednica (kadar se vročilnica izgubi)<sup>53</sup> in tudi obvestilo o vročitvi oziroma pravilno izpolnjeni zaznamki pošte na vrnjeni sodni pošiljki v smislu četrtega odstavka 149. člena ZPP.<sup>54</sup> Zato ima stranka razmeroma težko breme dokazati, da je v navedenih dokumentih kateri koli podatek napačen oziroma, da vročitev ni bila opravljena. V zvezi z izpodbijanjem pravilnosti vročilnice je v praksi utrjena formula, ki jo je že pred desetletjem postavilo Vrhovno sodišče RS: »Povratnica je dokaz o prejemu sodne pošiljke. Ta dokaz je sicer mogoče ovreči, vendar samo z določno in z dokazi podprto trditvijo o razlogih za njeno neverodostojnost, ne pa s posplošenim

47 Uradni list RS, št. 51/2009 in nadaljnji, v nadaljevanju: ZPSto-2.

48 Tako sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 1359/2012 z dne 15. 11. 2012; primerjaj tudi sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. I Up 156/2010 z dne 17. 6. 2010.

49 Primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 476/2011 z dne 9. 6. 2011.

50 Primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 71/2012 z dne 3. 2. 2012.

51 To pomeni, da morajo biti na njej zabeleženi tisti podatki, ki so pomembni glede na določbe ZPP (datum pustitve obvestila, datum pustitve pošiljke, razlogi za vrnitev pošiljke sodišču oz. datum prejema, podpis ...), ni pa pomembno, kako so ti zaznamki narejeni: z obkrožanjem ali odkljudkanjem vnaprej pripravljenih rubrik, z ročnim zapisom ali štampiljko. Dejstvo, da je datum pustitve obvestila odtisnjen s štampiljko, ne pomeni, da je vročitev napačna (sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1334/2013 z dne 31. 7. 2013).

52 Primerjaj sklepa Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 325/2011 z dne 8. 12. 2011, II Ips 844/2009 z dne 2. 12. 2010 in številne druge.

53 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Ip 3247/2012 z dne 24. 10. 2012. Citirana odločba sicer za poizvednico ne uporabi izraza »javna listina,« ampak govori o »dovolj trdnem dokazu,« vendar tudi poizvednica (enako kot vročilnica oziroma povratnica) izpolnjuje vse pogoje za javno listino iz prvega odstavka 224. člena ZPP.

54 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Kopru, opr. št. Cpg 122/2012 z dne 21. 6. 2012.

zanikanjem prejema sodne pošiljke.«<sup>55</sup> V praksi pa ima to stališče veliko odtenkov, kot je pač možnih življenjskih situacij pri vročanju.

Prvi pogoj za pravilno vročanje je, da se opravi na naslovu **dejanskega prebivališča** naslovnika.<sup>56</sup> To je, kot pove že ime instituta, predvsem dejansko vprašanje. Stranka, ki se sklicuje na vročitev na napačnem naslovu, mora dokazati (in v ta namen ima na voljo ves nabor dokaznih sredstev), da na naslovu, kjer se je sporno pisanje vročalo, dejansko ne prebiva. Sodišče mora pri tem pokazati tudi določeno mero kritičnosti, saj sicer lahko prihaja do zlorab. Tudi tu ne zadošča zgolj pavšalno (in morda z lastnim zaslišanjem dokazno »podprto«) zatrjevanje, da na spornem naslovu ne prebiva, ampak mora stranka najprej podati trditve in dokaze, *kje konkretno* je v tistem času stanovala.<sup>57</sup> Dejansko prebivališče lahko obstaja tudi, čeprav stranka v stanovanju ne prenočuje vsak dan.<sup>58</sup> Pri vročanju na naslovu dejanskega prebivališča je bistveno, da se vroča na kraju, kjer naslovnik dejansko prebiva. Če je bilo vročeno na pravem kraju (in pravi osebi), je nepomembno, če je bil morda na pošiljki naveden nekoliko napačen naslov<sup>59</sup> ali ime.

V praksi se pogosto pojavi tudi vprašanje **odsotnosti** v času vročanja. Prvi odstavek 143. člena ZPP določa, da če se ugotovi, da je tisti, ki naj se mu vroči pisanje, začasno odsoten in da ... se ne bo mogel pravočasno seznaniti s pisanjem, se pisanje vrne sodišču z navedbo, kje je naslovnik in kdaj se vrne. Drugi odstavek istega člena pa, da če se ugotovi, da tisti, ki naj se mu vroči pisanje, dejansko ne prebiva na naslovu, na katerem naj bi se opravila vročitev, oziroma je naslovnik neznan ali se je preselil ali odselil v tujino za več kot tri mesece, se pisanje vrne sodišču z navedbo, da naslovnik dejansko ne živi na naslovu, na katerem je bil opravljen poskus vročitve, oziroma da je neznan ali se je preselil ali odselil v tujino za več kot tri mesece. V praksi je težava v tem, da vročevalec (to je praviloma poštar) ne ve za naslovnikovo krajšo ali daljšo odsotnost in zato obvestilo o pošiljki in nato samo pošiljko preprosto vrže v poštni predalčnik. Še posebej pogosto se to dogaja v stanovanjskih blokih v brezosebnih urbanih okoljih. Prakso, da se v primeru, če poštar sploh ne najde naslovnikovega predalčnika, obvestilo ali pisanje pusti na oglasni deski bloka, so poštarji (na opozorila sodišč) opustili, še vedno pa so težave v primeru odsotnosti ali takrat, ko se je naslovnik dejansko odselil, pa je npr. na nabiralniku še vedno njegovo ime, ali pa gre za hišo brez imena na nabiralniku. Nekatere odločbe pritožbenih sodišč zavzemajo stališče, da če je naslovnik ob poskušeni vročitvi (dalj časa) odsoten, ni mogoče opraviti vročitve s fikcijo, ampak bi bilo treba pisanje vrniti sodišču,<sup>60</sup> po drugi strani pa tako teorija<sup>61</sup>

55 Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 374/2000 z dne 21. 2. 2001; to formulacijo povzemajo številne druge odločbe Vrhovnega in višjih sodišč.

56 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-279/2008 z dne 9. 7. 2009.

57 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Ip 2352/2011 z dne 22. 6. 2011.

58 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1859/2011 z dne 21. 12. 2011. V zadevi je šlo za (bivša) izvenzakonska partnerja, katerih zveza je razpadla, vendar sta pretežni del časa (po sili razmer) še vedno bivala skupaj.

59 Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2183/2009 z dne 14. 10. 2009. V zadevi je bila v tožbi in posledično na vročilnici zapisana napačna hišna številka, vendar je poštar, ki naslovnika pozna, vročil pisanje pravi osebi; poštar je, ker je menil, da gre za »tiskarsko napako«, na vročilnici sam popravil hišno številko. Vse to po oceni pritožbenega sodišča ni moglo vplivati na pravilnost vročitve.

60 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Celju, opr. št. I Ip 968/2007 z dne 19. 12. 2007.

61 A. Galič, komentar 143. člena ZPP v: Pravdni postopek – zakon s komentarjem, 1. knjiga, ČZ Uradni list in GV Založba, Ljubljana 2005, str. 571.

kot sodna praksa Vrhovnega sodišča RS poudarjata, da je kršitev pri vročanju le, če je vročevalec vedel za odsotnost stranke, pa je kljub temu pustil obvestilo v hišnem predalčniku.<sup>62</sup> Pravno sredstvo v takem primeru (ko vročevalec ni mogel vedeti za naslovnikovo odsotnost) ni pritožba, temveč vrnitev v prejšnje stanje.<sup>63</sup> Zaradi trdote takega načelnega stališča sodna praksa toliko širše razlaga, kdaj bi vročevalcu moglo in moralo biti znano, da je naslovnik dalj časa odsoten.<sup>64</sup> Vendar pa novejša sodna praksa izpostavlja, da je morda takšna razlaga lahko tudi v nasprotju z ustavo. Višje sodišče v Ljubljani je obrazložilo,<sup>65</sup> da vročitev ni uspešna tudi tedaj, ko je bil naslovnik na videz seznanjen s sodno pošiljko, v resnici pa ni bil in se tudi ni imel možnosti (pravočasno) seznaniti z njo. Le v primerih, ko je izpolnjen ta pogoj (torej: da se je imel naslovnik dejansko možnost seznaniti s sodnim pisanjem) je vročitev po pravilih o fikciji vročitve pravilna. Drugačna razlaga pravil o vročanju nasprotuje ustavi.

Zato bo moralo sodišče, kadar bodo podane ustrezne trditve in dokazi, izvajati dokaze glede vprašanja, ali je stranka v času spornega vročanja dejansko prebivala na danem naslovu ali ne. Pri tem je treba tehtati okoliščine vsakega primera posebej, praksa pa kaže, da sodišča večkrat kot ne sledijo stranki, ki ugovarja, da se je vročalo na naslovu, ki ni dejansko prebivališče. Treba je upoštevati, da na prvi pogled »nepristranska« priča, to je poštar, ki je opravljal vročitev, v tovrstnih primerih ni vedno najbolj zanesljiva. Poštar je namreč po eni strani zainteresiran, da svoje delo prikaže brez napak, hkrati pa je zadeva, ko pride do zaslišanja strank in prič, po navadi že tako oddaljena, da je skrajno vprašljivo, ali se sploh še lahko spomni podrobnosti konkretnega primera.<sup>66</sup>

Najtežje pa je dokazovanje (oziroma mu je praksa najmanj naklonjena), da je pri vročanju, ki se je sicer opravilo na naslovu dejanskega prebivališča stranke in v času, ko stranka ni bila odsotna, prišlo do **drugih napak**; npr., da je poštar zapisal napačen datum, da je vrgel pošiljko v napačen predalčnik oziroma je sploh ni vložil, da je bila pošiljka ukradena iz predalčnika ipd. Pri zatrjevanju takih okoliščin je tudi največja možnost zlorab oziroma laži strank, zato je potrebna previdnost in upoštevanje

62 Primerjaj odločbe Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 1264/2008 z dne 11. 11. 2010, II Ips 344/2009 z dne 17. 9. 2009 in VIII Ips 236/2009 z dne 7. 6. 2011. Odločbe se sicer nanašajo na vročitve pred novelo ZPP-D, vendar v diktiji prejšnjega in spremenjenega 143. člena ni razlike, ki bi vplivala na (ne)uporabnost citiranih odločb tudi za vročanja po noveli ZPP-D.

63 Galič, prav tam.

64 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 242/2008 z dne 23. 10. 2008. V zadevi je VSRS kot okoliščini, na podlagi katerih bi vročevalec moral sklepati na daljšo odsotnost naslovnice, štelo dejstvo, da je bila že tožba (in nato zamudna sodba) vročena s fikcijo in da je naslovnica za prevzemanje vseh poštinih pošiljk pooblastila drugo osebo. Kot komentar lahko dodamo, da prvi razlog sam po sebi brzkone ni dovolj, saj nekatere stranke sodnih in drugih uradnih pisanj praviloma ali sploh nikoli ne dvigujejo (morda v okviru svojega življenjskega sloga, ki jih je tudi pripeljal v sodne postopke), medtem ko druga okoliščina (pooblastitev druge osebe za dvigovanje pošiljk) lahko s precejšnjo stopnjo verjetnosti kaže na daljšo odsotnost.

65 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. sklep II Cp 2599/2012 z dne 3. 10. 2012. V zadevi je šlo za pritožbo zoper sklep o zavrnitvi predloga za vrnitev v prejšnje stanje.

66 Višje sodišče v Celju v sklepu opr. št. I lp 441/2012 z dne 4. 10. 2012 pravilno in logično opozarja, da je nezanesljiva izpovedba poštarja, ki »... dolžnika pred narokom na sodišču nikoli ni videl in je zgolj splošno izpovedal, da so se pošiljke iz dolžnikovega hišnega predalčnika na naslovu G. t. ...., C. v spornem času redno praznile. Takšna izpoved namreč še ne pomeni, da je predalčnik praznil dolžnik oziroma da je dolžnik na tem naslovu v spornem času imel dejansko prebivališče oziroma da se je dolžnik takrat s sklepom o izvršbi dejansko seznanil.«

maksime, ki jo je postavilo Vrhovno sodišče v že citirani odločbi: določne in z dokazi podprte trditve o razlogih za napačno vročitev. Pretirana popustljivost strankam pri tovrstnih primerih (in nekritično upoštevanje dokazov z zaslišanji strank in prič o tem, da nekdo pač ni prejel pošiljke) bi kaj hitro privedla do popolne zvođenosti instituta vročitve s fikcijo.<sup>67</sup> Prvič mora stranka sodišče obvestiti o tem, kdaj je sporno sodno pošiljko dejansko prejela (in po potrebi to dejstvo tudi dokazovati); od dne dejanskega prejema namreč teče rok za pravno sredstvo, ki ga mora stranka izkoristiti, ne pa vlagati sredstev zoper napačno vročitev (npr. vrnitev v prejšnje stanje, ki je itak povsem napačno sredstvo v primeru napak pri vročanju) oziroma čakati na nastop posledice (npr. izdajo zamudne sodbe) in nato uveljavljati napačno vročitev.<sup>68</sup>

Včasih se zgodi (oziroma stranke to trdijo), da v pošiljki **ni bilo tistih listin**, ki so navedene na povratnici (in ovojnici sodne pošiljke). V takem primeru se včasih da ugotoviti resnico s tehtanjem listin (katerih izvorniki so v sodnem spisu) in primerjavo z zabeleženo težo poštnih pošiljk (če se ta podatek vodi in hrani), sicer pa je tudi v takih primerih dolžnost stranke, da preveri, ali resnična vsebina ovojnice ustreza deklarirani in morebitne nepravilnosti takoj sporoči sodišču; posebej strogo je treba obravnavati to dolžnost pri t. i. profesionalnih udeležencih, npr. odvetnikih ali stečajnih upraviteljih.<sup>69</sup> Višje sodišče v Ljubljani je poudarilo, »... da mora odvetniška pisarna pri vsakem prejetem pismu z vročilnico preveriti, ali se vsebina ujema z oznako vsebine na ovojnici. Tako je možno takoj ugotoviti morebitno neskladnost vsebine pisma z oznako vsebine na ovojnici. Ob odsotnosti trditve oziroma pojasnil o ravnanju odvetniške pisarne v tej smeri se pritožbene trditve (s ponujenimi dokazi) izkažejo kot neprepričljive oziroma prešibke, da bi lahko ovrgele resničnost dejstva, ki se dokazuje oziroma potrjuje z vročilnico kot javno listino. Glede na vsebino pritožbe se ponuja zaključek, da odvetniška pisarna ni preverjala, ali se vsebina pisma na ovojnici ujema s prejetimi pisanji, saj bi v nasprotnem primeru (in če bi plačilni nalog v pismu res manjkal) lahko takoj opozorila na to situacijo tudi sodišče prve stopnje. V pritožbi opisani način poslovanja odvetniške pisarne ne izključuje možnosti, da se je plačilni nalog po prejemu pisma založil pri njej.«<sup>70</sup> Aktivnost pri uresničevanju procesnih pravic pa se sme in mora zahtevati tudi od drugih naslovnikov vročanja, tudi npr. delavca pri uresničevanju pravice do zagovora.<sup>71</sup>

Strogost in doslednost pri konkretiziranju ugovorov zoper pravilnost vročitve izhaja tudi iz odločbe Višjega sodišča v Kopru, ki opozarja na to, da dejstvo, da je vročevalec obvestilo pustil v naslovnikovem predalčniku, še ne pomeni nujno, da bo naslovnik obvestilo tudi prejel oziroma, da bo obvestilo v predalčniku tudi ostalo. Obvestila se lahko iz predalčnikov izgubijo iz različnih vzrokov, ki so lahko tudi v sferi naslovnika,

67 Višje sodišče v Celju v sklepu opr. št. Cp 675/2012 z dne 24. 1. 2013 poudarja, da če bi že samo dokaz z zaslišanjem stranke, s katerim ta dokazuje zatrjevanja o neresničnosti dejstev, izhajajočih iz javne listine, lahko izpodbil takšno zakonsko domnevo, bi bilo to v nasprotju z namenom, zaradi katerega je ZPP takšno dokazno moč javnim listinam sploh določil.

68 Primerjaj sklepa Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 39/2012 z dne 11. 4. 2012 in I Up 147/2012 z dne 19. 4. 2012.

69 Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 134/2011 z dne 21. 2. 2011 in sklep I Cp 1258/2010 z dne 11. 6. 2010.

70 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1258/2010 z dne 11. 6. 2010.

71 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 105/2012 z dne 5. 11. 2012. Šlo je za to, da je bilo delavcu s fikcijo (prek vročevalca) vročeno vabilo na zagovor v času, ko je bil domnevno na dopustu, pa tega ni sporočil takoj, ko se je vrnil z dopusta, ampak je začel to okoliščino uveljavljati šele v sodnem postopku.

prav tako je veliko različnih možnosti, da se pisanje oziroma obvestilo izgubi ali založi potem, ko ga je stranka že prejela (vzela iz predalčnika). Sodišče nemalokrat dobi vtis, da je stranka (ali odvetnik) krivdno zamudila rok za opravo procesnega dejanja, kar skuša nato »sanirati« s sklicevanjem na to, da pisanja ni prejela. Pri vprašanju, ali je bilo »obvestilo puščeno« v hišnem predalčniku naslovnika, gre za delovanje v sferi vročevalca, pri »prejemu obvestila« pa za delovanje v sferi naslovnika in razlogi, zaradi katerih obvestila, ki je bilo »puščeno« pri naslovniku, slednji kljub temu ni prejel, spadajo v naslovnikovo sfero in z njimi ni mogoče bremeniti vročevalca.<sup>72</sup> Gre za to, da mora stranka, ki uveljavlja tako težko dokazljive oziroma na prevaro sumljive napake pri vročanju (pogosta bolj ali manj pavšalna navedba, da »pošiljke ni prejel«), skrbno, pregledno in z dokazi podprto pojasniti celotno domnevno pot pošiljke od vročevalca do naslovnikovega predalčnika (kamor naj ne bi nikoli prispela oziroma se je od tam izgubila) in podati sprejemljiva pojasnila o tem, kje, kako in zakaj stranka domneva, da je pošiljka izginila (npr. nagajanje sosedov ali sorodnikov; vandaliziranje predalčnikov v bloku; nemaren, nezanesljiv, pijači vdan poštar).

Kadar stranka zatrjuje, da na povratnici ni njenega **podpisa**, mora to dejstvo, kot na splošno velja za dokazovanje (ne)pristnosti rokopisov in podpisov v civilnih zadevah, dokazati s pomočjo izvedenca za forenzične preiskave pisav, rokopisov in podpisov (»grafologa«).<sup>73</sup> Zato je zanimivo stališče Višjega sodišča v Ljubljani, ki je v enem primeru ocenilo, da »... zadošča v pritožbi predlagana vizualna primerjava podpisa na sporni vročilnici z v pritožbi izpostavljenimi podpisi toženca v spisu ... Treba je upoštevati, da se nobena oseba ne more vsakič podpisati popolnoma enako. Zato je razumljivo, da toženčevi podpisi na vročilnici in listinah v spisu niso povsem identični, so si pa tako zelo podobni, da pritožbeno sodišče glede na vse navedeno nima nobenih pomislekov o tem, da je toženec podpisal sporno vročilnico ...«<sup>74</sup> Tudi tu mora sodišče kritično ocenjevati posplošene trditve, da podpis na vročilnici ni strankin, če stranka ne navede pojasnil, kdo bi lahko namesto nje podpisal vročilnico; npr. da bi bil v času vročanja odsoten, da na njegovem naslovu živi še kdo, ki bi zanj lahko prevzel pisanje in mu ga nato ne bi izročil, da se je že dogajalo, da je zanj na tem naslovu pisanje prevzela kaka druga oseba, zakaj na vročilnici ni zaznambe, da naj bi bilo pisanje izročeno komu drugemu, ipd.<sup>75</sup>

### 3.3 Vročanje v delovnopравnih postopkih

Načela vročanja, ki veljajo za vročanje sodnih pisanj po določbah ZPP, veljajo tudi za nesodno vročanje v delovnopравnih zadevah (npr. vročitev odpovedi); tako zdaj veljavni Zakon o delovnih razmerjih<sup>76</sup> v 88. členu kot prej veljavni zakon z istim imenom<sup>77</sup> v 87. členu določata subsidiarno uporabo ZPP. Čeprav zakon izrecno ureja le

72 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Kopru, opr. št. Cpg 122/2012 z dne 21. 6. 2012.

73 Primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 182/2010 z dne 10. 6. 2010.

74 Tako sodba Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 143/2012 z dne 22. 8. 2012. V konkretnem primeru je stranka sicer (poleg vizualne primerjave) predlagala tudi izvedenca. Sicer pa velja pripomniti, da je vizualna primerjava podpisov pravzaprav opravilo, ki ne zahteva nujno posebnih specialističnih znanj (izvedenci za forenzične preiskave pisav pri tem ne uporabljajo posebnih merilnih aparatov, izračunov itd.), ampak predvsem ostro oko, nekaj smisla za oblike in sposobnost primerjanja.

75 Prav tam.

76 Uradni list RS, št. 21/2013, v nadaljevanju: ZDR-1.

77 Uradni list RS, št. 42/2002 in nadaljnji, v nadaljevanju: ZDR.

vročitev odpovedi delovnega razmerja, je treba isti postopek vročanja uporabiti tudi pri drugih delovnopравниh vročanjih, npr. opozorila pred odpovedjo in vabila na zagovor.<sup>78</sup> Vsa ta pisanja je treba vročati osebno.<sup>79</sup> Pri tem je ZDR prvotno odredil vročitev na naslovu dejanskega prebivališča (»na naslovu prebivališča, s katerega delavec dnevno prihaja na delo«), sedaj veljavni ZDR-1 pa določa naslov, naveden v pogodbi o zaposlitvi, kar je bližje registrskemu naslovu (s korektivom v primeru, če je delavec naknadno pisno sporočil drug naslov). Vendar je treba v primeru, ko je delodajalec kako drugače zvedel za delavčev »dejanski naslov«, v skladu s 143. členom ZPP vročati na znani dejanski naslov.<sup>80</sup> Glede vprašanja, kako ravnati v primerih, ko delavec ne sporoči delodajalcu novega naslova, praksa ni enotna. Obstajajo stališča, da dejstvo, da delavec spremeni svoj naslov, pa delodajalcu (pisno) ne sporoči novega naslova, ne more predstavljati okoliščine, zaradi katere delodajalec ne bi bil dolžan delavcu omogočiti zagovora. Če mu iz tega razloga pisanj (vabila na zagovor in odpovedi pogodbe o zaposlitvi) na naslovu, določenem v pogodbi o zaposlitvi, ne more osebno vročati, mora delodajalec vročitev teh pisanj opraviti po pravih pravdnega postopka (katerih? op. M. V.), ni pa zakonito, če iz tega razloga ne izvrši svoje dolžnosti in delavcu ne omogoči zagovora.<sup>81</sup> Drugo stališče je, da če delavec delodajalca ni obvestil o kakršni koli spremembi prebivališča, mu je slednji tako pisno obdolžitev z vabilom na zagovor kot izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi pravilno osebno vročal na naslovu, ki je bil določen v pogodbi o zaposlitvi.<sup>82</sup> Tako stališče je po mojem mnenju skladnejše z drugim odstavkom 87. člena ZDR. Tudi pri izvensodnem delovnopravnem vročanju velja pravilo, da dejanska vročitev oziroma prejem pisanja sanira morebitne napake pri vročanju<sup>83</sup> in da se v primeru, če delavca v postopku odpovedi zastopa pooblaščenec, vročajo pisanja pooblaščenca in ne delavcu,<sup>84</sup> vendar je treba paziti, ali je delavec pooblastil odvetnika (tudi) za zastopanje v postopku zaradi odpovedi zaposlitve.<sup>85</sup> Če delavec neupravičeno odkloni sprejem pisanja, se vročitev šteje za opravljeno, kot določa tudi ZPP.<sup>86</sup>

#### 4 ŠE NEKAJ NAČELNIH IN USTAVNOSKLADNIH RAZMIŠLJANJ

Za konec želim opozoriti še na nekaj stališč, ki odpirajo dodatne možnosti za razlago ne le pravil o vročanju, ampak tudi drugih procesnopravnih pravil.

Vrhovni sodnik dr. Mile Dolenc je na Civilnopravni sodniški šoli 2013 predstavil načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi. Donedavna se je to načelo uporabljalo predvsem v materialnem pravu, vendar ni nobenega razloga, da se ne bi tudi v

78 Primerjaj sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 128/2012 z dne 7. 1. 2013 in sodbo VIII Ips 36/2009 z dne 7. 6. 2010.

79 Glej sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 1081/2011 z dne 16. 2. 2012 in Pdp 450/2011 z dne 17. 6. 2011.

80 Primerjaj sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 457/2012 z dne 7. 6. 2012.

81 Tako sodba in sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 690/2010 z dne 16. 9. 2010.

82 Primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 449/2010 z dne 1. 7. 2010.

83 Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 288/2007 z dne 23. 2. 2009.

84 Tako sodba Vrhovnega sodišča RS, opr. št. VIII Ips 272/2007 z dne 2. 12. 2008.

85 Primerjaj sodbo in sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 718/2011 z dne 12. 1. 2012. Vročitev odvetniku, ki delavca zastopa v drugi pravdi, ni veljavna (primerjaj sodbo Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 210/2011 z dne 25. 5. 2011).

86 Tako sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Pdp 621/2011 z dne 29. 9. 2011.

procesnem, in nekatere novejšje odločbe že gredo v to smer.<sup>87</sup> Korelat načela vestnosti in poštenja v procesnem pravu je prepoved zlorabe procesnih pravic (11. člen ZPP).<sup>88</sup> Višje sodišče v Ljubljani je nedavno zapisalo, da pravica do izjave ni sama sebi namen, zato je na stranki dolžnost, da ... pojasni, katerih navedb in dokazov zaradi te kršitve ni mogla podati.<sup>89</sup> To stališče (da neka procesna pravica »ni sama sebi namen«), če ga sprejmemo, omogoča nov pristop k vrednotenju procesnih ravnanj ene in druge stranke. Seveda pa to ne more biti splošno veljaven argument za saniranje vsakršnih procesnih kršitev ali jemanje pravice do izjave (ali katere koli druge procesne pravice) stranki z izgovorom, da ni dovolj natančno pojasnila, zakaj pravzaprav uveljavlja določeno pravico.

Drugi zaznavni trend novejšje procesne prakse je stališče, da je treba procesne določbe in predvsem sankcije, ki zadenejo stranke, razlagati ustavnoskladno.<sup>90</sup> Novejša ustavnosodna praksa<sup>91</sup> opozarja, da Ustavno sodišče ostre sankcije za formalne napake na prvi stopnji sojenja obravnava drugače in bolj strogo kakor sankcije za podobne napake na višjih stopnjah sojenja. Zlasti ko gre za zavrnjenje pravnega sredstva, je pomembno, ali je bila stranka pred tem že deležna sojenja na eni ali celo na dveh stopnjah.<sup>92</sup> Prvo vročanje stranki, ki ni začela postopka (npr. tožbe v odgovor ali sklepa o izvršbi na podlagi verodostojne listine v ugovor), pomeni za stranko praviloma prvo priložnost, da se sploh izreče o zahtevku ter tako uresniči svojo pravico iz 22. člena Ustave. Posledice za stranko, če ne odreagira na vročitve, so lahko zelo hude, po drugi strani pa v primeru pravočasnega odgovora na tožbo oziroma ugovora zoper sklep o izvršbi stranka, ki je začela postopek, ne bo izgubila nobene pravice. To načelno stališče velja upoštevati tudi v kakšnem (vendar ne vsakem!) primeru, ko mora stranka izpodbijati domnevo resničnosti podatkov, zapisanih v javni listini (vročilnici), kar je sicer zelo težka naloga za tistega, ki to domnevo izpodbija.<sup>93</sup>

Zadnje predstavljena stališča nikakor še ne pomenijo (ustaljene) sodne prakse, vendar pa – v povezavi s citiranimi odločbami Ustavnega sodišča in teoretičnimi izhodišči – kažejo na možen razvoj sodne prakse, zato jih je treba vzeti vsaj v razmislek ob odločanju.

87 Npr. že citirani sklep Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Cpg 1042/2011 z dne 15. 11. 2011 v zvezi z vprašanjem vročanja na registrski naslov, čeprav nasprotna stranka ve za dejanski naslov.

88 O tem inštitutu sta med drugimi obširno pisala Jan Zobec (Zloraba procesnih pravic, Podjetje in delo, 2009, št. 7, str. 1369) in Tajka Golob (Praktični pogled na novi zakon o pravnem postopku: Zloraba procesnih pravic, Podjetje in delo, 1999, št. 6, str. 1177).

89 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 3139/2012 z dne 24. 12. 2012.

90 Primerjaj že citirani sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. sklep II Cp 2599/2012 z dne 3. 10. 2012, ki ustavnoskladno razlaga določbe ZPP o fikciji vročitve v primeru naslovnikove odsotnosti ne glede na vedenje vročevalca o tem.

91 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-83/11-17, Up 938/10-30 z dne 8. 11. 2012. Odločba se sicer ukvarja z vprašanjem pooblastil, vendar *obiter dictum* poda tudi številne napotke za ustavnoskladno razlago (drugih) procesnih določb.

92 Primerjaj npr. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-277/09, Up-1333/09, U-I-287/09, Up-1375/09 z dne 14. 6. 2011, Uradni list RS, št. 58/2011.

93 Sodišče prve stopnje je pri presoji pravočasnosti ugovora zoper sklep o izvršbi na podlagi verodostojne listine deloma presešlo prakso strogega upoštevanja resničnosti javne listine z argumenti, da je v realnem življenju včasih zelo težko dokazati, da stranka ni prejela določene pošiljke. Lahko da preprosto ni nobenih posebnih okoliščin, na podlagi katerih bi stranka lahko sklepala, zakaj ni prejela pošiljke. Stranka tako zaide v dokazno stisko. Ugotovilo je, da je bila izpovedba dolžnice o datumu prejema obvestila iskrena in prepričljiva, da ni nobenih znakov izmikanja obveznostim, hkrati pa je ugotovilo tudi določene napake v poslovanju pošte, ki je opravljala vročanje. Višje sodišče v Ljubljani je odločitev potrdilo (sklep III Ip 495/2013 z dne 10. 4. 2013), vendar se ni opredelilo do vprašanja ustavnoskladne razlage izpodbijanja vročilnice; sprejelo je argument, da je bila izpovedba dolžnice prepričljiva in da so hkrati ugotovljene določene nepravilnosti pošte.



# POGODBENA ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST V SODOBNEM SLOVENSKEM OBLIGACIJSKEM PRAVU<sup>1</sup>

doc. dr. Špelca Mežnar

Mednarodna fakulteta za družbene in poslovne študije, Celje  
Odvetniška družba Čeferin, d.o.o.

## 1 UVOD

V vsakdanjem življenju so pogoste kršitve pogodbenih obveznosti tako v gospodarskih poslih (po subjektivnem merilu iz 13. člena OZ) kot pri negospodarskih potrošniških (sklenjene med podjetjem in potrošnikom kot fizično osebo v smislu ZVPot) in nepotrošniških pogodbah (sklenjene med potrošnikoma). Klasični primeri kršitev so npr. nepravočasno plačevanje (ali neplačevanje) zapadlih anuitet pri kreditni pogodbi, pomanjkljiva izvedba gradbenih del pri gradbeni pogodbi (pogosto sklenjeni v postopku javnega naročanja), dobava nekakovostnega izdelka pri prodajni pogodbi, pomanjkljiva storitev (slabši hotel, kot je bilo dogovorjeno) pri pogodbi o turističnem potovanju, pa tudi nepravilno prenehanje pogodbenega razmerja (npr. odstop od pogodbe brez utemeljenega razloga ali brez upoštevanja sicer dogovorjenega odpovednega roka). Obligacijsko pravo po navadi ureja pravne posledice kršitev specifično za posamezni tip pogodbe, pri tem pa velja, da lahko oškodovana stranka vedno uveljavlja tudi povrnitev škode, ki ji je nastala, ker je nasprotna stranka kršila pogodbo.

Medtem ko se zdi samoumevno, da se povrne premoženjska škoda, pa je v praksi vedno več primerov, ko stranke zaradi kršitve pogodbe utrpijo tudi nepremoženjsko škodo. Na primer: izgubljene počitnice zaradi neprimernih razmer v hotelu (družinska soba ob hrupnem gradbišču), poškodbe, ki jih utрпи smučar zaradi neurejenega smučišča, zamuda poklicnega fotografa na poročno slavlje zaradi prometne nesreče na cesti, odpoved najemne pogodbe iz neutemeljenega razloga in posledična selitev v slabše ogrevano stanovanje sredi najhujše zime, zastrupitev s hrano v vrhunski restavraciji,<sup>2</sup> smrt in telesne poškodbe v balonarski nesreči zaradi malomarnosti organizatorja izleta. Medtem ko ne bi smelo biti sporno, da so klasične oblike nepremoženjske škode (telesne bolečine, poškodbe, smrt) pravno priznane tudi v primeru kršitve pogodbe, pa več težav povzroča druga skupina pogodb, ki so usmerjene v zagotavljanje užitkov. Dobrine, kot so letni dopust, gastronomski užitki, kakovostno stanovanje (dom), dobre fotografije poročnega slavlja, namreč nimajo zgolj materialne vrednosti, torej denarne, za katero je nekdo izdal račun (turistična agencija, restavracija, fotograf, najemodajalec); bistveno pomembnejša je za oškodovano stranko po navadi njihova nematerialna vrednost,

1 Članek je predelava in razširitev prispevka z naslovom Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja, ki sem ga objavila v reviji Odvetnik, št. 2, 2013, str. 28, sicer pa izhaja iz predavanja z enakim naslovom, ki sem ga imela na sodniški šoli v Čatežu v letu 2013.

2 V začetku leta 2013 se je zastrupilo 63 obedovalcev v takrat najboljši restavraciji na svetu, danski Nomi. <http://news.sky.com/story/1062286/noma-top-restaurant-hit-by-food-poisoning>.

ki izhaja iz njihove relativne redkosti – dejstva, da imamo le en družinski dopust na leto, ki ga želimo dobro izkoristiti; da si bomo obisk restavracije na ravni Nome verjetno privoščili le enkrat v življenju, enako pa velja (sicer s pogostimi izjemami) tudi za poročno slavlje, zato želimo in naročimo kakovostne fotografije. Naštetih poslov torej ne sklepamo zgolj zaradi blagovne menjave – denar za nastanitev/hrano/stanovanje/fotografije, pač pa predvsem zaradi zagotavljanje užitka in veselja – denar za lep dopust/izkušnjo vrhunske restavracije/profesionalne fotografije edinstvenega dogodka/topel dom. Prav razumevanje in upoštevanje opisanega namena pogodbenih strank pri sklepanju posla sta najbrž ključni pri presoji, kolikšno odškodnino in za kakšno škodo bodo sodišča priznala v primeru kršitve pogodbenih obveznosti.<sup>3</sup>

## 2 POGODBENA IN DELIKTNA ODGOVORNOST V OZ

Civilnopravna odgovornost za škodo ima lahko dva temelja: predhodno sklenjeno pogodbo, ki je bila prekršena, ali pa zakon, ki določa, da mora vsak povrniti škodo, ki jo povzroči drugemu (načelo nepovzročanja škode, 10. člen OZ). V prvem primeru govorimo o pogodbeni, v drugem pa o deliktne odškodninski odgovornosti. Temeljna razlika med institutoma je v začetni situaciji: medtem ko se stranki obligacijskega razmerja pri pogodbi že poznata, saj sta na podlagi avtonomije svobodno sklenili pogodbeno razmerje, iz katerega izvira škoda, pa sta stranki obligacijskega razmerja v primeru civilnega delikta v svoji vlogi (povzročitelja škode in oškodovanca) postavljeni brez lastne volje – na podlagi zakonske norme, ki določa, da moramo za svoja škodna dejanja odgovarjati tako, da škodo povrnemo. V praksi včasih ni enostavno razmejiti, ali gre za pogodbeno ali deliktne podlago odškodninske odgovornosti – tipični primer, pri katerem je tudi sodna praksa razdeljena, je odgovornost za zdravniške napake.<sup>4</sup>

V slovenski teoriji je uveljavljeno stališče, da gre pri obeh vrstah odškodninske odgovornosti za enotno institucijo z nekaterimi posebnostmi, ki veljajo za pogodbeno odgovornost.<sup>5</sup> Take posebne določbe so po mojem mnenju dveh vrst: v prvi skupini so tiste, ki uveljavljajo specialna pravila za pogodbeno odškodninsko odgovornost (npr. možnost izključitve, omejitve ali razširitve odgovornosti po 241. in 242. členu OZ); v drugo pa lahko uvrstimo določbe, ki na prvi pogled sicer pomenijo *lex specialis*, a so toliko pomensko odprte, da dopuščajo različne razlage (npr. ekskulpacijski razlogi po 240. členu in obseg odškodnine po 243. členu OZ). Ravno določbe iz te druge skupine so največji izziv, saj je od njihovega razumevanja odvisno, ali in v čem se zakonska ureditev obeh vrst

3 Da gre pri nematerialnih užitkih res za skupen namen obeh strank in ne zgolj za enostransko pričakovanje ene od strank, lepo kaže izjava direktorja restavracije Noma, ki je ob omenjenem dogodku zastripitve povedal: »*We are in the business of making people happy and taking care of our guests, so this is the worst thing that could happen to us.*« Ne gre torej zgolj za nakup hrane, temveč za »osrečevanje« ljudi.

4 Tako je npr. VSL v sodbi II Cp 2457/2009 zavzelo stališče, da gre za deliktne odgovornost, Vrhovno sodišče RS v zadevi II Ips 378/2004 pa je odločilo, da sklicevanje na strokovno zdravniško napako pomeni uveljavljanje zahtevka iz naslova poslovne odškodninske odgovornosti.

5 Tako Cigoj, Stojan: Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, 1989, str. 169 in nasl. Enako tudi Strohsack in Polajnar - Pavčnik v Strohsack, Boris: Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, Uradni list, 1996, str. 1996, ter Polajnar - Pavčnik, Ada: Obligacijski vidiki razmerja med bolnikom in zdravnikom, Pravo in medicina, Cankarjeva založba, 1998, str. 96.

odgovornosti sploh razlikuje. Posebno obravnavanje pogodbene odškodninske odgovornosti ima namreč svoj smisel le, če se ta v resnici razlikuje od deliktne in so razlike tudi praktično pomembne.

Po pregledu sodne prakse, ki bo v nadaljevanju predstavljena, ugotavljam, da posebna ureditev pogodbene odškodninske odgovornosti bolj kot težave v praksi povzročata teoretične razprave.<sup>6</sup> Mislim, da je pomembno, da se sodna praksa razvija ob upoštevanju aktualne teorije, pod pogojem seveda, da je ta prepričljiva. Zato naj ta prispevek pomaga zlasti pri iskanju odgovorov na vprašanja, ki za zdaj na najvišji ravni v sodni praksi (Vrhovno sodišče) ostajajo odprta: ali je odgovornost za škodo, povzročeno zaradi kršitve pogodbe, bližje krivdni ali objektivni odgovornosti; ali je mogoče na podlagi kršitve pogodbe uveljavljati povrnitev nepremoženjske škode; če da, katera nepremoženjska škoda je v tem primeru pravno priznana; kako ugotoviti predvidljivo škodo.

### 3 UREDITEV POGODBENE ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI V OZ

Deliktna odškodninska odgovornost je urejena v drugem oddelku OZ. Splošne predpostavke za uveljavljanje krivdne odgovornosti so: protipravno ravnanje, škoda, vzročna zveza in krivda. Po načelu obrnjenega dokaznega bremena se krivda povzročitelja domneva (le navadna malomarnost, višje stopnje je treba dokazovati), preostale tri predpostavke pa mora dokazati tožnik (oškodovanec). Pri objektivni odgovornosti je položaj oškodovanca še nekoliko olajšan, saj mora dokazati le obstoj nevarne stvari ali dejavnosti in nastalo škodo, vzročna zveza pa se domneva, prav tako pa ni dopustna ekskulpacija iz razlogov skrbnega ravnanja (kot pri krivdni odgovornosti). Ekskulpacijski razlogi so omejeni: povzročitelj se škode razbremeni le, če dokaže, da je nastala zaradi višje sile ali (izključno) zaradi ravnanja oškodovanca ali tretje osebe.

Pogodbena odškodninska odgovornost je urejena v 239. do 246. členu OZ. Upoštevaty je treba, da gre samo za specialne določbe, saj velja, da se za povrnitev škode, nastale zaradi kršitve pogodbene obveznosti, smiselno uporabljajo določbe OZ o povrnitvi nepogodbene škode (246. člen OZ). Čeprav iz 239. člena OZ izrecno ne izhaja, da velja odgovornost za škodo tudi v primeru nepravilne izpolnitve pogodbe (besedilo omenja le zamudo in neizpolnitev), ne more biti dvoma, da določba velja za kakršen koli primer kršitve pogodbe (po mojem mnenju tudi za primer nepravilne odpovedi pogodbe<sup>7</sup>). Določba ne daje odgovora na vprašanje, ali je treba pravila o pogodbeni odškodninski odgovornosti uporabiti tudi takrat, ko je kršitev nastala zaradi nebstvene sestavine pogodbe, na katero verjetno nobena od strank ob sklenitvi niti ni pomislila.<sup>8</sup> Na primer: če v trgovini kupite izdelek, pri katerem prodajalec pozabi odstraniti elektronsko zaščito pred krajo in vas zato ob izhodu po piskanju alarma ustavi varnostnik ter ob sumničavih pogledih drugih kupcev in v ne prav prijetni maniri proti vaši volji odpelje v prostor, kjer vas osebno

6 V zadnjem času npr. Dežman, Aljoša: Pravna narava odškodninske odgovornosti v Obligacijskem zakoniku, Podjetje in delo, 4/2010, str. 475.

7 Drugače Vrhovno sodišče RS v zadevi VIII lps 97/2011, ko je presojalo o povrnitvi nepremoženjske škode zaradi nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi.

8 Kršitev nebstvene sestavine se ne bo nujno vedno kazala tudi v nebstveni škodi.

preišče, bi lahko teoretično zahtevali povrnitev nepremoženjske škode zaradi kršitve časti in dobrega imena (ali kakšne druge pravice). Vprašanje je, ali bi bil tak zahtevek utemeljen na podlagi kršitve pogodbe (nebistvena sestavina pogodbe je najbrž obveznost prodajalca, da odstrani zaščito) ali na deliktne podlagi (kršitev dolžne skrbnosti pri poslovanju).

### 3.1 Razširitev in omejitev pogodbene odgovornosti

Ekskulpacijski razlogi, ki jih določa 240. člen OZ, bodo podrobneje obravnavani v nadaljevanju, 241. člen pa omogoča pogodbeno razširitev odgovornosti dolžnika, vendar ne v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja (drugi odstavek 241. člena OZ). Pri tem se postavlja vprašanje, koliko je taka možnost v praksi sploh realno uporabna: če je namreč klavzula o razširitvi odgovornosti nezanesljiva, ker je njena uveljavitev odvisna od (po navadi ex post) presoje sodišča o tem, ali je skladna z vestnostjo in poštenjem, se ji bodo stranke skušale izogniti. Da morajo biti vsa ravnanja pogodbenih strank v skladu z načelom vestnosti in poštenja, izhaja sicer že iz splošnih določb OZ (5. člen OZ), zato bi bilo boljše drugi odstavek tega člena izpustiti, saj pušča vtis, kot da želi še dodatno omejiti avtonomijo strank. Omejitev strank pri širitvi odgovornosti bi bilo po mojem mnenju boljše vezati na enako predpostavko, kot jo vsebuje 242. člen – torej presojo sodišča, da je bila klavzula dolžniku »vsiljena« zaradi monopolnega položaja ene od strank ali njenega neenakopravnega razmerja. Razmisliti bi tudi veljalo, ali ne bi kazalo glede možne razširitve odgovornosti vendarle drugače obravnavati gospodarskih pogodb – tu je namreč potreba po trdnosti tovrstnih klavzul še toliko večja, poleg tega pa se od gospodarskih subjektov tudi upravičeno pričakuje višja stopnja skrbnosti pri urejanju njihovih pogodbenih razmerij. Če so se torej zavestno dogovorili za razširitev odgovornosti, naj možnost neizpolnitve take klavzule pride v poštev le v izjemnih primerih (kot zgoraj omenjeni). OZ tudi ne daje izrecnega odgovora na vprašanje, ali je dopustna razširitev pogodbene odškodninske odgovornosti za škodo, ki je sicer naše deliktno pravo ne priznava – npr. za določene vrste nepremoženjske škode, kot je izgubljeni dopust, izgubljena možnost udeležbe na velikem športnem tekmovanju ipd. Menim, da so take klavzule dopustne, če gre za nepremoženjsko škodo, ki je bila za oba pogodbenika ob sklenitvi pogodbe predvidljiva.

Omejena avtonomija velja tudi glede pogodbenega omejevanja odškodninske odgovornosti: 242. člen OZ ne dopušča, da bi stranki pogodbeno izključili odgovornost za škodo, povzročeno z naklepom ali hudo malomarnostjo, medtem ko je načeloma to mogoče glede navadne malomarnosti. Tudi v tem zadnjem primeru pa lahko sodišče razveljavi pogodbeno določbo, če sporazum o izključitvi odgovornosti izhaja iz monopolnega položaja dolžnika ali sploh iz neenakopravnega razmerja med pogodbenikoma.

V praksi so pogoste tudi klavzule o najvišjem znesku odškodnine. Tako je na primer v pogodbi o izvedbi del v gradbeništvu najvišji znesek odškodnine na podlagi kršitve pogodbe lahko omejen na vrednost del, ki so predmet pogodbe, ali njen večkratnik. Take klavzule so dopustne, če tako določeni znesek ni v očitnem nesorazmerju s škodo ali če za posamezen primer zakon ne določa drugače (tretji odstavek 242. člena OZ).

Ni pa jasno, ali se je na podlagi navedenega določila mogoče dogovoriti tudi za izključitev odgovornosti za posamezne vrste škode, npr. za nepremoženjsko škodo kot posledico napak pri gradnji v zgornjem primeru. Vsekakor ima upnik pravico do popolne odškodnine, če je dolžnik povzročil nemožnost izpolnitve namenoma ali iz hude malomarnosti. Verjetno bi bilo ustrezno ta odstavek razlagati tako, da se pravica do popolne odškodnine zagotavlja v primeru vsake naklepne ali hudo malomarne kršitve pogodbe in ne le v primeru nemožnosti njene izpolnitve.

Nedvomno pa v teoriji in praksi dopuščata največ prostora za različne vsebinske razlage dve določbi OZ: 240. člen, ki opredeljuje razbremenitev dolžnika, in 243. člen, ki se nanaša na obseg odškodnine.

### **3.2 Razbremenitev dolžnika po 240. členu OZ – objektivna ali krivdna odgovornost?**

240. člen OZ določa: »Dolžnik je prost odgovornosti za škodo, če dokaže, da ni mogel izpolniti svoje obveznosti oziroma da je zamudil z izpolnitvijo obveznosti zaradi okoliščin, nastalih po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti.« Določba je bolj v teoriji kot v praksi odprla vprašanje, kaj konkretno naj bi naštetih ekskulpacijski razlogi pomenili oziroma ali se v praksi približajo objektivni ali krivdni odgovornosti. Drugače povedano: vprašanje je, ali se dolžnik lahko razbremeni svoje odškodninske odgovornosti za kršitev pogodbe, če dokaže, da je škoda nastala kljub njegovemu skrbnemu ravnanju, ali je razlog za razbremenitev strožji – zgolj višja sila v pomenu 153. člena OZ.

Na podlagi analize določbe in njene smiselne in sistemske razlage teoretiki zavzemajo različna stališča: nekateri govorijo o krivdni odgovornosti tudi v primeru pogodbene odškodninske odgovornosti (Dolenc, Cigoj), drugi o postroženi krivdni odgovornosti (Dežman), tretji pa o čisti objektivni odgovornosti (Možina, Plavšak).<sup>9</sup> Pravzaprav je vseeno, kako odgovornost na podlagi 240. člena OZ poimenujemo, ker se zdi, da je praksa že dala dober odgovor, ki ga kaže upoštevati. V zadnjem času se je zlasti Višje sodišče v Ljubljani večkrat postavilo na stališče, da »krivda ni predpostavka poslovne odškodninske odgovornosti, pač pa 240. člen OZ z »okoliščinami, ki jih dolžnik ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti« določa sfero tveganj, ki bremenijo podjemnika ne glede na njegov subjektiven odnos do kršitve ...«. K temu je še dodalo, da »se glede na bistveno višji standard zahtevane skrbnosti in strokovnosti, ki se pričakuje od izvajalca profesionalne storitve (v primerjavi z naročnikom-laikom), v pravni in poslovni praksi le redko kateri podjemnik lahko uspešno sklicuje na ekskulpacijske razloge iz 240. člena OZ«. <sup>10</sup> S tem stališčem se strinjam in se mi zdi primerno zlasti za pogodbe, ki so usmerjene k rezultatu, teh pa je tako večina v poslovni praksi. Tako pojmovana

9 Več o različnih pogledih na pravno naravo odškodninske odgovornosti v OZ glej Dežman, nav. delo.

10 I Cpg 603/2001. Podobno tudi I Cpg 129/2010: »Teorija razlikuje med notranjimi tveganji, ki izvirajo iz sfere pravnega subjekta in jih ta lahko oziroma jih mora obvladovati, ter zunanji tveganji, ki so zunaj sfere pravnega subjekta in jih ta ne more in jih tudi ni dolžan obvladovati. Samo zunanja tveganja predstavljajo ekskulpacijske razloge v smislu 240. člena OZ ... ravnanja dolžnikovih pogodbenih partnerjev sodijo nedvomno med notranja tveganja ... « Enako tudi v zadevi II Cpg 372/2011.

odgovornost se (upravičeno) bliža objektivni, a je resnici na ljubo treba dodati, da med tistimi teoretiki, ki vidijo v 240. členu podlago za krivdno, in drugimi, ki se zavzemajo za objektivno odgovornost, ni bistvenih razlik, saj vsi opozarjajo, da se dolžnik svoje odgovornosti vendarle ne more razbremeniti zgolj z dokazovanjem svoje skrbnosti, pač pa mora dokazati, da so bile okoliščine, zaradi katerih pogodbe ni mogel (pravilno) izpolniti, zanj nepremagljive oziroma neodvrnljive. Kaj to pomeni v konkretni situaciji, je seveda treba prepustiti sodnemu odločanju. Med nepremagljive razloge skladno s sodno prakso recimo ne spadajo pogodbeni partnerji, od katerih je odvisna dolžnikova pravočasna in pravilna izpolnitev upniku. Tudi če je bil dolžnik primerno skrben pri njihovi izbiri, se v razmerju do svojega upnika pozneje ne bo mogel ekskulpirati s sklicevanjem na to, da je zamujal izključno zaradi njihovega slabega dela.<sup>11</sup>

Mislim, da je pri tovrstnih sodniških odločitvah lahko v veliko pomoč razmislek o tem, kako so med strankama porazdeljena tveganja za uspeh razmerja in posledično tudi plačilo. Tako na primer bi lahko znanega poklicnega fotografa, ki zaradi zaprtja avtoceste obtiči v predoru in zamudi na poroko (na kateri bi moral posneti fotografije), obsodili na plačilo odškodnine (recimo zaradi nepremoženjske škode ženina in neveste, ki bosta ostala brez profesionalnih poročnih fotografij),<sup>12</sup> čeprav je odšel na pot dovolj zgodaj in seveda ni mogel vplivati na prometno nesrečo. Toda tveganje za pravočasni prihod na poroko je v celoti v njegovi sferi, nesrečam na avtocesti in posledičnim zapletom pa bi se (z dikcijo 240. člena OZ) lahko na primer izognil tako, da bi se na pot odpravil po lokalni cesti, na kateri je ob morebitnih zastojih možnost za obvoz bistveno večja. Taka odgovornost fotografa je sicer precej stroga, a se ne zdi nujno nepravilna: pogodbeni zaveza fotografirati na poroki namreč že sama po sebi vsebuje določena tveganja, saj gre za enkratni dogodek, ki ga (po navadi) ni mogoče ponoviti. Omenjena tveganja pa fotograf nadomesti z višino plačila za svojo storitev – tovrstne fotografije so namreč precej dražje od siceršnjih fotografskih storitev. Se pa strinjam, da navedeni primer odpira številna vprašanja in da odgovor na to, ali je v opisani situaciji res odgovoren, ni enostaven niti enopomenski.

Glede na povedano je torej dobrodošlo tudi opozorilo sodišča, da je postrožena odgovornost dolžnika posebej primerna v situacijah, ko gre za poklicne izvajalce storitev. Iz tega lahko a contrario zaključimo, da 240. člen OZ omogoča prilagodljivo razlago, in sicer strožjo (v smislu objektivne odgovornosti) takrat, ko imamo opravka s profesionalci oziroma strokovnjaki, ter milejšo, če gre za laike. Pogodba s profesionalcem sicer ne bo vedno tudi gospodarska pogodba v smislu OZ, obratno pa bo po navadi veljalo: gospodarske pogodbe praviloma sklepajo profesionalci v smislu OZ.

V celoti se strinjam s stališčem, ki ga v zadnjem času glede vrste odgovornosti za pogodbeno škodo zavzema Višje sodišče v Ljubljani. Menim, da je tak pristop, ki se

<sup>11</sup> Tako Višje sodišče v Ljubljani v zadevah I Cpg 129/2010 in II Cpg 356/2011.

<sup>12</sup> Zanimivo je tudi vprašanje premoženjskega zahtevka – vračanja že plačanega honorarja, če je naročnik fotografu storitev (delno ali v celoti) plačal vnaprej. Pravna podlaga naročnikovega denarnega zahtevka za vračilo plačila v opisanem primeru je odvisna od mnenja sodišča, ali je fotograf za neizpolnitev pogodbe odgovoren ali ne. Če ni, gre za kondicijski zahtevek (116. člen OZ), če je, gre za odškodninski zahtevek (240. člen OZ).

ne ukvarja toliko s teoretičnim poimenovanjem (objektivna ali krivdna) odgovornosti in formalistično analizo določb OZ, temveč je usmerjen k smiselni razlagi in iskanju ravnotežja med tveganji, ki bremenijo stranki, sodoben, suveren in spoštljiv do strank in pravnih predpisov. Tudi rezultat – da bo namreč vsaj profesionalna stranka le redko uspela z eksculpacijo svoje odgovornosti na podlagi 240. člena OZ – se zdi za današnji poslovni svet povsem primeren. Kdor korektno plača, pač pričakuje tudi korektno storitev in ne »jamranja«, da so za napake krivi drugi. Mislim, da civilno pravo s tem izpolnjuje tudi svojo socialno vlogo, saj ljudem sporoča, da je treba poslovne obveznosti jemati resno in spoštljivo, ker jih sicer čaka (tudi) odškodninska odgovornost.

#### **4 POVRNITEV NEPREMOŽENJSKE ŠKODE V PRIMERU KRŠITVE POGODBE**

V teoriji obstajajo glede možnosti, da upnik na podlagi kršitve pogodbe zahteva povrnitev nepremoženjske škode, različna stališča. Izvirajo predvsem iz različnih pogledov na razlago 243. člena OZ. Ta določa, da »ima dolžnik pravico do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju dolžnik moral pričakovati ob kršitvi pogodbe kot možni posledici kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana«.

Ni povsem jasno, ali je namen navedene določbe v primeru pogodbene odgovornosti omejiti priznane vrste škode samo na premoženjsko (OZ namreč omenja navadno škodo in izgubljeni dobiček) ali morda zgolj po obsegu omejiti premoženjsko škodo (in sicer na tisto, ki je bila za stranki predvidljiva ob sklenitvi) in pustiti ureditev nepremoženjske škode nedotaknjeno (kar bi pomenilo, da veljajo določbe o deliktni odgovornosti – 132. člen OZ). K prvemu stališču se nagibata Dolenc<sup>13</sup> in Plavšakova,<sup>14</sup> k drugemu Možina.<sup>15</sup> Menim, da je z namensko, smiselno in času primerno razlago zakona skladnejša druga možnost. Da je treba ob kršitvi pogodbe vsaj v določenih primerih dopustiti tudi zahtevke za povrnitev nepremoženjske škode, se mi zdi skoraj nujno ob upoštevanju sodobnega življenja, v katerem je sklepanje pogodb, katerih bistveni predmet je nepremoženjska korist ali dobrina, čedalje pogostejše.<sup>16</sup> Poleg že opisanih so take na primer tudi pogodbe, ki urejajo izvedbo lepote operacije, organizacijo velikega slavlja, izdelavo maturantske obleke

13 Dolenc, Mile: Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi, Pravosodni bilten, XXV, 2/2004, str. 281.

14 Plavšak v Juhart in Plavšak: OZ s komentarjem II, GV Založba 2003, str. 222.

15 Možina, Damjan: Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe, Izbrane teme civilnega prava, IPP pri PF, 2006, str. 49.

16 Odklonilno in drugačno stališče zastopa Ocepek, predvsem z argumenti ekonomske analize prava. Ocepek, France: Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne) priznanja nepremoženjske škode, Pravna praksa, 2013, št. 28, str. 22. Ne morem se strinjati z njegovim argumentiranjem, da je nepremoženjska škoda v pogodbenih razmerjih izključena zaradi napačnega izhodišča o iracionalnosti posameznika, ki sklepa pogodbo, oziroma da stranki nista sposobni ustvariti jasne in določne pogodbe. Ne gre namreč za to, da bi eni ali drugi stranki pripisovali iracionalnost pri oceni vrednosti neke storitve. Ravno nasprotno, v tem prispevku navedeni primeri po mojem mnenju jasno kažejo, da nobena od strank ni iracionalna, pač pa se obe zavedata in soglašata, da je odločilni del cene za storitev nepremoženjski interes. Res je, da je vrednost nepremoženjskega interesa težje prevesti v denarno, a enak problem je imela sodna praksa tudi pri postavljanju standardov pravične denarne odškodnine v deliktne pravu, pa je svojo nalogo izvrstno opravila. Več kot bo tovrstnih zahtevkov v praksi in več kot bo ugodilnih sodb, lažje in objektivneje bo določiti vrednost nepremoženjskega interesa pogodbene stranke.

ali poročne torte, najem apartmaja ob smučišču ipd. Strinjam se, da bi nasprotovalo pravičnosti, če stranka, ki je svoje nepremoženjske interese zavarovala s sklenitvijo pogodbe, ostane brez učinkovitega pravnega varstva (denarne odškodnine), medtem ko je oškodovanec v deliktne razmerju do njega upravičen.<sup>17</sup>

Priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe bi bilo poleg teoretičnih koristno tudi iz praktičnih razlogov: s tem bi se sodišča izognila dilemi, ali naj za sporna razmerja uporabijo deliktne ali pogodbeno pravno podlago. Iz več primerov namreč izhaja, da se sodišča za eno ali drugo pravno podlago odločajo šele, potem ko ugotovijo, da je prva za oškodovanca ugodnejša od druge. Tako na primer Višje sodišče v Ljubljani v zvezi s priznanjem nepremoženjske škode v primeru zdravniške strokovne napake ugotavlja: »Pri pogodbeni (poslovni) odškodninski odgovornosti oškodovanec (upnik) glede na citirana določila veljavnega OZ ni opravičen do povračila nepremoženjske škode, kar pa je seveda popolnoma neživiljenjsko in tudi v nasprotju s pravico do povračila škode, ki jo daje Zakon o zdravstveni dejavnosti.«<sup>18</sup> Iz tega razloga se je sodišče odločilo, da bo spor presojalo na podlagi deliktne odgovornosti. Temu (ne prav zaželenemu) pragmatičnemu izbiranju pravne podlage bi se povsem izognili, če se postavimo na stališče, da je treba v vseh tistih primerih, v katerih je nepremoženjska dobrina bistvena pogodbeni sestavini, priznati povrnitev nepremoženjske škode tudi ob kršitvi pogodbe. Tako bi lahko sodišča brez težav odločanje o v praksi precej pogostih zahtevkih iz naslova zdravniških napak oprla na pogodbeno kršitev in se s tem pridružila tudi prevladujočim pogledom v teoriji.<sup>19</sup>

V korist priznanju nepremoženjske škode v primeru kršitve pogodbe govori tudi razvoj v primerjalnem pravu<sup>20</sup> in pravu EU.<sup>21</sup> Tako je že jasno, da mora naša sodna praksa priznati vtoževano odškodnino za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe o turističnem potovanju (paketnih počitnicah) med potrošnikom in organizatorjem potovanja.<sup>22</sup> Če organizator potovanja potrošniku ne zagotovi primerne in dogovorjene kakovosti storitev (družina z majhnima otrokoma namesto naročene in plačane družinske sobe dobi le navadno manjšo dvoposteljno sobo, okužena hotelska hrana), je lahko potrošnik upravičen ne le do povrnitve premoženjske škode (zmanjšanje plačila), pač pa tudi do nepremoženjske škode v obliki okrnjenega užitka na dopustu. Realno gledano je nepremoženjska škoda lahko precej večja od premoženjske, sploh glede na to, da so skupne počitnice v trenutnih gospodarskih razmerah za vedno več družin čedalje redkejša dobrina (tako finančno kot časovno). Priznanje nepremoženjske škode zaradi izgubljenega dopusta v našem pravu ima podlago neposredno v sodbi Sodišča EU v zadevi

17 Možina, prav tam.

18 Sodba II Cp 2457/2009.

19 Npr. Polajnar - Pavčnik, nav. delo.

20 Podrobneje o tem Možina, nav. delo.

21 Zadeva C-168/00 z dne 12. 3. 2002 Leitner proti TUI Deutschland.

22 Sodišče EU je bilo zaproseno za razlago določbe 2. točke drugega odstavka 5. člena direktive o paketnih potovanjih (Direktiva Sveta z dne 13. 6. 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/EGS)). Sporna določba daje potrošniku pravico do odškodnine v primeru kršitve pogodbe, ni pa bilo jasno, ali ta zajema samo premoženjsko ali tudi nepremoženjsko škodo. Sodna praksa v državah članicah je bila različna, nekatere so nepremoženjsko škodo v teh primerih priznavale (Nemčija), druge ne (Avstrija).



Leitner proti TUI Deutschland,<sup>23</sup> saj OZ (ali kakšen drug zakon) ni bil spremenjen ali dopolnjen tako, da bi omenjeno obliko škode izrecno priznal.<sup>24</sup>

Končno naj pri pravnih virih EU omenim še predlog Uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu iz leta 2011 (CESL).<sup>25</sup> Čeprav je pri njem še veliko nejasnosti in čeprav niso prepričani, da bo taka možnost »drugega nacionalnega prava« v praksi dobro sprejeta, pa je predlog s teoretičnega vidika zanimiv zato, ker poleg določb o prodajni pogodbi ureja tudi večji del splošnega pogodbenega prava. Iz njega izhaja, da je dolžnik (sicer stranka prodajne pogodbe ali pogodbe o dobavi digitalnih vsebin) dolžan povrniti tudi nepremoženjsko škodo, ki izvira iz kršitve pogodbe, pri čemer je ta omejena na »nepremoženjsko izgubo v obliki bolečine in trpljenja, izključuje pa druge oblike nepremoženjske izgube, kot sta poslabšanje kakovosti življenja in izguba zadovoljstva«. Za upnika še ugodnejšo določbo vsebujejo (sicer povsem nezavezujoča, vendar v teoriji zelo cenjena) načela evropskega pogodbenega prava (PECL), ki za primer kršitve pogodbe priznavajo povrnitev celotne nepremoženjske škode,<sup>26</sup> medtem ko njene povrnitve Dunajska konvencija o mednarodni prodaji blaga ne omogoča.<sup>27</sup>

Tudi sodna praksa glede priznanja nepremoženjske škode ob kršitvi pogodbe ni enotna. Iz nekaterih judikatov Vrhovnega sodišča se da sklepati, da nepremoženjska škoda ni izključena,<sup>28</sup> a povsem jasnemu odgovoru se je žal Vrhovno sodišče pred kratkim izognilo.<sup>29</sup>

23 Več o tem primeru glej Grilc, Peter: Leitner v. Tui – korak k evropeizaciji nepremoženjske škode?, Izbrane teme civilnega prava, IPP PF, 2006, str. 21, ter Mežnar, Špelca: Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo, letnik 34, št. 6/7, 2008, str. 1284–1293.

24 Prvi tovrstni zahtevki so se že pojavili, kot lahko sklepamo iz obrazložitve Višjega sodišča v Ljubljani v zadevi I Cp 987/2012. V tem primeru je sodišče med drugim odločalo tudi o nepremoženjski škodi zaradi izgubljenega dopusta (domnevna zastrupitev s hrano in prebavne težave na potovanju), vendar je zahtevek iz tega naslova (po mojem mnenju upravičeno) zavrnilo po temelju. Čeprav se ni izrecno izreklo o priznanju škode iz naslova izgubljenega dopusta, pa lahko na pozitivno stališče sodišča do te oblike škode sklepamo po tem, da o tej vrsti škode sploh razpravljajo.

25 Predlog uredbe Evropskega parlamenta in Sveta o skupnem evropskem prodajnem pravu, COM (2011)635 konč., Bruselj, 11. oktober 2011.

26 Člen 9:501 (2) PECL: The loss for which damages are recoverable includes: (a) *non-pecuniary loss*; and (b) *future loss* which is reasonably likely to occur.

27 Naj opozorim, da so zahtevki za povrnitev nepremoženjske škode zaradi kršitve prodajne pogodbe sicer redkejši, ker to (v primerjavi z npr. podjemno pogodbo) ni tipična pogodba, pri kateri bi stranki zasledovali predvsem nepremoženjske interese. Zato tudi dejstvo, da CESL in Dunajska konvencija omejujeta možnost povrnitve nepremoženjske škode, ni prav pomemben pravni argument v razpravi o priznanju nepremoženjske škode pri pogodbenih kršitvah.

28 Sodba in sklep II Ips 765/2007: »Ni mogoče pritrčiti stališču, da kršitev pogodbe nikoli ne more povzročiti pravno priznane nepremoženjske škode, saj je treba odgovor na to poiskati v vsakem primeru posebej, odvisno od vrste pogodbe in posledic, nastalih zaradi kršitve pogodbe.« Podobno tudi II Ips 70/98 in (zelo aktualen judikat) III Ips 45/2010. V zadnjem primeru je Vrhovno sodišče sicer potrdilo pravilnost stališč nižjih sodišč, da ni podana poslovna odškodninska odgovornost upravnika stavbe za okužbo z legionelo (ker ni kršil pogodbe), vendar se iz dejstva, da ni odločno zavrnilo sicer vtoževane denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, da sklepati, da nepremoženjska škoda pri kršitvi pogodbe ni izključena.

29 V zadevi VIII Ips 97/2011 je Vrhovno sodišče (oddelek za delovno pravo) presojalo, ali je tožnik upravičen do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Škodo je sicer priznalo, vendar pa se je postavilo na stališče, da je odgovornost delodajalca v tem primeru deliktna in ne pogodbeno. S tem stališčem se ne strinjam, saj izhaja iz predpostavke, da nezakonita odpoved obstoječega pogodbenega razmerja pomeni samostojen civilni delikt, ki ni povezan s siceršnjim pogodbenim razmerjem. Tako gledanje je neživiljenjsko in nepraktično, ga je pa sodišče vsaj po mojem ugibanju verjetno uveljavilo zato, da se mu ni bilo treba izreči o tem, ali pogodbi zvesti stranki v primeru kršitve pogodbe pripada tudi povrnitev nepremoženjske škode. Da ostaja to vprašanje še naprej odprto, izhaja že iz samega dejstva, da je o njem VS sploh dopustilo revizijo (glej obrazložitev sklepa VIII DoR 110/2010: »Revizija se dopusti glede vprašanja, ali je v primeru nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi odgovornost delodajalca za povzročeno škodo nepogodbena (deliktna) ali pogodbeno odškodninska odgovornost. Posledično je na to vprašanje vezano tudi vprašanje, ali je v takem primeru delavec upravičen do povračila nepremoženjske škode.«).

Zavzemam se torej za jasno in nedvoumno priznanje povrnitve nepremoženjske škode v primeru kršitve pogodbe tudi v sodni praksi najvišjega rednega sodišča ob splošni omejitvi, da je obseg povrnjene škode omejen z njeno predvidljivostjo ob sklenitvi pogodbe (strogo jezikovno velja to na podlagi 243. člena OZ le za premoženjsko škodo), kar pomeni, da mora biti nepremoženjski interes ob sklenitvi bistven za obe stranki.<sup>30</sup> To gotovo ne bo pomenilo bistveno višjih zneskov prisojenih odškodnin kot do zdaj, saj bodo bržkone odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe bolj simbolične. A tudi s tem pravo opravlja svojo vrednostno funkcijo.

#### 4.1 Vrste nepremoženjske škode v primeru kršitve pogodbe

Priznanje nepremoženjske škode v primeru kršitve pogodbe pa odpira pomembno pravno vprašanje: ali mora biti nepremoženjska škoda na podlagi 240. in 243. člena OZ pravno priznana po splošnih določbah OZ. Drugače povedano, ali se mora nepremoženjska škoda tudi v primeru kršitve pogodbe nujno izraziti v obliki ene od pravno priznanih kategorij (kot telesne bolečine, duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti, razžalitve dobrega imena in časti ali okrnitve svobode ali osebnostne pravice ali smrti bližnjega in strah na podlagi 179. člena OZ)<sup>31</sup> ali pa je dopustna tudi povrnitev v naši zakonodaji še nepriznanih oblik nepremoženjske škode, npr. (duševnih bolečin) zaradi izgubljenega dopusta, izgubljene priložnosti sodelovati na športnem tekmovanju, zaradi predčasne in nezakonite izselitve iz toplejšega in svetlejšega stanovanja, zaradi kršitve pravic iz delovnega razmerja, zaradi izgubljenega študijskega leta.<sup>32</sup> Posebno vprašanje je, ali mora upnik v teh primerih zatrjevati in izkazati tudi obstoj duševnih bolečin (subjektivni koncept nepremoženjske škode), kar je sicer obvezna predpostavka za denarno odškodnino po splošnih pravilih, ali zadošča zgolj dokaz, da je nova oblika nepremoženjske škode nastala. Za zdaj se da iz sodne prakse sklepati, da bodo sodišča vztrajala pri dosedanjih zahtevah: da mora biti pogodbeni škoda v okviru kategorij iz 179. člena OZ, kar posledično terja tudi dokaz o tem, da je oškodovana stranka utrpela duševne bolečine. Tako je Vrhovno sodišče potrdilo odločitev nižjih sodišč, da je oškodovanec upravičen do 8.000 evrov iz naslova nepremoženjske škode v obliki duševnih bolečin zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, ki jih je utrpel zaradi nezakonitega prenehanja delovnega razmerja s sklepom disciplinske komisije.<sup>33</sup>

30 Nepravilnost odločnega zavračanja nepremoženjske škode ponazarja naslednji primer že omenjenega poročnega fotografa: če npr. naročnik fotografu vnaprej plača celotno storitev, potem pa se ta iz nesporno krivdnih razlogov na poroki ne pojavi (in gre torej nedvomno za kršitev pogodbe, za katero odgovarja izključno fotograf), se povrnitev utrpljene škode ob nepriznanju nepremoženjske škode opravi enostavno z vračilom honorarja (čeprav z obrestmi). Fotograf torej ne tvega ničesar, saj bo tudi, če pogodbo grobo krši, v enakem položaju, kot če je sploh ne bi sklenil.

31 Omejujem se na fizične osebe, sicer je seveda priznana oblika nepremoženjske škode tudi okrnitve ugleda pravne osebe.

32 Te oblike nepremoženjske škode razen izgubljenega dopusta v naši sodni praksi do zdaj niso bile priznane. Strohsack, Boris: Obligacijska razmerja I, II, Uradni list RS, Ljubljana, 1998, str. 423, 424.

33 Sodba VIII Ips 97/2011, sodba VSSD Pdp 293/2010: »Zaradi kršitve pravic delavca iz delovnega razmerja je mogoče oškodovancu prisoditi odškodnino za nepremoženjsko škodo **samo, če se posledice te kršitve manifestirajo v obliki katere od pravno priznanih oblik nepremoženjske škode**. Kršitev tako lahko predstavlja pravno relevanten vzrok (izvor) duševnih bolečin. Za razliko od premoženjske škode se odškodnina za nepremoženjsko škodo priznava samo, če ji pravni red priznava pravno sankcijo. To pomeni, da lahko sodišče odškodnino prisodi samo za

Vztrajanje pri obstoječih kategorijah pravno priznane nepremoženjske škode najbrž ni optimalno. Po eni strani nas v širši koncept pravno priznanih oblik nepremoženjske škode tako ali tako sili pravo EU (izgubljeni dopust), po drugi pa tudi razvoj v domačem pravu.<sup>34</sup> Enako bi lahko po mojem mnenju veljalo tudi za druge nepremoženjske dobrine, ki se varujejo s sklenitvijo pogodbe in jim pravno varstvo v določenih okoliščinah zagotavlja sodišče. Kot je bilo omenjeno, sodna praksa sicer kaže drugačen trend, in sicer v smeri obvezne kvalifikacije nastale škode kot ene od pravno priznanih kategorij.<sup>35</sup> Tako na primer (sicer povsem upravičeno) ni bila priznana nepremoženjska škoda v obliki zmanjšanja življenjskega standarda kot posledice nezakonitega prenehanja pogodbe o zaposlitvi.<sup>36</sup>

V praksi so sicer pogostejši zahtevki oškodovancev za utrpljene poškodbe (telesne bolečine) kot posledice ukvarjanja z različnimi organiziranimi športnimi in drugimi prostočasnimi dejavnostmi (npr. pri smučanju, organiziranem gorskem izletu, poletu z balonom, različnih adrenalinskih športih in parkih). Sodišča (pa tudi stranke) v teh primerih praviloma najprej skušajo ugotoviti, ali je odgovornost organizatorja krivdna ali objektivna, pri čemer presojujejo, ali je konkretna (športna) dejavnost »nevarna dejavnost« v smislu OZ ali ne. Tak pristop izhaja iz po mojem mnenju napačne predpostavke, da odškodninska odgovornost v teh situacijah vedno temelji na civilnem deliktu. Mislim, da je v primerih, ko je škodni dogodek povezan s predhodnim pogodbenim razmerjem med oškodovancem in organizatorjem dejavnosti – domnevnim povzročiteljem škode (planinsko društvo, ki organizira pohod, na katerem se zgodi nesreča; balonarsko društvo, ki je organiziralo balonarski polet, ki se je tragično končal; upravljavec smučišča, ki skrbi za urejenost prog), pravilno izhajati iz pogodbene odškodninske odgovornosti na podlagi 240. člena OZ. Razpravi o tem, ali gre pri smučanju/balonarstvu/pohodništvu za nevarno dejavnost, se tako izognemo in raje uporabimo merila o odgovornosti in ekskulpaciji po 240. členu OZ.<sup>37</sup> Tako bomo na primer lahko ugotovili, da je nepremoženjska škoda, ki lahko nastane smučarju zaradi neurejenega smučišča (npr. nepravilnih oznak na progi, zaradi katerih v megli zapelje s proge in se poškoduje), za upravljavca smučišča predvidljiva in odvrnljiva, saj bi se s pravilno postavljenimi oznakami na progi škodi lahko izognil. Ob tem postane nepomembno, ali šteje posamezni sodnik/-ica smučanje za nevarno dejavnost ali ne.

---

tisto nepremoženjsko škodo, ki je pravno priznana. Iz določbe 132. člena OZ izhajajo štiri oblike priznanih nepremoženjskih škod in sicer povzročene telesne bolečine, duševne bolečine, strah ter okrnitev ugleda pravne osebe. Obveznost plačila odškodnine pa lahko zajema le tisto škodo, ki je v vzročni zvezi z nedopustnim ravnanjem oškodovalca.« Kritično o tej odločitvi (a delno iz drugačnih razlogov) tudi Očepek, nav. delo.

34 Za novo obliko nepremoženjske škode gre tudi pri kršitvi pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja. Prim. sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 470/2009 in II Ips 305/2009: »Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja v določbah OZ in ZOR ni pravno priznana, priznal jo je šele ZVPSBNO.«

35 Glej opombo 30. V tem prispevku se žal ne morem ukvarjati z vprašanjem, ali je subjektivni koncept škode (še) primeren. Pomeni namreč, da bodo do denarne odškodnine zaradi nezakonite odpovedi upravičeni le tisti delavci, ki bodo lahko izkazali določeno intenzivnost duševnih bolečin zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti. Vprašanje je, ali je taka (subjektivna) škoda za delodajalca sploh predvidljiva.

36 Sodba in sklep VDSS Pdp 622/2011.

37 Tako tudi Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 70/98: »Tožena stranka je prekršila pogodbene obveznosti, ki jih je sprejela z organizacijo izleta za udeležence, ki so sprejeli njeno ponudbo za vodeni gorski izlet.« Sodišče je kot posledico kršitve pogodbe priznalo tudi nepremoženjsko škodo (telesne poškodbe in smrt udeležence).

## 5 PREDVIDLJIVOST ŠKODE

Ključna predpostavka povrnitve škode v primeru kršitve pogodbe je njena predvidljivost v trenutku sklepanja pogodbe. To naj velja tako za premoženjsko kot za nepremoženjsko škodo (izrecno sicer 243. člen OZ govori le o oblikah premoženjske škode), pri čemer se predpostavlja, da je nastanek premoženjske škode za dolžnika vedno predvidljiv (stvar dokazovanja pa je, v kolikšnem obsegu je bila premoženjska škoda predvidljiva), nastanek nepremoženjske pa le takrat, ko je bistveni ali vsaj pomembni del pogodbenega namena tudi zagotavljanje nepremoženjskih dobrin. Tudi sodna praksa jasno opozarja na pomen predvidljivosti škode, pri čemer (upravičeno) poudarja, da mora biti merilo ugotavljanja predvidljivosti obsega škode skrbnost dobrega strokovnjaka, torej poklicna oziroma profesionalna skrbnost.<sup>38</sup>

Vprašanje, kolikšna škoda je bila za dolžnika ob sklepanju pogodbe predvidljiva, je dejansko vprašanje in stvar tehtanja konkretnih okoliščin vsakega primera. Tako je na primer za gradbeno podjetje, ki v turističnem obmorskem kraju prevzame prenavo počitniške hiše, zaradi malomarnosti pri izvajanju del pa pride do požara, v katerem zgori del hiše, lahko predvidljiva tudi premoženjska škoda – izgubljeni dobiček (izpad dohodka), ki ga lastnik utрпи, ker hiše poleti ne more oddajati. Po drugi strani pa je vprašljivo, v kolikšnem obsegu je škoda, ki nastane zavarovalnemu posredniku, predvidljiva za stranko, ki brez utemeljenega razloga odstopi od pogodbe o zavarovalnem posredovanju, če za višino provizij, ki jih je posrednik kot plačilo za svoje delo prejemal od tretje osebe (zavarovalnice), sploh nikoli ni izvedela.<sup>39</sup>

## 6 SKLEP

Menim, da je odškodninska odgovornost zaradi kršitve pogodbe v našem pravu bližje objektivni odgovornosti, saj se bodo zlasti poklicni izvajalci storitev težko razbremenili svoje odgovornosti na podlagi 240. člena OZ. Temu pritrjuje tudi sodna praksa, ki pa bi lahko (Vrhovno sodišče) odločnejše (pritrdilno) stališče zavzela glede priznavanja nepremoženjske škode v primeru kršitve pogodbe. Ključna okoliščina, ki v primeru kršitve pogodbe omogoča določitev »pravične« odškodnine, je predvidljivost nastale škode za dolžnika v trenutku sklenitve pogodbe, kar vključuje tudi presojo skupnega pogodbenega namena, ki je nedvomno lahko tudi nepremoženjski.

<sup>38</sup> VSL Sodba II Cpg 356/2011.

<sup>39</sup> Vmesna sodba in sklep III Ips 80/2009 in III Ips 81/2009. V tem primeru je bila sicer dogovorjena pavšalna odškodnina, vendar je Vrhovno sodišče opozorilo, da je nedoločena, zaradi česar je treba njeno višino dokazati, in to ne z avtomatičnim zmnožkom letne provizije in preostale pogodbene dobe, pač pa ob upoštevanju stroškov in koristi.

# DELIKTNA ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST MED POGODBENIMA STRANKAMA: ANALIZA TEORETIČNIH IN PRAKTIČNIH PROBLEMOV NA PRIMERU NESREČE PRI DELU

mag. France Ocepek  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## UVOD

Odgovornost delodajalca za delavčeve poškodbe pri delu se kljub sklenjeni pogodbi o zaposlitvi med delodajalcem in delavcem od nekaj presoja po pravih nepogodbene odškodninske odgovornosti. To delavcem zagotavlja, da za nepremoženjsko škodo zaradi posega v njihovo telesno celovitost, ki jo varuje 35. člen Ustave RS, dobijo pravično denarno odškodnino, če je izpolnjen zakonski dejanski stan delikta. Ob pregledu obsežne sodne prakse se pojavita poglobitveni pravni vprašanji o splošnem temelju odškodninske odgovornosti delodajalca glede na razlikovanje med objektivno in subjektivno odgovornostjo ter o razlikovanju med delodajalčevo odgovornostjo proti delavcu in »splošno« odgovornostjo oškodovalca proti oškodovancu.

Zaznana je težava neenakega obravnavanja istovrstnih pravnih situacij, kar onemogoča vsebinsko kakovostno pravno varnost z vnašanjem negotovosti med naslovnike pravnih pravil (2. in 22. člen Ustave RS). Podani so nekateri razlogi, zakaj do tega prihaja, in predlogi, kako bi se lahko vzpostavil vsaj približno enoten sistem. Naloga sodišč v odškodninskih sporih je zelo zahtevna, teorija pa jim mora pot olajšati v okviru obstoječe zakonske ureditve. Če pa se ugotovi, da je zakon preveč nejasen in da sodišča svoje vloge ne morejo odigrati v skladu z načelom predvidljivosti sodnih odločitev, je morda čas za spremembo zakona.

V prispevku uvodoma predstavim namen odškodninskega prava, nato obravnavam problematiko razlikovanja med objektivno in subjektivno odgovornostjo. Sledi problematika uporabnosti 184. člena Zakona o delovnih razmerjih (ZDR)<sup>1</sup> glede delodajalčeve odgovornosti. Pri prikazu sodne prakse razčlenim nekatere primere delodajalčevih obveznosti pri zagotavljanju varnosti delavcu. Sledi problem odgovornosti več oškodovalcev, pred sklepno ugotovitvijo predstavim še nekatere najzanimivejše primere iz aktualne sodne prakse glede nesreč pri delu.

## 1 NAMEN ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI

Najsplošneje priznan namen neposlovne odškodninske odgovornosti je njegova izravnalna funkcija (pravičnosti). Oškodovanca in oškodovalca je treba z odškodnino postaviti nazaj v tak položaj, da se izravna neravnotežje v interesih, ki

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 42/02 in naslednji.

ga je sprožil škodni dogodek.<sup>2</sup> Z vidika ekonomske analize prava to pomeni, da se oškodovancu z denarno kompenzacijo omogoči, da se (*ex post*) vrne na prvotno krivuljo ravnodušnosti, kot da bi bil ravnodušen med stanjem brez poškodbe in brez denarja ter stanjem s poškodbo in z denarjem (t. i. popolna odškodnina).<sup>3</sup> Izravnalna funkcija odškodninskega prava je mogoča, če so predhodno kakovostno in natančno opredeljene pravice in dolžnosti subjektov, udeleženih v škodnem dogodku.

Slavni Coasov teorem,<sup>4</sup> ki se je sicer razvil na področju imisijskega prava, pravi, da bodo subjekti v primeru določenih pravic, ki so učinkovito izvršljive, in ob transakcijskih stroških nič sodelovali tako, da bodo maksimirali skupno blaginjo (dobiček na ravni družbe kot celote). Začetna delitev pravic bo vplivala na delitev družbenega dobička, vendar bodo po menjavi pravice razdeljene tako, da bodo prinašale največje mogoče donose.<sup>5</sup> Coase je na primeru govedorejca in poljedelca pokazal, da bo vedno izbrana najučinkovitejša rešitev (najcenejša). Če je najcenejši način, da preprečiš, da bi živina uničevala polje, postavitev ograje, jo bo postavil tisti, ki ima tako pravico. Če je primerjalno najcenejše, da trpi škodo poljedelec, jo bo ta – razlikovala se bo le smer plačila glede na podeljeno pravico. Če je najmanj učinkovit govedorejec, se bo umaknil sam – ponovno se razlikuje položaj le pri plačilu glede na podeljeno pravico. Če nekoliko poenostavim – položaj v realnosti bo vedno enak, le prerazdelitev dohodkov se spreminja glede na podeljene pravice.

Coase je še poudaril, da obstaja problem vzajemnosti – škodo povzročata oba, vprašanje je lahko kvečjemu, kdo se ji lahko najceneje izogne. Če transakcijski stroški obstajajo (tipično pri asimetriji informacij), potem je zelo pomembna tudi določitev natančnih pravic z vidika ekonomske učinkovitosti, ne samo z vidika redistribucije dohodka (kvazi izravnalne funkcije), ki je ekonomsko nepomembna (nezaželena).

Najočitnejši namen sodobnega odškodninskega prava je poleg izravnalnega (pravičnosti) preventivni.<sup>6</sup> Potencialne oškodovalce naj bi odvracal (zastraševal zaradi preteče kazni) od kršitve dolžnostnih ravnanj, ker morajo v primeru nastanka škode plačati »kazen« – odškodnino.<sup>7</sup> Na preventivo se gleda kot na vsakršno ravnanje, ki zmanjšuje verjetnost nastanka škode ali obseg škode.<sup>8</sup> Ravnanje posameznikov in določitev njihove odškodninske odgovornosti ekonomska analiza prava ocenjuje z dveh glavnih vidikov. Prvič se pogleda, kdo se lahko najceneje izogne nastanku škode.<sup>9</sup> Zanj se domneva, da je potencialni (domnevni)

2 Prim. zadevo II Ips 178/2007 z dne 16. 9. 2010.

3 Cooter, R., Ulen, T.: Law and Economics. Addison-Wesley Educational Publishers, Reading 1997, str. 264, 306.

4 Coase je zanj, teorijo o transakcijskih stroških v povezavi s problemom podjetja, prejel Nobelovo nagrado za ekonomijo. Njegova glavna publikacija glede teorema je Coase, R. H.: The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, 3, str. 1–44.

5 Zajc, K.: Coasov teorem, učinkovitost in imisije, Podjetje in delo, št. 1/2004, str. 103.

6 Plavšak, N., v Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 716.

7 Schäfer, H.-B., Ott, C.: The Economic Analysis of Civil Law. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2004, str. 246–247.

8 Zajc, K.: Pravo neposlovne odškodninske odgovornosti: primerjava ZDA in Slovenije skozi prizmo ekonomske analize prava, Podjetje in delo, št. 8/2005, str. 1865.

9 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 181.

oškodovalec. V drugem koraku se pri najcenejšem izogibovalcu preverja, ali se lahko njegova odgovornost vzpostavi na podlagi Handove formule. Po njej je oškodovalec odgovoren, če je bil mejni strošek dodatne preventive manjši od mejnega povečanja verjetnosti nastanka škode, pomnožene z višino mejne škode (odškodnine). Navedeni način je lahko najuporabnejši pri praktičnih problemih, medtem ko se teoretično z vidika ekonomske učinkovitosti še zahteva, da je raven zahtevane skrbnosti (preventive) postavljena na točki, na kateri je mejni družbeni strošek (tj. seštevek škode in preventive) ravno enak mejni družbeni koristi (iz »nevarne« dejavnosti).<sup>10</sup>

Odškodninsko pravo je tako razpeto med dvema glavnima namenoma, ki se večinoma prekrivata, včasih pa prevlada eden nad drugim. Posebno ko (preveč) ščitimo oškodovance, je v ospredju element izravnalne pravičnosti, ki ima predvsem redistribucijske učinke, ki so ekonomsko nezaželeni. Ko pa želimo preprečiti nastanek škode kot tak, je v ospredju preventivni vidik, ki pa je ekonomsko zaželen.

## 2 PROBLEMI PRI RAZMEJEVANJU SUBJEKTIVNE IN OBJEKTIVNE ODŠKODNINSKE ODGOVORNOSTI

Za pravno varnost potencialnih oškodovancev in oškodovalcev v Republiki Sloveniji je po mojem mnenju najbolj ogrožajoča dejanska nezmožnost oceniti, po kateri pravni podlagi bo sodišče presojalo škodno ravnanje in kakšne končne posledice bo to imelo za stranke pravnega postopka. V sedanjih pravnih razmerah odvetnik praktično ne more z gotovostjo laični stranki razložiti, zakaj in kako bo nekdo »spoznan za krivega« nastanka škodne posledice. V nadaljevanju terminološko sicer zaradi splošno sprejete pogovorne pravniške terminologije uporabljam izraza objektivna in subjektivna odškodninska odgovornost,<sup>11</sup> čeprav mi je bližje poimenovanje strožja odgovornost (*strict liability*) oziroma odgovornost od stvari (drugi odstavek 131. člena Obligacijskega zakonika<sup>12</sup> – OZ) in odgovornost iz skrbnosti (prvi odstavek 131. člena OZ).

Schäfer in Ott pri ločevanju med obema oblikama odgovornosti navajata, da je pri subjektivni odgovornosti odgovornost oškodovalca prisotna zaradi kršitve dolžnostnega ravnanja, ki se kaže v neskrbnem ravnanju.<sup>13</sup> Drugače je odgovornost ne glede na skrbnost objektivna, vendar hkrati poudarita, da se lahko na objektivno odgovornost gleda kot na skrajno obliko skrbnosti.<sup>14</sup> Ob tem večkrat opozorita na pozitivno vlogo nemških sodišč, ki so produktno odgovornost ustvarila, še preden jo je izrecno uredil zakonodajalec.<sup>15</sup> Pri tem so se sklicevala na deliktno odgovornost proizvajalcev,<sup>16</sup> ki je bila sicer skrbnostna (krivdna), vendar so dokazno breme dokazovanja (ne)protipravnosti prevaila na proizvajalce, s čimer se je de

<sup>10</sup> Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 271–272.

<sup>11</sup> Ki sploh nima zakonske podlage v Obligacijskem zakoniku – izjema je npr. Zakon o plačilnem prometu – 24., 24. a in 47. člen.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 83/01 in naslednji.

<sup>13</sup> Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 128.

<sup>14</sup> Prav tam, str. 129.

<sup>15</sup> Prav tam, str. 129, 160–161, 222–224.

<sup>16</sup> Podobno ugotavljata prehod iz pogodbene odgovornosti v deliktno in iz subjektivne v objektivno za ZDA Cooter in Ulen – glej Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 320.

*facto* vzpostavil sistem objektivne odgovornosti za napake produktov. Ločujeta situacije, ko je škoda posledica enostranskega ali obojestranskega delovanja. Pri enostranskem delovanju ni razlike med objektivno in subjektivno odgovornostjo, če sodišče določi učinkovito pravilo, razlika je lahko v plačilu odškodnine.<sup>17</sup> Če imamo enostransko spremenljivo dejavnost (ki sorazmerno vpliva na škodo), potem je optimalna objektivna odgovornost. Objektivna odgovornost prihrani sodišču drago določanje optimalne ravni skrbnega dolžnostnega ravnanja,<sup>18</sup> saj je zaradi odprtih pravnih standardov naloga sodišča, da konkretizira pomen krivde (tj. skrbnega dolžnostnega ravnanja).<sup>19</sup> Posner poda generalni predlog, naj bo objektivna odgovornost pravilo, če je dejavnost oškodovalca glavni vzrok za škodni dogodek, če pa je glavni vzrok ravnanje oškodovanca, imamo močan argument za neodgovornost toženega oškodovalca.<sup>20</sup>

Pri obojestranskem povzročanju škode Schäfer in Ott ugotavljata, da niti objektivna niti subjektivna odgovornost ne zagotavljata sami po sebi ekonomsko učinkovite rešitve.<sup>21</sup> Pomembno pa je, da se v teh primerih vpelje sistem soodgovornosti, po katerem lahko le oba z zadostno skrbnostjo preprečita nastanek škode.<sup>22</sup> Če se namreč odškodnina zmanjšuje sorazmerno glede na skrbnost, potem bomo težili k izbiri učinkovite ravni skrbnosti pri subjektivni in objektivni odgovornosti. Če škodo lahko povzročita oba, potem ekonomska učinkovitost zahteva, da stroške preventive krijeta oba, popolna odškodnina bi namreč v tem primeru občutno zmanjšala motivacijo oškodovanca glede skrbnosti.<sup>23</sup>

Cooter in Ulen glede razlike med odgovornostma med drugim poudarita, da je primarni pravni nosilec škode pri subjektivni oškodovanec, pri objektivni pa oškodovalec.<sup>24</sup> Če želimo predvsem omejiti dejavnost oškodovalca, izberemo objektivno odgovornost, ta pa bo sam zase izbral najučinkovitejšo raven skrbnosti (tako bo glede na pričakovano škodo optimiziral raven skrbnosti).<sup>25</sup>

## 2.1 Določenost (določljivost) pravnih pravil odgovornosti (z višino škode)

Naloga sodišč je, da pomensko odprta odškodninska pravila pri življenjskih primerih nesreč konkretizirajo z določnim odškodninskim pravnim pravilom.<sup>26</sup> Odškodninski pravni standardi so vedno pomensko zelo široko odprti, zato ima Coasov napotek o določenosti pravic posebno težo pri obravnavanju dejanskih posledic bolj ali manj dobro obrazloženih sodnih odločb. Težave se pojavljajo na dveh glavnih ravneh:

17 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 167.

18 Prav tam, str. 169–170, enak zaključek tudi pri Posnerju – glej Posner, R. A.: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, New York 1998, str. 195, in v Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 289. Negativno mnenje glede »olajševanja« del slovenskih sodišč – Končina Peternel, M.: Novejši razvoj odškodninske odgovornosti: Pojem nevarne stvari in nevarne dejavnosti, Podjetje in delo, št. 6/1999, str. 1298.

19 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 150, 157.

20 Posner, R. A., nav. delo, str. 194.

21 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 191.

22 Prav tam, str. 178, 184–189.

23 Zajc, K., 2005, nav. delo.

24 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 280.

25 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 167, 170.

26 Prav tam, str. 110, 157.



pri določanju standarda skrbnega ravnanja in določanju (višine) pravno priznane škode (poudarek je sicer na posledični odškodnini). Strošek skrbnosti in strošek morebitne škode pa sta skupni družbeni strošek, ki je lahko neoptimalen zaradi napak pri oceni enega ali obeh.

Če je pravni standard (preveč) odprt, potem ima oškodovalec le približno oceno, ali bo odgovoren za določen tip ravnanja.<sup>27</sup> Tako lahko izbere učinkovito raven (način) skrbnosti le po naključju. Ali bo preveč skrben ali pa premalo. Tudi kontinentalno pravo postavlja sicer zahtevano raven skrbnosti glede na potrebnost ravnanja in ne glede na specifične lastnosti posameznika.<sup>28</sup> Tako se vzpostavijo objektivizirana pravila, s katerimi se usklajujejo pričakovanja med naslovniki pravnega pravila. Schäfer in Ott menita, da bo oškodovalec spoštoval standard ravnanja, če je ta znan, natančen in učinkovit *ex ante*, čeprav morda sodišča prisojajo previsoke odškodnine.<sup>29</sup> Dvomljivi standardi lahko povzročijo negotovost pri oškodovalcu, ki ne ve, kakšno skrbnost (stroškovno) izbrati, kar lahko vodi v ekscesno preventivo, tj. ekonomsko neučinkovitost.

Cooter in Ulen menita, da se v primeru napak sodišč pri odmeri škode pri objektivni odgovornosti oškodovalci odzovejo s stroškom prevencije v isti smeri (če so odškodnine previsoke, povečujejo strošek prevencije, če so prenizke, ga zmanjšujejo).<sup>30</sup> Ekscesni standardi skrbnosti pa po njunem mnenju vodijo v ekscesno preventivo.<sup>31</sup> Če je sodišče sposobnejše pri določanju škode (odškodnine), potem naj se odloči za objektivno odgovornost. Če pa je bolj usposobljeno za ustvarjanje učinkovite ravni skrbnosti pri dolžnostnih ravnanjih, naj se odloči za subjektivno odgovornost. Negotovost glede sodne odločitve praviloma povzroči, da so subjekti preveč skrbni. Posner pa opozarja, da se pri prehodu iz subjektivne v objektivno odgovornost lahko tudi zgodi, da bo edini učinek večje število zahtevkov.<sup>32</sup> To se zgodi, če so nesreče posledica ravnanja, ki se mu v ekonomskem smislu ne moremo izogniti – tj. niti z večjo skrbnostjo niti z zmanjšanjem dejavnosti (ker bi bili stroški preventive previsoki oziroma ker z manj dejavnosti ni dovolj prihranka iz naslova manjše škode). Posner še poudarja, da se pri objektivni odgovornosti lahko zgodi, da je oškodovalec sankcioniran za sicer učinkovito raven skrbnosti ob pretirani odškodnini, kar lahko privede do popolnega zamrtja dejavnosti. V teoriji so navedeni primeri prestroke odškodninske odgovornosti (skrbnosti ali višine škode), ki je pretirano zastrašila oškodovalca, tako da je preveč zmanjšal svojo sicer povsem koristno dejavnost (zmanjševanje proizvodnje, podražitev zdravstvenih storitev v ZDA).<sup>33</sup>

Se pa teoretiki ekonomske analize prava malenkostno razlikujejo glede politike višine odškodnin za nepremoženjsko škodo. Predstavnika kontinentalne germanske šole Schäfer in Ott zagovarjata svoj (naš) sistem razmeroma nizkih odškodnin.<sup>34</sup>

27 Prav tam, str. 146.

28 Prav tam, str. 138, 159.

29 Prav tam, str. 254–255.

30 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 284.

31 Prav tam, str. 287–288.

32 Posner, R. A., nav. delo, str. 195–196.

33 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 318, 326.

34 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 246–248.

Oškodovalec naj sicer trpi primerno izgubo v obliki odškodnine, ki mu preprečuje povzročanje nove škode. Odškodnina naj bo bolj v kazenski (preventivni) funkciji kot pa v povračilni (izravnalna pravičnost), ki jo zagotavlja popolna odškodnina. Popolna odškodnina tako ali tako po njunem mnenju ne zadovolji oškodovanca v primerih ekstremnih poškodb. Ljudje naj bi raje izbrali sistem nižjih odškodnin kot del zastraševanja namesto višje odškodnine kot primer restitucije, ker imamo raje večji razpoložljivi dohodek v sedanosti. Z višjimi odškodninami se namreč draži življenje v sedanosti in izgublja njegova kakovost. Nasprotno Cooter in Ulen načelno »zagovarjata« sistem popolne odškodnine (ne mešati z naslednjim pravnim institutom), čeprav ne znata utemeljiti samega smisla ameriškega instituta kaznovalne odškodnine (*punitive damages*), ki se prisoja poleg popolne odškodnine.<sup>35</sup>

## 2.2 Konkurenca (zamenljivost) ali sočasni obstoj (dopolnjevanje) subjektivne in objektivne odgovornosti v sodni praksi?

V slovenski sodni praksi<sup>36</sup> vlada prava zmeda, ali kršitev (delodajalčeve) dolžnosti s strani oškodovalca istočasno povzroči pravne posledice tako po subjektivni kot po objektivni odgovornosti. Številni so primeri, v katerih sodišča najprej ugotavljajo, da je dejavnost delodajalca »nevarna«, obenem pa ugotavljajo še kršitev določb Zakona o varnosti in zdravju pri delu<sup>37</sup> (ZVZD). Prvo jih napelje na zaključek, da gre za objektivno odgovornost, kršitev varnostnih predpisov pa na zaključek o »krivdni« odgovornosti, nato ugotovijo obstoj obeh odgovornosti hkrati.<sup>38</sup> Vendar ne gre za enotno prakso, saj npr. VDSS v zadevi Pdp 855/2012 z dne 12. 10. 2012 navede, da se ob ugotovljeni objektivni odgovornosti delodajalca ni treba opredeljevati do subjektivne odgovornosti (paradoksalno se v nadaljevanju *de facto* opredeljuje prav do subjektivne odgovornosti, ko ugotavlja skrbnost pri nadzoru nad tožnikovim delom). Podobno Višje sodišče v Ljubljani (VSL) zaključi (zadeva I Cp 3800/2011 z dne 30. 5. 2012), da je sodišče prve stopnje po nepotrebnem ugotavljalo še subjektivno odgovornost, ko je že izkazana objektivna. V praksi VDSS se pojavi tudi stališče, da ni pomembna niti objektivna niti subjektivna odgovornost: »Tožnik sicer ni navedel, ali uveljavlja odgovornost iz naslova krivdne ali objektivne odškodninske odgovornosti, vendar to ni odločilno, saj je bistveno, da odškodnino utemeljuje z delovnim razmerjem pri toženi stranki« (zadeva Pdp 154/2012 z dne 13. 6. 2012).

Tudi praksa Vrhovnega sodišča RS (VS RS) ni povsem enotna in konsistentna. Tako se v zadevi II Ips 286/2009 z dne 10. 1. 2013 zapiše, da je zmotno stališče pritožbenega sodišča, da zaradi objektivne odgovornosti delodajalca ni treba ugotavljati njegovih varnostnih opustitev. Na presojo morebitne soodgovornosti

35 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 264, 312.

36 Za ta prispevek sem analiziral predvsem sodne zadeve glede nesreč pri delu v zbirki lus info za višja sodišča za leto 2012 in drugo polovico 2011 ter sodne zadeve na vrhovnem sodišču v zvezi z isto tematiko za obdobje zadnjih pet let.

37 Uradni list RS, št. 56/99 in naslednji.

38 Prim. zadeve pred Višjim delovnim in socialnim sodiščem v Ljubljani (VDSS): Pdp 893/2009 z dne 11. 5. 2010, Pdp 900/2010 z dne 27. 12. 2010, Pdp 593/2011 z dne 29. 9. 2011, Pdp 181/2009 z dne 24. 9. 2009, Pdp 426/2012 z dne 6. 9. 2012, Pdp 1190/2011 z dne 31. 5. 2012, Pdp 785/2011 z dne 7. 2. 2012, Pdp 935/2011 z dne 13. 1. 2012, Pdp 433/2012 z dne 9. 11. 2012, Pdp 211/2012 z dne 31. 5. 2012.

delavca ne vplivajo le njegove kršitve, temveč tudi kršitve dolžnostnih ravnanj sicer objektivno odgovornega delodajalca. V zadevi II lps 86/2010 z dne 25. 8. 2011 je obrazložilo, da se je pritožbeno sodišče pravilno naslonilo tako na objektivno (nevarna dejavnost pri delu z elektriko) kot tudi na subjektivno odgovornost (ker delodajalec ni spoštoval predpisov o varnosti pri delu). V zadevi II lps 10/2009 z dne 19. 12. 2012 obrazloži, da bi morali nižji sodišči poleg objektivne odgovornosti delodajalca v primeru dela na višini raziskati tudi njegovo subjektivno odgovornost pri nadzoru nad delom delavca, da bi pravilneje ugotovili delež soodgovornosti. V zadevi VIII lps 327/2008 z dne 7. 6. 2010 se VS RS poskusi izogniti dilemi tako, da delodajalec odgovarja »v prvi vrsti za krivdno odškodninsko odgovornost«zaradi kršitev ZVZD, čeprav je bila poškodba povzročena na delovnem stroju (pritožbeno sodišče se sklicuje na obe odgovornosti). V zadevi VIII lps 263/2008 z dne 26. 1. 2010 je obrazloženo, da če se pri delodajalcu, ki sicer odgovarja objektivno (za delo na višini), poleg tega na njegovi strani ugotovi še krivdno ravnanje, se odgovornosti za nastalo škodo v celoti sploh ne more razbremeniti. Navedeno stališče je uporabilo pri razdelitvi soodgovornosti (sicer 50 : 50). V zadevi II lps 145/2006 z dne 8. 5. 2008, v kateri sicer ne gre za delovno nesrečo, se zapiše, da se ob nedvomni krivdni odgovornosti delodajalca revizijskemu sodišču ni bilo treba spuščati v pravilnost presoje nižjih sodišč o objektivni odgovornosti. V zadevi II lps 634/2004 z dne 12. 1. 2006 je obrazloženo pri »atipični pogodbi o delu« (pogodbeno razmerje, ki navzven spominja na delovno razmerje): »Dejstva, ugotovljena na prvih dveh stopnjah, ne nudijo zanesljivega zaključka, po kateri pravni podlagi odgovarja toženec. Vendar pa omogočajo povsem zanesljiv zaključek, da toženec za škodo odgovarja, saj so vse ostale možnosti, kot je bilo obrazloženo, izključene.« Šlo je za delo na žagi, ki se splošno v sodni praksi šteje za »nevarno dejavnost«. V zadevi II lps 429/2005 z dne 14. 6. 2007 je navedlo, da sta nižji sodišči ugotovili tako obstoj objektivne kot krivdne odškodninske odgovornosti. Taka kumulacija običajno (pojmovno) ni mogoča, saj obstoj krivdne odgovornosti večinoma izključuje obstoj objektivne odgovornosti (izpodbija domnevo vzročnosti). Poseben položaj nastane, kadar kumulirata objektivna odgovornost in odgovornost po načelu *ratio legis* vzročnosti, pri kateri je potreba po varstvenih pravilih utemeljena z obstojem nevarnosti posamezne vrste dela. Za obstoj odgovornosti toženca zadostuje njegovo ukvarjanje z nevarno dejavnostjo, zato so revizijske navedbe o ukrepih toženca za varnost in zdravje pri delu nepomembne.

### **2.3 Glavne težave slovenskega pravnega prostora pri temelju odškodninske odgovornosti**

Na primerih nesreč pri delu sem povzel le manjši del težav slovenske sodne prakse pri razmejevanju med objektivno in subjektivno odškodninsko odgovornostjo. Problem je širši in ima v slovenskem pravnem prostoru globoke teoretično-pravopolitične korenine. Tako se je v teoriji in praksi trdno zasidralo več tez, ki si zaslužijo temeljit pregled in kritično presojo.

*Objektivna odgovornost je strožja oblika odgovornosti (v drugem delu teze: zato je odgovornost imetnika nevarne stvari večja).*

Najprej je sicer treba zavrniti tezo, da pri pravnem standardu nevarnih stvari in dejavnosti (drugi odstavek 132. člena in 149. člen OZ) ni treba preverjati skrbnosti

(nedopustnosti ravnanja, protipravnosti, »krivde« ipd.). Navedena teza bo uporabna res le v zelo preprostih primerih, ko gre za enostransko povzročanje škode oziroma se oškodovalec ne brani z uveljavljanjem soodgovornosti oškodovanca (oziroma to počne zelo slabo). Kakor hitro pa gre za obojestransko povzročanje škode oziroma uveljavljanje soodgovornosti oškodovanca, je celo nujno treba preverjati oškodovalčevo ravnanje s stvarjo in njegovo skrbnost. Pričakovanost in preprečljivost škode (drugi odstavek 153. člena OZ) vpeljeta »subjektivni«<sup>39</sup> vidik imetnikove (ne)skrbnosti. Pretirano posvečanje pozornosti (že frazeološkim) štirim (?) elementom odškodninske odgovornosti je po mojem prepričanju z vidika jasnosti napačno in škodljivo, še posebno, če vemo, da gre za veliko pomensko prepletenost, ki se bo pri »protipravnosti« in »krivdi« praviloma povsem prekrivala.<sup>40</sup>

Z vidika skrbnosti je »objektivna« odgovornost strožja – v smislu zelo lahke malomarnosti (*culpa levissima*), kot jo je označil že Cigoj.<sup>41</sup> To je z vidika pravičnosti in ekonomske učinkovitosti enostavno mogoče razložiti. Če je stvar/dejavnost nevarnejša, potem je logično, da je lahko strošek preventive večji (vendar ne neskončen, ker potem lahko sicer povsem koristne dejavnosti sploh ni zaradi pretirane zastražitve),<sup>42</sup> naložen pa je v osnovnem položaju imetniku, kar je spet povsem običajno (vsak skrbi za lastni interes, pri tem pa naj ne škoduje drugim). Ne glede na to, da sodna praksa govori o pogostosti škodnih posledic, znatni škodi,<sup>43</sup> v njej še nisem zasledil resnejše analize velikosti verjetnosti nastanka škode in velikosti škodnih posledic (vsaj ene strani Handove formule torej) – pomembna je namreč dejanska verjetnost nastanka škode s (pomnoženim) spremljajočim obsegom škode (ki jo primerjamo s stroškom prevencije). Pri nas se o »nevarnih« stvareh govori na pamet, brez (statistične) analize obeh elementov in na podlagi »ustaljene« sodne prakse, ki *per se* z »zgodovinsko« razlago pove, kaj je »nevarno«.

Ker je večja odgovornost za »nevarnejše« stvari tautologija, ki sama po sebi ne reši razlagalnega problema, se je treba osredotočiti na področje lažjega dokazovanja. Slovensko pravo kot primerjalnopravno posebnost pozna obrnjeno dokazno breme (glede krivde) pri subjektivni odgovornosti.<sup>44</sup> Kar pa je pomembno: v »običajnem« sistemu subjektivne odškodninske odgovornosti je primarni nosilec škode oškodovanec, v običajnem objektivnem pa oškodovalec.<sup>45</sup> Že predstavljeno Schäferjevo in Ottovo stališče pri nemškem sodnem ustvarjanju *de facto* objektivne odgovornosti producentov za nevarnost produktov s prevalitvijo dokaznega bremena protipravnosti ravnanja na proizvajalca dodatno utrjuje moje trdno prepričanje, da v slovenskem pravnem sistemu zaradi obrnjenega dokaznega

39 Več o spornosti poimenovanja v nadaljevanju.

40 Prim. Polajnar - Pavčnik, A.: Funkcija odškodninskega prava in njeno uresničevanje, Podjetje in delo, 6–7/1999, str. 1255–1257, Dular, D.: Objektivna neposlovna odškodninska odgovornost in vprašanje protipravnosti, Podjetje in delo, št. 2/2012, str. 313.

41 Cigoj, S.: Obligacijska razmerja: Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Uradni list SRS, Ljubljana 1978, str. 173.

42 Če država presodi, da je stvar »prenevarna«, jo lahko prepove ali omeji že z javnim predpisom (npr. orožje). Pri večini nevarnih stvari v pravniškem žargonu pa gre vendarle za zelo koristne dejavnosti.

43 Npr. zadeva VDSS Pdp 900/2010 z dne 27. 12. 2010, zadeva VS RS II Ips 1085/2008 z dne 26. 4. 2012.

44 Polajnar - Pavčnik, A.: Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, št. 7/2011, str. 1275.

45 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 280.

bremena med temeljnima odgovornostima ni (resnejših in razumnih) razlik. Če se ne obešamo preveč na »krivdo« v religiozno-psihoterapevtskem pomenu besede, če vemo, da sta protipravnost in krivda praktično identična pojma,<sup>46</sup> potem se bo ob svojem domnevno protipravnem ravnanju oškodovalec izredno težko izvil primežu odgovornosti.

Večje procesne učinkovitosti, ki jo sicer teoretiki ekonomske analize prava vidijo v objektivni odgovornosti,<sup>47</sup> za naš sistem tako ne morem ugotoviti. Kljub temu je v preteklosti sodna praksa širila pomen nevarne stvari, teorija in VS RS pa sta temu nasprotovala, zato se je utemeljevanje z objektivno odgovornostjo v novejši praksi VS RS ožilo.<sup>48</sup>

*Subjektivna odgovornost je temeljna oblika odgovornosti<sup>49</sup> (v drugem delu teze: zato naj se uporablja objektivna odgovornost kot izjema restriktivno).*

Za nadaljnjo razpravo je treba nekoliko razbliniti »mit«, da gre pri krivdi (protipravnosti) kot odškodninskem elementu za primarno »subjektivni« element odškodninske odgovornosti (od tod zavajajoče poimenovanje subjektivne odgovornosti). Ker gre pri odškodninski odgovornosti praviloma za škodne dogodke kot posledice malomarnih ravnanj<sup>50</sup> (ki zadostujejo za vzpostavitev odškodninske odgovornosti), nas praviloma »globlji« oškodovalčev »psihični« odnos do škodne posledice ne zanima. Tudi v primerih malomarnostnih deliktov nas pri pravni subsumciji ne smejo zavesti morebitne oškodovalčeve osebne okoliščine. Standard skrbnega ravnanje je treba objektivizirati glede na skupino,<sup>51</sup> ki ji posamezni subjekt pripada (pri delodajalcu tako standard skrbnega strokovnjaka, pri delavcu standard povprečno usposobljenega delavca)<sup>52</sup> – neustrezno ravnanje glede na zahtevani objektivni standard skrbnosti je temelj odgovornosti in nikakor ne neki mistificiran »osebni odnos« do škodnega dogodka. Kontinentalno pravo tako postavlja pričakovano raven skrbnosti glede na naravo in potrebnost splošnega ravnanja ter ne glede na konkretnega posameznika.<sup>53</sup> Tako lahko vsak pričakuje, da bodo drugi spoštovali standarde in se po njih ravnali, kar uravnava medsebojna pričakovanja. Tako se prihrani tudi informacijski stroški za stranke in sodišče.

Zakonske določbe ne dajejo nikakršne podlage za tezo, da je subjektivna odgovornost primarna, objektivna pa naj se uporablja izjemoma. Odškodninska odgovornost se uporablja pač glede na zakonski dejanski stan, ki ima podlago v konkretnem dejanskem stanju. Če bi bila pravna standarda subjektivne in objektivne

46 Tipičen element neprekrivanja je element neprištevnosti, ki krivdo izključuje, ne pa protipravnosti.

47 Pravila odškodninskega prava naj tako spodbujajo stranke, da bodo razkrile informacije v okviru dodeljenega dokaznega bremena – glej Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 153.

48 Končina Peternel, M., nav. delo, Polajnar - Pavčnik, A., 2011, nav. delo; npr. zadeva VS RS VIII Ips 205/2008 z dne 12. 1. 2010.

49 Poleg zgoraj navedene teorije tudi npr. Plauštajner, K.: Problem nevarne stvari v pravu, Pravna praksa, št. 326/1995, str. 13, ter sodna praksa – npr. zadevi VS RS VIII Ips 205/2008 z dne 12. 1. 2010, II Ips 423/2008 z dne 12. 11. 2009 itd.

50 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 260.

51 Plavšak, N., v Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 728–729.

52 Npr. zadeva VDSS Pdp 483/2012 z dne 18. 10. 2012, zadeva VS RS VIII Ips 61/2012 z dne 14. 5. 2013.

53 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 138, 159.

odgovornosti jasna in natančna (vsaj *ex post* pri sodnem odločanju), potem bi se pač uporabila glede na dejansko podlago pravnih zadev z enostavnim pravnim silogizmom. Ker pa imamo v slovenskem sistemu dva odprta pravna standarda, katerih *differentia specifica* je izredno vprašljiva in katerih uporaba je v celoti prepuščena sodiščem, nastaja očiten problem v neenotnosti in nihanju sodne prakse med obema temeljema, saj odprtost in vprašljivost vsebine obeh standardov povzročata vsakodnevne dileme.

Dular zagovarja tezo,<sup>54</sup> ki mi je bliže od zgoraj izpodbijane teze, naj se objektivna in subjektivna odgovornost uporabljata enakovredno. Prav tako v našem pravnem sistemu zazna težavnost pri razlikovanju med subjektivno in objektivno odgovornostjo zaradi obrnjenega dokaznega bremena pri krivdi in meni, da ni potrebno, da se med temeljema odgovornosti pojavlja nekakšna hierarhija. Za francosko pravo ugotavlja, da je lahko nevarna vsaka stvar, medtem ko je v nemškem pravu odločitev o podelitvi »statusa nevarne stvari« pridržana zakonodajalcu. Ko se osredotočimo na protipravnost ravnanja, tedaj je izbrana subjektivna odgovornost, če pa je poudarek na protipravnosti škode, je izbrana objektivna odgovornost.<sup>55</sup>

Glede na navedeno ugotavljam, da je »zanemarjanje« elementa protipravnosti ravnanja v tožbenem zahtevku z vidika oškodovanca glede na asimetrijo informacij določenega škodnega dogodka povsem razumljivo.<sup>56</sup> Oškodovani tožnik bo pri tehnično zahtevnejših škodnih ravnanjih (ali zaradi kompleksnosti škodnega dogodka ali zaradi kemičnih, fizikalnih, ekonomsko-poslovnih in drugih lastnosti v sferi oškodovalca oziroma njegove stvari ali dejavnosti) izredno težko določno opisal zahtevano dolžnostno ravnanje oškodovalca in njegovo kršitev le-tega. Tako bo še težje ponudil relevantne dokaze za ugotovitev neskrbnega ravnanja domnevnega oškodovalca. Npr. pri produktni odgovornosti bo praviloma predvsem proizvajalec tisti, ki bo poznal tehnične skrivnosti izdelka in bo najlaže na izdelku odpravil nevarnosti, ki jih lahko ta (nenadejano) povzroči. Pripisljivost škodnih posledic bo sodišče lahko razjasnilo z ustreznim izvedencem (v delovnem pravu tipično z izvedencem za varstvo pri delu, ki pregleda ustreznost zagotavljanja pravnih standardov varnosti), tak dokaz pa je lahko pretežno informativen (upravičeno zaradi asimetrije informacij).<sup>57</sup> Težje kot bo tožniku natančneje opisati (in pravno pripisati tožencu) povzročitev posledic s protipravnim ravnanjem toženca, bolj se bo tožnik naslanjal na objektivno odgovornost, pri kateri je protipravnost ravnanja v ozadju.

*Ekonomska analiza prava je nebodigatreba tujek v slovenskem pravnem okolju (v drugem delu teze: zato naj se uporablja domače pravo).*

---

54 Dular, D., 2012, nav. delo.

55 Dular, D.: Protipravnost kot element odškodninske odgovornosti, Podjetje in delo, št. 8/2011, str. 1637.

56 Že upoštevanje procesnega dokaznega bremena in *res ipsa loquitur* lahko olajša prenekatere pravne tegobe.

57 Dolenc, M.: O vlogi informativnega dokaza v pravnem postopku, Podjetje in delo, št. 7/2011, str. 1467.

Kot Zajčeva povzame Posnerja glede Handove formule<sup>58</sup> – ima ekonomska analiza prava večjo analitično kot aplikativno vrednost. Običajno ni predloženih dokazov, ki bi omogočali matematične izračune glede na spremenljivke formule. Ameriški porotniki tako odločajo intuitivno glede na dane podatke in na podlagi tega podajo grobo oceno razumnosti ravnanj.

Slovenska sodišča so preveč previdna pri prevzemanju spoznanj ekonomske analize prava, kadar jih pa izrecno zavračajo, pa kažejo na veliko nepoznavanje (tudi v tem prispevku predstavljenih) njenih teoretičnih ugotovitev, za kar gre del »krivde« pripisati tudi neustrezni argumentaciji pravnih strank.<sup>59</sup> Ekonomska analiza prava v osnovi prinaša predvsem zelo dober analitično-intuitivni pogled v samo namensko srž pravne norme, ali izpolnjuje postulate ekonomske učinkovitosti, kako vpliva na vedenje racionalnih pravnih naslovnikov in tudi kakšna naj bo pravilna odločitev sodišča *ex post*, če ne želimo povzročati (novih) nepotrebnih družbenih distorzij.

### **3 DELODAJALČEVA POSEBNA ODGOVORNOST PRI DELU ALI V ZVEZI Z DELOM (184. ČLEN ZDR) – SKRB ZA DRUGEGA?**

ZDR-1<sup>60</sup> zdaj v 179. členu (enako prej ZDR v 184. členu) določa, če je delavcu povzročena škoda pri delu ali v zvezi z delom, mu jo mora povrniti delodajalec po splošnih pravilih civilnega prava (prvi odstavek). Odškodninska odgovornost delodajalca se nanaša tudi na škodo, ki jo je delodajalec povzročil delavcu s kršenjem pravic iz delovnega razmerja (drugi odstavek).

Zgolj dejstvo (VS RS II Ips 861/2007 z dne 9. 9. 2010), da se je tožnik poškodoval pri delu ali v zvezi z delom, ne zadostuje za zaključek o odškodninski odgovornosti delodajalca. Na podlagi 184. člena ZDR mora namreč delodajalec povrniti škodo po splošnih pravilih civilnega prava. To pa pomeni, da morajo biti tudi za obstoj delodajalčeve odgovornosti kumulativno izpolnjeni vsi elementi odškodninskega delikta. Delavec mora zato v takem primeru v skladu s procesnimi pravili in splošnimi pravili odškodninskega prava najprej zatrjevati in nato tudi dokazovati elemente odškodninske obveznosti delodajalca (VS RS VIII Ips 116/2009 z dne 23. 5. 2011). Ta ni odgovoren zgolj že zaradi tega, ker je delodajalec.

Drugačno stališče je zaslediti v zadevi VDSS Pdp 154/2012 z dne 13. 6. 2012, v kateri sodišče meni, da ni ključno vprašanje subjektivne ali objektivne odgovornosti, pomembno je utemeljevanje odškodninskega zahtevka z obstojem delovnega razmerja. V teoriji je zaslediti stališče,<sup>61</sup> da se upoštevata podrejenost delavca in dejstvo, da opravlja delo v delodajalčevo korist, zato naj delodajalec odgovarja tudi za škodo, ki delavcu nastane zaradi (nesrečnega) naključja pri delu ali v zvezi z delom. Stališče, da se dejavnost opravlja v korist in v interesu delodajalca, zaradi česar je njegova odškodninska odgovornost strožja, se v odškodninskih sporih glede nesreče pri delu zasledi pogosto.<sup>62</sup>

58 Zajc, K., 2005, nav. delo.

59 Prim. zadeve VS RS II Ips 267/2005 z dne 15. 3. 2007, II Ips 178/2007 z dne 16. 9. 2010 in II Ips 744/2007 z dne 11. 2. 2010.

60 Uradni list RS, št. 21/13.

61 Pustovrh - Pirnat, T.: Odškodninska odgovornost, Pravna praksa, št. 13/2013, str. 16.

62 Npr. zadeve VDSS Pdp 650/2012 z dne 30. 1. 2013, Pdp 534/2011 z dne 16. 9. 2011, Pdp 202/2010 z dne 22. 4. 2010.

Kdor ima korist, naj nosi tudi breme, je le eno od pravopolitičnih izhodišč za vzpostavitev objektivne odgovornosti.<sup>63</sup> Domnevati, da je delodajalec sam po sebi večji »imetnik« koristi iz pogodbe o zaposlitvi, je špekulativno. Resda je povprečen delodajalec v smislu absolutne ekonomske moči v premoči, vendar to ni v vzročni povezavi z dejansko delitvijo presežka v okviru pogodbene menjave (tj. delo za plačilo). Ta je določena pri delavcu v obliki koristnosti glede na alternativne možnosti zaposlitve pri drugih delodajalcih, pri delodajalcu pa glede na zmožnost zaposlitve enako sposobnega delavca po nižji ceni (plači). Oba dobivata korist iz opravljanja skupne dejavnosti, delitev plačil med delavce in lastnike kapitala (plačilo na uro opravljenega dela v primerjavi z donosom na evro vloženega lastniškega kapitala) pa se v osnovni šolski poziciji začne pri 50 : 50. Domnevo drugačno razdelitev pogajalske pogače mora izpodbiti in dokazati tisti, ki jo zatrjuje.

Če je odškodninska odgovornost za drugega navzven proti tretjim (*Respondeat superior*.) teoretično in praktično splošno sprejet pravni standard, je (nepogodbena (?) odškodninska odgovornost navznoter pogodbenega odnosa med delavcem in delodajalcem: delavec proti delodajalcu ali delodajalec proti delavcu teoretično nepodprta, čeprav je sodna praksa obsežna in ima izvor še v nekdanji državi. Odgovornost za drugega proti tretjim je utemeljena s socializacijo tveganja, ki jo najlaže prenese delodajalec, s tem pa se zagotovi tudi varnost pravnega prometa.<sup>64</sup> Slovensko pravo široko opredeljuje odgovornost za drugega v 147. členu OZ (tudi za naklepno dejanje delavca), sodna praksa pa za tretjega kot oškodovanca šteje tudi delavca, ki mu škodo povzroči sodelavec (v zvezi z delom). Za neposlovno odškodninsko odgovornost delavca proti delodajalcu pa predpisuje naklep ali hudo malomarnost delavca, sicer je odgovornost izključena (177. člen ZDR-1, enako 182. člen ZDR).

Če je odgovornost za drugega »dvostopenjska« – delodajalec v prvi fazi odgovarja za delavca, kot da bi bil posebljen v osebi delavca (od tu »objektivno« poimenovanje), v naslednji fazi pa glede na naravo škodnega dogodka (subjektivno ali objektivno), pa verjetno skrbnost delodajalca za delavca (posledična njegova odškodninska odgovornost) pred nesrečo pri delu ni dvostopenjska. Kavzalnost »pri delu ali v zvezi z delom« je lahko zavajajoča. Delodajalec (oškodovalec) delavcu (pravilneje oškodovancu) odgovarja za deliktno ravnanje tudi (in predvsem), če to nastane zunaj delovnega procesa, torej ne pri delu ali v zvezi z delom. *A contrario* razlogovanje bi namreč lahko privedlo do zaključka, da delodajalec odgovarja za nesreče pri delu, zunaj tega pa ne (npr. če je delavec potrošnik delodajalčevih produktov). Po pregledu slovenske sodne prakse pri delovnih nesrečah ugotavljam, da slovenska sodišča (nepravilno) ne upoštevajo vključevanja tveganj v pogodbeni odnos (oziroma sistemsko ni razvidno, kako ga upoštevajo). Po mojem mnenju je namreč zavajajoča teza, da v pogodbenem odnosu ne moreš izključiti neposlovne odškodninske odgovornosti. Resda je ne moreš v celoti, lahko pa izključuješ in prevzemaš določena tveganja, zaradi česar se spreminja višina plačila glede na dodeljeno tveganje.<sup>65</sup> Morebiten celostni prehod na pogodbeno odgovornost za nesreče pri delu sicer privede do zaključka, da bi delodajalec odgovarjal le za

63 Cigoj, S.: Teorija obligacij: Splošni del obligacijskega prava. Uradni list, Ljubljana 2003, str. 188.

64 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 251.

65 Prim. Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 277–280.



hudo malomarnost in naklep (drugi odstavek 243. člena OZ). Slovenska sodišča sicer priznavajo (ne)prevzemanje tveganj pri podjemnih in mandatnih razmerjih (zdravniki, odvetniki itd.).<sup>66</sup> Premija tveganja je plačilo, ki ga prevzemnik tveganja (ne) prevzame nase v primeru uresničitve tveganja (npr. poškodbe pri delu). Na primer – če bi ugotovili, da je gradbeni delavec v pogodbi o zaposlitvi nase prevzel tveganje (malomarnega) padca z višine, potem delodajalec za to ne bi odgovarjal (ob plačilu ali brez njega, čeprav varovanje šibkejše pogodbene stranke napeljuje na večje delodajalčevo plačilo zaradi prevzema tveganja).

Tudi sama širina temelja splošne odškodninske odgovornosti delodajalca za nesrečo pri delu je sporna in bolj ali manj neznana. Poleg splošnega nihanja sodne prakse med subjektivno in objektivno odgovornostjo pri »običajnih« deliktih se prikrade še dodatni problem pogodbe o zaposlitvi in opravljanja dela kot navezne okoliščine »nesreče pri delu«. Težko je obrazložiti, kakšna (če je) je kakovostna razlika med primeri, ko oseba pade na mokrih tleh, če se to posamezniku zgodi kot delavcu v delodajalčevih prostorih (pri opravljanju dela), če se to zgodi gostu gostinskega lokala ali če sprehajalec pade na mokrih tleh na pločniku pred neko stanovanjsko hišo (že če pade v gozdu, lahko toži lastnika korenine drevesa in morda celo uspe).<sup>67</sup> Zavajajoča je že (napotilna) norma ZDR na OZ, saj bi tudi brez nje obstajala izvenpogodbena odgovornost delodajalca. Dodatno zavajajoči so celotni predpisi o varnost in zdravju pri delu, ki dajejo vtis, da mora nekdo (delodajalec ali delavec) skrbeti za svojo in varnost drugega, zato ker je to izrecno dodatno predpisano z (zakonskim) pravilom (ZVZD), čeprav je to občečloveška ustavna norma. Namreč – tudi če teh predpisov ne bi bilo, bi morala sodišča ustvariti enaka (podobna) pravila dolžnostnih ravnanj pri razmejevanju odškodninske odgovornosti, kot so zdaj predpisana v splošnih aktih. Delodajalec je torej odgovoren, ker je oškodovalec po splošnih pravilih civilnega prava, in ne zgolj zato, ker je delodajalec (stranka pogodbe o zaposlitvi)?

Zdi se mi, da se je sodna praksa še najbolj približala teoretičnemu problemu v »netipičnem« sporu nesreče pri delu. VS RS je tako v zadevi II Ips 634/2004 z dne 12. 1. 2006 navedlo, da med tožnikom in tožencem ni bila sklenjena pogodba o zaposlitvi, bila pa je atipična pogodba o delu na žagi. Gre za pogodbo o delu, ki navzven spominja na delovno razmerje (ne gre pa za mandat). To povzroči, da mora delodajalec varno organizirati delovni proces, obratovanje žage pa je (tako ali tako) nevarno. Samo dejstvo nastanka poškodbe pri opravljanju pogodbenega dela ne zadošča za odgovornost toženca (v isti zadevi je tudi zapisano, da je vseeno, po katerem temelju delodajalec/naročnik del dejansko odgovarja – subjektivnem ali objektivnem).

Sodna praksa bi se morala odločiti, ali gre pri delodajalcu za posebno (deliktno) odgovornost pogodbenika ali pa za povsem običajno deliktno, in se začrtane poti dosledno držati, če hoče zagotoviti osnovno pravno varnost in enakopravno sodno obravnavanje (2. člen in 22. člen Ustave RS). V prvem primeru predlagam, da se teoretično opre na razlago instituta *causus mixtus* (mešano naključje),<sup>68</sup> v

66 Npr. zadevi VS RS II Ips 1099/2008 z dne 15. 3. 2012, II Ips 744/2007 z dne 11. 2. 2010.

67 Možina, D.: Odgovornost države za padajoče kamenje, Pravna praksa, št. 2/2011, str. 6.

68 Glej splošno definicijo v Dežman, A., Danko, G.: Vzročna zveza, pravna narava in razvojni temelji poslovne odškodninske odgovornosti za mešano naključje, Podjetje in delo, št. 5/2011, str. 836, Končina Petermel, nav. delo.

katerem oškodovalec krivdno povzroči dejanski položaj, katerega posledica je lahko škodni dogodek, deloma pa je dogodek posledica »naključja«. Primer kršitve varnostnih predpisov pri delu kaže na mešano naključje, kršitev pa se večinoma izrazi z opustitvenim ravnanjem. Kot nakaže Končina Peternel,<sup>69</sup> je pri tem dilema slovenskih sodišč že od nekdaj, ali v primeru opustitev uporabiti objektivno ali subjektivno odgovornost (»beg« v objektivno ob istočasnem sklicevanju na *ratio legis* vzročnost je pogost). V sporih zaradi nesreč pri delu se ta dilema še dodatno kaže s sklicevanjem na kar oba temelja odgovornosti. Osebnostno mi je bližji generalni sistem odgovornosti kot neke vrste »*casus mixtus*«, še posebej ko ob izbiri druge razlagalne možnosti (»splošne« odškodninske odgovornosti) trčimo na problem, ko delavec ravna z nevarno stvarjo/opravlja nevarno dejavnost in naj bi delodajalec zaradi tega na prvo razlagalno žogo objektivno odgovarjal<sup>70</sup> (in spet pristanemo pri verjetni razlagalni kumulaciji obeh temeljev odgovornosti).

Kaj pa je naključje? Kaj je zunanje tveganje, kaj je notranje tveganje pogodbenega odnosa? Ali je delodajalec (tj. država) dolžan zagotoviti vojaku repelent, tako da ga ne ugrizne klop in ne zbolí za boreliozo? Ali je država odgovorna sprehajalcu za ugriz klopa/kače v (državnem) gozdu? Glede na sodno prakso ugriz klopa ne bi pomenil nevarne stvari (kakšna je verjetnost in obseg škode – strup se skriva v majhnih stekleničkah – in kakšen je strošek nabave repelenta), kljub temu pa naj bi delodajalec (država) odgovarjal subjektivno, ker vojaku (delavcu) ni dal autana.<sup>71</sup> Strinjam se s splošnim stališčem, da je delodajalec cenejši pridobitelj zaščitnih (varnostnih) sredstev zaradi ekonomij obsega pri nabavi,<sup>72</sup> še vedno pa ostaja dilema, za katera tveganja delodajalec še lahko odgovarja, katera pa so tveganja, lastna delavcu, ker zaradi njegovega voljnega ravnanja ali ker so del »naključja« zadenejo njega ne glede na njegov trenutni (delovnopравни) položaj. Če se namreč oškodovancu isti dogodek zgodi zunaj službe in bo tožil dejansko isti subjekt (tokrat sicer kot imetnika nevarne stvari), z zahtevkom ne bo uspel, ker naj bi tveganje ugriza bolj ali manj »nevarne stvari« z vstopom v naravno okolje prevzel nase.<sup>73</sup> Navedene razmejčitve tveganj ni mogoče razumeti brez ugotovitev, kaj sta se pogodbenika dejansko dogovorila glede tveganj in njihove dodelitve. Sploh pa je ni mogoče razumeti, če to tudi pomeni, da mora delodajalec (npr. država) delavcu zagotavljati tudi aspirin ali cepivo, če obstaja povečana nevarnost okužbe s prehladom ali gripo, medtem ko spet oškodovanec verjetno ne bo uspel s tožbo proti državi, ker državljanom ni zagotovila zdravil. Tveganje pa je identično z identičnimi subjekti.

Praksa je zelo širokogrudna do delavca pri (implicitnem) domnevanju, da je tveganje prevzel delodajalec in da ga mora zato delodajalec tudi preprečevati. Kakor hitro v obrazložitvah v ozadje stopa preventivni vidik in se celo nakazuje, da se je nesreča zgodila prvič oziroma izredno poredko,<sup>74</sup> potem sodišče ravna le z

69 Končina Peternel, M., nav. delo.

70 Nekaj o tem v nadaljevanju ...

71 Prim. zadevo VS RS II Ips 180/2005 z dne 11. 1. 2007.

72 Verjetno bi morala biti meja pri zaščitnih sredstvih postavljena, kjer je strošek nakupa zaščitnega sredstva večji od verjetnosti nastanka škode, pomnoženega z višino pričakovane škode.

73 Prim. zadevo VS RS II Ips 477/2007 z dne 18. 2. 2010.

74 Prim. zadevo VDSS Pdp 405/2012 z dne 29. 8. 2012, Pdp 155/2012 z dne 24. 5. 2012 in VS RS VIII Ips 231/2012 z 27. 5. 2013.

vidika izravnalne pravičnosti in ščitenja oškodovanca. Pravo pa bi moralo varovati interese obeh in jih tehtati v smeri najmanjšega družbenega stroška (tako preventive kot škode). Dodatno ščitenje delavca kot oškodovanca je neustrezno tudi z vidika predpostavke vzpostavljene socialne države, ki v primerjavi z ameriškim sistemom pri nas deluje in odškodnina nima tudi funkcije zagotavljanja socialne varnosti.<sup>75</sup> Poškodba pri delu je tako med drugim dejanska podlaga za večje pravice delavcev v okviru obveznih zavarovanj.<sup>76</sup> Že zdaj sem dobil občutek, da sodna praksa v številnih primerih delodajalca obsoja na podlagi »naključja« ob navzven korektnem povzemanju zakonskih pravil in že zavzetih stališč.<sup>77</sup> Ponovno moram opozoriti, da s teoretičnega gledišča vsakršno napačno (previsoko ali sploh zmotno) prisojeno odškodnino prej ali slej plačamo (vsi) potrošniki (ali z višjo ceno ali prenehanjem dejavnosti oškodovalca zaradi pretirane zastražitve), ne samo v primeru, ko se sodišče v okviru »amerikanizacije prava« izrecno sklicuje na kaznovalni namen odškodnine (primerjaj zadevo II Ips 130/2012 z dne 8. 11. 2012 glede »kaznovanja« uporabnikov javnih zdravstvenih storitev).

Dodatna podrobnost, ki me je zmotila, je razmejevanje soodgovornosti. Nепrepričljive so razdelitve soodgovornosti 90 : 10 oziroma 10 : 90, pedagoško preventivni pristop odškodninskega prava bi zahteval vsaj 80 : 20 oziroma 20 : 80 ali ugoditi (zavrniti) zahtevku v celoti. Zaradi metodološke inkluzije/ekskluzije malenkostne soprispevke zanemarimo. Le pri eni zadevi sem našel porazdelitev odgovornosti, ki ni ustrezala desetiškimi številom (15 : 85),<sup>78</sup> v vseh pa je višina odškodnine v evrih zaokrožena na stotice. Gre torej za približne ocene, ki bi izpadle »smešne«, če bi se sodnik skliceval na npr. 54-odstotno soodgovornost, so pa zame zelo neprepričljive pri 10 % ob sami višini odškodnine, ki je *volens nolens* ocenjena malo čez palec.

## 4 NAJAKTUALNEJŠI PRIMERI IZ SODNE PRAKSE GLEDE NESREČ PRI DELU

Za konec predstavljam najaktualnejšo prakso VS RS in višjih sodišč glede nesreč pri delu. V vsakem razdelku najprej predstavim sodno prakso, nato podam svoj kratki komentar v kurzivi.

### 4.1 Delodajalčeva dolžnostna ravnanja

#### a) Zagotavljanje primernih delovnih sredstev

VS RS II Ips 711/2009 z dne 21. 3. 2013: Tožnik je bil poučen o varstvu pri delu, zavedal se je neprimernosti lestve, pa ni od delodajalca zahteval primerne lestve

<sup>75</sup> Polajnar - Pavčnik, 2011, nav. delo.

<sup>76</sup> Npr. druga alineja 42. člena Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (ZPIZ-2, Uradni list RS, št. 96/12 in naslednji), 2. točka 13. člena Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ, Uradni list RS, št. 9/92 in naslednji) itd.

<sup>77</sup> Tipičen primer sta zame zadevi VDSS Pdp 1210/2011 z dne 15. 6. 2012, Pdp 154/2012 z dne 13. 6. 2012, v katerih se odgovornost delodajalca zaposlenega voznika razteza na prometno nesrečo kot tako.

<sup>78</sup> Zadeva VS RS II Ips 328/2008 z dne 22. 9. 2011.

in dela ni odklonil, zato je podana njegova 10-odstotna soodgovornost za padec z lestve. VS RS II Ips 1074/2008 z dne 24. 2. 2011: Delovna oprema (*»pripomoček za doseganje stvari na višini«*) mora glede na naravo dela zagotavljati delavcu varnost. Delodajalec bi moral delavcu zagotoviti delovno opremo, ki bi omogočala zlaganje stvari na polico v višini dobrih dveh metrov. Padec s stola (kot neprimerne sredstva) je mogoče pripisati delodajalcu (razveljavljena odločitev nižjih sodišč).

b) Zagotavljanje zaščitnih sredstev

VS RS II Ips 10/2009 z dne 19. 12. 2012: Ni dovolj, da delodajalec delavcu da na razpolago zaščitni pas za delo na višini, delavca mora tudi usposobiti za ravnanje s pasom in preverjati njegovo uporabo. VS RS II Ips 792/2006 z dne 26. 2. 2009: Delodajalec mora ne samo nabaviti varovalno opremo, ampak mora poskrbeti tudi za njeno uporabo.

c) Varno organiziranje delovnega procesa

VS RS VIII Ips 274/2010 z dne 2. 4. 2012: Delodajalec je delavcu odredil delo na transformatorski postaji z izrecnim zagotvilom, da ta ni pod električno napetostjo, čeprav ni preveril informacije, ki mu jo je sporočil naročnik del. Delavec je ravnal v skladu z navodilom, zato delodajalec v celoti odgovarja. Vodja del bi moral preveriti dejansko stanje. VS RS VIII Ips 380/2009 z dne 7. 6. 2011: Razkrivanje dotrajane strehe na višini že samo po sebi zahteva organiziran pristop in zagotovitev varnostnih ukrepov. Tedaj se od delodajalca utemeljeno pričakuje, da delo neposredno organizira ter da poskrbi za neposredno vodenje in nadzor nad uporabo zaščitnih sredstev in varovanje pred padci.

VS RS II Ips 252/2009 z dne 8. 9. 2011: Delodajalec ni dolžan delavcu dajati navodil za očitna in banalna opravila. V zadevi VSL II Cp 2034/2012 z dne 9. 1. 2013 je obrazloženo: *»Vsak delavec ima in mora imeti določeno samostojnost, sicer bi za vsako delovno mesto potreboval najprej neposrednega delavca (fizičnega izvrševalca), ob njem pa še nekoga (varnostnega nadzornika), ki bi stal za njim, mu dajal navodila, preverjal, ali se jih drži itd.«* VSL II Cp 3786/2011 z dne 29. 2. 2012: Posplošeno sklicevanje na kršitev varnostnih predpisov ne zadošča za utemeljitev delodajalčeve odgovornosti.

d) Delavčeva skrb za lastno varnost

VS RS VIII Ips 170/2011 z dne 3. 9. 2012: Delavec bi moral zaprositi za dodatna navodila pri montaži nove vrste vrat, saj je bil med vodji skupine. Pravila odškodninskega prava naj spodbujajo potencialne udeležence škodnih dogodkov, da zmanjšujejo verjetnost škodnega dogodka (soodgovornost). VS RS II Ips 1085/2008 z dne 26. 4. 2012: Delodajalec ne odgovarja delavki, če se ta poškoduje pri vlečenju vozička za sabo, ne da bi se prepričala o pravi smeri in morebitnih ovirah. VS RS VIII Ips 445/2009 z dne 21. 6. 2011: Delavčeva skrb za lastno varnost zahteva, da ravna previdno pri upravljanju tekočega traku (20-odstotna soodgovornost delavca). VS RS II Ips 596/2007 z dne 13. 5. 2010: Obstoju ledu za paletu ni narekoval dodatne zaščite dvorišča, tožnik pa bi moral kot povprečno skrben človek glede na zimski čas in ostanek snega pričakovati led za paletami.

Zato bi moral pazljivo stopati, sploh pa je imel vse možnosti, da kot vodstveni delavec varneje organizira odstranitev prevrnjene palete. VSL II Cp 3653/2011 z dne 16. 5. 2012: Delavec delodajalca ni opozoril, da varnostni pas za konkretno delo ni primeren, zato je v 40 % soodgovoren zaradi padca pri delu na višini.

e) Nadzor nad opravljanjem dela

VS RS II Ips 246/2010 z dne 22. 12. 2011: Od delodajalca se ne more zahtevati nenehen nadzor nad vsakršnim ravnanjem sodelavcev, to bi bilo pretirano in neživljenjsko. VS RS II Ips 328/2008 z dne 22. 9. 2011: Delodajalec delavcu ni preprečil opravljanja dela, čeprav je bil vinjen, pustil ga je delati brez čelade. Ker je možnost, da bi delavec odklonil delo, majhna, saj je v podrejenem položaju, delodajalec pretežno odgovarja za škodni dogodek. VS RS VIII Ips 205/2008 z dne 12. 1. 2010: Delodajalec ni zagotovil ustreznega nadzora nad upoštevanjem navodil za varno delo z robotom za avtomatsko pakiranje embalaže. VSL II Cp 3786/2011 z dne 29. 2. 2012: Delavčevo ravnanje je bilo za delodajalca praktično nepreprečljivo. Nezgodi bi se bilo mogoče izogniti le ob stalnem nadzoru, kar tudi od profesionalnega delodajalca ni mogoče zahtevati.

VS RS II Ips 792/2006 z dne 26. 2. 2009: Delodajalec mora stalno nadzorovati, ali se delavec pred in med delovnim procesom ravna po ustreznih varstvenih ukrepih.

Po mojem mnenju je treba začeti iz generalne (povprečne) pozicije, da sta škodo povzročila tako delavec kot delodajalec, torej je poglavitno vprašanje soodgovornosti. Delodajalec je tisti, ki najceneje zagotovi varnostne pripomočke in primerna delovna sredstva (to še zdaleč nujno ne pomeni najdražje in najsodobnejše opreme). Vidik usposabljanja in konkretizacije navodil za delo je odvisen od narave dela, delavec in delodajalec pa morata vedno glede na informacije v svoji sferi te sporočiti drug drugemu, da se odpravi asimetrija informacij. Od njiu se ne sme pričakovati nerazumna skrbnost, lahko pa se pričakuje razumna skrbnost, kar je podlaga za zaupanje in ga utrjuje. Na delavca se nikakor ne sme gledati kot na nebogljenega otroka, ki se je s podpisom pogodbe o zaposlitvi in vstopom v delovno razmerje odpovedal lastni pameti in vsem ustavnim pravicam. Bolj bo stranka vestna pri izpolnjevanju pogodbe (delavec dobro delal, delodajalec vodil dela gospodarno in razumljivo), več možnosti ima, da ne bo prišlo do njene deliktne odgovornosti. Ne sme pa se domnevati, da je že vsaka kršitev predpisov o varnosti pri delu v vzročni povezavi z nastalo škodo z vidika odškodninske odgovornosti. Vzročna povezanost mora biti konkretno ugotovljena.

#### 4.2 Odgovornost več oseb za nesrečo pri delu

V zadevi VS RS II Ips 861/2007 z dne 9. 9. 2010 se je tožnik poškodoval pri polaganju kanalizacijske cevi v nezavarovanem delu jarka, ko se je nanj zrušila zemlja in ga zasula. Za povzročene poškodbe je odgovarjal le izvajalec del, ki je opravljal dejanski nadzor nad opravljanjem del tožnika, in ne »pravni« delodajalec. Dogovor o skupnih ukrepih na gradišču med izvajalcem del in delodajalcem ne more biti podlaga za odgovornost delodajalca nasproti delavcu. VS RS II Ips 199/2007 z dne 28. 6. 2010: Pisni dogovor o varnosti na gradišču ima učinek *inter partes*, zato

na deliktno odgovornost proti delavcu (tretjemu) ne more imeti učinka. VS RS II Ips 807/2009 z dne 9. 5. 2013: Nesprejemljivo je odgovornost za škodo, ki jo delavec utрпи pri delu, vnaprej omejevati le na njegovega delodajalca. Lahko odgovarja tudi izvajalec ali naročnik del, predvsem ko odreja in nadzira delo, potem ko mu je delodajalec delavce »posodil«. Vendar je sodišče v obravnavani zadevi ugotovilo, da je bil dejanski organizator dela vendarle delodajalec, zato naročnik in izvajalec del ne odgovarjata. VS RS VIII Ips 13/2011 z dne 22. 5. 2011: Ni podan temelj za solidarno odgovornost agencije, pri kateri ima delavec sicer sklenjeno pogodbo o zaposlitvi, če se poškodba zgodi pri uporabniku. V zadevi VS RS II Ips 349/2007 z dne 25. 3. 2010 se je tožnikov delodajalec zavezal, da bo saniral transportni polž. Način odprave napake transportnega polža je bil v sferi izvajalca del (tj. delodajalca). Tožnik je tožil »imetnika« polža in ne svojega delodajalca (izvajalca). Skrb za varen potek del je bila dolžnost tožnikovega delodajalca in ne »imetnika« polža (naročnika del). Krivdno odgovornost naročnika bi lahko vzpostavila šele ugotovitev, da je bil polž med obratovanjem pod nadzorom naročnika, kar pa ni bilo ugotovljeno. Ni odločilno, ali je transportni polž nevarna stvar. Tudi če bi šlo za nevarno stvar, bi bila odgovornost imetnika izključena, ker jo je zaupal izvajalcu v uporabo (drugi odstavek 152. člena OZ). VSL I Cp 3851/2011 z dne 6. 6. 2012: (Deliktna) odškodninska odgovornost temelji na zakonu in je zato s pogodbo ni mogoče prenesti na drugega.

VDSS je v zadevi Pdp 433/2012 z dne 9. 11. 2012 odločilo, da delavcu za poškodbo pri delu odgovarja delodajalec, ki je delavca na podlagi pogodbe o najemu delavcev posodil drugotoženi stranki, ta pa je najprej posodila delavca imetniku nevarne stvari. Odgovarjali so vsi trije. Prvotožena stranka kot delodajalec, drugotožena stranka kot prvi uporabnik in tretjetožena kot imetnik nevarne stvari (in drugi »uporabnik« – ni bilo sicer predmet pritožbenega postopka). Prvo- in drugotožena stranka odgovarjata krivdno, ker delavec ni bil usposobljen za delo na stroju, niso mu bila zagotovljena zaščitna sredstva itd. Delodajalec je še vedno delodajalec, čeprav s pogodbo prenese svojo odgovornost na uporabnika. Prvo- in drugotožena stranka sta bili delodajalec, nista opravljali nadzora, nista obvestili delavca oziroma poskrbeli, da bi to storil končni uporabnik. Pravna podlaga za solidarno odgovornost je četrti odstavek 153. člena OZ (odgovornost tretjega skupaj z imetnikom nevarne stvari). VDSS Pdp 202/2010 z dne 22. 4. 2010: Delodajalec, ki sklene pogodbo, na podlagi katere njegovi delavci opravljajo določeno delo v drugem podjetju, odgovarja s tem podjetjem solidarno za škodo, če je škoda posledica uporabe nevarne stvari, ker ima tako ena kot druga organizacija korist od njihovega dela. VDSS Pdp 789/2011 z dne 15. 2. 2012: Izvajalec gradbenih del bi moral dati delavcu na razpolago ustrezno orodje in ga ustrezno poučiti o delu. Poleg izvajalca odgovarja tudi delodajalec, saj je dolžan delavcem zagotoviti varnost in zdravje pri delu. VSL II Cp 3461/2011 z dne 13. 6. 2012: Delodajalec mora vsekakor delavcu zagotoviti varno delovno okolje ne glede na to, ali mu sam odreja konkretne naloge ali pa ga zgolj napoti na delo na gradišče.

Menim, da je pravilen koncept VS RS, po katerem morebiti odgovarja le tisti, ki je bil v realni dejanski zmožnosti preprečiti nastanek škode (»dejanski delodajalec« – pravilneje dejanski oškodovalec). To je tisti, ki delavca nadzoruje pri delu (vsakodnevno). Edina resna alternativa pogodbenega delodajalca za preprečitev škode je, da prekine odnos z »uporabnikom«, kar je seveda nesmisel (nesmiselno

je tudi od pogodbenega delodajalca pričakovati, da bo pošiljal svoje ljudi neprestano na teren k uporabnikom – če pa bi jih, bi se lahko vzpostavila njegova odgovornost, samo potem ponovno izgubi smisel samo posojanje delavcev naprej, če nikomur ne moreš prav nič zaupati). Tu se »ekonomska vzročnost« izkaže za nepravilen pravni temelj deliktne odgovornosti (čeprav mi je osebno čisto simpatična). Le če presežemo *inter partes* učinke posodbene pogodbe delavcev (ta pogodba namreč nima učinkov na deliktno odgovornost (kogarkoli) proti delavcem, če pa začnemo priznavati »ekonomsko vzročnost«, potem jih kar iznenada ima), je ekonomska vzročnost dovolj za vzpostavitev odgovornosti obeh pogodbenih strank. Obenem pa povzročimo s tem nov razlagalni problem, ker moramo seveda ob taki razlagi sistemsko konsistentno preiti na splošno pogodbeno odgovornost za poškodbe pri delu.

### 4.3 Nevarna stvar

VS RS II Ips 220/2011 z dne 30. 5. 2013: Mastna in spolzka tla niso okoliščina, ki bi izvirala iz samega dela in ki je s primerno skrbnostjo ne bi mogli odpraviti, zato ne gre za objektivno odgovornost. VS RS VIII Ips 231/2012 z dne 27. 4. 2013: Tekoči trak, pri katerem ima delavec na voljo točno določen čas (in ga je načeloma dovolj) za opravo delovne operacije in se trak giblje v enakomernem ritmu, ki nevarna stvar. Tožena stranka je navajala, da v 10 letih ni prišlo do take poškodbe. VS RS VIII Ips 217/2011 z dne 4. 9. 2012: Nevarna stvar po svoji naravi in izvajanju pomeni povečano nevarnost za nastanek škode za življenje in zdravje ljudi, merilo za presojo je splošno življenjsko izkustvo (rezanje žice na kolutu ni nevarna stvar). VS RS II Ips 512/2008 z dne 29. 9. 2011: Pobiranje spremnega lista in njegovo vračanje na polico regala ni nevarna dejavnost. VS RS VIII Ips 327/2008 z dne 7. 6. 2010: Delo na stroju pri tekočem traku za razkoževanje ni nevarna dejavnost, zato delodajalec v prvi vrsti odgovarja krivdno, ker dijaka srednje šole ni poučil o pravilnem opravljanju dela. VS RS II Ips 423/2008 z dne 12. 11. 2009: Stroj, ki bi ga lahko delavec pred posegom izklopil, ni nevarna stvar, saj bi se lahko ob ustreznih organizaciji delovnega procesa in izvajanju varstvenih ukrepov nevarnost preprečila. Nižje sodišče je pri krivdni odgovornosti pravilno upoštevalo, da je bilo delavčevo opravljanje dela normirano. VS RS II Ips 384/2007 z dne 11. 12. 2008: Žlica nakladalnega stroja, v kateri je bil lateks, je bila približno meter od tal, prekriti jo je bilo treba s folijo in ustrezno obložiti. Navedeno ni nevarna dejavnost. VSL II Cp 700/2012 z dne 23. 5. 2012: Uporaba manjšega vrtalnega stroja ni nevarna dejavnost. Objektivna odgovornost je pridržana za dejavnosti, ki so izredne, ki presegajo običajne vsakdanje nevarnosti in ki jih kljub zadostni skrbnosti ne bi bilo mogoče preprečiti. VSL II Cp 2597/2011 z dne 28. 3. 2012: Delodajalec bi padec na mokrih tleh lahko preprečil z zahtevnimi in stroškovno sprejemljivimi ukrepi, zato krivdno odgovarja za delavčevo poškodbo.

VS RS VIII Ips 116/2009 z dne 23. 5. 2011: Mokra tla so nevarna stvar. VS RS II Ips 258/2012 z dne 27. 5. 2013: Stroj z nameščenimi noži z visokim številom obratov, ki predeluje plastiko, je nevarna stvar, vprašanje pravilnega ravnanja delavca pa na to presojo ne more vplivati. VS RS II Ips 362/2011 z dne 26. 4. 2012: Kovaško-valjarski stroj, ki je včasih deloval neenakomerno, sicer pa je od delavca zahteval veliko fizično sodelovanje, je nevarna stvar. Delavec ga namreč kljub skrajni skrbnosti

ni mogel imeti vedno pod nadzorom. VS RS II Ips 86/2010 z dne 25. 8. 2011: Delo na višini pri vzdrževanju elektroenergetskih naprav je nevarna dejavnost. Delavec je sicer kršil predpisane postopke, zato soodgovarja (50 : 50). Toženki ni uspelo izključiti njene odgovornosti s sklicevanjem na to, da je bil tožnik odgovorni vodja del in da bi moral prav on poskrbeti za varnost. VS RS II Ips 645/2008 z dne 1. 12. 2011: Razmaščevanje kovin s trikloretilenom, ki je izjemno nevarna kemikalija, je nevarna dejavnost. VS RS VIII Ips 263/2008 z dne 26. 1. 2010: Delo na višini je nevarna dejavnost, saj pri takem delu vedno obstaja možnost, da tudi iz nezakravljenih razlogov pride do padca. Delodajalec ni nikoli preveril, ali je delavec pravilno uporabljal varnostni pas. To, da ga je uporabljal najmanj 4 leta pred nezgodo, še ne pomeni, da ga je uporabljal pravilno. VS RS VIII Ips 218/2009 z dne 24. 5. 2011: Stroj je nevarna stvar, poleg tega delodajalec študenta ni ustrezno usposobil in nadzoroval. VDSS Pdp 554/2011 z dne 15. 11. 2011: Poledenele in zasnežene betonske plošče, na katerih delavcu spodrsne, so nevarna stvar. VSL II Cp 2091/2011 z dne 12. 1. 2012: Obdelovanje kamna je nevarna dejavnost. Veliki kosi kamna lahko razpadejo tudi, če razpoke v njih niso vidne, obnašanja kamna pa ni mogoče predvideti.

Mislím, da je eden večjih problemov odgovoriti na vprašanje, kaj sploh je lahko »nevarna stvar«. Že samo poimenovanje je povsem zgrešeno, neupoštevanje Handove formule (vsaj verjetnosti in obsega škode, če ne že stroška preventive) in foteljsko razpravljanje, kaj se komu zdi nevarno, pa bi bili komični, če ne bi šlo za sodne odločitve. Dodatno je spregledan vidik prevzemanja in dodelitve tveganj kot posledica delovnega razmerja, kar se kaže v tem, da je zame nenavadno sprejeti tezo, da delavec na »nevarnem« stroju ni dejanski imetnik stroja (čeprav prvi odstavek 152. člena OZ morda res ne daje veliko manevrskega prostora). Velikokrat bo ravno delavec tisti, ki bo imel neprimerno večjo informacijsko in upravljalvsko moč kot delodajalec, ko bo ravnal z »nevarno« stvarjo. Seveda se lahko »krivdno«, nedopustno ravnanje z »nevarno stvarjo« presoja po krivdni odgovornosti – če poliješ človeka s kislino, če ga ustreliš, odgovornost ne bo »sporna«. Zanimivo pa je, da veliko »nevarnih« snovi (kemikalije, jedrska energija) ne povzročata vsakodnevnih nesreč – so potencialno seveda nevarne, vendar vse s potrebno skrbnostjo hranimo kot zelo nenevarne in koristne (nevarna kemikalija je lahko v enaki steklenici kot npr. sok jupi). Ljudje pa se vsakodnevno poškodujejo v kuhinji in kopalnici. Kar pa dodatno izpodbija tezo o neskrbnem ravnanju z nevarnimi stvarmi, je ravnanje z avtomobilom. Tu skorajda brez izjeme gre »krivdo« za nesrečo pešca in avtomobila iskati v neskrbnem ravnanju avtomobilista (in pešca seveda), pa nihče ne pomisli, da bi v tem primeru govoril o subjektivni odgovornosti avtomobilista, čeprav ne najdem razumne razlage, zakaj ne bi.

#### 4.4 Vozniki

VDSS Pdp 154/2012 z dne 13. 6. 2012: Delavec se je poškodoval kot šofer v cestnem prometu. Delodajalec se ne more razbremeniti odgovornosti s sklicevanjem na ravnanje tretjega, tj. voznika, ki je povzročil škodo, saj tako ravnanje ni nepričakovano. Tožnik je navedel, da je odgovornost delodajalca podana na podlagi pogodbe o zaposlitvi, zato je odgovornost podana po 184. členu ZDR. VDSS Pdp 1210/2011 z dne 15. 6. 2012: Živali (konj) v prometu niso nepričakovani



pojavnost. Ravnanje tretjega, ki je spustil konje na cesto, tako ni ekskulpacijski razlog. Poklicna uporaba motornega vozila je nevarna dejavnost, saj statistično ni mogoče izključiti nastanka škode kljub ustrezni skrbnosti.<sup>79</sup> Voznik se je poškodoval pri vožnji tovornega vozila delodajalca ponoči ob 3.40 na regionalni cesti Lahovče–Kranj. Bila je gosta megla, na vozišču sta se pojavila konja, ki ju je opazil tik pred zdajci. Zadel je v enega konja, zletel s ceste in se ustavil v koruzi.

VS RS VIII Ips 369/2008 z dne 25. 10. 2010: Nerazčiščeno je ostalo vprašanje, ali je delodajalec krivdno povzročil nesrečo, če je tovorno vozilo čezmerno preobremenil s težo. Stranki sta se sicer strinjali, da je tovorno vozilo nevarna stvar.

Po mojem mnenju je širjenje socializacije tveganja v primerih, ko delikt povzroči tretja oseba delavcu med delovnim časom, občutno preširoko (npr. v primerih voznikov, ko se zgodi »običajna« prometna nesreča). Govoriti o konju kot pričakovanemu pojavu na cesti v 21. stoletju je »nenavadno«. Prav tako se mi zdi povsem nerazumljivo, kako naj delodajalec take nesreče prepreči. Lahko jih le tako, da vozilo pusti v garaži (tj. opusti dejavnost). Navezna okoliščina pri delu in v zvezi z delom tu pač ne igra nobene vloge. Posameznik (izraz delavec spet zavaja na pogodbeni odnos) ima povsem jasne »tarče«, od katerih lahko zahteva plačilo odškodnine (voznik drugega vozila, lastnik konja – še bolje: vsaj vozilo neprevidnega voznika bo zelo verjetno zavarovano pri zavarovalnici).

#### 4.5 Vojaki in policisti

VS RS II Ips 264/2011 z dne 25. 4. 2013: Delodajalec je vedel za poledenost na konkretni lokaciji in je imel možnost policista usmeriti drugam, pa tega ni naredil. Ravnal je protipravno, zato odgovarja v celoti. Oškodovanec je ponoči opravljal kontrolo alkoholiziranosti voznikov, stopil je do ustavljenega vozila, ko mu je spodrsnilo na poledenem delu pločnika. VS RS VIII Ips 409/2009 z dne 20. 6. 2011: Vojaku je bila prisojena odškodnina, ker se je poškodoval na urjenju, ki je potekalo v polni bojni opremi, ko mu je spodrsnilo na mokri podlagi. V zadevi VDSS Pdp 1089/2010 z dne 24. 2. 2011 je sodišče obrazložilo, da delodajalec odgovarja, ker se je vojak poškodoval pri vadbi, ki je bila podobna boksu. Travnata podlaga ni bila primerna, morala bi biti enaka podlaga, kot se uporablja pri boksu. Tožnik je sledil navodilom nadrejenega, zato mu ni mogoče očitati sokrivde. VDSS Pdp 1377/2010 z dne 4. 3. 2011: Delodajalec odgovarja policistu za nesrečo pri delu, ko je opravljal mejni nadzor, mu je spodrsnilo na avtobusu, sicer v lasti hrvaškega avtoprevoznika. Bistveno je, da škoda izvira iz sfere delodajalca (184. člen ZDR). Ni mogoče šteti, da je za škodo odgovoren izključno imetnik avtobusa, tožniku ni mogoče očitati sokrivde. VDSS Pdp 1152/2011 z dne 18. 4. 2011: Delodajalec bi moral sprejeti pisna navodila o izvajanju vadbe in tako opozoriti na prenehanje vadbe v primeru bolečin. Policist se je poškodoval pri vadbi samoobrambe. Zbolelo ga je v rami, o tem ni obvestil inštruktorja, nadaljeval vadbo in se poškodoval. Ni mu mogoče očitati sokrivde.

VS RS II Ips 252/2009 z dne 8. 9. 2011: Policist je v okviru rednega programa za usposabljanje policistov sestopal s Celjske kočice. Pri tem je sledil skupini, ki je šla

<sup>79</sup> Glej podobno VS RS II Ips 539/2008 z dne 19. 1. 2012, II Ips 124/2007 z dne 18. 6. 2009.

po bližnjici. Tožnik je stopil na mokra in spolzka tla, prekrita z listjem in travo, ter se poškodoval. Sodišče je zapisalo: »Delavec se pri takem delovnem opravilu srečuje z nevarnostmi, ki so zanj običajne in vsakodnevne, verjetnost nastanka poškodb pa ob povprečni skrbnosti, ki se pričakuje od delavca, ni prav nič večja, kot sicer v življenju.« Razlog za nastanek poškodbe je pripisati naključju in ravnanju tožnika, ki je slepo sledil drugim. Odškodninski zahtevek je bil v celoti zavrnjen. VS RS II Ips 842/2008 z dne 24. 2. 2011: Policistu je pri pregledovanju vlakov zdrsnilo pri vzpenjanju po stopnicah zunaj perona. Pri takem vzpenjanju gre za običajno tveganje, ki ga potniki včasih prevzamejo. Ravnanje delodajalca, ki je dopuščal tako vzpenjanje, ni protipravno (zavrnjen zahtevek).

Mislim, da področje delovanja policistov in vojakov kaže, da bi vsekakor morali veliko resneje pristopiti k odškodninskemu pravu na podlagi (ne)sprejemanja tveganj (opustiti frazeologijo) in zavrniti po mojem mnenju nedopustni oportunitizem, ki si na podlagi družbene norme dovoljuje moralni hazard. Navedeni primeri ne kažejo delodajalčevega protipravnega ravnanja (sploh situacijsko obravnavati te položaje, ne da bi se upoštevala narava dela, se mi zdi nerazumljivo), sodišča pa ne izvedejo tehtanja družbene koristi in stroška glede na naravo samega dela. Kaj je dejanska škoda, če bomo imeli neusposobljeno in preobčutljivo vojsko in policijo?

#### **4.6 (Dopuščena) »slaba« praksa in »bližnjice«**

VIII Ips 191/2012 z dne 14. 5. 2013: Delodajalec je dopuščal, da so delavci v nasprotju s predpisi o varstvu pri delu odpravljali zastoje pri delujočem stroju, kar pa ne pomeni, da so lahko pri takem ravnanju povsem nepazljivi. Delodajalec je z dopuščanjem slabe prakse nase prevzel večji del tveganja za nastanek nesreč pri delu (njegova odgovornost je 80-odstotna). VDSS Pdp 211/2012 z dne 31. 5. 2012: Delodajalec ni poskrbel, da bi se delovni oder pravilno zvišal, zato je odgovoren v 80 %. Razvila se je slaba praksa z improviziranimi prehodi. VSL II Cp 1179/2012 z dne 30. 1. 2013: Delodajalec je dopuščal »slabo prakso«, da ne bi po nepotrebnem podaljševal delovnega procesa, vendar bi moral primarno zagotavljati varnost delovnega procesa (100-odstotna odgovornost delodajalca).

VS RS VIII 61/2012 z dne 14. 5. 2013: Delavcu je bilo odrejeno delo na pohodnem delu strehe in mu za izvršitev odrejenega dela ni bilo treba prečkati strehe kupol iz pleksi stekla. Iz neznanega razloga (tako navaja sodišče) je prečkal streho po nepohodnem delu strehe, pod njegovo težo se je udrl svetilnik iz pleksi stekla in padel je več metrov globoko. Streho je dobro poznal in bil poučen o varnosti pri delu (njegova soodgovornost v 50 %). VS RS II Ips 252/2009 z dne 8. 9. 2011: Policist je pri sestopu s hriba v okviru usposabljanja šel po bližnjici in se poškodoval (zavrnjen zahtevek). VDSS Pdp 220/2012 z dne 7. 11. 2012: Delavcu je spodrsnilo na ploščadi pred vhodnimi vrati, ko je s sodelavcem prenašal večjo škatlo papirja. Delodajalec je odgovarjal 50-odstotno, ker ni ustrezno organiziral dela, ker ni zagotovil ustreznih delovnih sredstev in delavca ni poučil o varnem opravljanju dela. Ni dobil jasnih navodil, kako naj papir prenaša, ni pomembno, da bi lahko papir prepeljal z vozičkom po drugi poti. Tožnik sicer ni imel norme. VDSS Pdp 13/2012 z dne 31. 5. 2012: Delodajalec bi moral poskrbeti za varen dostop delavcev čez zasneženo dvorišče. Zato krivdno odgovarja, delavcu ni mogoče očitati soprispevka, saj je bil primerno obut. Delodajalec je zatrdil, da je bil prav tožnik zadolžen za pluzenje dvorišča. VDSS Pdp 1044/2011 z dne 12. 1. 2012:

Delavec ni ravnal v skladu z navodili delodajalca, nepravilno je prehajal na nižje etaže v kamnolomu (spustil se je po cevi za zrak), zato je sam kriv za nastalo poškodbo. VDSS Pdp 619/2011 z dne 18. 11. 2011: Delodajalec je odgovoren za padec delavca v jamo na gradbišču, ker je ni ustrezno zavaroval. Soodgovornost delavca ni podana, čeprav je imel na voljo druge, daljše poti, po katerih ne bi prišel v bližino jame. VDSS Pdp 554/2011 z dne 15. 11. 2011: Pri padcu na »nevarni« poledeneli betonski podlagi ni pomembno, ali bi lahko delavec izbral drugo, varnejšo pot. VSL II Cp 700/2012 z dne 23. 5. 2012: Delavec se je odločil po liniji najmanjšega odpora in vzel najnujnejšo opremo, zato je prišlo do nezgode.

Mislím, da navedeni primeri dobro kažejo, da je treba k tezi o ekonomski koristi delodajalca kot »podlagi« njegove odškodninske odgovornosti pristopati previdno. Korist od dela imata tako delodajalec kot delavec in oba ubirata »bližnjice«.

#### **4.7 Samoiniciativno opravljanje dela**

VS RS VIII Ips 62/2012 z dne 8. 1. 2013: Odločilno je, ali je imel delavec kritičnega dne navodilo za delo na višini. Delodajalec je delavcem tedaj dal navodilo, ki ni vključevalo dela na višini, delavec se je sam brez navodila in brez zaščitnih sredstev lotil dela, zato je zahtevek neutemeljen. Njegovega ravnanja glede na dano navodilo delodajalec ni mogel pričakovati. VS RS VIII Ips 212/2010 z dne 2. 4. 2012: Delodajalec se je utemeljeno zanašal, da bo delavec spoštoval navodila. Ko je delavec med obratovanjem zlezel v transporter, je sam povzročil nastanek škode. Delavec pri delu ni imel norme. VSL II Cp 2908/2011 z dne 20. 6. 2012: Od vsakega povprečno skrbnega delavca se pričakuje, da bo pri delu upošteval predpise pri delu. Delavec ne bi smel plezati po opažni steni.

VDSS Pdp 687/2011 z dne 15. 11. 2011: Delavec je želel dokončati delo na ostrejšu, verjetno zato, da bi delo čim prej opravil (v korist delodajalca) – soodgovornost 50 : 50 (ni uporabljal zaščitnih sredstev). Po pritožbeni navedbi tožnika sodišče prve stopnje neupravičeno namiguje na samomor.

Menim, da (pravilno) delavčevo izpolnjevanje pogodbe olajšuje njegovo pravno situacijo v odškodninski pravdi zaradi poškodbe pri delu. Če pa postopa izven pogodbenih meja – konkretno mimo navodil – pa lahko nase prevzame tudi tveganje, ki se pri tem uresniči.

#### **SKLEP**

Sodna praksa o invazivnih posegih delodajalca v delavčevo telesno celovitost (35. člen Ustave RS) je bogata, teorija nekoliko manj. Odpirajo se vprašanja o naravi delodajalčeve odgovornosti, ki bi se morala v prihodnosti še bolj izkristalizirati. Ne glede na mogoča različna teoretična izhodišča bi se morala sodna praksa poenotiti in s tem zagotoviti pravno varnost državljanom. Pri tem bi bilo treba slediti ekonomski učinkovitosti in pravičnosti, ki se v večji meri prepletata. Večji razlagalni poudarek bi moral biti na tveganjih, njihovi porazdelitvi ter preventivni vlogi odškodninskega prava. Če pa so verjetnosti nastanka škode znane in je škoda le neizogibna družbena realnost, ki ji ne moremo ubežati, potem se je treba le odločiti, kakšno izravnalno pravičnost želimo, in bo odškodninsko pravo redistribuiralo dohodke.



# NEPREMOŽENJSKA ŠKODA V POGODBENEM ODNOSU: ANALIZA TEORETIČNIH IN SODNIH DILEM NA PRIMERU DELOVNEGA RAZMERJA

mag. France Ocepek  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## UVOD

Namen prispevka je podati globlji vpogled v teoretične in praktične dileme prisojanja odškodnine zaradi nepremoženjske škode, ki jo oškodovanec zahteva od nasprotnega pogodbenega partnerja kot domnevnega povzročitelja te škode. Tako se v prvi vrsti osredotočam na utemeljenost sankcijskega pravila, ki za nepremoženjsko škodo praviloma predvideva povračilo v obliki denarne odškodnine. Dejstvo, da sta stranki predhodno v pogodbenem odnosu, z življenjskega vidika velikokrat odločilno pripomore k nastanku škode, pravno vprašanje pa je, ali je škodna posledica povzročena z nepravilnim izvrševanjem pogodbe ali zaradi dejanja stranke, ki v pogodbenem predmetu ni vključeno, ali zaradi dejanja tretjega. Pravni red na različne dejanske stanove veže različne pravne posledice, vprašanje pa je, komu (če že) jih pripisati.

Glede na številčnost življenjskih primerov je pogodba o zaposlitvi z vsebovanim delovnim razmerjem idealen lakmusov papir za analizo obsežne sodne prakse, ki skorajda brez izjeme delavcem (tj. stranki pogodbe o zaposlitvi) odškodnino za nepremoženjsko škodo dosoja ali zavrača iz naslova nepogodbene (deliktne) odškodninske odgovornosti. Gre za primere nezakonitih odpovedi pogodbe o zaposlitvi, trpinčenja delavca s strani delodajalca (mobbing), šikaniranja (zlorabe pravic), diskriminacije in tudi nesreč pri delu. Čeprav je sodna praksa zaradi dejanskega vsakodnevnega uresničevanja delovnih razmerij seveda zelo bogata, na drugi strani izostaja teoretična podprtost obravnavanih odškodninskih sporov. Na sodiščih je seveda ustvarjalna vloga ustvarjanja prava v odškodninskih zadevah zaradi odprtosti pravnih standardov,<sup>1</sup> zato enostavna pravniška dedukcija iz pravnega pravila na konkretni dejanski stan sploh ni mogoča in si je treba nujno pomagati z namensko razlago, ki pa je prevladujoča pravna stroka ne ponuja v zadostni meri, ampak se vrti v začaranem krogu razlage zapisanih pravil, ki pa sama po sebi kot taka ne dajejo odgovora na zahtevna pravnapolitična vprašanja, ki jih odškodninsko pravo odpira.<sup>2</sup> Pri teoretični podpori in analizi sodne prakse si zato pomagam tudi z ekonomsko analizo prava. Problemi so predstavljeni na konkretnih primerih sodnih odločb, ki jih spremlja teoretična razprava.

Prispevek najprej razčleni splošno vprašanje o priznavanju nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodb. Nato obravnavam nepremoženjsko škodo v primerih kršitve

1 Prim. Polajnar - Pavčnik, A.: Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, št. 7/2011, str. 1275.

2 Schäfer, H.-B., Ott, C.: The Economic Analysis of Civil Law. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2004, str. 110, 157.

duševne celovitosti pri nezakoniti odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Sledi predstavitev prakse v primerih napada na delavčevo osebnost z mobbingom, šikaniranjem in diskriminacijo. Končam s sklepnimi ugotovitvami.

## 1 ŠKODNI DOGODEK, USMERJEN PROTI DUŠEVNI<sup>3</sup> CELOVITOSTI

### 1.1 Nepremoženjska škoda

Prispevek se osredotoča na nepremoženjsko škodo, katere povrnitev zahteva oškodovanec od pogodbenega partnerja. Obligacijski zakonik (OZ)<sup>4</sup> v splošnih določbah pri neposlovni odgovornosti opredeljuje, kaj naj bi razumeli pod pravnim standardom nepremoženjske škode. V 132. členu kot nepremoženjsko škodo predvideva telesne in duševne bolečine, strah in okrnitev ugleda pravne osebe. Pravična denarna odškodnina pripada oškodovancu za pretrpljene telesne bolečine, za pretrpljene duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti, skaženosti, razžalitve dobrega imena in časti ali okrnitve svobode ali osebnostne pravice ali smrti bližnjega in za strah, če okoliščine primera, zlasti pa stopnja bolečin in strahu ter njihovo trajanje to opravičujejo, neodvisno od povračila premoženjske škode, pa tudi če premoženjske škode ni (prvi odstavek 179. člena OZ). Višina odškodnine za nepremoženjsko škodo je odvisna od pomena prizadete dobrine in namena te odškodnine, ne sme pa podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom (drugi odstavek 179. člena OZ).

OZ torej omogoča oškodovancem denarno odškodnino za dva glavna sklopa škodnih posledic: telesne in duševne bolečine. Če so prve logična posledica prepovedanega posega drugega subjekta v človekovo telesno celovitost, ki jo varuje Ustava RS v 35. členu, in jih načeloma spremljajo tudi duševne bolečine (s strahom), so duševne bolečine (s strahom) edina (pustimo nenavadne izjemne življenjske pojave ob strani) pravno varovana škoda pri škodnem ravnanju zoper človekovo duševno celovitost – spet varovane po določbi 35. člena Ustave RS. OZ posega v telo sicer izrecno ne omenja, ta pa izhaja že iz (običajne) narave telesnih bolečin, medtem ko pri škodnem ravnanju proti oškodovančevi duševni celovitosti kot pravno varovano dobrino omenja dobro ime, čast, svobodo in osebnostne pravice ter smrt bližnjega, ki za nadaljnjo razpravo ni toliko zanimiva.

Konceptualno morata biti za priznanje pravične denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo torej izpolnjena dva pogoja: škodno ravnanje s posegom v telo ali duševno osebnost oškodovanca in (vsaj znatne) škodne posledice z duševnimi oziroma telesnimi bolečinami. Slovenska sodišča so na podlagi OZ sprejela objektivno-subjektivno koncepcijo nepremoženjske škode, po kateri mora priti do protipravnega napada na posameznika in do tega, da ta zaradi napada trpi večje nelagodje. Ni torej dovolj večja kršitev pravice oškodovanca, če ta zaradi dejanja oškodovalca ne utрпи nobene škode. Sodišča so obenem enotno sprejela razlago, da so primeri nepremoženjskih škod v zakonu navedeni taksativno (t. i.

3 V prispevku ni zajeta problematika odgovornosti delodajalca pri nesrečah na delu, v kateri se v prvi vrsti obravnava napad na delavčevo telesno celovitost.

4 Uradni list RS, št. 83/01 in naslednji.

*numerus clausus*). V teoriji je imel Cigoj drugačno stališče, da so zakonski primeri navedeni le primeroma.<sup>5</sup> S sprejetjem OZ je bila vpeljana nepremoženjska škoda tudi zaradi okrnitve ugleda ali dobrega imena pravne osebe (glej 132. in 183. člena OZ), kar je porušilo strogo sistemsko objektivno-subjektivno koncepcijo nepremoženjske škode in vpeljalo objektivni koncept vsaj pri pravnih osebah. Kaj je problematično pri tej (neposrečeni) rešitvi, pa bom razgrnil v nadaljevanju.

Če strnem: srž varstva deliktne odgovornosti pri nepremoženjski škodi bodo posegi v (svobodno) pravno zavarovano sfero posameznika, za katere ni upravičenega razloga, poseg pa je take narave, da pri njem povzroči večje porušenje telesnega in duševnega ravnotežja. Tako se dodatno na civilnopravnem področju varujejo predvsem ustavne pravice do osebnega dostojanstva in varnosti (34. člen) ter do zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen). Prvo očitno varstvo teh pravic namreč omogočajo že sankcije na kazenskopravnem področju.

## 1.2 Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe na splošno

Širšo teoretično razpravo o (ne)priznavanju nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodb je sprožila sodba Sodišča Evropske unije (SEU) v zadevi Leitner C-168/00 z dne 12. 3. 2002. V njej je SEU Direktivo o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih (90/314/EGS) v 5. členu razlagal tako, da omogoča potrošniku pravico do odškodnine za nematerialno škodo, ki izvira iz neizpolnitve ali nepravilne izpolnitve storitve, ki predstavlja paketne počitnice. Tožničina družina je v Avstriji kupila turistični paket potovanja za dva tedna v Turčiji. Tam se je Simone Leitner po enem tednu zastrupila in bila bolna do konca počitnic. Družina je morala v tem času nanjo paziti. Avstrijsko sodišče ji je prisodilo denarno odškodnino zaradi telesnih bolečin in trpljenja, zavrnilo pa je zahtevek za nepremoženjsko škodo zaradi izgube užitka na počitnicah. Avstrijsko pravo take nepremoženjske škode namreč izrecno ne priznava v primerjavi z na primer nemškimi pravom, ki jo izrecno priznava.

Dober primerjalnopравни pregled problematike nepremoženjske škode v pogodbenih odnosih podaja Možina, ki to sodbo navaja tudi kot dodaten argument za smelejše priznavanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodb v slovenskem pravnem prostoru.<sup>6</sup> Za vse pravne sisteme sicer ugotavlja zadržano priznavanje nepremoženjske škode v primeru pogodbenih kršitev. V Veliki Britaniji je opazno priznavanje v primerih kršitev iz naklepa in hude malomarnosti, sam strah in razočaranje zaradi neizpolnitve pogodbe pa ne zadostujeta za prisojo odškodnine. V ZDA se izjemoma priznava odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe, če je mogoče škodo upravičiti z njeno predvidljivostjo. V švicarskem sistemu je taka odškodnina priznana v primerih posebno težkih kršitev pogodbe in krivde. Nizozemsko pravo priznava nepremoženjsko škodo zaradi izjalovljenega dopusta in posledične izgube zadovoljstva.

5 Cigoj, S.: Ali novo obligacijsko pravo priznava samo bolečine kot nepremoženjsko škodo?, ZZR, Ljubljana 1978, str. 39.

6 Možina, D.: Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe. Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 33–51.

Najzanimivejši izvlečki, ki jih navaja Možina, so iz nemškega prava in morda še najbolj prikazujejo težave pravne stroke pri določanju temelja in višine odškodnine pri pogodbenih kršitvah. Tako se pri neuporabi stvari – šolski primer je vozilo – zastavi vprašanje, kolikšna je odškodnina, ker je bila oškodovancu onemogočena njegova uporaba. Če ta najame nadomestno vozilo, je njegova škoda navzven jasna in razvidna – tj. strošek najema tega vozila. Če pa vozila ne najame, je dilema, ali kljub temu priznati oškodovancu odškodnino zaradi neuporabe vozila v višini fiktivnega najema in kakšne narave je taka odškodnina – ali gre za povrnitev nepremoženjske ali premoženjske škode. Pri istem problemu je avstrijsko pravo povzegal že Dolenc.<sup>7</sup> V Avstriji je tako večinsko stališče, da gre v primeru fiktivnega najema za nepremoženjsko škodo. Nasprotno so nemška sodišča zavzela stališče, da gre v primeru povrnitve škode zaradi neuporabe stvari (v primeru fiktivnega najema in širše) za premoženjsko škodo, vendar so omejila razlago ozko na gospodarske dobrine, ki so osrednjega pomena za samostojno oblikovanje življenja. V Nemčiji se prisoja odškodnina zaradi izjalovljenega dopusta kot odmena za nepremoženjsko škodo. Prav tako lahko oškodovanec dobi odškodnino zaradi izjalovljenih izdatkov, ki jih je na podlagi zaupanja v prekršeno pogodbo investiral in ki so zaradi kršitve izgubili svoj pomen (in s tem seveda vrednost).

V slovenskem pravnem prostoru se Možina<sup>8</sup> in Mežnarjeva<sup>9</sup> zavzemata za priznavanje nepremoženjske škode kot posledice kršenja pogodb. Možina tako argumentira, naj bi se nepremoženjska škoda ob očitnem razvojnem namigu SEU priznavala, ker je zakonodajalec pri obsegu škode po 243. členu OZ želel omejiti škodo z vidika predvidljivosti, ne pa omejiti pravno priznane oblike škode. Varstvo nepremoženjskih dobrin naj se omogoča ne le z deliktno odgovornostjo, temveč tudi s poslovno. Glede na 246. člen OZ, ki napotuje na določbe o deliktni odgovornosti, je mogoče priznati tudi nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pogodbe. Pravnopolično težavo (previsoke) višine take škode bi sodišča omejevala z razlago pravične denarne odškodnine (njenega namena) po 179. členu OZ in z vidika predvidljivosti škodnih posledic ob sklenitvi pogodbe. Mežnarjeva navaja, da v prid poslovni odgovornosti za nepremoženjsko škodo govori dejstvo, da lahko tako stranka varuje svoje nepremoženjske interese iz sklenjene pogodbe in da daje stranki v mejnih primerih dodatno možnost varovanja njenih pravic tudi s pogodbeno odgovornostjo – tipičen primer je škoda zaradi zdravniške napake.

Po določbi prvega odstavka 243. člena OZ ima upnik pravico do povračila navadne škode in izgubljenega dobička, ki bi ju dolžnik moral pričakovati ob kršitvi pogodbe kot mogoči posledici kršitve pogodbe glede na dejstva, ki so mu bila takrat znana ali bi mu morala biti znana. V skladu z drugim odstavkom 243. člena OZ ima upnik v primeru prevare ali namerne neizpolnitve ter neizpolnitve iz hude malomarnosti pravico zahtevati od dolžnika povrnitev celotne škode, ki je nastala zaradi kršitve pogodbe, ne glede na to, ali je dolžnik vedel za posebne okoliščine, zaradi katerih je nastala.

7 Dolenc, M.: Pogodbena odškodninska odgovornost v sodni praksi, Pravosodni bilten, št. 2/2004, str. 275.

8 Možina, D., nav. delo, str. 45–51, Možina, D.: Kršitev pogodbe. GV Založba, Ljubljana 2006, str. 390–394.

9 Mežnar, Š.: Pogodbena odškodninska odgovornost – nekatera odprta vprašanja, Odvetnik, št. 2/2013, str. 28–31.



Drugi odstavek 243. člena OZ po mojem mnenju daje dodatno edino še (pravno) sprejemljivo »kompromisno« rešitev med mojim<sup>10</sup> siceršnjim odklonilnim stališčem do nepremoženjske škode v pogodbenem odnosu in pravkar predstavljenim mnenjem obeh avtorjev. Namreč praktično nemogoče je prebiti jezikovne okvire prvega odstavka 243. člena OZ – obseg škode lahko pomeni le, da sta ob »običajni« pogodbeni kršitvi priznana le navadna škoda in izgubljeni dobiček – tj. premoženjska škoda. Če bi želel zakonodajalec vključiti kaj več, bi to naredil in dodal še kakšno besedno zvezo za nepremoženjsko škodo, kar ga ne bi nič stalo (zagotovo pa bi več težav s tem povzročil praksi), pa je pač ni dodal – kot jo je za teorijo<sup>11</sup> sicer presenetljivo pri okrnitvi ugleda pravne osebe. Hujša kršitev pogodbe lahko s seboj prinese v skladu z načelom sorazmernosti in preventivne funkcije seveda tudi hujšo sankcijo. Omejitve obstoječe sodne prakse so prav v priznavanju posrednih škod – npr. izjalovljenih izdatkov na podlagi zaupanja v pravilno pogodbeno izpolnitev dolžnika.<sup>12</sup> Že Cigoj pri razlagi termina celotne škode namiguje na širjenje vzročne zveze na druge stroške,<sup>13</sup> ki so posledica pogodbe ter v njej seveda niso izrecno navedeni in zajeti, zato pa tudi niso *prima facie* predvidljivi za dolžnika. V okvir zakonske celotne škode (čeprav naj bi bila odškodnina po prvem odstavku istega člena popolna v okvirih pogodbene predvidljivosti, katere končna presoja je pridržana sodišču) bi lahko uvrstili tudi nepremoženjsko škodo kot pravno priznano posledico kršitve pogodbe. Proti tej mogoči vmesni razlagi pa govori več sistemskih razlogov (poleg jezikovno-pravnega, po katerem je v prvem odstavku navedena le premoženjska škoda, zato se celotna škoda lahko nanaša le na širjenje njene daljnosežnosti).

Govoriti o nepremoženjski škodi v sicer premoženjskem pogodbenem odnosu je oksimoron.<sup>14</sup> Prenos ovrednotene premoženjske pravice lahko pri napakah pri prenosu povzroči škodo v okviru pogodbeno ocenjenega predmeta izpolnitve. Predmet pogodbenih menjav je stvar ustavnopravnega varovanja pravice do zasebne lastnine (33. člena Ustave RS), svobode dela (49. člen Ustave RS) in svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave RS). Kakšen je predmet pogodbe, avtonomno določita pogodbenika (3. in 34. člen OZ), notranji nagib za sklenitev same pogodbe pa praviloma ni merilo za njeno razlago (prvi odstavek 40. člena OZ). OZ v razdelku o povrnitvi nepremoženjske škode (178.–185. člen) izrecno ne predvideva pogodbene kršitve kot vzroka za priznanje nepremoženjske škode, tudi v 179. členu pri denarni odškodnini pogodbeni kršitev ni navedena. Premoženjska pravica ni osebna pravica,<sup>15</sup> tako tudi pri pogodbeni kršitvi *per se* ni mogoče govoriti kot o kršitvi osebne pravice. Vrhovno sodišče je v zadevah pri kršitvi pravice do sojenja v razumnem roku nedavno ponovno pojmovno zaprlo krog

10 Ocepek, F.: Obseg škode v pogodbenem odnosu s poudarkom na vprašanju (ne)priznanja nepremoženjske škode, Pravna praksa, št. 28/2013, priloga str. II–VIII.

11 Juhart, M.: Nepremoženjska škoda pravne osebe: Ali je 183. člen OZ sistemska napaka ali premik, Izbrane teme civilnega prava. Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006, str. 9–18, Polajnar - Pavčnik, A.: Amerikanizacija odškodninskega prava, Podjetje in delo, št. 7/2004, str. 1158.

12 Ekonomsko gledano gre za primere specifičnih investicij, ki imajo zaradi svoje specifičnosti občutno nižjo vrednost v drugih uporabah – za širšo teoretično podlago glej Ocepek, F., nav. delo.

13 Cigoj, S., 1984, Komentar obligacijskih razmerij, II. knjiga, Ljubljana: Uradni list, str. 954.

14 Ocepek, F., nav. delo.

15 Pojmovno se pravica do zasebne lastnine (33. člen Ustave RS) ne sme mešati s pravicami do osebne dostojanstva (34. člen Ustave RS), zasebnosti in osebnoštnih pravic (35. člen Ustave RS).

mogočih nastankov nepremoženjske škode s sklicevanjem na t. i. *numerus clausus* nepremoženjskih škod,<sup>16</sup> čeprav so po mojem mnenju pravno-politični razlogi govorili za širšo razlago osebnostne pravice – posebej v okvirih (že *ex ante*) pričakovanega odziva Evropskega sodišča za človekove pravice. Določba 132. člena OZ, ki kot najsplošnejša določba opredeljuje škodo, kot premoženjsko škodo predvideva zmanjšanje premoženja (navadna škoda) in preprečitev povečanja premoženja (izgubljeni dobiček), v 243. členu OZ pa sta navedena le navadna škoda in izgubljeni dobiček – tj. samo premoženjska škoda. Določba 246. člena OZ, ki napotuje nazaj na določbe deliktne odgovornosti, glede na predstavljeno jasno zakonsko ureditev nima nobene prave uporabljivosti za rešitev dileme o priznanju nepremoženjske škode zaradi kršitve. Prvič gre za lovljenje lastnega argumentacijskega repa, ki pri deliktni odgovornosti ne daje podlage za priznanje nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe, v pogodbenem delu OZ pa se izrecno omejuje na premoženjsko škodo. Drugič, ta napolitna določba je brez praktične uporabnosti tudi širše, kar se da razbrati tudi iz (skopih) komentarjev te določbe.<sup>17</sup>

Najmočnejši argumenti zoper priznavanje nepremoženjske škode v pogodbenih odnosih izvirajo iz spoznanj ekonomske analize prava.<sup>18</sup> Sodišča pri odločanju o pogodbenih kršitvah izhajajo iz hipotetične popolnosti pogodbe.<sup>19</sup> V taki pogodbi so do popolnosti urejena vsa tveganja in je dejansko skonstruirana tako iz pravil, ki so jih izrecno določile stranke, kot iz zakonskih pravil. Zaradi načela dispozitivnosti pogodbenih norm (svobodno urejanje pogodbene vsebine – 2. člen OZ) namreč lahko pogodbeni stranki zakonsko dispozicijo zamenjata s svojo, ki pa mora biti v mejah kogentnih zakonskih pravil.<sup>20</sup> Z vidika pogodbene svobode je boljši konceptualni pristop ekonomske analize prava, ki analitično gleda na dispozitivne zakonske norme kot na dopolnitev avtonomnemu pogodbenemu urejanju, ki je predhodno zakonu in ne obratno, medtem ko se kogentne norme štejejo za popraviljanje Pareto neučinkovitosti,<sup>21</sup> ki se kaže predvsem v ekonomsko nezaželenem monopolu (npr. oderuška pogodba, čezmerno prikrajšanje, tipske pogodbe) in v drugih tržnih napakah (asimetrije informacij).

Posamezniki svobodno vstopajo v pogodbeno razmerja in svobodno določajo njihovo vsebino,<sup>22</sup> pri tem pa je pogodbeno pravo institucionalni okvir, v katerem racionalni posamezniki povečujejo skupno koristnost. Pogodbeno pravo naj bi bilo naravnano tako, da bi zmanjšalo stroške uporabe trga.<sup>23</sup> V klasični mikroekonomiji se domnevata celovita in popolna informacija o cenah in kakovosti dobrin ter popolno nepoznavanje osebnih okoliščin in želj drugih igralcev na trgu, zato se ti

16 Zadeve II Ips 470/2009 z dne 7. 7. 2009, II Ips 305/2009 z dne 24. 6. 2009, II Ips 591/2008 z dne 24. 6. 2009.

17 Cigoj se sicer neprepičljivo trudi – glej Obligacijska razmerja: Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Uradni list SRS, Ljubljana 1978, str. 276; Plavšakova pa brez posebnega komentarja v Obligacijski zakonik (OZ): (splošni del): s komentarjem: 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 230.

18 Prim. Ocepek, F., nav. delo.

19 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 299–302.

20 Plavšak, N., Juhart, M., Vrenčur, R.: Obligacijsko pravo: splošni del. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 125.

21 Posner, R. A.: *Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business. A Division of Aspen Publishers, New York 1998, str. 126–130.

22 Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 273.

23 Prav tam, str. 278.

le srečajo na trgu in gredo naprej.<sup>24</sup> Posameznik tako vedno dobi ravno tisto, kar si tudi želi plačati, saj so v ceni zajeta vsa tveganja, ki so znana vsem, strateškega vedenja pa ni zaradi nepoznavanja preferenc pogodbenega partnerja.<sup>25</sup>

Čeprav je jasno, da v vsakdanjem življenju nimamo opravka niti z vsevednimi in vsemogočnimi strankami niti s sodišči takih lastnosti, je treba poudariti omejenost in določenost pogodbenega predmeta. Ta je določen z voljo strank in se dopolnjuje *ex post* s sodnim ustvarjanjem pravila v primeru spora. Stranke imajo namreč tudi pri odločitvi, kako natančno bodo določile pogodbeni predmet z izrecnimi ali odprtimi pravili oziroma celo brez njih, pred očmi stroškovni vidik. Če je strošek dodelitve tveganja večji od stroška določitve izgube, pomnožene z verjetnostjo izgube iz tega tveganja, potem je pogodba glede tega posebnega pogodbenega določila (na videz) prazna.<sup>26</sup> To pa je treba ločiti od situacije, ko pogodbeno tveganje sploh ni predmet pogodbe. Če sta ga stranki izločili iz pogodbe – izrecno ali molče – potem ni predmet pogodbe in se bo ob uresničitvi presojalo po pravilih deliktne odgovornosti (zato se uporabljajo izrazi »nepogodbeni«, »izvenpogodbeni« ali »neposlovna« odgovornost). Če pa pogodba o tveganju molči, vendar je vsaj implicitno del pogodbenega predmeta, potem se mora ob uresničitvi tveganja upoštevati njegova pogodbeno dodelitev (ki jo bo, če ne bo šlo drugače, hipotetično skonstruiralo sodišče v smislu popolne pogodbe). Na načelni ravni pa naj bi se tveganje dodelilo tistemu, ki se mu izogne z najmanjšim stroškom – lastnim, s stroškom zavarovanja ali s sicer najcenejšo možnostjo izogibanja tveganja kot takega v celoti.<sup>27</sup> Ekonomska učinkovitost tudi terja, da oseba, ki povečuje tveganje, tega tudi prevzame.<sup>28</sup>

Vprašanje povrnite škode pri nezmožnosti uporabe stvari (oziroma produkta na splošno – torej tudi storitve), ki ga omenjata Možina in Dolenc, je ključno za razumevanje vprašljive daljnosežnosti odločitve v zadevi Leitner. Vodilnemu delu pravne teorije in prakse je namreč očitno težko razumeti koncept koristnosti dobrin in dohodka iz mikroekonomije.<sup>29</sup> Po njem je posameznik ravnodušen med določeno količino dobrin in denarja, mejna koristnost dobrin je enaka glede na denarni dohodek posameznika, ki optimizira svojo potrošnjo s količino dobrin glede na svoje preference in razpoložljiv dohodek. Kar potrošnikov dobiček predstavlja, je koristnost, ki jo pridobi z nakupom določene dobrine. Potrošniški dobiček je pozitiven, če je za dobrino pripravljen plačati več, kot je realizirana nabavna cena na trgu. Tu se skriva prvi argument, da notranja intimna sfera celo ne sme biti predmet pogodbe, saj kakor hitro potrošnik razkrije svoje preference, se na nepopolnem trgu odpove potrošniškemu dobičku, saj lahko nasprotna pogodbeno stran od njega izsili najvišjo ceno, potrošnik pa ostane brez dobička iz naslova

24 Prav tam, str. 358, 367.

25 Prav tam, str. 377.

26 Cooter, R., Ulen, T.: Law and Economics. Addison-Wesley Educational Publishers, Reading 1997, str. 181.

27 Prim. Kranjc, V.: Vloga in dopustnost pogodbenih klavzul o omejitvi ali izključitvi poslovne odškodninske odgovornosti, Podjetje in delo, št. 2/2008, str. 191, Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 292, Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 241.

28 Cooter, R., Ulen, T., nav. delo, str. 229.

29 Bajt, A., Štiblar, F.: Ekonomija: Ekonomska analiza in politika. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 167–174. Prašnikar, J.: Uvod v mikroekonomijo. Ekonomska fakulteta v Ljubljani, Ljubljana 1994, str. 118–120.

koristnosti. Vendar potrošnikove intimne sfere tudi ni treba razkrivati *ex post*, če jo – potrošnik bo seveda trdil, da bi dal za predmet veliko več kot *ex ante*, kar pa je nepreverljivo,<sup>30</sup> saj je njegova pripravljenost za plačilo dejansko večinoma povsem nepomembna, ker imamo pogodbeno ceno. Če jo uporabimo kot merilo za povrnitev pogodbene škode (v zahtevnejših primerih z uporabo tveganja – to pa vsebuje element verjetnosti in višine mogoče škode zaradi uresničitve tveganja), potem je določitev višine škode dokaj preprosta. Ob upoštevanju časovnega elementa in narave transakcijske dobrine je ekonomsko jasno, da je vseeno, ali npr. v primeru nezmožnosti uporabe avtomobila potrošnik najame avtomobil ali pač ne. Če bo najel nadomestni avtomobil, mu bo povrnjen strošek najema, če se zanj ne odloči, ga lahko na prvotno raven ravnodušnosti pripelje le denarna odškodnina, zaradi katere bo ravnodušen med uporabo najetega avtomobila in neuporabo avtomobila (npr. hojo s kombiniranim javnim prevoznim sredstvom). Seveda gre za čisto premoženjsko škodo, ki morda ne sodi v prav tipični kalup opredelitve pravne premoženjske škode (npr. fizično uničene stvari). Že v malo zapletenejših primerih je težje določiti višino premoženjske škode zaradi nezmožnosti uporabe stvari (ali zaradi izjalovljene, kot je primer pri dopustu), vendar to po mojem mnenju ne upravičuje poimenovanja take škode kot nepremoženjske.

Prav s tega vidika – težavnosti določitve sicer premoženjske škode pri okrnitvi ugleda pravne osebe – lahko razumemo slovensko uvedbo nominalno sicer nepremoženjske škode za tak delikt. Zelo podobno – z nezmožnostjo priznavanja premoženjske škode zaradi očitno izjalovljenega dopusta – se lahko lažje razume tudi evropska zadeva Leitner. Pri storitvah dostikrat ne gre za tako preproste situacije kot pri fizičnih produktih, vendar se tudi tu da zavarovati pravilna pogodbena izpolnitev s prisojjo denarne odškodnine, ki bo praviloma omejena z višino cene produkta. Tu je treba poudariti, da vračilo kupnine oziroma plačila pri npr. podjemih sploh ni nujno enako odškodnini, ki bi povrnila žrtev v položaj ravnodušnosti. Časovni vidik in narava pogodbene dobrine bosta odločilen dejavnik, ali bo samo že vrnitev plačanega zneska pomirila dolžnika. Pri storitvah, sploh pa turističnem potovanju, je (časovna) nepovratnost omejevalni dejavnik. Časa ni mogoče zavrteti nazaj, dopusta pa ne ponoviti, saj mora biti dopustnik v službi, da sploh zasluži za naslednji dopust. Če pa ima pravo težavo s tem, da upniku povrne škodo v višini plačila za dopust, je ekonomija nima, pravo pa bi moralo v pogodbenih menjavah slediti ekonomskim zakonitostim.<sup>31</sup> Ker tega zaradi pravniške togosti ni zmožno, se vpeljujejo tehnično nekorektni pojmi o nepremoženjski škodi, čeprav je nekomu z osnovnim ekonomskim znanjem razvidno, da se ista stvar le poimenuje drugače.

Sodišča bi morala v takih primerih prilagoditi dokazne standarde in jih ne držati (nerazumno) (pre)visoko ter uporabiti možnost, da lahko v primeru pravice stranke do odškodnine, do denarnega zneska ali do nadomestnih stvari o višini zneska oziroma količini stvari odločajo po prostem preudarku, če se ta ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami (216. člen Zakona o pravnem postopku – ZPP).<sup>32</sup> Najprej pa bi morala sodišča (in teorija) prilagoditi in posodobiti svoj pogled na premoženjsko škodo v primerih neuporabe blaga in storitev – torej prevetriti splošno materialnopravno koncepcijo premoženjske škode.

30 Prim. Schäfer, H.-B., Ott, C., nav. delo, str. 260.

31 Prim. Ocepek, F., nav. delo.

32 Uradni list RS, št. 26/99 in naslednji.

Kot sem že pokazal na primeru poročne obleke, je ta primer dokaj lahko rešljiv v primeru nezmožnosti uporabe z odškodnino (največ) v višini kupnine.<sup>33</sup> Če pa si lahko nevesta tik pred zdajci kupi novo (cenejšo obleko), bo upravičena do razlike v ceni.<sup>34</sup> Tako bo njena koristnost izenačena glede na stanje pred pogodbeno kršitvijo.

V tem delu prispevka je treba zelo na kratko opozoriti še na problematiko pogodb, katerih predmet je osebna dobrina posameznika. Šolski primer je pogodba o zdravljenju,<sup>35</sup> ki po svoji naravi praviloma vsebuje obligacijo prizadevanja<sup>36</sup> in ne rezultata. Z vidika pogodbenega predmeta je pomembno razumevanje tveganj zdravljenja – pojasnilna dolžnost odstrani asimetrijo informacij pri uporabniku zdravstvenih storitev, sploh omogoči njegovo morebitno privolitev, končna privolitev v poseg pa odstrani element protipravnosti ravnanja (*Volenti non fit iniuria*). Zdravnik za tveganja zunaj pogodbe, ki jih povzroča sam, odgovarja po splošnih deliktnehih pravilih. Za tveganja znotraj pogodbe pa ne odgovarja, če je skrben glede na zahtevan standard zdravljenja. Ob uresničitvi pogodbenih tveganj ob skrbnem zdravljenju zdravnik (praviloma) ne bo odgovarjal (sistem vse ali nič). Če pa ni dovolj skrben, bolnik pa seveda ni dal privoljenja za neskrben poseg, ampak ga je dal za poseg v skladu s pravili stroke, bo ponovno nastopila deliktna odgovornost, saj oživi element nedopustnosti ravnanja.<sup>37</sup>

### 1.3 Nezakonita odpoved pogodbe o zaposlitvi

Kaj se zgodi, če pogodbeni stranka preneha izvrševati (izpolnjevati) pogodbo? Dober primer je odpoved pogodbenega odnosa delavcu s strani delodajalca. Trajni pogodbeni odnos se torej konča, delavec se s tem ne strinja, rad bi nadaljeval delo in seveda za to prejemal plačo. Če pa trdi, da mu je zaradi odpovedi nastala nepremoženjska škoda, je stara dilema, ali je do nje sploh upravičen. Vrhovno sodišče BiH je tako zapisalo, da gre delavcu za nezakonito prenehanje delovnega razmerja samo odškodnina za materialno škodo, ne pa tudi za psihične bolečine, ki jih je imel zaradi takega načina prenehanja dela (GŽ 255/70). Drugače je menilo Vrhovno sodišče Hrvaške, da ima delavec načeloma pravico do odškodnine za

33 Ob pogoju, da kupnina še ni bila plačana ali da je vrnjena – glej Ocepek., F., nav. delo. Obleka je namenjena namreč za enkratno priložnost in sama vrnitev denarja ne zadošča, saj ne more popraviti izgubljene koristnosti zaradi neuporabe obleke ob enkratni poročni slovesnosti.

Medčasovno lahko to povrne le dodatna denarna odškodnina, ki *ex post* postavi oškodovanko v enak položaj z vidika koristnosti dobrin, če obleka postane neuporabna tik pred zdajci. Če pa ima nevesta (več kot) dovolj časa za nakup nove, pa škoda zelo verjetno niti ne bo nastala (kvečjemu v razliki v ceni, če je bila neuporabna obleka dražja).

34 Ne sme pa dobiti denarja za samo obleko, ker potem bi bila obogatena (ob dani predpostavki, da se ji vrne kupnina iz prekršene pogodbe ali da ni bila plačana). Koristnost obleke za 1.000 EUR, ki jo zamenja obleka za npr. 500 EUR iz lastnega žepa, je namreč 500 EUR vredna obleka + 500 EUR odškodnine. Tako je koristnost ceremonije za nevesto enaka kot ob »popolni« obleki za 1.000 EUR, ker mora biti koristnost dobrine in denarja izenačena.

35 Več o tej problematiki – glej Strnad, I.: Civilnopravni vidiki odgovornosti v zdravstvu in prikaz sodne prakse s študijo primerov, Podjetje in delo, št. 5/2002, str. 840.

36 Glej npr. zadevo II lps 1099/2008 z dne 15. 3. 2012, v kateri je sicer šlo za zatrjevane kršitve pri odvetniškem zastopanju.

37 Predvsem nesreče pri delu sprožajo podobne pomisleke pri razmejevanju in vključevanju tveganj v pogodbeni odnos, čeprav te dileme slovenska sodišča v svojih obrazložitvah izrecno ne načenjajo, pa bi jo verjetno morala.

nematerialno škodo za utrpljeno psihično depresijo, ker je zaradi nezakonitega postopka delovne organizacije ostal nezaposlen in brez vsakršnih sredstev za življenje (Gž 558/71).

V zadevi VIII Ips 97/2011 z dne 6. 11. 2012 je Vrhovno sodišče po dopuščeni reviziji odločalo o vprašanju, ali je v primeru nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi odgovornost delodajalca za povzročeno škodo nepogodbena (deliktna) ali pogodbena odškodninska odgovornost. Posledično je s tem vprašanjem povezano tudi vprašanje, ali je v takem primeru delavec upravičen do povračila nepremoženjske škode. Delavcu je prenehalo delovno razmerje na podlagi sklepa o prenehanju, glede katerega je bilo v predhodnem sodnem postopku pravnomočno razsojeno, da je bil nezakonit in da mora delodajalec delavca sprejeti nazaj na delo (reintegracija) ter da mu mora do vrnitve na delo obračunati in izplačati plače ter druge prejemke iz delovnega razmerja (reparacija). Po pravnomočno končanem postopku glede nezakonitosti odpovedi, v katerem je delavec uspel, je vložil odškodninsko tožbo zoper delodajalca, v kateri je zahteval denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo v obliki psihičnih bolečin, ki jih je pretepel zaradi nezakonite odpovedi. Sodišče prve stopnje je postavilo izvedenca psihiatrične stroke, ki je objektiviziral nepremoženjsko škodo, in mu prisodilo skupno 8.000 EUR kot pravično denarno odškodnino zaradi nepremoženjske škode. Sodišče druge stopnje je škodo opredelilo kot duševne bolečine zaradi zmanjšanih življenjskih aktivnosti in potrdilo višino odškodnine. Delavec je kot trditveno podlago protipravnosti škodnega dogodka ves čas navajal le dejstvo pravnomočno ugotovljene nezakonite odpovedi. Vrhovno sodišče je revizijo delodajalca zavrnilo z obrazložitvijo, da gre v obravnavnem primeru na načelni ravni za deliktno odgovornost delodajalca, vendar revizija ni bila dovoljena glede presoje odškodninskih elementov, zato jo je bilo treba zavrniti.

V obrazložitvi je razlikovalo med položajem, ko se pogodba ne izpolnjuje zaradi zamude ali nepravilno, in položajem, ko je odpovedana. V prvih dveh primerih naj bi šlo za kršitev pogodbe, v primeru odpovedi pa naj bi bilo treba gledati z vidika dogodka, ki je škodo povzročil, in ne z vidika dejstva, da se pogodba več ne izpolnjuje. Škoda naj bi nastala zaradi nezakonite odpovedi in ne zaradi njenega neizpolnjevanja. Vrhovno sodišče tako zaključuje, da zakon predpisuje način odpovedi pogodbe o zaposlitvi in primere njene (ne)zakonitosti, zato gre v primeru nepravilne odpovedi za kršitev zakona, kar pomeni delikt.

Pred mojo končno analizo predstavljene odločbe bom razgrnil še preostalo najrelevantnejšo aktualno sodno prakso glede nepremoženjske škode pri nezakonitih odpovedih pogodb o zaposlitvi. Tako bo mogoč dokaj natančen zaključek o bistvenih pravnih vprašanjih, ki se pri tem porajajo.

Drugače od Vrhovnega sodišča je namreč Višje delovno in socialno sodišče (VDSS) v zadevi Pdp 710/2012 z dne 27. 9. 2012 zapisalo, da delodajalec delavcu v primeru nezakonite odpovedi pogodbe o zaposlitvi za povzročeno škodo odgovarja po pravilih pogodbene odškodninske odgovornosti. Ob preostalih predpostavkah vzročnosti, protipravnega ravnanja in izkazane škode bi bila njegova odgovornost podana le, če bi bilo ugotovljeno, da je pri svojem odločanju ravnal zoper predpise zavestno ali iz hude malomarnosti. Ker je delodajalec pri odpovedi naredil napake,

zaradi katerih je bila odpoved nezakonita, vendar ta nezakonitost sama po sebi še ne govori o težji kršitvi, je sodišče zahtevek zavrnilo. V skladu s prvim odstavkom 243. člena OZ nepremoženjska škoda ni pravno priznana, je pa lahko priznana pod pogoji iz drugega odstavka 243. člena OZ (prevara, namerna neizpolnitev, neizpolnitev iz hude malomarnosti). V praksi namreč obstajajo razumni dvomi o pravilnem ravnanju pri uveljavljanju pravic in dolžnosti delavcev (tj. delodajalec se lahko seveda »zmoti« pri izvrševanju svojih pravic proti delavcu, ko mu da odpoved).

V primerjavi z zadevo Pdp 710/2012 je sodna praksa povsem enotna in zahtevke iz naslova nepremoženjske škode pri nezakoniti odpovedi presoja po pravilih deliktne odgovornosti. Pri tem se je razvila določena argumentacija, ki si jo je treba poglobljeno pogledati.

V zadevi Pdp 1243/2009 z dne 18. 3. 2010 je VDSS na podlagi izvedenskega mnenja ugotovilo, da ni vzročne zveze med predhodno sodno ugotovljenima nezakonitima odpovedma delovnega razmerja in tožničnimi psihičnimi težavami, saj gre pri tožnici za občutljivejšo osebnost. V zadevi 1423/2010 z dne 6. 1. 2010 je ob razveljavljeni izredni odpovedi zapisalo, da delodajalec ni ravnal krivdno oziroma ni podal odpovedi z namenom škodovati delavcu, zato je zahtevek zavrnilo. V zadevi Pdp 622/2011 z dne 14. 7. 2011 je obrazložilo, da zmanjšanje življenjskega standarda zaradi nezakonite odpovedi ne predstavlja pravno priznane nepremoženjske škode, do katere bi bil delavec upravičen. V zadevi Pdp 639/2008 z dne 16. 9. 2009 je bil zahtevek za odškodnino iz nepremoženjske škode zaradi dveh nezakonitih odpovedi zavrnjen, ker delodajalec s tem ni šikaniral delavca, tako da bi mu namenoma povzročil škodo v obliki strahu in bolečin. Na podlagi izvedenskega mnenja je tudi ugotovilo večjo psihično občutljivost delavca. V zadevi Pdp 279/2011 z dne 5. 5. 2011 je obrazložilo, da delodajalec ne odgovarja zaradi nezakonite odpovedi, ki naj bi povzročile duševne bolečine, saj pri odpovedi ni ravnal zavestno zoper predpise, zamudil je le rok za podajo odpovedi. V zadevi Pdp 853/2011 z dne 12. 1. 2012 je navedlo, da ni šlo za šikaniranje pri nezakoniti odpovedi, saj je delodajalec ni podal zaradi naklepne ali drugega nevestnega ravnanja. V zadevi Pdp 575/2012 je zapisalo, da šikaniranje pri odpovedi ni bilo dokazano, zato je odškodninski zahtevek neutemeljen.

Vrhovno sodišče (VS RS) je že v več zadevah pred zadevo VIII Ips 97/2011 odločalo o podobnih zahtevkih na podlagi deliktne odgovornosti.<sup>38</sup> Tako je v zadevi II Ips 740/2007 z dne 17. 12. 2009 navedlo, da vsaka sprememba odločitev pristojnih organov delodajalca v postopku sodnega varstva ne more imeti za posledico njegove odškodninske odgovornosti. Protipravno (nedopustno) v smislu odškodninskega elementa je le tako dejanje delodajalca, ki nima podlage v zakonu, je samovoljno, ali pa je sicer v okviru zakonskih pooblastil, vendar pomeni njihovo zlorabo s pristransko razlago pravne norme ali pristransko ugotovljenih odločilnih dejstev, šikaniranje ipd. Torej le, ko gre za primere grobih kršitev, storjenih namenoma ali iz hude malomarnosti. V tej zadevi VS RS tudi pričakuje izpolnjenost vseh (krivdnih) elementov odškodninskega razmerja – vendar ni bilo protipravnosti. V novejši odločbi II Ips 64/2009 z dne 10. 1. 2013 je ponovilo stališče,

<sup>38</sup> Glej npr. VIII Ips 180/2007 z dne 15. 12. 2008.

da odločitev o nezakonitosti odpovedi v delovnem sporu sama po sebi še ne pomeni tudi protipravnosti v smislu, ki ga tej predpostavki civilnega delikta pripisuje odškodninsko pravo. To velja (že) za presojo odškodninske obveznosti delodajalca, še toliko bolj pa za presojo obstoja odškodninske obveznosti delavca (delavka je namreč z direktno tožbo tožila direktorico zavoda, ki ji je nezakonito odpovedala pogodbo o zaposlitvi). Potrdilo je zavrnitev zahtevka zaradi nepremoženjske škode pri nezakoniti odpovedi. Najzanimivejši citat iz te odločbe pa je (opomba 3): »Narava odločanja je takšna, da je pogosto mogoča različna presoja pravnih in dejanskih vprašanj, pri čemer prihaja (tudi) do napak ali nepravilnosti, med katerimi ni mogoče vsako opredeliti kot nedopustno ravnanje, ki je pogoj za nastanek odškodninske obveznosti.«

Odškodninska odgovornost iz pogodbenega odnosa zaradi kršitve pogodbe je v osnovi lahko le pogodbeno, drugačen odgovor seveda pomeni novi oksimoron. To je treba previdno in natančno razlagati predvsem v zadevah, ko se uresniči tveganje, ki v pogodbi ni zajeto ali je celo izključeno (tipično zdravniške napake in nesreče pri delu). Vendar na splošno le lahko postavim tezo, da če nekdo zatrjuje pogodbeno kršitev in zanjo *per se* uveljavlja odškodninski zahtevek, potem se bo odgovornost za kršitev preverjala kot pogodbeno (239.–246. člen OZ). V že omenjeni zadevi VIII Ips 97/2011 je delavec tako uveljavljal kršitev pogodbe same po sebi, sodišči prve in druge stopnje pa sta temu sledili. Tako sta bili *de iure* pogodbeno kršitev v obliki nezakonite odpovedi in posledična nepremoženjska škoda v obliki delavčevih psihičnih težav priznani kot (samodejna) pravna posledica sankcijskega pravila za nezakonito odpoved. »Logična« pravna posledica kršitve (pogodbenega) pravila (sekundarne hipoteze) je predpisana v sekundarni dispoziciji pravila.<sup>39</sup> Ko je kršitev primarnega pravila podana, imamo primer sekundarnega hipoteze z dejanskim stanjem, ki mu sledi pravna sankcija. Povsem očitno je, da sta šli sodišči prve in druge stopnje predaleč s pripisovanjem odškodninskih posledic na nepremoženjskem področju, Vrhovno sodišče pa se na to ni ustrezno odzvalo. Ne morem se strinjati s stališčem v predstavljeni zadevi, da ne gre za (klasično) pogodbeno kršitev, ker zakon izrecno predpisuje način prenehanja delovnega razmerja. Neutemeljena odpoved naj bi torej kršila zakonske določbe in ne pogodbenih, zato naj bi šlo v primeru kršenja pravila o pravilni podaji odpovedi pogodbe o zaposlitvi za delikt. To ne drži, saj samo zaradi zakonskega urejanja – dispozitivnega ali kogentnega – pogodbeno ravnanje ne izgubi svoje prvenstvene pogodbene narave. Če bi tako utemeljevanje obveljalo, potem lahko postavimo pod vprašaj celotno naravo pogodbe o zaposlitvi kot avtonomnega pogodbenega akta delavca in delodajalca, saj sta zakonsko zelo omejena v svoji pogodbeni svobodi. Kot je bilo že pojasnjeno, lahko nepopolne pogodbe dopolnjujejo ali zakonske norme ali sodna razlaga. Vendar gre še vedno za odnos dveh subjektov, ki v glavnih delih – tudi glede same podaje odpovedi – avtonomno in na svoje tveganje urejata svoj odnos. Akt odpovedi je pogodbeni akt, s katerim se pogodbeni odnos med delavcem in delodajalcem konča. Stranke v pogodbene odnose vstopajo svobodno in jih tudi na drugi strani svobodno končujejo (ob seveda zakonskih omejitvah na obeh straneh pogodbenega procesa).

---

39 Pavčnik, M.: Teorija prava: Prispevek k razumevanju prava. Cankarjeva založba, Ljubljana 1999, str. 43–63.



Da stališče o odpovedi kot deliktu ne zdrži, se lahko hitro preveri pri poglobitnem sankcijskem pravilu, po katerem se vsakodnevno delavcem omogoča premoženjska (in s tem tudi psihična) pomiritev. Prenehanje izpolnjevanja trajne pogodbe zaradi odpovedi je le eden od razlogov, ki ga neizvrševalec pogodbe ponudi kot opravičilo za neizpolnjevanje nasprotni stranki, ki se s prenehanjem izpolnjevanja seveda ne strinja iz svojih razlogov. Tveganje neizpolnitve (v celoti, z zamudo ali z napakami) pogodbene obveznosti je normalno, prirojeno tveganje vsakega pogodbenega odnosa. Če pogodba ni izpolnjena, ima upnik zahtevke, s katerimi lahko zahteva, da jo dolžnik pravilno izpolni. Izpolnitveni zahtevek je primarni sankcijski zahtevek pogodbenega prava.<sup>40</sup> Če ta ni več smiselni in upravičen (samostojno), ima upnik možnost (dodatnega) uveljavljanja (premoženjskega) odškodninskega zahtevka. Izpolnitveni ali/in odškodninski zahtevek upnika vrnete v položaj, v katerem je njegova koristnost taka, kot bi bila ob pravilno izpolnjeni pogodbi. Podpiranje iracionalnih odzivov pogodbenikov, čeprav imajo ti na voljo ekonomsko učinkovita pravna sredstva in jih celo uporabljajo, je neproduktivno. Pomembna je koristnost, ki jo posamezniki maksimirajo, (i)racionalnosti posameznika pa v pogodbenih odnosih ne moremo reševati. Domneva se, da je posameznik racionalen *ex ante* (če ni, je pogodba neveljavna) pogodbenemu odnosu in seveda tudi *ex post* pri pogodbenem razhajanju.<sup>41</sup> Denarni reparacijski zahtevek na obračun in izplačilo izpadlih plač zaradi nezakonite odpovedi je premoženjski odškodninski zahtevek delavca, ki ga postavi nazaj v položaj, kot bi bil, če pogodba o zaposlitvi ne bi bila nezakonito odpovedana. Reintegracijski zahtevek pa mu omogoči nadaljnje izpolnjevanje pogodbe. Pri reparacijskem zahtevku se od delavca celo ne zahteva zmanjševanje škode, kot se zahteva sicer v drugih pogodbenih razmerjih (četrti odstavek 243. člena OZ), se pa bi lahko morebitna (seveda znana) plača v drugem delovnem razmerju upoštevala pri višini plačnih reparacijskih zneskov, ki bi se znižali za višino plačnih prejemkov pri drugem delodajalcu.<sup>42</sup> Zahteva po zmanjševanju škode in sankcijske posledice neaktivnosti oškodovanca so prenesene na področje zavarovanja za primer brezposelnosti.<sup>43</sup>

Odpoved pogodbe sama po sebi torej ni delikt, ampak izraz pogodbene volje. V primeru nepravilne odpovedi je delavcu načelno omogočena vrnitev v prvotno stanje s premoženjsko reparacijo in dejansko vrnitvijo na delo. Osnovna težava pri presoji, ali gre pri odpovedi – ker odpoved *per se* to ni – za delikt, je, kakšna so merila za delikte, če ima osnovno pravno ravnanje (odpoved) povsem jasne pravne sankcije, za nastop deliktne odgovornosti pa se zahteva zunajpogodbena kršitev. Če bi se tega strogo držali, bi se moralo v manifestativni lupini odpovedi skrivati nepogodbeno ravnanje z (jasnim) namenom oškodovanja delavca. Gre za primere zlorabe instituta odpovedi, šikane, diskriminacije – tj. torej nepravo, navzven izraženo večinoma v povsem sprejemljivi pravni obliki. Sodna praksa – čeprav v predstavljenih zadevah ne ugotovi utemeljenosti zahtevkov – pa se sklicuje

40 Plavšak, N., v Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 203–204.

41 Ocepek, F., nav. delo.

42 Drugačna stališča je mogoče zaslediti v sodni praksi – npr. zadeva VDSS Pdp 765/2011 z dne 21. 10. 2011.

43 Zakon o urejanju trga dela (Uradni list RS, št. 80/10 in naslednji): 66. člen ter tretja in četrta alineja prvega odstavka 129. člena. V zadevi Pdp 595/2011 z dne 1. 9. 2011 VDSS delavcu tako prizna razliko med nadomestilom za brezposelnost in plačo, ki bi jo delavec moral prejemati po nezakonito odpovedani pogodbi o zaposlitvi.

ne samo na (hujše) zlorabe prava, temveč kot mogoče razloge za utemeljenost odškodninskega zahtevka navaja tudi namensko ali iz hude malomarnosti ali zavestno kršenje pogojev za odpoved s strani delodajalca. Tako utemeljevanje je sistemsko zelo vprašljivo, saj ponovno napeljuje k *de facto* uporabi pogodbene odgovornosti, čeprav se obenem sklicuje na nepogodbeno odgovornost. Drugi odstavek 243. člena OZ namreč daje podlago za tako razlago, nikakor pa ne sama deliktna odgovornost. Ta bi zahtevala naklep oškodovalca, ki bi moral biti vsaj eventualno usmerjen tudi proti škodnim posledicam na psihičnem področju delavca. Kot je bilo že nakazano pri predstavitvi prakse, je škoda v delavčevi duševnosti predvsem odvisna od njegove osebnosti (vprašanje preobčutljivosti posameznikov). Nedoslednost bo morala sodna praksa razjasniti v naslednji precedenčni zadevi, ko se bo prvič resneje pojavila dilema med naklepom in hudo malomarnostjo delodajalca pri podaji odpovedi ter bo zahtevku delavca za pravično denarno odškodnino na tej podlagi ugodeno.

Eden glavnih praktičnih protiargumentov (poleg že predstavljenih splošnih teoretičnih v prejšnji točki) zoper pravno razlago v predstavljeni zadevi Pdp 710/2012 je, da morebitno izjemno priznavanje nepremoženjske škode za psihične težave zaradi nezakonite odpovedi po drugem odstavku 243. člena OZ v okviru pogodbene odškodninske odgovornosti prinese s seboj tudi resno sistemsko vprašanje, ali bi se morala na tej podlagi potemtakem presoјati tudi odgovornost za nesreče pri delu (kar se po ustaljeni praksi sicer ne). Pri taki razlagi namreč po mojem mnenju ni resnega pomisleka, da se ne bi z istimi vatli splošnih pravil civilnega prava (prvi odstavek 184. člena Zakona o delovnih razmerjih – ZDR)<sup>44</sup> presoјala tudi odgovornost za telesne poškodbe delavca pri delu (ne pa samo za posege v duševno celovitost delavca).

Težavnost določanja deliktne odgovornosti (npr. zadeva II Ips 64/2009) v različnih pravnih postopkih – tako pogodbenih kot upravnih, sodnih<sup>45</sup> – je torej predvsem v razmejevanju med pravnimi sankcijami, v (statistični) dopustnosti posameznih postopkovnih napak, v dolžnikovi/oškodovalčevi zavestni in voljni komponenti v odnosu do škodnih posledic ter v vzroku nastanka škodnih posledic glede na upnikovo/oškodovančevo psihično stabilnost.

## 1.4 Mobbing

V delovnih sporih so vedno pogostejši zahtevki, s katerimi delavci zahtevajo pravično denarno odškodnino, ker naj bi pretrpeli psihične nevšečnosti zaradi delodajalčevega trpinčenja – mobbinga. V skladu s četrtim odstavkom 6. a člena ZDR<sup>46</sup> je povedano trpinčenje na delovnem mestu – tj. vsako ponavljajoče se ali sistematično, graje vredno ali očitno negativno in žaljivo ravnanje ali vedenje, usmerjeno proti posameznim delavcem na delovnem mestu ali v zvezi z delom. Z mobbingom delodajalec posega v delavčevo avtonomno osebnostno sfero, ki se ji ta s podpisom pogodbe o zaposlitvi ni odrekel. Osebno dostojanstvo, duševna

44 Uradni list RS, št. 42/02 in naslednji.

45 Prim. Plauštajner, K.: Odškodnina zaradi nepravilne odločbe upravnega organa ali sodišča, Pravna praksa, št. 223/1991, in sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1101/2009 z dne 21. 10. 2010.

46 Enako ZDR-1 v 7. členu.

celovitost, varovana v 34. in 35. členu Ustave RS, sta del osebnosti posameznika, ki tudi v ekonomiji ni predmet tržne menjave, ampak je zaščiten in za samo menjavo skrita in nepomembna. Sodišča v zadevah o trpinčenju brez izjeme odgovornost delodajalca utemeljijo na nepogodbeni odgovornosti, če pa se o obliki odgovornosti izrecno opredelijo, navajajo kot podlago krivdno odgovornost. Prepletenost pogodbenega razmerja z zunajpogodbenimi dejavniki je v delovnem razmerju, ki poteka praviloma pet dni v tednu po osem ur na dan, sama po sebi več kot očitna. Kakšne – če sploh kakšne – dileme lahko povzročajo, bom predstavil s pomočjo sodne prakse.

VDSS je v zadevi Pdp 810/2012 z dne 31. 1. 2013 ugotovilo, da je delodajalec delavcu z odredbo, da ga mora vseskozi spremljati varnostnik, neprimerno kratil osebno integriteto in dostojanstvo. Delodajalec za tako ravnanje proti delavcu ni ponudil nobenega vzroka, saj je bil neproblematičen in ni kradel. Vodja poslovalnice se je obenem do njega neprimerno vedel – šlo je za sistematično delovanje (6. a člen ZDR). V zadevi Pdp 1078/2011 z dne 19. 4. 2012 so se sodelavke in nadrejena ponavljajoče žaljivo in neprimerno vedle do delavke, zaradi česar se ji je razvila anksiozno-depresivna motnja. Za ravnanje delavk delodajalec odgovarja, ker ni zagotovil delovnega okolja brez trpinčenja (6. a člen, 45. člen in 184. člen ZDR). Če je zaradi osebnosti delavke škoda večja, to ne vpliva na (manjše) priznanje obsega škode in višino pravične denarne odškodnine. V zadevi Pdp 938/2011 z dne 23. 3. 2012 je delodajalec odgovarjal za dalj časa trajajoče očitno žaljivo ravnanje svojega očeta, ki je kot dejanski šef vodil dela (med drugim je delavcu odrejal dela, ki niso bila predmet pogodbe o zaposlitvi). V zadevi Pdp 1038/2011 z dne 22. 12. 2011 je delodajalec odgovarjal za dalj časa trajajoče trpinčenje – direktorjevo zmerjanje, kričanje, večja občutljivost delavke pa ne izključuje objektivno prepovedanega ravnanja delodajalca. V zadevi Pdp 1047/2010 z dne 10. 3. 2011 je bil delavec žrtev trpinčenja zaradi žalitev, govorjenja v povišanih tonih, slabšalnih oznak s strani nadrejenega. Delodajalec se je branil, da je bil delavec nevosten, da ni opravljal nalog, vendar tega sodišče ni ugotovilo. Pravila o obrnjenem dokaznem bremenu iz drugega odstavka 45. člena ZDR ni mogoče uporabiti, saj ob kršitvah še ni veljalo. V zadevi Pdp 387/2007 z dne 15. 2. 2008 je delodajalec dopuščal, da so njegovi delavci, za katere odgovarja, tožnikom pošiljali elektronska pošta s pornografsko vsebino in jih sicer naslavljali z neprimernimi izrazi (sklicuje se na drugi odstavek 184. člena ZDR in 147. člen OZ). V zadevi Pdp 814/2007 z dne 8. 10. 2007 je ugotovilo, da 10-mesečno žaljivo vedenje vodje podružnice pomeni trpinčenje na delovnem mestu.

V zadevi Pdp 831/2011 z dne 20. 12. 2011 je bil delodajalec odgovoren za trpinčenje delavca, ker mu je po razporeditvi na drugo delovno mesto odvzel telefon, ni mu zagotavljal dela, razporedil ga je v drugo sobo, kjer je bil pod nadzorom, s kom se pogovarja. Delavec se je zaradi tega počutil razvrednotenega in razvila se mu je anksiozno-depresivna motnja. V zadevi Pdp 1448/2010 z dne 4. 4. 2011<sup>47</sup> je delodajalec delavca neutemeljeno izključeval iz vsakdanjega komuniciranja, ignoriral je njegove pobude, želje po razgovoru in mu onemogočal skupno delo. Deloval je v nasprotju s 44. členom ZDR, delavec se je počutil nekoristnega in razvrednotenega. Čeprav ZDR v spornem obdobju ni poznal posebne določbe

---

47 Gre za nadaljevanje zadeve VDSS Pdp 1257/2009 z dne 21. 4. 2010.

6. a člena ZDR (mobbinga), se lahko sodišče opre na prepoved škodljivega ravnanja delodajalca iz te določbe, saj ta tudi pred novelo ZDR ni smel posegati v osebnostne pravice delavca. Tožnik je bil direktor območne enote tožene stranke, potem pa je sklenil pogodbo za delovno mesto svetovalca uprave. Odrezan je bil od komuniciranja, dobival je manj zahtevna dela. Delodajalec pa odgovarja tudi za namerne opustitve. Delo je za delavca glede na njegove osebnostne lastnosti predstavljalo vrednoto.

V zadevi Pdp 395/2012 z dne 27. 9. 2012 je VDSS ugotovilo, da ni znakov trpinčenja z opustitvijo pogajanja delodajalca o podpisu pisne pogodbe o zaposlitvi in tožnikovi plači ter z zavrnitvijo izrabe letnega dopusta. Pravilnost izračuna in izplačevanja plače ne pomeni posega v delavčevo osebnostno pravico. V zadevi Pdp 622/2012 z dne 2. 8. 2012 je obrazložilo, da dva enkratna dogodka ne moreta predstavljati sistematičnega škodljivega delovanja zoper delavca. Delodajalec pa ima po pogodbi o zaposlitvi pravico odrediti delavcu kraj opravljanja dela in odrediti določeno delo. V zadevi Pdp 632/2011 z dne 10. 11. 2011 je sodišče zavrnilo zahtevek zaradi trpinčenja, ker so bile delavčeve psihične težave posledica že povsem normalnega načina komuniciranja. V zadevi Pdp 635/2011 z dne 26. 10. 2011 je obrazložilo, da premeščanje delavca na druga delovna mesta ne dokazuje šikaniranja oziroma mobbinga. V zadevi Pdp 561/2011 z dne 21. 10. 2011 se je opredelilo, da opozarjanja na napake pri delu in na nepravilen odnos do dela, tudi če je to opravljeno z nekoliko povišanim glasom nadrejenega, še ni mogoče šteti za trpinčenje, če ne gre za ponavljajoče se sistematično, graje vredno oziroma očitno žaljivo ravnanje, usmerjeno proti delavcu. Ni bilo dokazano, da bi bila delavka premeščena zaradi šikaniranja ali da bi ji bile dodeljene naloge, neprimerne njeni kvalifikaciji oziroma sposobnosti.

V zadnjem sklopu predstavljenih sodnih zadev (Pdp 395/2012 do Pdp 561/2011) so navedeni primeri, ki vsebujejo glavni oprostilni razlog za delodajalca v sporu zaradi domnevnega trpinčenja delavca. Če delodajalec delavcu nalaga obveznosti, ki temeljijo na pogodbi o zaposlitvi in širše iz delovnega razmerja, ter delodajalec s tem samo uresničuje svoje pravice iz pogodbe o zaposlitvi, zgolj zaradi tega mobbing ni izkazan. Pravilno izpolnjevanje pogodbe o zaposlitvi torej izključuje zakonski dejanski stan trpinčenja na delovnem mestu (če seveda ni nekih dodatnih okoliščin, ki bi kazale na šikano pravice). Nezadovoljstvo, ki je posledica delavčevega drugačnega pogleda na pogodbene in delovne obveznosti, če so te po delodajalčevem mnenju utemeljene, nima pravnih posledic na odškodninskem področju. Preobčutljivost ali le golo nezadovoljstvo delavca, ki nima povoda v protipravnem ravnanju delodajalca, je tveganje, ki ga delavec prevzame sam.

Primeri mobbinga v prvem sklopu sodnih zadev (Pdp 810/2012 do Pdp 814/2007) večinoma vsebujejo dalj časa trajajoče žaljivo ali drugače neprimerno vedenje do delavca. Trpinčenje na delovnem mestu tako obstaja, ko delodajalec dalj časa objektivno gledano človeško neprimerno ravna z delavcem. Za svoje ravnanje nima upravičenega oziroma opravičljivega razloga niti v pogodbenih določilih niti v morebitnih krajših in še sprejemljivih konfliktnih situacijah, ki se seveda lahko pojavijo v medčloveških odnosih nekega kolektiva (opozarjanje na napake v povišanih tonih tako ni samo po sebi že nedopustno, prav tako običajna človeška nesoglasja, ki se včasih rešujejo malo ostreje). Lahko gre torej za šikano pogodbenih obveznosti –

npr. nalaganje dela mimo opisa delovnega mesta, mimo delovnih nalog, nalaganje neobičajnega dela v neobičajnih razmerah ali/in za »običajno« žaljivo vedenje do delavca. Tu je treba poudariti, da delodajalčevo izpolnjevanje pogodbe mimo pogodbenih določil in zakonskih obveznosti samo po sebi seveda še ne pomeni nujno trpinčenja delavca na delu, je pa lahko (posredni) dokaz, da delodajalec proti delavcu vrši nedopustne pritiske, če obstajajo še druge bolj osebne okoliščine, ki skupaj z nepravilnim izpolnjevanjem pogodbe sestavljajo neko skupno zaključeno celoto trpinčenja na delovnem mestu. Če gre za neprimerno in žaljivo vedenje do delavca, gre običajno za *iniurio*, ki sama po sebi še ne bi zadostovala za izpolnitev zakonskega dejanskega stanu razžalitve po objektivnem merilu. Vendar gre pri pogodbi o zaposlitvi za dalj časa trajajoče pogodbeno razmerje, v katerem se manjša (vsakodnevna) drezanja lahko sprevržejo v izredno neugodno ravnanje za napadenega delavca. Gre za neke vrste nadaljevano *iniurio*, ki bi bila sama po sebi še dopustna kot enkratno dejanje, opravičljivo zaradi narave delovnega procesa, sistematičnost in dolgotrajnost pa pri povprečnih delavcih povzročita nedopustno trpljenje. Delodajalec po sodni praksi odgovarja za trpinčenje tako s strani zakonitih zastopnikov kot s strani nadrejenih vodilnih delavcev in s strani sodelavcev. Odgovornost za druge se tako tudi pri mobbingu razlaga široko.

Zanimivi so sodni primeri drugega sklopa – zadevi Pdp 831/2011 in Pdp 1448/2010, v katerih klasične (minorne) *iniurie* ni – žaljivosti *per se*, sodišče pa kljub temu ugotovi trpinčenje na delovnem mestu, kar pa je lahko zelo vprašljivo. V obrazložitvah namreč prihaja do mešanja med dolžnostjo dela delavca kot premoženjsko dolžnostjo, ki delavcu korelacijsko prinaša premoženjsko pravico do plačila (33. člen Ustave RS), in »pravico do dela« kot neke vrste nepremoženjske pravice osebne sfere delavca (35. člen Ustave RS). Obenem sodišče v zadevi Pdp 1448/2010 govori o »namerni opustitvi« (onemogočanje delovnih rezultatov, nezagotavljanje ustreznih informacij, ignoriranje vprašanj, pobud ...), v obeh primerih pa po mojem mnenju izostaja objektivni vidik žaljivosti in neprimernosti. Osebnost delavca, za katerega je »delo vrednota« (tj. ne samo sredstvo za zadovoljevanje življenjskih potreb na podlagi plačila), namreč ne more in ne sme biti merilo za presojo objektivne izkazanosti škodnega ravnanja. Protipravnost ravnanja kot takega je stvar primarne presoje sodišča in ne škodna posledica (subjektivni del deliktne odgovornosti), ki je pravno priznana in se izrazi v pravični denarni odškodnini šele, če jo je povzročil pravnorelevanten vzrok – nedopustno ravnanje, ki mora biti objektivno nedopustno, ne pa samo z vidika prizadete osebe. Če je nedopustnost ravnanja ugotovljena, potem preobčutljivost prizadete osebe po obstoječi teoriji in sodni praksi ni relevantna in mora oškodovalec izravnati psihično komponento oškodovanca vse do končne mere porušenega notranjega ravnotežja s plačilom pravične denarne odškodnine – torej ne glede na nadpovprečno občutljivo osebnost oškodovanca.<sup>48</sup> Če pa protipravnega ravnanja ni, so preobčutljivost in psihične posledice stvar in breme posameznika in ne tretjega. Če delodajalec delavcu ne zagotavlja dela in mu za nedelo celo plačuje, to po mojem mnenju ni kršenje delavčeve pravice, ampak je v normalnih okoliščinah celo neupravičeno favoriziranje določenega delavca. Odplačni pogodbeni odnos pa se pretvarja v pretežno neodplačnega z vidika delavca. V prvi vrsti gre resda za

48 Prim. Plavšak, N., in Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 711.

iracionalnost in neekonomičnost ravnanja delodajalca, za konstruiranje trpinčenja na delovnem mestu (sploh ob sedanjih gospodarskih razmerah je to nenavadno) pa (samo po sebi) ne zadostuje (dokazana bi morala biti zloraba pravnega okvira delovnega razmerja z namenom oškodovanja). Ambicioznost in občutek delovne pomembnosti vodstvenega delavca se mi ne zdi ravno primeren zakonski dejanski stan za širjenje pomena *iniurie* mobbinga. Prav tako bi morali biti še posebno previdni pri uvajanju odgovornosti za opustitvena ravnanja, če vemo, da je tipičen delikt pri napadu na duševno celovitost posameznika aktivno ravnanje oškodovalca.

Praksa je po mojem mnenju sicer pravilno odgovorila na dilemo navideznega novega uvajanja definicije mobbinga z novelo ZDR-A in pravne podlage za prisojo odškodnine (zadeva Pdp 1448/2010). Vprašanje je bilo, ali delavcu pripada odškodnina, ko se je zatrjevano trpinčenje na delu odvijalo pred sprejetjem novele, tožnik (in tudi sodišče) pa se je pri utemeljevanju skliceval na novo veljaven zakon in njegovo opredelitev mobbinga. Trpinčenje na delovnem mestu – sistematično, dalj časa trajajoče vedenje z napadom na delavčevo osebnost – so lahko sodišča pred novelo pravno utemeljevala s sklicevanjem na splošne določbe deliktne odgovornosti. Ni resnih pomislekov, da bi se kot *iniurio* obravnavali le enkratni škodni dogodki, življenjska pestrost, spremembe v načinu življenja, nove tehnologije zahtevajo tudi (in predvsem) od sodišč, da v odškodninskih zadevah sledijo družbeni realnosti in jo začnejo dejavno (pre)ustvarjati. »Nadaljevalni« delikt ni nič posebnega, če je vsako dejanje samo po sebi že dovolj težko, če pa ni, pa prav tako ne vidim resnega razloga, da se ne prepozna protipravnost ravnanja, ki ni tipično šolsko z enkratno razžalitvijo, je pa lahko zelo neugodno za oškodovanca zaradi daljšega, neprestanega in neprimernega zbadanja. Na sodišču pa je, da določenemu ravnanju pripiše protipravnost v smislu odškodninske odgovornosti.

Retroaktivnosti pri opredelitvi mobbinga torej ni, sodišče pa jo zaradi novele ZDR-A drugače ugotavlja pri določi drugega odstavka 45. člena ZDR (zadeva Pdp 1047/2010), po kateri je dokazno breme na strani delodajalca, če delavec v primeru spora navaja dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je delodajalec omogočil trpinčenje delavca na delovnem mestu. Taka sodna razlaga in sama zakonska določba porajata določene strokovne pomisleke. Tudi v skladu s šestim odstavkom 6. člena ZDR mora delodajalec dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil načela enakega obravnavanja oziroma prepovedi diskriminacije, če kandidat oziroma delavec v primeru spora navaja dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije. Na videz gre za (bolj) ugodno zakonsko obravnavanje delavca, ki pa svoj pomen nekoliko izgubi, če vemo, da splošna krivdna odgovornost določa, da kdor povzroči drugemu škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde (prvi odstavek 131. člena OZ). Slovenski pravni sistem pozna sistem krivdne odgovornosti z obrnjenim dokaznim bremenom, kar je primerjalnopravno gledano posebnost, zaradi katere dodatno utemeljevanje delodajalčeve odgovornosti s prevalitvijo dokaznega bremena nanj vnaša v sistem določeno zmedo, uporabna pravdna vrednost pa ostaja uganka. Pri odgovornosti delodajalca za druge – njegove delavce, ki ponovno namenoma (!) trpinčijo sodelavca, je to najočitnejše, medtem ko je treba pri odgovornosti fizične osebe, ki predstavlja delodajalca (direktor itd.), poudariti, da bo moralo biti njeno

ravnanje vsaj v okvirih eventualnega naklepa. Namen oškodovanja pa mora po ustaljeni sodni praksi ne glede na določbo 131. člena OZ dokazati oškodovanec.<sup>49</sup>

Pravilna obramba domnevnega krivca za škodni dogodek se vedno osredotoči na to, da dokazuje, da njegovo ravnanje ni bilo nedopustno/protipravno. Le tako se lahko »opere« svoje »krivde«. Uporabnost *prima facie* programskih določb *in favorem laboratoris* je zame glede na naš odškodninski sistem in pravila pravnega postopka neznanica – verjamem celo, da so določbe nepotrebne. V zvezi s tem moram namreč poudariti pogosto še vedno spregledan vidik pomena procesnega dokaznega bremena (212. člen ZPP), ki je sicer enak materialnemu procesnemu bremenu na začetku pravde,<sup>50</sup> nato pa se lahko že s samim zatrjevanjem dejstev (*res ipsa loquitur*) dokazno breme procesno prevali na toženca, ki mora dokazni uspeh nasprotnika izpodbiti z dokazovanjem nasprotnih dejstev.<sup>51</sup> Procesno dokazno breme med pravdo potuje z ene strani na drugo glede na uspešnost dokazovanja določenih dejstev. Vsaka stranka mora dokazati dejstvo, ki ji je v korist, na stranki, ki ima v svoji sferi določene informacije, pa je, da jih procesno razkrije, in tedaj je dokazno breme na njeni strani. To pomeni, da je delodajalec seveda v vsakem primeru dolžan zatrjevati in dokazovati upravičenost svojih ravnanj, saj jih je imel v oblasti in o njih največ ve. Delavec pa mora v okviru svojega informacijskega gledišča sklepčno zatrjevati dejstva škodnega ravnanja delodajalca, to mora biti objektivno izkazano že s trditvami, da gre za trpinčenje na delovnem mestu ali diskriminacijo. Ne gre toliko za morebitni problem informativnosti dokazov,<sup>52</sup> ampak bolj za informacijsko in dokazno ekonomičnost. Po mojem mnenju bo lahko sodišče edino v mejnem primeru t. i. spoznavne krize na podlagi pravila o obrnjenem dokaznem bremenu razsodilo v korist oškodovanemu delavcu (215. člen ZPP). Z vidika dejanskega dokazovanja pa se določbe o obrnjenem dokaznem bremenu nikakor ne smejo razlagati, češ da mora le delodajalec predlagati dokaze – procesno dokazno breme bo lahko zelo hitro padlo nazaj na delavca, ki mora vsekakor ponuditi vsaj sklepčno trditveno podlago.

Nadaljevanje na videz delavcu všečnega zakonodajnega postopanja je razvidno tudi v novem 8. členu ZDR-1, ki izrecno poudarja priznavanje duševnih bolečin zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu, kar pa je očitno povsem nepotrebno glede na že obstoječo sodno prakso. Po tej določbi se mora pri odmeri višine denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo upoštevati, da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec in da odvrta delodajalca od ponovnih kršitev. Navedeno po mojem prepričanju prav tako ne prinaša prav nič novega, česar ne bi vključeval že pravni standard pravične denarne odškodnine. Preventivna funkcija odškodninskega prava mora namreč

49 Za običajno odškodninsko odgovornost namreč zadostuje že lahka malomarnost, naklep pa s seboj pripelje drugačne in tudi težje pravne posledice za povzročitelja škode (drugi in tretji odstavek 147. člena, drugi odstavek 148. člena OZ, četrti odstavek 168. člena, prvi odstavek 170. člena, prvi odstavek 242. člena, 974. člen OZ).

50 Zobec, J., v Ude, L., in drugi: Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba in Uradni list, Ljubljana 2006, str. 381.

51 Prim. zadeve VS RS II Ips 755 in II Ips 756/2007 z dne 9. 12. 2010, II Ips 285/2011 z dne 22. 9. 2011, II Ips 153/2009 z dne 8. 9. 2011, II Ips 544/2003 z dne 27. 10. 2004, II Ips 1002/2007 z dne 13. 1. 2011.

52 Dolenc, M.: O vlogi informativnega dokaza v pravnem postopku, Podjetje in delo, št. 7/2011, str. 1467.

biti poleg njegove »starošolske« izravnalne funkcije običajna lastnost vsakega odškodninskega sistema. Če pa se tega nekateri ne zavedajo (preventivnosti namreč), potem pa bi res morali togo pravniško miselnost izrecno dodatno preoblikovati tudi v določbah OZ, za kar vendarle ne vidim resnejše potrebe glede na novejši<sup>53</sup> trend slovenskega odškodninskega prava.

## 1.5 Šikaniranje, diskriminacija

Zakon delodajalcu izrecno prepoveduje diskriminacijo delavcev na podlagi osebnih okoliščin (prvi odstavek 6. člena ZDR in ZDR-1), kar je delavcu sicer že zagotovljeno neposredno na podlagi Ustave RS v 14. členu. Prepoved zlorabe pravic (šikana – enkratno dejanje, šikaniranje – ponavljajoče se dejanje, kar se praviloma pokriva z definicijo mobbinga)<sup>54</sup> je urejena v 7. členu OZ. Ta določa, da so pravice v obligacijskih razmerjih omejene s pravicami drugih, obligacijski udeleženci se morajo vzdržati ravnanj, ki bi oteževala izpolnitev obveznosti drugih udeležencev. Za navidezno izvrševanje pravice pa gre, če njen nosilec ravna z izključnim ali očitnim namenom, da drugemu škoduje. Če je dejanje diskriminacije tipičen primer delikta, je lahko šikana pravne oblike življenjska ovojnica dejanja diskriminacije, lahko pa je diskriminacija neposredna, vidna, očitna, v tem primeru zlorabe pogodbene pravice niti ni, v ospredju je le odkrit napad na osebnost delavca. Pri posredni diskriminaciji bo seveda šlo za zahtevnejšo šikano, ki bo tudi težje dokazljiva.

Sodna praksa VDSS glede diskriminacije (v povezavi s šikano) je bogata. V zadevi Pdp 226/2012 z dne 6. 4. 2012 je sodišče navedlo, da lahko ljudje različno čustveno dojamemo odnose na delovnem mestu ali komuniciranje med sodelavci, saj imamo različno toleranco. Kršitev osebnostne pravice mora biti dovolj intenzivna, da lahko postane pravnorelevantna. V zadevi Pdp 1288/2010 z dne 24. 3. 2011 je ugotovilo spolno nadlegovanje. Tako pogosto dotikanje nadrejenega, opolzko govorjenje, poljubi in povabila na morje niso pravno dopustno ravnanje. Enako v zadevi Pdp 1297/2006 z dne 6. 2. 2008 ugotavlja spolno nadlegovanje in mobbing z zahtevanjem spolnih uslug s strani nadrejenega in premestitvijo na drugo neprimerno delovno mesto kot kazen za »neposlušnost«. V zadevi Pdp 599/2010 z dne 3. 6. 2010 je bila ugotovljena diskriminacija delodajalca zaradi delavkinih odsotnosti z dela zaradi bolezni. Zakoniti zastopnik delodajalca je na delavko naslavljal očitke v zvezi z njenimi pogostimi bolniški odsotnostmi. Delavka ni mogla koristiti dopusta med generalnim čiščenjem.

V zadevi Pdp 764/2011 z dne 17. 10. 2011 je sodišče odločilo, da ne gre za diskriminacijo, če delodajalec delavcu ne odredi opravljanja drugega dela, ki bi ga delavec po lastnem mnenju lahko opravljal, ampak mu odredi delo, za katero ima z njim sklenjeno pogodbo o zaposlitvi. Organizacija dela je v pristojnosti delodajalca. V zadevi Pdp 404/2010 z dne 7. 10. 2010 je obrazložilo, da delodajalec ni ravnal krivdno z namenom škodovati, ko je delavko premestil. Zgolj

53 Plavšak, N., v Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.): Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga. GV Založba, Ljubljana 2003, str. 716.

54 Podrobneje – Cvetko, A.: Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih, Podjetje in delo, št. 5/2003, str. 895.



ugotovljena nezakonitost sklepa o premestitvi ne zadostuje za krivdno odgovornost delodajalca. Višje sodišče v Mariboru (VSM) je v zadevi I Cp 579/2007 z dne 6. 8. 2008 opredelilo, da gre za šikaniranje pri namernem povzročanju neprijetnosti, z namernim premeščanjem na nižje delovno mesto z namenom povzročiti škodo delavcu. Ker ni bilo dokazano, da bi delodajalec postopek v zvezi z delavčevimi pravicami in obveznostmi vodil z namenom oškodovanja, je bil delavec zahtevk zavrnjen. Podobno sta VDSS v zadevi Pdp 1306/2008 z dne 18. 6. 2009 in VS RS v zadevi VIII Ips 379/2009 z dne 13. 9. 2011 razsodili, da sodna razveljavitev disciplinske odločbe sama po sebi še ne pomeni, da je delodajalec delavcu kršil temeljne človekove pravice in svoboščine in da je zato odškodninsko odgovoren.

V zadevi VIII Ips 63/2013 z dne 16. 9. 2013 je VS RS odločilo, da ne gre za kršitev ustavne pravice do varstva osebnih podatkov (38. člen Ustave RS) in pravice do zasebnosti, ko je delodajalec izobesil poročilo o večjem izginotju trgovskega blaga, v tem poročilu pa je bil poimensko naveden le tožnik, čeprav je bilo pisno obdolženih kar 19 tožnikovih sodelavcev. V zadevi VIII Ips 5/2011 z dne 8. 5. 2012 pa je sodišče odločilo, da je delodajalec iz utemeljenih razlogov premestil delavko, ker njeno delo na dotedanem delovnem mestu ni bilo več potrebno. Odrejenih nalog ni opravljala do konca, zato je bilo njeno dotedanje delo utemeljeno odrejeno drugim delavcem, da se je lahko sploh dokončalo, zato šikaniranje oziroma mobbing ni bil dokazan.

Podobno kot pri mobbingu se sodišča tudi v primerih šikaniranja, diskriminacije sklicujejo na krivdno odgovornost delodajalca za diskriminacijo oziroma šikaniranje iz naslova deliktne odgovornosti. Ponovno (pravilno) izpolnjevanje pogodbe o zaposlitvi izključuje nastanek škodnega ravnanja, dejanske napake pri izpolnjevanju pogodbe (napačne premestitve) pa spet *per se* ne pomenijo delikta, te napake lahko (in jih) delavci odpravijo z ustreznimi delovnopравниimi sankcijami.

## **SKLEP**

Pogodbenik lahko z (ne)izpolnjevanjem pogodbe ali kakšnim drugim ravnanjem pri drugem pogodbeniku vzbudi občutek duševne ogroženosti, to pa še ne zadostuje za zaključek o upravičenosti do pravične denarne odškodnine zaradi posega v duševno celovitost. Če so ravnanja delodajalca očitno presegla meje pogodbenega predmeta ali pogodbeni okvir zlorablajo (šikana), bo kršitev dolžnostnega ravnanja imela svoj izvor zunaj pogodbe, odgovornost za ravnanje pa se bo presojala po pravih deliktne (nepogodbene) odgovornosti. Za prisojo odškodnine za poseg v nepremoženjsko dobroto bodo morali biti izpolnjeni splošni pogoji, ki jih deliktna odgovornost predvideva. Zgolj kršitev pogodbe *per se* ne bo povzročila sankcijskih pravnih posledic na odškodninskem področju zaradi posega v nepremoženjsko dobroto delavca.



# PRAVICA DO SODNEGA VARSTVA V NOVEJŠI PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

prof. dr. Aleš Galič  
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

*V prispevku predstavljam stališča Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) glede pravice do dostopa do sodišča. Zajeta je praksa iz obdobja od 2005 (le izjemoma od 2002) do 30. avgusta 2013. Za starejšo prakso in za teoretični prikaz gl. izčrpno v: Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, 2004. Gre le za prikaz – sicer z željo, da bi bil čim popolnejši – brez ocene in izčrpnega komentiranja (razen glede nekaj vprašanj, ki so bila v zadnjem času v Sloveniji posebej aktualna). V tem prispevku ne obravnavam pravic v postopku (pravica do izjavljanja, enakost orožij, prepoved arbitrarnosti), prav tako ne pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja. Opozoriti je treba, da je pristop ESČP kazuističen in praviloma zahteva upoštevanje vseh okoliščin konkretnega primera in poznavanje celotnega judikata. Tovrsten prikaz ima zato lahko le omejeno vrednost.*

## 1 PRAVICA DO DOSTOPA DO SODIŠČA

### 1.1 Splošno

Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin<sup>1</sup> (v nadaljevanju EKČP) v 6. členu zagotavlja pravico do sodnega varstva civilnih pravic in obveznosti pred neodvisnim, nepristranskim in z zakonom ustanovljenim sodiščem. Pri opredelitvi, na kaj se pravica do dostopa do sodišča sploh nanaša, je izhodišče, da EKČP ne zagotavlja določene vsebine civilnih pravic in obveznosti v materialnem pravu držav pogodbenic (*Ahtinen proti Finski*<sup>2</sup>). ESČP priznava pravico do dostopa do sodišča le glede tistih civilnih pravic in obveznosti, katerih obstoj v domačem pravu je mogoče vsaj zagovarjati na razumnih temeljih (*Mendel proti Švedski*<sup>3</sup>). Glede take pravice ali obveznosti mora obstajati resen spor (*contestation*), ki se lahko nanaša na obseg, vsebino ali izvrševanje zadeve, odločitev v sporu pa mora biti neposredno odločilna za sporno pravico (*Länsförsäkringar Skaraborg proti Švedski*<sup>4</sup>). Sporna so lahko dejstva ali pravo (*Yanakiev proti Bolgariji*<sup>5</sup>). Ni treba, da država omogoči sodno varstvo kverulantskim tožbam (*frivolous or vexatious claims*) in zahtevkom, ki so očitno brez vsake razumne podlage (*Kupiec proti Poljski*<sup>6</sup>). Dopustna je tudi ureditev, da se očitno neutemeljene zadeve zavrnejo

1 Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 41/94 (Uradni list RS, št. 33/94).

2 48907/99, 23. 9. 2008.

3 28426/06, 7. 4. 2009.

4 65006/01, 27. 9. 2005.

5 40476/98, 10. 8. 2006.

6 16828/02, 3. 2. 2009.

(*strike out*) po kratkem preizkusu (*John Carnduff proti Združenemu kraljestvu*<sup>7</sup>). EKČP ne zagotavlja sodnega varstva vseh, pač pa le *civilnih* pravic in obveznosti. Na avtonomno razlago pojma »*civil rights and obligations*« se nanaša zelo obširna judikatura ESČP. Vendar to za presojo v Sloveniji ni neposredno uporabljivo, saj Ustava RS v 23. členu (glede civilnopravnega varstva) pravico do sodnega varstva ne omejuje le na civilne pravice, pač pa omogoča sodno varstvo vseh pravic. Zato naj le na kratko zadošča ugotovitev, da po EKČP pojmu odločanja o civilnih pravicah in obveznostih ne ustrezajo predvsem postopki javnopravne narave, npr. pravica do državljanstva (*Naumov proti Albaniji*<sup>8</sup>) ali dostop do volilne dokumentacije (*Patgamatvorakan Akum proti Armeniji*<sup>9</sup>), pa tudi primeri, ko gre pri odločanju za ocenjevanje kandidatove usposobljenosti in ne za sojenje v vsebinskem pomenu besede in ko ne obstaja npr. »pravica pozitivno opraviti izpit« (*Nowicky proti Avstriji*<sup>10</sup>). Tudi pri o odškodninski tožbi proti državi zaradi odločitve Odbora za begunce ne gre za civilno zadevo, saj obstaja pretesna zveza z domnevno nezakonito odločitvijo Odbora (*Panjeheighalehei proti Danski*<sup>11</sup>). 6. člen EKČP se ne nanaša na *actio popularis* oziroma tožbo v interesu drugega. Vendar je v konkretni zadevi ESČP ugotovilo, da tožbe za varstvo okolja, ki jo je vložila organizacija konkretnih prizadetih občanov v občini, ni mogoče šteti za *actio popularis* (*L'Erabliere A.S.B.L. proti Belgiji*<sup>12</sup>). Za civilno zadevo gre tudi pri odločanju o vpisu v šolo v določenem kraju, saj to spada v izvrševanje roditeljske pravice (*Elles in drugi proti Švici*<sup>13</sup>). Pomembno je tudi novo stališče glede možne izključitve sodnega varstva za državne uslužbence oziroma funkcionarje v sporih z državo. Ti spori so po novem stališču izvzeti iz okvira 6. člena EKČP le, če domače pravo posamezniku ne daje pravice do postopka pred sodiščem in če je izključitev utemeljena zaradi dejstva, da se spor nanaša na izvrševanje oblasti ali na posebno vez med uslužbencem in državo (*Eskelinen in drugi proti Finski*<sup>14</sup>).

Pomembna novost v praksi ESČP je, da tudi predlogom (in nato postopkom) za izdajo začasne odredbe pod določenimi pogoji priznava status »odločanja o civilnih pravicah« (*Micaleff proti Malti*<sup>15</sup>). Vendar to velja le za regulacijske začasne odredbe, ki se pokrivajo s tožbenim zahtevkom ali delom tožbenega zahtevka (*Pekarny a cukrarny Klatovy, A. S. proti Češki*<sup>16</sup>) ali neposredno učinkujejo na civilno pravico (*Kübler proti Nemčiji*<sup>17</sup>) ali imajo samostojno naravo (*Udorovic proti Italiji*<sup>18</sup>). Nasprotno pa se 6. člen EKČP ne nanaša na povsem klasične zavarovalne začasne odredbe (*Štokalo in drugi proti Hrvaški*<sup>19</sup>).

Z vidika EKČP je dopustna ureditev, da v zadevi najprej odloča organ, ki ne izpolnjuje zahtev tribunala po 6. členu EKČP (na primer upravni organ), pod pogojem, da je

7 18905/02, sklep, 10. 2. 2004.

8 10513/03, 4. 1. 2005.

9 11721/04, 11. 5. 2009.

10 34983/02, 24. 2. 2005.

11 11230/07, sklep 13. 10. 2009.

12 49230/07, 24. 2. 2009.

13 12573/06, 16. 12. 2010.

14 43803/98, 8. 8. 2006.

15 17056/06, 15. 10. 2009.

16 12266/07, 40059/07, 36038/09 in 47155/09, 12. 1. 2012.

17 32715/06, 13. 1. 2011.

18 38532/02, 18. 5. 2010.

19 22632/07, 3. 5. 2011.

odločitev takega organa podvržena presoji sodišča, ki ustreza zahtevam 6. člena EKČP (*Lay Lay Company Limited proti Malti*<sup>20</sup>). Vendar to velja le, če ima sodišče polno jurisdikcijo, kar pomeni, da lahko presoja vsa dejanska in pravna vprašanja (*Capital Bank AD proti Bolgariji*<sup>21</sup>). V takih primerih je torej z vidika ESČP v bistvu vseeno, kakšno pot pravnega varstva (civilno ali upravno in nato upravni spor) predpisuje nacionalno pravo; EKČP ne daje pravice do točno določene oblike sodnega varstva (*Đurić proti Srbiji*<sup>22</sup>). Vendarle pa iz prakse ESČP izhaja tudi, da (ko gre za sodno varstvo zoper upravne odločbe) pomanjkanje polne jurisdikcije v posebnih okoliščinah (med drugim v zvezi z vsebino zadeve, načinom odločanja v predhodnem postopku, s cilji in z namenom možnega in dejansko uporabljenega pravnega sredstva) ne pomeni nujno kršitve 6. člena EKČP (*Društveni Založna Pria in drugi proti Češki*<sup>23</sup>). V takem primeru je dovolj »zadostna jurisdikcija« (sufficiency of review; *Tsfayo proti Združenemu kraljestvu*<sup>24</sup>).

Če država omogoča, da se v kazenskem postopku adhezijsko uveljavlja civilni zahtevek, lahko nedopustni zastoji v kazenskem postopku (ki npr. povzročijo zastaranje kazenskega pregona) glede na okoliščine vsakega konkretnega primera utemeljijo tudi sklep o kršitvi pravice do dostopa do sodišča (ni kršitve: *Forum Maritime S. A. proti Romuniji*<sup>25</sup>; kršitev: *Gousis proti Grčiji*<sup>26</sup>). To velja ne glede na okoliščino, da bi stranka že od začetka lahko civilni zahtevek uveljavljala v civilni pravdi, in ne glede na to, da bi lahko tudi po koncu kazenskega postopka teoretično še vedno vložila civilno tožbo (*Dinchev proti Bolgariji*<sup>27</sup>). Navedeno velja za uveljavljanje civilnih zahtevkov, ne pa za željo oškodovanca, da s sodelovanjem v kazenskem postopku zasleduje namen kazni ali maščevanja. Zato tudi ni kršitve, če oškodovanec (žrtev) ne more sodelovati pri pogajanjih med tožilstvom in obdolžencem glede priznanja krivde in posledično znižane kazni. Zadošča možnost, da lahko civilni zahtevek nato uveljavlja v ločeni pravdi (*Mihova proti Italiji*<sup>28</sup>).

Pravica do dostopa do sodišča je prekršena, če državna sodišča kažejo eno na drugo, nobeno pa ne želi obravnavati zadeve vsebinsko. Pritožnica se v takem primeru znajde v »sodnem vakuumu« (*Bezymyannaya proti Rusiji*<sup>29</sup>; podobno: *Yanakiev proti Bolgariji*<sup>30</sup>). Še posebej če je dolžnik država oziroma neki javnopravni organ, je odgovornost države, da dovolj jasno opredeli in določi pasivno legitimacijo ter odgovori na vprašanje, ali določen državni organ sploh ima sposobnost biti stranka, saj sicer lahko pride do nesorazmerne omejitve pravice do dostopa do sodišča (*Stoicescu proti Romuniji*<sup>31</sup>).

20 30633/11, 23. 7. 2013.

21 49429/99, 24. 11. 2005.

22 48155/06, 7. 6. 2011.

23 72034/01, 31. 7. 2008.

24 60860/00, 14. 11. 2006.

25 63610/00 in 38692/05, 4. 10. 2007.

26 8863/03, 29. 3. 2007.

27 23057/03, 22. 1. 2009.

28 25000/07, sklep 30. 3. 2010.

29 21851/03, 22. 12. 2009.

30 40476/98, 10. 8. 2006.

31 9718/03, 26. 7. 2011.

Konvencija sama po sebi ne zagotavlja pravice, da sodišče zadevo odstopi drugemu nacionalnemu sodišču (na primer ustavnemu sodišču) ali nadnacionalnemu sodišču (na primer Sodišču Evropske unije) v predhodno odločanje. Če nacionalno pravo prepušča diskrecijo sodišču, ali bo obravnavalo tudi vprašanje skladnosti zakona z ustavo (op. avtorja: položaj v Sloveniji ni enak), na argumente stranke v zvezi s tem ni dolžno izčrpno odgovarjati (*Pronina proti Ukrajini*<sup>32</sup>). Če pa je ureditev taka, da določeno pravno vprašanje sme rešiti le določeno sodišče, ESČP ne izključuje kategorično možnosti, da bi lahko, kadar v določenem sistemu (npr. sistemu Evropske unije) obstaja mehanizem obveznega postavljanja predhodnih vprašanj drugemu sodišču, zavrnitev zahteve stranke za postavitev predhodnega vprašanja v določenih okoliščinah prizadela poštenost postopka. Zavrnitev zahteve za predložitev predhodnega vprašanja namreč ne sme biti arbitrarna (*Herma proti Nemčiji*<sup>33</sup>). Arbitrarna pa je, kadar pravna ureditev ne dopušča izjem ali kadar je obrazložitev zavrnitve oprta na razloge, ki jih ureditev ne dopušča, ali pa obrazložitev zavrnitve zahteve sploh ni (*Ullens De Schooten in Rezabek proti Belgiji*<sup>34</sup>). Iz 6. člena EKČP torej izhaja obveznost domačih sodišč, da zavrnitev predloga za postavitev predhodnega vprašanja Sodišču Evropske unije (ali npr. ustavnemu sodišču) ustrezno obrazložijo, še posebej kadar je zavrnitev take zahteve mogoča le izjemoma. Vendar tudi zelo kratka obrazložitev ni nujno nedopustna (*Stichting Mothers of Srebrenica in drugi proti Nizozemski*<sup>35</sup>).

## 1.2 Pravica do meritorne (vsebinske) odločitve v sporu

Pravica iz 6. člena EKČP ne pomeni le pravice začeti postopek, pač pa pravico do odločitve (*determination*) o pravicah oziroma obveznostih (*Menshakova proti Ukrajini*<sup>36</sup>, *Muscat proti Malti*<sup>37</sup>). Ne bi imelo smisla, če bi konvencija natančno uredila pravico stranke do postopka in pravice v postopku, če ne bi obenem tudi zagotavljala, da bo v sporu dokončno odločeno (*Multiplex proti Hrvaški*<sup>38</sup>). V primeru množičnih zahtevkov proti državi je sicer lahko legitimno, da država področje natančneje uredi z novim zakonom, vendar ne, če država v roku, ki ga je sama napovedala (in še dolgo potem), novega zakona še ni sprejela. Tako ravnanje, ki stranko pušča v popolni negotovosti, kdaj se bo postopek v njeni zadevi lahko nadaljeval in končal, pa dosega stopnjo, ki izničuje pravico do dostopa do sodišča (*Dražić proti Hrvaški*<sup>39</sup>). Posebne okoliščine je ESČP ugotovilo tudi v zadevah poplačila varčevalcev ob krizi zaradi osamosvojitve države ter vzpostavitve lastnega monetarnega sistema in valute ob istočasnem propadu starega sovjetskega monetarnega sistema. V takih okoliščinah je bilo primerno in sorazmerno, da je država problem reševala na splošni ravni, ne na ravni individualnega primera (*Boyajyan proti Armeniji*<sup>40</sup>).

32 63566/00, 18. 7. 2006.

33 54193/07, sklep 8. 12. 2009.

34 3989/07 in 38353/07, 20. 9. 2011.

35 65542/12, sklep 11. 6. 2013. ESČP je tu obrazložilo, da z vidika tega, da je nizozemsko sodišče predhodno presodilo, da OZN uživa imuniteto pred domačimi sodišči, ni bilo potrebe po postavitvi predhodnega vprašanja na SEU.

36 377/02, 8. 4. 2010.

37 24197/10, 17. 7. 2012.

38 58112/00, 10. 7. 2003.

39 11044/03, 6. 10. 2005.

40 38003/04, 22. 3. 2011. Pri tem je ESČP poudarilo, da je šlo le za začasen ukrep (zamrznitev sodnih postopkov), v tem času pa si je država resnično prizadevala za postopno rešitev položaja (vključno s takojšnjo začasno rešitvijo za najranjlivejše skupine varčevalcev). Zato je sprejeti ukrep ustrezal načelu sorazmernosti.

### 1.3 Procesne predpostavke – omejitev ali način izvrševanja pravice do sodnega varstva

Pravica do dostopa do sodišča ni absolutna. Že implicitno je podvržena omejitvam, saj po svoji naravi kliče k temu, da država uredi njeno izvrševanje, pri čemer država uživa določeno stopnjo diskrecije (*Kohlhofer in Minarik proti Češki*<sup>41</sup>). Vendar te omejitve pravice do dostopa do sodišča ne smejo omejiti tako ali v taki meri, da je prizadeto samo bistvo pravice (*Marangos proti Cipru*<sup>42</sup>). Omejitev mora zasledovati legitimen cilj in mora biti v razumnem razmerju z zasledovanim ciljem (*Petkov proti Bolgariji*<sup>43</sup>). Za nedopustno omejitev pa gre, če ta ne zasleduje ciljev pravne varnosti in pravičnosti sojenja (*proper administration of justice*), temveč gre le za neke vrste oviro, ki preprečuje stranki, da sodišče v njenem sporu odloči vsebinsko (*Syngelidis proti Grčiji*<sup>44</sup>). Pri uporabi procesnih pravil se je treba izogibati tako pretiranemu formalizmu kot tudi pretirani prožnosti, ki bi izničila procesne zahteve, določene z zakonom (*Ates Mimarlik Mühendislik A.S. proti Turčiji*<sup>45</sup>).

Prekluzivni roki za vložitev tožbe so načeloma skladni z zahtevami poštenega sojenja in so nujni za zagotovitev pravne varnosti (*Mizzi proti Malti*<sup>46</sup>). Nasprotno stranko namreč varujejo pred prepoznimi zahtevki, obenem pa preprečujejo, da bi se sodišče moralo ukvarjati z dokazi, ki so zaradi poteka časa postali nezanesljivi ali nepopolni. Obenem so procesne zahteve in roki v korist načelu pravne varnosti (*Lay Lay Company Limited proti Malti*<sup>47</sup>). Enako velja za procesna pravila in roke za vložitev pritožbe v skladu s ciljem pravičnega delovanja pravosodja in pravne varnosti. Ne smejo pa niti sami po sebi niti glede na način, kako so uporabljeni, izničiti možnosti uporabe pravnega sredstva. Ob tem pa se ustrezna skrbnost pričakuje tudi od strank. Stranka mora pričakovati, da bo sodišče te procesne zahteve in roke uveljavilo, ter mora izkazati veliko skrbnost pri obrambi svojih interesov (*Muscat proti Malti*<sup>48</sup>).

Vendarle pa lahko uporaba prekluzivnih in zastaralnih rokov v konkretnih okoliščinah posameznega primera izkaže nesorazmeren poseg v pravico do dostopa do sodišča (*Stagno proti Belgiji*<sup>49</sup>). Prekratki roki lahko ogrozijo tudi kakšno vsebinsko konvencijsko pravico, npr. pravico do družinskega življenja po 8. členu EKČP glede ureditve rokov za izpodbijanje očetovstva (*Phinikaridou proti Cipru*<sup>50</sup>). Kadar sodišče samo stori napako in prispeva k temu, da stranka neko pravico izgubi, mora bolj permissivno obravnavati zahtevo za vrnitev v prejšnje stanje (*Mikhaylov proti Rusiji*<sup>51</sup>). Glede ureditve daljšega zastaralnega roka za odškodninsko obveznost, če je bila škoda storjena s kaznivim dejanjem (taka je tudi v 353. členu slovenskega OZ), je ESČP izreklo, da pritožniki sebi lahko pripišejo zamudo roka

41 32921/03, 28464/04 in 5344/05, 15. 10. 2009.

42 12846/05, 4. 12. 2008.

43 2834/06, 14. 3. 2013.

44 24895/07, 11. 2. 2010.

45 33275/05, 25. 9. 2012.

46 26111/02, 12. 1. 2006.

47 30633/11, 23. 7. 2013.

48 24197/10, 17. 7. 2012.

49 1062/07, 7. 7. 2009.

50 23890/02, 20. 12. 2007.

51 4543/04, 1. 4. 2010.

(ko je bil obdolženec v kazenskem postopku oproščen), saj jim nič ni preprečevalo, da bi tožbo vložili v splošnem zastaralnem roku brez čakanja na konec kazenskega postopka (*Baničević in Baničević proti Hrvašk*<sup>52</sup>).

Če zakon izrecno dopušča vlaganje tožb po elektronski poti, ni dopustno, da država tako vloženo tožbo zavrže z utemeljitvijo, da sodišča niso ustrezno tehnično opremljena za sprejem takih vlog (*Lawyer partners A. S. proti Slovašk*<sup>53</sup>). Glede vložitve procesnega akta s priporočeno pošto pošiljko pa ni dopusten izrek sodišča, da mora stranka sama dokazati, da je bila v priporočeni pošiljki (za katero sicer ima potrjeno) prav predmetna vloga (*Hornaček proti Slovašk*<sup>54</sup>). Pri nadomestnih vročitvah je pomembno, ali je bila oseba, ki je pisanje sprejela namesto naslovnika, glede na svoje zdravstveno stanje sposobna razumeti pomen dejanja vročitve in ali je bilo od nje mogoče pričakovati, da bo izpolnila obveznost, da pisanje preda naslovníku (*Maresti proti Hrvašk*<sup>55</sup>). Po drugi strani v konkretnih okoliščinah ESČP (čeprav je izrazilo kritiko) ni ugotovilo, da bi šlo za »pretiran formalizem« pri ravnanju sodišča, ko tožnika vročevalec ni obvestil o neuspešni vročitvi tožbe tožencu, po daljšem času neaktivnosti pa je nato sodišče tožnikovo tožbo skladno z veljavnim pravom zavrglo (*Muscat proti Malti*<sup>56</sup>). Kot omejitev pravice do sodnega varstva je treba presojati tudi prenos procesne legitimacije, tj. ureditev, da stranka ne more sama sprožiti postopka za varstvo svoje pravice. Glede na okoliščine konkretnega primera je taka ureditev lahko nedopustna (*Rosza in Rosza proti Madžarski*<sup>57</sup>) ali dopustna (*Kehoe proti Združenemu kraljestvu*<sup>58</sup>). Uveljavitev zahteve po najnem sosporništvu na aktivni strani lahko (glede na okoliščine primera) utemelji sklep o kršitvi pravice do dostopa do sodišča, saj brez soglasja vseh posameznikov ne more uveljaviti te pravice, drugih pa v vložitev tožbe tudi ne more prisiliti (*Lupas in drugi proti Romuniji*<sup>59</sup>). Določitev obveznega odvetniškega zastopanja za postopek pred vrhovnim oziroma kasacijskim sodiščem je dopustna, skladna z značilnostmi postopka pred najvišjim sodiščem, in kot ugotavlja ESČP, v številnih državah pogodbenicah tudi uveljavljena (*Zapadka proti Poljski*<sup>60</sup>). Enako velja tudi za postopek pred ustavnim sodiščem (*Komanický proti Slovašk*<sup>61</sup>). Dopustna je tudi ureditev, da je za dostop do najvišje instance tudi krog odvetnikov, upravičenih za zastopanje, omejen (*G. L. in S. L. proti Franciji*<sup>62</sup>). Omenjena stališča se nanašajo sicer na postopek pred najvišjim sodiščem, vendar ESČP tudi za ureditev postopka pred nižjimi sodišči še ni izrazilo dvomov o dopustnosti obveznega odvetniškega zastopanja. Ni izključeno, da bi bile lahko tudi dejanske okoliščine (ne le procesne predpostavke), npr. za invalide, nepremostljiva ovira za dostop do sodišča (*Farçaş proti Romuniji*; št. 2<sup>63</sup>).

52 44252/10, sklep 2. 10. 2012.

53 54252/07, 16. 6. 2009.

54 65575/01, 6. 12. 2005.

55 55759/07, 25. 6. 2009.

56 24197/10, 17. 7. 2012.

57 30789/05, 28. 4. 2009.

58 2010/06, 17. 6. 2008.

59 1434/02, 35370/02 in 1385/03, 14. 12. 2006.

60 2619/05, 15. 12. 2009.

61 56161/00, 2. 10. 2007.

62 58811/00, sklep, 6. 3. 2003.

63 32596/04, sklep 14. 9. 2010. ESČP je ta argument vzelo resno, vendar v konkretni zadevi (ko je pritožnik uveljavljal, da sodna zgradba ne omogoča dostopa invalidom) kršitve ni ugotovilo. Za samo vložitev tožbe in komuniciranje s sodiščem v predprocesni fazi (npr. glede vloge za brezplačno pravno pomoč) namreč fizični dostop do sodišča ni potreben, mogoče je komuniciranje po pošti.



## 1.4 Parlamentarna imuniteta ter imuniteta tujih držav in mednarodnih organizacij

Parlamentarna imuniteta je sicer z vidika 6. člena EKČP dopustna, vendar pa glede civilnopravnih zahtevkov povzroči nedopustno kršitev pravice do dostopa do sodišča, če ne gre za izjave, ki so v ožjem smislu dane pri opravljanju poslanskih nalog, pač pa se zde bolj povezane z osebnim sporom med poslancem in tožnikom (*Cordova proti Italiji*<sup>64</sup>). Poslanca ne varuje imuniteta, če so njegove izjave zunaj konteksta parlamentarne razprave in v nikakršni povezavi z opravljanjem njegove poslanske funkcije. Če se mu imuniteta kljub temu prizna, gre za nesorazmeren poseg v pravico do dostopa do sodišča (*Syngelidis proti Grčiji*<sup>65</sup>, *C.G.I.L. in Cofferati proti Italiji*<sup>66</sup>).

Imuniteta tuje države je, kolikor je v skladu z mednarodnim pravom, dopustna omejitev pravice do sodnega varstva osebam, ki bi proti tej državi želele uveljavljati civilne pravice (*Sedelmayer proti Nemčiji*<sup>67</sup>). Gre za splošno priznano načelo mednarodnega javnega prava, da »*par in parem non habet imperium*«. Enako je ESČP presodilo tudi glede odločitve francoskega sodišča, ki je priznalo imuniteto državi Nemčiji v pravdi za plačilo odškodnine zaradi škode, ki so jo povzročili pripadniki nemške vojske med drugo svetovno vojno (*Grosz proti Franciji*<sup>68</sup>). Treba pa je upoštevati, da gre v omenjenih primerih za ravnanja, ki jih je mogoče opredeliti kot *acta iure imperii* (torej dejanja države, povezana z izvrševanjem njenih oblastnih funkcij). Strožja pa je presoja ESČP, ko gre za tožbe proti tuji državi v primerih t. i. *acta iure gestionis*, povezanih sicer z delovanjem diplomatskih predstavništev tuje države v državi sodišča (še posebej v delovnih sporih). ESČP v novjšem času ugotavlja, da ni več mogoče vztrajati pri absolutni imuniteti tuje države ne glede na vsebino spora. Pri tem se pogosto sklicuje na Konvencijo Združenih narodov o imuniteti držav in njihove lastnine iz leta 2004. Konvencija, čeprav formalno ne velja, izraža veljavno običajno mednarodno pravo, vsaj za države, ki so jo podpisale oziroma ji niso nasprotovale (*Oleynikov proti Rusiji*<sup>69</sup>). Za domače osebje, zaposleno na tujem diplomatskem predstavništvu, je po mnenju ESČP bistveno, ali jim je zaupano opravljanje kakšnih nalog, ki so povezane z izvrševanjem državne suverene oblasti (*El Leil proti Franciji*<sup>70</sup>). Le tedaj je imuniteta tuje države upravičena. Ne velja pa to na primer za litovsko receptorico na poljskem veleposlaništvu v Vilni (*Cudak proti Litvi*<sup>71</sup>) ali avstrijskega fotografa na ameriškem veleposlaništvu na Dunaju (*Wallishauser proti Avstriji*<sup>72</sup>). V takih sporih je priznanje imunitete tuji državi nesorazmeren poseg v pravico do dostopa do sodišča. Za kršitev 6. člena EKČP pa gre tudi, kadar nacionalno sodišče avtomatično prizna imuniteto tuji državi, ne da bi prej natančno proučilo, ali gre za zadevo, povezano z oblastnimi funkcijami ali ne (*Oleynikov proti Rusiji*<sup>73</sup>; tu je upnik zahteval od LDR

64 40877/98 in 45649/99, 30. 1. 2003.

65 24895/07, 11. 2. 2010.

66 46967/07, 24. 2. 2009.

67 30190/06 in 30216/06, sklep 10. 11. 2009.

68 14717/06, sklep 16. 6. 2009.

69 36703/04, 14. 3. 2013.

70 34869/05, 29. 6. 2011.

71 5869/02, 23. 5. 2010.

72 156/04, 17. 7. 2012.

73 36703/04, 14. 3. 2013.

Koreje, naj mu vrne posojilo, ki ga je dal njenemu trgovinskemu predstavništvu v Habarovsku), ali pa svojih ugotovitev v zvezi s tem vsebinsko ne obrazloži (*El Leil proti Franciji*<sup>74</sup>; delovni spor računovodje na kuvajtskem veleposlaništvu v Parizu). Če ni upravičenih razlogov za priznanje imunitete tuji državi, pa učinkovitosti sodnega varstva tudi ni dopustno izničiti tako, da država opusti vročitev sodnega pisanja tuji državi, ki ga prostovoljno ne želi sprejeti (*Wallishauser proti Avstriji*<sup>75</sup>). Tudi tako namreč tožnik ostane brez učinkovitega dostopa do sodišča. Če ni priznana imuniteta tuji državi iz zgoraj omenjene konvencije, ki velja kot običajno pravo, izhaja tudi obveznost tuje države, da sprejme sodno pisanje.<sup>76</sup>

Tudi pri imuniteti mednarodnih organizacij veljajo podobna pravila. ESČP tako ni ugotovilo kršitve konvencijskih pravic glede ravnanja nizozemskega sodišča, ki je Organizaciji združenih narodov kot toženi stranki priznalo imuniteto v odškodninski tožbi zaradi domnevno nedopustnih opustitev v zvezi s poboji v Srebrenici (*Stichting Mothers of Srebrenica in drugi proti Nizozemski*<sup>77</sup>). ESČP je presodilo, da kljub neobstoju alternativnih možnosti pravnega varstva imuniteta OZN zasleduje legitimen namen in je v skladu z načelom sorazmernosti.<sup>78</sup> Če pa je OZN prekršila svojo obveznost, da vzpostavi mehanizme povračila škode zaradi kršitev, pa tega ni mogoče pripisati državi Nizozemski.

EKČP v 6. členu ne zagotavlja vsebinskih pravic. Zato je treba razlikovati med primeri, ko »immunity« pomeni izključitev materialnopravne odgovornosti, in procesno imuniteto (*Roche proti Združenemu kraljestvu*<sup>79</sup>). Razlika med izključitvijo pravice po materialnem pravu in imuniteto po procesnem pravu ni vedno enostavna. Ne bi bilo v skladu z EKČP, če bi država lahko iz pristojnosti sodišč (z različnimi tehnikami) izločila celotne nize civilnih zahtevkov ali zagotovila imuniteto (procesno ali vsebinsko) širokim skupinam oseb (*Marković in drugi proti Italiji*<sup>80</sup>). Odklonitev italijanskih sodišč, da bi vsebinsko odločala o zahtevkih srbskih oškodovancev proti državi, ki je sodelovala v napadu zveze NATO, z utemeljitvijo, da gre za »politično vprašanje«, je načeloma dopustna (*Marković in drugi proti Italiji*<sup>81</sup>).

## 1.5 Dostop do sodišča in procesni položaj oseb z duševnimi motnjami

Iz prakse ESČP izhaja, da je treba omejitve procesne sposobnosti (*litigation capacity*), npr. zaradi duševnih motenj ali zaostalosti, presojati po pravilih, ki veljajo za omejitev pravice do dostopa do sodišča (*Salontaji - Drobnyak proti Srbiji*<sup>82</sup>). Ta omejitev pa ni nujno nedopustna. Nasprotno, prav zaradi varstva oseb z duševnimi motnjami je v določenih primerih skladno s Konvencijo OZN o pravicah

74 34869/05, 29. 6. 2011.

75 156/04, 17. 7. 2012.

76 Ibidem.

77 65542/12, sklep 11. 6. 2013.

78 Ibidem. Pri tem se je sklicevalo tudi na sodbo Mednarodnega sodišča v Haagu v zadevi Nemčije proti Italiji z dne 3. 2. 2012, iz katere izhaja, da teža kršitve in neobstoj alternativnih forumov, ko gre za tožbe proti državi, še ne utemeljmeta utesnitve imunitete.

79 32555/96, 19. 10. 2005.

80 1398/03, 14. 12. 2006.

81 Ibidem.

82 36500/05, 13. 10. 2009.

invalidov nujno, da se jim možnost dostopa do sodišča in nato sodelovanja v postopku zagotovi prek neke oblike zastopanja (*R. P. in drugi proti Združenemu kraljestvu*<sup>83</sup>, *D. D. proti Litvi*<sup>84</sup>). Pri vprašanju, ali je dopustno oziroma celo nujno osebi z duševnimi motnjami za vodenje postopka odvzeti procesno sposobnost in namesto tega zagotoviti zastopnika, je treba upoštevati vse okoliščine, vključno s zapletenostjo zadeve in njenim pomenom za stranko. Treba je presoditi, ali obstajajo procesna sredstva, da se zavarujeta tako pravično sojenje kot tudi zdravje prizadete osebe (*D. D. proti Litvi*<sup>85</sup>). V določenem primeru (ko je šlo za postopek glede roditeljske pravice, torej zelo pomemben za prizadeto stranko) je ESČP presodilo, da angleško sodišče ni storilo kršitve, ker prizadeti osebi ni omogočilo samostojnega sodelovanja v postopku, pač pa ji je dodelilo uradnega zastopnika (*official solicitor*). Pri tem je upoštevalo, da je sklep o pomanjkanju sposobnosti samostojnega vodenja postopka temeljil na izčrpnem medicinskem mnenju. Prav tako je prizadeta oseba imela možnosti, da nasprotuje imenovanju uradnega zastopnika oziroma da doseže njegovo razrešitev (tudi še med postopkom). Prav tako je pomembno, da je bila prizadeta oseba razumljivo poučena o pomenu postopka in določitve uradnega zastopnika ter možnostih za izpodbijanje te odločitve. Pomembno je, da mora uradni zastopnik ravnati v skladu z najboljšimi interesi zastopane osebe. To pa, kot poudarja ESČP, ne pomeni, da bi zastopnik moral upoštevati vse predloge zastopanca za opravo procesnih dejanj oziroma sodišču prenašati vse njegove argumente. Nasprotno, nekritično prevzemanje teh predlogov bi bilo lahko v nasprotju s praviimi interesi zastopanca (*R. P. in drugi proti Združenemu kraljestvu*<sup>86</sup>).

ESČP sicer potrjuje, da so primeri, ko oseba, ki ji je odvzeta poslovna sposobnost, ne more izraziti koherentnih stališč ali dati ustreznih navodil svojemu pooblaščenцу. To pa ne pomeni, da so taki vsi primeri. Tudi pri osebah, ki jim je odvzeta poslovna sposobnost, je mogoče, da lahko izrazijo svoje mnenje o sporni zadevi in da tako pridejo v nasprotje s stališči svojega skrbnika (*D. D. proti Litvi*<sup>87</sup>). V takih primerih, še posebej ko gre za daljnosežne posledice, je nujno, da se prizadeti osebi zagotovi možnost izjavljanja pred sodiščem bodisi neposredno bodisi prek neke oblike zastopanja. Okoliščina duševne bolezni lahko utemljuje določene omejitve ali spremembe načina izvršitve te pravice, ne sme pa je povsem izničiti, razen povsem izjemoma, npr. ob popolni nezmožnosti razumnega izjavljanja (*D. D. proti Litvi*<sup>88</sup>). ESČP je še dodalo, da sodelovanje organa socialnega skrbstva in javnega tožilca (ki naj bi oba skrbela za varstvo interesov prizadete stranke), ni dovolj, da bi se zagotovila prava kontradiktornost postopka (*D. D. proti Litvi*<sup>89</sup>).

83 38245/08, 9. 10. 2012.

84 13469/06, 14. 2. 2012.

85 13469/06, 14. 2. 2012.

86 38245/08, 9. 10. 2012.

87 13469/06, 14. 2. 2012.

88 Ibidem. V omenjeni zadevi je ESČP ugotovilo kršitev. Čeprav je šlo za postopek, od katerega sta bili odvisni poslovna sposobnost in svoboda odločanja stranke, je sodišče odločalo le na podlagi pisnih mnenj zdravnikov, ne da bi jih zaslišalo ali da bi zaslišalo koga drugega. Prav tako ni bilo dokazil o tem, da je bilo stanje prizadete osebe v zadevnem času tako, da bi bilo njeno zaslišanje nesmiselno. Glede na to, da so si stališča prizadete osebe in njenega skrbnika do nadaljnjega bivanja v posebni ustanovi nasprotovala, bi po mnenju ESČP stranki morali po uradni dolžnosti dodeliti odvetnika. Pri tem je pomembno, da je bil odnos prizadete stranke in njenega skrbnika pogosto konflikten, zato odvetnik skrbnika ni mogel v zadostni meri zastopati interesov prizadete stranke.

89 Ibidem.

Načeloma velja, da ureditev, po kateri poslovno nesposobna oseba ne more samostojno vložiti tožbe, pač pa to v njenem imenu naredi skrbnik (in casu: hči prizadete osebe), ni nedopustna. Pri tem je pomembno, da zadeva ne izkazuje nasprotovanja interesov stranke in njenega skrbnika (*Bajčetić proti Hrvaški*<sup>90</sup>). Drugače pa je v primeru, ko prizadeta oseba želi ponovno pridobiti poslovno sposobnost. ESČP, sicer ne povsem kategorično, zastopa stališče, da bi prizadeta oseba morala imeti možnost, da tak postopek sproži tudi sama, ne le prek skrbnika (*Mikhaylenko proti Ukrajini*<sup>91</sup>). ESČP na podlagi opravljene primerjalnopravne študije ugotavlja, da večina ureditev (17 od 20 držav, ki jih je zajela študija) to tudi zagotavlja (*Stanev proti Bolgariji*<sup>92</sup>).

Pomembna so stališča ESČP glede primerov, ko ima stranka v postopku (na primer v postopku odvzema poslovne sposobnosti) »dvojno vlogo« – po eni strani je stranka postopka (subjekt), po drugi strani pa tudi glavni objekt sodnikove presoje. V takih primerih je zagotovitev osebnega sodelovanja stranke nujno ne le zaradi pravice do izjavljanja, pač pa tudi zato, da si sodnik ustvari osebno mnenje o njenem stanju (*X in Y proti Hrvaški*<sup>93</sup>). Zato je načeloma nujno, da ima v takih postopkih sodnik tudi osebni stik s prizadeto osebo. ESČP se pri tem zaveda pomena izvedenskih zdravniških mnenj, saj mora vsaka presoja duševnega zdravja temeljiti na medicinski dokumentaciji. Vendar na koncu je sodnik in ne zdravnik, pa čeprav psihiater, tisti, ki mora presoditi vsa pomembna dejstva glede prizadete osebe. Odvzem poslovne sposobnosti je skrajni ukrep, ki mora biti omejen na izjemne primere. Naloga sodišča je presoditi, ali je tako skrajni ukrep nujen ali pa so na voljo kakšni blažji ukrepi. Sodnik mora skrbno presoditi v skladu z načelom sorazmernosti. Celó če iz izvedenskega mnenja izhaja, da je prizadeta oseba popolnoma nesposobna razumnega komuniciranja, bi sodišče še vedno moralo zaslišati vsaj zdravnika in priče.<sup>94</sup> Paziti pa je treba tudi na to, da je med postopkom za odvzem poslovne sposobnosti prizadeta oseba še vedno (formalno) poslovno sposobna. To velja tudi, ko ji je že bil postavljen skrbnik za posebni primer.<sup>95</sup>

Tudi angleška ureditev ukrepa, da morajo določene osebe (npr. zaradi kverulantstva) pridobiti dovoljenje sodišča za začetek sodnih postopkov (sodišče pa to dovoljenje odreče, če gre za očitno brezpredmetno – *manifestly unmeritorious* – zadevo), ni nedopustna (*Seal proti Združenemu kraljestvu*<sup>96</sup>). Ta ureditev vsebuje dovolj jamstev za zagotovitev učinkovitega varstva pravic prizadetih strank (na primer: predhodno presojo za dopustitev tožbe opravi drug sodnik).

## 1.6 Pravica do sodnega varstva in priznanje tujih sodnih odločb

Ni (še) mogoče reči, da je kot del pravice do dostopa do sodišča mogoče šteti tudi pravico do priznanja tuje sodne odločbe. Nedvomno in že dolgo sprejeto velja le v nasprotni (negativni) smeri: s priznanjem tuje sodne odločbe, ki grobo krši

90 4446/10, 11. 10. 2011.

91 49069/11, 30. 5. 2013.

92 36760/06, 17. 1. 2012.

93 5193/09, 3. 11. 2011.

94 Ibidem.

95 Ibidem.

96 50330/07, 7. 12. 2010.

kakšne konvencijske pravice, država priznanja tudi sama »povzame« te kršitve (*Pellegrini proti Italiji*<sup>97</sup>). Obstaja torej konvencijska »pravica do nepriznanja« tujih sodnih odločb, ki kršijo človekove pravice. Vendarle pa novejša praksa ESČP dokazuje, da tudi zveza med (pozitivno) zahtevo po priznanju tuje sodne odločbe in varstvom konvencijskih pravic (procesnih in vsebinskih) postaja vedno močnejša. ESČP je celo že naravnost izreklo, da »odrek priznanja sodbe ameriškega sodišča pomeni poseg v pritožnikovo pravico do poštenega sojenja« – kar pa seveda še ne pomeni, da je ta poseg nujno nedopusten (*McDonald proti Franciji*<sup>98</sup>). ESČP je tako ugotovilo kršitev pravice do sodnega varstva v primeru, ko francosko sodišče ni izterjalo preživnine na podlagi odločbe poljskega sodišča (*Romanczyk proti Franciji*<sup>99</sup>), ter v primeru, ko grško sodišče ni priznalo ameriške sodne odločbe o posvojitvi in zato prizadete stranke ni štelo za dediča (*Négrépontis-Giannisis proti Grčiji*<sup>100</sup>). V slednji zadevi je ESČP sicer potrdilo, da je ovira javnega reda legitimen razlog za odrek priznanja tuji sodni odločbi, vendar je nacionalno sodišče ta institut uporabilo arbitrarno in nesorazmerno. V drugi zadevi je ESČP kršitev ugotovilo v ravnanju turškega sodišča, ki ni priznalo učinka priznanja (bodisi neposrednega bodisi kot »konkluzivni dokaz«; v resnici najbrž v smislu »ugotovitvenega učinka« oziroma pravnomočne rešitve predhodnega vprašanja) nemški sodbi glede trenutka zapadlosti terjatve (*Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. proti Turčiji*<sup>101</sup>). ESČP pri tem izhaja iz stališča, da je razvoj enotnih standardov in harmonizacije prava v civilnih in gospodarskih zadevah nov pojav v mednarodnem pravu. Zato države vzpostavljajo pravila o priznanju tujih sodnih odločb in s tem zagotavljajo pravno varnost v čezmejnih zasebnopravnih razmerjih ter spodbujajo predvidljivost in koherentnost pravic in postopkov, ki urejajo ta razmerja.<sup>102</sup> V navedenih primerih bi sicer lahko šlo tudi za to, da nacionalna sodišča niso upoštevala obstoječe pravice do priznanja, ki jo daje nacionalno pravo (oziroma glede preživnine: mednarodna konvencija), oziroma so določbe domačega prava o priznanju tujih sodnih odločb razlagala nesorazmerno omejujoče. Korak dlje pa je ESČP naredilo v zadevi, v kateri je državi očitalo, da je že njena ureditev priznanja tujih sodnih odločb preveč omejujoča – in casu: če priznanje tuje sodne odločbe lahko zahteva le stranka postopka, ne pa tudi druga upravičena oseba (npr. dedič) (*Öztürk proti Turčiji*<sup>103</sup>).

## 1.7 Pomen instituta pravnomočnosti z vidika pravice do sodnega varstva

Sestavni del pravice do sodnega varstva je tudi pričakovanje, da bodo stranke nato upoštevale sodno odločbo, s katero se postopek konča (*Mubarik proti*

97 30882/96, 20. 7. 2001.

98 18648/04, 29. 4. 2008. In casu je ESČP ugotovitev, da očitno ne gre za kršitev, podprlo s tem, da se pritožnik »ne more pritoževati, če je v nastali položaj prišel zaradi lastne neaktivnosti« (pritožnik je v konkretni zadevi namreč najprej vložil tožbo v Franciji, nato zamudil rok za pritožbo zoper neugodno sodbo in šele nato sprožil postopek v ZDA; nato pa je bila zaradi teh konkretnih okoliščin njegova zahteva za priznanje ameriške sodbe v Franciji zavrnjena).

99 7618/05, 18. 11. 2010.

100 56759/08, 3. 5. 2011.

101 33275/05, 25. 9. 2012. V tem primeru je nemško sodišče zavrnilo zahtevek kot preuranjen, češ da še ni zapadel (ni še bil izdan končni obračun). Drugo tožbo je nato – po izdaji končnega obračuna – tožnik vložil v Turčiji. Vendar je turško sodišče izreklo, da je terjatev zapadla že bistveno bolj zgodaj, in je zato štelo, da je pravica ugasnila. Sklicevanja upnika na nemško sodbo ni upoštevalo.

102 Ibidem.

103 39523/03, 13. 10. 2009.

*Združenemu kraljestvu*<sup>104</sup>). Pravna varnost je eden od temeljnih vidikov vladavine prava in predpostavlja spoštovanje načela *res iudicata* oziroma dokončnosti sodnih odločb (*Bezrukovy proti Rusiji*<sup>105</sup>). Iz načela pravne varnosti izhaja, da ko sodišče enkrat pravnomočno odloči, o njegovi odločitvi ni mogoče podvomiti (*Asito proti Moldaviji*; št. 2<sup>106</sup>). Le v nujnih primerih in primerih, kot so podani v primerih temeljnih nepravilnosti (*fundamental defects*) ali izjalovitve pravice (*miscarriage of justice*), je mogoč odstop od tega izhodišča (*Kondrashov in drugi proti Rusiji*<sup>107</sup>). Možnost pravnih sredstev zoper pravnomočne sodne odločbe pomeni omejitve pravice do sodnega varstva. Pravne varnosti (s posegom v pravnomočno sodbo) ni dopustno žrtvovati že zaradi »pravnega purizma« (*legal purism*), pač pa le, če je to nujno, da se popravi »napaka, ki je temeljnega pomena za pravni sistem« (*Sutyazhnik proti Rusiji*<sup>108</sup>). Nepravilnost pravnomočne sodbe še ni zadosten razlog za poseg v načelo pravnomočnosti (*Tsareva proti Rusiji*<sup>109</sup>). Pristojnost razveljavitve pravnomočnih odločb je treba uporabljati nadvse zadržano, tako da se doseže najprimernejše ravnotežje med udeleženiimi dobrinami in interesi (*Tchitchinadze proti Gruziji*<sup>110</sup>). Poseg v pravnomočno sodbo ne sme biti »prikrita pritožba«, ki omogoča ponovno presojo zadeve, v kateri so mogoča različna stališča (*Asito proti Moldaviji*; št. 2<sup>111</sup>). Zato je nedopustno, če pravni red dopušča zelo široko (v vsebinskem in časovnem pogledu) možnost izpodbijanja pravnomočnih sodb (*Ryabykh proti Rusiji*<sup>112</sup>). Taka ureditev je nedopustna ne glede na to, da po razveljavitvi sodne odločbe stranka lahko ponovno neomejeno predstavi svoj primer (*Sovtransavto Holding proti Ukrajini*<sup>113</sup>). Zgolj napačna uporaba prava in želja države, da poenoti sodno prakso, še ne utemeljita posega v pravnomočne sodne odločbe. To sta sicer legitimna cilja, vendar ju ni mogoče zasledovati za vsako ceno in na račun stranke, ki se je zanesla na učinek *res iudicata* (*Kulkov in drugi proti Rusiji*<sup>114</sup>). Dopustna pa je obnova postopka, če je to potrebno zaradi varstva temeljnih procesnih jamstev, npr. neodvisnosti in nepristranskosti sodišča ter enakost orožij (*Tchitchinadze proti Gruziji*<sup>115</sup>). Tudi kršitev pristojnost, hude kršitve postopka (npr. opustitev presoje, ali so gospodarsko družbo v postopku res zastopale upravičene osebe in ali so bili drugi toženci sploh ustrezno identificirani), zloraba oblasti, očitne napake pri uporabi prava so okoliščine, ki jih je ESČP štelo kot upravičljive za odstop od spoštovanja učinka pravnomočnosti (*Sharra proti Albaniji*<sup>116</sup>). ESČP (morda nekoliko preveč kategorično – glede na povsod znane primere širjenja subjektivnih mej pravnomočnosti) navaja, da je logično, da oseba, ki ni bila stranka postopka, ne more pozneje trditi, da so ji bila kršena procesna jamstva v tem postopku (*Tchitchinadze proti Gruziji*<sup>117</sup>).

104 3867/07, sklep, 8. 9. 2009.

105 34616/02 z dne 10. 5. 2012.

106 39818/06, 13. 3. 2012.

107 2068/03 idr., 8. 1. 2009.

108 8269/02 z dne 23. 7. 2009.

109 43327/02, 1. 4. 2010.

110 18156/05, 27. 5. 2010.

111 39818/06, 13. 3. 2012.

112 52854/99, 24. 7. 2003.

113 48553/99, 25. 7. 2002.

114 25114/03 idr., 8. 1. 2009.

115 18156/05, 27. 5. 2010.

116 29975/06, sklep 6. 12. 2011.

117 18156/05, 27. 5. 2010.

ESČP svoja stališča pogosto ponavlja kar mehansko, brez ustreznega premisleka (kar sicer samo pogosto očita nacionalnim sodiščem). Tipičen je primer, ko ESČP ni upoštevalo pravil o objektivnih mejah pravnomočnosti, kot so uveljavljena v številnih državah članicah. En judikat ESČP tako napeljuje na sklep, da bi odločitev o predhodnem vprašanju tudi morala zavezovati v prihodnjih pravnih, »v katerih se postavljajo ista dejanska in pravna vprašanja, o kakršnih je že bilo odločeno« (*Esertas proti Litvi*<sup>118</sup>). V nekaterih pravnih redih je res tako (t. i. »*collateral estoppel*« – kot izhaja iz omenjene sodbe, naj bi bilo tako tudi v litovskem, zato ta sodba tudi ne bi smela imeti kakšnega precedenčnega učinka za slovenski pravdni postopek), v večini evropskih pravnih redov (nemškem, slovenskem, francoskem) pa velja, da obrazložitev sodbe (ta vključuje tudi rešitev predhodnega vprašanja) ne postane pravnomočna.

Poudariti je treba, da ESČP pojma »pravnomočna sodba« in »izredno pravno sredstvo« razlaga avtonomno. Omenjena stališča ESČP ne postavljajo pod vprašanj ureditve izrednega pravnega sredstva revizije po ZPP. Pri reviziji gre za pravno sredstvo stranke s kratkim rokom za vložitev in ga je zato po vsebini mogoče šteti za nadaljevanje predmetnega postopka (»tretja stopnja«, čeprav je »tehnično« opredeljeno kot pravno sredstvo zoper pravnomočne sodne odločbe (v tem smislu: *Yanakiev proti Bolgariji*<sup>119</sup>)). Za izredno pravno sredstvo v smislu prakse ESČP pa bi šlo pri obnovi postopka. Vendar so razlogi za obnovo postopka dovolj omejeni na upravičene razloge (in vsi tudi na subjektivne in skoraj vsi na objektivne prekluzivne roke), da tudi to pravno sredstvo (kakršno je uveljavljeno tudi v številnih drugih državah članicah Sveta Evrope) ni sporno.

## 1.8 Pravica do izvršbe kot del pravice do učinkovitega sodnega varstva

Pravica do sodnega varstva bi ostala iluzorna, če bi bilo državi omogočeno, da zavrne izvršitev dokončne in zavezujoče sodne odločbe (*Molnar Gabor proti Srbiji*<sup>120</sup>). Izvršba sodbe je zato sestavni del sojenja (*trial*) v smislu 6. člena EKČP (*Humbafov proti Azerbajdžanu*<sup>121</sup>). Poleg procesnih jamstev pa neizvršitev (enako kot razveljavitev) pravnomočne sodbe v premoženjski zadevi, če ni posebnih okoliščin, krši tudi pravico do zasebne lastnine (tj. »*peaceful enjoyment of possessions*«) po 1. členu Protokola št. 1 k EKČP (*Tchitchinadze proti Gruziji*<sup>122</sup>). Država je odgovorna za to, da bodo organi, pristojni za opravo izvršbe, zagotovili izvršitev pravnomočne sodbe. Sistem izvršbe mora organizirati tako, da bo učinkovit pravno in dejansko (*Vukelić proti Črni gori*<sup>123</sup>). Za neučinkovitost izvršiteljev ne odgovarja pritožnik, pač pa država (*Nikolayevich Ivanov proti Ukrajini*<sup>124</sup>). Ravnanja

118 50208/06, 31. 5. 2012. Primer je prav »klasično šolski«: v prvi pravdi za plačilo obroka iz neke dolgoročne pogodbe (dobava ogrevanja) je sodišče zahtevak zavrnilo in ob tem kot predhodno vprašanje ugotovilo, da pogodba ni veljavna. V drugi pravdi – za plačilo poznejšega obroka – pa je sodišče predhodno vprašanje rešilo drugače, torej da je pogodba veljavna. V Sloveniji bi bil to »šolski« primer za to, kaj pomeni, da rešitev predhodnega vprašanja učinkuje le v konkretni pravdi (13. člen ZPP), torej je tako ravnanje sodišča dopustno.

119 40476/98, 10. 8. 2006.

120 22762/05, 8. 12. 2009.

121 13652/06, 3. 12. 2009.

122 18156/05, 27. 5. 2010.

123 58258/09, 4. 6. 2013.

124 40450/04, 15. 10. 2009.

izvršiteljev morajo biti ustrezna in zadostna ter njihovo ravnanje v postopku izvršbe skrbno (*Uruci proti Albaniji*<sup>125</sup>). V zadevah, ko so dolžniki zasebnopravni subjekti, se od države zahteva skrbno ravnanje ob pomoči upnika pri izvršbi (*Uruci proti Albaniji*<sup>126</sup>). Ne glede na to, ali gre za izvršbo proti javnemu ali zasebnemu subjektu, mora država poskrbeti za vse korake v svoji pristojnosti, da pri tem zagotovi učinkovito sodelovanje svojega celotnega aparata (*Vukelić proti Črni gori*<sup>127</sup>). Seveda pa odgovornost države za učinkovitost izvršbe (proti zasebnemu subjektu) ne seže dlje kot do udeležbe državnih oziroma pooblaščenih oseb v postopku izvršbe (*Uruci proti Albaniji*<sup>128</sup>). Neuspešnosti izvršbe zaradi pomanjkanja premoženja dolžnika pa ni mogoče pripisati državi, razen če je tudi glede tega mogoče ugotoviti njeno krivdo, npr. ob zavlačevanju z izvršitvijo (*Vukelić proti Črni gori*<sup>129</sup>). Je pa od upnika mogoče zahtevati, da tudi sam skrbno opravi določena ravnanja v izvršbi, zato ni nerazumno, če se od njega zahteva, da predloži dodatne listine, kot na primer podatke o bančnih računih, tako da se izvršba omogoči ali pospeši (*Sivograk in Zenov proti Rusiji*<sup>130</sup>).

Težak finančni položaj države kot dolžnika ne more biti opravičilo za odlaganje izvršbe (*Khachatryan proti Armeniji*<sup>131</sup>). Začasen odlog izvršbe je sicer pod določenimi pogoji dopusten, vendar ne sme izvzlitliti pravice do sodnega varstva (*Komnatskyy proti Ukrajini*<sup>132</sup>). Odlog oziroma zamuda z izvršbo je lahko upravičena v posebnih okoliščinah. Ne sme pa biti taka, da izniči samo bistvo pravice (*Gulmammadova proti Azerbajdžanu*<sup>133</sup>). Ob presoji odloga postopka deložacije ESČP v konkretni zadevi takih upravičenih razlogov ni ugotovilo, pač pa je izreklo, da uradni odlog izvršitve pravnomočne sodbe za nedoločen čas brez nujnih razlogov nasprotuje načelu pravne varnosti. Nasprotno pa v drugem primeru odreka izvršbe množične deložacije iz zasedene zgradbe, v kateri je nezakonito živel več družin, ESČP ni ugotovilo kršitve (*Societe Cofinfo proti Franciji*<sup>134</sup>). ESČP je upoštevalo ugovor države, da gre očitno za izredne razmere na področju ekonomske politike države in da so grozili hudi socialni nemiri. Ob tem je ESČP kot bistveno okoliščino upoštevalo tudi, da je država sprejela ustrezen ukrepe – predaja zadeve upravnemu sodišču, da najde rešitve. Pomanjkanje sredstev države kot dolžnika pa ni upravičen razlog za devetletno odlašanje z izvršbo proti državi (*Cale proti Albaniji*<sup>135</sup>). Če je dolžnik država, bi morala obveznost iz pravnomočne sodbe izvršiti prostovoljno, po uradni dolžnosti. Od upnika v teh primerih ni treba pričakovati, da bo zahteval izvršbo (*Burdov proti Rusiji*, št. 2<sup>136</sup>).

125 6491/06, sklep 24. 1. 2012.

126 6491/06, sklep 24. 1. 2012.

127 58258/09, 4. 6. 2013.

128 6491/06, sklep 24. 1. 2012.

129 58258/09, 4. 6. 2013.

130 14758/08, 13. 6. 2013.

131 31761/04, 1. 12. 2009.

132 40753/07, 15. 10. 2009.

133 38798/07, 22. 4. 2010. ESČP je ob tem dodalo, da sicer razume problematiko velikega števila domačih beguncev v Azerbajdžanu, vendar ni opravičila za to, da v daljšem času država ni sprejela prav nobenih ukrepov za rešitev problematike.

134 23516/08, sklep 29. 10. 2010.

135 50933/07, 6. 11. 2012.

136 33509/04, 5. 1. 2009.



V določeni zadevi je tako ESČP ugotovilo, da nezadostna konkretiziranost obveznosti ni bila upravičen razlog za zavrnitev izvršbe. Zahtevati od upnika, da potem ko je že dobil ugodno sodbo, sproži nov pravdni postopek, da bo šele s tem lahko začel izvršbo, bi pomenilo nesorazmerno breme (*Đukić proti Bosni in Hercegovini*<sup>137</sup>). Enako kot za izvršbo v ožjem smislu velja tudi za obveznost države, da zagotovi ustrezne prepise v zemljiški knjigi v skladu s stanjem, ki temelji na pravnomočni sodbi (npr. v primeru dedovanja *Buj proti Hrvaški*<sup>138</sup>). Tudi odklonitev države, da (v razumnem roku) prisilno izvrši arbitražno odločbo, pomeni kršitev zahtev konvencije (pri čemer ESČP te položaje praviloma presoja z vidika kršitev vsebinske pravice do lastnine, saj pravica, priznana z arbitražno odločbo, če se nanaša na določen znesek in je izvršljiva, ustreza temu pojmu (*Kin-Stib in Majkić proti Srbiji*<sup>139</sup>). Država mora zagotoviti, da je sistem izvršitve arbitražnih odločb učinkovit tako v pravu kot tudi v praksi (*Marčić in drugi proti Srbiji*<sup>140</sup>).

### 1.8.1 Izvršba in bagatelne terjatve

ESČP je že presojalo očitke o kršitvi konvencijskih pravic zaradi sodne prodaje dolžnikove nepremičnine za poplačilo njegovega dolga v *bagatelnem* znesku (*Zehentner proti Avstriji*<sup>141</sup>). Potrdilo je, da je bilo kršeno načelo sorazmernosti (glede pravice do doma), ki mora veljati tudi v izvršilnem postopku. Na prvi pogled je videti, da gre ta sodba v prid tistim, ki so v razpiti slovenski zadevi trdili, da so bile kršene človekove pravice pritožnika v podobnem primeru. Vendar je v resnici ravno nasprotno! V zadevi *Zehentner* se je Avstrija branila z argumentom, da dolžnica ni izkoristila pravnih sredstev, ki so ji na voljo, da bi (zlahka) preprečila prodajo (podobno kot v slovenski zadevi – bodisi s plačilom bodisi s predlogom za izvršbo na drug predmet). Vendar je ESČP ta argument zavrnilo. Ugotovilo je namreč, da je bila dolžnica v spornem času in že dlje časa pred tem *hudo duševno bolna*, da zaradi svojega bolezenskega stanja *dejansko ni bila poslovno sposobna*, da zato *ni zmogla razumeti položaja*.<sup>142</sup> Zaradi bolezenskega stanja *ni bila zmožna razumeti sodnih pošiljk* v izvršilnem postopku (!) in zato ni mogla izkoristiti pravnih sredstev, ki so ji bila na voljo. Po tem je ESČP dodalo:

»Sodišče upošteva argumente Vrhovnega sodišča in Vlade, da je bil rok namenjen varstvu dobrovernega kupca in splošnemu interesu učinkovitosti pravosodja ter ohranitvi pravne varnosti. Vendar pa so poslovno nesposobne osebe še posebno ranljive, zato imajo države v skladu z 8. členom pozitivno dolžnost, da taki osebi zakonsko zagotovijo posebno pravno varstvo ... vendar pa bi morale biti v primeru, ko gre za poslovno nesposobno osebo, to še posebej utemeljeno. Sodišče ugotavlja, da Vrhovno sodišče ni podalo nobene take utemeljitve in tudi ni tehtalo nasprotujočih si interesov v konkretni zadevi, namreč interesov dobrovernega kupca na eni strani in poslovno nesposobne dolžnice na drugi.«

137 4543/09, 19. 6. 2012.

138 24661/02, 1. 6. 2006.

139 12312/05, 20. 4. 2010.

140 17556/05, 30. 10. 2007.

141 20082/02, 16. 7. 2009.

142 »Kot je bilo rečeno zgoraj, pritožnica zaradi poslovne nesposobnosti ni mogla ugovarjati plačilnemu nalogu, ki je bil podlaga za odobritev sodne prodaje, niti ni bila sposobna izrabiti pravnih sredstev, ki so po Zakonu o izvršbi na voljo dolžniku.«

Sam sem ob komentiranju znane »slovenske« zadeve utemeljeval, da gre od odraslih in sposobnih ljudi pričakovati, da kaj naredijo za varstvo svojih pravic (ali vsaj, da odprejo pošiljko s sodišča ...),<sup>143</sup> in da gre pri tem za ravnanje, ki ga lahko pričakujemo od vsakega (ne le »skrbnega«) odraslega in sposobnega človeka. Prav v tem, da človeka ne degradiramo v položaj otroka ali poslovno nesposobne osebe, je razlog, da se človeku priznava sposobnost, posledično pa tudi odgovornost. Ob tem sem se retorično spraševal (vsaj mislil sem tedaj, da je to zgolj retorično), ali naj država vsem odvzame poslovno sposobnost in vsem postavi skrbnika, da bo ljudem preprečeval škodljiva procesna in izvenprocesna ravnanja. Vendar kdor zadevo *Zehentner* enači z znanim slovenskim primerom (kjer med množico argumentov še – vsaj doslej ... – nismo slišali, da bi šlo za »dejansko poslovno nesposobno osebo, ki ni bila zmožna razumeti pomena sodnih pošiljk«), od ideje, da se »vsem odvzame poslovna sposobnost«, ni prav daleč. Bistvo argumentacije ESČP je prav v poudarku dejanske nesposobnosti izkoristiti pravna sredstva in v odgovornosti države, da poskrbi za take osebe. Seveda, za tako osebo je država – paternalistično – dolžna poskrbeti oziroma preprečiti negativne posledice. Ampak kje je tu argument v prid, da enako velja tudi za poslovno sposobno osebo, ki pravnih sredstev ne izkoristi, ker se zavestno odloči izkazovati ignoranco sodne oblasti (ob tem pa tudi zavestno predhodno preprečuje, da bi se izvršba opravila z milejšimi sredstvi – rubež)? Upam, da bodo zastopniki države RS v postopku v Strasbourgu primer *Zehentner* znali prikazati kot koristen precedens, ki za slovenski primer utemeljuje sklep, da za kršitev človekovih pravic ni šlo. Enako velja za stališče (izrečeno v nekem drugem kontekstu), da se nihče ne more pritoževati, če je zaradi lastne neaktivnosti prišel v nezavidljiv položaj (*McDonald proti Franciji*<sup>144</sup>).

## 1.9 Dostop do sodišča in ovire premoženjske narave

EKČP državam pušča možnost presoje, kako bodo s pozitivnimi ukrepi zagotovile možnost učinkovitega sodelovanja osebam, ki jim premoženjske okoliščine preprečujejo najeti odvetnika. EKČP za civilne zadeve ne zagotavlja brezplačne pravne pomoči (*Sejdovic proti Italiji*<sup>145</sup>). To *a contrario* izhaja že iz tega, da konvencija brezplačno pravno pomoč revnim zagotavlja za kazenske zadeve (*Siwiec proti Poljski*<sup>146</sup>). Dodelitev neodplačnega odvetnika je v civilnih zadevah torej le ena možnost, druga pa je npr. poenostavitev postopkov (*Steel in Morris proti Združenemu kraljestvu*<sup>147</sup>). Vprašanje, ali je določitev brezplačne pravne pomoči za zagotovitev poštenega sojenja nujna, je treba presojati z vidika okoliščin konkretnega primera, kar vključuje med drugim presojo pomena zadeve za stranko, pravne in dejanske zapletenosti zadeve, formaliziranosti postopka in pritožnikove

143 Galič, Izvršba na nepremičnino za poplačilo bagatelnih terjatev, Pravna praksa, 2012, št. 11, str. 22.

144 18648/04, 29. 4. 2008. In casu je ESČP ugotovitev, da očitno ne gre za kršitev, podprlo s tem, da se pritožnik »ne more pritoževati, če je v nastali položaj prišel zaradi lastne neaktivnosti« (pritožnik je v konkretni zadevi namreč najprej vložil tožbo v Franciji, nato zamudil rok za pritožbo zoper neugodno sodbo in šele nato sprožil postopek v ZDA; nato pa je bila zaradi teh konkretnih okoliščin njegova zahteva za priznanje ameriške sodbe v Franciji zavrnjena).

145 56581/00, 1. 3. 2006.

146 28095/08, 3. 7. 2012.

147 68416/01, 15. 2. 2005.

sposobnosti, da se zastopa sam (*Boyko proti Ukrajini*<sup>148</sup>). Upoštevati je tudi treba, da država z uporabo javnih sredstev ni dolžna zagotoviti popolne enakopravnosti strank, zadošča, da stranka ne bo v občutno slabšem položaju kot nasprotna stranka glede razumne možnosti, da sodeluje v postopku (*Marangos proti Cipru*<sup>149</sup>). Diskrecija države, da učinkovito sodelovanje revnih v postopku zagotovi drugače, brez brezplačne pravne pomoči, pa seveda ni mogoča, če zakon predpisuje obvezno odvetniško zastopanje. Tedaj brez ustreznega sistema brezplačne pravne pomoči ne gre (*Muscat proti Malti*<sup>150</sup>). Če država ustanovi sistem brezplačne pravne pomoči, je treba paziti, da odločanje v njem ne bo arbitrarno (*Sialkowska proti Poljski*<sup>151</sup>). Pri tem pa ni nedopustno, če sodišče predlogu ugodi le, če presodi, da ima zadeva razumne možnosti za uspeh, odločitev o tem pa ne sme biti arbitrarna (*Herma proti Nemčiji*<sup>152</sup>). Varčevanje s proračunskimi sredstvi je namreč legitimni namen (*Gähwiler proti Švici*<sup>153</sup>), prav tako želja nadzora nad tem, kako se javna sredstva porabljajo za financiranje zasebnih pravnih (Granos Organicos Nacionales S.A. proti Nemčiji<sup>154</sup>). Prav tako ni samo po sebi nedopustno, če odvetnik, plačan iz sredstev brezplačne pravne pomoči, zavrne vložitev izrednega pravnega sredstva, če presodi, da to nima možnosti za uspeh (*Del Sol proti Franciji*<sup>155</sup>). Pri tem pa je treba paziti, da stranki v tem primeru ostane dovolj časa, da si poskuša najti odvetnika drugače (*Zapadka proti Poljski*<sup>156</sup>; za primer, v katerem je bilo to jamstvo spoštovano, gl. *Siwiec proti Poljski*<sup>157</sup>).

Višina sodnih taks lahko nesorazmerno omeji pravico do dostopa do sodišča. Vendar zgolj nesorazmernost takse z realnim obsegom »storitve« sodišča ni dovolj, pač pa so upoštevna tudi druga merila, npr. okoliščina, v kateri fazi postopka obveznost plačila zapade in na katero fazo postopka se nanaša, kakšne so posledice neplačila in predvsem okoliščine glede finančne zmožnosti stranke za plačilo (*Pietka proti Poljski*<sup>158</sup>). Vsi primeri, v katerih je ESČP v zvezi s tem ugotovilo kršitev, vključujejo tudi ugotovitev, da ni bilo izkazano, da bi stranka lahko sama plačala sodno takso oziroma da bi lahko zahtevala oprostitev (npr. *Weissman in drugi proti Romuniji*<sup>159</sup>). Prav tako pa mora biti sodišče še posebej pozorno, kadar je pristojni organ v državi že ugotovil, da je neka oseba v hudi socialni stiski (*Marina proti Latviji*<sup>160</sup>). Enako velja tudi za predujem za nagrado izvršitelja v izvršilnem postopku. Glede taks in predujmov v izvršilnem postopku je presoja ESČP še posebej natančna, saj je tu že jasno, da stranka ima določeno pravico (*Cebotari in drugi proti Moldaviji*<sup>161</sup>). Država svoje pozitivne obveznosti, da zagotovi učinkovitost pravice do sodnega varstva (katerega del je tudi izvršba), ne more enostavno prevaliti na upnika. Opozoriti je treba, da iz navedenega ni mogoče izpeljati sklepa, da bi bila določitev predujmov

148 17382/04, sklep, 23. 10. 2007.

149 12846/05, 4. 12. 2008.

150 24197/10, 17. 7. 2012.

151 8932/05, 22. 3. 2007.

152 54193/07, sklep 8. 12. 2009.

153 13545/10, sklep 9. 10. 2012.

154 19508/07, 22. 3. 2012.

155 46800/99, 26. 2. 2002.

156 2619/05, 15. 12. 2009.

157 28095/08, 3. 7. 2012.

158 34216/07, 16. 10. 2012.

159 63945/00, 4. 5. 2006.

160 46040/07, 26. 10. 2010.

161 37763/04 in nasl., 27. 1. 2009.

za postopek izvršbe (plačilo izvršitelja) sama po sebi nedopustna. V konkretnem primeru je ESČP poudarilo, da je upnik zahteval oprostitev stroškov, vendar o njegovem predlogu sploh ni bilo odločeno, prav tako pa v nacionalnem pravnem redu ni bilo jasno, da na koncu izvršilnega postopka upnik lahko zahteva, da mu te stroške povrne dolжник (*Apostol proti Gruziji*<sup>162</sup>). Pomembno je, ali zahteva države, da stranka založi določene stroške, zasleduje cilje, ki so neposredno povezani z vsebino zadeve (npr. v primeru tožb, ki imajo majhne možnosti za uspeh – s čimer se sodišče zavaruje pred vložitvijo takih tožb, nasprotna stranka pa dobi jamstvo za učinkovito povrnitev svojih stroškov od dolžnika (*Podbielski in PPU Pulpure proti Poljski*<sup>163</sup>). Če pa plačilo stroškov zasleduje izključno finančne razloge, mora biti presoja ESČP strožja (*FC Mrebebi proti Gruziji*<sup>164</sup>). Vendar zahteva, da mora biti sodna taksa plačana že ob začetku postopka na določeni stopnji (torej za tožbo ali za pritožbo), sama po sebi ni v nasprotju z EKČP; tudi tako se lahko zasleduje cilj preprečitve vlaganja neutemeljenih in nerazumnih tožb (*Marina proti Latviji*<sup>165</sup>). Je pa presoja ESČP v primerih, ko neplačilo takse povzroči odklonitev (vsebinskega) odločanja, strožja kot v primerih, ko sodišče takso izterja naknadno (prim. *Pietka proti Poljski*<sup>166</sup>). Upoštevati je treba okoliščine primera. Pristop države je lahko glede plačila takse za pritožbo (ko je torej stranka že bila deležna celovite presoje zadeve na eni stopnji) strožji kot glede postopka na prvi stopnji (*Kordos proti Poljski*<sup>167</sup>). ESČP je tudi izreklo, da kategoričen argument države, da pravne osebe ne morejo doseči oprostitve stroškov, ne vzdrži (*Paykar Yev Haghtanak Ltd. proti Armeniji*<sup>168</sup>). Zdi pa se, da ESČP ni povsem izključilo možnosti argumenta, da bi lahko pri pravni osebi pričakovali, da bi zanjo, če sama nima denarja za sodni postopek, finančna sredstva zagotovili njeni družbeniki (*Teltronic-CATV proti Poljski*<sup>169</sup>). V tej zadevi se do tega vprašanja sicer ni dokončno opredelilo, saj je ugotovilo, da tako in tako ni izkazano, da bi družbeniki zmogli priskrbeti ustrezna finančna sredstva. V novejši zadevi pa je ESČP izreklo, da med državami članicami Sveta Evrope ni enotnega pristopa ali vsaj enotnih teženj glede možnosti brezplačne pravne pomoči za pravne osebe. Precej držav članic ne dopušča nikakršne brezplačne pravne pomoči. Zato je presoja ESČP zadržana, glede precej omejevalne nemške ureditve pa ESČP kršitev konvencije ni ugotovilo (*Granos Organicos Nacionales S.A. proti Nemčiji*<sup>170</sup>).

Nesorazmerna omejitev je, kadar je plačilo vseh stroškov prihodnjega izvršilnega postopka pogoj za vročitev sodbe upniku (*Ülger proti Turčiji*<sup>171</sup>). Ni pa nujno nedopustno, če je izvršitev obveznosti nižjega sodišča pogoj za dopustnost pravnega sredstva. Taka ureditev lahko zasleduje legitimne cilje varstva upnika, preprečitve vložitve pravnega sredstva zaradi zavlačevanja, zagotavljanja avtoritete

162 40765/02, 28. 11. 2006.

163 39199/98, 26. 7. 2005.

164 8736/04, 31. 7. 2007.

165 46040/07, 26. 10. 2010.

166 34216/07, 16. 10. 2012.

167 26397/02, 26. 5. 2009.

168 21638/03, 20. 12. 2007.

169 48140/99, 10. 1. 2006.

170 19508/07, 22. 3. 2012. V zvezi s tem je dopusten pogoj vzajemnosti, ko gre za oprostitev stroškov tuje osebe. ESČP pa tudi ni bilo v dvomih o nemški ureditvi, ki pravni osebi dopušča brezplačno pravno pomoč le, če je pravda v javnem interesu, sicer pa za pravno osebo velja, da naj, če želi obstajati, svoje cilje uresniči s svojimi močmi in sredstvi. Za oprostitev taks pa nemško pravo tudi za pravne osebe omogoča odlog obveznosti plačila pod pogojem, da zadeva ni brez možnosti za uspeh.

171 25321/02, 26. 6. 2007.

nižjih sodišč in preprečitve preobremenitve instančnega sodišča (*Mubarik proti Združenemu kraljestvu*<sup>172</sup>). Glede na okoliščine konkretnega primera (predvsem premoženjsko stanje stranke in nesorazmerno visoka obveznost, naložena s sodbo sodišča prve stopnje) pa je lahko tudi taka ureditev nedopustna. Pri tem je presoja, če gre za dostop do pritožbenega sodišča, strožja, kot če gre za dostop do vrhovnega sodišča (*Chatellier proti Franciji*<sup>173</sup>). Dopustna je posebna kazenska taksa za zlorabo pravice oziroma zlorabo pravnega sredstva (*Matterne proti Nemčiji*<sup>174</sup>) in za kverulantsko pravljanje (*Toyaksi in drugi proti Turčiji*<sup>175</sup>).

Stranka, ki zahteva oprostitev stroškov, mora pri tem izkazati potrebno skrbnost. Pri predložitvi listin in dokazil o premoženjskem stanju mora ravnati v dobri veri in biti pripravljena sodelovati (*Pietka proti Poljski*<sup>176</sup>). Zahteve po skrbnosti so lahko večje, če je stranka gospodarska družba, kot če gre za navadno fizično osebo (*Elcomp sp. z o.o. proti Poljski*<sup>177</sup>).

Načeloma sicer velja, da zaradi neodvisnosti odvetništva država ne odgovarja za ravnanje odvetnika ne glede na to, ali je financiran zasebno ali iz sistema brezplačne državne pomoči. Vendarle pa v posebnih okoliščinah ni povsem izključeno, da država odgovarja za hude opustitve in kršitve dolžnega skrbnega ravnanja odvetnika, dodeljenega v sistemu brezplačne pravne pomoči (*Muscat proti Malti*<sup>178</sup>). Odgovornost se v teh izjemnih primerih lahko nanaša tako na ravnanje odvetnika v konkretni zadevi kot tudi na neustreznost samega sistema brezplačne pravne pomoči. Oboje lahko izniči učinkovitost zastopanja. Poznavanje ne le materialnega prava, pač pa temeljnih procesnih zahtev spada na pričakovano področje znanja odvetnika. V zadevi, v kateri dodeljeni odvetnik ni sam preveril, ali je bila nasprotni stranki vročitev ustrezno opravljena (in posledično svoje stranke o tem ni obvestil, sodišče pa je tožbo zavrglo), ESČP take kršitve ni ugotovilo, saj je presodilo, da je premalo skrbnosti izkazala predvsem sama stranka, ne njen odvetnik (*Muscat proti Malti*<sup>179</sup>). Nasprotno pa je ESČP v zadevi, v kateri sta dodeljena odvetnika stranki očitno napačno svetovala glede roka za vložitev pravnega sredstva, tako hudo kršitev dolžnega strokovnega ravnanja ugotovilo (*Anghel proti Italiji*<sup>180</sup>). Sam pri predstavljeni doktrini ESČP ostajam v dvomih, ali pravzaprav ne pomeni določene privilegiranosti strank, ki jih zastopajo odvetniki po sistemu brezplačne pravne pomoči. Za njihovo nestrokovno ravnanje lahko stranka (poleg od odvetnika) uveljavlja zahtevke tudi od države, in to še pred ESČP (kjer jim je tudi lahko prisojeno pravično zadoščenje). Če pa je odvetnik financiran »iz lastnega žepa«, pa stranka take možnosti nima.

Stroški postopka oviro za dostop do sodišča najizraziteje pomenijo tedaj, ko jih je treba plačati vnaprej. Vendar pa finančno breme sodnih taks (in stroškov postopka nasploh) lahko povzroči nesorazmerno oviro za dostop do sodišča tudi tedaj, ko ta

172 3867/07, sklep, 8. 9. 2009.

173 34658/07, 31. 3. 2011.

174 4041/06, 13. 10. 2009.

175 43569/08, 5801/09, 19732/09 et al., sklep 20. 10. 2010.

176 34216/07, 16. 10. 2012.

177 37492/05, 19. 4. 2011.

178 24197/10, 17. 7. 2012.

179 24197/10, 17. 7. 2012.

180 5968/09, 25. 6. 2013 – vložen predlog za ponovno odločanje pred Velikim senatom.

obveznost zapade v plačilo šele po koncu postopka (*Klauz proti Hrvaški*<sup>181</sup>). Samo po sebi ni nedopustno, če sodne takse, ki jih mora stranka plačati, presegajo višino dosojenega, npr. ob tem, ko se v stečajni zadevi vrednost spornega predmeta računa od celotne terjatve, čeprav je jasno, da bo upnik dosegel le delno poplačilo (*Urbanek proti Avstriji*<sup>182</sup>). Tudi ravnanje stranke, ki vložil povsem nerazumno visok zahtevek, s čimer sama povzroči, da so tudi stroški postopka višji, gre lahko stranki v škodo in ne more računati, da jo bo država v celoti oprostila stroškov (*Kupiec proti Poljski*<sup>183</sup>). Pravilo, da tisti, ki v postopku izgubi, plača stroške postopka (*»loser pays«*), ni samo po sebi nedopustno, čeprav lahko v primeru delnega uspeha v pravdi pripelje do velikega znižanja končnega zneska, ki ostane tožniku. Taka ureditev namreč tožnika sili v razumno presojo in oceno, kako visok znesek naj s tožbo uveljavlja. S tem se preprečuje vlaganje pretiranih in napihnjenih zahtevkov. Če je večji del zahtevka zavrnjen, lahko pride do tega, da bo tožnik moral tožencu plačati večji del stroškov – seveda pa so tudi stroški (sodne takse in odvetniški stroški) v primeru visokih tožbenih zahtevkov že sami po sebi višji. V okoliščinah konkretnega primera pa se vendarle lahko tudi taka ureditev (pozna jo tudi slovensko pravo) po mnenju ESČP izkaže za pretirano omejitev učinkovitega sodnega varstva. Tak je lahko položaj, ko je za tožnika ob začetku postopka posebej težko pravilno oceniti vrednost npr. (nepremoženjske ali premoženjske) škode (*Ermenkova proti Bolgariji*<sup>184</sup>). Kršitev je tako ESČP ugotovilo, ko je tožnik ob zelo visokem tožbenem zahtevku in le delnem uspehu v pravdi (in posledično obveznosti povrnitve večjega dela stroškov tožencu) praktično ostal brez celotnega prisojenega zneska (*Stankov proti Bolgariji*<sup>185</sup>). Pri opredelitvi zahtevka (odškodnina za nezakonit pripor) se tožnik ni mogel zanesti na sodno prakso ali druge smernice, in kot pravi ESČP, nihče, tudi odvetnik ne bi mogel oceniti prave vrednosti. ESČP je ob tem še ugotovilo, da pri tožnikovem zahtevku tudi ne gre za izraz kverulantstva, obilnega pretiravanja ali zlorabe. Nasprotno pa je v drugem primeru podoben očitek ESČP zavrnilo. Ugotovilo je, da je o spornem vprašanju (odškodnina za nezakonito odvzeto hišo) obstajala uveljavljena sodna praksa in da skrbnemu odvetniku ne bi smelo biti težko določiti ustreznega tožbenega zahtevka (*Ermenkova proti Bolgariji*<sup>186</sup>). Zanimiv je predvsem hrvaški primer tožbe oškodovanca proti državi za odškodnino v zvezi s policijskim nasiljem. Ob celotnem uspehu po temelju, vendar le delnem uspehu po višini je oškodovanec tožencu (tj. državi) moral plačati stroške postopka v višini, ki je dosegla 79 odstotkov glavnice prisojenega (*Klauz proti Hrvaški*<sup>187</sup>). V tem primeru ESČP analizira hrvaško ureditev odločanja o stroških po ZPP, sodno prakso (tudi glede različnih načinov računanja deleža uspeha) in sistem odvetniške tarife (ki je odvisen od vrednosti spornega predmeta in se uporablja tudi za pravobranilca). ESČP ugotavlja, da je sistem računanja povračila stroškov glede na delež uspeha namenjen temu, da preprečuje vlaganje po temelju sicer utemeljenih, po znesku pa močno pretiranih zahtevkov (ki posledično povečujejo toženčeve stroške odvetniškega zastopanja). Želja po

181 28963/10, 18. 7. 2013.

182 35123/05, 9. 12. 2010. Je pa pri tem ESČP upoštevalo tudi okoliščine primera, na primer to, da plačilo takse ni pogoj za dopustnost tožbe in da je avstrijsko pravo vsebovalo dovolj širok institut oprostive sodnih taks.

183 16828/02, 3. 2. 2009.

184 75873/01, 14. 6. 2011.

185 68490/01, 12. 7. 2007.

186 75873/01, 14. 6. 2011.

187 28963/10, 18. 7. 2013.

preprečevanju neutemeljenih tožb in pretiranih stroškov sicer zasleduje legitimen cilj dobrega delovanja pravosodja in varstva pravic drugih. To velja tudi glede pravnih sredstev proti državi. Ni mogoče šteti, da ima država neomejena sredstva. Zato mora biti enako kot zasebne stranke varovana pred neutemeljenim pravdanjem. Vendarle pa je ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera ESČP ugotovilo kršitev – pri tem pa je opozorilo tudi na možnost »kvalitativnega« in ne le »mehanskega« računanja deleža uspeha strank v pravdi (*Klauz proti Hrvaški*<sup>188</sup>).

Treba je poudariti, da gre v vseh navedenih primerih za tožbe proti državi (in to glede oblastnih ravnanj – nezakonit pripor, nezakonit poseg v premoženje in policijsko nasilje). Pri tem je šlo za vprašanje bodisi sodnih taks bodisi nagrade za zastopanje po državnem pravobranilcu. V teh primerih je posebnost, kot se nazorno izrazi ESČP, da »država tisto, kar z eno roko da, z drugo istočasno vzame« (*Klauz proti Hrvaški*<sup>189</sup>). Ni mogoče posploševati, da bi bila odločitev ESČP enaka, če bi šlo za razmerje med zasebnimi subjekti – posebej v primeru Klauz ESČP okoliščino, proti komu in zaradi kakšnega ravnanja je tožba vložena, še posebej poudarja. Je pa po drugi strani res, da kombinacija (1) zahteve po takojšnji opredelitvi višine zahtevka že v tožbi, (2) računanja sodne takse od vrednosti spornega predmeta v tožbi ter (3) računanja uspeha v pravdi le glede primerjave prisojenega in zahtevanega zneska tožnike lahko pogosto spravi v zelo nezavidljiv položaj. Ne le tedaj, ko o določenih vprašanih ni zanesljive sodne prakse, pač pa tudi tedaj, ko sporna dejstva (npr. glede višine škode) tožniku ob vložitvi tožbe še ne morejo biti zadosti znana.

## 1.10 Postopek z izrednimi pravnimi sredstvi

EKČP ne zahteva od držav članic, da vzpostavijo pritožbena in kasacijska sodišča (oziroma da omogočijo tri sodne instance). Toda če taka sodišča obstajajo, mora postopek pred njimi ustrezati zahtevam konvencije, vključno z zahtevo po učinkovitosti pravice do dostopa do sodišča (*Anghel proti Italiji*<sup>190</sup>). Pri tem je treba upoštevati značilnosti postopka pred vrhovnim sodiščem, celoto postopka pred domačimi sodišči ter vlogo najvišjega sodišča pri tem (*Staroszczyk proti Poljski*<sup>191</sup>). Zaradi posebne vloge najvišjih sodišč v državi je dopustno, da je postopek pred temi sodišči bolj formalen (*Sierpinski proti Poljski*<sup>192</sup>), stranka pa lahko pričakuje, da bo sodišče formalne zahteve tudi upoštevalo oziroma uporabilo (*Ješina proti*

188 28963/10, 18. 7. 2013. Pri tem je ESČP kazuistično upoštevalo več okoliščin. Posebej nepremoženjsko škodo je po naravi stvari pogosto težko oceniti in zahteva proučitev sodne prakse v prejšnjih podobnih primerih. Na Hrvaškem vrhovno sodišče sicer objavlja smernice glede višine odškodnin za nepremoženjske škode in pritožnik bi tako lahko realno ocenil, da je zahtevek v njegovem primeru pretiran. Vendarle pa je ESČP presodilo, da to ne bi smelo pripeljati praktično do popolne izgube prisojenega. Ob tem je večkrat poudarilo, da gre za hudo kršitev države (nasilje državnih represivnih organov), kršitev pritožnika (vložitev pretiranega zahtevka) pa je glede na to zanemarljiva. Opozorilo je še – kar je zanimivo tudi za slovensko prakso – na to, da računanje višine deležev uspeha pred domačimi sodišči ni vedno le »kvantitativno« (končni znesek), pač pa tudi kvalitativno (upoštevanje uspeha po temelju). Še posebej v omenjenem primeru bi bila taka metoda primerna, ne pa da je sodišče pravilo o računanju deležev uspeha upoštevalo »mehansko«.

189 28963/10, 18. 7. 2013.

190 5968/09, 25. 6. 2013.

191 59519/00, 22. 3. 2007.

192 38016/07, 3. 11. 2009.

Češki<sup>193</sup>). Pogoji za dopustnost pravnega sredstva na vrhovno sodišče so lahko strožji kot pogoji za navadno pritožbo (*Dobrić proti Srbiji*<sup>194</sup>). Formalni pogoji za dopustnost pravnih sredstev pred instančnimi sodišči so v korist poštenega sojenja in pravne varnosti (*Bulena proti Češki*<sup>195</sup>), prav tako pogoj ustrezno visoke vrednosti spornega predmeta za dostop do vrhovnega sodišča (*Dobrić proti Srbiji*<sup>196</sup>). Enako velja za določitev in omejitev vsebinskega obsega preizkusa (*Jeruzal proti Poljski*<sup>197</sup>). Če sodišče od stranke zahteva, da konkretno navede razloge, na katere se opira, to ne pomeni nesorazmerne omejitve pravice do dostopa do sodišča (*Mierkiewicz proti Poljski*<sup>198</sup>), prav tako ne, če se od stranke zahteva, da konkretno in določno navede predlog, kako naj vrhovno sodišče odloči (*Mariani-Bellucci proti Švici*<sup>199</sup>). Prav tako – če ni kakšnih posebnih okoliščin – ni zahteve, da mora v takem primeru sodišče stranki omogočiti, da popravi vlogo, preden jo zavže.<sup>200</sup> Paziti pa je treba, da kombinacija uporabe procesnih učinkov ne povzroči pretirane strogosti (npr. glede razmerja med ustavno pritožbo in predlogom za dopuščeno revizijo v zvezi s pogojem izčrpanja pravnih sredstev (*Béleš in drugi proti Češki*<sup>201</sup>)) in da ni pretirano formalistična (*Kemp in drugi proti Luksemburgu*<sup>202</sup>, *Liakopolou proti Grčiji*<sup>203</sup>; navedba strankinih argumentov *oblikovno* ni bila pisana na način, ki ga je pričakovalo sodišče). Glede na znane težave v zvezi z razmerjem med dopustnostjo revizije ter pogojem ustrezne in pravočasne navedbe spornega predmeta v Sloveniji (predvsem pred uveljavitvijo novele ZPP-D) so zanimiva (vendar tudi nepredvidljiva) stališča ESČP s tem v zvezi. V dveh zadevah (s področja podobne procesne ureditve) je ESČP ugotovilo kršitev 6. člena EKČP, ker je vrhovno sodišče revizijo zavrglo zaradi neustrezne navedbe vrednosti spornega predmeta (*Jovanović proti Srbiji*<sup>204</sup>, *Garzičić proti Črni gori*<sup>205</sup>). V teh dveh primerih sta vrhovni sodišči izrekli, da revident ni pravočasno navedel ustrezno visoke vrednosti spornega predmeta. Pri tem pa nista upoštevali, da sta sodišči prve stopnje med postopkom s sklepom opredelili vrednost spornega predmeta ustrezno visoko (in od takega zneska tudi obračunali sodne takse). ESČP je izreklo, da je v okoliščinah, ko je sodišče prve stopnje izdalo sklep o vrednosti spornega predmeta, enaka vrednost pa je bila opredeljena tudi v sodbah prve in druge stopnje, pritožnik lahko upravičeno pričakoval, da bo revizija dopustna. V tretji, podobni zadevi pa ESČP kršitve ni ugotovilo. Vrhovno sodišče je tu revizijo zavrglo, ker je tožnik v tožbi navedel prenizko vrednost spornega predmeta, in ni upoštevalo, da sta stranki (zaradi inflacije) med postopkom sporazumno določili novo, višjo vrednost (*Dobrić proti Srbiji*<sup>206</sup>). Vendar v tem primeru sodišče prve stopnje o drugačni vrednosti spornega predmeta ni izdalo posebnega sklepa.

193 18806/02, 26. 7. 2007.

194 2611/07 in 15276/07, 21. 6. 2011.

195 57567/00, 20. 4. 2004.

196 2611/07 in 15276/07, 21. 6. 2011.

197 65888/01, 10. 10. 2006.

198 77833/01, 13. 2. 2007.

199 10296/10, sklep 9. 4. 2013. S tem se namreč zasleduje upravičen in sorazmeren cilj, da lahko vrhovno sodišče v prvi fazi preizkusa odloča tudi, ne da bi pridobilo celoten spis.

200 Ibidem.

201 47273/99, 12. 11. 2002.

202 17140/05, 24. 4. 2008.

203 20627/04, 24. 5. 2006.

204 32299/08, 2. 10. 2012.

205 17931/07, 21. 9. 2010.

206 2611/07 in 15276/07, 21. 6. 2011.



Ureditev »nove vloge« vrhovnega sodišča, da po lastni izbiri odloča, katere zadeve bo obravnavalo, ter pri tem upošteva njihov objektivni pomen za enotnost uporabe prava in razvoj prava (op.: taka je tudi ureditev revizije v Sloveniji od novele ZPP-D dalje), je legitimna glede zagotavljanja interesov poštenega sojenja. Taka ureditev preprečuje, da bi bilo vrhovno sodišče zasuto s primeri, ki tja ne spadajo (*Borisenko in Yerevanyan Bazalt Ltd. proti Armeniji*<sup>207</sup>). Ni sporno, če zakon med sodnim postopkom postroži pogoje za dostop do vrhovnega sodišča. To je namreč v skladu s splošno sprejetimi načeli, da se nova procesna zakonodaja (načeloma) lahko uporabi takoj, tudi v tekočih sodnih postopkih (*Bobrowski proti Poljski*<sup>208</sup>). Tudi okoliščina, da so razlogi za dopustitev pravnega sredstva opredeljeni abstraktnije, z uporabo nedoločnih pojmov, ni nedopustna. Res je sicer ena od zahtev pravne ureditve, da zagotovi jasnost in predvidljivost, vendar absolutne predvidljivosti ni nikoli mogoče doseči. Pretirana določnost tudi lahko povzroči neželen učinek togosti in nesposobnosti prilagoditve novim okoliščinam. Prav zato je naloga sodne prakse, da odpravi dvome pri razlagi meril za dopustnost pravnega sredstva (*Borisenko in Yerevanyan Bazalt Ltd. proti Armeniji*<sup>209</sup>). Že prej je ESČP izreklo, da ni nedopustno, če je instančnemu sodišču prepuščena odločitev (pod pogojem, da ni arbitrarna), ali pravno sredstvo dopusti (*De Ponte Nascimento proti Združenemu kraljestvu*<sup>210</sup>).

## 2 PRAVICA DO NEODVISNEGA SODIŠČA

Za presojo, ali sodišče izpolnjuje pogoje neodvisnosti, so med drugim pomembni način imenovanja članov, čas trajanja mandata, obstoj mehanizmov za zagotovitev obrambe pred zunanjimi vplivi in vprašanje, ali sodišče tudi ustvarja videz neodvisnosti (*Brudnicka in drugi proti Poljski*<sup>211</sup>, *Zolotas proti Grčiji*<sup>212</sup>, *Kostka proti Poljski*<sup>213</sup>). To velja tudi za laične člane sodnih senatov, npr. v delovnih sporih (*Luka proti Romuniji*<sup>214</sup>). Tako kot glede nepristranskosti je tudi glede neodvisnosti presoja videza objektivizirana. Osebni dvom pritožnika o neodvisnosti sodišča ni odločilen, odločilno je, ali je dvom objektivno upravičen (*Miroshnik proti Ukrajini*<sup>215</sup>). V zvezi s trajanjem mandata so bistvena tudi jamstva glede neodstavljenosti oziroma glede načina prenehanja mandata, odstavitve ali odstopa (*Dauti proti Albaniji*<sup>216</sup>, *Brudnicka in drugi proti Poljski*<sup>217</sup>). Neodvisnost sodnika predpostavlja, da sodniki niso izpostavljeni nedopustnim pritiskom le od zunaj, pač pa tudi znotraj sodnega sistema (notranja neodvisnost sodnika). Sodnik mora biti prost navodil in pritiskov (neposrednih ali latentnih) drugih sodnikov ali oseb, ki imajo upravne odgovornosti na sodišču, kot je to npr. predsednik sodišča ali oddelka sodišča (*Moiseyev proti Rusiji*<sup>218</sup>). Če glede tega ni zadostnih jamstev, še posebej nasproti

207 18297/08, 14. 4. 2009.

208 64916/01, 17. 6. 2008.

209 18297/08, 14. 4. 2009.

210 55331/00, sklep, 31. 1. 2002.

211 54723/00, 3. 3. 2005.

212 38240/02, 2. 6. 2005.

213 29334/06, 16. 2. 2010.

214 34197/02, 21. 7. 2009.

215 75804/01, 27. 11. 2008.

216 19206/05, 3. 2. 2009.

217 54723/00, 3. 3. 2005.

218 62936/00, 9. 10. 2008.

hierarhično nadrejenim sodnikom, to lahko vzbudi legitimen dvom o neodvisnosti in nepristranskosti sodnikov. Ni treba, da gre za možnosti formalnih posegov nadrejenega sodnika v delo kolegov. Pri tem ESČP pogosto ugotavlja, da jamstev neodvisnosti in nepristranskosti pogosto ni mogoče obravnavati ločeno (*Thaler proti Avstriji*<sup>219</sup>, *Pabla KY proti Finski*<sup>220</sup>). Glede ureditve razmerja med predsednikom sodišča in sodniki je ESČP po izčrpnih analizi domače pravne ureditve za Hrvaško (kjer je ureditev sorodna slovenski) ugotovilo, da niti formalna niti neformalna moč (predsednika sodišča) ni taka, da bi lahko ogrozila neodvisnost sodnikov oziroma da bi dvom o nepristranskosti predsednika sodišča posledično upravičil dvom o nepristranskosti sodečih sodnikov (*Parlov - Tkalčić proti Hrvaški*<sup>221</sup>). Vloga predsednika sodišča pri odločanju o ocenjevanju in posledično napredovanju sodnikov in o disciplinskih ukrepih (kjer bi neustrezen sistem po mnenju ESČP lahko najbolj ogrozil notranjo neodvisnost sodnika) v omenjeni ureditvi ni taka, da bi lahko povzročila tudi t. i. *chilling effect* ter s tem vplivala na notranjo neodvisnost sodnikov. ESČP je pri tem tudi opomnilo, da sodniki ne morejo biti popolnoma prosti kakršnega koli nadzora, noben sistem nadzora pa ne more popolnoma izključiti tveganja vpliva na t. i. notranjo neodvisnost sodišča (*Parlov - Tkalčić proti Hrvaški*<sup>222</sup>).

Tribunal v smislu 6. člena EKČP ni nujno državno sodišče (*Dauti proti Albaniji*<sup>223</sup>). Pojem »tribunala« se razlaga v vsebinskem smislu, torej mora iti za telo, ki je ustanovljeno z zakonom in opravlja funkcijo sojenja v materialnem smislu, kar pomeni odločanje (*determination*) o zadevah iz svoje pristojnosti na temelju pravnih pravil in v predpisanem postopku (*Olujić proti Hrvaški*<sup>224</sup>). Pri tem so bistvene okoliščine, kot so npr. sestava, sorazmerna trajnost mandata članov in jamstva glede (ne)možnosti njihove predhodne razrešitve, kar omogoča izpolnjevanje pogojev neodvisnosti in nepristranskosti (*Hautakangas proti Finski*<sup>225</sup>, *Szal proti Poljski*<sup>226</sup>, *Kostka proti Poljski*<sup>227</sup>). Zato je mogoče, da določen organ izpolnjuje merila za »tribunal« v smislu 6. člena EKČP (npr. *Financial Services Ombudsman* v Veliki Britaniji), čeprav se po domačem pravu ne šteje za sodišče. V državah, katerih ustavni red ne vsebuje strožjih zahtev, to zadošča. Zato v takih državah ni ovire, da se pristojnost tovrstnih »tribunalov« določi kot obvezna in nadomešča pristop do pravih sodišč (npr. glede zgoraj omenjenega je odločitev *Financial Services Ombudsman* za podjetja obvezna, podjetja pa se morajo tudi obvezno podrediti pristojnosti tega organa). Toda teh vzorov (npr. »prisilnih arbitraž« ali posebnih sektorskih tribunalov z obvezno pristojnostjo) ni mogoče enostavno prenašati v Slovenijo. Ustava RS je namreč v 23. členu ožja kot 6. člen EKČP, saj zagotavlja dostop do sodišča (ne »tribunala«). Kaj je sodišče, pa glede na druge določbe Ustave ni dvoma. Mišljeno je sodišče, ki je del državne oblasti (3. člen Ustave), na katerem sodno oblast izvršujejo sodniki (125. in nasl. členi Ustave). Glede na zgornjo ugotovitev, da pravici do dostopa do sodišča ustreza le tak postopek, v

219 58141/00, 3. 2. 2. 2005.

220 47221/99, 22. 6. 2004.

221 24810/06, 22. 12. 2009.

222 Ibidem.

223 19206/05, 3. 2. 2009.

224 22330/05, 5. 2. 2009.

225 61560/00, 17. 1. 2006.

226 41285/02, 18. 5. 2010.

227 29334/06, 16. 2. 2010.

katerem sodišče lahko v polni meri presoja dejstva in pravo, pa je tudi razumljivo, da možnosti izpodbijanja odločb takih teles z omejenimi pravnimi sredstvi pred rednimi sodišči ne ustrezajo jamstvom pravice do dostopa do sodišča. Arbitraža zato ne more biti prisilna. Ne ustreza tudi vsaj dvema jamstvom 6. člena – ustanovljenost z zakonom in javnost (*Suda proti Češki*<sup>228</sup>, *Sambata Bibor Greek Catholic Parish proti Romuniji*<sup>229</sup>). Prostovoljna arbitraža pa se lahko šteje za dopustno odpoved pravic do sodnega varstva (*Transado-Transportes Fluviais do Sado, S. A. proti Portugalski*<sup>230</sup>, *Suda proti Češki*<sup>231</sup>). Na splošno velja, da je odpoved pravicam iz prvega odstavka 6. člena EKČP, bodisi izrecna bodisi konkludentna, dopustna, vendar mora biti izražena nedvoumno, zagotovljena morajo biti minimalna jamstva, ki ustrezajo pomenu tega dejanja, odpoved pa tudi ne sme nasprotovati kakšnemu pomembnemu javnemu interesu (*A. T. proti Avstriji*<sup>232</sup>). Pomembna je tudi ugotovitev ESČP, da sodni svet (*in casu*: na Hrvaškem) ustreza pojmu tribunala. To po eni strani pomeni, da z vidika ESČP proti odločitvi sodnega sveta ni treba zagotoviti sodnega varstva, po drugi strani pa, da mora postopek pred tem organom zato zadostiti vsem zahtevam 6. člena EKČP (*Olujić proti Hrvaški*<sup>233</sup>).

Pravice do zakonitega sodnika EKČP sicer izrecno ne vsebuje, vendar pa jamstvo sodišča, *ustanovljenega z zakonom*, privede do podobnih učinkov. ESČP je že potrdilo pomen jasnosti in preglednosti pravil glede razdeljevanja zadev. Izogniti se je treba vsaki, tudi zgolj navidezni arbitrarnosti pri razdeljevanju primerov (*DMD Group a.s. proti Slovaški*<sup>234</sup>). ESČP ugotavlja, da se pojem »ustanovljenosti z zakonom« ne nanaša le na zakone, ki urejajo ustanovitev in pristojnost sodišč, pač pa tudi na zakone, ki urejajo sestavo sodišča v posameznem primeru. »Ustanovljenost z zakonom« torej pomeni tudi »ustanovljenost v skladu z zakonom« (*Momčilović proti Srbiji*<sup>235</sup>). To vključuje tako pravila o sestavi sodišča v ožjem pomenu (npr. *Momčilović proti Srbiji*<sup>236</sup>) kot tudi pravila o dodeljevanju zadev (*Šorgić proti Srbiji*<sup>237</sup>). Kršitev pravil procesnega prava v zvezi s tem zato lahko povzroči kršitev 6. člena EKČP. To v izhodišču zelo široko stališče (ki pravzaprav izničuje razliko med nezakonitostjo in neskladnostjo s človekovimi pravicami) pa ESČP ustrezno zoži. Ne vsaka kršitev zakona, le očitna (flagrantna) kršitev bo utemeljila obsodbo pred ESČP (*Šorgić proti Srbiji*<sup>238</sup>).

---

228 1643/06, 28. 10. 2010.

229 48107/99, 12. 1. 2010

230 35943/02, 16. 12. 2003.

231 1643/06, 28. 10. 2010.

232 32636/96, 21. 3. 2002.

233 22330/05, 5. 2. 2009.

234 19334/03, 5. 10. 2010. Kršitev pravice do zakonitega in neodvisnega sodišča se tu kaže v tem, ko je predsednik sodišča v pol leta razporedil kar 348 primerov.

235 23103/07, 2. 4. 2013.

236 23103/07, 2. 4. 2013.

237 34973/06, 3. 11. 2011.

238 34973/06, 3. 11. 2011.

### 3 PRAVICA DO NEPRISTRANSKEGA SODIŠČA

#### 3.1 Splošno

Za pomanjkanje nepristranskosti sodišča gre lahko v dveh vrstah primerov. Prvi so funkcionalne narave (na primer okoliščina, da je isti sodnik sodeloval v več vlogah v istem postopku), drugi pa izhajajo iz ravnanja sodnika v konkretnem primeru (*Golubović proti Hrvaški*<sup>239</sup>). Za presojo nepristranskosti sodišča je treba uporabiti dvojni subjektivno-objektivni preizkus. Pri subjektivnem preizkusu se ugotavlja osebno prepričanje odločujočega sodnika, torej dejanski obstoj pristranskosti (*actual bias*) ali predsodka do določene stranke, npr. okoliščine, da je sodnik izražal sovražnost ali odpor do stranke ali da si je dal zadevo dodeliti iz osebnih razlogov (*Olujic proti Hrvaški*<sup>240</sup>). V praksi ES je zelo malo primerov, v katerih bi nepristranskost sodnika padla na subjektivnem preizkusu (primer: *Kyprianou proti Cipru*<sup>241</sup>). Dokazovanje takih okoliščin je namreč težavno, upoštevati pa je treba, da se nepristranskost sodnika domneva in je zato dokazno breme za dokaz pristranskosti na pritožniku (*Steck-Rish in drugi proti Liechtensteinu*<sup>242</sup>). Ni sicer vodotesne razmejitve med subjektivno in objektivno nepristranskostjo, saj ravnanje sodnika lahko pri objektivnem zunanjem opazovalcu vzbudi ne le dvom o njegovi nepristranskosti, pač pa je lahko tudi izraz sodnikovega osebnega prepričanja (*Kyprianou proti Cipru*<sup>243</sup>). Pri objektivnem preizkusu pa se presoja, ali je na strani sodnika podana kakšna okoliščina (ugotovljiva dejstva), ki pri razumnem človeku lahko ustvari legitimen dvom o njegovi nepristranskosti (*Švarc in Kavnik proti Sloveniji*<sup>244</sup>). Take okoliščine so lahko med drugim izražene v povezavah sodnika z drugimi udeleženci postopka ali v tem, da sodnik opravlja več funkcij v istem sodnem postopku (*Micaleff proti Malti*<sup>245</sup>). Pri tem ima določen pomen tudi zunanji videz (*appearance*) nepristranskosti sodišča (*Šorgić proti Srbiji*<sup>246</sup>). Vendar vtis, ki si ga ustvari prizadeta stranka, ni odločilen. Je sicer pomemben, vendar je bistvenejše, ali je dvom o nepristranskosti sodišča upravičen v objektivnem smislu (*Sacilor Lormines proti Franciji*<sup>247</sup>). Pogosto je namreč treba pogledati prek zunanjega videza, da se ugotovi prava realnost položaja (Parlov - *Tkalčić proti Hrvaški*<sup>248</sup>).

Za presojo objektivnega preizkusa je pomembno tudi, ali v državnem pravnem redu obstajajo pravila (predvsem glede instituta izločitve sodnika), ki omogočajo stranki, da si zagotovi nepristranskost sojenja. Taka pravila so namreč izraz skrbi domačega zakonodajalca, da se odstranijo vsi resni dvomi o nepristranskosti sodišča (*Micaleff proti Malti*<sup>249</sup>). Merila, ki veljajo za redne sodnike, veljajo načeloma tudi za laične sodnike porotnike (*Procedo Capital Corporation proti Norveški*<sup>250</sup>;

239 43947/10, 27. 11. 2012.

240 22330/05, 5. 2. 2009.

241 73797/01, 15. 12. 2005.

242 63151/00, 19. 5. 2005.

243 73797/01, 15. 12. 2005.

244 75617/01, 8. 2. 2007.

245 17056/06, 15. 10. 2009.

246 34973/06, 3. 11. 2011.

247 65411/01, 9. 11. 2006.

248 24810/06, 22. 12. 2009.

249 17056/06, 15. 10. 2009.

250 3338/05, 24. 9. 2009.

glede delovnih sporov: *Kellermann proti Švedski*<sup>251</sup>). Okoliščina, da gre za majhno državo, v kateri so poznanstva ali povezave med udeleženci postopka pogostejše, je sicer upoštevna, vendar ne omogoča odstopa od temeljnih zahtev 6. člena EKČP (*Micaleff proti Malti*<sup>252</sup>, *Eggertsdottir proti Islandiji*<sup>253</sup>).

Legitimen objektivni sum lahko (ob upoštevanju vseh okoliščin primera) ustvarijo okoliščine finančne povezanosti ali odvisnosti ali podrejenosti do udeleženca v postopku, npr. če je sodnik gostujoči predavatelj na univerzi, ki je bila v delovnem sporu tožena stranka (*Pescador Valero proti Španiji*<sup>254</sup>). Nasprotno zgolj okoliščina, da je sodnica, ko je bila profesorica, delala na istem oddelku fakultete kot kolega, ki je za eno od strank pisal pravno mnenje (*Švarc in Kavnik proti Sloveniji*<sup>255</sup>), ne zadošča za sklep o legitimnem objektivnem dvomu o nepristranskosti sodišča. Glede povezav med sodnikom in stranko so odločilne okoliščine osebnih oziroma sorodstvenih povezav sodnika s stranko ali njenim odvetnikom (*Micaleff proti Malti*<sup>256</sup>) in okoliščine finančne odvisnosti oziroma povezanosti (*Steck-Rish in drugi proti Liechtensteinu*<sup>257</sup>). Pomembni so tudi primeri t. i. »dvojne vloge« sodnika, kar je ESČP ugotovilo v primerih *Mežnarič proti Hrvaški*<sup>258</sup> (ustavni sodnik je v predhodnem sojenju kot odvetnik zastopal eno od strank) ter *Švarc in Kavnik proti Sloveniji*<sup>259</sup> (ustavni sodnik je v predhodnem sojenju za eno od strank napisal pravno mnenje). Čeprav sta bili v obeh zadevah vloge sodnika pri predhodnem postopku majhnega pomena, šlo je tudi za drugačno temo kot pri odločanju o ustavni pritožbi, sodelovanje sodnika s stranko pa je bilo tudi časovno zelo oddaljeno od odločanja ustavnega sodišča (kar so okoliščine, ki jih je treba pri celoviti presoji upoštevati), je ESČP vendarle ugotovilo, da je bil v obeh primerih podan upravičen objektivni dvom o nepristranskosti sodnika. V zadnjem omenjenem primeru ESČP ni vsebinsko presojalo okoliščine, da pritožnika v postopku pred ustavnim sodiščem nista zahtevala izločitve. Vlada Republike Slovenije se je namreč v postopku pred ESČP branila z argumentom, da predlog za izločitev tako in tako ne bi bil uspešen, saj je šlo pri omenjenem pravnem mnenju za znanstveno in strokovno stališče. Argument je nevzdržen, saj naročeno pravno mnenje, izdelano na zahtevo stranke v sodnem postopku, očitno ne more ustrezati pojmu znanstvenega in strokovnega izražanja (kar po ZUstS ni razlog za izločitev sodnika). Argument pa se je tudi obrnil v škodo državi. ESČP je namreč štel, da s tem, ko država sama trdi, da domače pravno sredstvo (predlog za izločitev sodnika) ne bi bilo uspešno, pritožniku ne more iti v škodo, da tega domačega pravnega sredstva pred vložitvijo pritožbe na ESČP ni izčrpal!

V zgornjih dveh primerih je sodnik imel v sporni zadevi »vlogo« tudi zunaj sodniške funkcije. V novejšem času pa ESČP vedno pogosteje odloča o očitkih glede primerov, ko se sodniku očita, da je v isti ali povezani zadevi predhodno že odločal kot sodnik. Najprej gre tu za primere, ko je sodnik odločal v istovrstni in vsebinsko povezani, vendar ločeni zadevi med istima strankama. Splošno pravilo je, da to

251 41579/98, 26. 10. 2004.

252 17056/06, 15. 10. 2009.

253 31930/04, 5. 7. 2007.

254 62453/00, 17. 6. 2003.

255 75617/01, 8. 2. 2007.

256 17056/06, 15. 10. 2009.

257 63151/00, 19. 5. 2005.

258 71615/01, 15. 7. 2005.

259 75617/01, 8. 2. 2007.

samo po sebi še ne zadošča za objektivni dvom o njegovi nepristranskosti (*Šorgić proti Srbiji*<sup>260</sup>). Vendar pa je vse odvisno od okoliščin konkretnega primera. Presoja mora biti kazuistična, pri čemer je treba upoštevati okoliščine primera in pravila procesnega zakona (*Mugliet in Mugliet proti Malti*<sup>261</sup>). Za kršitev je šlo v primeru, ko je sodnik, ki je o višini terjatve najprej odločal v stečajnem, nato pa o istem še v pravnem postopku (*Gajewski proti Poljski*<sup>262</sup>; kršitev je – v kumulaciji še z drugimi elementi – glede sodelovanja sodnika v dveh ločenih postopkih ESČP ugotovilo tudi v zadevi *Šorgić proti Srbiji*<sup>263</sup>). Enako v primeru, ko je isti sodnik najprej odločal v delovnem sporu učitelja proti univerzi glede odločitve, da zanj ni delovnega mesta, nato pa še kot višji sodnik v sporu, v katerem je isti delavec izpodbijal sklep o suspenzu (*Golubović proti Hrvaški*<sup>264</sup>). Presoja konkretnega primera pa je lahko tudi drugačna. ESČP je potrdilo, da dva postopka glede pokojnine, čeprav povezana, ne pomenita iste zadeve ali iste odločitve. Obenem pa je treba upoštevati, ko gre za odločanje na vrhovnem sodišču, da je po naravi stvari pogosto, da bo isti sodnik moral biti udeležen v več istovrstnih postopkih in da je zato pogosto že moral oblikovati stališče v prejšnjih postopkih (*Khoniakina proti Gruziji*<sup>265</sup>). Sporni so lahko le primeri, ko obstaja dovolj močna zveza med dejanskimi in pravnimi vprašanji, ki so bila odločila v prvem postopku, ter tistimi, ki so odločilna za odločitev v drugem postopku. Za tako zvezo na primer ne gre v primeru, ko se drug postopek v bistvu nanaša samo na vprašanje posledic odločitve v prvem postopku, same odločitve v prvem postopku pa ni več dopustno postavljati pod vprašaj (*Mugliet in Mugliet proti Malti*<sup>266</sup>). Ni nedopustno, če isti sodnik najprej odloča o začasni odredbi, nato pa še dokončno vsebinsko v isti zadevi, če pogoji za ugoditev predlogu začasno odredbo niso enaki kot za končno odločitev in če z izdajo začasnih odredb sodnik ni že prejudiciral končne odločitve (*Fryckman in Fryckman-Yhtiö proti Finski*<sup>267</sup>). Sporni pa so lahko tudi primeri, ko isti sodnik odloča v povezanih primerih, vendar glede različnih strank. Tudi tu je presoja kazuistična. Očitek, da je isti sodnik že odločal v tiskovni zadevi zaradi posega v čast in dobro ime proti uredniku (in si tam ustvaril mnenje o protipravnosti), nato pa glede iste zadeve še v postopku proti avtorju, je ESČP zavrneno. Presodilo je, da strokoven in izkušen sodnik v drugem postopku lahko neobremenjeno odloča v zadevi, saj v prvi pravdi ni sprejel nobenih zaključkov o odgovornosti avtorja (*OOO 'Vesti' in Ukhov proti Rusiji*<sup>268</sup>). Glede na okoliščine primera je lahko nedopustno, če o pravnem sredstvu odloča sodnik, ki je predhodno sodeloval že v postopku na prvi stopnji, čeprav ne nujno prav pri sprejetju sodbe, proti kateri je vložena pritožba (*Tozicka proti Poljski*<sup>269</sup>, *Bajaldžiev*

---

260 34973/06, 3. 11. 2011.

261 46661/12, sklep 28. 5. 2013.

262 27225/05, 21. 12. 2010.

263 34973/06, 3. 11. 2011.

264 43947/10, 27. 11. 2012. Pomembno je verjetno tudi to, da je sodišče v teh dveh postopkih samo potrdilo odločilno povezanost, saj je en postopek prekinilo do odločitve o drugem zahtevku.

265 17767/08, 19. 6. 2012.

266 46661/12, sklep 28. 5. 2013.

267 36288/97, sklep, 15. 11. 2005.

268 21724/03, 30. 5. 2013.

269 29995/08, 24. 7. 2012. V postopku pred vrhovnim sodiščem je pri odločanju o pritožbi zoper sodbo sodišča druge stopnje sodeloval sodnik, ki je predhodno v isti zadevi sodeloval že v postopku na prvi stopnji. Ta sodnik sicer ni sodeloval pri izdaji sodbe, zoper katero je bila vložena revizija. Je pa predhodno sodeloval pri izdaji sodbe, s katero je višje sodišče najprej razveljavilo sodbo sodišča prve stopnje in mu zadevo vrnilo v nov postopek. V tej sodbi je višje sodišče sprejelo določeno pravno razlago, sodišče prve stopnje ji je sledilo in tudi sodišče druge stopnje se je ob odločanju o drugi pritožbi sklicevalo na svojo prvo sodbo.

proti Makedoniji<sup>270</sup>, podobno tudi Šorgić proti Srbiji<sup>271</sup>). Tak sodnik si je v zadevi namreč že predhodno ustvaril mnenje.

Okoliščina, da nižje sodišče sledi praksi vrhovnega sodišča, ni razlog za dvom o nepristranskosti (*Popescu Nasta proti Romuniji*<sup>272</sup>). Prav tako ne ureditev, da sodišče dokaz lahko izvede po uradni dolžnosti (*Eggertsdottir proti Islandiji*<sup>273</sup>). Pritiski predstavnikov izvršilne oblasti lahko utemeljijo dvom o nepristranskosti (in tudi neodvisnosti) sodišča. Ko je šlo zgolj za javne izjave v medijih, ESČP ni ugotovilo kršitve (*Popescu Nasta proti Romuniji*<sup>274</sup>). Za kršitev pa je šlo v primeru, ko so predstavniki oblasti na različne načine intervenirali in pritiskali v (za nacionalno gospodarstvo pomembnem) postopku pred sodiščem, med drugim tudi predsednik republike z izjavami o »pričakovanju, da bodo sodišča zavarovala domače državljane« (*Sovtransavto proti Ukrajini*<sup>275</sup>). Zelo pomembne so ugotovitve ESČP, da delovanje nekaterih politikov v javnosti in izjave v medijih, ki so imele namen ustvariti negativno vzdušje glede tožnikov v pomembni pravdi (odškodninski zahtevki izgnanih sudetskih Nemcev pred češkim sodiščem), niso združljive z ureditvijo, ki temelji na vladavini prava; prav tako ne vnaprejšnje klicanje sodnikov na odgovornost (*Kinski proti Češki*<sup>276</sup>). Zagotavljanje neodvisnosti in nepristranskosti sodišča zato ni le odgovornost sodstva, pač pa vseh vej državne oblasti. Ustavna jamstva sama po sebi niso dovolj; morajo se ustrezno izražati v vsakodnevni praksi in odnosu do sodne oblasti (*Agrokompleks proti Ukrajini*<sup>277</sup>).

Za presojo nepristranskosti sodišča so bistvene tudi strukturne in organizacijske okoliščine sodišča – sestava sodišča, način odločanja o izločitvi, sistem zagotovitve neodvisnosti sodnikov od zunanjih vplivov in od hierarhično nadrejenih na sodišču (*Frankowicz proti Poljski*<sup>278</sup>). Slednje je še posebej pomembno, kadar so razlogi za dvom o nepristranskosti podani npr. pri predsedniku sodišča, vendar ta ne sodeluje pri sojenju v konkretni zadevi (*Parlov - Tkalčić proti Hrvaški*<sup>279</sup>). Neodvisnost sodišča predpostavlja odsotnost nedopustnih vplivov ne samo zunaj sodišča (na primer s strani izvršilne oblasti), pač pa tudi v samem sodstvu (*Khrykin proti Rusiji*<sup>280</sup>). Sodnik ne sme biti podvržen pritiskom ali navodilom drugih kolegov sodnikov ali svojih nadrejenih. Ta jamstva so bila prekršena, ko je predsednik instančnega sodišča sodniku nižjega sodišča – mimo odločanja o kakšnem pravnem sredstvu – poslal pismo z zahtevo, kako je treba odločiti. Kršitev pa je ESČP ugotovilo tudi, ko je kot stranka v sodnem postopku sodeloval predsednik regionalnega sodnega sveta; res je, da gre za kolektivno telo, vendar ima tudi predsednik posamezno pomembno moč, med drugim pristojnost sprožiti disciplinski postopek proti sodniku. V takem primeru bi bilo torej treba delegirati pristojnost sodišča v drugi regiji (*Gazeta Ukraina-Tsentr proti Ukrajini*<sup>281</sup>).

---

270 4650/06, 25. 1. 2012.

271 34973/06, 3. 11. 2011.

272 33355/96, 7. 1. 2003.

273 31930/04, 5. 7. 2007.

274 33355/96, 7. 1. 2003.

275 48553/99, 25. 7. 2002.

276 42856/06, 9. 2. 2012.

277 23465/03, 6. 10. 2011.

278 53025/99, 16. 12. 2008.

279 24810/06, 22. 12. 2009.

280 33186/08, 19. 4. 2011.

281 16695/04, 15. 7. 2010.

### 3.2 Dodatno: nepristranskost in kaznovanje za žalitev sodišča

Za videz nepristranskosti sodišča je zelo velikega pomena, da se sodnik, tudi če je izzvan, vzdrži komentiranja odprte zadeve v javnosti in s tem naredi vtis, da si je že ustvaril negativno mnenje o stranki oziroma njenih stališčih. Tako ravnanje lahko, odvisno od okoliščin, utemelji sklep o pristranskosti tako po objektivnem kot tudi po subjektivnem preizkusu (*Olujić proti Hrvaški*<sup>282</sup>). Zgolj okoliščina, da sodnik v civilni zadevi med sojenjem ali v sodbi izrazi negativno mnenje o stranki, sama po sebi ne zadošča za sklep o subjektivni pristranskosti sodnika (*Kabwe in Chungu proti Združenemu kraljestvu*<sup>283</sup>), vendar sta pri tem potrebni previdnost in zadržanost. Vtis sovražnosti do stranke ali osebne prizadetosti zaradi ravnanja stranke lahko utemelji dvom o subjektivni nepristranskosti sodnika, enako tudi mešanje vloge tožilca, oškodovanca in sodnika (*Kyprianou proti Cipru*<sup>284</sup>). V konkretni zadevi je ESČP presodilo, da je bil upravičen dvom o nepristranskosti podan zato, ker so o kaznovanju odvetnika za žalitev sodišča (*contempt of court*) na obravnavi odločili sodniki, na katere se je žalitev osebno nanašala. Po stališču ESČP gre za strukturno napako. Toda te odločitve ni mogoče posploševati. ESČP je izrecno poudarilo, da ne presoja primernosti ureditve, da o kaznovanju za *contempt of court* odloča tisti sodnik, pred katerim je bila kršitev storjena, pač pa upošteva posebne okoliščine konkretnega primera (poudarek samih sodnikov, da se zaradi izjav odvetnika čutijo močno osebno užaljene in prizadete, izrek hude sankcije zapora ...). V isti zadevi je ESČP zaradi izjav in odzivov sodnikov presodilo, da je dvom o nepristranskosti podan tudi po subjektivnem preizkusu. Zaradi navedene odločitve ESČP ni nujno spreminjati stališč slovenskega Ustavnega sodišča (OdlUS XIV, 62U-I-145/03, Uradni list RS, št. 69/05), še posebej zato, ker tudi možnost višine sankcije ni primerljiva. Mora pa sodišče pri obrazložitvi sklepa o kaznovanju paziti, da poudari objektivno žaljivost in nevarnost izjave za avtoriteto sodne oblasti v celoti, ne pa vanjo vključevati izjav o lastni prizadetosti ter napadu na lastno čast in dobro ime. Kot ugotavlja ESČP v zadevi *Kyprianou*, je bistveno, da zna sodnik, ko s kaznovanjem zaradi žalitve sodišča varuje ugled sodstva v celoti, odmisлити lastno prizadetost.

Pred kratkim je ESČP obravnavalo tudi slovenski primer kaznovanja odvetnice v civilni zadevi (*Pečnik proti Sloveniji*<sup>285</sup>). Ugotovilo je kršitev (predvsem zato, ker naj bi sodnik odločal »v svoji zadevi« in zato ni nepristranski). Ob predstavitvi te odločbe se je v Sloveniji pojavilo stališče, da bo treba v Sloveniji prakso spremeniti in da sodnik, na katerega se nanaša žalitev, vsaj glede žalitev v pisnih vlogah sam ne bo mogel več kaznovati stranke ali odvetnika.<sup>286</sup> Vendar je tak sklep pre nagljen. Treba je namreč upoštevati dvojje (kar je v bistvu nakazano tudi v citiranem članku, enako kot poudarek, da je položaj pri pisnih vlogah lahko drugačen kot pri ravnanjih na naroku):

1. Kaznovanje v omenjenem primeru se nanaša na čas pred odločitvijo Ustavnega sodišča v zadevi U-I-145/03 (OdlUS XIV, 62). Ustavno sodišče je v tej zadevi namreč delno razveljavilo sistem sankcij iz 11. člena ZPP, ki se uporabljajo tudi

282 22330/05, 5. 2. 2009.

283 29647/08 in 33269/08, sklep 2. 2. 2010.

284 73797/01, 15. 12. 2005.

285 44901/05, 27. 9. 2012.

286 Velkaverh, Kaznovanje zaradi žalitve sodišča in pravica do nepristranskega sojenja, Pravna praksa, 2012, št. 42, str. 34.



za kaznovanje za žaljive vloge. Razveljavilo je možnost zaporne kazni in tudi zagroženo denarno kazen (odvetniku) je bistveno znižalo. Ustavno sodišče je s tem – sledeč judikaturi ESČP – doseglo, da na kaznovanje v pravnem postopku več ni mogoče gledati kot na »odločanje o kazenski obtožbi« (za kar bi morala biti izpolnjena vsa ustavna in konvencijska jamstva). To je skladno s stališči ESČP, da je treba pri razmejitvi med kazensko zadevo in zadevo, ki ima »disciplinsko« ali »procesno-vodstveno« naravo, (med drugim) upoštevati tudi višino zagrožene kazni. V zadevi *Pečnik* je ESČP poudarilo prav to okoliščino: namreč, da izvira še iz časa, ko je bila zagrožena kazen visoka (zapor), zato gre pri tem kaznovanju za kazensko zadevo (čeprav je bila dejansko izrečena kazen nizka). Za novejšje zadeve pa bi ESČP – če bo dosledno – moralo izreči, da pri kaznovanju po ZPP sploh ne gre za zadevo, ki spada v okvir 6. člena EKČP in za katero bi zato morala biti izpolnjena zahtevana jamstva (npr. nepristranskost sodnika).

2. ESČP je v zadevi *Pečnik* svojo presojo, da je »sodnik sodil v svoji zadevi«, utemeljilo na zapisih v sklepu o kaznovanju, da se je (sodnik sam) »opisal kot »grobno razžaljenega« zaradi pritožničnih pripomb«. Prav tako, da »ni dvoma, da so bile domnevno žaljive pripombe namenjene sodniku M. osebno«. ESČP je zato ugotovilo, da »menjavanje vlog pritožnika, priče, tožilca in sodnika razkriva funkcionalno napako in vzbuja upravičen strah glede nepristranskosti sodišča«. V konkretni zadevi je (slovenski) sodnik res storil napako, ker je sklep o kaznovanju utemeljeval s svojo razžaljenostjo. S tem je spregledal, da objekt varstva pri kaznovanju po 109. členu ZPP ni konkretni sodnik, pač pa varstvo avtoritete in ugleda sodstva v celoti.<sup>287</sup> Kot je poudarilo že Ustavno sodišče v omenjeni odločbi (*OdlUS XIV, 62, U-I-145/03*), je treba na to paziti tudi pri obrazložitvi sklepov o kaznovanju. Če je sklep o kaznovanju pazljivo obrazložen v smislu, da gre pri ravnanju stranke (oziroma odvetnika) za napad na avtoriteto sodne oblasti v celoti in ne na konkretnega sodnika in da je temu ustrezna tudi »žrtev« napada, potem ne more iti za »odločanje v lastni zadevi«.

Poleg tega pa najbrž na odločitve ESČP vplivajo tudi okoliščine primera. V obravnavani zadevi res ni bilo prave potrebe, da odvetnico zaradi žaljivih navedb v pritožbi kaznuje že sodnik prve stopnje (preden pošlje pritožbo na višje sodišče). V takem primeru je boljše tudi vprašanje kaznovanja prepustiti višjemu sodišču, ko odloča o pritožbi. Pa tudi »žaljivost« navedb v konkretnem primeru ni bila prav »v nebo vpijoča« (»žvečil, nerazločno govoril, potepal sodniški bonton z arogantnim nastopanjem ...«). Navedbe strank v vlogah, zaradi katerih v Sloveniji prihaja do kaznovanja, so temu praviloma (žal) popolnoma neprimerljive in bistveno hujše.

---

287 Gl. tudi: ibidem.



dr. Ana Božič Penko  
vrhovna sodnica  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

Etažna lastnina je ena od oblik lastninske pravice. V Sloveniji je bila prvič urejena v Zakonu o pravicah na delih stavb. Zdaj jo ureja Stvarnopravni zakonik (SPZ). Definira jo kot lastnino posameznega dela zgradbe in solastnino skupnih delov.<sup>1</sup> Kot način nastanka etažne lastnine določa pravni posel (ki je lahko enostranski: izključni lastnik zgradbe svojo lastninsko pravico razdeli v etažno lastnino<sup>2</sup> ali večstranski: solastniki stavbe sklenejo sporazum o delitvi solastnine v etažno lastnino<sup>3</sup>) ali odločbo sodišča (ki jo lahko izposluje vsak od lastnikov posameznih delov stavbe, če o tem med njimi ni soglasja) in vpis v zemljiško knjigo.<sup>4</sup> Vknjižba v zemljiško knjigo je konstitutivne narave tudi tedaj, ko etažna lastnina nastane s sodno odločbo.<sup>5</sup>

Pomen ustanovitve etažne lastnine je v spremembi stvarnopravnega režima posameznega dela stavbe. Po načelu superficies solo cedit, ki ga je uzakonil SPZ,<sup>6</sup> je zgradba sestavina zemljišča, na (nad, pod) katerem stoji in deli njegovo usodo; torej ni v samostojnem pravnem prometu: pravica na stavbi je akcesorna pravica na zemljišču. Z ustanovitvijo etažne lastnine so posamezni deli stavbe izvzeti iz tega režima: postanejo – skupaj s solastnino na skupnih delih, ki je akcesorna etažni lastnini in je ni dovoljeno razdružiti – samostojni objekti lastninske pravice in drugih stvarnih pravic.<sup>7</sup> Posamezni deli stavbe pridobijo položaj samostojne nepremičnine. Spremeni pa se tudi pravni položaj parcele: ta ni več samostojen predmet lastninske pravice, pač pa postane skupni del stavbe v etažni lastnini in je (po ustreznih idealnih deležih) akcesorna lastninski pravici etažnih lastnikov.<sup>8</sup>

SPZ materijo etažne lastnine ureja celovito in skupaj z zemljiškoknjižnimi predpisi zagotavlja mehanizme za varstvo pravic etažnih lastnikov, ki so kot lastniki vpisani v zemljiško knjigo.

1 Prvi odstavek 105. člena SPZ.

2 109. člen SPZ.

3 108. člen SPZ.

4 Prvi odstavek 107. člena SPZ.

5 Rijavec, V., Predmet nepravdnih postopkov v zvezi z etažno lastnino in narava sklepa, Zbornik 1. dnevi nepravdnega in izvršilnega prava 2012, GV Založba, Ljubljana 2012, stran 98.

6 Po določbi 8. člena SPZ je vse, kar je po namenu trajno spojeno ali je trajno na nepremičnini, nad ali pod njo, sestavina nepremičnine, razen če zakon določa drugače.

7 V 112. členu SPZ določa, da je etažna lastnina predmet razpolaganja kot celota in da za razpolaganje z njo veljajo določbe tega zakona, ki urejajo razpolaganje z nepremičninami. V zvezi s tem je pomembno načelo specialnosti iz 7. člena SPZ, po katerem je samo individualno določena samostojna stvar lahko predmet stvarnih pravic, razen če ta zakon določa drugače. Individualno je nepremičnina (parcels in stavba) določena, če je izveden ustrezen vpis v kataster in zemljiško knjigo; vpis v kataster je predpostavka dovoljenosti vpisa v zemljiško knjigo. Več o tem Plavšak, N., Oblikovanje etažne lastnine in vpis v zemljiško knjigo, Zbornik 1. dnevi izvršilnega in nepravdnega prava, GV Založba, Ljubljana 2012, stran 76.

8 Plavšak, N., navedeno delo, stran 82.

Vendar pa zaradi različnih ovir, v prvi vrsti zaradi neuskladenosti dejanskega stanja z zemljiškoknjižnim in s katastrskim ter zaradi medsebojne neuskladenosti nepremičninskih evidenc, na podlagi zdaj veljavnih predpisov ni mogoče doseči vknjižbe etažne lastninske pravice na vseh zgradbah z več posameznimi deli; ovire za to so predvsem pri zgradbah, zgrajenih pred uveljavitvijo SPZ. Predvsem je bil zato, da bi se omogočila vknjižba lastninske pravice na posameznih delih zgradb, ki so bili v preteklosti že predmet pravnega prometa, ki je večinoma tekel izvenknjižno, in zagotovila večja pravna varnost, sprejet Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča (v nadaljevanju: ZVEtL). Je odziv zakonodajalca na velik družbeni problem, ki je v tem, da je neurejenih situacij kljub večkratnim preteklim poskusom sanacije še vedno zelo veliko, kar močno ovira nepremičninski trg, ogroža pravno varnost in postavlja pod vprašaj delovanje pravne države.<sup>9</sup>

ZVEtL je pretežno<sup>10</sup> interventni zakon, namenjen omejenemu številu neurejenih primerov, nastalih v preteklosti. Ureja dva postopka, oba nepravdna: (1) postopek za vzpostavitev etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe s sodno odločbo ter (2) postopek za ugotovitev in določitev pripadajočega zemljišča k stavbi.

Nanaša se pretežno na tiste stavbe, na katerih je bila v preteklosti že vzpostavljena etažna lastnina ali podlaga zanjo, a ni bila urejena skladno z zahtevami SPZ ter ni bila ustrezno evidentirana v katastru in vpisana v zemljiško knjigo, postopek določitve pripadajočega zemljišča k stavbam pa je namenjen predvsem za primere, ko je sporno njegovo lastništvo ali obseg.<sup>11</sup>

## **VZPOSTAVITEV ETAŽNE LASTNINE NA PREDLOG PRIDOBITELJA POSAMEZNEGA DELA STAVBE**

Materialnopравниh določb ta del ZVEtL ne vsebuje, je (izključno) procesni predpis.<sup>12</sup> V postopku vzpostavitve etažne lastnine se Zakon o nepravdnem postopku (v nadaljevanju: ZNP) uporablja zgolj subsidiarno.<sup>13</sup>

### **1 AKTIVNA LEGITIMACIJA**

1.1 Postopek se začne na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe,<sup>14</sup> to je osebe, ki s pravnim naslovom izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, čeprav niso izpolnjeni pogoji, ki jih za vpis lastninske pravice na posameznem delu stavbe določa zakon, ki ureja zemljiško knjigo.<sup>15</sup>

9 Fajs, M. T., ZVEtL in ovire za njegovo izvajanje v praksi, Pravna praksa 28/2011, stran 9.

10 *Sistemski je le v delu, ki ureja določitev pripadajočega zemljišča k stavbam, zgrajenim po uveljavitvi SPZ, na katerih je bila vzpostavljena etažna lastnina po ZVEtL.*

11 Fajs, M. T., prav tam.

12 Fajs, M. T., Banalno problematiziranje ZVEtL, Pravna praksa 8. 3. 2012, stran 16.

13 13. člen ZVEtL.

14 14. člen ZVEtL.

15 3. člen ZVEtL.

Bistveno torej je, da pravni naslov za oblikovanje etažne lastnine že obstaja in da so potrebna le še dejanja za izvedbo vpisov.<sup>16</sup> Opraviti je treba vpis stavbe v zemljiško knjigo, to pa ni mogoče pred evidentiranjem nepremičnine (parcele) v katastru.

**1.2** Procesno aktivno legitimiran je (sodišče torej njegov predlog sprejme v obravnavo) predlagatelj, ki je glede na predlogu priložen pravni naslov tudi stvarno legitimiran: to je tisti, ki predlogu priloži listino, ki je pravni naslov za pridobitev posameznega dela stavbe (pogodbo o nakupu stanovanja, pogodbo o delitvi solastne stavbe na posamezne dele, sklep o dedovanju poslovnega prostora, garaže ...), in listine, s katerimi izkazuje morebitno pravno nasledstvo (veriga pravnih naslovov), ali listine, s katerimi se izkazuje priposestvanje, če pravnega naslova, s katerim se izkazuje pravno nasledstvo, ni mogoče predložiti. Z institutom priposestvanja ni mogoče nadomestiti celotne (manjkajoče) verige pravnih naslovov od zemljiškoknjižnega lastnika do vključno predlagatelja.<sup>17</sup> Predlagatelj mora razpolagati s pravnim naslovom, ki izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice,<sup>18</sup> ni pa nujno, da je ta po veljavnih zemljiškoknjižnih predpisih sposoben za izvedbo v zemljiški knjigi. Relevanten pravni naslov je pogodba, sklenjena med zemljiškoknjižnim lastnikom in predlagateljem – lastnikom posameznega dela stavbe, ali odločba, izdana v breme zemljiškoknjižnega lastnika in v korist predlagatelja.<sup>19</sup> V primeru večkratnega zaporednega prenosa lastninske pravice na posameznem delu stavbe mora predlagatelj z verigo pravnih naslovov izkazati prenos upravičenja do pridobitve lastninske pravice od zemljiškoknjižnega lastnika do svojega neposrednega pravnega prednika;<sup>20</sup> prenos upravičenja nase pa, kot že rečeno, izkaže z obvezno predložitvijo pravnega naslova, ki izkazuje prehod upravičenja nanj od njegovega neposrednega pravnega prednika. Možnost izkazovanja pogojev za priposestvanje posameznega dela stavbe je določena zaradi olajšanja položaja predlagatelja, čigar posamezni del stavbe je bil večkrat predmet prometa, pa ne razpolaga s popolno verigo pravnih naslovov; v takem primeru se šteje, da so izpolnjeni pogoji za priposestvanje, če predlagatelj izkaže, da je skupaj s pravnimi predniki, po katerih izkazuje pravno nasledstvo, izvrševal vsaj 10 let trajajočo posest na posameznem delu stavbe.<sup>21</sup>

---

16 Rijavec, V., Predmet nepravdnih postopkov v zvezi z etažno lastnino in narava sklepa, Zbornik 1. dnevi nepravdnega in izvršilnega prava 2012, stran 96.

17 Drugače je razumeti Bele Vatovec, M., ZVEtL – sodni postopki v praksi, Odvetnik 51, marec 2011, strani 9 in 10.

18 V 3. členu ZVEtL je določeno, da je pridobitelj posameznega dela stavbe oseba, ki s pravnim naslovom izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, čeprav niso izpolnjeni pogoji, ki jih za vpis lastninske pravice na posameznem delu stavbe določa zakon, ki ureja zemljiško knjigo.

19 Glej 4. člen ZVEtL.

20 Primerjaj prvi odstavek 5. člena ZVEtL (... »od zemljiškoknjižnega lastnika do osebe, od katere se izkazuje prenos upravičenja do pridobitve lastninske pravice na pridobitelja posameznega dela stavbe.«).

21 Drugi odstavek 6. člena ZVEtL določa, da se v postopku za vzpostavitev etažne lastnine po tem zakonu šteje, da so verjetno izkazani pogoji za priposestvanje posameznega dela stavbe, če pridobitelj izkaže, da je skupaj s svojimi pravnimi predniki, po katerih izkazuje pravno nasledstvo v skladu s prejšnjim členom (opomba avtorice: torej z verigo pravnih naslovov), izvrševal vsaj 10 let trajajočo posest na posameznem delu stavbe. Določba omogoča izjemo od načela, da je vzpostavitev etažne lastnine na posameznem delu mogoča le s predložitvijo popolne verige pravnih naslovov: predlagatelj lahko doseže vzpostavitev etažne lastnine na »svojem« posameznem delu navkljub pretrgani verigi pravnih naslovov tako, da izkaže, da ga je priposestvoval, ker je na njem

**1.3** Če listine niso priložene, sodišče ravna po 105. členu Zakona o pravnem postopku (v nadaljevanju: ZPP), če so priložene, pa upravičenje predlagatelja do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu z njimi ni izkazano (izkazujejo npr. najem), sodišče predlog zavrže.

V primeru, ko sodišče predlog sprejme v obravnavo, ker je s priloženim mu pravnim naslovom izkazano upravičenje do pridobitve posameznega dela stavbe, pa je med postopkom to upravičenje ovrženo (predložen je npr. pravni naslov, ki verjetno izkazuje prehod pravice na posameznem delu stavbe od predlagatelja na drugega pridobitelja, npr. prodajna pogodba), se postopek nadaljuje le, če kateri od drugih pridobiteljev posameznih delov stavbe predlaga nadaljevanje, sicer sodišče predlog zavrne.<sup>22</sup>

**1.4** Vprašanje, ali je aktivno legitimiran predlagatelj v zemljiško knjigo vpisan solastnik nepremičnine (parcele in stavbe na njej), ni problematično. Odgovor je nikalen: solastnik ima na razpolago klasičen nepravdni postopek za delitev solastnine po ZNP; ustanovitev etažne lastnine je le ena od zakonsko mogočih oblik delitve solastnine.

**1.5** Vprašanje, ali ima aktivno legitimacijo tudi predlagatelj, ki je v zemljiški knjigi vpisan kot solastnik nepremičnine, a izkazuje upravičenje do pridobitve posameznega dela stavbe, sodna praksa rešuje različno.

Po stališču nekaterih sodišč prve stopnje taki predlogi (ker jih vložijo solastniki) zaradi pomanjkanja pravnega interesa niso dovoljeni in jih zavržejo. Nekatere odločitve pritožbenih sodišč temu pritrjujejo, češ da imajo solastniki na razpolago »reden« nepravdni postopek za delitev nepremičnine v solastnini, v katerem bo delitev opravljena z vzpostavitvijo etažne lastnine, če sporazum (pogodba) o tem ne bo mogoč.<sup>23</sup> Druga sodišča zavrženje predloga zavračajo z argumentom, da je treba

---

*skupaj s svojimi pravnimi predniki, po katerih izkazuje pravno nasledstvo (opomba avtorice: torej da razpolaga z »njihovimi« pravnimi naslovi), izvrševal vsaj 10 let trajajočo posest. Voglar, M., ZVEtL v kontekstu civilnega prava, Pravosodni bilten 4/2009, stran 81, pojasnjuje, da pride priposestevovanje v poštev le, če predlagatelj razpolaga z 10 let starim pravnim naslovom oziroma z nepretrgano verigo vpisov vsaj za 10 let nazaj, in da je manjkajoče pravne naslove mogoče nadomestiti s priposestevovanjem le, če je bila veriga pravnih naslovov pretrgana pred več kot 10 leti. Vpis na podlagi 6. člena ZVEtL bo po njegovem mnenju dosegel le predlagatelj, ki bo izkazal pravne naslove vsaj za 10 let nazaj in bo imel na »svojem« posameznem delu hkrati ves ta čas prijavljeno prebivališče ali sedež dejavnosti. Enako po njem povzema Klakočar, U., ZVEtL in njegov (ne)uspeh v praksi, Pravna praksa 7. 7. 2011, Priloga, stran IV. Taka razlaga je skladna z določbo drugega odstavka 43. člena SPZ, po kateri je priposestevovanje nepremičnine mogoče pod pogojem 10-letne dobroverne lastniške posesti priposestovalca.*

<sup>22</sup> 22. člen ZVEtL.

<sup>23</sup> Na primer sklep VSK Cp 730/2009, ki mu sledi sklep VSL I Cp 1455/2012. Tudi Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 265/2012 izključilo aktivno legitimacijo predlagatelja, ki je v zemljiški knjigi vpisan kot solastnik večstanovanjske hiše in parcele, na kateri je hiša zgrajena, solastniki pa so sklenili dogovor o razdružitvi solastninske skupnosti, na podlagi katerega sta mu pripadli v last dve stanovanji. Stališče sklepa je, da je treba pravila iz 3. in 14. člena ZVEtL o aktivni legitimaciji razlagati ozko; kajti (1) sklep o vzpostavitvi etažne lastnine po ZVEtL ne uredi vseh (tistih) medsebojnih razmerij etažnih lastnikov (ki jih uredi sklep o vzpostavitvi etažne lastnine po SPZ), (2) odločanje je omejeno le na najnujnejša vprašanja, zaradi česar je mogoče (3) uveljavljanje zahtevkov v pravdi tudi po vzpostavitvi etažne lastnine po ZVEtL. Predlagatelj lahko zato, čeprav izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznih delih stavbe, vzpostavitev etažne lastnine zahteva po SPZ (in ne po ZVEtL).

v primerih, ko je predlagatelj solastnik nepremičnine, o vzpostavitvi etažne lastnine odločiti po SPZ in ZNP, češ da sodišče ni vezano na pravno podlago predloga (podanega po ZVETL).<sup>24</sup> le izjemoma pa z argumentom, da predlog lahko vložijo vsakdo, ki izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe ne glede na to, da je v zemljiško knjigo že vpisan kot solastnik nepremičnine.<sup>25</sup>

Stališče, da je aktivno legitimiran po ZVETL tudi pridobitelj posameznega dela stavbe, ki je v zemljiški knjigi vpisan kot solastnik, se mi zdi pravilnejše iz več razlogov.<sup>26</sup>

V prvi vrsti v teh primerih ne gre za solastnino v smislu SPZ (torej za razdeljeno pravico na nerazdeljeni stvari<sup>27</sup>), pač pa za v življenju pogoste primere t. i. navidezne solastnine. Značilno za te primere je, da je bila stavba v naravi dejansko in pravno razdeljena na posamezne dele in je nastala t. i. dejanska etažna lastnina, v zemljiški knjigi pa se je praviloma iz praktičnih razlogov (neobstoj načrta, E-knjige, katastrskega vpisa ipd.) že ob nastanku izvedla z vpisom lastninskih idealnih deležev posameznih etažnih lastnikov na zemljiški parceli, na kateri stavba stoji.<sup>28</sup> in na enak način je tekel tudi nadaljnji promet posameznih delov. Prav t. i. navidezna solastnina je ena od oblik t. i. dejanske etažne lastnine, ki so bile ciljni primeri postopka za vzpostavitev etažne lastnine po ZVETL,<sup>29</sup> pri tem je pomembno, da se v vsakem posamičnem primeru ugotovi, da je bila etažna lastnina res oblikovana – ni namreč učinkovito oblikovana, če eden od solastnikov ob odtujitvi svojega solastninskega deleža brez soglasja solastnikov določi, kaj njegov delež predstavlja v naravi, in tudi ne, če je med solastniki sklenjen dogovor o delitvi rabe nepremičnine.<sup>30</sup> Primera dejanske etažne lastnine sta še izvenknjižna etažna lastnina (stavba in njeni deli še niso evidentirani v katastru in zemljiški knjigi, pa so bili že predmet pravnega prometa) in nedokončana etažna lastnina (v zemljiško knjigo so vpisani le nekateri posamezni deli stavbe, npr. tisti, ki so bili ob nacionalizaciji izvzeti iz podržavljenja, tisti, ki so bili vrnjeni v denacionalizacijskem postopku, in tisti, ki so bili vpisani po Zakonu o posebnih pogojih za vpis lastninske pravice na posameznih delih stavbe v zemljiško knjigo (v nadaljevanju: ZPPLPS)).<sup>31</sup>

24 Sklep VSL II Cp 3761/2012.

25 Sklep VSL I Cp 3011/2012.

26 Zanj se zavzema tudi Klakočar, U., navedeno delo, stran III.

27 Po določbi prvega odstavka 65. člena SPZ ima več oseb solastninsko pravico na nerazdeljeni stvari (solastniki), če je delež vsakega od njih določen v sorazmerju s celoto (idealni delež).

28 Sodna praksa je take pojave že takrat štela in obravnavala kot etažno lastnino (tako na primer odločbe VSRS II Ips 59/99, II Ips 596/97, II Ips 847/94 in druge).

29 Primerjaj Debevec, J., Razmerja pri etažni lastnini, nastali pred uveljavitvijo SPZ (t. i. dejanska etažna lastnina), Pravna praksa 8. 11. 2012, stran 11.

30 Primerjaj Debevec, J., Razmerja pri etažni lastnini, nastali pred uveljavitvijo SPZ (t. i. dejanska etažna lastnina), Pravna praksa 8. 11. 2012, stran 11.

31 ZPPLPS, predhodni interventni predpis, je za stavbe, zgrajene pred 16. 7. 1995 kot dnevno uveljavljene ZZK/95, omogočal vknjižbo samo enega ali več posameznih delov stavbe, ne pa nujno vseh (ni zapovedoval vzpostavitev etažne lastnine na zgradbi kot celoti), zaradi česar je na taki zgradbi nastala vpisana nedokončana etažna lastnina, za katero je značilno, da poleg vpisanih posameznih delov v etažni lastnini obstajajo še nevpisani posamezni deli, ki jih v zemljiški knjigi predstavlja fiktivna nepremičnina, označena kot nerazdeljeni posamezni deli. Niso se evidentirala pripadajoča zemljišča, pač pa le stavbišče, niso se vpisovali skupni deli in solastninski deleži na njih. ZPPLPS je veljal le omejen čas (5 let) in do prenehanja njegove veljavnosti 4. 11. 2004 stvarnopravna razmerja glede nedokončane etažne lastnine niso bila še urejena. Glej Debevec, J., Razmerja pri etažni lastnini, nastali pred uveljavitvijo SPZ (t. i. dejanska etažna lastnina), Pravna praksa 8. 11. 2011, stran 10. Glej še 189. in 191. člen SZ-1.

Ker navidezna solastnina ni solastnina v smislu SPZ, pač pa je dejanska etažna lastnina, je ni mogoče reševati z institutom delitve solastnine. Materialnopравни instituti delitve solastnine pač niso združljivi s pravno in dejansko naravo dejanske etažne lastnine in je njihova uporaba glede številnih dejanskih in pravnih položajev nemogoča oziroma bi povzročila številne pravne zadrege, na primer:

- kakšen pomen dati vknjiženim solastninskim deležem, ki so v delitvenem postopku po SPZ bistvenega pomena, če vemo, da so bili deleži v večini primerov navidezne solastnine določeni le približno in ne izražajo pravega razmerja med vrednostjo posameznih delov posameznih dejanskih etažnih lastnikov oziroma navideznih lastnikov in vrednostjo vseh posameznih delov v stavbi, po drugi strani pa so posamezni deli določeni (opisani) natančno;
- kakšen pomen dati pravni podlagi, s katero je nastala dejanska etažna lastnina, ki je bila knjižena kot navidezna solastnina, čeprav sta zakonodaja in sodna praksa pred SPZ primere zemljiškknjižno vpisane solastnine obravnavali kot etažno lastnino, če je le šlo po vsebini za etažno lastnino, novejša sodna praksa pa poudarja, da SPZ predhodno vzpostavljene etažne lastnine ni ukinil ali spremenil v solastnino, temveč je etažne lastnike le zavezal k ureditvi razmerij v za to predpisanih postopkih;<sup>32</sup>
- katero od navedenih meril izbrati kot merilo delitve po SPZ;
- kako obravnavati primere, ko bi v delitvenem postopku prišlo do spora glede velikosti solastninskih deležev navideznih lastnikov;
- ali bi bil lahko dejanski etažni lastnik zato, ker je navidezni solastnik, čigar solastninski delež je bil predhodno, ko ni bil relevanten, pre nizko določen in vpisan v zemljiško knjigo, s sklepom o delitvi zavezan k plačilu dela vrednosti svojega posameznega dela preostalim navideznim solastnikom;
- ali bi lahko svoj posamezni del zaradi prevzemne pravice drugega navideznega solastnika celo izgubil;
- ali bi lahko prišla v poštev civilna delitev s prodajo posameznega dela in delitvijo izkupička.

Lastninska pravica in etažna lastnina na isti nepremičnini se medsebojno izključujeta.<sup>33</sup> Tudi t. i. dejanska etažna lastnina se od solastnine bistveno razlikuje: pri prvi gre za že nastalo etažno lastnino, ki jo treba le še ustrezno vpisati, medtem ko je za drugo značilno, da je v naravi nerazdeljena in da ni nujno, da se bo ob delitvi pretvorila v etažno lastnino – to je le eden od možnih izidov postopka razdružitve.<sup>34</sup>

Zato postopek za delitev solastnine ni ustrezna procesna možnost za reševanje problema navidezne solastnine in dejanske etažne lastnine. Dokončnost odločitve glede stavbe kot celote v postopku po ZVETL in glede spornih razmerij, ki se tičejo le posameznih udeležencev, v pravdi, možnost naknadnega urejanja medsebojnih razmerij vseh etažnih lastnikov v nepravdnem postopku pa je zakonodajalec ocenil kot prednost in ne kot pomanjkljivost zakona.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Odločba VSRS I Up 193/2011.

<sup>33</sup> Debevec, J., Razmerja pri etažni lastnini ..., stran 12.

<sup>34</sup> SPZ v 70. členu kot primarni način delitve solastnine določa fizično delitev, v 110. členu predvideva, da etažna lastnina lahko nastane z odločbo sodišča tudi ob delitvi solastne nepremičnine.

<sup>35</sup> Ob snovanju besedila zakona je bil zakonodajalec pred izhodiščno dilemo, ali za ureditev še nevpisanih primerov t. i. dejanske etažne lastnine predpisati (1) postopek polne meritorne presoje z učinki materialne pravnomočnosti, ki bi bil dolgotrajen, počasen in obremenjujoč (ne smemo pozabiti, da je v nepravdnemu postopku zaradi spora o predhodnem vprašanju prekinitev postopka



**1.6** Ali je lahko aktivno legitimiran predlagatelj tudi izključni zemljiškoknjižni lastnik parcele? Primer: investitor je zgradil stanovanjski blok z večjim številom stanovanj na parceli v družbeni lasti, ki mu je bila dodeljena v uporabo, po ZLNDL pa je postal njen lastnik. Nekaj stanovanj je obdržal zase, večino pa prodal – predmet prodaje so bila v pogodbah točno konkretizirana stanovanja in ne solastninski deleži na celi hiši, ni pa intabulacijske klavzule. Investitor bi rad uredil etažno lastnino za svoja stanovanja, ne pa tudi za vsa preostala.

Iz zakonodajnega gradiva izhaja nikalen odgovor: zemljiškoknjižni lastnik lahko vzpostavi etažno lastnino z enostranskim pravnim poslom (solastnik pa s sporazumom s preostalimi solastniki ali v sodnem postopku za delitev solastnine). Toda: kakšen pomen ima dejstvo, da je formalno sicer res lastnik cele nepremičnine, dejansko pa ne? Ali ne bi kazalo priznati procesne aktivne legitimacije zemljiškoknjižnemu lastniku zemljišča, če je hkrati tudi upravičenec do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu zgradbe? Res je, da bi stavbo lahko na več posameznih delov razdelil sam; toda, ali bi bilo tako razpolaganje pravno sprejemljivo, če ni več dejanski lastnik vseh posameznih delov, na strani katerega od pridobiteljev le-teh pa morebiti celo obstajajo ovire za delitveni postopek po SPZ (na primer prenehanje zaradi stečaja brez pravnih naslednikov).

**1.7** Ker je postopek za vzpostavitev etažne lastnine predlagalni postopek, sodišče ne more odločati mimo predloga. Zastavlja se vprašanje, ali lahko sodišče na podlagi predloga za vzpostavitev etažne lastnine, vloženega po ZVETL, odloča po SPZ. Ali v takem primeru sploh odloča o istem predlogu? Obseg urejanja razmerij je po SPZ večji: sklep sodišča mora omogočiti vknjižbo vseh posameznih delov in njihovih lastnikov ter skupne dele in deleže na njih ter urediti vsa tista razmerja med etažnimi lastniki, ki se sicer v primeru sporazuma med etažnimi lastniki urejajo s pogodbo o medsebojnih razmerjih,<sup>36</sup> medtem ko predlagatelj po ZVETL doseže vknjižbo posameznih delov in lastninske pravice na njih za ugotovljene lastnike, na posameznih delih, za katere ni ugotovljeno, da so bili predmet prometa, pa ostane vpisan kot lastnina lastnika zemljišča.<sup>37</sup> Sodišče v nepravdnem postopku sicer ni vezano na predlog, vendar to ne pomeni, da lahko odloča o njem v nekem drugem postopku. Vezano je na vrsto in sam okvir postopka, ki ga predlagatelj predlaga.

---

praviloma obligatorna, torej si lahko predstavljamo, kako dolgo bi trajal postopek za eno stavbo z velikim številom stanovanj in več medsebojnimi sosedskimi spori), ali namesto tega predpisati (2) postopek, ki bi omogočil vsaj evidentiranje stavbe in posameznih delov v katastru in zemljiški knjigi brez učinkov materialne pravnomočnosti, parcialni spori med posameznimi lastniki pa bi bili predmet nadaljnjih individualnih sporov, ki bi se reševali v ločenih postopkih in ne bi preprečevali vsaj vpisa stavbe kot celote in posameznih delov v zemljiško knjigo. Ob upoštevanju izrazito velikega števila neurejenih primerov v družbenem življenju in omejene zmogljivosti sodišč je pretehtala odločitev za drugo opcijo: boljše je, da se etažna lastnina hitro vpiše vsaj po verjetno izkazanem dejanskem stanju, individualni spori pa se rešujejo v naknadnih postopkih, kot pa da bi v vsakem posameznem primeru čakali na dolgotrajno reševanje vseh sporov in tako vpis etažne lastnine odlagali v negotovo prihodnost.

<sup>36</sup> Glej tretji odstavek 110. člena in prvi odstavek 116. člena SPZ.

<sup>37</sup> V zadevi II lps 639/2006 je bila obravnavana situacija, ko so se pravdne stranke dogovorile za skupno gradnjo večstanovanjske hiše in o tem, da bodo postale lastnice vsaka enega stanovanja. Po končani gradnji je ena od strank zahtevala ugotovitev svoje lastninske pravice na svojem stanovanju, pooblastilo za izdelavo načrta in izstavitev listine, sposobne za vknjižbo lastninske pravice na stanovanju v svojo korist. Vsi zahtevki so bili zavrženi na podlagi 270. člena SPZ in ob sklicevanju na ZVETL, češ da tožnik ne more zahtevati listine, s katero bi bila vzpostavljena etažna lastnina le na enem stanovanju v večstanovanjski hiši, in da ustanovitev etažne lastnine ni mogoča, če deleži na solastni nepremičnini niso dogovorjeni ali ugotovljeni.

V konkretnem primeru gre za dva ločena nepravdna postopka. Kljub temu se mi rešitev, da se predlog ob odsotnosti pogojev za obravnavo po ZVEtL obravnava po SPZ, ne zdi problematična, če predlagatelj, opozorjen na pomanjkanje svoje procesne aktivne legitimacije po ZVEtL, s tem izrecno ali konkludentno (na primer z dopolnitvijo predloga, plačilom sodne takse za predlog) soglaša.

## **2 MATERIALNA AKTIVNA LEGITIMACIJA**

Podana je, pojasnjuje zakonodajno gradivo, ko je izkazana z listinami, ki jih predlogu priloži predlagatelj, in če nobeden od udeležencev v postopku upravičenja predlagatelja, ki izhaja iz teh listin, ne ovrže tako, da z listinami izkaže svoje upravičenje do pridobitve istega dela zgradbe. Primer: stanovanje v bloku je bilo večkrat predmet pravnega prometa. Predlagatelj predlaga vzpostavitev etažne lastnine in predloži ustrezne listine, s katerimi izkaže priposestvanje skladno z dokaznimi standardi ZVEtL-a, nato pa v postopku tretji izkaže z izvirnikom prodajne pogodbe, da je stanovanje kupil od predlagatelja.

Zaradi pomanjkanja materialne aktivne legitimacije sodišče predlog zavrne.

## **3 PREOSTALI UDELEŽENCI POSTOPKA**

Poleg predlagatelja so to še zemljiškknjižni lastnik, drugi pridobitelji posameznih delov, druge osebe, ki izkazujejo pravni interes, in upravnik.<sup>38</sup>

Problem so predvsem zadeve, v katerih zemljiškknjižni lastniki ne obstajajo več in nimajo pravnih naslednikov, ter zadeve, v katerih je bil po vložitvi predloga za vzpostavitev etažne lastnine na podlagi ZVEtL uveden stečaj.

**3.1** Rešitev položaja, ko je v zemljiško knjigo vpisani lastnik prenehal obstajati pred začetkom postopka po ZVEtL, vsebuje določba osmega odstavka 16. člena ZVEtL, ki se uporablja tudi v postopkih za določitev pripadajočega zemljišča (četrti odstavek 26. člena ZVEtL).

Če ni znan pravni naslednik, je za take primere izrecno predvidena postavitve skrbnika po določbi 211. člena Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (v nadaljevanju: ZZZDR). Ta bi zastopal pravnega naslednika tudi v naknadnem zemljiškknjižnem postopku in drugih morebitnih postopkih, ki bi sledili postopku za vzpostavitev etažne lastnine za naknadno ponovno presojo rešitve predhodnih vprašanj.

ZVEtL kot specialni predpis odstopa od splošnega procesnega pravila, da oseba, ki ne obstaja (več), ne more biti stranka postopka.

**3.2** Ko se nad v zemljiško knjigo vpisanim lastnikom začne stečajni postopek med postopkom vzpostavitve etažne lastnine po ZVEtL, bi bilo (ob široki namenski

---

<sup>38</sup> 16. člen ZVEtL.

razlagi zakona<sup>39</sup>) mogoče zagovarjati enako stališče: etažna lastnina se vpiše, vendar odločba o njeni ustanovitvi ni materialno pravnomočna in so mogoči naknadni popravki, če vpis ni materialnopravno pravilen. Kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, pa to ne velja za postopek določitve pripadajočega zemljišča.

#### 4 PREDLOG

Predlog mora vsebovati zahtevo za vzpostavitev etažne lastnine na posameznem delu zgradbe, ki pripada predlagatelju, identifikacijski znak zgradbe ali dela zgradbe, na kateri se predlaga vzpostavitev etažne lastnine, oziroma vsaj toliko podatkov in tako natančen opis, da lahko na njegovi podlagi identifikacijski znak iz nepremičninskih evidenc ugotovi sodišče samo.

Priložene mu morajo biti listine, ki izkazujejo aktivno procesno legitimacijo predlagatelja. Pasivno legitimiranega zemljiškoknjižnega lastnika (lahko) po uradni dolžnosti preveri sodišče. Prav tako upravitelja.

K dopolnitvi predloga sodišče predlagatelja poziva le, če v predlogu ni naveden identifikacijski znak ali opis nepremičnine, na podlagi katerega ga ugotovi sodišče samo, in če predlogu niso priložene listine.

#### 5 SPREMEMBA UPRAVIČENCA MED POSTOPKOM

Posamezni deli stavb, ki so predmet postopka za vzpostavitev etažne lastnine po ZVEtL, so med postopkom lahko predmet pravnega prometa. To ni izključeno niti glede zemljišča, na katerem je stavba zgrajena. V takem primeru upravičenje do pridobitve posameznega dela stavbe dotedanjemu nosilcu preneha, kar ni ovira za nadaljevanje postopka in vzpostavitev etažne lastnine (1) ali ob sodelovanju dotedanjega upravičenca, kot da spremembe ne bi bilo, ter z učinkovanjem odločbe zoper novega upravičenca<sup>40</sup> (2) ali z novim upravičencem, ki lahko prijavi svojo udeležbo v postopku kadar koli pred izdajo sklepa o vzpostavitvi etažne lastnine,<sup>41</sup> ne da bi bilo potrebno soglasje predlagatelja in preostalih udeležencev ali poseben sklep sodišča o dovolitvi udeležbe, mora pa novi udeleženec navesti identifikacijski znak posameznega dela, glede katerega vstopa v postopek, in predložiti pravni naslov,<sup>42</sup> sodišče pa mora o udeležbi obvestiti zemljiškoknjižnega lastnika in upravnika,<sup>43</sup> ob morebitnem obstoju pravnega interesa za to pa tudi

39 Kot na primer VSL v sklepu I Cp 1290/2012.

40 ZPP v 190. členu določa, da če katera od strank odtuji stvar ali pravico, o kateri teče pravda, to ni ovira, da se pravda med istima strankama ne konča. Tisti, ki je pridobil stvar ali pravico, o kateri teče pravda, more stopiti v pravdo *namesto tožeče oziroma tožene stranke* samo tedaj, če v *to privolita obe stranki*. Možnost (ugodnost), da se postopek konča med strankama, ki sta v njem sodelovali ob začetku, preden se je z odtujitvijo predmeta spora procesna legitimacija ločila od stvarne, pride najbolj do izraza prav v stvarnopravnih sporih. Ta možnost velja za vsa singularna pravna nasledstva, tudi na primer pridobitev lastninske pravice na podlagi zakona (originarno) ali z aktom oblastvenega organa, ne pa za primere univerzalnega pravnega nasledstva (na primer dedovanje). Primerjaj Galič, A., v Ude, I., in soavtorji, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 2. knjiga, Založba Uradni list in Gospodarski vestnik Založba, Ljubljana 2006, stran 227 in naslednje.

41 Glej četrti odstavek 16. člena ZVEtL.

42 Glej drugi in tretji odstavek 20. člena v zvezi s četrtrim odstavkom 16. člena ZVEtL.

43 Glej četrti odstavek 20. člena ZVEtL.

druge udeležence postopka.<sup>44</sup> Če posamezen del odtuji predlagatelj, lahko pridobitelj prijavi udeležbo v postopku; sodišče bo tako seznanjeno s prenehanjem predlagateljeve materialne aktivne legitimacije (novi udeleženec postopka bo moral prijavi udeležbe priložiti pravni naslov, ki bo izkazoval prehod upravičenja od dotedanjega predlagatelja nanj) in bo predlog za vzpostavitev etažne lastnine zavrnilo, če nobeden od udeležencev (vključno z novim pridobiteljem) ne bo predlagal nadaljevanja.<sup>45</sup> Ko torej novi pridobitelj udeležbe v postopku ne prijavi, sodišče postopek nadaljuje in konča z njegovim pravnim prednikom skladno s pravilom iz prvega odstavka 190. člena ZPP; če jo prijavi, pa ravna po specialnih pravilih ZVEtL – z novim pridobiteljem, ki v postopek vstopi brez soglasja preostalih udeležencev, kakršnega sicer terja določba drugega odstavka 190. člena ZPP.<sup>46</sup>

## 6 ZAZNAMBA POSTOPKA V ZEMLJIŠKI KNJIGI<sup>47</sup>

Sodišče, ki vodi postopek, zaznambo odredi po uradni dolžnosti. Smiselno uporabi določbe zakona, ki ureja zemljiško knjigo. Z zaznambo je zagotovljeno varstvo vrstnega reda pravic udeležencev postopka: vsi vpisi, dovoljeni po trenutku, od katerega učinkuje zaznamba, učinkujejo pod razveznim pogojem, da predlagatelj s predlogom za vzpostavitev etažne lastnine ni uspel.<sup>48</sup> Zagotovljena je publiciteta postopka in omogočena je uporaba pravila, da odtujitev stvari med pravdo ne vpliva na njeno dokončanje med tistimi strankami, ki so bile vanj vključene ob začetku postopka. Postopek se torej lahko konča s strankami, ki so bile vanj vključene ob zaznambi v zemljiški knjigi.

## 7 PROCESNE »OLAJŠAVE«

Zakon prinaša številne posebne procesne rešitve, ki odstopajo od pravil nepravnega (in pravnega) postopka.<sup>49</sup> Te rešitve so eno od sredstev, ki naj pripomorejo k uresničitvi cilja zakona: omogočiti vknjižbo (razen redkih izjem) pred uveljavitvijo SPZ dejansko nastale etažne lastnine v tistih primerih, ko to z mehanizmi zdaj veljavnih stvarnopravnih in zemljiškoknjižnih predpisov ni mogoče. Vseskozi je treba imeti pred očmi, da gre za sicer še vedno veliko, a vendarle omejeno število primerov (ki v prihodnje praviloma ne bodo več nastajali), in da je predpisan način urejanja interventen.

<sup>44</sup> Glej drugi odstavek 21. člena ZVEtL.

<sup>45</sup> Po določbi 22. člena ZVEtL sodišče predlog zavrne, če ugotovi, da *predlagatelj ne izkazuje upravičenja do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, drugi pridobitelji posameznih delov, ki so prijavi udeležbo, pa ne predlagajo nadaljevanja postopka vzpostavitve etažne lastnine po tem zakonu.*

<sup>46</sup> Ta določa, da tisti, ki je pridobil stvar ali pravico, o kateri teče pravda, *more* stopiti v pravdo namesto tožeče ali tožene stranke sam tedaj, če v to *privolita obe stranki.*

<sup>47</sup> 15. člen ZVEtL.

<sup>48</sup> Grgurevič Alčin, M., Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča (ZVEtL), Pravosodni bilten 4/2009, stran 71.

<sup>49</sup> Na primer odstop od načela proste dokazne ocene z določitvijo dokaznih pravil v zvezi s priposestvom, možnost vodenja postopka in odločitev proti stranki, ki ne obstaja več in niso znani njeni pravni nasledniki ali jih sploh ni.

Zaradi spora o dejstvih, ki se nanašajo na predhodna vprašanja, ni prekinitev postopka in napotitve na pravdo, odloča se ob uporabi domnev<sup>50</sup> oziroma nepravdno sodišče odloči v korist udeleženca, čigar pravica je verjetneje izkazana; udeleženec, čigar pravica bo ocenjena za manj verjetno, bo lahko sprožil pravdo ali drug ustrezen postopek.<sup>51</sup> Zaradi odločanja na podlagi domnev, dokaznih pravil in verjetnosti odločba o vzpostavitvi etažne lastnine po ZVEtL sicer ne postane materialno pravnomočna,<sup>52</sup> vendar parcialni spori med posameznimi etažnimi lastniki ne preprečujejo vzpostavitve etažne lastnine na stavbi kot celoti.<sup>53</sup>

Posebna pravila veljajo glede vročanja.

## **8 PROCESNA »BREMENA«**

Izvirajo predvsem iz močnih inkvizitornih pooblastil sodišča in poudarjenega preiskovalnega načela.<sup>54</sup> Po uradni dolžnosti se pridobivajo zemljiškoknjižni podatki, podatki iz centralnega registra prebivalstva in poslovnega registra o prijavljenih bivališčih in sedežih dejavnosti v stavbi, ki je predmet urejanja, osebno ime, enotna matična številka.<sup>55</sup> Po uradni dolžnosti sodišče obvešča o postopku zainteresirane osebe.<sup>56</sup> Samo ugotovi identifikacijski znak stavbe, ugotovi pripadajoče zemljišče k stavbi, naroči po potrebi parcelacijo, po uradni dolžnosti postavi izvedenca.<sup>57</sup> Izda sklep, ki je pravna podlaga za oblikovanje etažne lastnine,<sup>58</sup> in po njegovi pravnomočnosti poskrbi za vknjižbo etažne lastnine po uradni dolžnosti. V posebnih postopkih pa je treba urejati medsebojna razmerja med etažnimi lastniki in pripadajoče zemljišče.

## **9 DOLOČITEV PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA V POSTOPKU VZPOSTAVITVE ETAŽNE LASTNINE**

V tem postopku se pripadajoče zemljišče določi za potrebe izvedbe etažne lastnine na stavbi. Določi se lahko samo na parceli, na kateri stoji stavba, v primeru spora pa le na zemljišču pod stavbo. Določi se lahko le k eni stavbi. Odločitev ne postane materialno pravnomočna.<sup>59</sup> Taki odločitvi je namenjen poseben postopek.

- 50 Če je v postopku vzpostavitve etažne lastnine sporno, kateri deli stavbe so skupni, kateri so posamezni deli stavbe in kolikšni so solastninski deleži na skupnih delih, se domneva: (1) da je skupni del stavbe samo pripadajoče zemljišče, (2) da so posamezni deli stavbe samo tisti, ki so vpisani v kataster stavb, in (3) da je solastninski delež vsakokratnega lastnika posameznega etažnega dela na skupnih delih stavbe enak razmerju med površino posameznega etažnega dela in skupno površino vseh posameznih etažnih delov po podatkih iz katastra stavb (9. člen ZVEtL).
- 51 Prvi odstavek 25. člena ZVEtL.
- 52 Fajs, M. T., ZVEtL in ovire za njegovo izvajanje v praksi, Pravna praksa 21. 7. 2011, stran 11.
- 53 Primerjaj Predlog ZVEtL, EVA: 2008-1517-0004, strani 25 in 26.
- 54 Drugi odstavek 16. člena ZVEtL: na naslovu iz zemljiške knjige, podrejeno na naslovu iz CRP ali poslovnega registra in še podrejeno z nabitjem na sodno desko.
- 55 Prvi odstavek 21. člena.
- 56 Drugi odstavek 21. člena.
- 57 23. člen ZVEtL (pripravljalna opravila sodišča).
- 58 Vsebino sklepa določa 24. člen ZVEtL: (1) odločitev o vzpostavitvi etažne lastnine, (2) določitev pripadajočega zemljišča in drugih skupnih delov stavbe, ki se vpisujejo v zemljiško knjigo, (3) določitev morebitnih bremen na skupnih delih stavbe in njihove imetnike, če se vpisujejo v zemljiško knjigo, (4) določitev posameznih delov stavbe in solastniških idealnih deležev vsakokratnih lastnikov posameznih delov na skupnih delih, (5) določitev lastnika za vsak posamezen del stavbe, bremen in njihovih imetnikov in (6) odreditev vpisa etažne lastnine v zemljiško knjigo v vrstnem redu vpisane zaznambe postopka.
- 59 Fajs, M. T., Določanje pripadajočega zemljišča po ZVEtL, Zbornik 2. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, GV Založba, stran 134.

Rešitev je dokončna le glede vzpostavitve etažne lastnine kot celote (na stavbi kot celoti).

## UGOTOVITEV IN DOLOČITEV PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA

### 1 OBSEG UREJANJA PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA PO ZVETL

Poseben nepravdni postopek je namenjen dokončni, materialno pravnomočni ugotovitvi oziroma določitvi pripadajočih zemljišč

(1) k stavbam, zgrajenim pred 1. 1. 2003 kot dnevom uveljavitve SPZ (z ugotovitveno odločbo);<sup>60</sup>

Pred uveljavitvijo SPZ načelo superficies solo cedit ni veljalo: zemljišče, na katerem je bila zgrajena stavba in ji je funkcionalno pripadalo, je delilo premoženjskopravno usodo zgradbe – če je bila stavba zgrajena na zemljišču v družbeni lastnini, je imel lastnik stavbe pravico uporabe tega zemljišča, če je bila stavba zgrajena na tujem zemljišču, pa je graditelj postal lastnik zemljišča. V obeh primerih je zemljišče pripadlo lastniku stavbe na podlagi zakona. Ugotoviti je treba, kdo je postal lastnik zemljišča (pri zemljiščih, ki so bila v družbeni lasti, upošteva predpise o lastninjenju) in njegov obseg; zajema lahko poleg parcele, na kateri stavba stoji, in parcel, ki so naknadno nastale iz nje, tudi druge parcele.<sup>61</sup>

(2) k stavbam, zgrajenim po uveljavitvi SPZ, če je bila etažna lastnina na njih vzpostavljena po ZVETL (z oblikovalno odločbo).

Ta možnost je predvidena za situacije, ko je prišlo do prometa posameznih delov stavbe, ne da bi lastnik nepremičnine (torej zemljišča in stavbe na njem) pred tem poskrbel za vzpostavitev etažne lastnine. Pridobitelj posameznega dela mora imeti možnost ne le zahtevati (in doseči) vzpostavitev etažne lastnine, pač pa tudi ureditev svoje solastninske pravice na pripadajočem zemljišču, ki je bilo v postopku vzpostavitve etažne lastnine morebiti omejeno zgolj na zemljišče pod stavbo. Ker je bila stavba zgrajena med veljavnostjo SPZ, po katerem je stavba sestavina nepremičnine, nepremičnina pa odmerjena in v kataster vpisana zemljiška parcela, je logično, da pripadajoče zemljišče poleg parcele, na kateri stoji stavba, in parcel, ki so morebiti naknadno nastale iz nje, drugega zemljišča ne more zajemati.<sup>62</sup>

V delu, s katerim ureja pripadajoče zemljišče k stavbam, na katerih je bila predhodno po ZVETL vzpostavljena etažna lastnina, je ZVETL sistemski zakon, v

---

60 Zgolj za ugotovitev gre le pri stavbah izpred 1. 1. 2003, h katerim je bilo v upravnem postopku ali v sodnem postopku pravnomočno določeno funkcionalno zemljišče oziroma gradbena parcela. Določbo petega odstavka 30. člena je treba razumeti tako, da je moral biti postopek ciljno usmerjen v določitev funkcionalnega zemljišča oziroma kasneje gradbene parcele, odločba pa je bila podlaga za vknjižbo lastninske pravice na tem zemljišču. V vseh drugih primerih, tudi ko se izda ugotovitvena odločba, je potrebna materialnopravna presoja, kdo in do koliko zemljišča je upravičen (bodisi ker ga je že prejel v last, npr. po ZLNDL; ZTLR ..., bodisi ker mu ga je treba šele na novo določiti). Primerjaj Fajš, M. T., Določanje ..., stran 136.

61 Četrti odstavek 30. člena v zvezi s tretjim odstavkom 7. člena ZVETL.

62 Tretji odstavek 7. člena ZVETL v zvezi s prvim odstavkom 18. člena in 16. členom SPZ.

delu, ki ureja pripadajoče zemljišče k stavbam, zgrajenim pred uveljavitvijo SPZ, pa je interventni zakon.

Med stavbe, za katere se v tem postopku ureja pripadajoče zemljišče, je treba šteti tudi pred uveljavitvijo SPZ zgrajene enostanovanjske hiše in garaže.<sup>63</sup>

## **2 AKTIVNA LEGITIMACIJA**

**2.1** Ko se določa pripadajoče zemljišče k stavbi, na kateri je bila vzpostavljena etažna lastnina po ZVEtL, so aktivno legitimirani vsi udeleženci tega (predhodnega) postopka,<sup>64</sup> poleg njih pa še zemljiškoknjižni lastnik stavbe, zemljiškoknjižni lastnik zemljišča, ki bi lahko prišlo v poštev kot pripadajoče zemljišče, druge osebe, katerih pravni interes bi bil lahko z odločbo prizadet, in občina.<sup>65</sup>

**2.2** Ko se določa pripadajoče zemljišče k stavbi, zgrajeni pred uveljavitvijo SPZ, so aktivno legitimirani lastnik stavbe, ki je vpisan v zemljiško knjigo, pridobitelj posameznega dela stavbe po določbah ZVEtL, oseba, ki izkazuje pridobitev lastninske pravice na stavbi kot celoti, zemljiškoknjižni lastnik pripadajočega zemljišča in občina.<sup>66</sup>

## **3 PASIVNA LEGITIMACIJA**

Je različna od primera do primera. Nedvomno so pasivno legitimirani zemljiškoknjižni lastnik zemljišča, ki bi lahko prišlo v poštev kot pripadajoče zemljišče, ter zemljiškoknjižni lastnik stavbe oziroma pridobitelji posameznih delov stavbe, če niso predlagatelji postopka.

**3.1** Če zemljiškoknjižni lastnik zemljišča preneha obstajati pred vložitvijo predloga za določitev pripadajočega zemljišča, se postopek nadaljuje s pravnimi nasledniki, če to ni mogoče, se postavi skrbnik.<sup>67</sup>

**3.2** Če je nad zemljiškoknjižno vpisanim lastnikom začet stečaj po vložitvi predloga za določitev pripadajočega zemljišča, snovalci zakona napotujejo skladno z načelom koncentracije na prijavo izločitvene pravice v stečajnem postopku.<sup>68</sup>

## **4 PREDLOG**

Postopek za določitev in ugotovitev pripadajočega prostora poteka po pravilih ZNP. Prilagojene so mu le posamezne postopkovne rešitve. Določitev funkcionalne pristojnosti nepravnega sodišča za odločanje o pripadajočem zemljišču je

63 Prav tam, stran 135. Tako tudi sklepa VSL I Cp 1393/2010 in I Cp 1170/2011. Glej še odločbo Vrhovnega sodišča II Ips 259/08.

64 Prvi odstavek 26. člena ZVEtL.

65 Tretji odstavek 26. člena ZVEtL.

66 Drugi odstavek 30. člena ZVEtL.

67 Četrty odstavek 26. člena v zvezi z osmim odstavkom 16. člena ZVEtL.

68 Debevec, J., Ureditev lastništva pripadajočih zemljišč k stavbam, Odvetnik 55, april 2012, stran 18.

po oceni snovalcev ZVEtL njegova prednost. Odločanje o lastninski pravici na pripadajočem zemljišču je sicer mogoče tudi v pravdi (in je postopek po ZVEtL le dodatna procesna možnost), vendar mora v tožbi tožnik postaviti jasen in določen zahtevek, kar v zvezi s pripadajočim zemljiščem pogosto objektivno ni mogoče. Vsebino predloga določa ZNP: vsebovati mora opis razmerja, ki naj se uredi, in stanje, o katerem naj sodišče odloči, navedbo relevantnih dejstev in dokaze zanje in druge podatke, ki jih mora imeti vsaka vloga.<sup>69</sup>

Menim, da ni prestrogo od predlagatelja zahtevati navedbe zemljiških parcel, na katerih po njegovem mnenju pripadajoče zemljišče leži (še posebej, če meni, da zajema tudi parcele, ki so nastale iz parcele, na kateri stoji stavba, in drugih parcel), in da po drugi strani ni mogoče zahtevati, da bi v predlogu pripadajoče zemljišče opredelil povsem natančno, na primer z opisom njegovih meja. Parcele bo ne nazadnje moral ugotoviti že zaradi ugotovitve njihovega zemljiškoknjižnega lastnika in preveritve pasivne legitimacije nasprotnega udeleženca.

Menim, da mora predlagatelj navesti nasprotnega udeleženca, ko se pripadajoče zemljišče določa k stavbi, v kateri je bila vzpostavljena etažna lastnina po ZVEtL,<sup>70</sup> ko se določa k stavbi, zgrajeni pred uveljavitvijo SPZ, pa je predpisana večja stopnja prizadevanja sodišča pri obveščanju potencialnih udeležencev in njihovi pritegnitvi v postopek.<sup>71</sup>

## **5 ZAZNAMBA POSTOPKA DOLOČITVE PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA**

Smiselno se uporabljajo določbe ZVEtL, ki urejajo zaznambo postopka vzpostavitve etažne lastnine.<sup>72</sup>

## **6 JE LASTNINSKA PRAVICA V POSTOPKU ZA UGOTOVITEV OZIROMA DOLOČITEV PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA PO ZVEtL GLAVNO ALI PREDHODNO VPRAŠANJE?**

**6.1** Glede tega vprašanja je sodna praksa neenotna. V nekaterih odločbah je zastopano stališče, da je vprašanje lastninske pravice na pripadajočem zemljišču predhodno vprašanje določitve oziroma ugotovitve pripadajočega zemljišča in da je treba v primeru spora o lastninski pravici nepravdni postopek prekiniti ali ustaviti, spor pa rešiti v pravdi.<sup>73</sup>

Stališče drugih odločb je, da je vprašanje lastninske pravice na pripadajočem zemljišču glavno vprašanje nepravdnega postopka ugotovitve oziroma določitve pripadajočega zemljišča po ZVEtL; zato ni prekinitve postopka in napotitve na pravdo oziroma nadaljevanja obravnave zadeve v pravdi, pač pa mora to vprašanje

<sup>69</sup> 21. člen ZNP.

<sup>70</sup> 21. člen ZVEtL za te postopke ne velja.

<sup>71</sup> Tretji odstavek 30. člena ZVEtL napotuje na uporabo 21. člena zakona.

<sup>72</sup> Četrti odstavek 26. člena v zvezi s 15. členom ZVEtL.

<sup>73</sup> Na primer sklepi VSL I Cp 4676/2010, I Cp 1170/2011, I Cp 1889/2012.



rešiti nepravdno sodišče samo.<sup>74</sup> Menim, da je drugo stališče pravilno in skladno z namenom zakonodajalca.

**6.2** Iz zakonodajnega gradiva izhaja namen zakonodajalca predpisati postopek, v katerem se bo o lastništvu pripadajočega zemljišča odločalo kot o glavnem vprašanju. Zakonodajalec je postopek za ugotovitev pripadajočega zemljišča k stavbi, zgrajeni pred 1. 1. 2003, v prvem odstavku 30. člena ZVEtL določil prav zaradi reševanja sporov o obsegu in lastništvu nekdanjih funkcionalnih zemljišč, saj je glede na vsebino odločanja (obseg pripadajočega zemljišča in nosilca lastninske pravice na njem je treba šele ugotoviti) ter pričakovano večje število udeležencev in različnost njihovih interesov (v postopek naj bi bili kot udeleženci vključeni poleg predlagatelja tudi vsi preostali lastniki stavbe) ocenil, da je zaradi subjektivnih meja pravnomočnosti odločbe nepravdni postopek primernejši od pravnega. Določil je pravni standard odločanja (pripadajoče zemljišče je zemljišče, potrebno za redno rabo stavbe) in merila za njegovo čim pravilnejšo napolnitev (urbanistični standardi iz prostorskih aktov, veljavnih med gradnjo, tehnična merila in korektivno merilo redne rabe).

Drži, da je zahtevek za ugotovitev lastninske pravice na pripadajočem zemljišču mogoče uveljavljati z ugotovitveno tožbo v pravdi; možnost uveljavljanja zahtevka za ugotovitev lastninske pravice v pravdi pa ne izključuje z ZVEtL določene dodatne procesne možnosti, da se po vsebini enako varstvo zahteva (z vložitvijo predloga po 30. členu zakona) v posebej za ta namen uzakonjenem in njegovim posebnostim prilagojenem nepravdnem postopku. Vrhovno sodišče se je že izreklo, da je ZVEtL določil poseben postopek kot novo procesno možnost za uveljavljanje zahtevkov iz naslova lastninjenja nekdanjih družbenih funkcionalnih zemljišč, ki po novem ureja to materijo in je celo primernejši od pravnega postopka.<sup>75</sup>

Vprašanje, kdo je lastnik pripadajočega zemljišča in kakšen je njegov obseg, je po prepričanju pripravljavcev zakonskega gradiva glavno vprašanje postopka za določitev pripadajočega zemljišča po 30. členu ZVEtL, ki ga mora sodišče rešiti v nepravdnem postopku. Pri tem mora – upoštevajoč veljavno materialno pravo – seveda obravnavati tudi vse vsebinske ugovore nasprotnih udeležencev. Namen tega postopka je prav v tem, da sodišče ob udeležbi vseh v zakonu določenih udeležencev in po pravilih nepravdnega postopka, ki so opredeljena v ZVEtL in ZNP, presodi najprej vprašanje, kolikšen je obseg pripadajočega zemljišča, in nato še vprašanje, ali so lastniki stavbe po materialnem pravu pridobili in zadržali lastninsko pravico na tem zemljišču. Če pri tem naleti na kakšno sporno predhodno vprašanje, potem mora situaciji primerno seveda ustrezno uporabiti 8. ali 9. člen ZNP v zvezi z drugim odstavkom 26. člena ZVEtL. Vsekakor pa je v nasprotju z namenom zakonodajalca odločitev, da se predlog, vložen po 30. členu ZVEtL, samo zato, ker mu nasprotni udeleženec nasprotuje, obravnava po pravilih pravnega postopka.

<sup>74</sup> Na primer sklepa VSL I Cp 924/2010, II Cp 2474/2012.

<sup>75</sup> Odločba Vrhovnega sodišča II Ips 262/2009, opomba 10; sklep VSL I Cp 4676/2010, 41. točka obrazložitve.

**6.3** Zakon vsebuje določbo, da je pripadajoče zemljišče k stavbi last vsakokratnega lastnika stavbe, če je stavba v etažni lastnini, pa je skupni del stavbe in je v solastnini vsakokratnih lastnikov stavbe.<sup>76</sup> Zato ugotavljanje pripadajočega zemljišča pomeni odločanje, katero je tisto zemljišče, ki je v lasti lastnika stavbe oziroma v solastnini etažnih lastnikov.

Nadalje zakon določa, da je mogoče pripadajoče zemljišče določiti tudi na parcelah, ki so nastale iz parcele, na kateri stoji stavba, če se s tem ne posega v pravice tretjih, ki so na takih parcelah pridobili lastninsko pravico v dobri veri,<sup>77</sup> oziroma da se na stavbah, zgrajenih pred uveljavitvijo SPZ, lahko določi celo še na drugih parcelah.<sup>78</sup> Navedeno, predvsem pa določitev dobre vere kot merila določanja in ugotavljanja pripadajočega zemljišča, kaže na zakonodajalčev namen, naj se o lastninski pravici odloča v postopku po ZVEtL.

Primer: Družbeno podjetje zgradi stanovanjski blok na parceli v družbeni lasti. Imetniki pravice uporabe funkcionalnega zemljišča na tej parceli so bili lastniki stanovanj, niso pa bili vknjiženi v zemljiški knjigi. Z lastninjenjem so lastninsko pravico pridobili izvenknjižno, po ZLNDL pa se je vpisal graditelj, ki je parcelo razparceliral in del funkcionalnega zemljišča prodal tretji osebi, ki je bila v dobri veri o razpolagalni pravici prodajalca, ki je bil vpisan v zemljiški knjigi, in se na podlagi pogodbe tudi sama vpisala v zemljiško knjigo. Izvenknjižno pridobljena lastninska pravica lastnikov stavbe je prenehala.

Določa tudi, da določitev oziroma ugotovitev pripadajočega zemljišča ne vpliva na druge stvarne in obligacijske pravice oseb, ki niso sodelovale in niso bile obveščene o postopku.<sup>79</sup> Po razlogovanju a contrario ugotovitev oziroma določitev pripadajočega zemljišča ustvarja stvarnopravne posledice – je odločanje o lastninski pravici.

**6.4** V postopku določitve pripadajočega zemljišča za stavbe, zgrajene pred 1. 1. 2003, mora sodišče:

- ugotoviti obseg pripadajočega zemljišča po merilih iz 7. in 30. člena ZVEtL,
- ugotoviti, ali je lastnik (lastniki) stavbe pridobil na tem zemljišču lastninsko pravico (npr. po ZTLR, ZLNDL, SZ) in v kolikšnem obsegu,
- ugotoviti, ali so lastninsko pravico obdržali (odločiti o ugovorih, npr. o ugovoru, da je lastninska pravica prešla na dobrovernega tretjega, ki se je na podlagi pravnega posla vpisal v zemljiško knjigo, glej primer v točki 6.3),
- poskrbeti za odmero tega zemljišča v novo parcelo in
- odločiti o vknjižbi lastninske pravice na taki parceli.

Odločitev je deklaratorna, ker sodišče zgolj ugotavlja, katero zemljišče je postalo last lastnika stavbe po pravilih, ki so veljala pred uveljavitvijo SPZ.

---

76 Prvi odstavek 7. člena ZVEtL.

77 Tretji odstavek 7. člena ZVEtL.

78 Četrti odstavek 30. člena ZVEtL.

79 Peti odstavek 26. člena ZVEtL.

**6.5** V postopku za določitev pripadajočega zemljišča za stavbe, zgrajene po 1. 1. 2003, bo šlo za manj problematične primere.<sup>80</sup> Sodišče določi pripadajoče zemljišče znotraj parcele, na kateri stoji stavba, in znotraj parcel, ki so naknadno nastale iz nje, če ne krši pravic tretjih, pridobljenih v dobri veri. Tak je primer, ko je bila parcela, na kateri je bila zgrajena stavba, naknadno razdeljena, lastnik novonastalih parcel pa je ostal isti. Odločiti je treba, kateri del tega zemljišča je potreben za funkcioniranje stavbe, upošteva je urbanistične standarde, veljavne ob odločanju, in ta del postane skupni del stavbe in solastnina etažnih lastnikov; ostanek ostane v lastninski sferi zemljiškknjižnega lastnika. Odločitev je konstitutivna.

**6.6** V nepravdnem postopku ugotovitve oziroma določitve pripadajočega zemljišča po ZVEtL sodišče vprašanje pripadajočega zemljišča reši dokončno in z učinki materialne pravnomočnosti – ni naknadne pravdne poti za udeležence postopka (po vzoru postopka za vzpostavitev etažne lastnine). Imajo pa to pot na razpolago tisti, ki v postopku niso sodelovali in o njem niso bili obveščeni.

**6.7** Zdi se, da je razlog za (po mojem mnenju napačno) stališče, da je vprašanje lastninske pravice na pripadajočem zemljišču predhodno vprašanje postopka po ZVEtL in da ga je treba, če so sporna dejstva, reševati v pravdi, globoko zakoreninjeno prepričanje, da se v nepravdnem postopku lahko odloča le o nespornih zadevah. Po teoriji spora kot eni od teorij, ki razmejujejo nepravdni postopek od pravnega, bi to lahko delno držalo: v ZNP so kot nepravdni določeni postopek za določitev odškodnine, postopek za ureditev meje, postopek za ureditev razmerij med solastniki, postopek za delitev solastnine, pri čemer se vsak od teh postopkov lahko začne le, če med udeleženci ni bilo mogoče doseči sporazuma oziroma če med njimi obstaja spor,<sup>81</sup> enako tudi stvarnopravna in stanovanjska zakonodaja na nepravdni postopek napotujeta prav v primerih, ko je med udeleženci razmerij spor.<sup>82</sup> Posebej primerljiv se mi zdi položaj, ko mora nepravdno sodišče določiti mejo po močnejši pravici. Tudi tedaj je bistvo spora vprašanje, kdo (kateri od mejašev) je lastnik spornega mejnega prostora.

---

80 Glej drugo alinejo 1. točke tega poglavja.

81 Glej 98. člen, 112. člen, prvi odstavek 118. člena, 131. člen ZNP.

82 Glej četrti odstavek 67. člena, drugi odstavek 70. člena, drugi odstavek 117. člena, tretji odstavek 121. člena SPZ, kakor tudi četrti in peti odstavek 26. člena, 28. člen, četrti in peti odstavek 29. člena, tretji odstavek 97. člena, tretji in četrti odstavek 99. člena, šesti odstavek 106. člena, drugi odstavek 109. člena, drugi odstavek 110. člena SZ-1.



# KORUPCIJSKA KAZNIVA DEJANJA IN DOMAČA SODNA PRAKSA<sup>1</sup>

mag. Damijan Florjančič<sup>2</sup>  
vrhovni sodnik  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## 1. UVOD

Korupcija nima le kazenskopravnega predznaka, saj tovrstna ravnanja opredeljuje močan (ne)etični predznak, hkrati pa jo lahko obravnavamo tudi s širšega sociološkega vidika kot poseben družbeni pojav. Glede na vse izrazitejšo medijsko izpostavljenost korupcijskih ravnanj pri nas je očitno, da se povečuje družbena občutljivost za ta pojav, hkrati pa se marsikdaj označujejo kot koruptivna tudi tista ravnanja, ki tovrstnih značilnosti v resnici nimajo. Tako se kot „korupcija“ označujejo skorajda vse nepravilnosti, nezakonitosti in tudi sicer razna kazniva dejanja, ki sama po sebi dejansko nimajo znakov korupcijskih kaznivih dejanj. Zaradi tega je še toliko pomembnejše, da se v kazenskem pravu dosledno držimo tistih opredelitev, ki določajo zakonske znake korupcijskih kaznivih dejanj, čeprav so tudi v teh primerih marsikdaj nejasnosti, ki jih mora in jih je tudi v preteklosti že določeneje opredelila sodna praksa.

## 2. OPREDELITEV POJMA KORUPCIJE IN KAZENSKOPRAVNA UMEMSTITEV KORUPCIJSKIH DEJANJ

Izhodiščna opredelitev iz 4. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije (v nadaljevanju: ZintPK)<sup>3</sup> določa, da je korupcija „*vsaka kršitev dolžnega ravnanja uradnih in odgovornih oseb v javnem ali zasebnem sektorju, kot tudi ravnanje oseb, ki so pobudniki kršitev ali oseb, ki se s kršitvijo lahko okoristijo, zaradi neposredno ali posredno obljubljenе, ponujene ali dane oziroma zahtevane, sprejete ali pričakovane koristi zase ali za drugega*“. Iz te opredelitve je razvidno, da gre za 1) kršitev dolžnega ravnanja (oziroma za napeljevanje k takemu ravnanju) ne glede na to, ali je 2) storjeno v javnem ali zasebnem sektorju, ter da je s takim oziroma zaradi takega ravnanja 3) pridobljena ali pričakovana (materialna ali nematerialna) korist za neposrednega kršilca dolžnega ravnanja ali za neko tretjo osebo. Taka

1 Prispvek je avtor predstavljal na seminarju Kazenskopravno odzivanje na korupcijo, ki je bil 25. septembra 2013 v organizaciji Ministrstva za pravosodje, Centra za izobraževanje v pravosodju, na Brdu pri Kranju.

2 Stališča, izražena v prispevku, niso nujno stališča institucije, v kateri je avtor zaposlen.

3 Uradni list RS, št. 45/10, 26/11, 30/11 in 43/11. Enako opredelitev korupcije vsebuje tudi Resolucija o preprečevanju korupcije (v nadaljevanju: Resolucija), Uradni list RS, št. 85/04 z dne 2. 8. 2004. Glede ZintPK Selinškova navaja, da naj bi bil to „sistemski zakon za krepitev delovanja pravne države, za krepitev transparentnosti in integritete posameznikov in institucij javnega sektorja in za preprečevanje korupcije in odpravljanje nasprotja interesov ter drugih korupcijskih tveganj“. L. Selinšek: Korupcija v kazenski in protikorupcijski zakonodaji, GV Založba, Pravna praksa, 2011, št. 37, str. 22.

opredelitev korupcije pa ne določa oblike subjektivne odgovornosti posameznika, ki tako dejanje stori.<sup>4</sup> Ta razlikovanja so (lahko) tudi eden od razlogov, da niso vsi primeri, ki jih je Komisija za preprečevanje korupcije (v nadaljevanju: Komisija) odstopila policiji v nadaljnjo obravnavo, doživeli sodnega epiloga.<sup>5</sup>

Za določanje zakonskih znakov korupcijskih kaznivih dejanj pa so osrednjega pomena predvsem določbe ratificiranih mednarodnih dokumentov, ki dajejo izhodišča domači zakonodaji pri teh opredelitvah. Predvsem je bila za našo uskladitev z mednarodnimi standardi pomembna Kazenskopravna konvencija Sveta Evrope o korupciji<sup>6</sup> (v nadaljevanju: Konvencija), ki v določbah 2. do 12. člena določa temeljne oblike koruptivnih dejanj, ki jih morajo države pogodbenice Konvencije opredeliti v svojem notranjem pravu kot kazniva dejanja. Pri tem gre najprej za obveznost pogodbenic, da inkriminirajo aktivno in pasivno podkupovanje domačih javnih uslužbencev (2. in 3. člen), podkupovanje članov domačih skupščinskih teles (4. člen), podkupovanje tujih javnih uslužbencev (5. člen), podkupovanje članov tujih skupščinskih teles (6. člen), aktivno in pasivno podkupovanje v zasebnem sektorju (7. in 8. člen), podkupovanje funkcionarjev mednarodnih organizacij (9. člen), podkupovanje članov mednarodnih parlamentarnih skupščin (10. člen), podkupovanje sodnikov in uslužbencev mednarodnih sodišč (11. člen) in nezakonito posredovanje (12. člen).<sup>7</sup>

Za vsa ta dejanja Konvencija predvideva naklepna ravnanja, usmerjena v pridobitev kakršne koli nedovoljene koristi posameznika zato,

- 1) da bi se opravilo uradno dejanje ali da se to ne bi opravilo (velja za domače ali tuje javne uslužbence, člane domačih ali tujih skupščinskih teles, funkcionarje mednarodnih ali nadnacionalnih organizacij ali druge pogodbeno zaposlene po predpisih teh organizacij, člane parlamentarnih skupščin mednarodnih ali nadnacionalnih organizacij, katerih članica je pogodbenica, nosilce sodnih funkcij ali uslužbence katerega koli mednarodnega sodišča, katerega jurisdikcijo pogodbenica sprejema),
- 2) da bi se pri poslovni dejavnosti v zasebnem sektorju s kršitvijo obveznosti opravilo ali ne opravilo določeno dejanje in
- 3) da bi se neprimerno vplivalo na odločanje katere koli osebe, navedene v 2., 4. do 6. ter 9. do 11. členu Konvencije, kakor tudi terjanje, prejemanje ali sprejem ponudbe ali obljube takšnih koristi ob upoštevanju takšnega vpliva ne glede na

4 Zato se tudi Komisija za preprečevanje korupcije (ustanovljena na podlagi določb ZintPK) v svojih načelnih mnenjih ni opredeljevala do subjektivne odgovornosti posameznikov – uradnih ali odgovornih oseb, temveč le do vprašanja, ali določena ravnanja izpolnjujejo objektivne znake navedene opredelitve korupcije. Glej na primer B. Dobovšek, Jure Škrbec, Korupcija, grožnja slovenski (pravni) državi, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Ljubljana 2012, št. 1, str. 52.

5 Primerjaj podatke o policiji odstopljenih prijavah Komisije in obsodilnih sodbah v: M. Manzin, C. Bavec, S. Čurin: Odpornost na korupcijo – vzročno-posledični strukturni model, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Ljubljana 2012, št. 4, str. 282.

6 Zakon o ratifikaciji Kazenskopravne konvencije o korupciji (MKKK), Uradni list RS, št. 26/00 z dne 24. 3. 2000.

7 Glede usklajevanja naše kazenske zakonodaje z mednarodnimi dokumenti je pomembno omeniti vsaj še Konvencijo OECD o boju proti podkupovanju tujih javnih uslužbencev v mednarodnem poslovanju (zakon o ratifikaciji te konvencije je bil objavljen v Uradnem listu RS – MP, št. 1/01) in Okvirni sklep Sveta EU 2003/568/PNZ z dne 22. julija 2003 o boju proti korupciji v zasebnem sektorju (Uradni list EU L 192/54 z dne 31. 7. 2003).

to, ali je prišlo do vplivanja, in ne glede na to, ali je domnevni vpliv pripeljal do nameravanega rezultata.

Ne da bi se ukvarjali s predhodnimi spremembami Kazenskega zakonika glede opisa korupcijskih kaznivih dejanj, lahko ugotovimo, da so navedene določbe Konvencije v veljavnem Kazenskem zakoniku (v nadaljevanju: KZ-1)<sup>8</sup> ustrezno prenesene tako, da naj bi omogočale pričakovan in primeren kazenskopravni odziv na tovrstna ravnanja. KZ-1 določa ta kazniva dejanja v treh različnih poglavjih, in sicer:

- a) v poglavju kaznivih dejanj zoper gospodarstvo – nedovoljeno sprejemanje daril po 241. členu in nedovoljeno dajanje daril po 242. členu, kar ustreza določbam 7. in 8. člena Konvencije;
- b) v poglavju kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost, javna pooblastila in javna sredstva – jemanje podkupnine po 261. členu, dajanje podkupnine po 262. členu, kar ustreza določbam 2. do 6. člena in 9. do 11. člena Konvencije (pri čemer je treba to skladnost presojati z uporabo določb prvega odstavka 99. člena KZ-1, v katerem je opredeljen pojem uradne osebe), in sprejemanje koristi za nezakonito posredovanje po 263. členu ter dajanje daril za nezakonito posredovanje po 264. členu, s čimer je inkriminirano t. i. „trgovanje z vplivom“ (*trading in influence*), kot ga določa 12. člen Konvencije;
- c) v poglavju kaznivih dejanj zoper volilno pravico in volitve – kršitev proste odločitve volivcev po 151. členu (če je izvršena s podkupovanjem) in sprejemanje podkupnine pri volitvah po 157. členu kot dejanja, ki ustrezajo tistim, določenim v 4. in 10. členu Konvencije.

Za navedena kazniva dejanja (razen za kaznivi dejanji po 151. in 157. členu KZ-1, pri katerih je sicer pojmovno nemogoče, da bi kaznivo dejanje storila pravna oseba) je predpisana tudi kazenska odgovornost pravnih oseb na podlagi določb 9. in 11. točke 25. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD).<sup>9</sup> Tako je izpolnjena tudi zahteva iz prvega odstavka 18. člena Konvencije, in sicer da pogodbenica „sprejme takšne zakonske in druge ukrepe, kot so potrebni, da se pravne osebe štejejo za odgovorne za kazniva dejanja aktivnega podkupovanja, nezakonitega posredovanja (in pranja denarja), opredeljena v skladu s to konvencijo ...“, pa tudi iz drugega odstavka istega člena, da se „lahko pravna oseba šteje za odgovorno, kadar je pomanjkanje nadzora ali kontrole s strani fizične osebe, navedene v prvem odstavku, omogočilo, da je fizična oseba v korist pravne osebe storila kazniva dejanja, navedena v prvem odstavku“.

Konvencija se v 19. členu opredeljuje tudi glede sankcij, ki naj jih pogodbenice predpišejo za konvencijska kazniva dejanja, vendar le tako, da je treba zagotoviti učinkovite, sorazmerne in odvračilne sankcije tako za fizične kot tudi za pravne osebe. Konvencija kot take sankcije za fizične osebe izrecno vključi kazni odvzema prostosti; pri pravnih osebah pa predvideva alternativno možnost tudi „nekazenskih“ sankcij z izrecno navedbo denarnih sankcij. Če s tega vidika presojamo določbe

8 Uradni list RS, št. 55/08, 66/08 – popr., 39/09, 55/09 – odl. US in 91/11.

9 Uradni list RS, št. 59/99, 12/00 – popr., 50/04, 65/08 in 57/12.

o sankcijah pri korupcijskih kaznivih dejanjih v KZ-1, se zastavlja vprašanje ustreznosti predpisanih kazni, še posebej pri kaznivih dejanjih iz poglavja zoper volilno pravico in volitve. Glede na to, da je storitev teh kaznivih dejanj mogoča tudi v različnih zakonodajnih postopkih in da so v ozadju podkupovanj lahko izredno močni lobiji oziroma različne, gmotno dobro stoječe interesne skupine, kar se lahko kaže v prefinjenih oblikah podkupovanj, se predpisani kazni do enega leta zapore za kaznivi dejanji po prvih odstavkih 151. in 157. člena KZ-1 ne zdita taki, ki bi ju z gotovostjo lahko označili kot učinkoviti, sorazmerni, predvsem pa ne odvračilni. Ob tem se je treba zavedati, da je marsikdaj odločilno prav od vsebine sprejetih predpisov, kako bodo potekale določene nadaljnje dejavnosti na posameznih področjih družbenega življenja in s tem povezana možnost uresničitve različnih (posebnih) interesov omenjenih interesnih struktur.<sup>10</sup>

Po drugi strani pa je treba tudi upoštevati, da je od predpisanih sankcij odvisna stvarna pristojnost sodišč za obravnavanje kaznivih dejanj. Če gre za predpisane kazni zapore pod tremi leti, je podana pristojnost okrajnih sodišč, kar pomeni pristojnost za obravnavanje ne le omenjenih kaznivih dejanj iz poglavja zoper volilno pravico in volitve, temveč tudi kaznivih dejanj nedovoljenega sprejemanja daril po tretjem odstavku 241. člena, nedovoljenega dajanja daril po drugem odstavku 242. člena KZ-1, dajanja podkupnine po drugem odstavku 262. člena, sprejemanja koristi za nezakonito posredovanje po prvem in drugem odstavku 263. členu in dajanja daril za nezakonito posredovanje po prvem odstavku 264. členu KZ-1. Nekoliko nelogična se zato zdi zakonodajalčeva odločitev, da se v naštetih primerih kaznivih dejanj odloči za take razmeroma nizke predpisane kazni zapore, hkrati pa jih uvršča med kazniva dejanja, za katera je mogoče (razen za kazniva dejanja po 151. in 157. členu KZ-1) odrediti prikrita preiskovalne ukrepe (celo najbolj invazivne),<sup>11</sup> jih uvrsti med kazniva dejanja, za katera je pristojno Specializirano državno tožilstvo RS<sup>12</sup> in se zanje posledično določi pristojnost tudi specializiranih oddelkov okrožnih sodišč.<sup>13</sup> Vprašljivo je torej, ali so tako zastavljena procesna merila v sozvočju z navedenimi izhodiščnimi merili za predpisovanje kazenskih sankcij (posledično tudi v povezavi s predpisanimi skrajšanimi postopki pred okrajnimi sodišči, vključujoč na primer ožje priporne razloge in siceršnje krajše trajanje pripora pred vložitvijo obtožnega predloga).

### **3. NEKAJ STATISTIČNIH PODATKOV O PREGONU KORUPCIJSKIH KAZNIVIH DEJANJH V SLOVENIJI**

Slovenija je v letu 2013 v tretji fazi ocenjevanja izvajanja Konvencije OECD zoper podkupovanje tujih javnih uslužbencev v mednarodnih poslovnih transakcijah, ki jo izvaja posebna delovna skupina OECD. Slovenija je tako maja

10 Še posebej se zdi vprašljiva odsotnost posebnih inkriminacij kvalificiranih oblik korupcijskih kaznivih dejanj v odvisnosti od večje oziroma velike vrednosti premoženjskih koristi, ki bi se zasledovala oziroma pridobila s temi dejanji. Tak pristop je na primer v drugem odstavku § 304 in drugem odstavku § 306 avstrijskega Kazenskega zakonika.

11 Glej na primer 2. točko drugega odstavka 150. člena ZKP in drugi odstavek 151. člena ZKP.

12 Glej drugi odstavek 192. člena Zakona o državnem tožilstvu (ZDT-1), Uradni list RS, št. 58/11, 21/12 in 47/12.

13 Glej prvi odstavek 40. a člena Zakona o sodiščih (ZS), Uradni list RS, št. 19/94 z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami, nazadnje v št. 63/13.



2013 pripravila odgovore na obsežen vprašalnik, ki bo podlaga za ocenjevanje poleg obiska predstavnikov OECD v Sloveniji oktobra 2013, ko bodo opravljeni razgovori s predstavniki različnih državnih organov, pravosodja, gospodarstva in civilne družbe. V pripravah odgovorov na omenjeni vprašalnik je sodelovalo tudi Vrhovno sodišče RS ter zbralo posamezne podatke o pregonu korupcijskih kaznivih dejanj za obdobje od 2009 do 2013,<sup>14</sup> iz katerih je mogoče sklepati, da se v zadnjih letih povečuje število obravnavanih tovrstnih zadev ter da so med njimi tudi primeri težjih kaznivih dejanj, če izhajamo iz izrečenih, tudi nepogojnih kazenskih sankcij.

Tako je bilo v obdobju od 1. januarja 2009 do 31. decembra 2012 pred slovenskimi sodišči skupno uvedenih 34 preiskav (štiri v letu 2009, devet v letu 2010, deset v letu 2011 in enajst v letu 2012).<sup>15</sup> V istem obdobju je bilo izrečenih sedemindvajset sodb (pri čemer so bile upoštevane pravnomočne in nepravnomočne sodbe), od tega je bilo šestnajst obsodilnih in enajst oprostilnih (med te so zaradi narave vprašalnika vključene tudi zavrnilne sodbe oziroma ustavitve kazenskega postopka).

V primeru obsodilnih sodb so bile osmim obdolžencem izrečene kazni zapora, dvanajstim pogojne obsodbe in v štirinajstih primerih denarne kazni. Najnižja kazen zapora je bila izrečena v trajanju šest mesecev, najvišja pa v trajanju enega leta in sedmih mesecev. Pri pogojnih obsodbah je bila najdaljša preizkusna doba določena v trajanju treh let, največkrat pa je bila preizkusna doba določena v trajanju dveh let (v osmih primerih); najnižja določena kazen je bila v teh primerih pet mesecev zapora, najdaljša pa eno leto in sedem mesecev zapora. V primerih izrečenih denarnih kazni so bile te vedno izrečene kot stranske, in sicer v najnižjem znesku 250,00 EUR ter v najvišjem znesku 5.000,00 EUR. Pri vseh obsodilnih sodbah je šlo za primere iz skupine kaznivih dejanj zoper uradno dolžnost, javna pooblastila in javna sredstva, kar je morda zaradi značilnosti teh kaznivih dejanj tudi vzrok, da v nobenem obravnavanem primeru ni bil uveden kazenski pregon tudi zoper pravno osebo.

OECD je v omenjenem vprašalniku zanimalo tudi, kaj je bilo storjeno, da bi se znižal dokazni standard za odločitev o uvedbi preiskave.<sup>16</sup> Že vprašanje samo nakazuje, da je po mnenju ocenjevalcev OECD ta dokazni standard lahko previsok za to fazo postopka. Čeprav je bilo odgovorjeno, da se dokazni standard utemeljenega suma za uvedbo preiskave v Zakonu o kazenskem postopku (v nadaljevanju: ZKP)<sup>17</sup> v zadnjem obdobju ocenjevanja ni spremenil, pa tudi ne v zvezi s tem obstoječa sodna praksa, je smiselno opozoriti na nekatere sodbe Vrhovnega sodišča RS, v katerih je bila izrecno ugotovljena kršitev določb 167. člena ZKP z odločitvami sodišč prve stopnje o zavrnitvi zahtev za preiskavo (na primer sodba I Ips 44387/2011 z dne 15. 11. 2012, sodba I Ips 18223/2010 z dne 18. 9. 2012, sodba I Ips 10349/2009 z dne 14. 7. 2011). Iz obrazložitve teh sodb izhaja, da se je sodišče prve stopnje

14 Podatki iz odgovora na vprašalnik so še neobjavljeni. Podatki o vprašalniku so dostopni na spletni strani OECD: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/44685243.pdf>

15 Pri številu uvedenih preiskav se upošteva število zadev in ne število obdolžencev (to je zato ustrezno večje).

16 Vprašanje št. SQ 3.1. 4. vprašalnika OECD za tretjo fazo ocenjevanja Slovenije.

17 Uradni list RS, št. 32/07 – uradno prečiščeno besedilo (z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami, nazadnje v št. 47/13).

pri ocenjevanju utemeljenosti suma storitve kaznivih dejanj, očitanih v zahtevah za preiskavo, postavilo na stališče ocenjevanja stopnje utemeljenosti suma, ki je sicer ustrezno za njegovo ocenjevanje po vloženi obtožbi. Tako je bilo že v zadevi I Ips 10349/2009 poudarjeno, da je bil postavljen previsok dokazni standard pri ocenjevanju utemeljenosti suma in da „gre za pravni standard, za katerega zakon ne predpisuje meril, prav tako ne predpisuje dokaznih standardov. Zato jih s posameznimi odločitvami ustvarja ustavna in sodna praksa. Toda utemeljen sum lahko izvira le iz retrospektivno prognostičnega sklepanja, ki vselej temelji na danih dejstvih, iz katerih izhaja določena stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Takšna verjetnost pa se presoja z vidika sporočljivosti in preverljivosti posameznih dejstev. V fazi odločanja, ali naj se začne zoper določeno osebo preiskava, je seveda treba izhajati iz njenega namena, predpisanega v drugem odstavku 167. člena ZKP, in sicer, da se med njeno izvedbo zberejo dokazi in podatki, ki so potrebni za odločitev, ali naj se vloži obtožnica ali ustavi postopek. Slednje pomeni, da za presojo obstoja utemeljenega suma ni potrebno, da so v predkazenskem postopku zbrani vsi dokazi, pač pa ugotovljena tista dejstva in zbrani tisti dokazi, ki utemeljujejo sklepanje, da je določena oseba storila kaznivo dejanje. Pri presoji utemeljenega suma preiskovalni sodnik upošteva vsebino dokazov ter iz njih izhajajoča dejstva in na njihovi podlagi sklepa, ali je izkazana potrebna stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Ne more pa, kot utemeljeno navaja vrhovni državni tožilec v zahtevi, presojati verodostojnosti posameznih nasprotujočih si dokazov, ker je takšna ocena vselej pridržana glavni obravnavi, če v nadaljnjem postopku pride do njene izvedbe.“

Zavzeta stališča Vrhovnega sodišča je zato treba razumeti kot opredeljevanje dokaznega standarda utemeljenosti suma za uvedbo preiskave na ustrezno nižji ravni kot v primeru že vložene obtožnice, izhajajoč pri tem iz namena faze postopka, na kateri se ta utemeljenost presoja. To pa je še posebej pomembno za presojo v tistih primerih, ko je dokazljivost posameznih kaznivih dejanj, kot so na primer korupcijska, zahtevnejša in praviloma težja. Stopnje utemeljenosti suma namreč ni mogoče presojati s statičnega vidika, tako da bi bila v vseh obravnavanih primerih povsem enako opredeljiva, temveč se tudi v posamezni fazi kazenskega postopka lahko razteza na določenem razponu od manjše (še sprejemljive) do višje (ki se lahko že približuje stopnji, potrebni za naslednjo fazo kazenskega postopka). Zaradi tega je mogoče zaključiti, da upoštevanje navedenih stališč Vrhovnega sodišča tudi pri korupcijskih kaznivih dejanjih pomembno vpliva na oceno sprejemljive stopnje utemeljenosti suma za uvedbo preiskave tudi pri teh kaznivih dejanjih.

#### **4. IZ SODNE PRAKSE**

Že predstavljeni statistični podatki kažejo, da obravnavana korupcijska kazniva dejanja niso prav številna, zato je pričakovano tudi sodna praksa, ki bi bila povezana izključno s temi kaznivimi dejanji, razmeroma skromna. Nekatera stališča, ki jih je sodna praksa pri tem zavzela, pa so vsekakor pomembna za nadaljnjo usmeritev dela naših pravosodnih organov. V nadaljevanju so tako predstavljena stališča sodne prakse glede pojma uradne osebe in zakonskega znaka obljube kot enega mogočih načinov storitve pri teh kaznivih dejanjih.

## **Uradna oseba**

Pojem uradne osebe se kot zakonski znak pojavlja v prvi vrsti pri korupcijskih kaznivih dejanjih zoper uradno dolžnost, javna pooblastila in javna sredstva (261. in 262. člen KZ-1), kot kvalifikatorni znak pa tudi pri kaznivem dejanju kršitve proste odločitve volivcev po drugem odstavku 151. člena KZ-1. Ta zakonski znak je bil v pretekli sodni praksi deležen precejšnje pozornosti in je očitno tudi vplival na določnejšo opredelitev tega izraza v prvem odstavku 99. člena KZ-1.

Že Konvencija ima posebno določbo, v kateri se opredeljujejo posamezni izrazi, ki se uporabljajo v njenem besedilu, med njimi tudi izraz „javni uslužbenec“, za katerega je v 1. členu določeno, da se s tem izrazom razumejo „funkcionar“, „uradnik“, „župan“, „minister“ ali „sodnik“, kot so opredeljeni v notranjem pravu države, v kateri ta oseba opravlja določeno funkcijo, in kot se uporabljajo v njenem kazenskem pravu. Ti izrazi so torej za namene naše, slovenske kazenske zakonodaje določeneje razčlenjeni in opredeljeni v navedenem prvem odstavku 99. člena KZ-1, pri čemer so od sprejetja Kazenskega zakonika Republike Slovenije (v nadaljevanju: KZ)<sup>18</sup> te določbe doživele večkratne spremembe oziroma dopolnitve.

V obravnavanem okviru je smiselno opozoriti predvsem na spremembo opredelitve uradne osebe v 3. točki prvega odstavka 99. člena KZ-1 v primerjavi s prej veljavno,<sup>19</sup> saj zdaj veljavno besedilo to lastnost pripiše poleg osebi, ki pri državnem organu opravlja uradne naloge ali ima uradno funkcijo z vodstvenimi pooblastili in odgovornostmi, tudi osebi, ki enake naloge opravlja pri „organu samoupravne lokalne skupnosti ali pri drugi osebi javnega prava“. Pomanjkljivost prejšnje opredelitve uradne osebe se je namreč pokazala v tistih primerih, ko je šlo za osebe, ki so uradne naloge opravljale pri organih lokalne samouprave, za katere velja, da niso državni organi.<sup>20</sup> Te težave v sodni praksi so se poudarjale tudi v obrazložitvi Vlade RS glede predlaganih sprememb KZ-1.<sup>21</sup> Hkrati se je s tem utemeljevala uskladitev te določbe z besedilom 1. točke, ki kot uradno osebo opredeli ne le poslanca državnega zbora ali državnega sveta, pač pa tudi člana lokalnega ali pokrajinskega predstavniškega telesa. Ob prejšnji ubeseditvi 3. točke je bilo namreč še posebej vidno, da je kot uradna oseba na primer izpadel župan lokalne skupnosti, ki ni član omenjenih predstavniških teles, medtem ko so imeli občinski svetniki na podlagi 1. točke status uradne osebe.<sup>22</sup> V tovrstnih primerih, ko se pojem uradne osebe ni ujemal s tako, prejšnjo opredelitvijo uradne osebe, je bilo treba preverjati še, če je upoštevana opredelitev po 4. točki prvega odstavka istega člena, torej, ali je šlo za dejanje v okviru uradnih nalog, ki jih je ta oseba opravljala na podlagi pooblastil zakona oziroma na njegovi podlagi izdanih predpisov ali na podlagi zakona sklenjene pogodbe o arbitraži.<sup>23</sup>

18 Uradni list RS, št. 63/94 in 70/94 (popravek).

19 Primerjaj besedilo 3. točke prvega odstavka 99. člena KZ-1, Uradni list RS, št. 55/08 z dne 4. 6. 2008. Enako besedilo je imela določba 2. točke drugega odstavka 126. člena KZ-UPB1 (Uradni list RS, št. 95/04 z dne 27. 8. 2004, uradno prečiščeno besedilo).

20 S tem vprašanjem se je na primer ukvarjalo Višje sodišče v Mariboru v zadevi II Kp 850/2009 (sodba in sklep z dne 25. 3. 2010).

21 Glej Poročevalec Državnega zbora RS, EVA 2010-2011-0006, št. 00720-8/2011/6 z dne 2. 6. 2011, str. 109 in 110.

22 Opozoriti je treba na navedeno določbo Konvencije, ki župana izrecno navaja med osebami, ki jih zajema pojem javnega uslužbenca.

23 Bele je tako osebo označil kot „nepravo uradno osebo“. Glej I. Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 683.

Sodna praksa se je z vprašanjem opredelitve uradne osebe pri storitvi korupcijskega kaznivega dejanja srečala že med veljavnostjo KZ. V zadevi zahteve za varstvo zakonitosti (sodbi VS I Ips 97/2005 in I Ips 124/2005 z dne 9. 2. 2006) je bilo poudarjeno vprašanje, če je predsednik „ad hoc“ komisije, ustanovljene z aktom ministrice na Ministrstvu za gospodarske dejavnosti (v nadaljevanju: MGD), uradna oseba glede na to, da je ta kot kolegijski organ, torej kot celota, pripravil za ministrico le predlog za dodelitev nepovratnih sredstev za prestrukturiranje določeni gospodarski družbi in višino teh sredstev, odločitev pa je bila v pristojnosti ministrice. Vrhovno sodišče je v tej zadevi pri opredelitvi obsojenčevega statusa uradne osebe izhajalo iz določbe 2. točke drugega odstavka 126. člena KZ (veljavnega ob storitvi obsojencu očitane kaznivega dejanja) in ugotovilo, da je bil obsojenec kot državni sekretar, pristojen za industrijo na MGD, imenovan za predsednika navedene komisije prav zaradi te svoje uradne funkcije, ki jo je imel pri državnem organu – MGD. Ob tem je bilo poudarjeno, da je imel obsojenec poleg „uradnih pooblastil, da soodloča o vprašanih iz pristojnosti komisije“, še:

- pristojnost, da organizira in vodi delo te komisije,
- največji vpliv pri pripravi predloga za izbor,
- da predlagani izbor uveljavlja pred člani komisije in ga zagovarjal pri ministrici.

Po oceni sodišča okoliščina, da je komisija pripravila končni izbor vlog in predlog ministrici, nima nobenega vpliva na dejansko opredelitev uradne osebe, če so pri posameznem članu komisije podani pogoji iz določbe 2. točke drugega odstavka 126. člena KZ. To je izpolnjeno, če član takega začasnega telesa, kot je bila v tem primeru „ad hoc“ komisija, pri tem „opravlja uradne dolžnosti, s katerimi se uresničujejo pravice in pristojnosti državnega organa“. Pomembno pa je poudariti še izrecno stališče iz navedene sodbe, da so bili vsi člani omenjene komisije imenovani za opravljanje še te (dodatne) naloge prav zaradi funkcij in visokih položajev, ki so jih že zasedali na MGD, ter so že zaradi tega dejstva imeli lastnosti uradnih oseb („ne glede na to, kako je komisija svoje odločitve sprejemala“, kot je še izrecno poudarjeno v navedeni sodbi VS).<sup>24</sup>

Zaradi navedenih razlogov je Vrhovno sodišče zavrnilo tudi nadaljnje stališče zahteve za varstvo zakonitosti, po katerem bi bilo treba status obsojenca – predsednika komisije presojeti po določbah drugega odstavka 5. člena in 29. člena Zakona o splošnem upravnem postopku (v nadaljevanju: ZUP),<sup>25</sup> ki da kot določbe

24 Vrhovno sodišče je v sodbi še navedlo, da na lastnost uradne osebe članov komisije nima nobenega vpliva način sprejemanja odločitve v takem kolegijskem organu in vsak član (torej tudi predsednik) komisije odgovarja za svojo odločitev v mejah svojega naklepa skladno s prvim in tretjim odstavkom 29. člena KZ.

25 Drugi odstavek ZUP (Uradni list RS, št. 80/99 z nadaljnjimi spremembami in dopolnitvami) je določal: „Z uradno osebo je po tem zakonu mišljena oseba, ki je v skladu z zakonom pooblaščen za odločanje v upravni zadevi ali za opravljanje posameznih dejanj v upravnem postopku.“ 29. člen ZUP je določal: „(1) Pri kolegijskih organih izdaja odločbe v upravnih zadevah sam kolegijski organ, če ni z zakonom oziroma s predpisom sveta samoupravne lokalne skupnosti določeno, da izdaja odločbe v upravnem postopku predsednik kolegijskega organa. (2) Kadar je za odločanje v upravni zadevi pristojen kolegijski organ, vodi postopek do izdaje odločbe njegov član, ki ga določi sam organ. Uradna oseba kolegijskega organa mora izpolnjevati pogoje za vodenje postopka iz 31. člena tega zakona. V primeru, da take osebe v kolegijskem organu ni, vodi postopek do izdaje odločbe uradna oseba, ki izpolnjuje pogoje iz 31. člena tega zakona in jo kolegijski organ za to pooblasti. (3) V primeru iz prejšnjega odstavka predloži oseba, ki je vodila postopek, kolegijskemu organu, ki je pristojen za odločanje, pisno poročilo in predlog odločbe.“

specialnega zakona izključujejo uporabo 2. točke drugega odstavka 126. člena KZ. Sodišče je namreč ugotovilo, da si navedene določbe ZUP in KZ ne nasprotujejo, saj je šlo za upravno zadevo znotraj MGD in je komisija svoja dejanja opravljala na podlagi določbe prvega odstavka 1. člena ZUP; pri tem pa je treba upoštevati, da določbe 29. člena ZUP urejajo primere odločanja kolegijskega organa, kar pa za ta primer ne velja, saj je dokončno odločitev sprejela ministrica kot monokratični organ.<sup>26</sup>

Če je bil v predhodno predstavljenem primeru status uradne osebe utemeljevan s funkcijo obsojenca, ki jo je ta imel v državnem organu (MGD), in ga njegovo sodelovanje v komisiji, ki je delovala znotraj pristojnosti tega organa, ni moglo ekskulpirati, je v naslednjem primeru šlo za sodelovanje obsojenca v komisiji, kjer mu je prav delovanje v komisiji podelilo status uradne osebe. V sodbi I Ips 485/2008 z dne 28. 5. 2009 je Vrhovno sodišče obravnavalo primer, v katerem je bil obsojenec A spoznan za krivega kaznivega dejanja dajanja podkupnine po drugem odstavku 268. člena KZ drugemu obsojencu B, ki je bil predsednik invalidske komisije prve stopnje pri določeni območni enoti Zavoda za pokojninsko in invalidsko zavarovanje Slovenije (v nadaljevanju: ZPIZS). Na to mesto je bil obsojeni B imenovan z odločbo ZPIZS ter bil na tej podlagi pristojen za pregled in oceno zadostnosti dokumentacije zavarovancev, za določitev sestave senata komisije in za izdajo predhodnega mnenja o kategoriji invalidnosti; soodločal pa je zatem še kot član navedene komisije o zavarovančevi invalidnosti. V tem primeru sta že prvo- in drugostopenjsko sodišče zaključili (sodba Višjega sodišča v Kopru Kp 480/2005 z dne 18. 4. 2007), da je imel obsojeni B status uradne osebe zaradi opravljanja uradne dolžnosti, ki se je odrazila v odločanju celotne invalidske komisije o kategoriji invalidnosti posameznega zavarovanca. Ta pristojnost komisije je temeljila na 261. členu Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju (v nadaljevanju: ZPIZ-1),<sup>27</sup> na njegovi podlagi izdani odločbi ZPIZS in na določbah Pravilnika o organizaciji in načinu dela invalidskih komisij ter drugih izvedenskih organov ZPIZ Slovenije.<sup>28</sup> V tem primeru je torej imel obsojeni B status uradne osebe skladno z določbo 3. točke prvega odstavka 126. člena KZ, saj je bil za opravljanje uradnih dolžnosti pooblaščen na podlagi navedene določbe ZPIZ-1 in na njegovi podlagi izdanega podzakonskega predpisa – navedenega pravilnika.

V tem primeru je torej šlo za kolegijski organ, katerega odločanje temelji na subsidiarni uporabi ZUP (upoštevaje določbo 249. člena ZPIZ-1), zato je bila v tem primeru upoštevna določba tretjega odstavka 29. člena ZUP, ki je določala, da „oseba, ki vodi postopek, predloži kolegijskemu organu pisno poročilo in predlog odločbe“ – kar je bilo v obravnavanem primeru predlog mnenja oziroma predhodno mnenje o kategoriji invalidnosti posameznega zavarovanca, ki ga je predložil obsojeni B za odločanje komisiji in kot predsednik invalidske komisije tudi glasoval za v njem zavzeto stališče.

Ugotavljanje statusa uradne osebe na podlagi določbe 4. točke prvega odstavka 99. člena KZ-1 zahteva posebno skrbnost, saj pri tem ne zadošča le ugotavljanje zakonskega pooblastila (oziroma na podlagi zakona izdanega predpisa) za opravilo

26 Ministrica je na podlagi prvega odstavka 30. člena ZUP le imenovala komisijo za vodenje postopka, preden je izdala odločbo.

27 Uradni list RS, št. 106/99 in nastl.

28 Uradni list RS, št. 90/00.

določenega dejanja, temveč je treba presoјati, ali sama narava tega dejanja pomeni uradno nalogo. Čeprav ni šlo za primer korupcijskih kaznivih dejanj, je za sodno prakso v tem pogledu pomembno stališče, ki ga je v zvezi s tem vprašanjem zavzelo Vrhovno sodišče v sodbi I Ips 12957/2010 z dne 8. 3. 2012. V tem primeru se je presoјalo ravnanje obsojenke – ponareditev ali uničenje uradne listine, knjige, spisa ali arhivskega gradiva po prvem odstavku 259. člena KZ, ki naj bi ga storila kot uradna oseba – ocenjevalka pisnega dela poklicne mature, imenovana s sklepom Šolske maturitetne komisije na podlagi Pravilnika o poklicni maturi (Uradni list RS, št. 44/08). Vrhovno sodišče je ugotovilo, da naloga obsojenke ni bila „niti ugotavljanje splošnega uspeha kandidatke pri maturi, niti izdaja maturitetnega spričevala“ (kar bi bile sicer na podlagi ustreznih določb navedenega pravilnika uradne naloge), temveč je bila kot ena od dveh ocenjevalk pooblašena le „za oceno pisnega dela mature za posamezni predmet, in sicer na podlagi svojega strokovnega znanja ter navodil za ocenjevanje“. V tem pogledu pa je po stališču Vrhovnega sodišča šlo za „strokovno opravilo in ne za izvrševanje uradnih nalog oziroma akt oblastvene narave“.

### **Obljuba**

Kadar se pri korupcijskih kaznivih dejanjih nagrada, darilo oziroma druge premoženjske koristi materializirajo ali se celo zagotovi njihova dokazljivost v kazenskem postopku z njihovim zasegom, je obstoj kaznivega dejanja in storilca veliko lažje dokazovati kot pa, kadar bi šlo šele za dogovarjanje med ponudnikom in prejemnikom podkupnine (ne glede na njeno pričakovano obliko). Za take primere gre, ko so kot zakonski znaki korupcijskih kaznivih dejanj določena po vsebini pripravljala dejanja, opredeljena zlasti z besedami „obljubi, ponudi“ ali „zahteva ali sprejme ... obljubo ali ponudbo take koristi“. Namen takega zakonodajalčevega pristopa je očitno ta, da se korupcijska ravnanja zatреjo – tudi s kazenskopravno represijo – v čim zgodnejši fazi načrtovanja in ne šele takrat, ko bi bila storjena v obliki prejema oziroma izročitve podkupnine ali celo ob (ne)storitvi dejanja, zaradi katerega je bila dana. Zaradi teh razlogov je razumljivo, da pri tako inkriminiranih kaznivih dejanjih poskus pojmovno ni mogoč oziroma je že vključen v inkriminacijo, na primer s ponudbo (zahtevanjem) darila, nagrade oziroma druge koristi.<sup>29</sup>

Težavnost dokazovanja takih ravnanj ni le, da niso vedno vidna navzven, zaznavna (na primer z izrečeno besedo, ki se lahko celo posname, na primer v okviru odrejenih prikritih preiskovalnih ukrepov), temveč so lahko izražena le z določenimi konkludentnimi ravnanji, ki jih je treba v dokazne namene razlagati ter šele na ta način zaključevati o njihovem pomenu. Kot tako konkludentno ravnanje si je mogoče predstavljati celo molk mogočega prejemnika podkupnine, potem ko je do njega na določen način (lahko tudi s konkludentnimi ravnanji) prišla ponudba podkupnine. Glede na to, da gre v navedenih primerih za dokazno zelo spolzka tla (kar je sicer splošna značilnost inkriminiranih pripravljalnih dejanj), morajo biti zbrani dokazi vendar dovolj nedvoumni; poleg tega pa je pomembna tudi njihova konkretizacija pri opisu obdolžencu očitaneга tovrstnega ravnanja.

<sup>29</sup> Vrhovno sodišče RS je v zadevi I Ips 479/2006 navedlo, da je kaznivo dejanje jemanja podkupnine dokončano „že s terjanjem ... ali s sprejemom same oblјube darila. ... S tem, ko je sodišče njegovo ravnanje opredelilo kot poskus, je sicer kršilo določbe materialnega kazenskega zakona, vendar pa ne v škodo temveč v korist obsoјencu.“

Z vprašanjem ustreznosti opisa dejanja v izreku sodbe se je ukvarjalo Višje sodišče v Mariboru v sodbi in sklepu II Kp 850/2009 (obravnavano kaznivo dejanje nezakonitega posredovanja po 269. a členu KZ), ko je obravnavalo očitek pritožnika, da iz opisa dejanja ni razvidno, koliko naj bi obdolženi S. M. dejansko ponudil soobdolženemu I. R., niso navedena imena „uradnih oseb, pri katerih je obd. I. R. posredoval, na kakšen način je to storil in katero uradno dejanje bi naj bilo ... opravljeno“. Sodišče je v tem primeru zaključilo, da vse navedene opredelitve za konkretizacijo ponudbe nagrade niso potrebne, ker da „zadostuje že opredeljiva navedba, komu in zakaj je nagrada ponujena ter, kaj naj bi bilo opravljeno. Odveč je tudi vprašanje, ali je tisti, ki ga obljuba zadeva, dejansko posredoval in kakšna je njegova pravna narava. Smisel inkriminacije iz prvega odstavka 269.a člena KZ je namreč v preprečevanju koruptivnih ravnanj, še preden je uradno dejanje opravljeno oziroma bi moralo biti opravljeno in ne šele tedaj, ko so ta ravnanja dosegla hotene učinke.“

Z vprašanjem opisa sprejema obljube pri kaznivem dejanju jemanja podkupnine po drugem odstavku 267. člena KZ se je ukvarjalo tudi Vrhovno sodišče RS v sodbi I Ips 97/2005 in I Ips 124/2005. Zaključilo je, da zadošča za očitek obsojenemu dr. Š., da je terjal darilo in sprejel obljubo darila, navedba v opisu, da je „seznanil D. S.(-ja) ... z možnostjo pridobitve nepovratnih sredstev ... v kolikor je S. po prejemu teh sredstev pripravljen del izročiti kot uslugo ... in ko je S. preko D. v slednje privolil“, saj naj bi iz tega izhajalo, da je dr. Š. sprejel privolitev D. S., da mu bo izročil na ta način izraženo zahtevo za podkupnino.

## 5. SKLEP

Mogoče je zaključiti, da so korupcijska kazniva dejanja v KZ-1 ustrezno opredeljena in da so skladna tudi z mednarodnimi dokumenti, ki zavezujejo našo državo (če zanemarimo vprašanje ustreznosti predpisanih sankcij za nekatere izvršitvene oblike teh kaznivih dejanj). Niti v sodni praksi zaznane težave pri uporabi kazenske zakonodaje niso take, da bi same po sebi povzročale neučinkovitost v kazenskih postopkih oziroma terjale nujen poseg v kazensko zakonodajo. V nasprotju s splošno razširjenim mnenjem v javnosti o široki razpredenosti korupcije na vseh področjih družbenega življenja se na področju kazenskega pregona in sojenja to ne kaže. Razmeroma redki primeri obravnavanih korupcijskih kaznivih dejanj lahko po eni strani vzbujajo upanje, da je tovrstnih primerov tudi v resnici malo, po drugi strani pa lahko zastavljajo vprašanja o učinkovitosti in sposobnosti pristojnih državnih organov pri odkrivanju in pregonu teh dejanj. Posebna pozornost velja tudi tistim statističnim podatkom, ki na področju gospodarskih dejavnosti v zadnjih obdobjih ne zaznavajo korupcijskih kaznivih dejanj, kar pa gotovo ne more biti izraz realnega stanja.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Na to kažejo tudi vrednosti kazalnikov, ki vplivajo na odpornost proti korupciji, za obdobje od 2003 do 2010 po podatkih Svetovne banke (2011), po katerih smo v primerjavi z drugimi 34 evropskimi državami padli po vseh merilih (tudi po merilu pravne države in kakovosti zakonodaje). Glej opombo 3, str 287.





# TRANSFERNE CENE<sup>1</sup>

Danuška Bobek - Gospodarič<sup>2</sup>  
Vodja skupine za transferne cene  
Davčna uprava Republike Slovenije

## 1. UVOD

Za svet, v katerem živimo, je značilna globalizacija, ki jo lahko opredelimo kot sklop sprememb v gospodarstvu, politiki, kulturi in družbenih odnosih. S pojavom globalizacije je povezan tudi nastanek velikih mednarodnih podjetij,<sup>3</sup> katerih vloga se je v svetovni trgovini v sedemdesetih letih močno povečala, in sicer predvsem zaradi prenosa proizvodnje v države z nižjimi proizvodni stroški, z raznimi davčnimi spodbudami in cenejšo delovno silo, zaradi koncentracije storitvenih dejavnosti v teh podjetjih ter pojava globalnega 24-urnega poslovanja z blagom in finančnimi instrumenti, kar je mogoče predvsem zaradi sodobnih komunikacijskih možnosti.

S pojavom mednarodnih podjetij je povezan nastanek transference cen, po katerih se vrednotijo transakcije med povezanimi podjetji s sedežem v različnih državah, ki spadajo v isto mednarodno skupino podjetji. Transferne cene nastajajo le v poslovnih transakcijah med povezanimi osebami.

Med pomembnimi dejavniki, zaradi katerih se povečuje pozornost, namenjena transference cenam, je treba predvsem omeniti, da se vloga mednarodnih podjetij v svetovni trgovini še povečuje, da je eden glavnih ciljev teh podjetij čim večji dobiček in da imajo ta podjetja možnost zmanjšanja plačila davka od dobička tako, da svoje proizvode ali storitve prodajajo po transference cenah, ki omogočajo izkazati višji dobiček v državah z nizko davčno stopnjo ter nižji dobiček v državah z visoko davčno stopnjo.

Na problem transference cen je prva opozorila ameriška davčna uprava (Internal Revenue Service, v nadaljevanju IRS), ko je v sedemdesetih letih prvič inšpicirala transakcije s povezanimi osebami davčnih zavezancev – multinacionalk s sedežem v ZDA. Njene ugotovitve so bile nezadovoljive. Večina podjetij se ni načrtno ukvarjala z oblikovanjem transference cen in ni imela pripravljene dokumentacije o načinu oblikovanja teh cen. V podjetjih, ki so strategijo imela, pa je bil cilj te politike predvsem prenos dobička v države z ugodnejšim davčnim okoljem. Zaradi navedenih ugotovitev je bila nemudoma sprejeta zakonodaja s področja transference cen

- 1 Naslovna tema je bila obravnavana na delavnici, ki je bila 16. septembra 2013 na Upravnem sodišču RS v Ljubljani.
- 2 Danuška Bobek - Gospodarič, univ. dipl. ekon., je vodja skupine za transferne cene pri Davčni upravi Republike Slovenije. Stališča, izražena v prispevku, so avtoričina osebna stališča in niso nujno enaka stališčem institucije, v kateri je zaposlena.
- 3 Pojem mednarodno podjetje oziroma multinacionalka v tem kontekstu ne zajema zgolj korporacijske gigante, kot so Coca cola, Pepsi Cola, Shell, Mutsubishi, IBM idr., temveč tudi skupino povezanih družb s poslovnimi enotami v dveh ali več državah.

cen, ki se je z leti nenehno spreminjala, predvsem zaostrovala, poseben poudarek pa je bil na zahtevi po obsežni dokumentaciji o načinu oblikovanja transference cen, ki jo je moralo zagotoviti vsako mednarodno podjetje.

## 2. MEDNARODNE KONVENCIJE IN SLOVENSKA DAVČNA ZAKONODAJA S PODROČJA TRANSFERNIH CEN

Razvoj zakonodaje s področja transference cen v Evropi je sledil razvoju te zakonodaje v ZDA. Organizacija za gospodarske odnose in razvoj (v nadaljevanju OECD) s sedežem v Parizu je za oblikovanje transference cen že leta 1979 izdelala vodila za določanje transference cen za mednarodna podjetja in davčne uprave. Leta 1995 pa je OECD izdal izpopolnjena vodila v obliki Smernic OECD za določanje transference cen za mednarodna podjetja in davčne uprave (v nadaljevanju smernice OECD).<sup>4</sup>

Kaj pravzaprav so smernice OECD? Tako države članice, in tudi nečlanice OECD, sklepajo dvostranske pogodbe o izogibanju dvojnemu obdavčevanju na podlagi Vzornega sporazuma OECD. V Sloveniji se trenutno uporablja 50 mednarodnih pogodb o izogibanju dvojnemu obdavčevanju dohodka in premoženja, pogodbi z Armenijo in Kuvajtom se bosta začeli uporabljati s 1. 1. 2014, ratificirana pa je še pogodba z Egiptom. Mednarodne pogodbe vsebujejo glavne mehanizme za reševanje težav, do katerih prihaja pri uporabi mednarodnih davčnih načel za mednarodna podjetja, in v 9. členu, ki se nanaša na obdavčevanje dobičkov povezanih podjetij, je naveden temeljni standard za določanje transference cen, tj. neodvisno tržno načelo, ki pravi:

*»Kadar se med dvema povezanima podjetjema v komercialnih ali finančnih razmerjih vzpostavijo pogoji, drugačni od tistih, ki bi se vzpostavili med neodvisnimi podjetji, se lahko kakršen koli dobiček, ki bi prirasel enemu od podjetij, če takih pogojev ne bi bilo, vendar prav zaradi takih pogojev ni prirastel, vključi v dobiček tega podjetja in ustrezno obdavči.«*

V prizadevanjih, da bi se dobički prilagajali pogojem, ki bi bili doseženi med neodvisnimi podjetji v primerljivih transakcijah in primerljivih okoliščinah, obravnava neodvisno tržno načelo člane mednarodne skupine podjetij kot ločene pravne osebe in ne kot neločljive sestavne dele enega samega celovitega podjetja.

Države članice OECD in druge države so sprejele neodvisno tržno načelo iz več razlogov. Eden od pomembnejših je, da neodvisno tržno načelo zagotavlja enako davčno obravnavanje za mednarodna in neodvisna podjetja ter zato preprečuje ustvarjanje boljšega ali slabšega davčnega položaja, ki bi sicer popačil sorazmerno konkurenčnost pravnih oseb ene ali druge vrste. Davčni preudarki tako ne vplivajo več na gospodarske odločitve in zato neodvisno tržno načelo pospešuje mednarodno trgovino in naložbe.

4 Smernice OECD lahko najdete na: <[http://www.mf.gov.si/si/delovna\\_podrocja/davki\\_in\\_carine/transferne\\_cene/](http://www.mf.gov.si/si/delovna_podrocja/davki_in_carine/transferne_cene/)>

Uporaba neodvisnega tržnega načela je natančneje opredeljena v smernicah OECD, ki naj bi davčnim upravam in mednarodnim podjetjem nakazale poti do obojestransko zadovoljivih rešitev pri določanju transfernih cen ter s tem čim bolj zmanjšale spore tako med samimi davčnimi upravami kot tudi med davčnimi upravami in mednarodnimi podjetji ter preprečile drage pravne postopke. Smernice OECD so torej razlaga in vodilo za uporabo neodvisnega tržnega načela.

Neodvisno tržno načelo pa je vsebovano tudi v 9. členu Vzorčnega sporazuma Združenih narodov. Združeni narodi so leta 2001 izdali pomemben dokument Transfer Pricing, History, State of the Art, Perspectives, s katerim so priznali prizadevanja OECD na področju transfernih cen, maja letos pa so izdali Priročnik za transferne cene za države v razvoju,<sup>5</sup> ki naj bi davčnim upravam v nerazvitih državah pomagal, da si z vzpostavitvijo nadzora nad transfernimi cenami zagotovijo svoj delež davkov, ki jim pripada, in preprečijo prenos dobičkov iz svojih držav.

Neodvisno tržno načelo v slovenski zakonodaji uveljavlja 16. člen Zakona o davku od dohodkov pravnih oseb (Uradni list RS, št. 117/06, 90/07 – Obvestilo, 56/08 – ZDDPO-2A, 76/08 – ZDDPO-2B, 92/08 – Obvestilo, 05/09 – ZDDPO-2C, 96/09 – ZDDPO-2D, 110/09 – ZDavP-2B, 43/10 – ZDDPO-2E in 59/11 – ZDDPO-2F; v nadaljevanju ZDDPO-2), sam način izvajanja pa določa Pravilnik o transfernih cenah (Uradni list RS, št. 141/06 in 4/12; v nadaljevanju PTC), v katerem so ustrezno oblikovana pravna pravila, ki po vsebini izvirajo iz smernic OECD.

16. člen ZDDPO-2 določa, da se za povezane osebe štejeta zavezanec rezident ali nerezident in tuja pravna oseba ali tuja oseba brez pravne osebnosti, ki ni zavezanec (v nadaljnjem besedilu: tuja oseba), če:

- imajo zavezanec (torej rezident ali nerezident) v tuji osebi ali obratno ali iste osebe ali iste fizične osebe ali njihovi družinski člani neposredno ali posredno v lasti najmanj 25 % vrednosti ali števila delnic ali deležev v kapitalu, upravljanju ali nadzoru oziroma glasovalnih pravic v tuji osebi ali
- obvladujejo tujo osebo na podlagi pogodbe ali
- se pogoji transakcije razlikujejo od pogojev, ki so ali bi bili v enakih ali primerljivih okoliščinah doseženi med nepovezanimi osebami.

Iz navedenega izhaja, da se za povezane osebe štejejo tudi rezidenti in njihove poslovne enote, in to ne glede na to, ali delujejo na območju Republike Slovenije ali v tujini, pa tudi npr. dve poslovni enoti, ki opravljata dejavnost (v skladu z njihovo opredelitvijo v 6. členu ZDDPO-2) na območju Republike Slovenije, če sta povezani po že opisanih pogojih neposredne ali posredne kapitalske ali druge povezanosti.

V zvezi s slovensko zakonodajo s področja transfernih cen je treba omeniti še 18. člen ZDDPO-2, ki v povezavi s 382. členom Zakona o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 117/06, 24/08 – ZDDKIS, 125/08, 85/09, 110/2009, 1/10 – popr., 43/10, 97/10, 24/12 – ZDDPO-2G, 24/12 – ZDoh-2I, 32/12 in 94/12; v nadaljevanju ZDavP-2) določa obveznost zavezanca, da pripravi dokumentacijo o transfernih cenah, 19. člen ZDDPO-2 v zvezi z obrestmi med povezanimi osebami, 32. člen

5 United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries lahko najdete na: [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Manual\\_TransferPricing.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf)

ZDDPO-2, ki omejuje davčno priznane obresti od posojil, prejetih od delničarja ali družbenika (t. i. tanka kapitalizacija), ter 74. člen ZDDPO-2, ki v povezavi s 70. členom ZDDPO-2 obravnava prikrito izplačilo dobička in obračun davčnega odtegljaja.

### **3. VPLIV TRANSFERNIH CEN NA VIŠINO OBRAČUNANEGA DAVKA OD DOHODKOV PRAVNIH OSEB**

Znotraj mednarodne skupine podjetij potekajo različne transakcije (proizvodno podjetje prodaja izdelke povezanim distribucijskim podjetjem v drugih državah, matično podjetje opravlja storitve za svoje odvisne družbe po celem svetu, raziskave in razvoj za celotno skupino podjetij opravlja le eno podjetje v skupini itd.). Izbira transferne cene v teh povezanih transakcijah vpliva na višino dobička, ki ga bodo izkazala posamezna podjetja v skupini.

Tržne cene se določajo v procesu srečevanja ponudbe in povpraševanja na trgu. Ko nepovezane osebe primerjajo med seboj vse razpoložljive transakcije, se odločijo za tisto, ki je zanje najbolj ugodna. Problematika transfernih cen je z davčnega vidika pomembna torej predvsem zato, ker se povezana podjetja utegnejo vključiti v posle, za katere se nepovezana podjetja ne bi nikoli odločila, in da dosegajo svoje cilje z oblikovanjem transfernih cen v zneskih, ki so lahko bistveno drugačni od cen, ki jih pri trgovanju dosegajo neodvisna podjetja.

#### **Zgled 1: Vpliv transfernih cen na obračun davka od dohodkov pravnih oseb**

*Družba A s sedežem v Sloveniji se ukvarja z distribucijo računalniške opreme in svetovanjem na področju uvajanja nove programske opreme. V letu 2012 je družba A SLO ustanovila družbo B v državi z davčno ugodnejšim okoljem. Glavna dejavnost družbe B je opravljanje storitev svetovanja na področju uvajanja nove programske opreme.*

*Družba A SLO je dala družbi B v najem računalniško opremo, in sicer za mesečno najemnino 2.000,00 EUR, čeprav družba A SLO drugim nepovezanim družbam za enako računalniško opremo pod enakimi pogoji zaračuna najemnino v višini 10.000,00 EUR na mesec.*

*Kot izhaja iz primera, je družba A SLO povezani družbi B zaračunala nekajkrat manjši znesek najemnine, kot ga pod tržnimi pogoji zaračunava nepovezanim osebam. Glede na to, da je cilj vsake gospodarske družbe ustvariti čim večji dobiček, je običajno pričakovati, da se bodo gospodarske družbe odločile za tisti posel, ki bo zanje najugodnejši. Kje je torej vzrok, da družba A SLO svoji povezani družbi B ni zaračunala višje najemnine, torej take, kot jo zaračunava nepovezanim osebam na podlagi razmer, ki veljajo na trgu ter so posledica ponudbe in povpraševanja?*

*Odgovor na zastavljeno vprašanje je, da je najverjetnejši vzrok za tako ravnanje družbe A SLO v povezanosti in doseganju cilja, da se na ravni skupine (v tem primeru sestavljata skupino družba A SLO in družba B) ustvari čim večji dobiček in plača čim manj davka.*

<b>Obračun davka od dohodkov pravnih oseb družbe A SLO</b>			
<b>Primer: Transferna cena je nižja, kot so tržne cene med nepovezanimi osebami</b>		<b>Primer: Transferna cena je enaka, kot so tržne cene med nepovezanimi osebami</b>	
<b>PRIHODKI</b> V prihodkih so upoštevani tudi prihodki od dajanja v najem računalniške opreme povezani družbi B v višini 24.000,00 EUR (12 x 2.000,00 EUR).	<b>3.024.000,00</b>	<b>PRIHODKI</b> V prihodkih so upoštevani tudi prihodki od dajanja v najem računalniške opreme povezani družbi B v višini 120.000,00 EUR (12 x 10.000,00 EUR).	<b>3.120.000,00</b>
<b>– ODHODKI</b>	<b>2.800.000,00</b>	<b>– ODHODKI</b>	<b>2.800.000,00</b>
<b>DAVČNA OSNOVA</b>	<b>224.000,00</b>	<b>DAVČNA OSNOVA</b>	<b>320.000,00</b>
<b>DAVEK</b> (224.000,00 x 20 %)	<b>44.800,00</b>	<b>DAVEK</b> (320.000,00 x 20 %)	<b>64.000,00</b>

Iz primera torej vidimo, da če transferne cene niso določene v skladu z neodvisnim tržnim načelom, so lahko izkazani dobički in s tem prihodki v proračun nižji, kot bi jih v državi, v kateri ima družba A SLO sedež, lahko pričakovali.

#### **4. METODE ZA DOLOČANJE TRANSFERNIH CEN**

Za določitev transfernih cen smernice OECD, pa tudi naša zakonodaja predpisujejo uporabo petih metod, ki so razporejene v dve skupini. Prvo skupino sestavljajo standardne transakcijske metode, kamor spadajo metoda primerljivih prostih cen, metoda preprodajnih cen in metoda dodatka na stroške, drugo skupino pa metodi transakcijskega dobička, in sicer sta to metoda stopnje čistega dobička in metoda porazdelitve dobička.

Metoda za določanje transfernih cen mora biti izbrana glede na dejstva in okoliščine posameznega primera, pri izbiri metode mora zavezanec upoštevati prednosti in slabosti posamezne metode, primernost metode glede na naravo nadzorovanih transakcij, zanesljivost razpoložljivih podatkov, potrebnih za uporabo posamezne metode, ter stopnjo primerljivosti med povezanimi in nepovezanimi transakcijami, vključno z zanesljivostjo opravljenih prilagoditev, ki so potrebne za odpravo razlik med transakcijami.

Če lahko z enako zanesljivostjo uporabimo metodo primerljivih prostih cen oziroma katero koli drugo metodo, je treba prednostno uporabiti metodo primerljivih prostih cen, ker gre pri tej metodi za najneposrednejše ugotavljanje, ali so pogoji v komercialnih in finančnih transakcijah v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Metoda je najzanesljivejša, kadar imamo na razpolago notranje primerjave, njena

največja slabost pa je, da so te primerjave na razpolago zelo redko. Ker razlike v blagu (ali storitvah) bistveno vplivajo na njegovo ceno, je pri metodi primerljivih prostih cen uporaba zunanjih primerjav zelo nezanesljiva. Če torej nimamo na razpolago notranjih primerjav, lahko metodo primerljivih prostih cen zanesljivo uporabimo le, kadar imamo opraviti z blagom, s katerim se trguje na borzah (če primerjamo povezano transakcijo s primerljivimi nepovezanimi transakcijami v primerljivih okoliščinah), in z običajnimi finančnimi storitvami (na primer s posojanjem finančnih sredstev).

Ker daje določba drugega odstavka 1. a člena PTC prednost uporabi notranjih primerjav, je treba v postopku analize primerljivosti proučiti, ali so notranje primerjave na razpolago, in če te primerjave izpolnjujejo vse zahteve primerljivosti, uporaba zunanjih primerjav (npr. podatkov iz podatkovnih zbirk) ni potrebna.

Včasih je uporaba metod transakcijskega dobička (metode stopnje čistega dobička in metode porazdelitve dobička) primernejša, in sicer predvsem kadar vsaka od strank prispeva pomembno dodano vrednost v povezani transakciji. V takih primerih je primernejša uporaba metode porazdelitve dobička. Uporaba metod transakcijskega dobička je primernejša tudi, če nimamo na voljo notranjih primerjav.

## **5. PRIZNAVANJE DEJANSKO OPRAVLJENIH TRANSAKCIJ IN UVELJAVLJANJE UGODNOSTI IZ MEDNARODNIH POGODB**

Mednarodne pogodbe zagotavljajo zavezancem nekatere ugodnosti. Pri transfernih cenah je treba predvsem poudariti postopek skupnega dogovora, s katerim se odpravi dvojna obdavčitev, ki nastane v postopku davčnega inšpekcijskega nadzora nad transfernimi cenami, ko davčni organ v državi A poveča davčno osnovo zaradi prilagoditve transfernih cen. Če se v državi B, s katero so potekale transakcije, ki so predmet prilagoditve, ne izvede prilagoditev davčne osnove, pride do dvojne obdavčitve, ki pa se lahko odpravi s postopkom skupnega dogovora med pristojnimi organi posameznih držav.

Z vidika uporabe ugodnosti, ki jih mednarodne pogodbe zagotavljajo zavezancem za davek, je pomembno, da države niso dolžne zagotavljati teh ugodnosti pri transakcijah ali dogovorih, ki so sklenjeni z namenom zlorabe določb teh pogodb.

Z vse večjo globalizacijo se povečuje mednarodna menjava, povečuje pa se tudi uporaba raznih shem poslovanja, katerih edini namen sta zmanjšanje davčnih obveznosti in prenos dobička v države z ugodnejšim davčnim okoljem. Mobilnost ljudi, blaga, kapitala, uporaba spleta, razne finančne inovacije, konkurenčno okolje, ki sili podjetja, da povečujejo dobičke, ter vse agresivnejše davčno svetovanje nekaterih davčnosvetovalnih družb so dejavniki, ki povečujejo pomen mednarodnega davčnega načrtovanja, davčnega izogibanja in davčnih utaj.

Ključna za analizo določanja transfernih cen je opredelitev, ali imajo transakcije ekonomsko vsebino in ali je njihov edini namen izogibanje davčnim obveznostim. Smernice OECD od točke 1.64 do točke 1.69 obravnavajo ustreznost dejanskih transakcij, točka 1.65 pa pravi, da je v dveh posebnih okoliščinah izjemoma lahko primerno in zakonito, da davčna uprava ne upošteva oblike transakcije, kakršno je sprejel zavezanec za davek, ko je sklepal povezano transakcijo. Prva taka okoliščina

je, da se ekonomska vsebina transakcije razlikuje od njene oblike. Take transakcije niso posledica določanja običajnih komercialnih pogojev in jih je zavezanec za davek verjetno oblikoval zato, da bi se izognil plačilu davka. V takem primeru se davčni organ lahko odloči, da ne bo upošteval strankine opredelitve transakcije, in jo na novo opredeli v skladu z njeno vsebino. Druga taka okoliščina pa nastane, ko sta oblika in vsebina transakcije sicer skladni, dogovori v zvezi s transakcijo pa se, gledano v celoti, razlikujejo od dogovorov med neodvisnimi podjetji, ki bi ravnala komercialno razumno, in dejanska sestava transakcije praktično onemogoča, da bi davčni organ določil primerno transferno ceno. V takih primerih je lahko legitimno in ustrezno, da davčni organ za namene določanja transfernih cen ne prizna transakcije, ki jo je predstavil zavezanec.

Smernice OECD v točki 1.2 opozarjajo, da je treba ločiti med obravnavanjem transfernih cen in obravnavanjem težav zaradi davčnega izogibanja ali davčnih utaj, čeprav je politiko določanja transfernih cen mogoče uporabiti tudi za take namene, saj lahko povezana podjetja sklepajo dogovore posebne vrste, ki jih le redko ali pa sploh nikoli ne najdemo med nepovezanimi strankami. Poleg tega se pogodbe, ki so sklenjene med povezanimi osebami, zelo lahko spremenijo, začasno prekinejo, podaljšajo ali odpovedo v skladu s splošnimi strategijami mednarodnega podjetja, take spremembe pa so mogoče celo z veljavnostjo za nazaj. Davčni organi morajo zato z uporabo neodvisnega tržnega načela ugotoviti, kakšna je dejanska (predvsem ekonomska) podlaga za tak pogodbeni dogovor.

Ekonomska vsebina transakcije ali dogovora se določi s proučevanjem vseh dejstev in okoliščin, kot so ekonomski in komercialni okvir transakcije ali dogovora, cilj in učinek transakcije s praktičnega in poslovnega vidika ter ravnanje strank, vključno z opravljenimi funkcijami, vloženimi sredstvi in prevzetimi tveganji.<sup>6</sup> Preden davčni organ sprejme sklep, da ne prizna opredelitve transakcije (ali dogovora), kot so jo pripravile stranke, mora podrobno proučiti vsa dejstva in upoštevati vse okoliščine, predvsem pa mora ugotoviti:

- da se ekonomska vsebina transakcije ali dogovora razlikuje od oblike transakcije ali dogovora,
- da neodvisna podjetja v primerljivih okoliščinah ne bi sklenila dogovora, kot so ga povezana podjetja, in
- da se za to transakcijo ali ta dogovor po neodvisnem tržnem načelu ne da zanesljivo ugotoviti, kako se cene oblikujejo.

Opredelitve tega, kdaj govorimo o davčnem načrtovanju, davčnem izogibanju, kdaj pa o davčni utaji, so različne glede na zakonodajo posamezne države. Glede na opredelitev, ki izhaja iz Poročila OECD o mednarodnem davčnem izogibanju in utajah,<sup>7</sup> davčno načrtovanje navadno razumemo kot sprejemljivo delovanje, ki zmanjšuje davčne obveznosti, vendar tako, da je to v skladu z določbami zakona in njegovim namenom. Nesporna je tudi gospodarska vsebina transakcije.

O davčnem izogibanju govorimo takrat, ko zavezanec za davek zmanjšuje svoje davčne obveznosti s pravnimi sredstvi, deluje torej v okviru zakona, vendar v nasprotju z njegovim namenom, transakcije nimajo gospodarske vsebine (navideznost poslov). Edini motiv teh transakcij je davčni prihranek. Zavezanec

<sup>6</sup> Smernice OECD, tč. 9.170.

<sup>7</sup> OECD Report "International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies", Pariz, 1987.

torej izkorišča luknje v zakonu oziroma uporablja pravne predpise za namene, za katere niso bili predvideni. V primeru torej, ko davčni zavezanec posluje s povezano družbo, ki jo je ustanovil v davčno ugodnejšem okolju, in kadar ta družba res deluje – dejansko opravlja določene funkcije, ima zaposlene delavce itd., potem lahko govorimo o davčnem načrtovanju. Če pa je ta družba samo ustanovljena v drugi državi, nima pa zaposlenih delavcev, ne opravlja nobene ekonomske dejavnosti in je njen edini namen davčni prihranek, potem lahko govorimo o davčnem izogibanju. V slovenski zakonodaji obravnava navidezne posle 74. člen ZDavP-2, ki določa, da navidezni pravni posli ne vplivajo na obdavčenje. Kadar navidezni pravni posel prikriva drug pravni posel, je za obdavčenje odločilen prikrit pravni posel. Na podlagi določil četrtega odstavka 74. člena ZDavP-2 se z izogibanjem ali zlorabo drugih predpisov ni mogoče izogniti uporabi predpisov o obdavčenju. Če se ugotovi tako izogibanje ali zloraba, se šteje, da je nastala davčna obveznost, kakršna bi nastala ob upoštevanju razmerij, nastalih na podlagi gospodarskih (ekonomskih) dogodkov.

Poročilo OECD o mednarodnem davčnem izogibanju in utaji opredeljuje davčno utajo kot dejanja zavezanca za davek, ki kršijo zakon in so bila storjena z namenom izogniti se plačilu davka, ko imamo opravka z nezakonitostjo (kazenska ovadba) in kadar obstaja nesporni namen, da je zavezanec zavestno plačal manj davka, kot bi ga moral.

Znan je primer, ko je IRS od neke švicarske banke pridobila podatke o lastnikih računov, ki so bili državljani ZDA. Lastnikom računov je grozila zaporna kazen, vendar ne zato, ker so imeli odprte račune v Švici, temveč zato, ker so v davčni napovedi, ki so jo oddali IRS, v razpredelku, kjer bi morali navesti račune v tujini, zapisali, da računov v tujini nimajo. Torej so se zlagali.

<b>Davčno načrtovanje</b>	<b>Davčno izogibanje</b>	<b>Davčna utaja</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• sprejemljivo delovanje, ki zmanjšuje davčne obveznosti</li> <li>• delovanje v okviru zakona in v skladu z njegovim namenom</li> <li>• nesporna je ekonomska vsebina transakcije</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• zmanjšanje davčnih obveznosti s pravnimi sredstvi</li> <li>• delovanje v okviru zakona, vendar v nasprotju z njegovim namenom</li> <li>• pomanjkanje ekonomske vsebine transakcije</li> <li>• vsebina transakcije se razlikuje od njene formalne oblike</li> <li>• davčni prihranek je edini motiv transakcije</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nezakonitost</li> <li>• namen</li> <li>• prikrivanje oziroma napačno poročanje o dejstvih, pomembnih za obdavčenje (lažna izjava)</li> <li>• kaznivo dejanje</li> <li>• posledice: denarna kazen ali zapor</li> </ul>

Države za boj proti davčnemu izogibanju in davčnim utajam uporabljajo domače predpise o preprečevanju zlorab. Med tovrstne predpise v Sloveniji štejemo splošna določila ZDDPO-2 o nepriznavanju odhodkov, 6. točko prvega odstavka 70. člena ZDDPO-2, ki določa, da je treba davčni odtegljaj obračunati po stopnji 15 % od



plačil za storitve svetovanja, trženja, raziskav tržišča, kadrovanja, administriranja, informacijske storitve in pravne storitve, če so plačila opravljena osebam, ki imajo sedež ali kraj dejanskega delovanja posloводства v državah, razen držav članic EU, v katerih je splošna oziroma povprečna nominalna stopnja obdavčitve dobička nižja od 12,5 % in je država objavljena na seznamu v skladu z 8. členom ZDDPO-2, določila ZDDPO-2 glede poslovne enote nerezidenta, dejanskega delovanja posloводства v Sloveniji, že omenjeni 74. člen ZDavP-2 v zvezi z navideznimi pravnimi posli, 68. člen ZDavP-2, ki določa pogoje, kdaj lahko davčni organ ugotovi predmet obdavčitve s cenitvijo, ter določbe kazenskega zakonika v zvezi z davčnimi utajami itd.

Glede na povedano je torej treba poudariti, da so za presojanje o tem, ali gre pri ravnanju zavezanca za neprimerno uporabo mednarodnih pogodb, bistvena dejstva in okoliščine posameznega primera, ki jih je treba natančno proučiti. Ključno v davčnem inšpekcijskem nadzoru mednarodnih transakcij med povezanimi osebami je, da inšpektor na podlagi dejstev in okoliščin primera ugotovi, ali imajo transakcije ekonomsko vsebino, ali je edini namen teh transakcij izogibanje davčnim obveznostim, ali pa lahko dejanja zavezanca opredelimo celo kot davčno utajo. Razprava o razmerju med domačimi predpisi o preprečevanju zlorab na davčnem področju in mednarodnimi pogodbami je v komentarju k 1. členu Vzorčne konvencije OECD (zlasti odstavki 9.5, 22 in 22.1 komentarja), saj se glede presojanja, ali je zavezanec za davek upravičen do ugodnosti, ki izhajajo iz mednarodnih pogodb, uporablja razlaga iz omenjene Vzorčne konvencije, ne pa opredelitve, ki izhajajo iz domače zakonodaje.




## **Zgled 2: Davčno načrtovanje, davčno izogibanje, davčne utaje<sup>8</sup>**

*Država sprejme zakon, na podlagi katerega bodo hiše obdavčene glede na število oken. V prvem primeru zavezanec zazida okna v zgornjem nadstropju. Kakšno je dejansko stanje? V hiši je manj oken in manj svetlobe, zavezanec plača manj davka. Verjetno stališče davčne inšpekcije v takem primeru bo, da ni argumentov za obdavčenje. Tako davčno načrtovanje se načeloma sprejme.*

*V naslednjem primeru zavezanec steklena okna zamenja s plastičnimi in prozornimi. Kakšno je dejansko stanje? V hiši je enako svetlo, zavezanec pa plača manj davka. Verjetno stališče davčne inšpekcije v tem primeru bo, da ravnanje zavezanca ni v skladu z namenom zakona, vendar pa ne gre za davčno utajo, ker so v zakonu navedena steklena okna, torej ima zavezanec določeno pozicijo, ki jo lahko zagovarja.*

*V tretjem primeru zavezanec vstavi okna, ki so steklena, vendar dajejo na zunanji strani videz opeke. Kakšno je dejansko stanje? V hiši je enako svetlo, okna pa so skrita, ker je lastnik vedel, da bi moral za steklena okna v skladu z zakonodajo plačati davek. V tem primeru bi lahko govorili o davčni utaji.*

<sup>8</sup> Primer je pripravljen na podlagi gradiva delavnice OECD International Tax Avoidance (Delavnica o mednarodnem davčnem izogibanju), Dunaj, 8. do 12. november 2010.

<b><i>Davčno načrtovanje</i></b>	<b><i>Davčno izogibanje</i></b>	<b><i>Davčna utaja</i></b>
		
<p><b>Zavezanec okna zazida.</b></p>	<p><b>Zavezanec steklena okna zamenja s plastičnimi in prozornimi.</b></p>	<p><b>Zavezanec vstavi okna, ki so steklena, vendar dajejo na zunanji strani videz opeke.</b></p>
<p><b><i>Dejansko stanje:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– hiša ima manj oken,</li> <li>– v hiši je manj svetlobe,</li> <li>– zavezanec plača manj davka.</li> </ul>	<p><b><i>Dejansko stanje:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– v hiši je enako svetlo,</li> <li>– zavezanec plača manj davka.</li> </ul>	<p><b><i>Dejansko stanje:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– okna so skrita,</li> <li>– v hiši je enako svetlo,</li> <li>– zavezanec je vedel (namen), da bi moral za steklena okna plačati davek.</li> </ul>
<p><b><i>Verjetno stališče davčne inšpekcije:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– ni argumentov za obdavčenje,</li> <li>– davčno načrtovanje se načeloma sprejme.</li> </ul>	<p><b><i>Verjetno stališče davčne inšpekcije:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– ni v skladu z namenom zakona,</li> <li>– ni davčna utaja, ker je v zakonu navedeno »steklena okna«,</li> <li>– zavezanec ima določeno pozicijo, ki jo lahko zagovarja.</li> </ul>	<p><b><i>Verjetno stališče davčne inšpekcije:</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– kazenska ovadba (denarna kazen ali zapor).</li> </ul>

## 6. PROBLEMATIKA V ZVEZI Z NEOPREDMETENIMI SREDSTVI

V svetovnih medijih je bila junija letos objavljena novica, da španska davčna uprava očita znanemu igralcu nogometnega kluba Barcelona Lionelu Messiju, da je utajil približno 5 milijonov evrov davkov, saj naj bi dohodke iz trženja blagovne znamke MESSI nakazoval v davčne oaze, kot sta Urugvaj in Belize, s čimer naj bi se izognil plačevanju davkov v Španiji. Odmeven proces poteka tudi v Italiji, kjer tožilci modnima oblikovalcema Domenicu Dolceju in Stefanu Gabbani, bolj znanima kot Dolce and Gabbana, očitajo, da sta prek zapletenih finančnih transakcij svoji blagovni znamki D & G in Dolce & Gabbana prodala holdingu Gado, ki sta ga leta 2004 ustanovila v Luksemburgu, in sicer zgolj za to, da bi izkoristila precej ugodnejšo davčno politiko te majhne evropske države. Po trditvah preiskovalcev sta Italijo prikrajšala za več kot 400 milijonov evrov pobranih davkov.

Navedena primera sta zelo pogost model davčnega izogibanja in dokazujeta, kako velik potencial za ustvarjanje dobička so neopredmetena sredstva, ki so v geografskem smislu najmobilnejša. Pogosto je težavno že samo prepoznanje teh sredstev, saj niso vedno pravno zaščitena in registrirana, pa tudi v poslovnih knjigah gospodarskih družb niso vedno izkazana. Lahko se pojavijo v različnih oblikah, kot na primer:

- pravice do uporabe industrijske lastnine (npr. patenti, blagovne znamke, trgovska imena, načrti in modeli);
- avtorske pravice za literarna, umetniška ali znanstvena dela (vključno s programsko opremo);
- intelektualna lastnina, kot so znanje in izkušnje (know-how), poslovne skrivnosti, sezname strank, distribucijske poti itd.)

Zgleda, ki sta povzeta v nadaljevanju, prikazujeta, kako se prenos neopredmetenega sredstva obravnava z davčnega vidika. Pri presojanju takih transakcij moramo ugotoviti, ali se ekonomska vsebina dogovora razlikuje od njegove oblike in ali bi tudi neodvisna podjetja v primerljivih okoliščinah, ko bi delovala na komercialno razumen način, opredelila ali strukturirala dogovor tako, kot so ga povezana podjetja. Ključna za pravilno presojo pa je ugotovitev, ali podjetje, na katero je bilo preneseno neopredmeteno sredstvo, dejansko posluje (ima zaposlene delavce, ki opravljajo določene funkcije, ali razpolaga s sredstvi, ki mu omogočajo prevzemati tveganja, ki so povezana s prenesenim neopredmetenim sredstvom) ali pa je bilo neopredmeteno sredstvo preneseno na t. i. slamnato podjetje, ki je običajno v državi z davčno ugodnejšim okoljem.

### **Zgled 3: Prenos dragocene blagovne znamke na slamnato podjetje<sup>9</sup>**

*Mednarodna skupina podjetij proizvaja in distribuira izdelke, katerih vrednost je določena z blagovno znamko, ki jo razvijajo z natančno razvito in drago trženjsko strategijo. Blagovna znamke je last podjetja A v državi A. Podjetje A ima na sedežu podjetja zaposlenih 125 delavcev, ki opravljajo funkcije razvoja, vzdrževanja*

<sup>9</sup> Smernice OECD, točke od 9.190 do 9.192.

*in izvedbe trženjske strategije za blagovno znamko po vsem svetu. Posledica vrednosti blagovne znamke so visoke maloprodajne cene izdelkov. Poleg tega zaposleni v podjetju A za vsa odvisna podjetja v skupini opravljajo različne storitve (na primer upravljanje kadrov, pravne, davčne storitve). Izdelke proizvajajo odvisna podjetja po dogovorih o pogodbeni proizvodnji, sklenjenih s podjetjem A. Distribucijo izdelkov opravljajo odvisna podjetja, ki izdelke odkupujejo od podjetja A. Ves dobiček podjetja A, ki ostane po plačilu (ki je v skladu z neodvisnim tržnim načelom) pogodbenim proizvajalcem in distributerjem, je rezultat uporabe neopredmetenega sredstva – blagovne znamke, ki je pomemben potencial za ustvarjanje dobička.*

*Nato se mednarodna skupina podjetij odloči za preoblikovanje poslovanja. Podjetje A prenese blagovno znamko na novoustanovljeno odvisno podjetje Z v državi Z v zameno za pavšalno plačilo. Po preoblikovanju je podjetje A poplačano na podlagi metode dodatka na stroške, in sicer za storitve, ki jih opravlja za podjetje Z in preostala podjetja v skupini. Plačilo odvisnih pogodbenih proizvajalcev in distributerjev ostane enako. Po plačilu pogodbenih proizvajalcev, distributerjev in storitev, ki se izvajajo na sedežu podjetja A, se presežek dobička plača podjetju Z.*

*Na podlagi primerjalne analize je ugotovljeno, da ni nobenih dokazil, pridobljenih pri primerljivih transakcijah med nepovezanimi osebami, da bi se lastništvo blagovnih znamk in s tem povezana tveganja porazdelila med neodvisnimi osebami na enak način, kot so se v poslu med podjetjema A in Z.*

*Ugotovljeno je tudi, da podjetje Z nima zaposlenih, ki bi imeli pooblastilo za dejansko opravljanje nadzornih funkcij v zvezi s tveganjem, povezanim s strateškim razvojem blagovne znamke. Prav tako podjetje Z nima finančne zmogljivosti za prevzem tega tveganja. Funkcije v zvezi z razvojem in izvedbo globalne trženjske strategije še vedno opravljajo isti zaposleni na sedežu podjetja A. Uslužbenec na visokem položaju v podjetju A enkrat letno odpotuje v državo Z, da uradno potrdi veljavnost strateških odločitev, ki so potrebne za delovanje podjetja Z. Te odločitve prej pripravijo na sedežu podjetja A. Vse storitve, ki jih podjetje A opravi za podjetje Z (tudi strateško odločanje), se zaračunajo na podlagi metode dodatka na stroške.*

*Na podlagi dejstev in okoliščin je ugotovljeno, da se ekonomska vsebina dogovora razlikuje od njegove oblike. Dejstva nakazujejo, da podjetje Z ni sposobno prevzeti tveganj, ki so mu pripisana po pogodbi. Ker ni dokazil o kakršnih koli poslovnih razlogih za dogovor in transakcije nimajo nobene ekonomske vsebine, se take transakcije obravnavajo na podlagi točke 1.65 smernic, ki pravi, da je v (dveh) posebnih okoliščinah izjemoma lahko primerno in zakonito, da davčna uprava razmišlja o neupoštevanju oblike transakcije, kakršno je sprejel zavezanec, ko je sklepal povezano transakcijo. Ena od takih okoliščin je, da se ekonomska vsebina transakcije razlikuje od njene oblike. V takem primeru se davčni organ lahko odloči, da ne bo upošteval strankine opredelitve transakcije, in jo na novo opredeli v skladu z njeno vsebino.*

#### **Zgled 4: Prenos blagovne znamke, ki se prizna<sup>10</sup>**

*Vzorec v zvezi z dejstvi je enak kot v prejšnjem zgledu, razen da je del dejavnosti podjetja A dejansko preseljen v državo Z; podjetje A odpusti 30 od 125 zaposlenih. Opuščeni delavci se zaposlijo pri novem podjetju Z v državi Z, ki dodatno zaposli še 15 delavcev. Zaposleni podjetja Z torej imajo veščine in so usposobljeni, da opravljajo delo na področju strateškega razvoja blagovne znamke in da izvajajo globalno trženjsko strategijo. Podjetje Z ima finančno zmogljivost za prevzem tveganj, ki so povezana s strateškim razvojem blagovne znamke. Kot pravni lastnik blagovne znamke dejavno skrbi za razvoj, vzdrževanje in izvajanje globalne trženjske strategije. Njegovi zaposleni imajo pooblastila in dejansko opravljajo nadzorne funkcije v zvezi s tveganjem, ki je povezano s strateškim razvojem blagovne znamke. Podjetje A po preoblikovanju poslovanja za podjetje Z opravlja kadrovske, pravne in davčnosvetovalne storitve. Poleg teh opravlja za podjetje Z tudi podporne trženjske storitve, ki jih natančno nadzira osebje podjetja Z. Glavni razlog, da se je skupina lotila tega preoblikovanja, so koristi od ugodne davčne ureditve v državi Z v primerjavi z ureditvijo v državi A.*

*Spremembe v vzorcu, ki se nanaša na dejstva v zgledu 3, podpirajo sklep, da se ekonomska vsebina dogovora ne razlikuje od oblike dogovora in da bi se tudi neodvisna podjetja v primerljivih okoliščinah, če bi delovala na komercialno razumen način, dogovorila tako, kot so se povezana podjetja. Naloga davčnega organa v tem primeru je ugotoviti primerljive tržne cene za preoblikovanje poslovanja in za transakcije med povezanimi osebami po prenosu blagovne znamke na podlagi priznavanja dogovora, ki se izvaja.*

Smernice v točki 9.181 opozarjajo, da na podlagi 9. člena Vzorčne konvencije OECD samo dejstvo, da je bila spodbuda za dogovor o spremembi poslovnega modela pridobitev davčnih koristi, ni pravo jamstvo za sklep, da gre za dogovor, ki ni skladen z neodvisnim tržnim načelom. Če so funkcije, sredstva in/ali tveganja dejansko preneseni, je lahko po 9. členu za mednarodno skupino podjetij komercialno razumno, da se preoblikuje, da bi pridobila davčne prihranke. Vloga davčnega organa (in tudi drugih nadzornih organov) je, da ugotovi, ali so transakcije potekale v skladu z neodvisnim tržnim načelom. Če davčni organ ugotovi neskladnost, prilagodi davčno osnovo in opravi druge prilagoditve, ki jih dovoljuje domača zakonodaja (na primer na podlagi predpisov o preprečevanju davčnega izogibanja), kolikor je potrebno, da so zavezančeve davčne obveznosti v skladu z obstoječimi pravili.

## **7. DOKUMENTACIJA O TRANSFERNIH CENAH**

Na podlagi 382. člena ZDavP-2 mora zavezanec za davek zagotavljati splošno in posebno dokumentacijo o povezanih osebah, obsegu in vrsti poslovanja z njimi ter o določitvi primerljivih tržnih cen.

---

<sup>10</sup> Smernice OECD, točki 9.193 in 9.194.

Splošna dokumentacija je lahko enotna za skupino povezanih oseb kot celoto ter mora vsebovati predvsem opis zavezanca za davek, organizacijske strukture na svetovni ravni in vrste povezanosti (kapitalska, pogodbeno, osebna), njegovega sistema določanja transfernih cen, splošnega opisa poslovanja in poslovnih strategij, splošnih ekonomskih in drugih dejavnikov, konkurenčnega okolja in drugo.

Posebna dokumentacija mora vsebovati podatke v zvezi s transakcijami s povezanimi osebami (opis, vrsto, tip, vrednost, roke in pogoje), podatke o izvedbi analize primerljivosti transakcij, o lastnostih sredstev in storitev, o opravljeni funkcijski analizi (opravljenih funkcijah glede na vložena sredstva oziroma storitve in prevzeta tveganja), o pogodbenih pogojih, o ekonomskih in drugih razmerah, ki vplivajo na transakcije, o poslovnih strategijah in drugih vplivih, pomembnih za izvedbo transakcije, podatke o uporabi metode oziroma metod za določitev transfernih cen in njihove določitve v skladu s primerljivimi tržnimi cenami ter drugo dokumentacijo, ki dokazuje skladnost transfernih cen s primerljivimi tržnimi cenami. Zavezanec za davek mora dokumentacijo zagotoviti za posamezno transakcijo.

Glavni namen zavezančeve dokumentacije o transfernih cenah je torej dokazati, da so cene med povezanimi osebami v skladu z neodvisnim tržnim načelom.

Zelo pomembno zakonsko podlago za pridobitev informacij dajeta davčnemu organu tudi 39. člen ZDavP-2, ki predpisuje obveznost dajanja podatkov, in 40. člen ZDavP-2, ki predpisuje obveznost zagotavljanja dokumentacije povezanih oseb nerezidentov Republike Slovenije.

## 8. SKLEPNE UGOTOVITVE

Glavni igralci v današnjem gospodarstvu so mednarodna podjetja, ki so globalni davčni zavezanci in kar najbolj izkoriščajo prednosti svobodne trgovine, ki jim omogoča prost pretok blaga in kapitala čez vse državne meje. Pristojnost davčnih uprav pa je pretežno omejena glede na meje države.

OECD je februarja 2013 izdal poročilo Erozija davčnih osnov in prenos dobička (v nadaljevanju poročilo BEPS)<sup>11</sup> kot odziv na ugotovitve držav članic OECD, pa tudi držav nečlanic, da je zmanjševanje davčnih osnov zelo resen problem za države, saj znižuje davčne prihodke, davčno suverenost in pravičnost davčnih režimov posameznih držav. Ob dejstvu, da obstaja veliko načinov, s katerimi lahko zavezanci zmanjšajo davčno osnovo, je po ugotovitvah OECD prenos dobička iz držav eden največjih problemov mednarodne obdavčitve.

Kot najkritičnejša področja mednarodne obdavčitve so bili v poročilu OECD prepoznani:

- transferne cene,
- področje digitalne trgovine s storitvami in blagom (računalniške storitve, izposoja filmov, storitve, ki jih omogoča t. i. računalništvo v oblaku (cloud

11 Poročilo OECD BEPS lahko najdete na: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1)

- computing), pesmi za MP3 ali iPod, uporabniški programi za tablični računalnik ali pametni telefon, melodije za telefon, prenos filma, videoiger ...),
- hibridni finančni instrumenti,
  - tanka kapitalizacija,
  - davčna zakonodaja s področja boja proti davčnemu izogibanju in
  - preferenčni režimi (conduit companies) – predvsem problematika holdinških družb in izrabljanje KIDO za dvojno neobdavčenje.

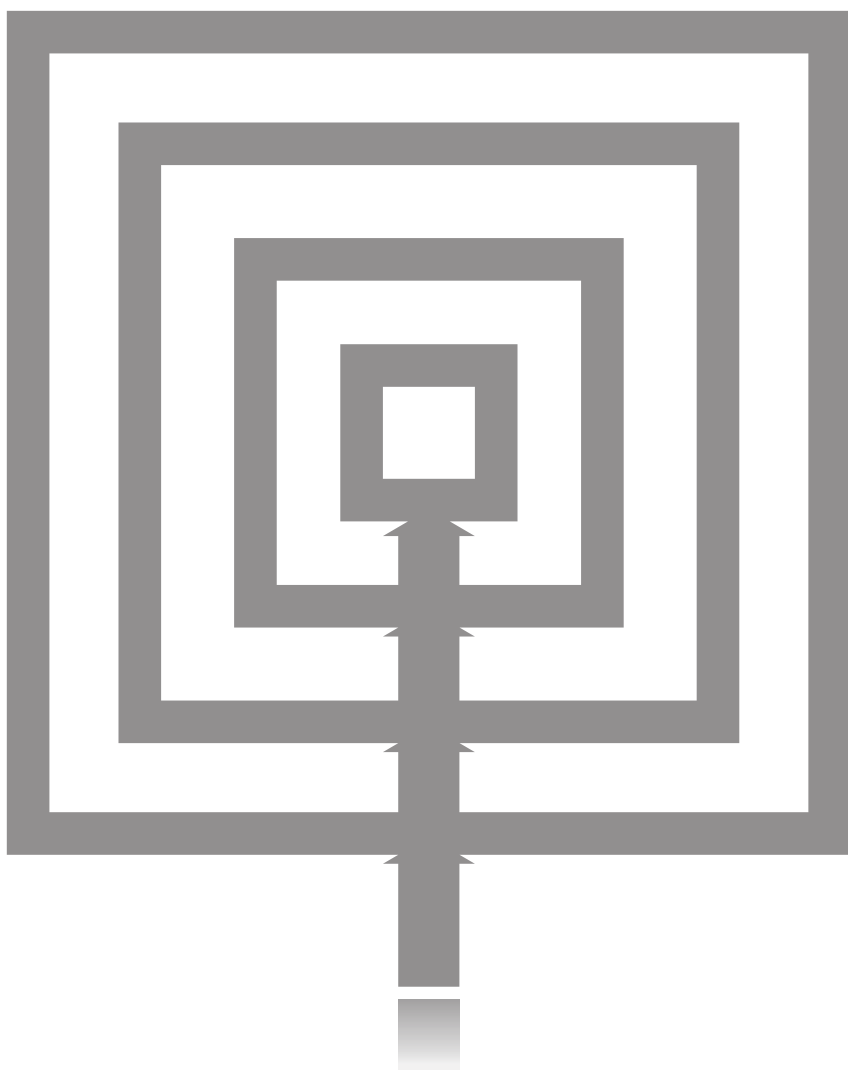
Ob ugotovitvi, da je bila davčna zakonodaja držav v zvezi z obdavčitvijo mednarodnih transakcij vzpostavljena za gospodarsko okolje, za katero je bila značilna nižja stopnja gospodarskega povezovanja čez meje držav, je OECD pozval države, naj mednarodni obdavčitvi namenijo več pozornosti, tako da se poveča nadzor nad zavezanci, za katere se predvideva, da opravljajo take transakcije, s katerim prenašajo dobiček iz države.

Dejstvo je, da mednarodna podjetja izkoriščajo pomanjkljivosti davčnih zakonodaj in da ta dejanja, če jih lahko opredelimo kot davčno načrtovanje, niso nezakonita. Države bodo morale zato spremeniti obstoječo zakonodajo in jo prilagoditi razmeram v gospodarstvu. Prisotnost mednarodnih družb in njihove naložbe so nujne za zaposlovanje in gospodarsko rast posamezne države, vendar pa države ne smejo dopustiti, da se dobički neupravičeno prenašajo iz držav, v katerih so ustvarjeni.

OECD pripravlja ukrepe za boj proti davčni eroziji ter predlaga, da se povečata mednarodno sodelovanje in preglednost poslovanja s spodbujanjem samodejne izmenjave informacij med pristojnostmi organi, kar bo zagotovilo, da bodo imele vse države koristi od preglednejšega davčnega okolja. Odzivi strokovne javnosti na ukrepe OECD so si edini v tem, da so ukrepi nujni. Generalni sekretar OECD Angel Guri je poudaril, da načrt ukrepov pomeni prelomnico v zgodovini mednarodne obdavčitve. Ukrepi naj bi pomagali državam do davčnih prihodkov, ki jih v tem času najbolj potrebujejo in bodo omogočili gospodarsko rast ter s tem boljše življenje za vse državljane tega sveta.







**IZ PRAKSE ZA  
PRAKSO**





# **RAZLAGA UREDBE SVETA (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 O POSTOPKIH V PRIMERU INSOLVENTNOSTI SKOZI ODLOČBE SODIŠČA EVROPSKIH SKUPNOSTI (SES) – ZDAJ SODIŠČA EVROPSKE UNIJE (SEU)<sup>1</sup>**

dr. Miodrag Đorđević  
vrhovni sodnik svetnik  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## **UVODNE UGOTOVITVE**

### **Mednarodno insolvenčno pravo<sup>2</sup>**

Zaradi čedalje večje internacionalizacije poslovanja in podjetij, ki imajo svoje poslovanje razporedeno po vsem svetu, premoženje pa v različnih državah, se poskuša takšnim razmeram prilagoditi mednarodno insolvenčno pravo. Pri tem obstajata dva regulatorna modela, ki imata vsak zase še precej pomanjkljivosti. Prvi je teritorialni model, po katerem ima država, v kateri ima dolžnik svoja sredstva, možnost organizirati insolvenčni proces v skladu z domačo legislacijo. To pomeni, da se v vsaki državi za sredstva istega dolžnika vodijo posebni (različni) insolvenčni postopki. Ta model se največ uporablja v državah zunaj Evrope. Drugi pa je univerzalni model, ki temelji zgolj na enem insolvenčnem postopku, ki pa zajema vse premoženje dolžnika, ne glede na to, v kateri državi se to nahaja, h kateremu teži insolvenčno pravo Evropske unije. S takšno podmeno je bil v letu 1997 pripravljen »Modelni zakon o mednarodni insolventi« – UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in dne 29. maja 2000 (z veljavnostjo 31. maja 2002) izdana Uredba Sveta EU o insolvenčnih postopkih, št. 1346/2000. Nacionalne zakonodaje pa v svoje pravne sisteme oziroma v insolvenčno pravo postopoma vključujejo Smernice o poenotenju insolvenčnih postopkov. Tudi v ZDA so leta 2005 svojemu stečajnemu zakonu (U. S. Bankruptcy Code) dodali še »mednarodno« Poglavlje 15 (Chapter 15) za primere, ko so upniki iz tujine oziroma so dolžnikova sredstva v tujini, ki naj bi olajšalo izvajanje čezmejnih insolvenčnih postopkov (vključitev Model Law).

Z vstopom Slovenije v Evropsko unijo je postala sestavni del naše pravne ureditve tudi Uredba Sveta EU o insolvenčnih postopkih, št. 1346/2000 (Insolvency Proceedings; Uradni list L 160 z dne 30. junija 2000), s katero je prišlo do dolgo pričakovanega poenotenja učinkov insolvenčnih postopkov v državah članicah EU. Uredba pa ne pomeni poenotenja insolvenčnih postopkov, ampak le poenotenje pravil mednarodnega stečajnega prava, ki se nanašajo na pristojnosti, uporabo

1 Prispevek je bil predstavljen na Gospodarskopравни sodniški šoli na Čatežu 21. 10. 2013.

2 Povzeto od dr. Draga Dubrovskega: »Insolvenčni postopki kot oblika uspešnega ali neuspešnega razreševanja kriz v podjetjih«, Podjetje in delo, 2006, št. 8, str. 1795.

prava in priznavanje odločb, izdanih v eni državi članici, v drugih državah članicah. Zaradi neizvedljive ideje o splošnem evropskem insolvenčnem postopku »Uredba 1346/2000« ureja predvsem: mednarodno sodno pristojnost za začetek glavnega in sekundarnega insolvenčnega postopka (sekundarni postopek je postopek nad premoženjem dolžnika, ki ga ima v drugi državi članici), kolizijska pravila o veljavnem pravu za glavni in sekundarni insolvenčni postopek ter priznavanje odločb, ki jih izda pristojno sodišče v glavnem insolvenčnem postopku, v drugih državah članicah. Z vstopom Slovenije v EU na področju insolvenčnega prava ni bilo pomembnejših sprememb, saj se omenjena uredba nanaša predvsem na procesnopravna pravila, medtem ko materialnopravna pravila insolvenčnega postopka določa vsaka država posebej s svojo nacionalno zakonodajo.

### **Uredba o postopkih v primeru insolventnosti<sup>3</sup>**

Uredba št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je rezultat dolgoletnih prizadevanj za doseg evropskega konsenza glede insolvenčnih zadev. Njen namen je bil zagotoviti enotno uporabo pravil o uporabi prava za postopke v primeru insolventnosti znotraj Evropske skupnosti ter čim boljše sodelovanje upraviteljev teh postopkov v različnih državah članicah. Uvedba postopkov v primeru insolventnosti z univerzalnim področjem uporabe v celotni Evropski skupnosti zaradi zelo različnega materialnega prava v posameznih državah članicah ni izvedljiva. Zaradi navedenih razlik bi namreč uporaba prava države, v kateri so bili postopki uvedeni, brez kakršnekoli izjeme, pogosto povzročala težave. Še posebej to velja za področje pravic zavarovanja terjatev in za področje prednostnih pravic posameznih upnikov v postopkih v primeru insolventnosti, kjer se materialnopravne ureditve posameznih držav članic med seboj bistveno razlikujejo.

Uredba navedene razlike upošteva na dva načina. Po eni strani predvideva posebna pravila o pravu, ki se uporablja v primeru posebej pomembnih pravic in pravnih razmerij (na primer stvarnih pravic in pogodb o zaposlitvi); po drugi strani pa poleg glavnih postopkov v primeru insolventnosti z univerzalnim področjem uporabe dovoljuje tudi nacionalne postopke, ki zajemajo samo premoženje, ki se nahaja v državi, v kateri so bili uvedeni postopki v primeru insolventnosti.

### **Bruseljska uredba<sup>4</sup>**

Z Amsterdamsko pogodbo je materija mednarodne pristojnosti ter priznavanja in izvršitve sodnih odločb prešla v pristojnost neposrednega urejanja na ravni Evropske unije (65. člen PES). Sprejeta je bila Uredba št. 44/2001 o pristojnosti ter priznavanju in izvrševanju odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Bruseljska uredba). Veljati je začela 1. marca 2002. Za opredelitev mednarodne pristojnosti glede tožencev s prebivališčem v EU (razen Danski) ter za priznanje in izvršitev sodnih odločb, izdanih v državah članicah EU, se Bruseljska uredba neposredno

3 Povzeto od Nine K.-Cankar: »Pravna analiza izpodbijanja skupščinskega sklepa v stečajnem postopku«, Podjetje in delo, 2011, št. 1, str. 83.

4 Povzeto od dr. Aleša Galiča: »Pristojnost ter priznanje in izvršitev sodb v civilnih in gospodarskih zadevah«, Podjetje in delo, 2005, št. 6, str. 1118.

uporablja in torej v celoti nadomešča domačo zakonodajo držav članic (v Sloveniji ZMZPP). Bruseljska uredba je nadomestila tako imenovano Bruseljsko konvencijo o pristojnosti ter priznanju in izvršitvi sodb v civilnih in gospodarskih zadevah iz leta 1968. Od svoje predhodnice pa v bistvenem ne odstopa, zato bogata praksa Sodišča Evropskih skupnosti in teorija, ki se je razvila v času veljavnosti Bruseljske konvencije, nista izgubili na pomenu.

V Sloveniji Bruseljska uredba velja šele od 1. 5. 2004. Uporablja se za gospodarske in civilne zadeve (ne glede na vrsto sodnega postopka; v poštev lahko pride torej tudi nepravdni postopek). Razmejitev med področjem civilnega in gospodarskega (civil and commercial matters) je treba opredeliti evroavtonomno; ni torej odločilna uvrstitev v posamezni državi članici, pač pa je treba razmejitev enotno opredeliti na skupni evropski ravni (kar je tudi sicer glavno razlagalno vodilo Bruseljske uredbe). Izključena sta stečaj in prisilna poravnava. Razmejitev ni vedno preprosta. Le kot eno številnih spornih vprašanj naj omenimo vprašanje, kaj izključitev stečaja pomeni za tožbe, po katerih se v rednem pravdnem postopku odloča o zadevah, povezanih s stečajem (na primer izpodbijanje pravnih dejanj v stečaju ali tožba za ugotovitev obstoja prerekanе terjatve).

Sodišče evropskih skupnosti se je izreklo za zelo široko razlago pojma »stečaj«. Štelo je, da je tožba, v kateri se je uveljavljal odškodninski zahtevek proti stečajnemu upravitelju (ki je imel materialnopravno podlago v stečajnem zakonu), tako »močno povezan s stečajnim postopkom«, da se Bruseljska uredba za takšen postopek ne uporablja (sodba v zadevi Goirdain v. Nadler z dne 22. 2. 1979; C 133/78). A fortiori je torej mogoče sklepati, da tudi postopki, ki so s stečajem še bolj povezani (izpodbijanje pravnih dejanj, ugotovitev prerekanih terjatev), ne padejo v okvir Bruseljske uredbe. Vendar je treba opozoriti, da je bil zgornji judikat sprejet v pričakovanju, da bo s posebno uredbo posebej urejena mednarodna pristojnost za tožbe, povezane s stečajnim postopkom. Vendar pozneje sprejeta Uredba št. 1346/2000 o insolvenčnih postopkih tega vprašanja ni uredila.

## **PRAVO EVROPSKE UNIJE<sup>5</sup>**

Pravo Evropske unije je poseben mednarodni pravni sistem, ki deluje vzporedno s pravom držav članic EU. Ima neposreden učinek v pravnih sistemih držav članic in ima na mnogih področjih, predvsem na področju ekonomske in socialne politike, prednost oziroma primat. Primarnost pomeni, da pravila, sprejeta na ravni EU, prevladajo nad pravili, vsebovanimi v pravnih redih držav članic. Pravo EU je avtonomno pravo, saj svoje veljavnosti ne črpa iz morebitne poznejše odobritve nacionalnih organov držav članic, temveč se opira na zakonodajne pristojnosti organov EU.

Pravni red Evropske unije ima naslednja glavna vira:

- (1) **primarno zakonodajo** – ustanovne pogodbe, na katerih temelji Evropska unija, vključno z vsemi spremembami in dopolnitvami ustanovnih pogodb in pogodbe o pristopu držav k Evropski uniji;

---

5 Povzeto s spletne strani [www.evropa.gov.si](http://www.evropa.gov.si).

- (2) **sekundarno zakonodajo** – pravne akte Evropske unije, ki jih sprejemajo institucije Evropske unije (uredbe, direktive, sklepe, priporočila in mnenja) po zakonodajnih postopkih, ki so predpisani v ustanovnih pogodbah.

Pogodbe so primarna zakonodaja Evropske unije, ki je primerljiva z ustavnim pravom na nacionalni ravni. Pogodbe določajo temeljne elemente Evropske unije in zlasti pristojnosti akterjev sistema EU, ki sodelujejo pri odločanju, zakonodajne postopke in tudi pooblastila, ki so jim dodeljena. Pogodbe so predmet neposrednih pogajanj med vladami držav članic in jih morajo nato ratificirati vse države članice v skladu s postopki, predvidenimi na nacionalni ravni (načeloma v nacionalnih parlamentih ali na referendumu).

Sekundarno pravo je pomemben vir prava Evropske unije. Opredelimo ga lahko kot skupek vseh normativnih aktov, ki so jih institucije EU sprejele na podlagi pogodbenih določb. V sekundarno pravo spadajo zavezujoči (uredbe, direktive in sklepi) in nezavezujoči pravni akti (priporočila, mnenja), predvideni v Lizbonski pogodbi, ter tudi cela vrsta drugih aktov, kot so poslovniki institucij, akcijski programi Evropske unije in podobno.

Pomemben pravni vir so tudi mednarodni sporazumi in **sodna praksa** organov EU s pravosodnimi pooblastili, to je Sodišča Evropske unije in Splošnega sodišča. Ti dve sodišči zagotavljata spoštovanje prava EU ter sta pristojni za razlago primarne in sekundarne zakonodaje. Tako s svojo prakso, ki kot vir prava zavezuje tako institucije EU kot tudi države članice, zagotavljata enotno razumevanje in izvajanje prava EU.

**SODIŠČE EVROPSKE UNIJE zagotavlja spoštovanje evropskih predpisov in skrbi za enotno razlago evropskega pravnega reda.** Pri svojem delu sodeluje s sodišči držav članic, ki se nanj lahko oziroma včasih morajo obrniti s predlogom za razlago določenega vidika prava Evropske unije, ki ga morajo uporabiti pri svojem nacionalnem postopku, še posebej če glede razlage ali veljavnosti oziroma zakonitosti aktov EU obstaja dvom. Nacionalno sodišče prekine postopek v sporu, o katerem odloča, in počaka, da Sodišče poda razlago ali odločbo o veljavnosti. Nacionalno sodišče je nato vezano na to razlago oziroma »predhodno odločbo«, ki postane zavezujoča tudi za druga nacionalna sodišča, ki bi odločala o enakem problemu. Ta postopek se imenuje »**postopek predhodnega odločanja**«. S tem se zagotavlja, da državna sodišča v istih zadevah ne razišodijo različno, torej da se zakonodaja EU v vseh državah EU razlaga in uporablja enako, tako da je zakon enak za vse.

Na podlagi različnih vrst tožb (tožba zaradi neizpolnitve obveznosti, ničnostna tožba, tožba zaradi nedelovanja) **Sodišče nadzoruje zakonitost aktov institucij ter da države članice in institucije EU izpolnjujejo obveznosti, ki jih imajo na podlagi prava EU.** Sodišče je tudi pristojno za poravnavo pravnih sporov med državami članicami EU, institucijami EU, podjetji in posamezniki.

*Splošno sodišče* obravnava tožbe, ki so jih vložile države članice proti Komisiji in zoper določene akte Sveta (na področju državnih pomoči, ukrepov trgovinske zaščite in akte, s katerimi prenese pristojnost za izvajanje). Obravnava tudi tožbe,

ki jih vložijo fizične ali pravne osebe zoper odločbe ali nedelovanje institucij EU (na primer tožbo podjetja zoper odločbo Komisije, s katero mu je bila izrečena globa), ki se glasijo nanje ali ki jih neposredno in posamično zadevajo.

*Sodišče za uslužbence* odloča o sporih med evropskimi institucijami in njihovimi uslužbenci.

## UPOŠTEVANJE PRAKSE SODIŠČA EVROPSKIH SKUPNOSTI (ZDAJ SODIŠČA EVROPSKE UNIJE)

### Sklep US RS Up-282/09 z dne 24. 11. 2009 (3. in 4. točka obrazložitve)

(3) Neobrazložen **odstop od ustaljene in enotne sodne prakse Sodišča ES**, kot ga zatrjuje pritožnica[,] po stališču Ustavnega sodišča lahko pomeni kršitev 22. člena Ustave (tako v odločbi št. Up-1201/05 z dne 6. 12. 2007, Uradni list RS, št. 117/07, in Odl US XVI,116). Vprašanje uporabe sodne prakse Sodišča ES v konkretnem primeru odpira vprašanje uporabe prava Skupnosti *ratione temporis*. V obravnavani zadevi je bila namreč odločba Urada izdana 4. 5. 2004, torej v času, ko je Republika Slovenija že bila članica Evropske unije, medtem ko se dejansko stanje zadeve nanaša na čas pred navedenim članstvom. Tako se nujno zastavi vprašanje, ali pride v obravnavanem primeru pravo Skupnosti sploh v poštev, in šele nato, ali je podan neobrazložen odstop od ustaljene in enotne sodne prakse Sodišča ES.

(4) Za odgovor na navedeno vprašanje je treba upoštevati t. i. intertemporalna pravila, kot so izoblikovana v pravu Skupnosti. Tretji odstavek 3. a člena Ustave namreč določa, da se pravni akti in odločitve, sprejeti v okviru mednarodnih organizacij, na katere Slovenija prenese izvrševanje dela suverenih pravic, v Sloveniji uporabljajo v skladu z ureditvijo teh organizacij. **Iz sodne prakse Sodišča ES izhaja stališče, da prava Skupnosti ni mogoče uporabiti (oziroma da Sodišče ES ni pristojno odločiti o predloženi zadevi), kadar so dejstva nastala pred pristopom države članice k Evropski uniji.** Iz zadeve *Teléfonoica O2* sicer izhaja drugačno stališče, po katerem bi tudi v primeru, kot je pritožničin, lahko prišlo v poštev pravo Skupnosti. Vendar pa Ustavno sodišče ocenjuje, da navedene zadeve ni mogoče uporabiti v pritožničnem primeru, in to kljub temu, da jima je skupno to, da je bila v obeh upravna odločba izdana pred pristopom nove države članice k Evropski uniji. V pritožničnem primeru je treba namreč upoštevati: (1) da gre za dejansko stanje, ki je bilo dokončano pred pristopom Slovenije k Evropski uniji (dejansko stanje zadeve se razteza le do 4. 5. 2000, ko je bila opravljena zadnja ustna obravnava pred Uradom); (2) da gre za dokončano dejansko stanje (*causae finitae*, *situation acquise*, *entstandene Sachverhalt*), torej za položaj kot v zadevi *Ynos*, in ne za dejansko stanje, ki še povzroča ali ustvarja pravne posledice oziroma učinke (*negotia pendentia*, *situation en cours*, *andauernde Sachverhalte*), kjer je treba v skladu z načelom takojšnjega učinka (*Sofortwirkung*, *immediate effect*) za bodoče učinke dejanskih stanj, nastalih v času veljavnosti prejšnjih predpisov, uporabiti nove predpise, in (3) da odločba Urada ne ureja položaja za naprej, temveč ugotavlja zlorabo prevladujočega položaja za nazaj. Zato ne gre za položaj kot v zadevi *Teléfonoica O2*, v kateri je češki organ za varstvo konkurence naložil ureditev spornega razmerja za naprej. **Ker torej pravo Skupnosti v obravnavanem primeru ne pride v poštev, z domnevnim neupoštevanjem sodne prakse Sodišča ES**

ni moglo priti do kršitve 22. člena Ustave. Sodna praksa Sodišča ES je zaradi časovnih vidikov obravnavanega primera upoštevana le kot primerjalnopравни argument v škodo ali v korist pritožnici.

**Sodba VS RS X Ips 221/2012 z dne 12. 9. 2012 (6. točka obrazložitve)**

**Sodba VS RS X Ips 225/2012 z dne 12. 9. 2012 (6. točka obrazložitve)**

**Sodba VS RS X Ips 231/2012 z dne 12. 9. 2012 (6. točka obrazložitve)**

Revidentka uveljavlja, da **izpodbijana sodba odstopa** od sodne prakse Vrhovnega sodišča v zadevi ....., kakor tudi **od prakse Sodišča Evropskih skupnosti** (v nadaljevanju SES; sedaj Sodišča Evropske unije, v nadaljevanju SEU) v zadevi ....., Ker revidentka zatrjevani odstop utemeljuje s tehtnimi razlogi, ki po oceni revizijskega sodišča terjajo natančno vsebinsko presojo, je revizijsko sodišče na podlagi 2. točke drugega odstavka 83. člena ZUS-1 revizijo dovolilo.

**Sklep VS RS X Ips 302/2012 z dne 23. 10. 2012 (9. – 10. točka obrazložitve)**

(9) .... skuša revidentka dovoljenost revizije utemeljiti s pavšalnim sklicevanjem na odstop od prakse sodišča prve stopnje ter na **odstop od načelnih stališč, ki jih je sprejelo Sodišče Evropskih skupnosti** (v nadaljevanju SES, sedaj Sodišče Evropske unije). Dejansko pa zatrjuje le odstop od sprejetih stališč in kriterijev, ki jih je SES sprejelo v zadevah Canon Kabushiki Kaisha proti Metro-Goldwyn-Mayer Inc., C-39/97 z dne 29. 9. 1998, in Sabèl BV proti Puma AG, C-251/95 z dne 11. 11. 1997.

(10) Revidentka navaja, da sodišče prve stopnje ni upoštevalo pravnega standarda „večja podobnost blaga/manjša podobnost znakov“, ki ga je SES uveljavilo v sodbi C-39/97, v kateri je bilo zavzeto stališče, da bolj kot so si blago in storitve podobni, bolj se morajo znamke med seboj razlikovati, in obratno. Iz odločitve sodišča prve stopnje izhaja, da je bila v konkretnem primeru visoka stopnja podobnosti blaga presežena z nizko stopnjo podobnosti med prijavljenim znakom in registrirano znamko, ki jo je sodišče prve stopnje utemeljilo z opravljeno celovito primerjavo znakov. Prav opravljena celovita primerjava znakov prvostopenjskega sodišča pa ovrže tudi revidentkino sklicevanje na zatrjevani odstop od stališča SES, izraženega v sodbi C-251/95, po katerem je treba pri oceni podobnosti znamk upoštevati vidno, slušno in pomensko podobnost zadevnih znakov, zlasti njihovih razlikovalnih in prevladujočih elementov.

OPOMBA AVTORJA:

**»Za slovenska sodišča in državne organe, ki jih zavezuje pravo EU, ... ni ključno le redno spremljanje sodne prakse Sodišča EU, temveč tudi, da pravne praznine, ki ostanejo po njegovih odločitvah, zapolnijo sama v mejah spoštovanja prava EU. Zato je pomembno predvsem, da ta sodišča in organi pri srečevanju z vprašanji prava EU ne upoštevajo le izreka sodbe Sodišča EU, temveč tudi *obiter dictum* sodbe, ki ima prav tako razlagalno vrednost, hkrati pa omogoča lažje razumevanje izreka.«<sup>6</sup>**

<sup>6</sup> Dr. Maja Brkan (strokovna sodelavka na Sodišču EU, v kabinetu sodnika dr. Marka Ilešiča): Za večji vpliv Slovenije pri sodnem ustvarjanju prava EU, Pravna praksa, št. 43/2012 z dne 8. 11. 2012, str. 3.



## ODLOČBE SODIŠČA EVROPSKIH SKUPNOSTI (ZDAJ EVROPSKE UNIJE)

**Zadeva C-1/04 (17. 1. 2006)**

**Susanne Staubitz-Schreiber**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof)

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki v primeru insolventnosti – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Časovno področje uporabe – Pristojno sodišče«

- Povzetek sodbe:

*1. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki v primeru insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(43. člen Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

*2. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki v primeru insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(prvi odstavek 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

**(1) Prvi stavek 43. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da se ta uredba uporablja, če ni bila pred začetkom njene veljavnosti 31. maja 2002 sprejeta nobena odločba o uvedbi postopka v primeru insolventnosti, tudi če je bil zahtevek za njegovo uvedbo vložen pred tem datumom.**

*(Glej 21. točko obrazložitve.)*

**(2) Prvi odstavek 3. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da sodišče države članice, na ozemlju katere je središče glavnih interesov dolžnika, ko ta vloži zahtevek za uvedbo postopka v primeru insolventnosti, ostane pristojno za uvedbo tega postopka, če dolžnik po vložitvi zahtevka za uvedbo postopka, vendar pred izdajo odločbe o uvedbi postopka, prenese središče svojih glavnih interesov na ozemlje druge države članice.**

*(Glej 29. točko obrazložitve in izrek.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(25) ..... zakonodajalec Skupnosti opozarja, da je njegov namen izogibati se spodbujanju strank v postopku k prenosu premoženja ali sodnih postopkov iz ene države članice v drugo, da bi se tako skušal doseči ugodnejši pravni položaj. Tega cilja pa ni mogoče doseči, če dolžnik v času med vložitvijo zahtevka za uvedbo in izdajo odločbe o uvedbi postopka lahko prenese središče svojih glavnih interesov v drugo državo članico in tako determinira pristojno sodišče in pravo, ki se uporablja.

(26) Tak prenos pristojnosti bi bil tudi v nasprotju s ciljem, navedenim v drugi in osmi uvodni izjavi Uredbe, in sicer učinkovitim, izboljšanim in uspešnim delovanjem čezmejnih postopkov, saj bi upnikom nalagal, naj stalno sledijo dolžniku tja, kamor bi se ta bolj ali manj dokončno odločil preseliti, in bi to v praksi lahko pogosto pomenilo podaljšanje postopka.

(27) Poleg tega ohranitev pristojnosti prvega sodišča, na katerega je bil vložen zahtevek, zagotavlja večjo pravno varnost dolžnikov, ki so tveganje, ki ga morajo prevzeti v primeru insolventnosti dolžnika, presodili ob upoštevanju tega, kje je središče njegovih glavnih interesov takrat, ko so z njim vzpostavili pravna razmerja.

### Zadeva C-341/04 (2. 5. 2006)

#### Eurofood IFSC Ltd

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Supreme Court)

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki v primeru insolventnosti – Odločba o uvedbi postopkov – Središče dolžnikovih glavnih interesov – Priznanje postopka v primeru insolventnosti – Javni red«

- Povzetek sodbe:

*1. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(prvi odstavek 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

*2. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(prvi odstavek 16. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

*3. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(26. člen Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

*4. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(26. člen Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

**(1) Kadar je dolžnik hčerinska družba, ki ima registrirani sedež v drugi državi članici kot matična družba, se domneva iz drugega stavka prvega odstavka 3. člena Uredbe št. 1346/2000, da je središče glavnih interesov te hčerinske družbe v državi članici, v kateri ima registrirani sedež, lahko ovrže le, če je na podlagi dejstev, ki so objektivna in jih tretje osebe lahko preverijo, mogoče ugotoviti resnično stanje, ki je drugačno od tistega, ki ga odraža lokacija omenjenega registriranega sedeža. Tako bi lahko bilo zlasti pri družbi, ki na**

ozemlju države članice, v kateri ima sedež, ne bi opravljala nobene dejavnosti. Nasprotno pa, kadar družba opravlja dejavnost na ozemlju države članice, v kateri ima sedež, samo dejstvo, da matična družba, ustanovljena v drugi državi članici, nadzoruje ali lahko nadzoruje njene poslovne odločitve, ne zadostuje, da bi se ovrgla domneva, ki jo predpisuje ta uredba.

*(Glej 37. točko obrazložitve in 1. točko izreka.)*

(2) Prvi pododstavek prvega odstavka 16. člena Uredbe št. 1346/2000 je treba razlagati tako, da so sodišča drugih držav članic dolžna priznati glavni postopek v primeru insolventnosti, ki ga je uvedlo sodišče države članice, ne da bi imela možnost preveriti pristojnost sodišča države, v kateri je bil uveden postopek. Prednostno pravilo iz te določbe, da se v državi članici uvedeni postopki v primeru insolventnosti priznajo v vseh državah članicah od takrat, ko začnejo učinkovati v državi, v kateri so bili uvedeni postopki, namreč temelji na načelu vzajemnega zaupanja, ki je omogočilo vzpostavitev zavezujoče ureditve pristojnosti; s takim vzajemnim zaupanjem pa je povezana odpoved držav članic njihovim notranjim predpisom o priznavanju in izvrševanju v korist poenostavljenega mehanizma priznavanja in izvršitve odločb, sprejetih v postopkih v primeru insolventnosti. Če namerava zainteresirana stranka, ki meni, da je središče dolžnikovih glavnih interesov v državi članici, v kateri ni bil uveden glavni postopek v primeru insolventnosti, izpodbijati pristojnost, ki jo je prevzelo sodišče, ki je uvedlo ta postopek, mora pred sodišči države članice, v kateri je bil postopek uveden, uporabiti pravna sredstva, ki jih zoper odločbo o uvedbi postopkov predvideva nacionalno pravo te države članice.

*(Glej 39., 40. in 43. točko obrazložitve ter 2. točko izreka.)*

(3) Prvi pododstavek prvega odstavka 16. člena Uredbe št. 1346/2000 je treba razlagati tako, da je odločba o uvedbi postopkov v primeru insolventnosti odločba sodišča države članice, ki je odločalo o takem predlogu, ki je temeljil na dolžnikovi insolventnosti in s katerim naj bi se uvedel postopek, določen v Prilogi A k navedeni uredbi, kadar je posledica te odločbe odvzem dolžnikovega premoženja in imenovanje upravitelja, določenega v Prilogi C te uredbe. Ta odvzem premoženja pomeni, da dolžnik izgubi pooblastila za razpolaganje s svojim premoženjem. Mehanizem, ki predvideva, da se lahko uvede le en glavni postopek, ki ima učinke v vseh državah članicah, v katerih se uporablja navedena uredba, bi bil namreč lahko močno oviran, če bi lahko sodišča teh držav, ki bi sočasno prejela predloge zaradi insolventnosti dolžnika, dalj časa uveljavljala svojo konkurenčno pristojnost. Za zagotovitev učinkovitosti ureditve, ki jo določa navedena uredba, je torej pomembno, da se načelo priznavanja, ki ga določa, v postopku lahko čim prej uporabi.

*(Glej 52. in 54. točko obrazložitve ter 3. točko izreka.)*

(4) 26. člen Uredbe št. 1346/2000 je treba razlagati tako, da država članica lahko zavrne priznanje postopkov v primeru insolventnosti, ki so bili uvedeni v drugi državi članici, če je bila odločba o uvedbi postopkov v primeru insolventnosti sprejeta ob očitni kršitvi temeljne pravice do izjave udeleženca takega postopka. Čeprav se konkretni načini izvedbe pravice do izjave lahko razlikujejo glede na nujnost odločanja, mora biti vsaka omejitev izvrševanja

**te pravice ustrezno upravičena in mora temeljiti na postopkovnih jamstvih, ki zadevnim osebam v takem postopku zagotavljajo možnost učinkovitega izpodbijanja ukrepov, sprejetih v nujnih primerih. Čeprav je v pristojnosti sodišča iz zaprosene države, da ugotovi, ali je v postopku pred sodiščem druge države članice dejansko nastala očitna kršitev pravice do izjave, to sodišče ne sme zgolj prenesti svojega koncepta ustnosti razprav in tega, da je to v njegovem pravnem redu temeljnega pomena, ampak mora glede na vse okoliščine presoditi, ali so imele osebe, ki jih ta postopek zadeva, dovolj možnosti, da podajo izjave.**

*(Glej 66. do 68. točko obrazložitve in 4. točko izreka.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(33) ... je treba središče dolžnikovih glavnih interesov ugotoviti z merili, ki so hkrati objektivna in jih tretje osebe lahko preverijo. Objektivnost in možnost, da jih tretje osebe preverijo, sta potrebni za zagotovitev pravne varnosti in predvidljivosti pri določanju sodišča, ki je pristojno za uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti. Pravna varnost in predvidljivost sta toliko pomembnejši, saj je v skladu s prvim odstavkom 4. člena Uredbe od določitve pristojnega sodišča odvisna določitev prava, ki se uporablja.

(34) Iz tega sledi, da se preprosta domneva, ki jo je za določitev središča glavnih interesov družbe dolžnice zakonodajalec Skupnosti predpisal v korist registriranega sedeža te družbe, lahko ovrže le, če je na podlagi dejstev, ki so objektivna in jih tretje osebe lahko preverijo, mogoče ugotoviti resnično stanje, ki je drugačno od tistega, ki ga odraža lokacija omenjenega registriranega sedeža.

(35) Tako bi lahko bilo zlasti v primeru družbe »poštni nabiralnik«, ki na ozemlju države članice, v kateri ima sedež, ne bi opravljala nobene dejavnosti.

(41) Za načelo vzajemnega zaupanja je značilno, da sodišče države članice, ki prejme predlog za uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti, preveri svojo pristojnost glede na prvi odstavek 3. člena Uredbe, to pomeni, da preizkusi, ali je središče dolžnikovih glavnih interesov v tej državi članici. Glede tega je treba poudariti, da je treba pri takem preizkusu spoštovati bistvena postopkovna jamstva, ki jih zahteva pošteno sojenje.

(48) Namen Uredbe ni vzpostavitev enotnega postopka v primeru insolventnosti, ampak, kot izhaja iz njene druge uvodne izjave, zagotovitev »učinkovitosti in uspešnosti čezmejnih postopkov v primeru insolventnosti«. Za to določa pravila, katerih cilj je, kot je navedeno v tretji uvodni izjavi, »koordiniranje ukrepov, ki jih je treba sprejeti glede premoženja insolventnega dolžnika«.

(57) ... je treba 38. člen Uredbe brati skupaj z njenim 29. členom, po katerem ima upravitelj v glavnem postopku v primeru insolventnosti pravico zahtevati uvedbo sekundarnega postopka v drugi državi članici. Navedeni 38. člen se torej nanaša na primer, ko pristojno sodišče države članice odloča v glavnem postopku v primeru insolventnosti, vendar pa to sodišče, čeprav je imenovalo osebo ali organ,

da začasno varuje dolžnikovo premoženje, še ni odredilo odvzema dolžnikovega premoženja ali imenovalo upravitelja, določenega v Prilogi C k Uredbi. V tem primeru lahko zadevna oseba ali organ, čeprav nima pooblastila za začetek sekundarnega postopka v primeru insolventnosti v drugi državi članici, zahteva, da se za dolžnikovo premoženje, ki je v tej državi članici, sprejmejo ukrepi zavarovanja.

(61) Čeprav dvaindvajseta uvodna izjava [Uredbe] iz načela vzajemnega zaupanja izvaja, da »je treba vzroke za nepriznavanje zmanjšati na najmanjšo potrebno mero«, njen 26. člen predpisuje, da lahko država članica zavrne priznanje postopkov v primeru insolventnosti, ki so bili uvedeni v drugi državi članici, kadar bi bile posledice takega priznanja očitno v nasprotju z javnim redom navedene države, zlasti z njenimi temeljnimi načeli ali ustavnimi pravicami in svoboščinami posameznikov.

(62) V okviru Bruselske konvencije je Sodišče razsodilo, da se določilo o javnem redu iz 1. točke 27. člena te konvencije, ker pomeni oviro za izpeljavo enega od njenih osnovnih ciljev, to je zagotovitev prostega pretoka sodnih odločb, lahko uporablja le v izjemnih primerih (sodba z dne 28. marca 2000 v zadevi Krombach, C-7/98, Recueil, str. I-1935, 19. in 21. točka obrazložitve).

(63) Glede tega, da lahko sodišče države pogodbenice, ki šteje, da je pristojno za pregledovanje meja, v okviru katerih lahko to določilo o javnem redu uporabi za zavrnitev priznanja odločbe sodišča druge države pogodbenice, je Sodišče v okviru Bruselske konvencije razsodilo, da je uporaba omenjenega določila upravičena le v primeru, če bi bil s priznanjem ali izvršitvijo sodne odločbe, ki je bila sprejeta v drugi državi pogodbenici, nesprejemljivo kršen pravni red države, v kateri se zahteva priznanje, ker bi ta odločba posegala v eno od temeljnih načel. Poseg bi moral pomeniti očitno kršitev pravnega pravila, ki se v pravnem redu države, v kateri se zahteva priznanje, šteje za bistveno ali očitno kršitev pravice, ki je v tem pravnem redu priznana kot temeljna (zgoraj omenjena sodba Krombach, 23. in 37. točka).

(66) ... glede pravice do izjave ... je treba poudariti, da zavzema pomembno mesto v organizaciji in vodenju pravičnega sojenja. V postopku v primeru insolventnosti je še posebej pomembna pravica upnikov ali njihovih zastopnikov do sodelovanja v postopku, v katerem se spoštuje načelo enakopravnosti strank. Čeprav se konkretni načini izvedbe pravice do izjave lahko razlikujejo glede na nujnost odločanja, mora biti vsaka omejitev izvrševanja te pravice ustrezno upravičena in mora temeljiti na postopkovnih jamstvih, ki zadevnim osebam v takem postopku zagotavljajo možnost učinkovitega izpodbijanja ukrepov, sprejetih v nujnih primerih.

#### **Zadeva C-339/07 (12. 2. 2009)**

**Christopher Seagon, stečajni upravitelj družbe Frick Teppichboden Supermärkte GmbH, proti Deko Marty Belgium NV**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Bundesgerichtshof)

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Pristojno sodišče«

- Povzetek sodbe:

*Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000*

*(prvi odstavek 3. člena, 16. in 25. člen Uredbe Sveta št. 1346/2000 ter druga, četrta, šesta in osma uvodna izjava)*

**Prvi odstavek 3. člena Uredbe (ES) št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da so sodišča države članice, na območju katere je bil uveden postopek zaradi insolventnosti, pristojna za odločanje o tožbi za izpodbijanje pravnih dejanj v primeru insolventnosti zoper toženo stranko, ki ima statutarni sedež v drugi državi članici.**

**Taka razlaga izhaja iz potrebe po zagotovitvi polnega učinka te uredbe kot tudi iz namena zakonodajalca, da to uredbo omeji na določbe, ki urejajo pristojnost za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti, in na odločbe, ki se sprejemajo neposredno na podlagi postopkov v primeru insolventnosti in so z njimi tesno povezane.**

*(Glej 20., 21. in 28. točko obrazložitve ter izrek.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(17) Namen tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj iz postopka v glavni stvari je povečanje premoženja podjetja, ki je predmet postopka zaradi insolventnosti.

(18) Preučiti je treba, ali se prvi odstavek 3. člena Uredbe št. 1346/2000 uporablja za tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj.

(19) V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da je Sodišče v okviru sodne prakse v zvezi s Konvencijo z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in izvrševanju sodb v civilnih in trgovinskih zadevah (UL 1972, L 299, str. 32) razsodilo, da se tožba, podobna tožbi iz postopka v glavni stvari, nanaša na stečajni postopek, če je neposredna posledica stečaja in je strogo omejena na postopek sodne poravnave ali prekinitve plačil (glej sodbo z dne 22. februarja 1979 v zadevi Gourdain, 133/78, str. 733, 4. točko obrazložitve). Tožba, ki ima take značilnosti, torej ne spada na področje uporabe te konvencije.

(20) Prav to merilo je uporabljeno v šesti uvodni izjavi Uredbe št. 1346/2000 za omejitev predmeta te uredbe. Tako mora biti navedena uredba v skladu s to uvodno izjavo omejena na določbe, ki urejajo pristojnost za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti, in za odločbe, ki se sprejemajo neposredno na podlagi postopkov v primeru insolventnosti in so tesno povezane s takimi postopki.

(21) Ob upoštevanju tega namena zakonodajalca in polnega učinka te uredbe je treba prvi odstavek njenega 3. člena razlagati tako, da daje državi članici, na ozemlju katere je bil uveden postopek v primeru insolventnosti, tudi mednarodno pristojnost za obravnavo tožb, ki so vložene neposredno na podlagi teh postopkov in so z njimi tesno povezane.

(22) Taka koncentracija vseh tožb, neposredno povezanih z insolventnostjo podjetja, pri sodišču države članice, ki je pristojno za uvedbo postopka v primeru insolventnosti, je skladna tudi z namenom izboljšanja učinkovitosti in hitrosti postopkov v primeru insolventnosti s čezmejnimi učinki iz druge in osme uvodne izjave Uredbe št. 1346/2000.

(23) Poleg tega je ta razlaga skladna s četrto uvodno izjavo navedene uredbe, v skladu s katero se je treba za pravilno delovanje notranjega trga izogibati spodbujanju strank k prenosu premoženja ali sodnih postopkov iz ene države članice v drugo, s čimer bi skušale doseči ugodnejši pravni položaj (tako imenovani »forum shopping«).

(24) Vendar bi možnost, da bi bila različna sodišča pristojna za obravnavanje tožb za izpodbijanje pravnih dejanj, vloženih v več državah članicah, oslabilo izpolnitev takega cilja.

#### **Zadeva C-111/08 (2. 7. 2009)**

##### **SCT Industri AB i likvidation proti Alpenblume AB**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Högsta domstolen)

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Sodna pristojnost in izvrševanje odločb – Področje uporabe – Stečaj«

- Povzetek sodbe:

*Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Pristojnost in izvrševanje sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah – Uredba št. 44/2001 – Področje uporabe – Izključena področja – Stečaji, postopki prisilne poravnave in podobni postopki*

*(Uredba Sveta št. 44/2001, točka b drugega odstavka 1. člena)*

Izjemo iz točke b drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001 z dne 2. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah je treba razlagati tako, da se uporablja za odločbo sodišča države članice A o vpisu v register lastninske pravice na kapitalskih deležih družbe s sedežem v državi članici A, s katero je bil prenos teh deležev razglašen za ničen, ker sodišče države članice A ne priznava pristojnosti stečajnega upravitelja države članice B v stečajnem postopku, ki se začne in konča v državi članici B.

Tožba, na podlagi katere je bila izdana taka odločba, namreč izhaja neposredno iz postopka zaradi insolventnosti in je z njim tesno povezana. Po eni strani je vez med tožbo in postopkom v primeru insolventnosti posebej tesna, ker se spor nanaša izključno na lastništvo kapitalskih deležev, ki jih je v postopku zaradi insolventnosti prenesel upravitelj na podlagi določb, kakršne so te, ki jih je sprejela država članica B o stečajnih postopkih, ki odstopajo od splošnih pravil civilnega prava in predvsem stvarnega prava.

Tako sta prenos kapitalskih deležev in lastninska tožba, ki je bila zaradi tega vložena, neposredni in neločljivi posledici tega, da je upravitelj, pravni subjekt, ki se določi šele po začetku stečajnega postopka, izvršil pooblastilo, ki izhaja posebej iz določb nacionalnega prava, ki urejajo stečajne postopke. Po drugi strani pa sta vsebina in obseg odločbe, s katero je razglašena ničnost navedenega prenosa, tesno povezana s stečajnim postopkom, ker je razlog za ničnost prenosa natančno in izključno obseg pooblastil tega upravitelja v stečajnem postopku.

(Glej 25. do 28., 30., 31. in 33. točko obrazložitve ter izrek.)

- Iz obrazložitve sodbe:

(20) ... je treba ... opozoriti, da so stečajni in podobni postopki – zaradi posebnosti zadevne ureditve, ki zahteva posebna pravila, in velikih razlik med zakonodajami držav pogodbenic – izključeni s področja uporabe Bruseljske konvencije (glej v tem smislu sodbo z dne 22. februarja 1979 v zadevi Gourdain, 133/78, Recueil, str. 733, 3. točka obrazložitve, in poročilo P. Jenarda o Bruseljski konvenciji, UL 1979, C 59, str. 1).

(21) Sodišče je v okviru sodne prakse v zvezi z Bruseljsko konvencijo tako razsodilo, da se tožba nanaša na stečajni postopek, če je neposredna posledica stečaja in je strogo omejena na stečajni postopek ali postopek prisilne poravnave. Tožba, ki ima take značilnosti, torej ne spada na področje uporabe te konvencije.

(25) ... je za ugotovitev, ali se uporabi izjema iz b. točke drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001, odločilna stopnja povezave v smislu zgoraj navedene sodbe Gourdain med tožbo, kakršna se obravnava v postopku v glavni stvari, in postopkom zaradi insolventnosti.

(26) Ugotoviti je treba, da se v obravnavani zadevi ta povezava zdi posebej tesna.

#### **Zadeva C-292/08 (10. 9. 2009)**

##### **German Graphics Graphische Maschinen GmbH proti Alice van der Schee, stečajni upravitelji družbe Holland Binding BV**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden)

»Insolventnost – Uporaba prava države članice, v kateri je bil uveden postopek – Pridržek lastninske pravice – Kraj premoženja«

- Povzetek sodbe:

*1. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Sodna pristojnost in izvrševanje sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah – Uredba št. 44/2001 – Priznavanje in izvrševanje sodnih odločb – Sodne odločbe v smislu člena 25(1) in (2) Uredbe št. 1346/2000*



*(prvi in drugi odstavek 25. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000 ter Uredba sveta št. 44/2001)*

*2. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Sodna pristojnost in izvrševanje sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah – Uredba št. 44/2001 – Področje uporabe – Izključena področja – Stečaj, postopki v zvezi z likvidacijo plačilno nesposobnih podjetij ali drugih pravnih oseb, postopki prisilne poravnave in podobni postopki – Obseg*

*(točka b drugega odstavka 4. člena in prvi odstavek 7. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000 ter točka b drugega odstavka 1. člena Uredbe Sveta št. 44/2001)*

**(1) Drugi odstavek 25. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da izraz »pod pogojem, da se navedena konvencija uporablja« pomeni, da je treba – preden se lahko ugotovi, da se za druge odločbe, ki niso navedene v prvem odstavku 25. člena Uredbe št. 1346/2000, uporabijo pravila o priznavanju in izvrševanju iz Uredbe št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah – preveriti, ali niso navedene odločbe zunaj področja stvarne uporabe Uredbe št. 44/2001.**

Tako preverjanje je potrebno, ker ni izključeno, da so med sodnimi odločbami iz drugega odstavka 25. člena Uredbe št. 1346/2000, ki ne spadajo na njeno področje uporabe, tudi odločbe, ki ne spadajo niti na področje uporabe Uredbe št. 44/2001. V zvezi s tem je iz besedila drugega odstavka 25. člena razvidno, da se Uredba št. 44/2001 za sodno odločbo v smislu te določbe uporablja, če ta odločba spada na področje uporabe navedene uredbe. Lahko sklepamo, da če se zadevna sodna odločba ne nanaša na civilne ali gospodarske zadeve ali če v skladu s 1. členom Uredbe št. 44/2001 velja izključitev iz področja uporabe te uredbe, te ni mogoče uporabiti.

*(Glej 17., 18. in 20. točko obrazložitve ter 1. točko izreka.)*

**(2) Izjemo, določeno v točki b drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah v povezavi s prvim odstavkom 7. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti, je treba ob upoštevanju določb točke b drugega odstavka 4. člena slednje razlagati tako, da se ne uporablja za tožbo prodajalca, vloženo na podlagi določbe o pridržku lastninske pravice zoper kupca, ki je v stečaju, kadar je premoženje, na katero se nanaša ta določba, ob uvedbi postopka v primeru insolventnosti v državi članici, v kateri je bil zoper navedenega kupca uveden ta postopek.**

Stopnja povezave med tako tožbo in postopkom v primeru insolventnosti je namreč odločilna za ugotovitev, ali se zadevna izjema uporabi. Ker pa se želi z njo zagotoviti le uporaba določbe o pridržku lastninske pravice, se ta povezava ne zdi niti dovolj neposredna niti dovolj tesna, da bi bila uporaba Uredbe št. 44/2001 izključena. Taka tožba je zato samostojna tožba, ker nima podlage v predpisih o postopkih v primeru insolventnosti in ker ne zahteva niti uvedbe takega postopka niti posredovanja stečajnega upravitelja.

**Samo dejstvo, da je stečajni upravitelj stranka v sporu, se ne zdi dovolj za opredelitev takega postopka kot postopka, ki je neposredna posledica stečaja in ki je tesno povezan s stečajnim postopkom.**

*(Glej 29. do 33. in 38. točko obrazložitve ter 2. točko izreka.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(23) ... uvodne izjave kažejo na namen zakonodajalca Skupnosti, da ohrani široko definicijo pojma »civilne in gospodarske zadeve«, navedenega v prvem odstavku 1. člena Uredbe št. 44/2001, in posledično široko polje uporabe te uredbe.

(24) Tako razlago potrjuje tudi prvi stavek šeste uvodne izjave Uredbe št. 1346/2000, v skladu s katerim mora biti ta v skladu z načelom sorazmernosti omejena na določbe, ki urejajo pristojnost za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti, in na sodne odločbe, ki se sprejemajo neposredno na podlagi postopkov v primeru insolventnosti in so z njimi tesno povezane.

(25) Področja uporabe zadnje navedene uredbe zato ni mogoče široko razlagati.

(26) Ob tem pojasnilu je treba spomniti, da je Sodišče v okviru sodne prakse v zvezi z Bruseljsko konvencijo razsodilo, da se tožba nanaša na stečajni postopek, če je neposredna posledica stečaja in je strogo omejena na stečajni postopek ali postopek prisilne poravnave (glej sodbo z dne 22. februarja 1979 v zadevi Gourdain, 133/78, Recueil, str. 733, 4. točko obrazložitve). Taka tožba torej ne spada na področje uporabe te konvencije (glej sodbo z dne 12. februarja 2009 v zadevi Seagon, C-339/07, še neobjavljena v ZOdl., 19. točko obrazložitve).

(29) ... je za ugotovitev, ali se uporabi izjema iz točke b. drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001, odločilna stopnja povezave v smislu zgoraj navedene sodbe Gourdain med tožbo, kot je ta v postopku v glavni stvari, in postopkom v primeru insolventnosti.

(30) Vendar je treba ugotoviti, da se v položaju, kot je ta v zadevi v glavni stvari, ta povezava ne zdi niti dovolj neposredna niti dovolj tesna, da bi bila uporaba Uredbe št. 44/2001 izključena.

(35) ... ali prvi odstavek 7. člena Uredbe št. 1346/2000 lahko vpliva na opredelitev tožb, ki so povezane s postopki v primeru insolventnosti. Ta določba ... se omejuje na opredelitev, da »[u]vedba postopkov v primeru insolventnosti zoper kupca premoženja ne vpliva na pravice prodajalca, ki temeljijo na pridržku lastninske pravice, kadar je premoženje v času uvedbe postopkov na ozemlju države članice, ki ni država, v kateri s[o] bili uvedeni postopki«. Z drugimi besedami, navedena določba pomeni le materialno normo, katere namen je varovati prodajalca v zvezi s premoženjem, ki je zunaj države članice, v kateri je bil uveden postopek v primeru insolventnosti.

## Zadeva C-444/07 (21. 1. 2010)

### Postopek zaradi insolventnosti proti MG Probud Gdynia sp. z o.o.

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku)

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki v primeru insolventnosti – Zavrnitev, s strani države članice, priznanja odločbe o uvedbi postopka v primeru insolventnosti, ki jo je sprejelo pristojno sodišče druge države članice, in odločb v zvezi z vodenjem in končanjem tega postopka v primeru insolventnosti«

- Povzetek sodbe:

*Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki v primeru insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Priznanje postopka v primeru insolventnosti, ki ga je uvedlo sodišče države članice – Odločba o uvedbi postopka v primeru insolventnosti*

*(3., 4., 5., 10., 16., 17., 25. in 26. člen Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

**Uredbo št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da morajo po uvedbi postopka v primeru insolventnosti v državi članici, v kateri ima podjetje glavni sedež, pristojni organi druge države članice, v kateri to podjetje prek podružnice izvaja gradbena dela in v kateri ni bil uveden noben sekundarni postopek v primeru insolventnosti, priznati in izvršiti vse odločbe v zvezi s tem glavnim postopkom v primeru insolventnosti ob upoštevanju razlogov za zavrnitev, navedenih v tretjem odstavku 25. člena in 26. členu te uredbe, in torej ne smejo na podlagi predpisov te druge države članice odrediti izvršilnih ukrepov na premoženju insolventnega dolžnika, ki ga ima ta na ozemlju navedene druge države članice, kadar tega ne dovoljujejo predpisi države, v kateri je bil uveden postopek, in kadar niso izpolnjeni pogoji za uporabo 5. in 10. člena navedene uredbe.**

**Ob upoštevanju navedenega, in ker mora biti vsak glavni postopek v primeru insolventnosti univerzalen, vključuje postopek v primeru insolventnosti, ki je bil uveden v državi članici, vsa sredstva dolžnika, vključno s tistimi, ki so v drugi državi članici, pravo države članice, v kateri je bil postopek uveden, pa ne ureja samo uvedbe postopka v primeru insolventnosti, ampak tudi njegovo vodenje in končanje. Zato to pravo ureja, kakšna je usoda premoženja, ki je v drugih državah članicah, in kakšne učinke ima postopek v primeru insolventnosti na ukrepe, katerih predmet je lahko to premoženje.**

*(Glej 43., 46. in 47. točko obrazložitve ter izrek.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(23) Univerzalnost glavnega postopka v primeru insolventnosti vpliva tudi na pooblastila upravitelja, saj lahko v skladu s prvim odstavkom 18. člena Uredbe

upravitelj, ki ga je imenovalo sodišče, pristojno po prvem odstavku 3. člena Uredbe, v drugi državi članici izvršuje vsa pooblastila, če v navedeni državi članici niso bili uvedeni drugi postopki v primeru insolventnosti.

(24) Iz tega sledi, da lahko samo uvedba sekundarnega postopka v primeru insolventnosti omeji univerzalne učinke glavnega postopka v primeru insolventnosti.

(40) Ker je postopek v primeru insolventnosti, ki je bil uveden zoper družbo MG Probud, na seznamu Priloge A k Uredbi, iz uporabe 3. člena te uredbe izhaja, da so poljska sodišča pristojna za uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti in za sprejetje vseh odločb v zvezi z njegovim vodenjem in končanjem. Poleg tega iz uporabe 4. člena navedene uredbe izhaja, da se za navedeni postopek v primeru insolventnosti in njegove učinke uporablja poljsko pravo.

(41) Poleg tega lahko v skladu z 18. členom Uredbe upravitelj, ki ga pod pogojem, da je na seznamu Priloge C k Uredbi, določi poljsko sodišče, na ozemlju druge države članice izvršuje vsa pooblastila, ki mu pripadajo po poljskem pravu, zlasti pa lahko odstrani dolžnikovo premoženje z ozemlja države članice, na katerem ga dolжник ima.

(43) Ob upoštevanju navedenega, in ker mora biti vsak glavni postopek v primeru insolventnosti univerzalen, vključuje postopek v primeru insolventnosti, ki je bil uveden na Poljskem, vsa sredstva družbe MG Probud, vključno s tistimi, ki so v Nemčiji, poljsko pravo pa ne ureja samo uvedbe postopka v primeru insolventnosti, ampak tudi njegovo vodenje in končanje. Zato to pravo ureja, kakšna je usoda premoženja, ki je v drugih državah članicah, in kakšne učinke ima postopek v primeru insolventnosti na ukrepe, katerih predmet je lahko to premoženje.

(44) Ker je s poljskim zakonom z dne 28. februarja 2003 o insolventnosti in sanaciji, kakor je bil spremenjen, po uvedbi postopka v primeru insolventnosti zoper dolžnika prepovedano začeti izvršilne postopke na premoženju iz stečajne mase, pristojni nemški organi na podlagi nemških predpisov ne morejo veljavno odrediti izvršilnih ukrepov na premoženju družbe MG Probud, ki ga ima ta v Nemčiji.

#### **Zadeva C-396/09 (20. 10. 2011)**

#### **Interedil Srl v likvidaciji proti Fallimento Interedil Srl in Intesa Gestione Crediti SpA**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale di Bari)

»Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Pristojnost sodišča nižje stopnje, da Sodišču zastavi vprašanje za predhodno odločanje – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki zaradi insolventnosti – Mednarodna pristojnost – Središče dolžnikovih glavnih interesov – Prenos sedeža v drugo državo članico – Pojem 'poslovalnica'«

- Povzetek sodbe:

*1. Vprašanja za predhodno odločanje – Pristojnost Sodišča – Akt, sprejet na podlagi naslova IV tretjega dela Pogodbe ES*

*(267. člen PDEU)*

2. *Pravo Unije – Primarnost – Nacionalno pravo, ki je z njim v nasprotju – Ex lege neuporaba veljavnih pravil – Obveznost upoštevanja navodil hierarhično višjega sodišča, ki niso skladna s pravom Unije – Nedopustnost*

*(267. člen PDEU)*

3. *Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopka zaradi insolventnosti – Sodni organi države članice središča dolžnikovih glavnih interesov*

*(prvi odstavek 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

4. *Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopka zaradi insolventnosti – Sodni organi države članice središča dolžnikovih glavnih interesov – Merila za določanje*

*(drugi stavek prvega odstavka 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

5. *Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopka zaradi insolventnosti – Sekundarni postopek*

*(drugi odstavek 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

**(1) V skladu z 267. členom PDEU imajo sodišča, zoper odločbe katerih je mogoče pravno sredstvo po nacionalnem pravu, od 1. decembra 2009 pravico do vložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe, če gre za akte, sprejete na podlagi naslova IV Pogodbe.**

**Glede na učinkovito sodelovanje med Sodiščem in nacionalnimi sodišči, ki je cilj 267. člena PDEU, ter glede na načelo ekonomičnosti postopka je treba šteti, da je Sodišče od 1. decembra 2009 pristojno za odločanje o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo sodišče, zoper odločitve katerega se po nacionalnem pravu lahko vložijo pravno sredstvo, in to tudi če je bil predlog vložen pred tem dnevom.**

*(Glej 19. in 20. točko obrazložitve.)*

**(2) Pravo Unije nasprotuje temu, da je nacionalno sodišče vezano na pravilo nacionalne procesne določbe, na podlagi katerega pravna presoja hierarhično višjega nacionalnega sodišča zanj velja, kadar je očitno, da presoja hierarhično višjega sodišča ni v skladu s pravom Unije, kot ga razlaga Sodišče.**

**Prvič, obstoj nacionalnega postopkovnega pravila, na podlagi katerega so nacionalna sodišča, ki ne odločajo na zadnji stopnji, vezana na presojo višjih sodišč, namreč ne sme ovreči možnosti, ki jo imajo nacionalna sodišča, ki ne odločajo na zadnji stopnji, da Sodišču predložijo predlog za sprejetje predhodne odločbe, kadar so v dvomih o razlagi prava Unije.**

Drugič, sodba, ki jo Sodišče izreče v okviru predhodnega odločanja, je zavezujoča za nacionalno sodišče glede razlage ali veljavnosti zadevnih aktov institucij Unije za rešitev spora v glavni stvari.

Poleg tega ima nacionalno sodišče, ki v okviru svojih pristojnosti uporablja določbe prava Unije, dolžnost zagotoviti popolno učinkovanje teh določb, pri čemer lahko po potrebi odloči, da ne bo uporabilo neskladnih določb nacionalne zakonodaje, ne da bi mu bilo treba zaprositi za predhodno odpravo te nacionalne določbe po zakonodajni poti ali kakšnem drugem ustavnem postopku ali čakati nanjo.

*(Glej 35., 36., 38. in 39. točko obrazložitve ter 1. točko izreka.)*

(3) Pojem »središče glavnih interesov« dolžnika v smislu prvega odstavka 3. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati ob upoštevanju prava Unije.

Gre namreč za pojem, ki je lasten tej uredbi, ki ima zato samostojen pomen in ga je torej treba razlagati enotno in neodvisno od nacionalnih zakonodaj.

*(Glej 43. in 44. točko obrazložitve ter 2. točko izreka.)*

(4) Za določitev središča glavnih interesov družbe dolžnice je treba drugi stavek prvega odstavka 3. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti razlagati tako, da je treba središče glavnih interesov družbe dolžnice določiti tako, da se prvotno upošteva kraj uprave te družbe, kot ga je mogoče določiti na podlagi objektivnih elementov, ki jih lahko preverijo tretje osebe. Če so vodstveni in nadzorni organi družbe na statutarnem sedežu družbe in če se odločitve glede upravljanja te družbe sprejemajo v tem kraju tako, da to lahko preverijo tretje osebe, domneve iz te določbe ni mogoče ovreči. Če kraj uprave družbe ni na statutarnem sedežu družbe, je mogoče navzočnost premoženja družbe in obstoj pogodb o njegovi finančni uporabi v državi članici, v kateri družba nima statutarnega sedeža, šteti za elementa, ki zadostujeta za ovrženje domneve zakonodajalca Unije, le če je s celovito presojo vseh upoštevanih elementov mogoče ugotoviti, da sta dejansko središče uprave in nadzora te družbe ter kraj upravljanja njenih interesov v tej drugi državi članici, in sicer tako da to lahko preverijo tretje osebe.

V primeru prenosa statutarnega sedeža družbe dolžnice pred vložitvijo predloga za uvedbo postopka v primeru insolventnosti se domneva, da je središče glavnih interesov te družbe na novem statutarnem sedežu te družbe.

*(Glej 59. točko obrazložitve in 3. točko izreka.)*

(5) Pojem »poslovalnica« v smislu drugega odstavka 3. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da predpostavlja strukturo z minimalno organizacijo in neko stabilnostjo glede opravljanja gospodarske dejavnosti. Zgolj obstoj premoženja ali bančnih računov načeloma ne zadostuje za tako opredelitev.

*(Glej 64. točko obrazložitve in 4. točko izreka.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(18) Na podlagi prvega odstavka 68. člena ES ... so imela le tista nacionalna sodišča, zoper odločitev katerih po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, pravico Sodišču zastaviti vprašanje za predhodno odločanje, da bi prejela razlago aktov, ki so jih institucije Skupnosti sprejele na podlagi naslova IV Pogodbe ES.

(19) [Ker] je bil 68. člen ES z začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe 1. decembra 2009 razveljavljen[.] pravica do predložitve vprašanj v predhodno odločanje Sodišču, ki jo je določal ta člen, zdaj ni več omejena. V skladu z 267. členom PDEU imajo sodišča, zoper akte katerih je mogoče pravno sredstvo po nacionalnem pravu, od tega dne pravico do vložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe, če gre za akte, sprejete na podlagi naslova IV Pogodbe (glej v tem smislu sodbo z dne 17. februarja 2011 v zadevi Weryński, C-283/09, 28. in 29. točko obrazložitve).

(23) Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da Sodišče **lahko odločanje o vprašanju za predhodno odločanje, ki ga zastavi nacionalno sodišče, zavrne le, če razlaga prava Unije, ki jo zahteva nacionalno sodišče, očitno nima nobene zveze z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če gre za hipotetičen primer ali če Sodišče nima na voljo potrebnih dejanskih in pravnih elementov, da bi lahko koristno odgovorilo na postavljena vprašanja** (glej zlasti sodbo z dne 7. decembra 2010 v zadevi VEBIC, C-439/08, ZOdl., str. I-12471, 42. točko obrazložitve in navedeno sodno prakso).

(24) ... je Uredba omejena zgolj na poenotenje pravil o mednarodni pristojnosti, priznavanje odločb in pravo, ki se uporablja v postopkih v primeru insolventnosti, ki imajo čezmejne učinke. Vprašanje pristojnosti [za vložitve] predloga za uvedbo stečajnega postopka zoper dolžnika še vedno ureja veljavno nacionalno pravo.

(35) Sodišče je že presodilo, da se zaradi obstoja nacionalnega postopkovnega pravila ne sme podvomiti o možnosti, ki jo imajo nacionalna sodišča, ki ne odločajo na zadnji stopnji, da Sodišču predložijo predlog za sprejetje predhodne odločbe, kadar imajo, kot v tem primeru, dvome glede razlage prava Unije (sodba z dne 5. oktobra 2010 v zadevi Elčinov, C-173/09, ZOdl., str. I-8889, 25. točka obrazložitve).

(36) Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je sodba, ki jo Sodišče izreče v okviru predhodnega odločanja, zavezujoča za nacionalno sodišče glede razlage ali veljavnosti zadevnih aktov institucij Unije za rešitev spora v glavni stvari (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Elčinov, 29. točko obrazložitve).

(37) ... je nacionalno sodišče, ki je uporabilo možnost, ki mu jo daje drugi odstavek 267. člena PDEU, za rešitev spora o glavni stvari vezano na razlago zadevnih določb, ki jo je podalo Sodišče, in mora glede na okoliščine primera odstopiti od presoje hierarhično višjega sodišča, če glede na to razlago meni, da ta presoja ni skladna s pravom Unije (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Elčinov, 30. točko obrazložitve).

(38) ... ima v skladu z ustaljeno sodno prakso nacionalno sodišče, ki v okviru svojih pristojnosti uporablja določbe prava Unije, dolžnost zagotoviti popolno učinkovanje

teh določb, pri čemer lahko po potrebi odloči, da ne bo uporabilo neskladnih določb nacionalne zakonodaje – v tem primeru nacionalnega postopkovnega pravila – ne da bi mu bilo treba zaprositi za predhodno odpravo te nacionalne določbe po zakonodajni poti ali kakšnem drugem ustavnem postopku ali čakati nanjo (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Elčinov, 31. točko obrazložitve).

(42) Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da iz zahtev za enotno uporabo prava Unije in iz načela enakosti izhaja, da je treba izraze iz določbe prava Unije, ki se pri opredelitvi smisla in področja uporabe ne sklicuje posebej na pravo držav članic, običajno razlagati samostojno in enotno v celotni Uniji, pri čemer je treba pri tej razlagi upoštevati sobesedilo določbe in cilj, ki mu sledi zadevna ureditev (glej zlasti sodbo z dne 29. oktobra 2009 v zadevi NCC Construction Danmark, C-174/08, ZOdl., str. I-10567, 24. točko obrazložitve in navedeno sodno prakso).

(47) Čeprav Uredba ne opredeljuje pojma središča dolžnikovih glavnih interesov, pa je vsebina tega pojma, kot je ugotovilo Sodišče v 32. točki obrazložitve sodbe Eurofood IFSC, pojasnjena v trinajsti uvodni izjavi Uredbe, v kateri je navedeno, da mora »[z]a središče dolžnikovih glavnih interesov veljati kraj rednega poslovanja dolžnika in je zato preverljiv za tretje osebe«.

(54) ... Uredba ne vsebuje izrecnih določb glede posebnega primera prenosa središča dolžnikovih glavnih interesov. Glede na splošne izraze iz prvega odstavka 3. člena Uredbe se torej šteje, da se za določitev sodišča, pristojnega za uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti, upošteva kraj, v katerem je bilo nazadnje to središče.

(55) Ta razlaga je podkrepljena s sodno prakso Sodišča. To je namreč odločilo, da če je prišlo do prenosa središča dolžnikovih glavnih interesov po vložitvi predloga za uvedbo postopka v primeru insolventnosti, vendar pred izdajo odločbe o uvedbi postopka, sodišče države članice, na ozemlju katere je središče glavnih interesov ob vložitvi predloga, ostane pristojno za odločanje o njem (sodba z dne 17. januarja 2006 v zadevi Staubitz-Schreiber, C-1/04, ZOdl., str. I-701, 29. točka obrazložitve). Iz tega je treba sklepati, da je načeloma za določanje pristojnega sodišča odločilna lokalizacija središča dolžnikovih glavnih interesov ob vložitvi predloga za uvedbo postopka v primeru insolventnosti.

(58) ... pojem središča glavnih interesov ustreza hotenju, da se vzpostavi povezava s krajem, s katerim je družba objektivno in za tretje osebe očitno najtesneje povezana. Logično je torej, da ima v takem primeru prednost kraj zadnjega središča glavnih interesov ob izbrisu in prenehanju vsakršne dejavnosti družbe dolžnice.

(61) ... točka h 2. člena Uredbe opredeljuje pojem poslovalnice kot kraj poslovanja, v katerem dolžnik opravlja stalno gospodarsko dejavnost, ki predpostavlja udeležbo ljudi in premoženja.

(62) Dejstvo, da ta opredelitev povezuje opravljanje gospodarske dejavnosti z udeležbo ljudi, dokazuje, da sta potrebni minimalna organizacija in določena stabilnost. Iz tega *a contrario* izhaja, da zgolj premoženje ali zgolj bančni računi načeloma niso dovolj, da lahko govorimo o »poslovalnici«.



(63) Če so v skladu z drugim odstavkom 3. člena Uredbe zaradi navzočnosti poslovalnice na ozemlju države članice sodišča te države članice pristojna za uvedbo sekundarnega postopka v primeru insolventnosti zoper dolžnika, je treba zaradi zagotovitve pravne varnosti in predvidljivosti glede določanja pristojnih sodišč obstoj poslovalnice po vzoru lokalizacije središča glavnih interesov presojati na podlagi objektivnih elementov, ki jih lahko preverijo tretje osebe.

#### **Zadeva C-112/10 (17. 11. 2011)**

##### **Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen proti Zaza Retail BV**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hof van Cassatie)

»Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki v primeru insolventnosti – Uvedba krajevnih postopkov v primeru insolventnosti – Pogoji, ki jih določa upoštevno nacionalno pravo in ki preprečujejo uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti – Upnik, ki lahko predlaga uvedbo krajevnega postopka v primeru insolventnosti«

- Povzetek sodbe:

*1. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti – Uvedba teritorialnega postopka pred uvedbo glavnega postopka – Pogoji*

*(točka a četrtega odstavka 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

*2. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopkov v primeru insolventnosti – Uvedba teritorialnega postopka pred uvedbo glavnega postopka – Pogoji*

*(točka b četrtega odstavka 3. člena Uredbe Sveta št. 1346/2000)*

**(1) Točka a četrtega odstavka 3. člena Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti se nanaša na primere, v katerih uvedba glavnega postopka v primeru insolventnosti ni mogoča; v teh primerih mora biti uvedba glavnega postopka objektivno nemogoča in ne sme biti odvisna od posamičnih okoliščin, v katerih se predlaga uvedba takega postopka. Ta nemožnost lahko izhaja iz lastnosti dolžnika, ne more pa biti samo posledica dejstva, da določena oseba, kot je zastopnik državnega tožilstva države članice, na katere ozemlju ima dolžnik poslovalnico, po pravu države članice, na katere ozemlju je središče dolžnikovih glavnih interesov, nima lastnosti, ki so potrebne za to, da bi lahko predlagala uvedbo glavnega postopka v zadnje navedeni državi članici.**

**Zato je treba izraz »pogoji, ki jih določa« iz točke a četrtega odstavka 3. člena Uredbe, ki se neposredno nanaša na pogoje, s katerimi pravo države članice, na katere ozemlju je središče dolžnikovih glavnih interesov, preprečuje uvedbo glavnega postopka v primeru insolventnosti v tej državi, razlagati**

**tako, da se ne nanaša na pogoje, s katerimi se iz kroga oseb, ki imajo pravico predlagati uvedbo takega postopka, izključujejo nekatere osebe.**

*(Glej 21., 23., 24. in 26. točko obrazložitve ter 1. točko izreka.)*

**(2) Namen Uredbe št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti, je – kot izhaja iz 17. točke njene uvodne izjave – da se primeri, v katerih se uvedba sekundarnih postopkov lahko predlaga pred glavnimi postopki v primeru insolventnosti, omejijo na tisto, kar je neizogibno. Pogoje za uvedbo samostojnega teritorialnega postopka na podlagi točke b četrtega odstavka 3. člena te uredbe je treba torej razumeti v ožjem pomenu.**

**Tako je treba pojem »upnik« iz te določbe, s katerim se označuje krog oseb, ki imajo pravico predlagati uvedbo teritorialnega postopka, razlagati tako, da ne vključuje organa države članice, ki ima v skladu s pravom te države nalogo, da ukrepa v splošnem interesu, vendar ne nastopa niti v vlogi upnika niti v imenu in za račun upnikov.**

*(Glej 22., 29. in 34. točko obrazložitve ter 2. točko izreka.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(18) Za uvedbo sekundarnega ali teritorialnega postopka morajo biti izpolnjeni pogoji, ki se razlikujejo glede na to, ali je bil glavni postopek že uveden ali ne. Pri prvi možnosti gre za »sekundarni postopek«, ki ga urejajo določbe poglavja III Uredbe. Pri drugi gre za samostojni »teritorialni postopek«, primeri, v katerih se ta uvede, pa so določeni v četrtem odstavku 3. člena Uredbe. Ta določba ureja dva položaja, in sicer, prvič, ko zaradi pogojev, ki jih določa pravo države članice, na katere ozemlju je središče dolžnikovih glavnih interesov, uvedba glavnega postopka ni mogoča, in drugič, ko uvedbo teritorialnega postopka v državi članici, na katere ozemlju ima dolžnik poslovalnico, predlagajo nekateri upniki, ki so v posebni povezavi s tem ozemljem.

(21) ... se točka a. četrtega odstavka 3. člena Uredbe nanaša na primere, v katerih »uvedba [glavnega postopka v primeru insolventnosti] ni mogoča«. V sedemnajsti uvodni izjavi pa je opisan položaj, ko pravo države članice, v kateri je središče dolžnikovih glavnih interesov, »ne dovoljuje uvedbe« takega postopka. Iz besedila teh dveh določb izhaja, da mora biti uvedba glavnega postopka objektivno nemogoča in ne sme biti odvisna od posamičnih okoliščin, v katerih se predlaga uvedba takega postopka.

(22) Ta razlaga je skladna z namenom točke a. četrtega odstavka 3. člena Uredbe, da so – kot izhaja iz njene sedemnajste uvodne izjave – primeri, v katerih se uvedba teritorialnih postopkov v primeru insolventnosti lahko predlaga pred glavnimi postopki v primeru insolventnosti, omejeni na tisto, kar je neizogibno. Čeprav ureditev, ki je bila vzpostavljena z Uredbo, omogoča vzporednost glavnega in sekundarnih postopkov, pa je treba pri tem, kot je poudarjeno v dvanajsti uvodni izjavi te uredbe, upoštevati obvezna pravila o koordinaciji, s katerimi se zagotavlja enotnost v Skupnosti. Take koordinacije pa ni mogoče zagotoviti, dokler glavni postopek ni bil uveden.

(24) ... nemožnost uvedbe glavnega postopka v primeru insolventnosti ne more biti samo posledica dejstva, da določena oseba, kot je zastopnik državnega tožilstva države članice, na katere ozemlju ima dolžnik poslovalnico, po pravu države članice, na katere ozemlju je središče dolžnikovih glavnih interesov, nima lastnosti, ki so potrebne za to, da bi lahko predlagala uvedbo glavnega postopka v zadnjenavedeni državi članici. Če namreč ni sporno, da lahko druge osebe, zlasti upniki, vložijo tak predlog, je iz tega razvidno, da je uvedba glavnega postopka dejansko mogoča.

(28) ... Uredba pojma upnika ne opredeljuje.

(29) ... je treba iz razlogov, ki so navedeni v 21. in 22. točki obrazložitve te sodbe, pogoje za uvedbo teritorialnega postopka na podlagi točke b. četrtega odstavka 3. člena Uredbe razumeti v ožjem pomenu.

(30) Da gre za ožji pomen, je razvidno iz primerjave določb tega člena in določb 29. člena, ki se nanaša na pravico zahtevati uvedbo sekundarnega postopka. Medtem ko ima na podlagi zadnjenavedenega člena to pravico upravitelj v glavnih postopkih v primeru insolventnosti ali katera koli druga oseba ali organ, ki ima to pravico po pravu države članice, kjer se zahteva uvedba sekundarnega postopka, je na podlagi točke b. četrtega odstavka 3. člena Uredbe krog upravičenih oseb omejen na nekatere upnike, ki so v posebni povezavi z državo članico, na katere ozemlju je zadevna dolžnikova poslovalnica. To so upniki iz te države članice in upniki te poslovalnice.

(32) ... je naloga državnega tožilstva v teh postopkih, da ukrepa v splošnem interesu. Ukrepanje tega javnega organa je namenjeno temu, da se pravočasno poskrbi za težave nekega podjetja, s čimer se, kadar je to potrebno, nadomesti neukrepanje dolžnika in njegovih upnikov. Čeprav ni mogoče izključiti tega, da je lahko ukrepanje državnega tožilstva v nekaterih primerih v interesu vseh upnikov ali vsaj nekaterih od njih, se zdi nesporno, da ta organ ne nastopa niti v vlogi upnika niti v vlogi zastopnika vseh upnikov. ... v belgijskem pravu državno tožilstvo ne ukrepa v imenu in za račun upnikov.

#### **Zadeva C-191/10 (15. 12. 2011)**

##### **Rastelli Davide e C. Snc proti Jeanu-Charlesu Hidouxu, sodnemu stečajnemu upravitelju za družbo Médiasucre International**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Cour de Cassation (Francija))

»Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki v primeru insolventnosti – Mednarodna pristojnost – Razširitev postopka v primeru insolventnosti, ki je bil uveden v zvezi z družbo s sedežem v državi članici, na družbo s statutarnim sedežem v drugi državi članici zaradi združitve premoženja«

- Povzetek sodbe:

*1. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopka v primeru insolventnosti – Sodišča države članice, v kateri je središče glavnih interesov dolžnika*

*(Uredba Sveta št. 1346/2000)*

*2. Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba št. 1346/2000 – Mednarodna pristojnost za uvedbo postopka v primeru insolventnosti – Sodišča države članice, v kateri je središče glavnih interesov dolžnika – Merila za določitev*

*(Uredba Sveta št. 1346/2000)*

**1. Uredbo št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da lahko sodišče države članice, ki je zoper neko družbo uvedlo glavni postopek v primeru insolventnosti dolžnika, pri čemer je ugotovilo, da je središče njenih glavnih interesov na ozemlju te države, ta postopek na podlagi pravila svojega nacionalnega prava razširi na drugo družbo, katere statutarni sedež je v drugi državi članici, le če se dokaže, da je središče glavnih interesov druge družbe v prvi državi članici.**

V ureditvi določanja pristojnosti držav članic, ki jo vzpostavlja navedena uredba in temelji na središču glavnih interesov dolžnika, namreč obstaja posebna sodna pristojnost za vsakega dolžnika, ki je pravno ločen subjekt.

Možnost, da sodišče, ki je bilo v skladu s prvim odstavkom 3. člena Uredbe št. 1346/2000 izbrano za pristojno glede dolžnika, z uporabo nacionalnega prava v postopek v primeru insolventnosti vključi drug pravni subjekt le zaradi združitve premoženja, ne da bi proučilo, kje je središče glavnih interesov tega subjekta, bi pomenila izogibanje ureditvi, ki je bila uvedena s to uredbo. Iz tega bi izhajala zlasti nevarnost nastanka pozitivnih sporov o pristojnosti med sodišči posameznih držav članic, čemur se je skušalo izogniti prav s to uredbo, da bi se zagotovilo enako obravnavanje postopkov v primeru insolventnosti znotraj Unije.

*(Glej 25., 28. in 29. točko obrazložitve ter 1. točko izreka.)*

**2. Uredbo št. 1346/2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da če je zoper družbo, ki ima statutarni sedež na ozemlju države članice, vložena tožba, katere namen je na to družbo razširiti učinke postopka v primeru insolventnosti, ki je bil v drugi državi članici uveden zoper drugo družbo s sedežem na ozemlju te druge države članice, zgolj ugotovitev združitve premoženja teh družb ne zadostuje za dokaz, da je središče glavnih interesov družbe, zoper katero je bila vložena tožba, prav tako na ozemlju druge države članice. Za ovrženje domneve, da je to središče v kraju statutarnega sedeža, mora splošna presoja vseh upoštevanih elementov omogočati ugotovitev – ki jo lahko preverijo tretje osebe – da je dejanski sedež vodstvenih in nadzornih organov družbe, zoper katero je bila**

**vložena tožba za razširitev postopka, v državi članici, v kateri je bil uveden prvotni postopek v primeru insolventnosti.**

*(Glej 39. točko obrazložitve in 2. točko izreka.)*

- Iz obrazložitve sodbe:

(14) ... v Uredbi ni pravila o pristojnosti, niti sodni niti zakonodajni, ki bi se izrecno nanašalo na razširitev – zaradi združitve premoženja – postopka v primeru insolventnosti, ki je bil uveden v državi članici, na družbo, ki ima statutarni sedež v drugi državi članici.

(20) ... je Sodišče razsodilo, da je treba prvi odstavek 3. člena Uredbe razlagati tako, da daje sodiščem države članice, na ozemlju katere je bil uveden postopek v primeru insolventnosti, tudi mednarodno pristojnost za obravnavo tožb, ki so vložene neposredno na podlagi prvotnega postopka v primeru insolventnosti in so z njim tesno povezane, v smislu uvodne izjave 6 Uredbe (glej sodbo z dne 12. februarja 2009 v zadevi Seagon, C-339/07, ZOdl., str. I-767, 19. do 21. točko obrazložitve).

(23) ... ima razširitev prvotnega postopka na dodatnega dolžnika, ki se pravno razlikuje od dolžnika, na katerega se nanaša ta postopek, za dodatnega dolžnika enake učinke kot odločba o uvedbi postopka v primeru insolventnosti.

(25) ... obstaja posebna sodna pristojnost za vsakega dolžnika, ki je pravno ločen subjekt (sodba Eurofood IFSC, 30. točka obrazložitve).

(26) ... je treba sklepati, da odločbo, ki v zvezi z nekim pravnim subjektom povzroči enake učinke kot odločba o uvedbi glavnega postopka v primeru insolventnosti, lahko sprejmejo le sodišča države članice, ki bi bila pristojna za uvedbo takega postopka.

(28) ... bi možnost, da sodišče, ki je bilo v skladu s to določbo izbrano za pristojno glede dolžnika, z uporabo nacionalnega prava v postopek v primeru insolventnosti vključi drug pravni subjekt le zaradi združitve premoženja, ne da bi proučilo, kje je središče glavnih interesov tega subjekta, pomenila izogibanje ureditvi, ki je bila uvedena s to uredbo. Iz tega bi izhajala zlasti nevarnost nastanka pozitivnih sporov o pristojnosti med sodišči posameznih držav članic, čemur se je skušalo izogniti prav z Uredbo, da bi se zagotovilo enako obravnavanje postopkov v primeru insolventnosti znotraj Unije.

(31) ... je pojem »središče glavnih interesov« dolžnika v smislu prvega odstavka 3. člena Uredbe pojem, ki je lasten tej uredbi, ki ima zato samostojen pomen in ga je treba torej razlagati enotno in neodvisno od nacionalnih zakonodaj (sodbi Eurofood IFSC, 31. točka obrazložitve, in Interedil, 43. točka obrazložitve). Čeprav Uredba ne opredeljuje tega pojma, pa je njegova vsebina pojasnjena v trinajsti uvodni izjavi Uredbe, v kateri je navedeno, da mora »[z]a središče dolžnikovih glavnih interesov [...] veljati kraj rednega poslovanja dolžnika in je zato preverljiv za tretje osebe« (sodbi Eurofood IFSC, 32. točka obrazložitve, in Interedil, 47. točka obrazložitve).

(32) Za družbe se v skladu z drugim stavkom prvega odstavka 3. člena Uredbe domneva, da je njihovo središče glavnih interesov tam, kjer imajo statutarni sedež. Ta domneva in to, da se besedilo trinajste uvodne izjave Uredbe sklicuje na kraj opravljanja interesov, izražata voljo zakonodajalca Unije, da kot merilo za pristojnost raje upošteva kraj uprave družbe (sodba Interedil, 48. točka obrazložitve).

(38) ... združitev premoženja ne pomeni nujno enotnega središča interesov. Ni namreč mogoče izključiti, da tako združitev organizirajo vodstveni in nadzorni organi, ki so v dveh različnih državah članicah.

### **Zadeva C-213/10 (19. 4. 2012)**

#### **F-Tex SIA proti Lietuvos-Anglijos UAB »JadecLOUD-Vilma«**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litva))

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Člen 3(1) – Pojem tožbe, ki je v zvezi s postopkom zaradi insolventnosti in je z njim tesno povezana – Uredba (ES) št. 44/2001 – Člen 1(1) in (2)(b) – Pojma 'civilna in gospodarska zadeva' in 'stečaj' – Tožba, vložena na podlagi odstopa stečajnega upravitelja svoje pravice do izpodbijanja pravnih dejanj«

- Povzetek sodbe:

**Prvi odstavek 1. člena Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah je treba razlagati tako, da tožba, ki jo tožeča stranka vložijo proti tretji osebi na podlagi odstopa terjatve, ki ga opravi stečajni upravitelj, določen v postopku zaradi insolventnosti, in katerega predmet je pravica do izpodbijanja pravnih dejanj, ki jo ima ta stečajni upravitelj na podlagi nacionalnega prava, ki se uporabi v tem postopku, spada pod pojem civilne in gospodarske zadeve v smislu te določbe.**

- Iz obrazložitve sodbe:

(29) ... točka b. drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001 s področja uporabe te uredbe – katere namen je v skladu z njeno sedmo uvodno izjavo, da se uporablja za vse civilne in gospodarske zadeve, razen točno opredeljenih zadev – izključuje le tožbe, ki so vložene neposredno na podlagi postopkov zaradi insolventnosti in so z njimi tesno povezane. ... samo tožbe, ki so vložene neposredno na podlagi postopkov zaradi insolventnosti in so z njimi tesno povezane, spadajo na področje uporabe Uredbe št. 1346/2000.

(33) ... je Sodišče glede tožbe, s katero je tožeča stranka kot stečajni upravitelj prek tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj na podlagi insolventnosti dolžnika zahtevala vrnitev zneska, ki ga je plačal ta dolžnik, razsodilo, da se za tako tožbo uporabi prvi odstavek 3. člena Uredbe št. 1346/2000 (glej v tem smislu sodbo Seagon, 28. točko obrazložitve).

(34) Sodišče je ... v sodbi SCT Industri glede priznanja odločbe o razglasitvi ničnosti odstopa, ki ga je opravil stečajni upravitelj, določen v okviru postopka zaradi insolventnosti, ker ta upravitelj ni bil pristojen za razpolaganje z odstopljenim premoženjem, razsodilo, da tako vprašanje spada pod pojem stečaja v smislu točke b. drugega odstavka 1. člena Uredbe št. 44/2001 (glej v tem smislu sodbo SCT Industri, 33. točko obrazložitve).

(35) Vendar se ta spor o glavni stvari razlikuje od položajev, ki sta privedla do teh sodb.

(36) Tožeča stranka v sporu o glavni stvari drugače od tožeče stranke v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba Seagon, namreč ni stečajni upravitelj, torej organ postopka zaradi insolventnosti, temveč prevzemnik neke pravice.

(37) Poleg tega se ta spor o glavni stvari drugače kot v zadevi, v kateri je bila izdana sodba SCT Industri, ne nanaša na veljavnost odstopa, ki ga je opravil stečajni upravitelj, niti se ne izpodbija njegova pristojnost odstopiti svojo pravico do izpodbijanja pravnih dejanj.

(40) ... ima pravica, na podlagi katere je tožeča stranka v glavni stvari vložila tožbo, zvezo z insolventnostjo dolžnika, saj izvira iz pravice do izpodbijanja pravnih dejanj, ki jo stečajnemu upravitelju daje nacionalno pravo, ki se uporablja v postopku zaradi insolventnosti. Vseeno [pa je] vprašanje, ali pridobljena pravica, potem ko postane del premoženja prevzemnika, ohrani neposredno zvezo z insolventnostjo dolžnika.

(42) ... za izvrševanje pravice, ki jo je pridobil prevzemnik, veljajo druga pravila, kot se uporabljajo v postopku zaradi insolventnosti.

(43) Na prvem mestu, prevzemnik – drugače od stečajnega upravitelja, ki mora načeloma ravnati v interesu upnikov – lahko terjatev, ki jo je pridobil, uveljavi ali pa tudi ne. ... družba F-Text ni bila zakonsko zavezana izterjati odstopljene terjatve.

(44) Na drugem mestu, prevzemnik, če se odloči uveljaviti svojo terjatev, ravna v svojem interesu in za svojo osebno korist. Tako kot terjatev, na kateri temelji njegova zahteva, prihodek iz tožbe, ki jo je vložil, postane del njegovega osebnega premoženja. Posledice njegove tožbe so torej drugačne od posledic tožbe za izpodbijanje pravnih dejanj, ki jo vloži stečajni upravitelj in katere namen je povečanje premoženja podjetja, ki je v postopku zaradi insolventnosti (sodba Seagon, 17. točka obrazložitve).

(45) Okoliščina, da naj bi bila v zadevi v glavni stvari dajatev, ki jo je dala družba F-Text v protivrednost odstopu pravice stečajnega upravitelja do izpodbijanja, v obliki obveznosti plačati določen odstotek prihodka iz odstopljene terjatve, ne spreminja te analize, ker gre zgolj za način plačila. Taka pogodbeno določba spada v avtonomijo pogodbenih strank, saj ni sporno, da sta stečajni upravitelj in prevzemnik lahko svobodno izbirala, da se protivrednost, ki jo plača prevzemnik, izrazi bodisi v obliki pavšalnega zneska bodisi v odstotku morebitno izterjanega zneska.

(46) Poleg tega v nemškem pravu, ki se v zadevi v glavni stvari uporablja v postopku zaradi insolventnosti, konec tega postopka nima nobenega vpliva na prevzemnikovo izvrševanje pravice do izpodbijanja pravnih dejanj, ki jo je pridobil. ... prevzemnik to pravico lahko izvršuje po koncu postopka.

#### Zadeva C-527/10 (5. 7. 2012)

#### **ERSTE Bank Hungary Nyrt proti Magyar Állam, BCL Trading GmbH, ERSTE Befektetési Zrt**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Legfelsőbb Bíróság (Madžarska))

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Postopki zaradi insolventnosti – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Člen 5(1) – Časovna veljavnost – Stvarnopravna tožba, vložena v državi, ki ni država članica Evropske unije – Postopek zaradi insolventnosti, uveden zoper dolžnika v drugi državi članici – Pristop prvonavedene države k Evropski uniji – Uporabljivost«

- Povzetek sodbe:

**Prvi odstavek 5. člena Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da se v okoliščinah, kakršne so v postopku v glavni stvari, ta določba uporablja tudi za postopke zaradi insolventnosti, uvedene pred pristopom Republike Madžarske k Evropski uniji, če je bilo 1. maja 2004 premoženje dolžnika, na katero se navezuje zadevna stvarna pravica, na ozemlju navedene države, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.**

- Iz obrazložitve sodbe:

(39) Da bi se ohranila legitimno pričakovanje in pravna varnost transakcij v drugih državah članicah kot tisti, v kateri je bil uveden postopek zaradi insolventnosti, ... Uredba v 5. do 15. členu določa nekatere izjeme od tega pravila o pravu, ki se uporablja, za nekatere pravice in pravna razmerja, ki se glede na njeno enajsto uvodno izjavo štejejo za posebno pomembna.

(40) Tako prvi odstavek 5. člena [Uredbe] zlasti glede stvarnih pravic določa, da uvedba postopkov zaradi insolventnosti ne vpliva na stvarne pravice upnikov ali tretjih oseb na dolžnikovem premoženju, ki je ob uvedbi postopkov zaradi insolventnosti na ozemlju druge države članice.

(41) Obseg te določbe je pojasnjen z enajsto in petindvajseto uvodno izjavo Uredbe, v katerih je navedeno, da pri stvarnih pravicah obstaja potreba po posebni navedbi »odstopanja od prava države, v kateri so bili uvedeni postopki v primeru insolventnosti«, ker so te pravice precejšnjega pomena pri odobritvi kreditov. V petindvajseti uvodni izjavi [Uredbe] je tako navedeno, da je treba podlago,



veljavnost in učinkovanje takih stvarnih pravic praviloma določiti po pravu kraja, kjer je premoženje, ki je predmet navedene pravice (*Jex rei sitae*), in nanje ne bi smela vplivati uvedba postopkov zaradi insolventnosti.

(42) Zato je treba prvi odstavek 5. člena Uredbe razumeti kot določbo, ki z odstopanjem od prava države, v kateri so bili uvedeni postopki zaradi insolventnosti, omogoča, da se za stvarno pravico upnika ali tretje osebe na premoženju dolžnika uporabi pravo države članice, na ozemlju katere je zadevno premoženje.

(45) Za ohranitev doslednosti sistema, ki ga vzpostavlja Uredba, in učinkovitosti postopka zaradi insolventnosti je treba v teh okoliščinah prvi odstavek 5. člena Uredbe razlagati tako, da se ta določba uporablja tudi za postopke zaradi insolventnosti, uvedene pred pristopom Republike Madžarske k Uniji, če je bilo 1. maja 2004 – tako kot v postopku v glavni stvari – premoženje dolžnika, na katero se navezuje zadevna stvarna pravica, na ozemlju navedene države.

#### **Zadeva C-116/11 (22. 11. 2012)**

**Bank Handlowy w Warszawie SA, P.P.H.U. »ADAX«/Ryszard Adamiak proti Christianapol sp. z o.o.**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu (Poljska))

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki zaradi insolventnosti – Pojem 'končanje postopka' – Možnost sodišča, ki odloča o sekundarnem postopku insolventnosti, da ugotavlja dolžnikovo insolventnost – Možnost uvedbe postopka likvidacije kot sekundarnega postopka, če je glavni postopek postopek 'sauvegarde'«

- Povzetek sodbe:

(1) Točko j drugega odstavka 4. člena Uredbe (ES) št. 1346/2000 Sveta z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti, kakor je bila spremenjena z Uredbo (ES) št. 788/2008 Sveta z dne 24. julija 2008, je treba razlagati tako, da to, kdaj se postopek šteje za končanega, določa nacionalno pravo države članice, v kateri je bil postopek insolventnosti uveden.

(2) 27. člen Uredbe št. 1346/2000, kakor je bila spremenjena z Uredbo št. 788/2008, je treba razlagati tako, da dovoljuje uvedbo sekundarnega postopka insolventnosti v državi članici, v kateri je dolžnikova poslovalnica, tudi če ima glavni postopek varovalni namen. Sodišče, ki je pristojno za uvedbo sekundarnega postopka, mora upoštevati cilje glavnega postopka in namen Uredbe ob upoštevanju načela lojalnega sodelovanja.

(3) 27. člen Uredbe 1346/2000, kakor je bila spremenjena z Uredbo št. 788/2008, je treba razlagati tako, da sodišče, ki odloča o predlogu za uvedbo sekundarnega postopka insolventnosti, ne more ugotavljati insolventnosti

**dolžnika, proti kateremu je bil v drugi državi članici uveden glavni postopek, četudi ima ta postopek varovalni namen.**

- Iz obrazložitve sodbe:

(41) Na podlagi prvega odstavka 16. člena Uredbe je glavni postopek insolventnosti, ki je uveden v eni od držav članic, priznan v vseh ostalih državah članicah od trenutka, ko začne učinkovati v državi, v kateri je bil uveden. To pravilo pomeni, da sodišča iz drugih držav članic priznajo odločbo, s katero je bil uveden glavni postopek v primeru insolventnosti, ne da bi imela možnost preveriti presojo prvega sodišča o svoji pristojnosti (glej v tem smislu sodbi z dne 21. januarja 2010 v zadevi MG Probud Gdynia, C-444/07, ZOdl., str. I-417, 27. in 29. točko obrazložitve, in z dne 2. maja 2006 v zadevi Eurofood IFSC, C-341/04, ZOdl., str. I-3813, 39. in 42. točko obrazložitve). 25. člen Uredbe razširja to načelo priznavanja na vse odločbe, ki se nanašajo na potek in na končanje postopka.

(43) ... v primeru, ko je bil glavni postopek proti družbi Christianapol uveden v Franciji in ga je treba šteti za končanega, predložitveno sodišče ne more uvesti drugega glavnega postopka na Poljskem, razen v primeru, če bi se izkazalo, da je po uvedbi prvega glavnega postopka v Franciji prišlo do premika središča dolžnikovih glavnih interesov na Poljsko.

(45) ... namen Uredbe ni vzpostavitev enotnega postopka v primeru insolventnosti, ampak kot izhaja iz njene druge uvodne izjave, zagotovitev učinkovitosti in uspešnosti čezmejnih postopkov v primeru insolventnosti (sodba Eurofood IFSC, 48. točka obrazložitve). Zato določa pravila glede pristojnosti in glede priznavanja kot tudi pravila glede prava, ki ga je treba uporabiti na tem področju.

(49) Čeprav drži, da je treba v primeru nejasnosti besedila določb prava Unije določbe prava Unije razlagati samostojno in enotno, pri čemer je pri tej razlagi treba upoštevati sobesedilo določbe in cilj, ki mu sledi zadevna ureditev, je Sodišče že presodilo, da to načelo velja le za določbe, ki se pri opredelitvi smisla in področja uporabe ne sklicujejo posebej na pravo držav članic (glej v tem smislu sodbo z dne 20. oktobra 2011 v zadevi Interedil, C-396/09, 42. točko obrazložitve in navedeno sodno prakso).

(50) Zato vprašanja, kakršna so o pogojih in učinkih končanja postopka insolventnosti, glede katerih se točka j. drugega odstavka 4. člena [Uredbe] izrecno sklicuje na nacionalno pravo, ne morejo biti predmet samostojne razlage, ampak jih je treba reševati ob uporabi *lex concursus*, glede katerega je določeno, da se uporablja.

(55) Ob tem ko določa, da uvedba glavnega postopka insolventnosti v državi članici dovoljuje uvedbo sekundarnega postopka insolventnosti v drugi državi članici, na ozemlju katere ima dolžnik poslovalnico, prvi stavek 27. člena Uredbe ne uvaja razlikovanja glede na namen glavnega postopka.

(58) ... čeprav se sekundarni postopki nanašajo na zaščito lokalnih interesov, imajo lahko, kot je opozorjeno v devetnajsti uvodni izjavi Uredbe, druge namene. To je

razlog, zaradi katerega so lahko na predlog upravitelja glavnega postopka uvedeni sekundarni postopki, kadar ta ukrep ustreza načelu učinkovitega upravljanja premoženja.

(61) Upravitelj v glavnem postopku ima določene pristojnosti, ki mu dajejo možnost vpliva na sekundarni postopek na način, da slednji ne ogroža varovalnega namena glavnega postopka. Na podlagi prvega odstavka 33. člena Uredbe lahko predlaga prekinitve unovčenja za obdobje treh mesecev, ki se lahko podaljša ali obnovi za enako obdobje. Na podlagi prvega odstavka 34. člena iste Uredbe lahko upravitelj glavnega postopka predlaga končanje sekundarnega postopka s sanacijskim načrtom, poravnavo ali primerljivim ukrepom. V času prekinitve v skladu s prvim odstavkom 33. člena Uredbe sta upravitelj glavnega postopka ali dolžnik z njegovim soglasjem na podlagi tretjega odstavka 34. člena [Uredbe] edina pooblaščenca za dajanje takšnega predloga.

(62) V skladu z načelom lojalnega sodelovanja, določenim v tretjem odstavku 4. člena PEU, mora sodišče, ki je pristojno za uvedbo sekundarnega postopka, kadar uporablja te določbe, upoštevati cilje glavnega postopka ter namen Uredbe, ki je, da se zagotovi učinkovito in efektivno vodenje čezmejnih postopkov insolventnosti z obvezno koordinacijo med glavnim in sekundarnim postopkom, pri čemer se zagotavlja primarnost glavnega postopka.

(63) Zato je treba ... 27. člen Uredbe razlagati v smislu, da dovoljuje uvedbo sekundarnega postopka insolventnosti v državi, v kateri je dolžnikova poslovalnica, tudi če ima glavni postopek varovalni namen. Sodišče, ki je pristojno za uvedbo sekundarnega postopka, mora upoštevati cilje glavnega postopka in namen Uredbe ob upoštevanju načela lojalnega sodelovanja.

(68) ... Uredba, ki ne vsebuje definicije pojma insolventnosti, napotuje na nacionalno pravo. Iz tega sledi, da se za uvedbo glavnega postopka zahteva, da pristojno sodišče predhodno preveri, ali je dolžnik po njegovem nacionalnem pravu insolventen.

(70) ... ugotovitev sodišča, ki je pristojno za uvedbo glavnega postopka, glede dolžnikove insolventnosti zavezuje sodišče, ki odloča o morebitnem predlogu za uvedbo sekundarnega postopka.

(71) Takšna razlaga je edina, ki omogoča, da se izogne neizogibnim težavam, ki zaradi neopredelitve pojma insolventnosti v Uredbi izvirajo iz različnih nacionalnih konceptov pojma insolventnosti.

(72) Razlike pri presoji med sodišči so nezdržljive s ciljem učinkovitosti in uspešnosti čezmejnih postopkov v primeru insolventnosti, kar želi Uredba uresničiti s koordinacijo glavnega in sekundarnega postopka ob upoštevanju primarnosti glavnega postopka. ... čeprav lahko uvedbo sekundarnega postopka zahtevajo zlasti lokalni upniki, jo lahko zahteva tudi upravitelj glavnega postopka v interesu bolj učinkovitega upravljanja dolžnikovega premoženja.

## Zadeva C-251/12 (19. 9. 2013)

### Christian Van Buggenhout in Ilse Van de Mierop kot stečajna upravitelja družbe Grontimmo SA proti Banque Internationale à Luxembourg SA

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Tribunal de Commerce de Bruxelles (Belgija))

»Pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah – Uredba (ES) št. 1346/2000 – Postopki zaradi insolventnosti – Člen 24(1) – Izpolnitev obveznosti 'v korist dolžnika', zoper katerega so bili [...] uvedeni postopki v primeru insolventnosti – Plačilo upniku tega dolžnika«

- Povzetek sodbe:

**Prvi odstavek 24. člena Uredbe Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti je treba razlagati tako, da plačilo, ki se opravi po naročilu dolžnika, nad katerim je bil začet postopek zaradi insolventnosti, upniku tega dolžnika, ne spada na področje uporabe te določbe.**

- Iz obrazložitve sodbe:

(28) ... izpolnitev obveznosti v korist osebe, nad katero se je začel postopek zaradi insolventnosti, *a priori* ne zajema položaja, v katerem je obveznost izpolnjena po naročilu te osebe v dobro enega od njenih upnikov.

(30) ... prvi odstavek 24. člena [Uredbe] določa, da bi morala biti obveznost, izpolnjena v korist insolventnega dolžnika, izpolnjena v korist upravitelja. ... se ta člen nanaša na terjatve insolventnega dolžnika, ki so po začetku postopka zaradi insolventnosti postale terjatve, ki spadajo v maso.

(31) ... so ... osebe, ki jih ta določba varuje, dolžniki insolventnega dolžnika, ki neposredno ali s posredovanjem v dobri veri izpolnijo obveznost v korist zadnjenavedenega.

(34) ... prvi odstavek 24. člena [Uredbe] dopušča, da odločba o začetku postopka zaradi insolventnosti ni takoj priznana, saj dovoljuje, da se masa zmanjša za terjatve insolventnega dolžnika, ki mu jih poravnajo njegovi dolžniki v dobri veri.

(35) Vendar se ta določba ne sme razlagati tako, da dopušča, da se masa zmanjša tudi za zneske, ki jih insolventni dolžnik dolguje svojim upnikom. Če bi se namreč sledilo taki razlagi, bi lahko insolventni dolžnik prek tretjih, ki ne vedo za začetek postopka zaradi insolventnosti, izpolnil obveznosti, ki jih ima do nekega upnika, prenesel premoženje iz mase na tega upnika in tako posegel v enega od glavnih ciljev Uredbe št. 1346/2000, navedenega v njeni četrti uvodni izjavi, ki je izogibanje spodbujanju strank k prenosu premoženja iz ene države v drugo, da bi se tako skušal doseči ugodnejši pravni položaj.

# ELEKTRONSKO VROČANJE IN DRUGE NOVOSTI V POSTOPKIH IZVRŠBE IN ZAVAROVANJA

mag. Barbara Mejač  
višja pravosodna svetovalka – vodja programa DIES  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

## DRUGA FAZA INFORMATIZACIJE IZVRŠILNEGA POSTOPKA

### 1. UVOD

Sodstvo tudi v času, v katerem se pravni predpisi na vseh pravnih področjih pogosto spreminjajo, dopolnjujejo, vztrajno nadaljuje svojo že začrtano pot na področju informatizacije sodnih postopkov. Izjema ni niti postopek izvršbe in zavarovanja, saj je ravno sodni postopek eno tistih področij, na katerem se pri informatizaciji v zadnjem času največ dogaja, neizogibna posledica pa so novosti in spremembe.

Namen prispevka je tudi najbolj laičnega bralca na področju elektronskega poslovanja v sodnih postopkih seznaniti z novostmi v postopku izvršbe in zavarovanja v drugi fazi informatizacije izvršilnega postopka, mu nakazati smernice nadaljnega razvoja ter ga postopoma pripeljati do sklepa, da sta pravo in informatika vеди, ki se iz dneva v dan bolj približujeta in druga brez druge v takih primerih ne zmoreta več. Pri tem pa ga tudi seznaniti, da druga faza še zdaleč ni končana, saj aktivnosti še vedno potekajo. Hkrati mu podrobneje predstaviti ključni novosti, ki se že dotikata načina dela sodišč v postopkih izvršbe in zavarovanja.

V prispevku Elektronsko vlaganje vlog v izvršilnih postopkih prek podportala e-Izvršba s podnaslovom Prva faza informatizacije izvršilnega postopka, ki je bil objavljen v drugi številki Pravosodnega biltena, letnik 2012, so bile opisane novosti, ki jih je prinesla prva faza informatizacije izvršilnega postopka, predstavljeni okviren potek aktivnosti in predvidene spremembe v drugi fazi informatizacije. Med nalogami sta bili kot prednostni poudarjeni zagotovitev elektronskega vročanja v varne elektronske predale za vse zunanje kvalificirane uporabnike portala e-sodstvo (s tem tudi podportala e-Izvršba) skladno z določili ZIZ-H in PEPCSP ter strojno kuvertiranje izhodnih pisanj za vse izvršilne postopke na matičnih sodiščih (preusmeritev poštnih pošiljk na poštno cesto).

V nadaljevanju prispevka se bomo osredotočili na dve bistveni novosti, ki sta bili do zdaj izpeljani v drugi fazi informatizacije, tj. vlaganje elektronskih vlog z več elektronskimi dokumenti z njihovo ustrezno obdelavo v aplikaciji e-Izvršba vpisnik in varnim elektronskim vročanjem ter postopna širitev poštne ceste na vsa matična izvršilna sodišča.

Pri tem pa nikakor ne smemo zanemariti tudi številnih drugih izboljšav informacijskega sistema e-Izvršba, ki so bile že in še bodo izpeljane v drugi fazi

informatizacije izvršilnega postopka. Naj omenimo samo nekatere od njih, in sicer tiste, ki so bile že uspešno vpeljane v prakso, npr. avtomatsko izpisovanje strank in vrednosti spora v standardiziranem delu obrazca, če je vlagatelj udeleženec pri zadevi, novi položaji v polju Zakoniti zastopnik, kontrola pri vnosu pooblaščenca kot pravne osebe, dodatne funkcionalnosti v zavihku Oddane elektronske vloge ter funkcionalnost tiskanja in shranjevanja podatkov o plačilu sodne takse, prehod registriranih in kvalificirane uporabnike z možnostjo migracije podatkov.

## 2. PREDSTAVITEV NOVOSTI

### a) Vlaganje elektronskih vlog z več elektronskimi dokumenti

Prva novost je dograditev podportala e-Izvršba z možnostjo pripenjanja več elektronskih dokumentov z njihovim ustreznim poimenovanjem in opisom. Ti se pozneje prenesejo na aplikacijo e-Izvršba vpisnik. Že Zakon o pravdnem postopku<sup>1</sup> (ZPP) določa, da se vloga lahko vloži tudi v elektronski obliki. Če se vloži v elektronski obliki, mora biti podpisana z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.<sup>2</sup> V postopku izvršbe in zavarovanja velja specialni zakon, Zakon o izvršbi in zavarovanju<sup>3</sup> (ZIZ), ki v povezavi s 107. členom ZPP določa, da se morajo listine, če se priložijo elektronski vlogi, pretvoriti v elektronsko obliko in podpisati z varnim elektronskim podpisom. Način vložitve elektronske vloge s prilogami ali brez njih prek podportala e-Izvršba natančneje določata Pravilnik o elektronskem poslovanju v civilnih sodnih postopkih<sup>4</sup> (PEPCSP) ter Pravilnik o obrazcih, vrstah izvršb in avtomatiziranem izvršilnem postopku<sup>5</sup> (POVIAIP).

Elektronska vloga lahko poleg standardiziranega besedila elektronske vloge<sup>6</sup> vsebuje še nestandardiziran del besedila elektronske vloge in elektronske priloge. Nestandardiziran del besedila elektronske vloge je del elektronske vloge, ki ga vlagatelj priloži standardiziranemu besedilu elektronske vloge, če elektronska vloga po zakonu ali po presoji predlagatelja vsebuje tudi obrazložitev. Ta pa mora ustrezati zahtevam iz 19. člena PEPCSP.<sup>7</sup> Vlagatelj mora nestandardiziran del elektronske vloge podpisati s svojim varnim elektronskim podpisom. Smiselno enako velja, če želi vlagatelj elektronski vlogi priložiti priloge.

1 Uradni list RS, št. 73/07.

2 Izjema od navedenega pravila je predlog za izvršbo na podlagi verodostojne listine (e-opravilo 011), za katerega je minister za pravosodje skladno s petim odstavkom 105. b člena ZPP določil, da se lahko vloži tudi brez varnega elektronskega podpisa, overjenega s kvalificiranim digitalnim potrdilom.

3 Uradni list RS, št. 51/98, s spremembami.

4 Uradni list RS, št. 64/10, s spremembami.

5 Uradni list RS, št. 104/11.

6 Oblika standardiziranega spletnega obrazca, kjer vlagatelj v to posebej označena polja vnaša obvezne podatke, ki jih mora elektronska vloga vsebovati. Pri predlogu za izvršbo na podlagi verodostojne listine podatke o upniku (ime, priimek, naslov, podatke o morebitnem pooblaščenцу, zakonitem zastopniku), podatke o dolžniku (ime, priimek, naslov), podatke o predlaganih sredstvih/predmetih izvršbe, podatke o računu za nakazilo izterjanega zneska, podlago za vložitev predloga (vrsto verodostojne listine), prigrasitev stroškov.

7 Tako 9. člen POVIAIP.

Tako že ZIZ v enajstem odstavku 29. člena določa, da mora vlagatelj listine, če morajo biti predložene v izvorniku in če se vloži elektronska vloga, pretvoriti v elektronsko obliko in jih podpisati s svojim varnim elektronskim podpisom ter jih priložiti elektronski vlogi. Gramatikalna razlaga navedenega določila pripelje do sklepa, da je treba vsako prilogo posebej priložiti elektronski vlogi in jo tudi posamično (vsako od njih) elektronsko podpisati.

PEPCSP v 19. členu po navodilih ZPP določa "tehnične" pogoje, ki jih mora nestandardiziran del besedila oziroma priloga izpolnjevati, da se lahko priloži elektronski vlogi. Mogoča sta dva različna načina izdelave elektronskega dokumenta,<sup>8</sup> ki se prilaga elektronski vlogi. Prva možnost je, da se nestandardiziran del elektronske vloge izvorno sestavi v elektronski obliki<sup>9</sup> in se nato pretvoriti v obliko PDF/A ter se priložiti elektronski vlogi. Druga možnost, ki večinoma velja za priloge in v nekaterih primerih tudi za nestandardizirane dele besedila elektronske vloge, je različica, da se mora nestandardiziran del besedila elektronske vloge ali priloge (pisna listina), ki je izvorno sestavljen kot pisni dokument, pretvoriti v elektronski dokument, in sicer tako da se skenira.

Pri tem je treba opozoriti, da za drugo različico elektronskih dokumentov velja, da morajo ustrezati zahtevam, ki jih opredeljuje tretji odstavek 19. člena PEPCSP.

Te zahteve so:

- dokument mora biti skeniran v obliki PDF/A<sup>10</sup> na črno-bel način,<sup>11</sup>
- ločljivost mora biti med 240 dpi in 300 dpi,
- če ima pisna listina več listov, morajo biti vsi listi v eni datoteki PDF/A tako, da je vsak list na svoji strani brez vmesnih praznih listov, in
- če se prilagata dve listini ali več listin, mora biti vsaka listina v svoji datoteki PDF/A.

Pri tem je treba pojasniti, da druga in tretja alineja<sup>12</sup> veljata za javne in zasebne listine. Navedeno izhaja iz okoliščine, da 105. b člena ZPP določa, da se vloga vloži v pisni obliki, tj. v fizični ali elektronski obliki. Obliko listin, ki se priložijo vlogi, med katerimi je tudi elektronska listina, pa predpisuje 107. člen ZPP. Ta člen ne razlikuje med javnimi in drugimi listinami, temveč uporabi splošen pojem »listina«.

8 Elektronski dokument je skupen pojem za nestandardiziran del besedila elektronske vloge in priloge.

9 Npr. ko vlagatelj na svojem računalniku v programu Word ali Open Office pripravlja dokument, ga mora s funkcionalnostjo Izvozi v PDF pretvoriti v obliko PDF/a. Pri tem mu takega dokumenta ni treba še natisniti in skenirati ter šele zatem priložiti elektronski vlogi. Dovolj je, da tak dokument že v pripravljeni elektronski obliki, ki jo je iz izvorne oblike pretvoril v PDF/a, priloži elektronski vlogi.

10 V zvezi s standardom PDF/A, ki je ena od oblik zapisa (format), primerne za dolgoročno hrambo gradiva, je bila izražena dilema, ali mora elektronski dokument, ki ga vlagatelj priloži e-opravilu na portalu e-sodstvo, ustrezati standardu PDF/A, veljavnemu ob začetku veljavnosti PEPCSP, ali standardu PDF/A, ki ustreza zahtevam PDF/A v trenutku vlaganja elektronske vloge (e-opravila). Skladno z mnenjem Ministrstva za pravosodje in javno upravo št. 007-776/2012/2 z dne 19. 2. 2013 je treba zaradi tehnološkega razvoja obliko zapis PDF/A razlagati široko, in sicer tako da standard PDF/A vključuje vse tri navedene standarde in ne le PDF/A-1, ki se je uporabljal ob sprejetju PEPCSP. Odločitev za tako razlago je tudi dejstvo, da imata standarda PDF/A-2 in PDF/A-3 glede na standard PDF/A-1 številne prednosti, saj novejši standardi PDF/A omogočajo višjo raven arhiviranja in reproduciranja dokumenta v prihodnosti.

11 In sicer gre za obliko zapisa, ki primeren za dolgoročno hrambo dokumentov v elektronski obliki.

12 In sicer tretja in četrta točka tretjega odstavka 19. člena PEPCSP.

Ravno prvi odstavek 107. člena ZPP med oblikami, v katerih se lahko izvede prepis listine, določa tudi elektronsko (skenirano) kopijo.

Če elektronski dokument, ki je priložen elektronski vlogi (tj. e-opravitlu), ne ustreza navedenim zahtevam, se šteje, da je elektronska vloga nepopolna, in sodišče mora ravnati skladno z določili ZPP glede nepopolnih vlog. To pomeni, da lahko sodišče vlogo, če je stranka ne dopolni skladno z navodili sodišča,<sup>13</sup> zavrže.<sup>14</sup> V postopkih izvršbe in zavarovanja je specialni zakon, tj. ZIZ, šel še korak dlje. V osmem odstavku določa, da morajo odvetniki notarji, izvršitelji, Državno pravobranilstvo vse vloge in druga pisanja vložiti v elektronski obliki. Če odvetnik, notar, izvršitelj ali Državno pravobranilstvo ne vloži vloge ali drugega pisanja v elektronski obliki, se ne uporabljajo pravila o nepopolnih vlogah, temveč sodišče vlogo zavrže.<sup>15</sup> Res pa je, da se ti dve določbi še ne uporabljata, saj minister, pristojen za pravosodje, še ni izdal sklepa in ga objavil v Uradnem listu RS, s katerim bi ugotovil izpolnitev pogojev in določil datum, od katerega dalje bi se uporabljali določbi osmega in desetega odstavka 29. člena ZIZ-a.<sup>16</sup>

## **b) Elektronsko vročanje sodnih pisanj v varni elektronski predal**

Za uspešno izvedbo varnega elektronskega vročanja v varne elektronske predale, pa tudi zagotovitev možnosti odprave pošiljk prek poštne ceste na matičnih izvršilnih sodiščih, je bilo treba predhodno izvesti prehod s poštne knjige na e-Izvršbi vpisniku na centralno poštno knjigo aplikacije EVIP<sup>17</sup>, katere razvijalec in upravljaavec je projektna skupina e-Vložišče.

Podlaga za varno elektronsko vročanje je 132. člen ZPP, ki določa, da se lahko pisanja vročajo po pošti, po delavcu sodišča, na sodišču ali na drug način, določen z zakonom, tudi po varni elektronski poti. Minister za pravosodje je v PEPCSP določil, da pojem elektronska vročitev pomeni vročitev po varni elektronski poti, kot določa ZPP.<sup>18</sup>

ZPP še določa, da minister za pravosodje določi pravila za delovanje pravnih in fizičnih oseb, ki opravljajo vročanje v pravnem postopku. To je bilo izvedeno v okviru PEPCSP. PEPCSP določa, da se pravila uporabljajo v civilnih sodnih postopkih, v katerih je mogoče opravljati elektronsko vročanje.

---

13 Prvi odstavek 108. člena ZPP določa, da če je vloga vložena po elektronski poti in ni primerna za obdelavo na sodišču, sodišče v zahtevi, ki jo posreduje vložniku, sporoči tudi predpisano obliko zapisa vloge v elektronski obliki, in sicer zahteve iz 19. člena PEPCSP.

14 Ker se v postopku s pritožbo ne uporabljajo določila 108. člena o vračanju nepopolnih vlog v popravo, je mogoče ZPP razumeti tako, da lahko sodišče pritožbo, če ne ustreza tehničnim zahtevam za elektronsko vlogo, skladno s 336. členom ZPP takoj zavrže. Menimo, da je to v danem primeru prestroga sankcija, saj gre le za neizpolnjevanje tehničnih zahtev pri vlaganju elektronske vloge in tega po teži ni mogoče primerjati s pomanjkljivostmi, zaradi katerih je ni mogoče obravnavati.

15 Tako deseti odstavek 29. člena ZIZ.

16 Tako je bilo določeno v 36. členu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ-H) (Uradni list RS, št. 51/10), ki je bil objavljen 28. 6. 2010 in je začel veljati 13. 7. 2010.

17 T. i. aplikacija Evidentiranje vhodne in izhodne pošte.

18 Prvi odstavek 7. člena PEPCSP.



Skladno s tretjim odstavkom 141. a člena ZPP se po varni elektronski poti vročitev pisanja opravi po informacijskem sistemu s posredovanjem organizacije, ki opravlja dejavnost elektronskega vročanja.

Pri Vrhovnem sodišču Republike Slovenije je bil zaradi elektronskega vročanja vzpostavljen sistem za varno elektronsko vročanje, ki po drugem odstavku 7. člena PEPCSP omogoča:

- izvedbo postopkov elektronske vročitve v skladu s tretjim do osmim odstavkom 141. a člena ZPP in PEPCSP,
- da se vsa elektronska sporočila, ki jih pošlje ta informacijski sistem, podpišejo s kvalificiranim potrdilom strežnika, na katerem teče ta informacijski sistem, in
- da se izmenjava elektronskih sporočil in elektronskih dokumentov v postopkih elektronske vročitve po 141. a členu ZPP izvaja po shemi XML in drugih tehničnih zahtevah, ki jih določi Center za informatiko (v nadaljevanju CIF).

Navedeni sistem upravlja izvajalec storitev varnega elektronskega vročanja, ki po zakonu, ki ureja elektronske komunikacije, in drugih predpisih opravlja storitve varnega elektronskega vročanja in je s CIF-om sklenil pogodbo.<sup>19</sup>

Vročitev po elektronski poti v varni elektronski predal (v nadaljevanju VEP) se opravi, če:

- stranka sodišču z vlogo sporoči, da želi vročitev pisanj po elektronski poti v varni elektronski predal in ga navede v vlogi,<sup>20</sup>
- če stranka pisanje pošlje po varni elektronski poti<sup>21</sup> in
- če je stranka državni organ, odvetnik, notar, izvršitelj, sodni izvedenec, sodni cenilec, sodni tolmač, stečajni upravitelj ali druga oseba oziroma organ,<sup>22</sup> pri katerih se zaradi njihove narave domneva večja zanesljivost.<sup>23</sup>

Če vročitev v varni elektronski predal ni mogoča, sodišče vroči pisanje v fizični obliki in navede razlog za tako vročitev.<sup>24</sup> V e-Izvršbi vpisniku se bodo v primeru, da ima stranka odprt VEP in gre za eno od zgoraj navedenih situacij, vendar vsa pisanja, ki jih želi vročiti po varni elektronski poti, niso v elektronski obliki ali vsebina pisanj za posamezno pošiljko presega velikost 10 MB, pisanja vročala v fizični obliki. Hkrati se bo v pošiljko samodejno dodalo obvestilo o nevročitvi v VEP z navedbo konkretnega razloga, zakaj sodišče pošiljke ni vročilo v VEP. Sodišče se lahko tudi samo odloči, da pošiljke ne bo vročilo v VEP, pri tem ustvari lastno obvestilo o nevročitvi v VEP<sup>25</sup> in vanj vpiše razlog, zakaj se je odločilo, da pošiljke ne bo vročilo v VEP.

19 V pogodbi, ki jo skleneta CIF in izvajalec storitev varnega elektronskega vročanja, se po tretji alineji 2. točke drugega odstavka uredijo medsebojne pravice in obveznosti glede elektronske izmenjave elektronskih sporočil in dokumentov pri postopkih varnega elektronskega vročanja.

20 Četrti odstavek 132. člena.

21 V danem trenutku se vzpostavi domneva, da stranka želi, da se ji vroča po varni elektronski poti, dokler sodišču ne sporoči drugače.

22 Osmi odstavek 132. člena določa, da seznam oseb in organov določi in objavi Vrhovno sodišče Republike Slovenije na svoji spletni strani. Te osebe morajo odpreti varni elektronski predal ter Vrhovnemu sodišču sporočiti naslov varnega elektronskega predala in njegovo vsakokratno spremembo. Za uradni naslov varnega poštnega predala se šteje naslov, ki je objavljen na seznamu. Pri tem pojasnilo, da takega seznama Vrhovno sodišče Republike Slovenije še ni objavilo.

23 Sedmi odstavek 132. člena ZPP.

24 Peti odstavek 132. člena ZPP.

25 Tipizirano pisanje, ki ga lahko sodišče uporabi za primere, ko se samo odloči, da ne bo vročalo v VEP, je uporabnikom na voljo v e-Izvršbi vpisniku. Vanj sodišče vnese le razlog, zakaj pisanja ne bo vročalo v VEP.

Naslovniku pisanja sodišča (elektronske pošiljke) se pisanje v VEP lahko vroči 24 ur na dan, saj se vročitev opravlja po elektronski poti in taka vročitev ne moti strankine zasebnosti.<sup>26</sup> Po elektronski poti se vroča na ustrezen elektronski naslov, tj. VEP, v povezavi z določbami četrtega do sedmega odstavka 132. člena ZPP.

Sodišče elektronsko pisanje (elektronsko pošiljko) odpravi v postopek elektronskega vročanja tako, da **informacijski sistem e-sodstvo** pisanje, ki naj se vroči:

- podpiše s kvalificiranim digitalnim potrdilom strežnika informacijskega sistema e-sodstvo in
- ga pošlje informacijskemu sistemu za varno elektronsko vročanje, v katerem ima naslovnik svoj varni elektronski predal s sporočilom.<sup>27, 28</sup>

**Informacijski sistem za varno elektronsko vročanje** mora, ko prejme elektronsko pošiljko, potrditi sprejem pisanja v postopek vročanja tako, da informacijskemu sistemu e-sodstvo pošlje sporočilo o potrditvi sprejema, podpisano s kvalificiranim potrdilom strežnika, na katerem teče informacijski sistem za varno elektronsko vročanje.<sup>29</sup>

V trenutku, ko informacijski sistem za varno elektronsko vročanje prejme elektronsko pošiljko, jo mora poslati v VEP naslovnika skupaj z elektronskim obvestilom o prispeli elektronski pošiljki.<sup>30</sup> Obvestilo o prispeli elektronski pošiljki mora vsebovati:

- podatke o sodišču (pošiljatelj),
- informacijo, da mora naslovnik pošiljko prevzeti v 15 dneh, ko mu je bilo obvestilo poslano v njegov VEP,
- opozorilo glede pravnih posledic, če pisanja ne prevzame v 15 dneh.<sup>31</sup>

Naslovnik lahko elektronsko pošiljko prevzame iz informacijskega sistema za varno elektronsko vročanje z uporabo kvalificiranega digitalnega potrdila, s katerim dokaže svojo istovetnost, tako da presname elektronski dokument in elektronsko podpiše elektronsko vročilnico s svojim elektronskim podpisom.<sup>32</sup>

26 Tako prvi odstavek 139. člena ZPP.

27 Tako sporočilo mora vsebovati podatke o sodišču (pošiljatelj), oznaki elektronskega dokumenta (pisanja), ki jo določa informacijski sistem e-sodstvo, in varnem elektronskem predalu naslovnika.

28 Glej prvi odstavek 25. člena PEPCSP.

29 Glej drugi odstavek 25. člena PEPCSP.

30 Videz in vsebina obvestila o prispeli pošiljki, ki ga naslovnik prejme v svoj VEP.

Obveščamo vas, da je v vaš varni elektronski predal dne \_\_\_\_\_ < datum posredovanja obvestila > prispela pošiljka, z oznako \_\_\_\_\_ < oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo > . Pošiljko lahko prevzamete v roku 15 dni v vašem varnem elektronskem predalu na naslovu \_\_\_\_\_ < naslov s povezavo za dostop > . Rok za prevzem začne teči od dne \_\_\_\_\_ < datum posredovanja obvestila > . Če v tem roku pošiljke ne boste prevzeli, se bo po sedmem odstavku 141.a člena ZPP s potekom tega roka vročitev štela za opravljeno.

31 Tako peti odstavek 141. a člena ZPP in na njegovi podlagi 26. člen PEPCSP.

32 Glej šesti odstavek 141. a člena ZPP in 27. člen PEPCSP.

Da je vročilnica dokazilo o vročitvi in s tem javna listina, je potreben podpis naslovnika. Smiselno enako velja tudi v e-postopkih, kjer se vročitev opravlja po varni elektronski poti, tj. v VEP. V takih primerih naslovnik vročilnice ne bo fizično podpisal, temveč z elektronskim podpisom s kvalificiranim potrdilom.

Minister, pristojen za pravosodje, je po pooblastilu ZPP v izvedbenih predpisih predpisal obliko, vsebino ovojnice in vročilnice za vročanje v fizični obliki,<sup>33</sup> hkrati pa tudi obliko in način vročanja po varni elektronski poti v pravnem postopku. Zadnje je predpisal v določilih PEPCSP.

Elektronska vročilnica mora vsebovati podatke o sodišču (pošiljateljju), podatke o naslovniku in druge podatke, ki jih predpisuje PEPCSP v 27. členu.<sup>34</sup>

Ko naslovnik elektronske pošiljke pošiljko podpiše, mora informacijski sistem za varno elektronsko vročanje informacijski sistem e-sodstvo obvestiti o opravljeni vročitvi, in sicer tako da mu pošlje elektronsko vročilnico, podpisano z varnim elektronskim podpisom naslovnika.<sup>35</sup>

V e-Izvršbi postopkih se taka elektronska vročilnica prenese na aplikacijo e-Izvršba vpisnik, na sodišče in na zadevo, v kateri je bila elektronska pošiljka izdelana. Na strani sodišča je, da jo po prejemu ustrezno obdela.

Če naslovnik elektronske pošiljke ne prevzame v 15 dneh od dneva, ko je prejel obvestilo o prispeli elektronski pošiljki, se bo vročitev po varni elektronski poti (v VEP) štela za opravljeno z dnem poteka tega roka. Informacijski sistem za varno elektronsko vročanje o elektronski vročitvi na podlagi fikcije obvesti sodišče, ki je vročitev odredilo. To je storjeno s potrdilom o opravljeni elektronski vročitvi na podlagi fikcije.<sup>36, 37</sup>

33 Tako Pravilnik o ovojnici za vročanje po pošti v pravnem postopku (Uradni list RS, št. 93/08, s spremembami).

34 Videz in vsebina elektronske vročilnice.

Naslovnik potrjujem, da sem dne \_\_\_\_\_ < datum elektronskega podpisa vročilnice > sprejel pošiljko z oznako \_\_\_\_\_ < oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo > .

35 Tako tretji odstavek 27. člena PEPCSP.

36 Videz in vsebina potrdila o opravljeni vročitvi na podlagi fikcije

Potrjujemo,  
- da je naslovnik pošiljke z oznako \_\_\_\_\_ < oznaka dokumenta, ki jo je ob odpravi določil informacijski sistem e-sodstvo > dne \_\_\_\_\_ < datum obvestila o prispeli pošiljki > prejel obvestilo o tej pošiljki s poukom o pravnih posledicah neprevzema v 15 dneh, - da naslovnik pošiljke v 15 dneh od dneva obvestila o prispeli pošiljki ni prevzel, zato se po sedmem odstavku 141.a člena ZPP šteje, da je bila vročitev opravljena dne \_\_\_\_\_ < datum - naslednji dan po poteku 15-dnevnega roka > .

37 Glej sedmi odstavek 141. a člena ZPP in 28. člen PEPCSP.

Elektronsko potrđilo o opravljeni elektronski vročitvi na podlagi fikcije se enako kot elektronska vročilnica prenese na aplikacijo e-Izvršba vpisnik, na sodišče in na zadevo, v kateri je bila elektronska pošiljka izdelana. Na strani sodišča je, da potrđilo o opravljeni elektronski vročitvi na podlagi fikcije po prejemu v e-Izvršbi vpisniku ustrezno obdela in umesti.

Po varni elektronski poti v VEP se lahko vročajo tudi pisanja, katerih izvorniki so v fizični obliki. To pa le takrat, ko je elektronski (skeniran) prepis, ki je izdelan na podlagi izvornika v fizični obliki, opremljen z varnim elektronskim podpisom sodišča, overjenim s kvalificiranim potrđilom, in tako ni pogoj, da se po varni elektronski poti vročajo le pisanja, ki so bila izdelana oziroma na sodišče vložena v elektronski obliki.

Pri tem pojasnilo, da je v postopkih izvršbe in zavarovanja pred okrajnimi sodišči mogoče vročanje po varni elektronski poti (v VEP) le, če so pisanja že izvorno v elektronski obliki. To je v primerih, ko je stranka na sodišče vložila elektronsko vlogo oziroma je sodišče pisanje (npr. sklep, dopis ...) izdelalo v elektronski obliki. Pisanja, ki so na izvršilna sodišča, razen na COVL, vložena v fizični (papirni) obliki, pa še niso digitalizirana. Digitalizacija vseh vhodnih pisanj na matičnih izvršilnih sodiščih je predvidena v drugem delu druge faze informatizacije izvršilnega postopka.

V 142. členu ZPP je določeno, da se tožba, sodna odločba, zoper katero je dovoljena posebna pritožba, in nalog za plačilo sodne takse za vlogo iz 105. a člena ZPP ter vabilo stranki na poravnalni narok ali prvi narok za glavno obravnavo, če poravnalni narok ni bil razpisan, vročajo osebno, kar pomeni, da tudi po elektronski poti. Za osebno vročitev se namreč šteje tudi vročanje po varni elektronski poti. Smiselno enako, kot je določeno v prvem odstavku 142. člena, se šteje tudi za odločbe, vabila in naloge za plačilo sodne takse v postopkih izvršbe in zavarovanja.

### **3. POVEZAVA E-IZVRŠBE VPISNIKA Z ELEKTRONSKO POŠTNO KNJIGO (EVIP)**

Temeljni pogoj za varno elektronsko vročanje in vročanje prek poštne ceste je bil povezava e-Izvršbe vpisnika z elektronsko poštno knjigo (v nadaljevanju EVIP<sup>38</sup>). Gre za uporabo skupnega modula e-Vložišče za tisk in odpremo sodnih pisanj ter vodenje s tem povezanih evidenc. Ključna prednost same uporabe EVIP je, da omogoča centralizacijo odpreme sodnih pošiljk in prinaša več pozitivnih učinkov, kot je učinkovitejša organizacija dela zaradi centralizacije posameznih opravil (tisk ovojnic, kuvertiranje, odprema). Tako se del uslužbencev razbremeni in se lahko bolj posvetijo osnovnemu delu, vzpostavljena je centralna sledljivost odpremljenih pošiljk,<sup>39</sup> omogočena je možnost centralne odpreme skladno s centralno (poštno) oddajno knjigo.<sup>40</sup> Tako pridobi sodišče bistveno večji pregled nad specializirano

38 EVIP je kratica za evidentiranje vhodne in izhodne pošte.

39 Pošiljkam lahko uporabniki sledijo prek storitve pošte na spletnem naslovu < <http://sledenje.posta.si> > (4.10.2013).

40 V prihodnosti tudi v obliki elektronske oddajne knjige, pri čemer je treba poudariti, da sta temeljna pogoja centralni način odpreme in jasno vzpostavljen postopek odpreme pošiljk.

opremo in kakovostjo ovojnic. Nikakor pa ne smemo pozabiti še na možnost izdelave enotnih poročil o oddanih pošiljkah v sistemu EVIP, ki sodiščem omogočajo boljši nadzor nad stroški.

Dostop do modula EVIP bo samodejno omogočen za vse, ki imajo dodeljene ustrezne uporabniške pravice (vloge) v vpisniku e-Izvršba. Pri tem je treba poudariti, da vloga uporabnik ne omogoča vseh funkcionalnosti v aplikaciji EVIP.<sup>41</sup> Za pridobitev vseh funkcionalnosti v aplikaciji EVIP morajo uporabniki pridobiti še uporabniške pravice uporabnika z vlogo vložišče.

Prek EVIP-a se bodo odpremljale vse vrste pošilk,<sup>42</sup> ki so se do zdaj prek poštne knjige v e-Izvršbi vpisniku. Elektronska poštna knjiga zagotavlja vhodno in izhodno točko za elektronsko poslovanje vsega sodstva. Trenutno vsi projektni nanjo še niso priključeni.

Elektronska poštna knjiga vsem uporabnikom zagotavlja sledljivost (zagotavlja enolično revizijsko sled za vsako vlog ali pisanje/pošiljko, ki prispe v informacijski sistem sodstva ali se odpremi iz njega), podporo več izhodnim potem (odprema in tisk pošilk prek lokalnih tiskalnikov, elektronsko vročanje v VEP, poštna cesta ...), posredovanje informacije o vročitvi za vse izhodne pošiljke, v katerih je taka informacija zahtevana, ter storitev varnega elektronskega vročanja. Poštne knjige, s katerimi bo izveden prehod na strojno tiskanje in kuvertiranje sodnih pisanj, bodo v prakso matičnih sodišč prenesene postopoma, saj se želi doseči nadzorovano uvajanje novih funkcionalnosti in tehnologij.

#### 4. SKLEPNA UGOTOVITEV

Iz navedenega izhaja, da se elektronski postopek izvršbe in zavarovanja v zadnjih letih vseskozi informatizira. Z vsakim letom se elektronsko poslovanje v e-Izvršbi postopku nadgrajuje. Začelo se je z elektronskim vlaganjem na Centralni oddelek za verodostojno listino pri Okrajnem sodišču v Ljubljani v letu 2008, nadaljevalo z elektronskim vlaganjem vseh vlog v e-postopkih izvršbe in zavarovanja na matičnih izvršilnih sodiščih v letu 2012. Nadaljevalo, kot je razvidno iz prispevka, letos z možnostjo elektronskega vročanja v varne elektronske predale. Iz prakse izhaja, da so zunanji uporabniki portala e-sodstvo osvojili tudi že podportal e-Izvršba in uporabljajo vse možnosti, ki so jim trenutno na razpolago. V kratkem jim bo na voljo še težko pričakovana funkcionalnost sprejemanja sodnih pisanj v njihove varne elektronske predale. Ta nadgradnja bo omogočila prihranke na strani sodišč, predvsem v delu stroškov poštних storitev. Hkrati bo glede na svoje nove razsežnosti tudi olajšala način izdelave pošilk in zmanjšala delo sodišč s prejetimi potrdili o vročitvi. Navsezadnje bo tudi pohitрила postopek izvršbe, saj bo elektronska pošiljka naslovniku na voljo še isti dan, ko jo bo sodišče odprenilo.

41 Npr. zaposleni na sodišču z vlogo uporabnik ne more tiskati kuvert. To možnost ima le zaposleni z uporabniškimi pravicami vložišče.

42 Na EVIP-u je uporabnikom e-Izvršbe vpisnika na voljo več poštних knjig, npr. za vročanje v tujino, za osebno vročanje, navadna kuverta C5 ...

V prvi fazi bodo največ pisanj v varne elektronske predale vročali na COVL, kjer imajo spis v celoti v elektronski obliki. Matična sodišča pa bodo v začetku omejena, saj bodo pisanja lahko vročala v varne elektronske predale le, kadar bodo vsa pisanja, ki jih bodo vročala z elektronsko pošiljko, izvorno sestavljena ali vložena v elektronski obliki. Z digitalizacijo,<sup>43</sup> ki je ena od predvidenih prihodnjih nadgradenj informacijskega sistema e-Izvršba, se bo učinek vročanja v varne elektronske predale skokovito povečal.

S povečevanjem možnosti elektronskega poslovanja v postopkih izvršbe in zavarovanja se vedno bolj nakazuje povezanost pravne znanosti in informatike. Očitno je, da obstoj prava brez informatike in obratno v e-postopkih ni več mogoče. Ravno to je razlog, da je potreba po njunem sprotne, skupnem sodelovanju in navsezadnje tudi pomoči vse večja. Dejstvo je, da elektronsko poslovanje vedno bolj prodira na vsa pravna področja in izvršilni postopek ni izjema. Zaradi tega bo treba sproti spremljati vedno nove okoliščine, ki se pojavljajo v sodni praksi in so posledica novosti v e-postopkih, pa tudi nove možnosti pri elektronskem poslovanju ter se jim prilagajati.

---

43 Pretvorba vseh vhodnih pisanj, ki jih prejme sodišče, v elektronsko obliko. Kar je predpogoj za elektronski spis.

# IZVRŠILNI DEL ZAČASNIH ODREDB, IZDANIH V SPORIH IZ RAZMERIJ MED STARŠI IN OTROKI<sup>1</sup>

mag. Damjan Orož  
višji sodnik  
Višje sodišče v Ljubljani

## 1 SPLOŠNO

Namen prispevka je poiskati odgovore na vprašanja, ki se zastavljajo pri oblikovanju in izvršitvi sklepa o začasni odredbi, ki ga sodišče izda v sporih iz razmerij med starši in otroki, in sicer ko odloča o vzgoji, varstvu, preživljanju in stikih otrok s starši.<sup>2</sup> Pri tem bomo obravnavali nekatera postopkovna vprašanja in predstavili sredstva zavarovanja.

Normativna podlaga je 411. člen Zakona o pravdnem postopku – ZPP (Uradni list RS, št. 26/99, 73/07 in 45/08), ki določa, da lahko sodišče med postopkom v zakonskih sporih in sporih iz razmerij med starši in otroki izda na predlog stranke ali po uradni dolžnosti začasne odredbe o varstvu in preživljanju skupnih otrok ter začasne odredbe o odvzemu ali omejitvi pravice do stikov oziroma o načinu izvrševanja stikov (prvi odstavek). Glede na določbo tretjega odstavka se začasne odredbe izdajo po določbah zakona, ki ureja zavarovanje (tretji odstavek), to pa je Zakon o izvršbi in zavarovanju – ZIZ (Uradni list RS, št. 51/98, 3/07, 93/07, 45/08, 28/09, 51/10, 26/11 in 14/12). Že zdaj naj velja ugotovitev, da je pri uporabi določbe tretjega odstavka 411. člena ZPP razumeti smiselno uporabo določb ZIZ, čeprav ZPP tega izrecno ne določa. ZIZ ne ureja samo materialnopравnih pogojev za zavarovanje (verjetnost terjatve, nevarnost nastanka nasilja ali težko nadomestljive škode; prim. 270. in 272. člen ZIZ),<sup>3</sup> temveč določa tudi, da ima sklep o začasni odredbi učinek sklepa o izvršbi (268. člena ZIZ). Da pa ima tak učinek, mora vsebovati sredstva zavarovanja – katera, bomo videli v nadaljevanju. Zato so pomembne tudi tiste določbe ZIZ, ki urejajo posamezna izvršilna sredstva. V teh sporih se velikokrat izdajajo začasne odredbe, s katerimi sodišče začasno uredi sporno razmerje tako, da stranki naloži plačilo preživnine ali omeji oziroma določi obliko izvrševanja osebnih stikov, odloči o vzgoji in varstvu, ne da bi hkrati določilo sredstvo zavarovanja. Vendar pa glede na zgoraj navedeno tak sklep

- 1 Prispavek je bil pripravljen na podlagi avtorjeve predstavitve, organizirane v okviru Ministrstva za pravosodje, Centra za izobraževanje v pravosodju, v letu 2013 na temo Ko se srečata Zakon o izvršbi in zavarovanju in družinsko pravo, in sicer v delu, namenjenem sodnikom, ki sodijo v družinskih zadevah.
- 2 Po določbi drugega odstavka 406. člena ZPP so spori iz razmerij med starši in otroki spori o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva ter spori o varstvu, vzgoji in preživljanju mladoletnih otrok in polnoletnih oseb, nad katerimi je podaljšana roditeljska pravica (v nadaljnjem besedilu: otrok), in spori o stikih otrok s starši in drugimi osebami ne glede na to, ali se rešujejo samostojno ali skupaj z zakonskimi spori oziroma spori o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva.
- 3 Galič, Aleš, Začasne odredbe v sporih iz družinskopravnih razmerij, Pravosodni bilten, letnik XXI, Ljubljana 2000, stran 78.

po vsebini ni sklep o začasni odredbi, saj ne vsebuje sredstev zavarovanja; le-to mu namreč daje učinke sklepa o izvršbi – izvršljivost. V praksi se v teh primerih nemalokrat zgodi, da tožeča stranka na podlagi takega sklepa vložijo predlog za izvršbo na podlagi izvršilnega naslova (1. točka 17. člena ZIZ) pred pristojnim okrajnim sodiščem, ki pa bi tako predlagano izvršbo moralo zavrniti, saj sklep o zavarovanju z začasno odredbo po določbi 268. člena ZIZ ni izvršilni naslov, ker ima le učinke sklepa o izvršbi. Za izvršitev začasne odredbe je pristojno sodišče, ki odloča o sporu (239. člen in prvi odstavek 35. člena ZIZ).

Začasne odredbe iz 411. člena ZPP so tako imenovane regulacijske odredbe,<sup>4</sup> torej odredbe, s katerimi sodišče že pred odločitvijo v sporu začasno uredi pravno razmerje. Namen teh začasnih odredb namreč ni, da po pravnomočni odločitvi o sporu izvršba glede teh pravic ne bi bila več mogoča, kar je razlog zavarovalnih začasnih odredb, pač pa, da se začasno do dokončne odločitve v sporu uredi sporno pravno razmerje in s tem prepreči nastanek nenadomestljive oziroma težko nadomestljive škoda ali nasilja.<sup>5</sup> Seveda pa določba ne izključuje izdajo klasičnih, zavarovalnih odredb po ZIZ, pri katerih veljajo vse omejitve, kot jih ZIZ določa zanje.

## 2 ZAVAROVANJE TERJATVE PREŽIVLJANJA

V zvezi zavarovanjem terjatve preživljanja govorimo praviloma o zavarovanju nedenarne terjatve, čeprav gre pri temu zavarovanju dejansko za to, da se toženi stranki že med postopkom naloži plačevanje preživnine in se s tem upravičencu zagotovijo sredstva za nujno preživljanje.<sup>6</sup> Namen take začasne odredbe je namreč, da otrok dobi sredstva za preživljanje takoj in tekoče, in to pred končno odločitvijo o terjatvi. Gre torej za predhodno realizacijo terjatve, zato tu ne veljajo splošne omejitve za zavarovanje denarnih terjatev – v smislu dodatnih predpostavk po ZIZ in omejitev pri začasni realizaciji. Zaradi tega tudi ni mogoče ugovarjati nedopustnosti zavarovanja.<sup>7</sup> Več kot očitno je, da so sredstva zavarovanja, ki so primerna za zavarovanje te terjatve, dejansko tista, ki jih ZIZ določa za izvršbo denarnih terjatev, to pa so sredstva iz 30. člena ZIZ: prodaja premičnin, prodaja nepremičnin, prenos denarne terjatve, unovčenje drugih premoženjskih oziroma materialnih pravic in nematerializiranih vrednostnih papirjev, prodaja deleža družbenika in prenos sredstev, ki so pri organizacijah, pooblaščenih za plačilni promet.

ZIZ ne določa hierarhije izvršilnih sredstev; tudi v postopkih zaradi preživljanja ni videti stvarnega razloga, da sodišče ne bi uporabilo vseh izvršilnih sredstev ali

4 Šipec, Miha, in drugi, Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, postopkih pred delovnimi in socialnimi sodišči, upravnimi sodišči in Ustavnim sodiščem RS ter v upravnem postopku, GV Založba, Ljubljana 2001, stran 145.

5 Galič, Aleš, Začasne odredbe v sporih iz družinskopravnih razmerij, Pravosodni bilten, letnik XXI, Ljubljana 2000 stran 74.

6 Prav tam. Tako tudi Rijavec, V., Pravdni postopek, zakon s komentarjem, 3. knjiga, Uradni listi in GV Založba, stran 269.

7 Šipec, Miha, in drugi, Začasne odredbe v civilnih sodnih postopkih, postopkih pred delovnimi in socialnimi sodišči, upravnimi sodišči in Ustavnim sodiščem RS ter v upravnem postopku, GV Založba, Ljubljana 2001, stran 145. Primerjaj sklep VSL III Cp 1220/2000 z dne 2. 8. 2000.



samo nekatera od njih. Treba pa je opozoriti, da so nekatera sredstva primernejša za zavarovanje, zlasti glede na čas in izvršilna dejanja, ki so potrebna, da se posamezno izvršilno sredstvo dokonča, saj le hitra izvršitev pomeni uresničitev namena zavarovanja – zagotavljanje potrebnih denarnih sredstev za tekoče preživljanje. Med temi so zlasti prodaja premičnin, prenos denarne terjatve, stalnih denarnih prejemkov ali denarnih sredstev pri organizaciji za plačilni promet (OPP), unovčenje nematerializiranih vrednostnih papirjev (KDD); manj primerni (zgolj s časovnega vidika!)<sup>8</sup> sredstvi zavarovanja pa sta prodaja deleža družbenika (ta je tudi zelo problematična glede dejanske uspešnosti opravljene izvršbe – praviloma se poslovni deleži v izvršbi ne prodajo, če pa se, gre za zelo nizke kupnine) in prodaja nepremičnin. Zadnje v vrsti je izvršilno sredstvo prenosa denarne terjatve, pri katerem otrok ne bo prejel denarnih sredstev, zato neposredno ni namenjeno preživljanju otroka. V nadaljevanju predstavljamo predloge sredstev zavarovanja terjatve preživljanja in terjatev osebnih stikov oziroma vzgoje in varstva otroka. Tu naj tudi opozorimo, da ima sodišče v teh primerih možnost, da po uradni dolžnosti izda sklep o zavarovanju, zato zlasti pri terjatvi preživljanja poslovanje sodišče ni zelo strogo vezano na predlog za zavarovanje tožeče stranke.

## 2.1 Predlog sredstev zavarovanja terjatve preživljanja

### 2.1.1 Prodaja premičnin

*z rubežem in cenitvijo premičnih stvari tožene stranke ter po pravnomočnosti sklepa s prodajo zarubljenih stvari in poplačilom tožeče stranke iz zneska, dobljenega s prodajo. Tožeča stranka pridobi z rubežem zastavno pravico na zarubljenih stvareh. Toženi stranki se prepoveduje razpolagati z zarubljenimi stvarmi, sicer stori kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic po 223. členu Kazenskega zakonika RS – KZ-1.*

Sodišče mora pri tem sredstvu zavarovanja določiti izvršitelja, ki opravi neposredna dejanja izvršbe v zavarovanje (prvi odstavek 44. a člena v zvezi z 239. členom ZIZ).

Sodišče lahko premične stvari v sklepu o zavarovanju individualizira, vendar pa to ni obvezna vsebina sklepa o zavarovanju na premične stvari. Če jih individualizira, izvršitelj opravi izvršbo le na te stvari, kar utegne nemalokrat povzročiti nepotrebne zaplete, če izvršitelj teh premičnin ne najde ali pa ne zadoščajo za zavarovanje. V tem primeru bi moralo namreč sodišče izdati dodaten sklep o zavarovanju na druge premične stvari, če bi jih hotelo uporabiti za izpolnitev terjatve. Zato je najbolj praktično, če se odloči, da jih navede v sklepu, da jih navede primeroma (*z rubežem premičnih stvari, zlasti ...*). Tudi ni potrebno, da v sklepu navede natančen naslov premičnin, saj se šteje, da so na naslovu tožene stranke. Sodišče lahko potrebne podatke za opravo zavarovanja sporoči izvršitelju tudi med postopkom z ustrežno odredbo (drugi odstavek 8. člena ZIZ).

Sodišče mora hkrati z izdajo začasne odredbe s prodajo premičnin izdati še odredbo za nasilen vstop v zaprt prostor (tretji odstavek 49. člena ZIZ). Če ta ni izdana hkrati s sklepom, lahko to sodišče stori tudi pozneje med postopkom. Odredba se glasi:

<sup>8</sup> Povsem drugače pri zavarovanju nedename terjatve vzgoje, varstva in osebnih stikov.

*Kadar je treba opraviti izvršilno dejanje v zaklenjenem prostoru, pa zakoniti zastopnik pravne osebe ni navzoč ali ne določi osebe, ki bo navzoča pri teh dejanjih, oziroma če v stanovanju ni navzoča tožena stranka, njen zakoniti zastopnik, pooblaščenec ali odrasel član njenega gospodinjstva ali prostora noče odpreti, ga lahko izvršitelj na podlagi te odredbe nasilno odpre v navzočnosti dveh polnoletnih občanov.*

*Obrazložitev odredbe: Sodišče je s sklepom imenovalo izvršitelja. Z imenovanjem je izvršitelj tako v skladu s Pravilnikom o opravljanju službe izvršitelja pridobil pravico, da opravi izvršilno dejanje, ki ga je sodišče dovolilo s svojim sklepom. Če zakoniti zastopnik pravne osebe ni navzoč ali ne določi osebe, ki bo navzoča pri teh dejanjih, oziroma če v stanovanju tožena stranka ali njen zakoniti zastopnik, pooblaščenec ali odrasel član njenega gospodinjstva ni navzoč pri opravljanju izvršilnih dejanj ali pa noče odpreti stanovanja, se izvršitelj s to odredbo pooblašča, da zaklenjen prostor nasilno odpre v navzočnosti dveh polnoletnih občanov, kot to določata tretji odstavek 49. člena Zakona o izvršbi in zavarovanju ter 42. člen Pravilnika o opravljanju službe izvršitelja. PRAVNI POUK: Zoper odredbo ni pritožbe.*

Sodišče tožeči stranki ne naloži založitve plačila varščine za nagrado in stroške dela izvršitelja. Po določbi prvega odstavka 38. a člena ZIZ to stori izvršitelj sam, če meni, da je glede na okoliščine primera to potrebno. Če se izvršitelj za to odloči, pa tožeča stranka varščine v roku in v višini, kot je to določil izvršitelj,<sup>9</sup> ne založi, izvršitelj o tem obvesti sodišče, ki zavarovanje s tem sredstvom ustavi (peti odstavek 38. člena ZIZ). Če je sodišče izvedlo postopek zavarovanja po uradni dolžnosti, se stroški za delo izvršitelja najprej krijejo iz proračuna sodišča (četrti odstavek 38. člena ZIZ).

### **2.1.2 Prenos denarne terjatve stalnih denarnih prejemkov (plača)**

*z rubežem plače (prejemkov iz delovnega razmerja, prejemkov iz socialnega zavarovanja in drugih stalnih denarnih prejemkov), ki jo tožena stranka prejema pri dolžnikovem dolžniku, in z nalogom delodajalcu/dolžnikovem dolžniku, da mora po pravnomočnosti sklepa o zavarovanju plačati oziroma plačevati tožeči stranki denarni znesek oziroma denarne zneske, za katere je sodišče dovolilo zavarovanje, toda ne v škodo morebitnih že prej pridobljenih pravic drugih upravičencev.*

*Za terjatve iz naslova zakonite preživitve se sme zarubiti do 2/3 prejemkov, na katere se seže z izvršbo, vendar tako, da toženi stranki ostane najmanj znesek v višini 2/3 minimalne plače, zmanjšane za plačilo davkov in obveznih prispevkov za socialno varnost, če preživlja družinskega člana ali drugo osebo, ki jo mora preživljati po zakonu, pa tudi znesek v višini prejemka, določenega za osebo, ki jo preživlja, po merilih, ki jih določa zakon, ki ureja socialno varstvo, za dodelitev denarne socialne pomoči.*

*Z vročitvijo tega sklepa dolžnikovemu dolžniku je rubež opravljen, z rubežem terjatve pa upnik pridobi na njej zastavno pravico. Dolžnikovemu dolžniku se prepoveduje*

<sup>9</sup> Če se tožeča stranka ne strinja z višino varščine, na zahtevo, ki mora biti vložena v osmih dneh na sodišče, odloči sodišče s sklepom (zoper sklep je dovoljena pritožba).

*izplačati zarubljeni del prejemkov toženi stranki, le-tej pa se prepoveduje izterjava ali kakšno drugačno razpolaganje z zarubljenim delom prejemkov.*

*Opozorilo dolžnikovemu dolžniku: Dolžnikov dolžnik ne sme izplačati toženi stranki zarubljenega dela prejemkov, temveč jih mora odtegniti in hraniti ter izplačati tožeči stranki, ko ga sodišče obvesti, da je sklep pravnomočen. Vrstni red zastavnih pravic več upnikov se določa po dnevu oprave rubeža. Sklep se nanaša tudi na povečanje plače, do katerega pride po vročitvi sklepa. Če toženi stranki preneha delovno razmerje, učinkuje sklep tudi proti delodajalcu, s katerim sklene novo delovno razmerje. Delodajalec, pri katerem tožena stranka ni več v delovnem razmerju, mora nemudoma s priporočeno pošiljko poslati sklep novemu delodajalcu in o tem obvestiti sodišče. Če ne ve za novega delodajalca, mora o tem nemudoma obvestiti sodišče. Na predlog tožeče stranke sodišče naloži delodajalcu plačilo vseh zneskov, ki jih ni odtegnil in izplačal po sklepu. Delodajalec, ki ni ravnal po sklepu ali po predhodnem odstavku, je odgovoren tudi za škodo, ki jo zaradi tega utрпи tožeča stranka.*

Sodišče v sklep o zavarovanju vnese naziv izplačevalca stalnih denarnih prejemkov<sup>10</sup> (129. člen ZIZ). Če se ta pozneje spremeni, sodišče ne izda novega sklepa o zavarovanju, temveč bodisi na predlog tožeče stranke bodisi ob lastni aktivnosti ugotovi novega delodajalca, ki mu vroči sklep o zavarovanju.<sup>11</sup> Ta namreč učinkuje tudi proti novemu delodajalcu, čeprav ni naveden v sklepu, in sicer od dneva, ko mu je sklep vročen (prvi odstavek 133. člena ZIZ).

### **2.1.3 Prenos denarne terjatve pri OPP**

*z rubežem denarnih sredstev pri OPP in po pravnomočnosti sklepa o zavarovanju s prenosom denarnega zneska, za katerega je dovoljena izvršba, na račun tožeče stranke. Na denarna sredstva, ki jih ima tožena stranka pri OPP iz naslova prejemkov, ki so izvzeti iz izvršbe (101. člen Zakona o izvršbi in zavarovanju – ZIZ) oziroma je izvršba nanje omejena (102. člen ZIZ), ni mogoče seči z izvršbo, če gre za prejemke, nakazane za tekoči mesec, oziroma je mogoče seči le z upoštevanjem omejitev za tekoči mesec. Ko bo ta sklep postal pravnomočen, bo sodišče o tem obvestilo OPP, ki je dolžna takoj obvestiti sodišče o opravljenem poplačilu tožeče stranke. Če je tožena stranka podjetnik ali zasebnik, ki ne prejema nobenega od prejemkov iz prvega odstavka 102. člena ZIZ, mu mora pri izvršbi na denarna sredstva pri organizaciji za plačilni promet od skupne vsote mesečnih prilivov ostati najmanj znesek v višini 2/3 minimalne plače, zmanjšane za plačilo davkov in obveznih prispevkov za socialno varnost, če tožena stranka preživlja družinskega člana ali drugo osebo, ki jo mora preživljati po zakonu, pa tudi znesek v višini prejemka, določenega za osebo, ki jo preživlja, po merilih, ki jih določa zakon, ki ureja socialno skrbstvo, za dodelitev denarne socialne pomoči (drugi odstavek 102. člena ZIZ). OPP se naloži, naj blokira sredstva tožene stranke na*

<sup>10</sup> Plača je sinonim za stalne denarne prejemke, med katere zakon uvršča še pokojnino, nadomestilo plače, prejemke iz naslovačasne brezposelnosti in druge stalne denarne prejemke, če zakon ne določa drugače (drugi odstavek 128. člena ZIZ).

<sup>11</sup> Po določbi četrtega odstavka 133. člena ZIZ je sodišče to dolžno storiti takoj po prejemu obvestila dolžnikovega dolžnika, da toženi stranki ne izplačuje več stalnih denarnih prejemkov.

vseh računih v višini obveznosti iz sklepa in po pravnomočnosti sklepa ta znesek izplača tožeči stranki. Ta sklep ima učinek rubeža in prenosa v izterjavo.

*Opozorilo organizaciji za plačilni promet: OPP poravnava terjatve po vrstnem redu, kot je prejela sklepe. Če takrat, ko prejme sklep, na računu tožene stranke ni rubljevih sredstev ali če tožena stranka zaradi vezave s sredstvi na računu ne more razpolagati, OPP obdrži sklep v evidenci in opravi na njegovi podlagi poplačilo, ko rubljeva sredstva prispejo na račun oziroma ko tožena stranka dobi pravico z njimi razpolagati (141. člen ZIZ). OPP ne sme izvršiti naloga tožene stranke, dokler ni plačana terjatev po sklepu, razen če zakon določa drugače. Na predlog tožeče stranke sodišče naloži OPP, da mora sama plačati vse zneske, ki jih ni odtegnila in izplačala po sklepu. Odgovorna pa je tudi za škodo, ki je nastala tožeči stranki, ker ni ravnala po sklepu oziroma ker je kršila določbe ZIZ o vrstnem redu, obsegu in načinu poplačila obveznosti iz sklepa.*

Navedba transakcijskega računa tožene stranke ni obvezna sestavina sklepa o zavarovanju (glej prvi odstavek 138. člena in razveljavljeni 140. člena ZIZ). Zavarovanje se vselej nanaša na vse račune pri posamezni OPP. Če dolжник med postopkom odpre nov račun pri drugi OPP, sodišče obstoječi sklep vroči še tej (novi) OPP (prim. peti odstavek 138. člena ZIZ). Izvršba lahko poteka na več računih pri več OPP hkrati. Če so navedene že v sklepu o zavarovanju, je primarna OPP tista, ki je prva navedena (prvi odstavek 145. člena ZIZ). Če je tožena stranka med postopkom pri drugih OPP odprla nove račune, sodišče sklep o zavarovanju pošlje še tej novi, dodatni OPP, vse OPP pa obvesti o tem, katera je primarna OPP. Ni potrebno, da bi o tem izdalo nov sklep o zavarovanju.<sup>12</sup> Mora pa vse banke obvestiti, katera od njih je primarna OPP, da ne pride do prekoračitve izvršbe v zavarovanje, saj prenos denarnih sredstev in poplačilo tožeče stranke lahko opravlja le primarna OPP.

#### **2.1.4 Unovčenje nematerializiranih vrednostnih papirjev**

*z vpisom sklepa o zavarovanju na nematerializiranih vrednostnih papirjih, ki jih ima tožena stranka pri KDD – Centralni klirinško depotni družbi, d. d., na računu št. \_\_\_\_\_: in sicer \_\_število\_\_\_\_\_ vrednostnih papirjev oznake \_\_\_\_\_ oznaka in koda \_\_\_\_\_ izdajatelja \_\_\_\_\_ firma izdajatelja \_\_\_\_\_.*

*Z dnem, ko KDD sklep o zavarovanju vpiše v centralni register, tožeča stranka pridobi z rubežem zastavno pravico na vrednostnih papirjih, ki so predmet zavarovanja. Hkrati z vpisom sklepa KDD vpiše zastavno pravico tožeče stranke in prepoved razpolaganja imetnika z vrednostnimi papirji. Toženi stranki je prepovedano razpolagati z zarubljenimi vrednostnimi papirji, ker sicer stori kazniv dejanje oškodovanja tujih pravic po 223. členu Kazenskega zakonika – KZ-1.*

---

<sup>12</sup> Med postopkom lahko sodišče z vpogledom v njemu dostopno evidenco preverja, ali ima dolжник odprt nov račun (šesti odstavek 141. člena ZIZ).

Vrednostni papirji se prodajo in iz kupnine plača terjatev tožeče stranke. Sodišče zaradi prodaje vrednostnih papirjev bodisi (četrti in peti odstavek 163. c člena ZIZ):

- a) samo s sklepom določi borznoposredniško hišo (BPH), ki opravi prodajo vrednostnih papirjev, ki kotirajo na borzi. Praviloma to stori kar v sklepu o zavarovanju, lahko po tudi s posebnim sklepom (prvi odstavek 163. c člena ZIZ):

*Za prodajo se pooblašča BORZNIK BPH, d. d., Ljubljana, Dividenda 3, Ljubljana. Prodaja v 1. točki izreka tega sklepa o zavarovanju navedenih vrednostnih papirjev se opravi po pravnomočnosti tega sklepa po ceni na borzi na dan prodaje. Sredstva, dobljena s prodajo, se morajo po odbitku stroškov prodaje nakazati na račun sodišča (redni pologi), sklic št. ...*

- b) lahko pa le določi izvršitelja in mu odredi, da določi borznoposredniško hišo in ji odredi prodajo vrednostnih papirjev na borzi.

Če vrednostni papirji ne kotirajo na borzi, jih lahko proda le izvršitelj (četrti odstavek 163. člena ZIZ). Sodišče mora torej v tem primeru vselej za prodajo določiti izvršitelja in mu odrediti prodajo vrednostnih papirjev. Izvršitelj vrednostne papirje proda na javni dražbi ali z neposredno pogodbo in po plačilu stroškov preostanek kupnine nakaže na račun sodišča (redni pologi).

Če vrednostni papirji ne kotirajo na borzi, sodišče po prodaji (po obvestilu izvršitelja) izda še sklep, s katerim sodišče odredi KDD-ju prenos prodanih vrednostnih na račun kupca. Ta sklep je potreben, ker nadomešča izročitev nematerializiranih vrednostnih papirjev kupcu (tretji odstavek 163. c člena ZIZ).

### **2.1.5 Prodaja nepremičnine**

- če gre za zemljiškoknjižno vknjiženo nepremičnino:<sup>13</sup>  
*z zaznambo sklepa o zavarovanju v zemljiški knjigi pri nepremičnini ID-znak 9999-999/99-0 (ID 9999999) v lasti tožene stranke (ID osnovnega pravnega položaja: 9999999), z ugotovitvijo vrednosti in s prodajo navedenih nepremičnin ter po pravnomočnosti s poplačilom tožeče stranke iz zneska, dobljenega s prodajo, do višine terjatve;*
- v primeru zemljiškoknjižno neknjižene nepremičnine:  
*z rubežem nepremičnine, to je stanovanja št. 999 v večstanovanjski hiši na naslovu Dolžniška ulica 9 v Dolžnikovem, ki ni vknjižena v zemljiški knjigi, z ugotovitvijo vrednosti, prodajo in poplačilom tožeče stranke.*

Pri izvršbi na zemljiškoknjižno neknjiženo nepremičnino mora sodišče vselej določiti izvršitelja, ki opravi rubež nepremičnine. Nepremičnino mora v sklepu določno označiti s podatki, potrebnimi za njeno identifikacijo. ZIZ v prvem odstavku 211. člena te podatke primeroma našteva (lega, ime nepremičnine, meje in površina). Izvršitelj takoj po opravljenem rubežu sodišču pošlje zapisnik o rubežu, ki ima pomen zaznambe izvršbe in mora biti (nemudoma) razglašen na sodni deski in objavljen v Uradnem listu Republike Slovenije (tretji odstavek 211. člena ZIZ).

<sup>13</sup> Enako pri izvršbi na delež družbenika. Sodišče mora po uradni dolžnosti paziti, da je v zemljiški knjigi tožena stranka vpisana kot lastnik (prvi odstavek 168. člena ZIZ).

## 2.2 Izvrševanja sklepa o zavarovanju

Sodišče začne opravljati izvršilna dejanja takoj po izdaji sklepa o zavarovanju, zato ga hkrati z vročitvijo strankam vroči tudi izvrševalcem sklepa o zavarovanju, kot so določeni v sklepu (izvršitelj, OPP, delodajalec, zemljiška knjiga zaradi vpisa zaznambe sklepa o zavarovanju, KDD, sodni register ...), skladno z določbo tretjega odstavka 45. člena ZIZ.

V zvezi s tem naj omenimo še problem določitve terjatve v izreku sklepa o zavarovanju in s tem povezano vprašanje roka za izpolnitev obveznosti. Namen ni razpravljanje o terjatvi po temelju in višini, temveč o zapisu te terjatve v sklep o zavarovanju. V sodni praksi zasledimo več načinov zapisa izreka. Klasične zavarovalne začasne odredbe vsebujejo naslednji izrek: Zaradi zavarovanja terjatve preživljanja v višini 100 EUR mesečno, ki zapade vsakega 15. dne v mesecu, se dovoli zavarovanje (v nadaljevanju se navedejo sredstva zavarovanja). Ker pa gre za regulacijske odredbe, saj o terjatvi predhodno še ni bilo odločeno, lahko izrek oblikujemo tako: Tožena stranka je dolžna tožeči stranki plačevati preživnino v višini 100 EUR mesečno, ki zapade v plačilo vsakega 15. dne v mesecu, in se dovoli zavarovanje (v nadaljevanju se navedejo sredstva zavarovanja). Po našem mnenju pa ni primerno, da se v izrek zapiše, da je tožena stranka dolžna v treh dneh tožeči stranki plačati preživnino v znesku 100 EUR, sicer sodišče dovoli zavarovanje (navedba sredstev zavarovanja). V zadnjem primeru je namreč zavarovanje dovoljeno šele s potekom paricijskega roka, kar pa ni pravilno, saj zavarovanje ne more biti vezano na rok. Če je sodišče ugotovilo, da so izpolnjeni pogoji za zavarovanje terjatve preživljanja, potem je do standarda verjetnosti moralo ugotoviti, da je terjatev izkazana, da tožena stranka preživnine ne plačuje in je zavarovanje nujno, zato se mora izvršba v zavarovanje izvesti takoj po izdaji sklepa o zavarovanju.<sup>14</sup> Določanje dodatnega roka za izpolnitev oziroma odložitev izvajanja začasne odredbe je napačno. V praksi se pri takih izrekih vselej pojavi logično vprašanje, ali lahko sodišče sklep o zavarovanju pošlje izvrševalcem sklepa o izvršbi, ali je torej obveznost ostala neplačana. Predvsem pa začasna odredba s tem izgubi učinek zavarovanja – presenečenje tožene stranke, ki naj prepreči odtujitev ali skrivanje premoženja.<sup>15</sup>

Sodišče je dolžno v sklepu o začasni odredbi določiti, koliko časa traja začasna odredba (prvi odstavek 277. člena ZIZ). Praviloma je to do pravnomočne odločitve o stvari. Rok je lahko tudi krajši, sodišče ga lahko namreč med postopkom podaljša (tretji odstavek 277. člena ZIZ). Po končni odločitvi na prvi stopnji, ki še ni pravnomočna, je dopustno predlagati tudi zavarovanje s predhodno odredbo (prvi odstavek 257. člena in 260. člen ZIZ). O tem pa ne odloča več sodišče v sporu iz 411. člena ZPP, temveč mora tožeča stranka kot upnik pred okrajnim sodiščem predlagati izdajo predhodne odredbe. Treba je omeniti, da po določbi 269. člena ZIZ začasna odredba ni dopustna, če so dani pogoji za predhodno odredbo, s katero se da doseči enak namen (257. člen ZIZ). Namen obeh – začasne odredbe iz 411. člena ZPP in predhodne odredbe iz 257. člena ZIZ – je različen, saj je prva regulacijske narave, druga pa je po svojem bistvu vselej zavarovalne narave.

14 Pri zavarovanju nedenarne terjatve tako tudi Novak, Barbara, Pravosodni bilten, letnik XXI, Ljubljana 2000, Odvzem otroka v sodnem ali upravnem postopku, stran 323.

15 Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča, št. Up-232/99 z dne 26. 5. 1999.

### 3 ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE NEDENARNE TERJATVE OSEBNIH STIKOV

V sporu, v katerem sodišče odloča tudi o osebnih stikih, lahko na predlog ali po uradni dolžnosti izda začasno odredbo o vzgoji in varstvu otroka, omejitvi pravice do stikov oziroma o načinu izvrševanja stikov (prim. prvi odstavek 411. člena ZPP). Tudi za tako izdane začasne odredbe velja določba tretjega odstavka 411. člena ZPP, po kateri začasne odredbe izda sodišče po določbah zakona, ki ureja zavarovanje. Tako kot pri začasnih odredbah, izdanih zaradi preživetja otroka, tudi pri teh velja, da so regulacijske začasne odredbe. Z njimi torej sodišče začasno spreminja, ureja, omejuje ali določa način izvrševanja terjatve. Tudi tu velja zgornja ugotovitev, da predmet tega prispevka ni odločanje o terjati (po temelju in obliki), torej materialnopравни del začasne odredbe, temveč njen izvršilni del. Če naj se začasno uredijo osebni stiki ali vzgoja in varstvo otroka, sodišče v sklepu o zavarovanju določi sredstva zavarovanja, ki so dejansko sredstva izvršbe.

ZIZ v prvem in drugem odstavku 238. f člena določa sredstva izvršbe za izvršitev terjatve osebnih stikov. Temeljno načelo je, da je primarno izvršilno sredstvo izvršba s posredno prisilo – izrekanjem denarnih kazni. Izvršbo z odvzemom otroka zakon določa le kot izjemno izvršilno sredstvo, ki je vselej podredno izvršilno sredstvo. To izhaja iz določb prvega in drugega odstavka 238. f člena ZIZ, po katerih se sodna odločba glede pravice do osebnih stikov z otrokom izvrši po določbah prvega, drugega, tretjega in petega odstavka 226. člena ZIZ. V izjemnih in posebej utemeljenih primerih, ko je nujno za zagotovitev varstva koristi otroka, izvršba s primarnim izvršilnim sredstvom pa ni bila uspešna, sodišče dovoli opravo izvršbe z neposredno izročitvijo. Glede na določbo tretjega odstavka 411. člena ZPP tako razmerje med sredstvi zavarovanja velja tudi, ko o zavarovanju odloča sodišče v sporu iz drugega odstavka 406. člena ZPP. V nadaljevanju podajamo predlog sredstev zavarovanja.

1) Sredstvo zavarovanja izrek denarne kazni (zaradi preglednejšega podajanja teme bomo sklep opremili z datumom 1. 1. 2013):

*zaradi zavarovanja terjatve osebnih stikov mora tožena stranka v osmih dneh<sup>16</sup> izpolniti obveznost iz tega sklepa.*

*Če tožena stranka v osmih dneh ne bo izpolnila obveznosti, se ji izreče denarna kazen 5.000 EUR.<sup>17</sup>*

Sodišče denarno kazen določi v višini, ki bo za toženo stranko pomenila zadosten pritisk, da bo spoštovala sodno odločbo in obveznost izpolnila.<sup>18</sup> Premožensko stanje tožene stranke pri odmeri višine denarne kazni ni pomembno. Sodišče mora višino odmerjene denarne kazni vselej ustrezno obrazložiti.<sup>19</sup> ZIZ v petem odstavku

<sup>16</sup> Sodišče samo določi primeren rok; za potrebe tega prispevka smo dali rok osmih dni.

<sup>17</sup> Denarna kazen se lahko izreče največ do 10.000 EUR (prim. drugi odstavek 226. člena ZIZ).

<sup>18</sup> Primerjaj Ustavno sodišče, št. U-I-339/38 z dne 21. 1. 1999; sklep VS RS III Ips 21/2011 z dne 15. 11. 2011.

<sup>19</sup> Tudi sicer je po določbah ZIZ sodišče dolžno sklep o začasnih ali predhodnih odredbah vselej obrazložiti (prvi odstavek 239. a člena ZIZ).

226. člena določa, da sodišče pri odmerjanju denarne kazni v predpisanih mejah upošteva pomen dejanja, ki bi ga moral opraviti dolžnik, ter druge okoliščine primera.

Če tožena stranka ne izpolni obveznost iz sklepa o zavarovanju z dne 1. 1. 2013, sodišče opravi izvršbo po uradni dolžnosti na podlagi sklepa o izrečenih denarni kazni (tretji odstavek 226. člena ZIZ). To pomeni, da po izteku roka za izpolnitev ugotovi, ali je obveznost izpolnjena, in če ni, izda 1. 2. 2013 sklep (glej vsebino odstavka a in b):

*a) Zaradi izterjave denarne kazni v znesku 5.000 EUR, izrečene s sklepom o zavarovanju z dne 1. 1. 2013, se dovoli izvršba:<sup>20</sup> z rubežem in cenitvijo premičnih stvari tožene stranke ter po pravnomočnosti sklepa o zavarovanju s prodajo zarubljenih stvari in plačilom iz zneska, dobljenega s prodajo. Z rubežem se pridobi zastavna pravica na zarubljenih stvareh. Toženi stranki se prepoveduje razpolagati z zarubljenimi stvarmi, sicer stori kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic po 223. členu Kazenskega zakonika RS – KZ-1. Kupnina se nakaže na račun sodišča št. ..., sklic ...*

Povedali smo že, da če sodišče določi izvršilno sredstvo, pri katerem so potrebna dejanja izvršitelja, mora izvršitelj določiti v sklepu o zavarovanju.

Zelo pomembno je, da se izvršba denarne kazni ne opravi s poplačilom na račun tožeče stranke, kar sicer upniki v izvršilnih postopkih velikokrat predlagajo. Denarna kazen, ki se tako izterja, je izključno dohodek proračuna.<sup>21</sup> Upniki večkrat predlagajo izvršilno sredstvo za izterjavo izrečene denarne kazni, vendar sodišče na predlog ni vezano, saj je za izterjavo dolžno skrbeti po uradni dolžnosti – postopek izterjave denarne kazni ni nikdar predlagalni postopek. Sodišče torej samo določi izvršilno sredstvo. Stroške, ki pri izvršbi nastanejo, krije najprej sodišče iz proračuna, nato pa jih naloži stranki v postopku v plačilo.

*b) Dolžniku se naloži, da v osmih dneh izpolni obveznost iz sklepa z dne 1. 1. 2013, in se mu v primeru neizpolnitve izreče denarna kazen 6.000 EUR.*

Kazen mora biti višja, kot je bila prva izrečena (tretji odstavek 226. člen ZIZ), če pa je bila že prva najvišja (10.000 EUR), ni ovire, da je tudi zdaj enaka. Sodišča zaradi določbe tretjega odstavka 226. člena ZIZ praviloma prve kazni izrekajo nižje od najvišje dovoljene, vendar pa to iz navedene določbe ne izhaja. Če so okoliščine primera take, da terjajo izrekanje najvišjih denarnih kazni, določba tretjega odstavka 226. člena ZIZ za to ni ovira.

Nato sodišče počaka, ali bo dolžnik obveznost izpolnil. Če je ne izpolni, izda 1. 3. 2013 sklep o izvršbi po uradni dolžnosti za drugo izrečeno kazen (določeno s sklepom 1. 2. 2013), v njem določi izvršilno sredstvo in ponovno izreče denarno kazen, zdaj višjo kot prej, če obveznosti v dodatnem roku ne bo izpolnil. Tako

<sup>20</sup> Sodišče samo določi sredstvo in predmet izvršbe za izterjavo denarne terjatve, za potrebe tega prispevka smo določili izvršbo na premične stvari.

<sup>21</sup> Primerjaj sklep VS RS III Ips 21/2011 z dne 15. 11. 2011.



nadaljuje vse do izpolnitve obveznosti in denarne kazni (vse!) tudi izterjuje. Zakon sicer izključuje uporabo četrtega odstavka 226. člena ZIZ (glej prvi odstavek 238. f člena ZIZ), vendar pa menimo, da je treba omenjeno določbo razlagati tako, da se ta določba nanaša le na končno omejitev izrekanja denarnih kazni po višini. V četrtem odstavku 226. člena ZIZ je namreč poleg predpisanega postopanja zoper neubogljivega dolžnika (toženo stranko), postopanja po drugem in tretjem odstavku, določeno še, da sodišče nadaljuje izrekanje novih denarnih kazni, dokler seštevek posameznih ne doseže desetkratnika zneska iz drugega odstavka (torej 100.000 EUR). Ratio legis je jasen, glede na pomen dobrine, ki se s tako izvršbo varuje. Koristi otroka so tako pomembne, da je vsakršno omejevanje denarnih kazni (ne posameznih, temveč seštevka) z zakonom izrecno izključeno.

O roku za izpolnitev obveznosti menimo, da rok, ki ga sicer prvi odstavek 226. člena ZIZ izrecno omenja kot obvezno sestavino sklepa o izvršbi, ni nujen – zlasti v začasnih odredbah, s katerimi sodišče zaradi varstva otrokove koristi takoj prepove osebne stike tožene stranke z otrokom oziroma jih odredi pod nadzorstvom (npr. centra za socialno delo). Če torej sodišče presodi, da je potrebno takojšnje in popolno prenehanje osebnih stikov, ker to zahteva varstvo otrokovih koristi, tedaj seveda ne sme postaviti roka iz prvega odstavka 226. člena ZIZ, ker bi z njim toženi stranki za določen čas še dopustilo stike, za katere je ocenilo, da jih mora zaradi varstva koristi otroka izključiti. To bi bilo v nasprotju z namenom izdane začasne odredbe. Tudi v izvršbi na opustitev je bilo že odločeno, da se dodatni rok za opustitev ravnanja ne določi, saj ni dopustno z izvršilnim sredstvom, ki zapoveduje določitev naknadnega primerne roka, dopustiti ravnanje, ki je sicer z izvršilnim naslovom (pri nas v sklepu o začasni odredbi) prepovedano.<sup>22</sup> Rok je torej na mestu predvsem, ko tožeča stranka zahteva, da se mu omogočijo stiki z otrokom, ki jih zdaj tožena stranka preprečuje.

Če izvršba ni uspešna, sodišče lahko takoj začne z neposredno izročitvijo ob dodatnih pogojih izjemnosti in posebno utemeljenih primerih (glej drugi odstavek 238. f člena ZIZ).

#### **4 ZAČASNE ODREDBE ZA ZAVAROVANJE NEDENARNE TERJATVE VZGOJE IN VARSTVA OTROKA**

V nadaljevanju obravnavamo primer začasne odredbe zaradi izročitve otroka, ko se torej enemu od staršev naloži izročitev otroka drugemu. Tudi tu velja, da je primarna posredna izročitev (238. d člen ZIZ) z izrekanjem denarnih kazni (če sodišče tako začasno odredbo izda, zanjo velja vse zgoraj zapisano), neposredna izročitev pa sekundarna, vendar ne tako, kot je to pri osebnih stikih. Za neposredno izročitev se lahko sodišče odloči, če posredna izročitev ni bila uspešna, v posebej

<sup>22</sup> Primerjaj sklep VS RS II Ips 9/1997 z dne 6. 5. 1998 in sklep VSL I Ip 3521/2011 z dne 26. 10. 2011. Gre sicer za izvršbo terjatve iz sklepa, izdanega v sporu zaradi motenja posesti, vendar pa so nosilni argumenti sprejemljivi tudi za začasne odredbe, izdane glede vzgoje, varstva in osebnih stikov.

utemeljenih primerih pa tudi takoj (prim. prvi odstavek 238. e člena ZIZ). V tem primeru se sredstvo zavarovanja glasi:

a) *otroka se odvzame toženi stranki ali osebi, pri kateri je otrok v času opravljanja izvršbe, ter se ga izroči osebi, kateri je otrok zaupan v vzgojo in varstvo. Izvršbo opravi izvršitelj ob navzočnosti ...*<sup>23</sup>.

b) *Za izvršitelja se določi ...*

Sodišče mora hkrati izdati tudi odredbo za vstop v zaprte prostore, kot smo jo opredelili zgoraj. V sklepu o zavarovanju lahko sodišče toženi stranki določi rok za izpolnitev obveznosti, če pa meni, da je treba otroka izročiti takoj (prim. peti odstavek 238. e člena ZIZ), se sklep o zavarovanju vroči ob opravi prvega dejanja zavarovanja (odvzemu otroka). Če tožena stranka pri opravi dejanja ni prisotna, se ji sklep vroči naknadno, njena prisotnost namreč ni potrebna (prim. peti in šesti odstavek 238. e člena ZIZ).

## 5 SKLEP

Nemalokrat se zgodi, da sodišče v posamezni zadevi izda več začasnih odredb. Poglejmo si primer, ko je sodišče izdalo začasno odredbo za preživljanje otroka in začasno odredbo za prepoved osebnih stikov. Prvo bomo označili z A, drugo z B. Izvršba v zavarovanje se opravlja tako, da sodišče izda sklep o zavarovanju (1. 1. 2013):

a) Sodišče naloži plačilo preživnine in zaradi zavarovanja dovoli izvršbo v zavarovanje z izvršilnim sredstvom (navedeno primeroma):

*z rubežem in cenitvijo premičnih stvari tožene stranke ter po pravnomočnosti sklepa s prodajo zarubljenih stvari in poplačilom iz zneska, dobljenega s prodajo. Z rubežem se pridobi zastavna pravica na zarubljenih stvareh. Toženi stranki se prepoveduje razpolagati z zarubljenimi stvarmi, sicer stori kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic po 223. členu Kazenskega zakonika RS – KZ-1. Kupnina se nakaže na račun tožeče stranke št. ...*

b) Sodišče naloži izpolnitev nedenarne obveznosti in zaradi zavarovanja dovoli izvršbo v zavarovanje z izvršilnim sredstvom izrekanja denarnih kazni:

*Sodišče naloži toženi stranki, da preneha z osebnimi stiki takoj, in dolžniku se izreče denarna kazen v znesku 5.000 EUR, če obveznosti ne izpolni.*

Sodišče izvršbo A nato opravlja tako, da sklep vroči strankam in izvršitelju, ki premične stvari zarubi, proda in plača terjatev tožeče stranke, izvršbo B pa tako, da ugotovi, ali je tožena stranka obveznost izpolnila, če je ni, takoj (1. 2. 2013) izda sklep o izvršbi. Če se odloči za izvršilno sredstvo prodaje premičnin, odloči:

---

<sup>23</sup> Sodišče mora tu določiti strokovno usposobljenega sodelavca; prim. drugi odstavek 238. e člena ZIZ.

1) Zaradi izterjave denarne kazni 5.000 EUR, izrečene s sklepom z dne 1. 1. 2013, se opravi izvršba: z rubežem in cenitvijo premičnih stvari tožene stranke ter po pravnomočnosti sklepa s prodajo zarubljenih stvari in poplačilom iz zneska, dobljenega s prodajo. Z rubežem se pridobi zastavna pravica na zarubljenih stvareh. Toženi stranki se prepoveduje razpolagati z zarubljenimi stvarmi, sicer stori kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic po 223. členu Kazenskega zakonika RS – KZ-1. Kupnina se nakaže na račun sodišča št. ..., sklic ... 2) Tožena stranka mora v dodatnem roku osmih dni izpolniti obveznost iz sklepa o zavarovanju in se ji izreče denarna kazen 6.000 EUR, če obveznosti ne bo izpolnil. Če obveznost iz B še vedno ni izpolnjena, sodišče izda nov sklep o izvršbi (zdaj 1. 3. 213), ponovno določi rok za izpolnitev in določi denarno kazen v primeru neizpolnitve ter tako nadaljuje do izpolnitve obveznosti. Ves ta čas se torej vodita dve vzporedni izvršbi, katerih končni prejemnik je različen – pri terjatvi preživljanja je to tožeča stranka, pri terjatvi osebnih stikov pa proračun. V praksi prihaja do zmede pri izvrševalcih takega sklepa o izvršbi, saj jim mora biti jasno, katero terjatev izvršujejo (kdo krije stroške izvršbe, na kateri račun se opravi prenos zarubljenega). Sodišče izvrševalca na to ustrezno opozori, če so nejasnosti, tudi z odredbo ali dopisom. Temu se najlaže izognemo tako, da določimo pri obeh izvršbah v zavarovanje različna izvršilna sredstva, če je to glede na premoženjsko stanje dolžnika sploh mogoče.

Lahko povzamemo, da je treba zlasti pri zavarovanju terjatve preživljanja določbe ZIZ, ki urejajo posamezno izvršilno sredstvo (zlasti premičnine in nepremičnine), razlagati smiselno. Prvič zato, ker je v teh postopkih poudarjeno načelo oficialnosti, predvsem pa zato, ker je med izvršbo v zavarovanje in klasično izvršbo bistvena razlika v terjatvi. Pri prvi je namreč določena višina posamezne (mesečne) terjatve, medtem ko končna višina ob opravi rubeža in končno tudi poplačila pravzaprav velikokrat še ni znana. Terjatev v klasični izvršbi je v trenutku izdaje sklepa (praviloma vselej) zapadla in je torej njena višina vsaj v znesku glavnice znana in določena (prim. prvi odstavek 19. člena ZIZ). Če dejanja zavarovanja potekajo hitro in uspešno, bi morala biti terjatev preživljanja poplačana pred koncem odločanja o glavni stvari oziroma tudi pred iztekom časa, za katerega je dovoljeno zavarovanje. Tako se zlasti pri premičninah lahko zgodi, da bo treba opraviti več rubežev (torej bo potrebna smiselna razlaga 88. člena ZIZ), predvsem pa po poplačilu iz prodanih stvari lahko ostane kupnina, čas zavarovanja pa še ni potekel – preostanek kupnine v tem primeru po našem mnenju ni dopustno vrniti toženi stranki, temveč jo je treba uporabiti za plačilo tistih obrokov preživnine, ki in ko bodo še zapadli v plačilo med trajanjem začasne odredbe (prim. peti odstavek 97. člena ZIZ).



## AKTUALNA VPRAŠANJA S PODROČJA DRUŽINSKEGA PRAVA

dr. Mateja Končina Peternel  
vrhovna sodnica  
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

V tem pisnem prispevku so zbrani odgovori na vprašanja, ki so bila postavljena na Družinskopravni šoli v januarju oziroma februarju 2013.

Uvodoma želim opozoriti, da je pri vprašanjih, o katerih je Vrhovno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: VS RS) že zavzelo stališče, to v odgovorih posebej navedeno skupaj z opravilno številko odločbe VS RS ali sprejetim pravnim mnenjem. Sicer pa sem v odgovorih navedla le svoje mnenje, kar pomeni, da utegne biti v primeru vložitve izrednega pravnega sredstva odločitev VS RS drugačna.

### **I V KATERIH DRUŽINSKOPRAVNIH SPORIH SE UPORABLJAJO DOLOČBE 27. POGlavJA ZAKONA O PRAVDNEM POSTOPKU (V NADALJEVANJU: ZPP) IN ALI SE 410. ČLEN UPORABLJA TUDI V NEPRAVDNEM IN IZVRŠILNEM POSTOPKU?**

ZPP v 406. členu določa, da so spori iz razmerij med starši in otroki spori o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva ter spori o varstvu, vzgoji in preživljanju mladoletnih otrok in polnoletnih oseb, nad katerimi je podaljšana roditeljska pravica (v nadaljevanju: otrok), in spori o stikih otrok s starši in drugimi osebami ne glede na to, ali se rešujejo samostojno ali skupaj z zakonskimi spori oziroma spori o ugotovitvi ali izpodbijanju očetovstva ali materinstva.

To pomeni, da se:

- določbe 27. poglavja ZPP ne uporabljajo v sporih o preživljanju med polnoletnimi »otroki« (razen če je nad njimi podaljšana roditeljska pravica) in starši;
- določbe 27. poglavja ZPP uporabljajo v očetovskih sporih ne glede na polnoletnost »otroka«;
- skupne določbe tega poglavja v nepravdnem in izvršilnem postopku uporabljajo, če niso s posebnimi pravili izključena ali njihova uporaba ne nasprotuje naravi teh postopkov. Uporabljajo se smiselno, v skladu s posebno naravo nepravdnega in izvršilnega postopka.<sup>1</sup>

Do uporabe 410. člena ZPP v izvršilnih postopkih bo verjetno prišlo le pri odločanju o tem, ali se izvršba odločbe o osebnih stikih odloži za največ tri mesece (če otrok nasprotuje stikom in sodišče oceni, da izvršba ne bi bila v skladu z varstvom interesov otroka, peti odstavek 238.f člena Zakona o izvršbi in zavarovanju, v nadaljevanju: ZIZ).

<sup>1</sup> Glej tudi Betetto, N., Analiza novele ZZZDR – postopkovni problemi, Pravosodni bilten št. 1/2005, str. 58.

V zvezi z uporabo 410. člena ZPP je treba opozoriti:

- da iz besedila te določbe izhaja, da je treba najprej opraviti razgovor z otrokom, da se sploh oceni, ali je otrok sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, kajti le v tem primeru je njegovo mnenje mogoče upoštevati. V zvezi z razgovorom z otrokom je VS RS zavzelo stališče, da razgovor lahko opravi center za socialno delo (v nadaljevanju: CSD) in ni obvezno, da razgovor opravi sodnik in da to ni kršitev določb ZPP (II lps 133/2005). Zavzelo pa je tudi stališče, da kadar gre za otroka takšne starosti, da je evidentno sposoben razumeti pomen svoje izjave, lahko razgovor opravi tudi sodnik in ni obvezno, da ga opravi CSD (II lps 424/2004);
- da se v primeru, ko CSD ali sodnik s pomočjo izvedenca oceni, da otrok ni sposoben razumeti pomena postopka in posledic odločitve, lahko strokovnjak CSD ali izvedenec z drugimi strokovnimi metodami ugotovi, kaj je otroku v korist. V tem primeru seveda ne gre za mnenje otroka, ampak za mnenje strokovnjakov CSD ali izvedenca;
- če je otrok sposoben razumeti pomen postopka in posledice odločitve, ga je treba seznaniti s pomenom postopka in tem, da ima pravico izraziti svoje mnenje, posebej pa ga je treba opozoriti, da to ni njegova dolžnost, kar pomeni, da se otrok lahko odloči, da ne želi izraziti svojega mnenja;
- da je treba takrat, ko otrok izrazi mnenje, v primeru ugovorov tudi oceniti, ali je to mnenje otroka pristno, kar lahko storijo strokovnjaki CSD ali izvedenec;
- da sodnik, ki otroku objubi, da z njegovim mnenjem staršev ne bo seznanil in zato v skladu z drugim odstavkom 410. člena ZPP odloči, da se staršem ne dovoli vpogled v zapisnik ali poslušanje posnetka, na to mnenje tudi ne sme opreti odločitve (načelo kontradiktornosti): to je lahko problematično, kadar otrok sodniku razkrije okoliščine, ki iz drugega dokaznega gradiva niso razvidne. Zato je bolje, da sodnik otroku pove, da bo s pomembnimi okoliščinami starše moral seznaniti, ni pa seveda treba, da se jim da na vpogled prav zapisnik in da so seznanjeni s samo izpovedjo otroka. Sodnik lahko pomembne dele mnenja otroka staršem posreduje na način, ki bo čim manj poslabšal njihove medsebojne odnose.

## II VPRAŠANJA V ZVEZI S PREŽIVLJANJEM OTROK

1. *Postopek se začne kot razvezna pravda. Otrok je ob vložitvi tožbe še mladoleten, zato je v tožbi postavljen tudi zahtevek za njegovo preživljanje. Med postopkom otrok postane polnoleten. Ali je treba v trenutku nastopa polnoletnosti otroka izločiti celoten preživninski zahtevek v samostojno obravnavo in ga v nadaljevanju voditi kot redni pravdni spor, ali pa iz zakonskega spora izločiti le tisti del preživninskega zahtevka, ki se nanaša na obdobje po polnoletnosti otroka? Kako določiti v sodbi, komu (oziroma na čigav TRR) mora preživninski zavezanec plačati preživnino? Otroku za celotno obdobje, torej tudi za obdobje pred njegovo polnoletnostjo? Ali morebiti materi za obdobje do otrokove polnoletnosti, od takrat naprej pa otroku? Ali bi lahko štel, da ima preživninski zahtevek za čas od vložitve tožbe do zaključka glavne obravnave naravo »verzijskega zahtevka« in bi bilo prav, da vsaj do polnoletnosti zavezanec nakaže preživnino na materin TRR?*
2. *Kako je z vezanostjo sodišča na zahtevek, kako z eventualno maksimo ter ugotavljanjem dejstev po uradni dolžnosti od trenutka, ko otrok postane polnoleten in spor dobi naravo rednega postopka?*

3. *Preživninski zahtevki (tako prva določitev kakor tudi zvišanje, znižanje) kot možnost racionalizacije v postopku in obrazložitvi sodb, saj se tovrstni postopki preveč zapletajo, zaradi obsežne dokumentacije (računi ...).*

#### **Odgovor:**

Za preživninski zahtevek je od samega začetke aktivno legitimiran otrok, le da ga pred njegovo polnoletnostjo v postopku zastopa eden od staršev. Ko otrok postane polnoleten, starši izgubijo upravičenost za zastopanje, v veljavi pa ostanejo vsa procesna dejanja, ki so jih v imenu otroka opravili do tedaj.

Res je, da pri odločanju o preživninskem zahtevku polnoletnega otroka ne veljajo več pravila XXVII. poglavja ZPP, ampak splošna pravila o pravnem postopku (glej tudi odgovor na prvo vprašanje). Dokazi, ki jih je sodišče po uradni dolžnosti izvedlo pred polnoletnostjo otroka, se upoštevajo, novih dokazov pa po uradni dolžnosti ni mogoče več izvajati. Najbolj skladno z ZPP bi bilo preživninski zahtevek polnoletnega otroka izločiti.

Problem je, da se otrok lahko po polnoletnosti odloči celo, da bo preživninsko tožbo umaknil ali pa jo spremeni tako, da bo zahteval, naj toženec tudi preživnino za obdobje pred polnoletnostjo plača njemu in ne na materin TRR. V tem primeru se mora mati odločiti, ali bo uveljavljala verzijski zahtevek ali ne, od okoliščin konkretnega primera pa bo odvisno, ali proti očetu otroka ali proti otroku samemu. Če otrok tožbo zoper očeta umakne, bo morala verzijski zahtevek uveljavljati zoper očeta, pri nakazilu vsega zneska na otrokov račun pa od otroka (*primerjaj tudi z odločbo VS RS II Ips 504/97, na podlagi katere je bilo sprejeto pravno mnenje, 1/1998*). Če mati sama ustrezno ne spremeni tožbe, sodišče zahtevka ne sme šteti za verzijskega.

Sodba, s katero je odločeno o preživninskem zahtevku (ne glede na to, ali gre za prvo odločitev ali za odločanje o zvišanju oziroma znižanju), mora vselej vsebovati oceno otrokovih potreb. Ta mora sicer temeljiti na predloženih dokazih, vendar ne sme biti računski seštevek, mora pa biti prepričljiva, torej mora biti obrazložena s sklicevanjem na izvedene dokaze. Sodba mora vsebovati tudi oceno zmožnosti staršev (prihodki, druge okoliščine in potrebe staršev) in obrazložitev tudi o drugih razlogih za določeno porazdelitev bremena med starše (obseg stikov z otrokom).

### **III ODLOČITEV SODIŠČA O VARSTVU, VZGOJI, PREŽIVLJANJU IN STIKIH OB RAZVEZI, KO JE EN OTROK V REJI PRI STAREM STARŠU, EN OTROK V DOMU NPR. MALČI BELIČEVE (OBOJE PO ODLOČBI CSD), EN OTROK PA PRI STARŠIH (RAVNANJE GLEDE SLEDNJEGA NI PROBLEMATIČNO). POSTOPEK, DOKAZOVANJE, IZREK ...**

#### **Odgovor:**

Po sedanjih pravni ureditvi imata pristojnost za odločanje o odvzemu otroka staršem in zaupanju otroka v varstvo in vzgojo drugi osebi ali zavodu tako sodišče kot CSD, kar je z vidika pravne varnosti zelo problematično.

V tretjem odstavku 105. členu ZZZDR je določeno, da lahko sodišče ob odločanju o varstvu in vzgoji otrok po razpadu družine po uradni dolžnosti tudi odloči, da se vsi ali nekateri otroci zaupajo v varstvo in vzgojo drugi osebi. Po 120. členu ZZZDR sme CSD otroka odvzeti staršem in ga dati v vzgojo in varstvo drugi osebi ali zavodu, če so starši zanemarili otrokovo vzgojo in varstvo ali če je to iz drugih pomembnih razlogov v otrokovo korist. Če sodišče otroka zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi proti volji staršev, mora upoštevati pogoje, določene v 120. členu ZZZDR, pri namestitvi otroka v zavod pa tudi omejitve po 121. členu ZZZDR.

Če sodišče ob odločanju o razvezi, varstvu in vzgoji, preživljanju in stikih ugotovi, da je CSD že izdal odločbo po 120. ali 121. členu ZZZDR, potem mora, po mojem mnenju, šteti, da je o varstvu in vzgoji otroka že odločeno in mora tožbo v tem delu zavreči.

Morda bi – seveda odvisno od okoliščin konkretnega primera – lahko šteli, da gre za spremenjene okoliščine in da so izpolnjeni pogoji za odločanje sodišča po četrtem odstavku 421. člena ZPP, vendar bi zato, da bi se izognila morebitnim zapletom, vodila postopek le, če bi s tem soglašal CSD, ki je izdal prvo odločbo.

***Vprašanje je, ali lahko sodišče kljub zavrženju tožbe glede zahtevka za odločanje o varstvu in vzgoji otroka odloči o stikih otroka s starši in o preživljanju?***

Po drugem odstavku 408. člena ZPP sodišče lahko odloči brez postavljenega zahtevka, kadar tako določa zakon. ZPP v drugem odstavku 421. člena določa, da sodišče odloči o otrokovih stikih tudi, če zahtevk ni bil postavljen, le za primer, ko sodišče odloča o razvezi ali razveljavitvi zakonske zveze. Tega pa ne določa za primere, ko sodišče odloča o varstvu in vzgoji otroka samostojno in ne skupaj z razvezno pravdo.<sup>2</sup> Mislim, da bi bilo – ne glede na to, ali gre obenem za razvezni postopek ali za samostojni spor glede varstva in vzgoje otroka – najbolje, da sodišče starša in pristojni CSD seznaniti s tem, da bo v obravnavani zadevi tožbo zavrglo v delu, ki se nanaša na varstvo in vzgojo otrok ter starše in CSD pozove, naj predlagajo, da sodišče kljub temu odloči o stikih in preživljanju otroka. Starša bosta imela interes kvečjemu za ureditev stikov in bosta verjetno dala predlog le glede ureditve stikov.

***Ali CSD sploh lahko predlaga ureditev stikov in določitev preživnine?***

Res je, da v 106. členu ZZZDR ni določeno, kdo lahko sodišču predlaga odvzem oziroma omejitev stikov in je le v 106.a členu ZZZDR, ko gre za otrokove stike z drugimi osebami, navedeno, da lahko ureditev stikov predlaga tudi CSD. Vendar je glede na pooblastila, ki jih ima CSD po Zakonu o socialnem varstvu (v nadaljevanju: ZSV) in ZZZDR glede zaščite ogroženih otrok in glede na to, da se vsi nepravdni postopki za ureditev osebnih stanj in družinskih razmerij po ZNP lahko začnejo na predlog CSD, treba šteti, da je CSD lahko predlagatelj. Tako je odločilo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi IV Cp 3781/2010. Zavzelo je stališče, da procesna legitimacija CSD izvira iz generalne določbe 119. člena ZZZDR in da so udeleženci

<sup>2</sup> Betetto, N., op. cit., str. 60.



postopka poleg predlagatelja (CSD) in nasprotnega udeleženca (očeta) še mati otroka in rejnik. Strinjam se, da je zlasti pri odločanju o otrokovih stikih na mestu, da sodišče po tretjem odstavku 408. člena ZPP povabi na narok tudi rejnika ali predstavnika zavoda, v katerem je nameščen otrok, in predstavnika CSD ter odloči o stikih in višini preživitve, pri čemer upošteva pridobljene podatke od rejnika ali zavoda o potrebah otroka.<sup>3</sup>

### ***Kako se uredi preživljanje otroka v rejništvu?***

Če CSD predlaga, naj sodišče odloči o preživljanju otroka, potem mora sodišče po dogovoru s CSD otroku postaviti kolizijskega skrbnika, ki je lahko tudi CSD (185/1., 212. in 213. člen ZZZDR, glej tudi odgovor pod VII. točko), ta mora postaviti ustrezen zahtevek in otroku odpreti poseben »pupilni« račun, nato pa lahko sodišče odloči o preživitvi, ki jo morata oba od staršev nakazovati na račun otroka.

### ***Kaj pa, če je sodišče že odločilo o varstvu in vzgoji otroka – ali lahko CSD kljub temu pozneje otroka odvzame staršem na podlagi 120. člena ZZZDR?***

Mislím, da ne, ampak mora, če so se razmere spremenile, na podlagi četrtega odstavka 421. člena ZPP sodišču predlagati, naj svojo odločitev spremeni tako, da otroka zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi ali zavodu.

### ***Kakšne so pravne posledice, ko sodišče otroka nekomu zaupa v varstvo in vzgojo?***

Iz starševstva izvirajo štiri sklopi pravic in dolžnosti. Prvi sklop predstavljajo pravice in dolžnosti, povezane z neposredno skrbjo za otroka, ki ne vključuje zastopanja otroka. Drugi sklop predstavlja zastopanje otroka v nepremoženjskih zadevah – izbira otrokovega osebnega zdravnika, urejanje državljanstva, pridobitev osebnih dokumentov, soglasje za večje medicinske posege, vpis v šolo. Tretji sklop predstavlja upravljanje otrokovega premoženja in zastopanje otroka v premoženjskih zadevah. Četrta pa je pravica in dolžnost vzdrževati stike z otrokom.

V ZZZDR se uporablja pojem zaupanje otroka v varstvo in vzgojo tako v primeru, ko je otrok zaupan enemu ali obema od staršev, kakor tudi v primeru, ko je zaupan drugi osebi. Zakon ne opredeli natančno, katera upravičenja ostanejo tistemu od staršev, kateremu otrok ni zaupan. Iz določbe 113. člena ZZZDR izhaja, da to, da je otrok zaupan enemu od staršev, pomeni le, da izvaja neposredno skrb nad otrokom in da odloča o vprašanih dnevnega življenja. Mislím, da enako velja tudi, kadar je otrok zaupan v varstvo in vzgojo drugi osebi. Kadar CSD ali sodišče otroka odvzame staršem in ga CSD nato odda v rejništvo, glede na vsebino rejništva to pomeni, da je staršem odvzeta le neposredna skrb za osebo otroka in odločanje o vprašanih dnevnega življenja, starši pa obdržijo vse ostale pravice in dolžnosti, ki izvirajo iz roditeljske pravice – tudi pravico soddločanja o pomembnejših vprašanih rejenčeve oskrbe in vzgoje. Zakon o izvrševanju rejniške dejavnosti (v nadaljevanju: ZIRD) v 25. členu sicer določa, da je dolžnost rejnika preskrbeti

3 Glej tudi Mateja Končina Peternel, Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi, Pravni letopis 2009, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2010, str. 191 in 192.

ustrezno zdravstveno oskrbo prek izbranega osebnega zdravnika in poskrbeti za vključitev rejenca v poklicno usposabljanje ali ustrezno zaposlitev. V 27. členu ZIRD pa je določeno, da mora rejnik vsa pomembnejša vprašanja glede rejenčeve oskrbe in vzgoje urejati z rejenčevimi starši sporazumno oziroma s skrbnikom in centrom otroka. Kadar pride do konfliktov med starši in rejniki, je za odločanje v sporih o izvrševanju dolžnosti glede vzgoje in varstva otroka med rejnikom in starši treba po analogiji uporabiti določbo 113. člena ZZZDR.<sup>4</sup>

### ***Kako se glasi izrek odločbe, kadar sodišče otroka zaupa v varstvo in vzgojo drugi osebi?***

Vprašanje je, ali lahko ob obstoječi pravni ureditvi sodišče, ko na podlagi tretjega odstavka 105. člena ZZZDR otroka odvzame staršem, odloči tudi, da se otrok odda v rejništvo. Menim, da ne, glede na to, da je po 157. členu ZZZDR za oddajo v rejništvo pristojen le CSD. Po določbi tretjega odstavka 105. člena ZZZDR mora sodišče, preden odloči o varstvu in vzgoji otroka, pridobiti mnenje CSD. Sodišče bo moralo v primeru, ko ne bo sorodnikov, ki bi jim zaupalo otroka, s pomočjo pristojnega CSD otroku najti rejnika. CSD bo moral sodišču sporočiti ime rejnika, sodišče pa bo v odločbi navedlo le ime in priimek rejnika brez odločitve, da se otrok odda v rejništvo.<sup>5</sup> Tako bo odločba izvršljiva, obenem pa sodišče ne bo poseglo v pristojnost CSD. CSD pa bo v skladu s 157. členom ZZZDR naknadno izdal odločbo o rejništvu. Zato da ne pride do zapletov, ki bi bili v škodo otroku, je nujno, da sodišče tesno sodeluje s CSD in upošteva mnenje CSD.

CSD in sodišče lahko otroka zaupata v varstvo in vzgojo tudi pravnim osebam. Po ZSV so to predvsem javni socialnovarstveni zavodi in v tem primeru sodišče po predhodnem soglasju zavoda v izreku navede, kateremu zavodu se otrok zaupa v varstvo in vzgojo.<sup>6</sup>

## **IV VPRAŠANJA V ZVEZI Z UGOTAVLJANJEM IN IZPODBIJANJEM OČETOVSTVA**

*1. Tožnik s tožbo izpodbija očetovstvo na podlagi 99. člena ZZZDR. Toženci so v odgovoru na tožbo prerekali trditve o tem, da bi bil tožnik oče otroku, niso pa predlagali nobenih dokazov, ne udeležujejo se narokov, niso se udeležili odvzema biološkega materiala za analizo DNA, ki jo je predlagal tožnik. Tožnik pri tožbi vztraja in navaja, da ima otok pravico vedeti za svoj biološki izvor. Sodišču je iz drugih postopkov poznano, da je bil tožnik že v postopku zaradi mamil, ves čas je nezaposlen in morda v obravnavanem primeru ne bi bilo v korist otroku, da bi se očetovstvo izpodbilo. Kako nadaljevati postopek oziroma*

4 Glej Zupančič, K., Pravni položaj rejnika po slovenski družinski zakonodaji, Pravniki, št. 4–6/1977, str.168.

5 V članku Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori, Pravosodni bilten, št. 1/2005, str. 41, sem navedla, naj sodišče v izreku odločbe navede le, da se otrok namesti v rejniško družino, center za socialno delo pa bo nato na podlagi odločbe sodišča po 160. členu ZZZDR izdal odločbo, s katero bo otroka oddal v konkretno rejniško družino. Menim, da je bilo to stališče napačno prav iz navedenih razlogov.

6 Več o tem Mateja Končina Peternel, Zaupanje otroka drugi osebi – aktualni problemi, op. cit., str. 194 in naslednje. V članku je objavljen tudi seznam vseh zavodov v Republiki Sloveniji.

*ali razsoditi zgolj na podlagi trditev tožnika in njegove izpovedbe, da bi bila odločitev tudi pravična in v korist otroka? Sodišče je za mnenje oziroma poročilo zaprosilo tudi pristojni CSD, vendar odgovora še ni dobilo, neuradno pa je sodišču znano, da toženci tudi ne sodelujejo s CSD.*

2. *Upoštevanje določb o prekluziji v postopkih iz razmerij med starši in otroci, kjer gre za tožbe polnoletnih tožnikov (otrok), npr. za ugotovitev ali izpodbijanje očetovstva. Ali tudi v teh primerih brez omejitev ravnati v smislu določila 414. člena ZPP? Predlagamo tudi, da se v sporih, ki se nanašajo na ugotavljanje in izpodbijanje očetovstva, osvetlijo situacije o pasivni legitimaciji (možne stranke na pasivni, torej toženi strani, ker zaradi številnih že pokojnih v rojstnem listu vpisanih ali pa domnevnih očetov prihaja do zelo zapletenih procesnih situacij).*

## **Odgovor:**

Glede uporabe določb 27. poglavja ZPP v tovrstnih sporih je odgovor naveden pri prvem vprašanju.

Tako pri ugotavljanju kakor pri izpodbijanju očetovstva so subjekti tega tristranskega razmerja nujni enotni sosporniki.

Pri izpodbijanju očetovstva:

- če tožbo vloži mati v imenu mladoletnega otroka, toži le domnevnega očeta (98. čl. ZZZDR);
- če tožbo vloži mati v svojem imenu, toži otroka in domnevnega očeta (97. čl. ZZZDR);
- če tožbo vloži polnoleten otrok ali otrok, zastopan po skrbniku, toži očeta in mater (98. čl. ZZZDR);
- če tožbo vloži domnevni oče, toži mater in otroka (96. čl. ZZZDR);
- če tožbo vloži tretji, ki misli, da je oče, toži domnevnega očeta, mater in otroka (99. čl. ZZZDR).

Pri ugotavljanju očetovstva:

- če tožbo vloži mati v imenu otroka, toži očeta (92. čl. ZZZDR);
- če tožbo vloži polnoletni otrok ali otrok, zastopan s skrbnikom, toži očeta in mater (92. člen ZZZDR);
- če tožbo vloži tisti, ki je priznal otroka za svojega, toži mater in otroka (90. člen ZZZDR).

Kadar niso toženi vsi, ni tožena prava stranka in sodišče zahtevke zavrne zaradi pomanjkanja pasivne legitimacije.

Če je toženec (oče) neznanega prebivališča, mu sodišče lahko postavi začasnega zastopnika in izpelje postopek. Odloči na podlagi izvedenih dokazov.

Če se tožena stranka (ni pomembno ali je to možki, za katerega mati misli, da je otrokov oče, ali pa so to domnevni oče, mati in otrok, kot v zgoraj navedenem primeru) noče odzvati vabilu za odvzem biološkega materiala za analizo DNA,

mora sodišče smiselno uporabiti določbo 262. člena ZPP, ki sicer ureja odklonitev stranke, da bi bila zaslišana. Ker se nihče ni dolžan odzvati sodnemu vabilu, da bi bil zaslišan (preneseno na obravnavani primer: da bi dal kri v dokazne namene) in ga k temu ni mogoče prisiliti (prvi odstavek 262. člena ZPP), za takšna ravnanja pa ni predpisana neposredna sankcija, mora sodišče glede na vse okoliščine presoditi, kaj pomeni to, da stranka ni prišla na zaslišanje (na postavljeni izvedenski inštitut; drugi odstavek 262. člena ZPP, glej odločbo VS RS II Ips 331/2005). Praviloma je izogibanje preiskavi močan indic, da so trditve tožeče stranke resnične. Vendar pa mora sodišče pri tem upoštevati tudi druge izvedene dokaze in ugotoviti, ali iz njih izhaja, da sta v spornem obdobju mati in možki, ki naj bi bil oče, imela spolne odnose ...

Sodišče zaradi ocene, da tožnik zaradi načina življenja ne bo dober oče, ne more in ne sme ravnati drugače.

## **V PREDODELITEV OTROKA NA PODLAGI ZAHTEVE ENEGA OD STARŠEV. OBİČAJNO OTROK KLJUB SODNI ODLOČITVI ŽIVI PRI DRUGEM STARŠU ŽE NEKAJ ČASA, PREDEN JE SPLOH VLOŽENA TOŽBA. IZREK V TAKŠNEM PRIMERU, PREŽIVNINA, STIKI.**

### **Odgovor:**

Po 131.c členu ZZZDR se preživnina določi v mesečnem znesku in za naprej, zahteva pa se lahko od trenutka, ko je bila vložena tožba za preživnino.

### **Izrek:**

Sodba ..... z dne..... se spremeni tako, da se:

- mladoletni ..... zaupa v varstvo in vzgojo tožeči stranki.
- toženi stranki za preživljanje mladoletnega ..... naloži plačilo ..... EUR, vsakega 10. dne v mesecu na TRR tožeče stranke št. ...., v primeru zamude z zakonskimi zamudnimi obrestmi od zapadlosti posameznega mesečnega zneska preživnine naprej do plačila. Dogovorjeni znesek preživnine je tožena stranka dolžna plačevati do prve uskladitve z indeksom rasti cen življenjskih potrebščin, od takrat naprej pa v skladu z obvestilom centra za socialno delo o uskladitvi preživnine.
- Osebni stiki med toženo stranko in mladoletnim ..... se uredijo tako, da potekajo
  - vsako sredo od 17. do 19. ure;
  - vsak drugi vikend od petka od 18. ure do nedelje do 18. ure;
  - vsake druge šolske počitnice, razen poletnih počitnic, kar pomeni, da mladoletni .... prvomajske počitnice preživi z materjo, jesenske z očetom in tako naprej, in se v tem obdobju osebni stiki začnejo izvajati zadnji delovni dan ob 18. uri in prenehajo izvajati zadnji dela prost dan ob 18. uri;
  - med poletnimi počitnicami 14 dni, pri čemer se za datum starša sproti dogovorita. Če se ne moreta dogovoriti, potekajo osebni stiki med toženo stranko in mladoletnim ..... vsako leto od 15. 7. od 18. ure naprej do 1. 8. do 18. ure.
  - tožeče stranke ....., po zaključku srečanj pa mora tožeča stranka ob dogovorjeni uri priti po mladoletnega ..... na naslov tožene stranke.

## **VI KONKURENCA ZAKONSKIH DOLOČB O VAROVANJU TAJNOSTI V ZAKONSKIH SPORIH IN SPORIH IZ RAZMERIJ MED STARŠI IN OTROKI TER O VAROVANJU KORISTI MLADOLETNIH OTROK S KAZENSKOPRAVNO DOLŽNOSTJO NAZNANITVE KAZNIVEGA DEJANJA IN STORILCEV PO ČL. 281/II KZ-1 RS V ZVEZI S 146. ČLENOM ZKP.**

Družinski sodniki se čedalje pogosteje srečujemo z ravnanjem staršev, ki v prejšnjih postopkih (nepravdni postopek za potrditev sporazuma o preživnini ali o dodelitvi in stikih) pred sodiščem zatrjujejo in izpovedujejo, da ne živijo skupaj. Čez nekaj časa pa eden od staršev vloži tožbo, v kateri navaja, da je življenjska skupnost razpadla šele zdaj, da sta živela skupaj in zahteva predodelitev otroka oziroma drugačno odločbo o preživnini in stikih. Tudi med postopkom trditve obeh prikazujejo, da je dejansko družinska skupnost razpadla že pred vložitvijo tožbe, da sta partnerja v prejšnjih postopkih prikazovala neresnične dejanske okoliščine, zaradi katerih sta uspela izposlovati sodno odločbo, ki sta jo potrebovala za pridobitev pravic do socialnih transferjev pri centru za socialno delo. Menimo, da v takih primerih obstaja sum storitve kaznivega dejanja goljufije in veljavni Kazenski zakonik v tretjem odstavku 241. člena predpisuje za tako kaznivo dejanje kazen od enega do osmih let. Torej gre verjetno za takšno kaznivo dejanje, za katero je določena dolžnost naznanitve glede na 146. člen ZKP v zvezi s členom 281/II KZ-1. Po drugi strani si mora družinski sodnik prizadevati za varovanje pravic in koristi mladoletnih otrok, zavezan je k varovanju tajnosti v postopkih obravnave družinske problematike.

### **Odgovor:**

Mislim, da ni mogoče utemeljiti, zakaj tudi v obravnavanem primeru sodnik ne bi bil dolžan spoštovati določbe.

### **145. člen**

(1) Vsi državni organi in organizacije z javnimi pooblastili so dolžni naznaniti kazniva dejanja, za katera se storilec preganja po uradni dolžnosti, če so o njih obveščeni ali če kako drugače izvedo zanje.

(2) Obenem z ovadbo morajo organi in organizacije iz prejšnjega odstavka navesti dokaze, za katere vedo, in poskrbeti, da se ohranijo sledovi kaznivega dejanja in predmeti, na katerih ali s katerimi je bilo kaznivo dejanje storjeno, in druga dokazila.

## **VII PROBLEMATIKA POSTAVLJANJA POSEBNEGA ZASTOPNIKA OTROKU PO ČETRTEM ODSTAVKU 409. ČLENA ZPP. POLOŽAJ ZAGOVORNIKA OTROKOVIH PRAVIC V POSTOPKU (V ZVEZI Z ZASLIŠANJEM, OPROSTITVAMI PRIČANJA OZIROMA ODGOVORI NA VPRAŠANJA) IN RAZMERJE DO KOLIZIJSKEGA SKRBNIKA?**

### **Odgovor:**

V pravnem postopku je sprejet čisti procesni pojem stranke. Stranka je tisti, ki zahteva pravno varstvo (tožnik), in tisti, proti kateremu tožnik zahteva pravno varstvo (toženec). Ta opredelitev pojma stranke je ločena od pojma stranke v materialnopravnem razmerju. Tožnik v procesnem smislu je namreč tudi tisti, ki zgolj zatrjuje, da je upravičenec iz materialnopravnega razmerja (stvarno legitimiran), toženec pa tisti, za katerega tožnik zatrjuje, da je zavezanec iz materialnopravnega razmerja. V pravnem postopku se posamezniku zagotavlja varstvo njegovih pravic, kar se izraža skozi procesno legitimacijo. Procesna legitimacija je procesna predpostavka. Zaradi pomanjkanja procesne legitimacije je nedopustna tožba, ki jo vloži oseba, ki s to tožbo ne zahteva varstva svojih pravic, ampak varstvo pravic tretje osebe.

V nepravdnem postopku je drugače: predlagatelj ni le tisti, ki zatrjuje, da je upravičenec iz materialnopravnega razmerja, ampak so to lahko osebe, organi, ki jim zakon daje legitimacijo za uvedbo postopka zaradi varstva pravic drugih oseb (formalni udeleženci, ki sami nimajo stvarne legitimacije). Udeleženci postopka pa so tudi osebe, na katere se odločba neposredno nanaša, in osebe, katerih pravni interes utegne biti z odločbo prizadet, čeprav v postopku sami ne sodelujejo in niso udeleženci v formalnem smislu (materialni udeleženci). Posebna postopkovna pravila 27. poglavja ZPP za reševanje sporov iz razmerij med starši in otroki so v tem pogledu bližje splošnim pravilom nepravdnega postopka kot pa splošnim pravilom pravnega postopka. Procesna in stvarna legitimacija sta tako v nepravdnih postopkih kot v sporih iz razmerij med starši in otroki velikokrat ločeni.

V sporih o varstvu in vzgoji je med staršema že v izhodišču spor glede izvrševanja roditeljske pravice, ki ga sodišče razreši šele s končno odločbo. Zato starša v teh sporih ne moreta zastopati otroka in v njegovem imenu vložiti tožbe in pravnih sredstev. Prav zato ZZZDR daje samima staršema procesno legitimacijo za uveljavljanje otrokovih pravic: starša lahko tožbo, s katero zahtevata varstvo otrokovih pravic, vložita v svojem imenu. Sodišče pa lahko, kadar oceni, da je to glede na okoliščine konkretnega primera potrebno, otroku v tem postopku postavi posebnega zastopnika (četrty odstavek 409. člena ZPP) (*povzeto po odločbi VS RS II Ips 536/2009*).

Nedvomno je otrok tudi sam stvarno in procesno legitimiran. To pride do izraza zlasti takrat, ko otrok sam zahteva varstvo svojih pravic proti enemu ali obema staršema (na primer otrok, ki je v rejništvu, zahteva prepoved stikov). Po 409. členu ZPP ima otrok, ki je dopolnil 15 let in je sposoben razumeti pomen in pravne posledice svojih dejanj, procesno sposobnost in lahko sam uveljavlja svoje pravice v postopku. V tem primeru mu je treba tudi priznati poslovno sposobnost za sklenitev mandatne pogodbe z odvetnikom. Tak otrok je kot stranka tudi zaslišan v

postopku pred sodiščem. Šteje se, da je dovolj zrel, da razume pomen postopka in posledice odločitve in se lahko samostojno odloči, ali se bo aktivno vključil v sam postopek ali pa bo zastopanje prepustil enemu od staršev.

Starši so pri opravljanju procesnih dejanj v določenem obsegu omejeni že po ZZZDR. Za procesna dejanja, s katerimi pride do odsvojitve ali obremenitve stvari iz otrokovega premoženja, starši potrebujejo soglasje centra za socialno delo (111. člen ZZZDR). Če so si v navzkrižju koristi staršev in otroka, pa je treba otroku postaviti kolizijskega skrbnika (213. člen ZZZDR). Iz dikcije 213. člena ZZZDR izhaja, da postavitvev kolizijskega skrbnika pride v poštev predvsem, ko sta tako otrok kot njegov zakoniti zastopnik stranki postopka, njune koristi pa so v navzkrižju. Mati na primer izloča polovico premoženja iz zapuščine po pokojnem možu, ker zatrjuje, da gre za skupno premoženje. Če uspe z zahtevkom, bo zapuščina manjša, s tem pa tudi premoženje, ki ga bo po očetu podedoval otrok. V družinskopravnih zadevah pride do kolizije takrat, ko otrok vloži tožbo na ugotovitev očetovstva proti volji matere, enako velja tudi pri izpodbijanju očetovstva.

Po 213. členu ZZZDR kolizijskega skrbnika postavi center za socialno delo. ZZZDR v 212. členu določa, da lahko kolizijskega skrbnika postavi tudi organ, pred katerim teče postopek, ta organ pa mora o tem takoj obvestiti center za socialno delo. Center za socialno delo ima nasproti takemu skrbniku iste pravice kot nasproti skrbniku, ki ga je sam postavil. Če se med postopkom izkaže, da bi redni postopek s postavitvijo kolizijskega skrbnika predolgo trajal, tako da bi zaradi tega nastale škodljive posledice za eno ali obe stranki, postavi sodišče na predlog ene ali druge stranke tudi začasnega zastopnika po 82. členu ZPP. Ta opravlja naloge zakonitega zastopnika otroka, dokler center za socialno delo ne postavi kolizijskega skrbnika.

V večini družinskopravnih postopkov pa kot rečeno otrok ni stranka postopka, ampak sta stranki postopka le starša otroka. Praviloma je v družinskopravnem postopku združenih več sporov:

- spor glede razveze zakonske zveze in preživljanja zakonca, kjer sta stranki postopka le zakonca;
- spor glede varstva in vzgoje otroka ter stikov, kjer bi otrok sicer lahko bil tudi stranka postopka, vendar tožbo praviloma vloži eden od staršev, ki pa ima, kakor je bilo pojasnjeno uvodoma, tudi procesno legitimacijo za uveljavljanje pravic otroka;
- spor glede plačevanja preživnine za otroka, kjer je otrok vselej stranka postopka, saj je otrok nosilec pravice do preživljanja, praviloma pa v uvodu odločbe ni naveden kot stranka.<sup>7</sup>

Kadar otrok sploh ni stranka postopka, je verjetno težko govoriti o koliziji interesov, ki so pogoj za postavitvev kolizijskega skrbnika. Morda je to tudi razlog, da ima ZPP posebno določbo, po kateri lahko sodišče otroku postavi posebnega zastopnika tudi v primeru, ko ne gre za primere klasične kolizije interesov, torej ko otrok ni stranka postopka. V četrtem odstavku 409. člena ZPP je določeno, da lahko

---

<sup>7</sup> O tem več Mateja Končina Peternel, Nekatera vprašanja v zvezi z družinskopravnimi spori, Pravosodni bilten, št. 1/2005, str. 46. Do problema pride takrat, ko na podlagi odločbe, v kateri je odločeno o razvezi zakonske zveze, varstvu in vzgoji otrok, stikih in preživljanju otrok, polnoletni otrok vloži predlog za izvršbo, v uvodu odločbe pa seveda ni naveden kot stranka postopka.

sodišče otroku postavi posebnega zastopnika tudi v drugih primerih, če glede na okoliščine presodi, da je to potrebno zaradi varstva otrokovih koristi. Vprašanje seveda je, kdaj je to smiselno in kdo naj opravlja to nalogo?

Zavedati se je treba, da sodišče s postavitvijo posebnega zastopnika otroku v konkretnem postopku staršem odvzame pravico do uveljavljanja otrokovih koristi, to pa lahko stori le, če starši te naloge ne opravljajo dobro. V večini družinskopravnih postopkov niti ni spora med staršema o tem, kateri od njiju bo po razpadu družine skrbel za otroka, v večini primerov med staršema tudi ni spora o otrokovih stikih, ampak je sporna le višina preživnine. V tovrstnih primerih nikakor ni mogoče govoriti o neustreznem ravnanju staršev, koristi otroka niso v ničemer ogrožene in zato, po moji oceni, tudi ni potrebe po postavljanju posebnega zastopnika.

Pri zahtevnejših in spornejših zadevah pa je treba tudi upoštevati, da ZPP s posebnimi določbami daje sorazmerno dobro podlago za zagotavljanje varstva koristi otroka, vendar je od sodnika, ki vodi postopek, odvisno, ali bo te možnosti tudi kar najbolj uporabil. Sodišče mora namreč samo storiti vse, da se zavarujejo pravice in interesi otrok. Ni vezano na postavljene zahtevke, lahko ugotavlja tudi dejstva, ki jih stranke niso navajale in zbere podatke, potrebne za odločitev (408. člen ZPP). Sodišče lahko veliko stori tudi s korektnim postopkom pridobivanja mnenja otroka. Naj pri tem le opozorim, da so se v praksi pojavljale tudi težave pri uporabi prvega odstavka 410. člena ZPP, ki določa, da je pri razgovoru z otrokom lahko navzoča oseba, ki ji otrok zaupa. Zaupnik je glede na besedilo določbe oseba, h kateri se otrok zateče, ko starši odpovedo. To torej ni nobeden od staršev, saj se to pojmovno izključuje, niti ni oseba, ki jo otroku kot zaupnika izbere eden od staršev. Položaj zaupnika ima lahko le oseba, ki jo otrok sam spontano izbere, to je lahko brat ali sestra, drug sorodnik, učiteljica, zdravnik ... Položaj zaupnika lahko pridobi tudi oseba, s katero otrok sicer pride v stik v uradnih postopkih, pa se med otrokom in to osebo spontano vzpostavi zaupanje – izvedenec v postopku, socialna delavka na centru za socialno delo ali poseben zastopnik.

Za delo z ogroženimi otroki, ki so še posebej ranljivi, je potrebno ustrezno strokovno znanje. Kolizijski skrbnik in posebni zastopnik otroka ne le otroka zastopata v postopku, ampak namesto staršev odločata tudi, kako upoštevajoč vse okoliščine primera najbolje zavarovati otrokove koristi. Zato je izbira osebe zelo zahtevna. Ta oseba bi namreč morala imeti ustrezno pravno znanje in tudi znanje s področja psihologije, država pa za enkrat še ni storila ničesar, da bi zagotovila ustrezno usposabljanje in seznam strokovnjakov, ki bi imeli licenco za opravljanje te naloge.

Kot posebnega zastopnika otroka sodnik lahko postavi tudi »zagovornika otroka«, torej posameznike, ki sodelujejo v pilotnem projektu Varuha za človekove pravice. Ker ne gre za od države preizkušene strokovnjake, kakor na primer pri izvedencih, se mora sodnik zavedati, da s tem prevzame večjo odgovornost, da gre res za dovolj strokovno usposobljeno osebo.

Naj le še dodam, da lahko sodišče v primerih, ko se v družinskopravnem postopku petnajstletnik odloči, da bo samostojno opravljal procesna dejanja, odloči, da mu za pomoč postavi posebnega zastopnika, ki pa mora biti v tem primeru odvetnik, saj njegova vloga ni v tem, da bi nadomestil voljo otroka, ampak le, da v skladu z otrokovim mnenjem v njegovem imenu opravlja procesna dejanja.



Menim, da tudi za kolizijskega skrbnika ali posebnega zastopnika velja določba 231. člena ZPP, po kateri lahko odreče pričanje o tistem, kar mu je zaupal otrok. Mislim, da mu mora biti prepuščena ocena, ali je bolj v otrokovo korist, da varuje zaupnost razmerja ali pa da določene podatke posreduje sodišču.<sup>8</sup>

### **VIII. RAZVELJAVITEV ZAKONSKE ZVEZE: TOŽNICA ŽE PO PRAVNOMOČNI RAZVEZI ZAKONSKE ZVEZE VLOŽI TOŽBO NA RAZVELJAVITEV ZAKONSKE ZVEZE (ISTE) Z NAVEDBO ENAKIH RAZLOGOV KAKOR OB VLOŽITVI TOŽBE ZA RAZVEZO ZAKONSKE ZVEZE. RAVNANJE S TAKŠNO TOŽBO?**

Razveljavitev zakonske zveze se, če ob sklenitvi niso obstajali pogoji za njeno veljavnost ali sklenitev iz vzrokov po prvem odstavku 36. člena ZZZDR, lahko zahteva tudi po prenehanju zakonske zveze.

Če tožnica ne zatrjuje obstoja teh vzrokov, ali če zatrjuje le nevdržnost zakonske zveze, potem pride v poštev tudi zavrženje zaradi nedovoljenosti, sicer pa zavrnitev zahtevka zaradi nesklepčnosti.

### **IX S SKLEPOM NASLOVNEGA SODIŠČA JE BILA PODALJŠANA RODITELJSKA PRAVICA ČEZ OTROKOVO POLNOLETNOST, KO JE IMELA MATI OTROKA PODALJŠANO RODITELJSKO PRAVICO. V LETU 2012 PA OTROKOVA MATI UMRE IN SESTRA UMRLE MATERE PROSI PRI NASLOVNEM SODIŠČU ZA PODALJŠANJE RODITELJSKE PRAVICE ZA OSEBO, KI JI JE BILA ŽE PODALJŠANA RODITELJSKA PRAVICA. ZANIMA ME, KDO JE V KONKRETNEM PRIMERU PRISTOJEN ZA IZDAJO ODLOČBE – ALI JE TO SODIŠČE ALI PA JE ZA TO PRISTOJEN CENTER ZA SOCIALNO DELO?**

#### **Odgovor:**

S smrtjo matere je njena roditeljska pravica prenehala. Zato je možen le postopek (delnega) odvzema poslovne sposobnosti in postavitve pod skrbništvo. Za prvi postopek je pristojno sodišče, za drugega pa center za socialno delo.

---

<sup>8</sup> Več Zobec, J., v Ude, L. in ostali, Pravdni postopek, Zakon s komentarjem, Uradni list RS in GV, Ljubljana 2006, 2. knjiga, str. 444.



# SPREMEMBE, KI JIH NOVA DELOVNA ZAKONODAJA PRINAŠA V ZVEZI S POSTOPKI ODPOVEDI POGODBE O ZAPOSLOTVI

Sneža Mihailova Brojan  
Direktorat za delovna razmerja in pravice iz dela  
Ministrstvo za delo, družino, socialne zadeve in enake možnosti

## 1. UVOD

Zaradi poenostavitve postopkov v zvezi s prenehanjem delovnega razmerja ter zmanjšanja administrativnih ovir nov Zakon o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 21/13; v nadaljnjem besedilu: ZDR-1) prinaša poenostavitve postopkov pred in v zvezi z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi. Nekatere rešitve v prvotnem Zakonu o delovnih razmerjih (Uradni list RS, št. 42/02 in 103/07; v nadaljnjem besedilu: ZDR) so se namreč oblikovale in v praksi pokazale kot pretirano zahtevne. Poenostavitve novega zakona v zvezi s formalnimi obveznostmi delodajalca v postopkih odpovedi pogodb o zaposlitvi naj bi prispevale k zmanjševanju ovir delodajalcem za zaposlovanje za nedoločen čas ob hkratnem zagotavljanju ustreznega pravnega varstva delavca kot šibkejše stranke v delovnem razmerju.<sup>1</sup>

V nadaljevanju so predstavljeni nova ureditev obveznosti delodajalca pred odpovedjo in v zvezi z vsebino pogodbe o zaposlitvi oziroma sporazuma o prenehanju pogodbe o zaposlitvi, poenostavljena pravila vročanja, novosti v zvezi z redno in izredno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi, preoblikovani odpovedni roki in odpravnine, novi ukrepi med odpovednim rokom, novosti pri odpovedi večjemu številu delavcev ter spremembe v zvezi s posebnim varstvom nekaterih kategorij delavcev pred odpovedjo primerjalno glede na ureditev v ZDR.

## 2. OBVEZNOSTI DELODAJALCA PRED ODPOVEDJO

Zakon varuje delavca kot šibkejšo stranko v delovnem razmerju pred nekontroliranim in neutemeljenim odpuščanjem, s tem da določa poseben postopek pred odpovedjo s strani delodajalca.<sup>2</sup> ZDR-1 glede na prvotni ZDR, ki je določal strožji formalni postopek, opušča oziroma poenostavlja nekatere postopkovne zahteve za zakonitost odpovedi pogodbe o zaposlitvi.

### Opozorilo na izpolnjevanje obveznosti

Pred redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga mora delodajalec najprej pisno opozoriti delavca na izpolnjevanje obveznosti in možnost odpovedi, če bo delavec ponovno kršil pogodbene in druge obveznosti iz delovnega razmerja.

1 Predlog zakona o delovnih razmerjih, prva obravnava, EVA 2010-2611-0064, 17. 10. 2013, stran 16.

2 Klampfer, M., Odpoved pogodbe o zaposlitvi, strani 357 do 403, v Bečan I. in drugi, Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2008, stran 374.

ZDR-1 v prvem odstavku 85. člena zadržuje pisnost opozarjanja in seznanjanja delavca z očitanimi kršitvami v postopku odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga,<sup>3</sup> na novo pa določa možnost pošiljanja opozorila na elektronski naslov delavca, ki ga zagotavlja, in uporabo nalaga delodajalec, torej službeni elektronski naslov delavca.<sup>4</sup>

## Poenostavitev izvedbe zagovora

Novi zakon poenostavlja ureditev izvedbe zagovora, na katerem se delavec lahko brani, zagovarja pred očitanimi kršitvami v postopku odpovedi iz razloga nesposobnosti, krivdnega razloga in ob izredni odpovedi. Opušča se zakonsko predpisana obličnost – pisnost vabljenja na zagovor s predpisano vsebino, vključno z do zdaj predpisanim osebnim vročanjem. Opušča se tudi določba drugega odstavka 83. člena ZDR, ki je za primer naštevala okoliščine, zaradi katerih bi bilo od delodajalca neutemeljeno pričakovati, da delavcu omogoči zagovor, saj se je pokazalo, da taka določba oži prostor praksi kakor tudi presojo sodnikov.<sup>5</sup> V skladu z drugim odstavkom 85. člena ZDR-1 mora po novem delodajalec delavca pisno seznaniti s kršitvami oziroma očitanim razlogom nesposobnosti in mu omogočiti zagovor v razumnem roku, ki ne sme biti krajši od treh delovnih dni. Pisna seznanitev je mogoča tudi na elektronski naslov delavca.

Na kakšen način delodajalec delavcu omogoči zagovor, je odvisno od okoliščin primera. Lahko je osebni razgovor med delavcem in delodajalcem ali pa delavec očitane kršitve oziroma nesposobnost zavrne s pisno izjavo, ki jo lahko tudi pošlje po pošti ali elektronski pošti.<sup>6</sup>

Navedena ureditev sledi zahtevam Konvencije Mednarodne organizacije dela št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca (v nadaljnjem besedilu: konvencija MOD št. 158), ki v 7. členu določa, da mora biti delavcu ob odpovedi iz razloga v zvezi z delavčevim obnašanjem ali njegovim delom dana možnost, da se glede takih trditev zagovarja,<sup>7</sup> pri čemer pa ta konvencija formalnosti ne opredeljuje.

## Obveščanje o nameravani odpovedi

Pri poslovnem razlogu ZDR-1 opušča obveznost predhodnega obveščanja delavcev o nameravani odpovedi, ki jo je vseboval 83. člen ZDR.

3 Priporočilo št. 166 h Konvenciji Mednarodne organizacije dela št. 158 o prenehanju delovnega razmerja na pobudo delodajalca (v nadaljnjem besedilu: priporočilo št. 166), ki razširja zahteve te konvencije v zvezi s postopkom pred prenehanjem zaposlitve oziroma ob njej, med drugim dodaja, da je v primeru kršitev delovnih obveznosti odpoved utemeljena le, če se kršitev enkrat ali večkrat ponovi, delodajalec pa mora delavcu prej vročiti pisni opomin. Novak M. in drugi, Konvencije Mednarodne organizacije dela s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2006, strani 198 do 212.

4 Tovrsten način opozorila delavca je kot veljaven sprejela že sodna praksa. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je tako v sodbi VIII lps 179/2007 z dne 20. 10. 2008 za opozorilo, ki je bilo poslano po elektronski pošti, ugotovilo, da je po naravi stvari to pisna oblika.

5 Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 140.

6 Tako tudi že sodna praksa. Vrhovno sodišče v sklepu VIII lps 267/2004 z dne 7. 12. 2004 navaja, da je bistvo pravice do zagovora v zagotovitvi možnosti sodelovanja in vplivanja na potek in rezultat odpovedi pogodbe o zaposlitvi, zato zakon ne more določiti strogih meril obličnosti njenega uresničevanja. Dalje navaja, da so vsebina, oblika, način in obseg te pravice lahko odvisni tudi od volje delavca in da je tožnica svojo pravico do obrambe uresničila tako, da je pisno po pošti zavrnila očitane ji kršitve pogodbenih in drugih obveznosti iz delovnega razmerja.

7 Novak M. in drugi, nav. delo, strani 198 do 212.

### **3. VLOGA SINDIKATA IN SVETA DELAVCEV OZIROMA DELAVSKEGA ZAUPNIKA IN ZADRŽANJE UČINKOVANJA ODPOVEDI**

#### **Vloga sindikata in sveta delavcev oziroma delavskega zaupnika**

Ker je določba 84. člena ZDR veljala samo za delavce, ki so bili člani sindikata, ZDR-1 s spremembami v 86. členu zagotavlja varstvo pravic vseh delavcev v postopku odpovedi pogodbe o zaposlitvi ne glede na njihovo članstvo v sindikatu.<sup>8</sup> Novi zakon prinaša dopolnitev, da mora delodajalec na zahtevo delavca o nameravani redni ali izredni odpovedi pogodbe o zaposlitvi obvestiti svet delavcev oziroma delavskega zaupnika (86. člen ZDR-1) oziroma da lahko da negativno mnenje tudi svet delavcev oziroma delavski zaupnik, če delavec ni član sindikata.

Zaradi skrajševanja postopka odpovedi je rok za mnenje skrajšan z osmih na šest dni. Izrecno je tudi poudarjeno, da lahko delodajalec ne glede na negativno mnenje sindikata oziroma sveta delavcev ali delavskega zaupnika delavcu odpove pogodbo o zaposlitvi.

#### **Zadržanje učinkovanja odpovedi**

Po novem je možnost zadržanja učinkovanja odpovedi pogodbe o zaposlitvi na podlagi negativnega mnenja predstavnikov delavcev omejena le na te delavce. Določba je tako umeščena v poglavje, ki se nanaša na posebno varstvo pred odpovedjo, v 113. člen ZDR-1.

### **4. OBLIKA IN VSEBINA SPORAZUMA OZIROMA ODPOVEDI**

#### **Vsebina sporazuma**

ZDR-1 kot obvezne opušča nekatere sestavine sporazuma. V tretjem odstavku 81. člena izrecno določa, da opustitev obvestila o pravicah iz naslova zavarovanja za primer brezposelnosti ne vpliva na veljavnost sporazuma o prenehanju pogodbe o zaposlitvi. Nespoštovanje te obveznosti pa je prekršek, ki se kaznuje z globo (deveta točka prvega odstavka 219. člena ZDR-1).

---

<sup>8</sup> Gre za uskladitev z odločbo Ustavnega sodišča RS št. U-I-284/06 z dne 1. 10. 2009. Ustavno sodišče Republike Slovenije je v postopku za preizkus pobude Združenja svetov delavcev slovenskih podjetij, Sveta delavcev družbe Iskraemeco in Sveta delavcev družbe Adria Airways z odločbo številka U-I-284/06-26 z dne 1. 10. 2009 presodilo, da so tretji odstavek 8. člena, 84. in 85. člen ZDR v neskladju z načelom enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave Republike Slovenije. Ustavno sodišče Republike Slovenije je namreč ugotovilo, da določbe tretjega odstavka 8. člena ter 84. in 85. člena ZDR v obstoječi obliki postavljajo delavce pri delodajalcih, kjer ni organiziranega sindikata, v primerjavi z delavci pri delodajalcih, kjer je ta organiziran oziroma tiste delavce, ki niso člani sindikata, v neenakopraven (slabši) položaj. Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 13.

## Vsebina odpovedi pogodbe o zaposlitvi

V vseh primerih odpovedi pogodbe o zaposlitvi je poenostavljena zakonska opredelitev obrazložitve odpovedi pogodbe o zaposlitvi. Delodajalec mora po novem v skladu z drugim odstavkom 87. člena ZDR-1 v odpovedi pisno obrazložiti dejanski razlog za odpoved pogodbe o zaposlitvi. S tem je jasneje določeno, da je treba v odpovedi navesti dejanske razloge za odpoved in ne pravno kvalifikacijo.<sup>9</sup>

ZDR-1 s spremembo navedenega člena in dopolnitvijo kazenskih določb jasno določa, da obvestilo o pravicah iz naslova zavarovanja za primer brezposelnosti in obvestilo o pravnem varstvu nista več obvezna vsebina odpovedi, zato napačno obvestilo oziroma opustitev obvestila ne vpliva na zakonitost odpovedi. Še vedno pa obstaja dolžnost delodajalca, da ob odpovedi delavca pisno obvesti o pravnem varstvu, pravicah iz naslova zavarovanja za primer brezposelnosti ter obveznosti prijave v evidenco iskalcev zaposlitve (tretji odstavek 87. člen ZDR-1). Nespoštovanje te obveznosti pomeni prekršek, ki se kaznuje z globo (deseta točka prvega odstavka 219. člena ZDR-1).

Novi zakon vsebuje še izrecno določbo, da napačno obvestilo o pravnem varstvu ne more biti delavcu v škodo (tretji odstavek 87. člena ZDR-1).

## 5. VROČANJE

### Vročanje v skladu z ZDR-1

Zaradi številnih težav pri vročanju so po novem pravila vročanja določena v 88. členu ZDR-1. Smiselna uporaba pravil pravnega postopka ostaja za tista vprašanja vročanja, ki jih ta zakon ne ureja (npr. vrnitev v prejšnje stanje). Pravila vročanja v ZDR-1 se omejujejo le na vročanje odpovedi pogodbe o zaposlitvi pogodbenim strankam. Še vedno obstaja pravilo vročanja odpovedi v prostorih delodajalca. Če pogodbeni stranka odkloni vročitev odpovedi, se šteje, da je bila vročitev opravljena (fikcija vročitve). Dokazno breme za vročitev oziroma odklonitev vročitve je na pogodbeni stranki, ki odpoveduje pogodbo o zaposlitvi.

Če vročitev v prostorih delodajalca ni mogoča, se odpoved pogodbe o zaposlitvi vroča s priporočeno pošiljko s povratnico. Šteje se, da je vročitev opravljena, ko je pošiljka prevzeta oziroma če pošiljka ni prevzeta v roku za sprejem,<sup>10</sup> ko poteče osem dni od dneva prvega poskusa vročitve.

<sup>9</sup> Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 140.

<sup>10</sup> Odpoved pogodbe o zaposlitvi s priporočeno pošiljko s povratnico se vroča v skladu z Zakonom o poštini (Uradni list RS, št. 51/09; v nadaljnjem besedilu: ZPSto-2) in na njegovi podlagi sprejetimi Splošnimi pogoji izvajanja univerzalne poštne storitve (Uradni list RS, št. 31/07; v nadaljnjem besedilu: splošni pogoji). Če priporočene pošiljke zaradi odsotnosti ni mogoče vročiti naslovniku ali drugi osebi, ki lahko prevzame pošiljko, v skladu z 41. členom ZPSto-2 dostavljalcev v hišnem predalčniku pusti obvestilo, v katerem navede kraj prevzema in rok, v katerem se lahko prevzame poštna pošiljka. V skladu s 27. členom splošnih pogojev se pošiljka lahko prevzame na pošti v 15 dneh od dneva, ko je bil naslovnik obveščen o njenem prispetju.

V posebej določenih primerih pa se vročitev lahko opravi tudi z objavo na oglasnem mestu pri delodajalcu (če delavec nima stalnega ali začasnega prebivališča v Republiki Sloveniji oziroma delavec na naslovu iz prejšnjega odstavka ni znan). Po poteku osmih dni od objave odpovedi pogodbe o zaposlitvi v zaprti ovojnici na oglasnem mestu se šteje vročitev za opravljeno.

Če delodajalec na naslovu iz prejšnjega odstavka ni znan, se vročitev odpovedi pogodbe o zaposlitvi šteje za opravljeno, ko delavec odpoved pogodbe o zaposlitvi vroči s priporočeno pošiljko s povratnico Inšpektoratu za delo.

## **6. REDNA ODPOVED POGODBE O ZAPOSLOTVI**

Konvencija MOD št. 158 in Evropska socialna listina (spremenjena; v nadaljnem besedilu: ESL) (Uradni list RS – MP, št. 7/99) vsebujeta smiselno enako zahtevo v zvezi z utemeljenostjo odpovedi pogodbe o zaposlitvi. V 4. členu konvencije MOD je določeno, da delovno razmerje delavcu ne preneha, če za to ni resnega razloga v zvezi s sposobnostjo ali obnašanjem delavca ali v zvezi z operativnimi potrebami podjetja, ustanove ali službe.<sup>11</sup> 24. člen ESL določa pravico vseh delavcev, da njihova zaposlitev ne more prenehati brez veljavnih razlogov za tako prenehanje, povezanih z njihovimi sposobnostmi ali ravnanjem ali zaradi operativnih razlogov na strani podjetja, ustanove ali službe. Slovenska delovnoppravna ureditev sledi navedenim opredelitvam okoliščin, ki utemeljujejo odpoved pogodbe o zaposlitvi. ZDR-1 ohranja temeljne razloge za odpoved pogodbe o zaposlitvi prvotnega ZDR in dodaja novega – neuspešno opravljeno poskusno delo.

### **Odpoved med poskusnim delom**

ZDR-1 daje po novem delodajalcu možnost, da že med trajanjem poskusnega dela (in ne le ob poteku) redno odpove pogodbo o zaposlitvi zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela s sedemdnevnim odpovednim rokom (125. člen v povezavi z 89. in 94. členom ZDR-1).

### **Rok za odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga**

Novi zakon ne določa več roka za redno odpoved iz poslovnega razloga, pri razlogu nesposobnosti pa ohranja objektivni rok šest mesecev (tretji odstavek 89. člena ZDR-1). Pri poslovnem razlogu je namreč razlog pri delodajalcu in spodbujanje delodajalca k čim hitrejši odpovedi v teh primerih ni v interesu delavca, ker onemogoča preverjanje vseh možnosti za ohranitev zaposlitve, poleg tega pa je v praksi pogosto povzročal probleme.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Novak M. in drugi, nav. delo, strani 198 do 212.

<sup>12</sup> Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 141.

## **7. ODPOVED S PONUDBO NOVE POGODBE O ZAPOSILITVI**

### **Obveznost ponujanja druge ustrezne zaposlitve**

V postopkih odpovedi iz razloga nesposobnosti in poslovnega razloga se opušča dosedanja zakonska obveznost delodajalca, da ponuja drugo ustrezno zaposlitev delavcu, ki je bila vsebovana v tretjem odstavku 88. člena ZDR, hkrati pa novi zakon spodbuja delodajalca k takemu ravnanju, s tem da določa posledice za delavca, ko ponudbo za sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi za opravljanje drugega dela sprejme in tudi če ponudbe ne sprejme. 91. člen ZDR-1 namreč določa, da delavec, ki sprejme ponudbo delodajalca za sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi za ustrezno zaposlitev in nedoločen čas, nima pravice do odpravnine. Prav tako delavec nima pravice do odpravnine po 108. členu ZDR-1, če ne sprejme ponudbe delodajalca za sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi za ustrezno zaposlitev in nedoločen čas ter mu preneha delovno razmerje.

### **Pravno varstvo**

Delavcu, ki sprejme ponudbo delodajalca za sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi za ustrezno zaposlitev in nedoločen čas, je po novem zagotovljena pravica do pravnega varstva pred pristojnim sodiščem, kot sicer pripada delavcem, če uveljavljajo nezakonitost odpovedi. V ta namen je v tretji odstavek 91. člena ZDR-1 dodana zakonska domneva, da je ob ugotovitvi nezakonitosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi nova pogodba sklenjena pod razveznim pogojem.

### **Odpoved s ponudbo druge ustrezne zaposlitve pri drugem delodajalcu**

Gre za možnost ponudbe nove ustrezne zaposlitve za nedoločen čas pri drugem delodajalcu kadar koli do poteka odpovednega roka s strani delodajalca ali Zavoda Republike Slovenije za zaposlovanje (v nadaljnjem besedilu: ZRSZ), ki jo je urejal že 90. a člen ZDR. Če delavec sprejme ponudbo za ustrezno zaposlitev in nedoločen čas, nima pravice do odpravnine, če se novi delodajalec v pogodbi o zaposlitvi zaveže, da bo glede odpravnine in odpovednega roka upošteval delovno dobo pri obeh delodajalcih. Če delavec ponudbo nove pogodbe o zaposlitvi pri drugem delodajalcu zavrne, to ne vpliva na njegovo pravico do odpravnine in odpovednega roka pri delodajalcu.

ZDR-1 navedeno ureditev ohranja in jo v drugem in tretjem odstavku 92. člena dopolnjuje z dodatnim pravnim varstvom, da bi se izognili možnosti zlorab v praksi. Če je delodajalec pretežni lastnik družbe,<sup>13</sup> v kateri je delavcu ponudil novo ustrezno zaposlitev, je solidarno odgovoren za preneseno pravico do odpravnine in druge terjatve pri novem delodajalcu dve leti od sklenitve pogodbe o zaposlitvi pri novem delodajalcu. Če delodajalec ni pretežni lastnik družbe, je subsidiarno

---

13 Pretežni lastnik družbe v skladu s 75. členom ZDR-1 je delodajalec, ki je neposredni ali posredni imetnik poslovnega deleža, delnic ali drugih pravic, na podlagi katerih ima neposredno ali posredno več kot 25 odstotkov glasovalnih pravic ali več kot 25-odstotni delež v kapitalu družbe.



odgovoren za terjatve delavca. Dodatno varstvo je povezano tudi z novostjo v Zakonu o spremembah in dopolnitvah Zakona o urejanju trga dela (Uradni list RS, št. 21/13; v nadaljnjem besedilu: ZUTD-A), po kateri delavec nima pravice do nadomestila, če med odpovednim rokom odkloni ustrezno zaposlitev za nedoločen čas pri drugem delodajalcu (16. člen ZUTD-A).

## 8. ODPOVEDNI ROKI

Konvencija MOD št. 158 med pravicami ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi določa tudi, da ima delavec, ki mu preneha delovno razmerje, pravico do razumnega odpovednega roka, razen če ni kriv za hujšo kršitev delovne discipline oziroma za tako kršitev delovne discipline, da bi bilo nerazumno zahtevati od delodajalca, da ga zadrži med odpovednim rokom (11. člen).<sup>14</sup> Podobno zahtevo vsebuje tudi ESL, ki v 4. členu določa pravico do pravičnega plačila. Da bi zagotavljale učinkovito uresničevanje pravice do pravičnega plačila, se pogodbenice zavezujejo, da med drugim priznavajo vsem delavcem pravico do razumnega odpovednega roka pri prenehanju zaposlitve.

Ureditve minimalnih odpovednih rokov v ZDR-1 sledi zahtevam navedenih mednarodnih dokumentov, ki zavezujejo Republiko Slovenijo, pri oblikovanju novih odpovednih rokov pa je zakonodajalec upošteval tudi prakso Evropskega odbora za socialne pravice (v nadaljnjem besedilu: EOSP), ki odloča o usklajenosti zakonodaj pogodbenic z ESL. EOSP ni določil konkretne definicije razumnega odpovednega roka, presoja vsak primer posebej, pri čemer kot glavni kriterij upošteva delovno dobo.<sup>15</sup>

Minimalne odpovedne roke ZDR-1 določa v 94. členu.

### Poskusno delo

Če delavec ali delodajalec odpove pogodbo o zaposlitvi med poskusnim delom zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela, je odpovedni rok sedem dni.

### Odpoved delavca

Ob redni odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delavca je odpovedni rok:

- do enega leta zaposlitve pri delodajalcu 15 dni,
- od enega leta zaposlitve pri delodajalcu 30 dni.

S pogodbo o zaposlitvi ali kolektivno pogodbo je lahko dogovorjen daljši odpovedni rok, vendar ne daljši kot 60 dni.

<sup>14</sup> Novak M. in drugi, nav. delo, strani 198 do 212.

<sup>15</sup> EOSP je npr. določil, da naslednje dolžine odpovednih rokov niso v skladu z ESL:

- enotedenski odpovedni rok za manj kot šest mesecev delovne dobe (primer Portugalska);
- dvotedenski odpovedni rok po šestih mesecih delovne dobe (primer Poljska);
- manj kot enomesečni odpovedni rok po enem letu delovne dobe (primer Španija);
- tridesetdnevni odpovedni rok po najmanj petih letih delovne dobe (primer Bolgarija);
- šesttedenski odpovedni rok po 10 do 15 letih delovne dobe (primer Irska);
- osemtedenski odpovedni rok po več kot petnajstih letih delovne dobe (primer Irska). <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf)> (29.6.2013).

## Odpoved iz poslovnega razloga ali razloga nesposobnosti

Minimalni odpovedni rok ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga oziroma razloga nesposobnosti je preoblikovan ob ohranitvi diferenciranega pristopa glede na trajanje zaposlitve pri delodajalcu, pri čemer pa odpovedni rok narašča postopneje.<sup>16</sup>

Ob redni odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca iz poslovnega razloga ali iz razloga nesposobnosti je odpovedni rok:

- do enega leta zaposlitve pri delodajalcu 15 dni,
- od enega do dveh let zaposlitve pri delodajalcu 30 dni.

Nad dve leti zaposlitve pri delodajalcu odpovedni rok v trajanju 30 dni narašča za vsako izpolnjeno leto zaposlitve pri delodajalcu za dva dni, največ pa do 60 dni.

Najdaljši odpovedni rok pri odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca iz poslovnega razloga ali iz razloga nesposobnosti je s 120 skrajšan na 80 dni. Odpovedni rok 80 dni velja, če je delavec pri delodajalcu izpolnil 25 let zaposlitve in če ni s kolektivno pogodbo na ravni dejavnosti določen drugačen odpovedni rok (vendar ne krajši kot 60 dni).

**Preglednica 1:** Primerjava dolžin odpovednih rokov ob odpovedi iz poslovnega razloga in razloga nesposobnosti po ZDR in ZDR-1

Čas trajanja zaposlitve/let	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	15	17	20	25
Odpovedni rok po ZDR/dni	30	30	30	30	30	45	45	45	45	45	45	60	60	60	120
Odpovedni rok po ZDR-1/dni	15	30	30	32	34	36	38	40	42	44	46	56	60	60	80

## Odpoved iz krivdnega razloga

Ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca iz krivdnega razloga je odpovedni rok skrajšan z enega meseca na 15 dni.

## 9. PRAVICE IN OBVEZNOSTI STRANK MED ODPOVEDNIM ROKOM

### Vključitev v ukrepe ZRSZ med odpovednim rokom

Novi ZDR-1 skupaj z ZUTD-A omogoča vključevanje delavcev v ustrezne ukrepe na trgu dela že med odpovednim rokom. Delodajalec mora ob odpovedi iz poslovnega

<sup>16</sup> Glej preglednico 1.

razloga ali razloga nesposobnosti delavcu omogočiti odsotnost z dela najmanj en dan na teden, da se med odpovednim rokom odziva na pozive ZRSZ glede obveščanja in usposabljanja ter udeležuje morebitnih zaposlitvenih razgovorov (drugi odstavek 97. člena ZDR-1). Ta rešitev bo skupaj z dolžnostjo delodajalca, da v skladu s sedmim odstavkom 91. člena ZDR-1 že ob začetku teka odpovednega roka obvesti ZRSZ o odpovedi pogodbe o zaposlitvi (če mu ne ponudi druge ustrezne zaposlitve) in dolžnostjo prijave delavca v evidenco iskalcev zaposlitve (24. člen ZUTD-A) omogočila takojšnje vključevanje delavcev v odpovednem roku v aktivnosti, ki jim lahko omogočijo zaposlitev, pridobivanje novih znanj in kompetenc, ter vplivala na boljšo motivacijo delavcev za čimprejšnjo ponovno vključitev na trg dela. Delodajalec mora delavcu izplačati nadomestilo plače za tovrstno odsotnost z dela v višini 70 odstotkov osnove iz sedmega odstavka 137. člena ZDR-1. Za čas odsotnosti z dela, ko je delavec med odpovednim rokom enkrat tedensko vključen v ustrezne ukrepe na področju trga dela, delodajalcu ZRSZ kot nadomestilo stroška delavčeve bruto plače, ki jo je delodajalec izplačal delavcu za dneve njegove odsotnosti z dela, povrne 70 odstotkov osnove v skladu z ZDR-1.

Pravica do odsotnosti z dela najmanj en dan na teden za vključevanje v ukrepe na področju trga dela ne vpliva na pravico delavca do odsotnosti z dela zaradi iskanja nove zaposlitve s pravico do nadomestila plače v trajanju najmanj dve uri na teden, ki jo ZDR-1 ohranja v prvem odstavku 97. člena.<sup>17</sup>

## **10. ODPOVED VEČJEMU ŠTEVILU DELAVCEV**

### **Presežni delavci**

Ob upoštevanju Direktive Sveta 98/59/ES z dne 20. julija 1998 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kolektivnimi odpusti – združena verzija (UL L št. 225 z dne 12. 8. 1998, str. 16) je v 98. členu ZDR-1 poenostavljena definicija kolektivnih presežkov. Direktiva 98/59/ES v 1. členu namreč daje državam članicam glede opredelitve večjega števila delavcev eno (določeno število odpuščenih delavcev v obdobju 30 dni, upoštevaje število delavcev, zaposlenih pri delodajalcu) ali drugo možnost (v obdobju 90 dni najmanj 20 delavcev ne glede na število delavcev, zaposlenih pri delodajalcu), medtem ko sta bili v 96. členu ZDR zapisani obe možnosti, ki sta se med seboj (delno) pokrivali ali izključevali.<sup>18</sup> Novi zakon zato opušta drugo opredelitev.

Poleg tega ZDR-1 v 102. členu določa, da mora delodajalec pri oblikovanju predloga kriterijev za določitev presežnih delavcev prednostno upoštevati kriterije iz kolektivne pogodbe, v soglasju s sindikatom pa ima možnost oblikovati lastne kriterije.

### **Prednostna pravica do zaposlitve**

ZDR-1 ukinja institut prednostne pravice do zaposlitve, ki je bil vsebovan v 102. členu ZDR. Zagotavljanje te pravice le pri kolektivnih odpustih je sporno z vidika enake obravnave delavcev, poleg tega je bilo v praksi težko izvedljivo.<sup>19</sup>

17 Pravico do odsotnosti med odpovednim rokom zaradi iskanja zaposlitve vsebuje tudi priporočilo št. 166. Novak M. in drugi, nav. delo, strani 198 do 212.

18 Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 143.

19 Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 143.

## 11. ODPRAVNINA

Pravica do odpravnine ob prenehanju delovnega razmerja izhaja iz konvencije MOD št. 158, ki navedeno pravico kombinira z nekaterimi drugimi oblikami varstva dohodka. Delavec ima v skladu z 12. členom konvencije pravico do:

- odpravnine ali
- prejemkov iz zavarovanja za primer brezposelnosti ali
- kombinacije navedenih dveh možnosti.

Konvencija predvideva možnost izgube te pravice ob hujši kršitvi delovnih obveznosti.<sup>20</sup>

### Višina odpravnine

Novi zakon spreminja višino odpravnine tako, da spreminja dolžino obdobja zaposlitve, glede na katera je delavec upravičen do določene višine odpravnine pri delodajalcu. Delavcu v skladu s 108. členom ZDR-1 pripada odpravnina v višini:

- 1/5 osnove za zaposlitev od enega do desetih let,
- 1/4 osnove za zaposlitev od deset do dvajset let,
- 1/3 osnove za več kot dvajset let zaposlitve pri delodajalcu.

## 12. IZREDNA ODPOVED POGODBE O ZAPOSILITVI

### Razlogi na strani delavca

Ob izredni odpovedi s strani delodajalca se s tretjo alinejo prvega odstavka 110. člena ZDR-1 dodaja nov razlog za izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi – če je delavec kot kandidat v postopku izbire predložil lažne podatke ali dokazila o izpolnjevanju pogojev za opravljanje dela. V skladu z 22. členom ZDR-1 mora delavec, ki sklene pogodbo o zaposlitvi, izpolnjevati predpisane, določene pogoje oziroma pogoje, ki jih zahteva delodajalec. Pogoji za opravljanje dela pa morajo biti kandidatu (pozneje delavcu) znani.

Izredna odpoved zaradi neuspešno opravljenega poskusnega dela se nadomešča z možnostjo redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz razloga neuspešno opravljenega poskusnega dela s sedemdnevnim odpovednim rokom (125. člen v povezavi z 89. in 94. členom ZDR-1).

### Razlogi na strani delodajalca

ZDR-1 vzpostavlja novo pravno podlago za izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi s strani delavca, ko delodajalec tri mesece zaporedoma oziroma tri mesece v obdobju šestih mesecev za delavca ni plačal prispevkov za socialno varnost, pri čemer morajo biti prispevki plačani v celoti (nova peta alineja 111. člena ZDR-1).

---

<sup>20</sup> Novak M. in drugi, nav. delo, strani 198 do 212.

S tem se vzpostavlja učinkovitejša pravna podlaga za odpoved pogodbe o zaposlitvi s strani delavca v primerih, ko delodajalec ne plačuje prispevkov za socialno varnost.

Novi zakon nekoliko preureja in časovno izenačuje razloga, ki sta že bila vsebovana v 112. členu ZDR. Delavec lahko izredno odpove pogodbo o zaposlitvi, če mu delodajalec vsaj dva meseca ni izplačeval plače oziroma mu je izplačeval bistveno zmanjšano plačo ali če mu delodajalec dvakrat zaporedoma ali v obdobju šestih mesecev ni izplačal plače ob zakonsko oziroma pogodbeno dogovorjenem roku (tretja in četrta alineja prvega odstavka 111. člena ZDR-1).

Rok, v katerem lahko delodajalec, potem ko ga delavec predhodno pisno opomni na izpolnitev obveznosti in o kršitvah pisno obvesti inšpektorja za delo, svoje obveznosti iz delovnega razmerja izpolni oziroma odpravi kršitve ter po poteku katerega začne teči 30-dnevni rok za izredno odpoved s strani delavca, je v smislu poenostavitve postopka skrajšan z osem na tri delovne dni (drugi odstavek 111. člena ZDR-1).

### 13. VARSTVO POSEBNIH KATEGORIJ DELAVCEV

#### Delavci pred upokojitvijo

ZDR-1 zvišuje starost delavcev, ki jim je zagotovljeno posebno varstvo pred odpovedjo. Posebno varstvo pred odpovedjo v skladu s 114. členom ZDR-1 uživajo delavci, ki izpolnjujejo pogoj starosti 58 let oziroma delavci, ki sicer pogoja starosti ne izpolnjujejo, jim pa do izpolnitve pogojev za starostno upokožitev manjka pet let ali manj. Da bi povečali možnosti zaposlitve starejših delavcev, varstvo pred odpovedjo ni zagotovljeno delavcem, ki ob sklenitvi nove pogodbe o zaposlitvi že izpolnjujejo pogoje za varstvo pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi. Varstva pa ne izgubijo delavci, ki sklenejo novo pogodbo o zaposlitvi na podlagi odpovedi s ponudbo nove pogodbe pri istem oziroma drugem delodajalcu.

V prehodnem obdobju je določeno postopno zviševanje starosti, ob kateri delavci pridobijo status varovane kategorije, ki jim v skladu z zakonom zagotavlja posebno varstvo pred odpovedjo. V skladu s prehodno ureditvijo uživajo posebno varstvo pred odpovedjo delavci, ki v letu 2013 izpolnijo pogoj starosti 54 let in 4 mesece – ženske in 55 let – moški in delavci, ki v letu 2014 izpolnijo pogoj starosti 55 let. V nadaljnjih treh letih do uveljavitve starosti 58 let se starost za delavce zvišuje vsako leto za eno leto (226. člen ZDR-1).<sup>21</sup>

**Preglednica 2:** Starost, ki v prehodnem obdobju delavce upravičuje do posebne varstva

LETO	2013	2014	2015	2016	2017
Ženske	54 let, 4 mesece	55 let	56 let	57 let	58 let
Moški	55 let	55 let	56 let	57 let	58 let

<sup>21</sup> Glej preglednico 2.

## Starši

Novi zakon omejuje čas dojenja, ki upravičuje delavko do posebnega varstva pred odpovedjo do enega leta otrokove starosti. Da bi se izognili zlorabam v praksi, se varstvo pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi veže na izrabo starševskega dopusta v obliki polne odsotnosti z dela v strnjem nizu (115. člen ZDR-1).

Nov drugi odstavek 115. člena ZDR-1, ki zahteva, da v obdobju posebnega varstva delodajalec ne sme opraviti nobenega ravnanja, ki je sicer potrebno za odpoved pogodbe o zaposlitvi oziroma za zaposlitev novega delavca, sledi namenu varstva, ki ga uresničuje. Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive Sveta 92/85/EGS z dne 19. oktobra 1992 o uvedbi ukrepov za spodbujanje izboljšav na področju varnosti in zdravja pri delu nosečih delavk in delavk, ki so pred kratkim rodile ali dojijo (deseta posebna direktiva v smislu prvega odstavka 16. člena Direktive 89/391/EGS).<sup>22</sup>

## Invalidi

Z dopolnitvijo drugega odstavka 116. člena ZDR-1 se v skladu z namenom že dosedanje ureditve jasneje določa, da se ob odpovedi pogodbe o zaposlitvi invalidu glede (pravil delavcev in) posebnega varstva pred odpovedjo uporabljajo določbe tega zakona, ki veljajo za odpoved iz poslovnega razloga.

---

<sup>22</sup> Ta v predlogu novega 10. člena zahteva, da države članice sprejmejo potrebne ukrepe za prepoved dopusta in vseh priprav na odpust delavk iz 2. člena v obdobju od začetka nosečnosti do konca porodniškega dopusta iz prvega odstavka 8. člena, razen v izjemnih primerih, ki niso povezani z njihovim stanjem in so dovoljeni po notranji zakonodaji in/ali praksi, če je svoje soglasje dal pristojni organ, kadar je primerno. Predlog zakona o delovnih razmerjih, nav. delo, stran 145.

# NAJPOMEMBNEJŠE SPREMEMBE PRI ZAPOSLOVANJU DELAVCEV PO NOVI DELOVNI ZAKONODAJI

izr. prof. dr. Barbara Kresal  
Fakulteta za socialno delo  
Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

## 1 UVOD

Spomladi 2013 sprejeta »reforma trga dela«, ki obsega nov Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)<sup>1</sup> in novelo Zakona o urejanju trga dela (ZUTD-A)<sup>2</sup>, prinaša pomembne spremembe na področje delovnih razmerij. V tem prispevku bo obravnavana le sklenitvena faza, zaposlovanje delavcev in različne posebne pogodbe o zaposlitvi, ne bodo pa obravnavana vprašanja, ki se nanašajo na ureditev odpovedi in drugih načinov prenehanja pogodbe o zaposlitvi, na ureditev pravic in obveznosti, na spremembo delodajalca ipd., ki so prav tako pomembna in mnoga precej drugače urejena kot prej.<sup>3</sup>

Predlagatelj je kot osrednji cilj omenjene reforme izpostavil zlasti zmanjšanje segmentacije na trgu dela in povečanje prožnosti oziroma »lažje in cenejše prilagajanje delovne sile potrebam delodajalca«.<sup>4</sup> Uvodoma naj ponovim že večkrat izrečeno ugotovitev, da krize ni povzročila delovna zakonodaja in ne pravice delavcev, zato je nerealno pričakovati, da jo bo reforma tega pravnega področja razrešila. Upati pa je, da bo sprejetje novega zakona o delovnih razmerjih prispevalo k večji urejenosti na področju dela. ZDR-1 med drugim bolj natančno ureja agencijsko delo, predvideva nove omejitve pri zaposlitvah za določen čas, uvaja kategorijo ekonomsko odvisnih samozaposlenih oseb, ki bodo po novem uživale določene minimalne delavske pravice. Vendar pa nova ureditev prinaša tudi vrsto novih odprtih vprašanj, nove izzive za prakso in sodno prakso, nekatere rešitve so nedodelane, nekatere že predmet kritik in različnih interpretacij. Prav tako »za učinkovitejše preprečevanje zlorab v praksi glede fleksibilnih oblik zaposlitve in navideznega samozaposlovanja v Sloveniji potrebujemo zlasti tudi

1 Uradni list RS, št. 21/2013, 78/2013 – popr.

2 Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o urejanju trga dela (Uradni list RS, št. 21/2013 – ZUTD-A); julija 2013 je bila sprejeta še ena novela zakona o urejanju trga dela (Uradni list RS, št. 63/2013 – ZUTD-B), v pripravi pa so že nove spremembe (ZUTD-C), ki se nanašajo na ureditev agencij za zagotavljanje dela.

3 Za celovit pregled vseh pomembnih sprememb in novosti v ZDR-1 glejte npr. Kresal, B. (2013): Kaj prinaša novi zakon o delovnih razmerjih?, Delavci in delodajalci, let. 13, št. 1, str. 55–77; Knez, I. (2013): Novi Zakon o delovnih razmerjih – korak bližje k prožni varnosti?, Pravna praksa, let. 32, št. 10, str. I–VIII (priloga); Senčur Peček, D. (2013): Spremembe in novosti, ki jih prinaša ZDR-1, Podjetje in delo, let. 39, št. 3–4, str. 414–445.

4 Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, sporočilo za javnost ob sprejetju ZDR-1 (<[www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/mp3/izjave\\_mag.vizjak/minister\\_po\\_sprejetju\\_zdr\\_-\\_5032013.mp3](http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/mp3/izjave_mag.vizjak/minister_po_sprejetju_zdr_-_5032013.mp3)>); tudi 'Podrobnejša predstavitev ključnih sprememb Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1)' (<[www.mdds.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/article/1939/7044/0819537bef94d59cd6d2acfe015519b8/](http://www.mdds.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/1939/7044/0819537bef94d59cd6d2acfe015519b8/)>)

učinkovitejšo inšpekcijo dela, ki bo dejansko preprečevala kršitve pravic delavcev in zagotavljala spoštovanje delovne zakonodaje v praksi. Sicer so kakršnekoli spremembe delovne zakonodaje brez pomena in obvisijo v zraku, saj je razkorak med zapisanim v zakonu in dejansko izvajanim v praksi na področju delovnih razmerij v Sloveniji res (pre)velik.«<sup>5</sup>

V nadaljevanju obravnavam najpomembnejše spremembe, ki se nanašajo na:

- sklenitev pogodbe o zaposlitvi, vključno z novo ureditvijo objave prostega dela, obveščanja neizbranih kandidatov in vsebine pogodbe o zaposlitvi,
- spremembo pogodbe o zaposlitvi,
- posebnosti pogodb o zaposlitvi, s poudarkom na novi ureditvi zaposlovanja za določen čas in agencijskega dela, ter
- uvedbo nove kategorije, t. i. ekonomsko odvisnih oseb.

## 2 SKLENITEV POGODBE O ZAPOSLOTVI

Pravna ureditev objave prostega delovnega mesta oziroma vrste dela, na kratko objava prostega dela, je doživela kar nekaj sprememb. Določba 25. člena ZDR-1 ohranja splošno pravilo o obveznosti javne objave, ki velja v vseh primerih, razen pri izjemah, ki jih našteva 26. člen ZDR-1. ZDR-1 te izjeme razširja z novimi primeri (vodilni delavci pod določenimi pogoji), ohranja pa vse dosedanje.

Objava prostega dela mora vsebovati pogoje za opravljanje dela in rok za prijavo, pri čemer zakon skrajšuje najkrajši dopustni rok za prijavo kandidatov. Ta po novem ne sme biti krajši od treh delovnih dni. Velja opozoriti, da je bil prej določen rok petih dni, zdaj pa treh delovnih(!) dni. Res je, da se rok skrajšuje, vendar pa po drugi strani morda vnaša nekaj nejasnosti glede vprašanja, kateri dnevi se štejejo za delovne dni, ki so lahko različno določeni pri različnih delodajalcih.

V pravno ureditev objave prostih del posega tudi novela ZUTD-A. Ta ukinja obveznost objave prostega delovnega mesta in vrste dela pri Zavodu Republike Slovenije za zaposlovanje za zasebne delodajalce in ohranja to obveznost objave na zavodu za zaposlovanje le za delodajalce iz javnega sektorja in gospodarske družbe v večinski lasti države (7. člen ZUTD). Senčur Peček ugotavlja, da se drugi delodajalci lahko odločijo samo za objavo na svoji spletni strani ali v svojih poslovnih prostorih, ki so prosto dostopni javnosti (na primer trgovine, gostinski lokali ipd.), ali v sredstvih javnega obveščanja, lahko pa namesto ali poleg tega objavo izvedejo tudi prek zavoda za zaposlovanje, medtem ko delodajalci iz javnega sektorja in gospodarske družbe v večinski lasti države morajo izvesti objavo prek zavoda za zaposlovanje.<sup>6</sup>

Glede na 25. člen ZDR-1 je objava prostega dela na spletnih straneh ali v javno dostopnih poslovnih prostorih delodajalca izenačena z objavo v sredstvih javnega obveščanja; tudi v teh primerih začne rok za prijavo teči naslednji dan po zadnji objavi.

5 Kresal, B. (2013): Novi Zakon o delovnih razmerjih z grenkim priokusom, Pravna praksa, let. 32, št. 11, str. 19.

6 Senčur Peček, nav. delo, str. 416.



Poenostavljeno je obveščanje delavcev, ki so pri delodajalcu zaposleni za določen čas ali s krajšim delovnim časom, in agencijskih delavcev o tem, da podjetje razpisuje prosto delovno mesto ali vrsto dela za zaposlitev za nedoločen čas oziroma s polnim delovnim časom (četrti odstavek 25. člena ZDR-1).<sup>7</sup>

Tudi obveščanje neizbranih kandidatov, ki so se prijaviili na prosto delovno mesto ali vrsto dela, je poenostavljeno: v skladu s 30. členom ZDR-1 lahko delodajalec obvestilo o neizbiri pošlje na elektronski naslov kandidata, o katerem ga je ta seznanil. Zakon tudi jasneje ureja tek rokov v zvezi z obveščanjem neizbranih kandidatov: treba jih je pisno obvestiti v osmih dneh po zaključenem postopku izbire.<sup>8</sup>

Ureditev oblike pogodbe o zaposlitvi ostaja enaka. Glede obvezne vsebine pogodbe o zaposlitvi ni bistvenih sprememb. Po novem 31. člen ZDR-1 za primer zaposlitve za določen čas kot obvezno sestavino pogodbe predpisuje tudi to, da se v pogodbi navede razlog za sklenitev pogodbe o zaposlitvi za določen čas. To naj bi bil dodatni ukrep, ki naj bi preprečil zlorabe te oblike zaposlitve v praksi in olajšal nadzor nad zakonitostjo sklepanja teh pogodb.

Določbe o strankah pogodbe o zaposlitvi so bile deležne nekaj sprememb. Bolj natančno je urejeno, kdo na strani delodajalca – pravne osebe sklepa pogodbo o zaposlitvi s poslovodno osebo (tretji odstavek 20. člena ZDR-1).

### **3 SPREMEMBA ALI SKLENITEV NOVE POGODBE O ZAPOSLOTVI**

V poglavju ZDR-1 o spremembi pogodbe o zaposlitvi je dodana nova določba, ki odgovarja na probleme, ki so se pojavljali v praksi. Pogodba o zaposlitvi se namreč lahko spremeni le s sklenitvijo aneksa ali s sklenitvijo nove pogodbe o zaposlitvi ob hkratnem prenehanju stare pogodbe, pri čemer je že prejšnji zakon o delovnih razmerjih predpisoval, kdaj se mora skleniti nova pogodba o zaposlitvi (če so se spremenile nekatere najpomembnejše sestavine, npr. delovni čas, kraj opravljanja dela, naziv delovnega mesta oziroma vrste dela itd. – enako tudi 49. člen ZDR-1).

Senčur Peček v tej zvezi pojasnjuje, da se v praksi pojavljajo tudi potrebe po začasni spremembi pogojev (npr. začasno opravljanje drugega dela zaradi nadomeščanja), zato v teh primerih sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi za določen čas in hkratno prenehanje pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas ni ustrezna rešitev.<sup>9</sup>

Omenjeno nerodnost prejšnje ureditve, ki jo je do neke mere preseгла in nadgradila že praksa, ZDR-1 rešuje tako, da predpisuje dodatno izjemo, ko je kljub spremembi ene od bistvenih sestavin pogodbe mogoče skleniti novo pogodbo o zaposlitvi ob

7 Obveščanje mora biti pravočasno, pisno, na pri delodajalcu običajen način: to je lahko tudi objava na določenem oglasnem mestu v poslovnih prostorih delodajalca ali z uporabo informacijske tehnologije.

8 Sprememba rešuje problem, ki se je odpiral pri prejšnji ureditvi, ki je rok vezal na sklenitev pogodbe o zaposlitvi: namreč, od kdaj naj bi tekkel rok, v katerem mora delodajalec obvestiti neizbrane kandidate, da niso bili izbrani, če ni bil izbran noben kandidat in sploh ni prišlo do sklenitve pogodbe o zaposlitvi.

9 Senčur Peček, nav. delo, str. 417.

hkratnem mirovanju prejšnje pogodbe: četrti odstavek 49. člena ZDR-1 določa, da če se pogodba o zaposlitvi za določen čas – zakon našteva, v katerih primerih pogodbe za določen čas – sklene z delavcem, ki je že zaposlen pri delodajalcu za nedoločen čas, potem v času opravljanja dela po pogodbi za določen čas mirujejo pravice, obveznosti in odgovornosti iz pogodbe o zaposlitvi za nedoločen čas.

#### **4 DOGOVOR O KONKURENČNI KLAUZULI V POGODBI O ZAPOSLOTVI**

ZDR-1 nekoliko drugače kot doslej ureja možnost dogovarjanja pogodbenih strank o konkurenčni klavzuli pri sklepanju pogodbe o zaposlitvi.

Nova ureditev (tretji odstavek 40. člena ZDR-1) razširja možnost konkurenčne klavzule, tj. dogovora o prepovedi opravljanja konkurenčne dejavnosti po prenehanju delovnega razmerja, na določene primere zaposlitev za določen čas: konkurenčna klavzula se lahko pod enakimi pogoji kot sicer (pridobivanje tehničnih, proizvodnih ali poslovnih znanj in poslovnih zvez) in najdlje za dve leti po prenehanju pogodbe o zaposlitvi pisno dogovori tudi v pogodbi za določen čas za primer prenehanja te pogodbe z iztekom časa, za katerega je bila sklenjena, kadar se pogodba o zaposlitvi za določen čas sklepa z vodilnim delavcem (iz prvega odstavka 74. člena ZDR-1), poslovodno osebo ali prokuristom ali za opravljanje projektnega dela. Pisna oblika, nadomestilo, razumne časovne omejitve in ostala vprašanja konkurenčne klavzule so tudi za te primere urejeni enako, kot sicer splošno velja za konkurenčno klavzulo.

#### **5 POSEBNE POGODBE O ZAPOSLOTVI**

Eno od poglavij, ki je bilo ob prenovi delovne zakonodaje deležno veliko sprememb, je poglavje o posebnostih pogodb o zaposlitvi. Največ sprememb se nanaša na pogodbo o zaposlitvi za določen čas in na agencijsko delo (o tem več v nadaljevanju). Pomembne spremembe so v ureditvi pogodbe o zaposlitvi s poslovodnimi osebami, prokuristi in vodilnimi delavci.<sup>10</sup> Nova ureditev pogodbe o zaposlitvi za delo na domu odpravlja morebitne nejasnosti, do katerih je lahko prihajalo v praksi, saj se v skladu s tretjim odstavkom 68. člena ZDR-1 takšna pogodba lahko sklene za celotno trajanje ali le za del delovnega časa delavca. Ureditvi pogodbe o zaposlitvi za javna dela in pogodbe o zaposlitvi za krajši delovni čas v ZDR-1 nista bili spremenjeni.

##### **5.1 Pogodba o zaposlitvi za določen čas**

Največji spremembi v ureditvi pogodbe o zaposlitvi za določen čas, ki ju prinaša nov ZDR-1, sta ureditev časovnega omejevanja zaposlovanja za določen čas in ureditev pravice do odpravnine za delavce, ki so zaposleni za določen čas. Pomembna sprememba se nanaša še na ureditev zaposlovanja za določen čas agencijskih delavcev, o čemer več v naslednjem razdelku.

---

<sup>10</sup> Obsežno o tem Senčur Peček, nav. delo, str. 425–427.

Časovna omejitev zaporednega zaposlovanja za določen čas (55. člen ZDR-1) ostaja dve leti.<sup>11</sup> Predvidene so enake izjeme kot doslej: časovno omejevanje dveh let se ne nanaša na nadomeščanje, zaposlitev tujca, poslovodne osebe, prokurista, vodilnega delavca, osebe, vezane na mandat; posebnosti so predvidene pri projektnem delu.

Vendar se po novem časovna omejitev dveh let veže *le na isto delo*. ZDR-1 definira, kaj se šteje za isto delo, da bi s tem preprečil zlorabe, ko se je v praksi le formalno nekoliko spremenilo delovno mesto. V skladu z drugim odstavkom 55. člena ZDR-1 »delodajalec ne sme skleniti ene ali več zaporednih pogodb o zaposlitvi za določen čas za isto delo, katerih neprekinjen čas trajanja bi bil daljši kot dve leti, razen ...«. Isto delo je opredeljeno kot »delo na delovnem mestu oziroma vrsti dela, ki se dejansko opravlja po določeni sklenjeni pogodbi o zaposlitvi za določen čas« (tretji odstavek 55. člena ZDR-1). Ta določba je zelo nerodna in bo velik izziv za sodno prakso; v praksi je že izpostavila vrsto odprtih vprašanj in možnih različnih interpretacij, kar ni dobro.

Pomembna novost je tudi ta, da se v časovno omejitev dveh let všttevajo tako neposredne zaposlitve za določen čas pri nekem delodajalcu kakor tudi opravljanje dela pri tem delodajalcu na podlagi napotitve s strani zaposlitvene agencije, pri kateri je delavec zaposlen za določen čas (t. i. posredne zaposlitve).<sup>12</sup>

Ostale določbe poglavja o pogodbi o zaposlitvi za določen čas ostajajo nespremenjene.

Novo so določbe, ki zagotavljajo pravico do odpravnine za zaposlene za določen čas ob izteku te pogodbe, ki so umeščene v poglavje o prenehanju pogodbe o zaposlitvi (tretji do sedmi odstavek 79. člena ZDR-1).<sup>13</sup> Odpravnina bo po novem znašala 1/5 povprečne mesečne plače iz zadnjih treh mesecev pred prenehanjem v primeru zaposlitve za določen čas do enega leta, nato pa se bo sorazmerno povečevala za vsak nadaljnji mesec zaposlitve za določen čas pri tem delodajalcu. ZDR-1 določa kar nekaj izjem, ko delavcu, ki je zaposlen za določen čas, odpravnina ob izteku zaposlitve za določen čas ne pripada.<sup>14</sup>

11 Za nov primer, ko je dopustno skleniti pogodbo o zaposlitvi za določen čas, to je zaradi predaje dela, ZDR-1 določa, da pogodba za določen čas iz tega razloga lahko traja največ en mesec.

12 Peti odstavek 55. člena ZDR-1 določa: »V omejitve opravljanja dela za določen čas v skladu z drugim in četrtem odstavkom tega člena pri uporabi se upošteva tudi opravljanje dela delavca, zaposlenega pri delodajalcu za zagotavljanje dela.«

13 Ureditve pravice do odpravnine za zaposlene za določen čas se uporablja le za naprej, torej za pogodbe o zaposlitvi, ki so sklenjene za določen čas po uveljavitvi tega zakona (tretji odstavek 230. člena ZDR-1).

14 Ti primeri so: nadomeščanje delavca, sezonsko delo do treh mesecev v koledarskem letu, javna dela in drugi ukrepi aktivne politike zaposlovanja. Odpravnina tudi ne pripada, če delavec z istim delodajalcem sklene pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas, če se njegova zaposlitev nadaljuje pri istem delodajalcu na podlagi pogodbe za nedoločen čas ali če je bila delavcu ponujena zaposlitev za nedoločen čas za ustrezno delo, pa je delavec ni sprejel. Več o pravici do odpravnine in odprtih vprašanjih Kresal, B. (2013): Pravna vprašanja nove ureditve zaposlitve za določen čas in agencijskega dela, Delavci in delodajalci, let. 13, št. 2–3, str. 177–181.

## 5.2 Pogodba o zaposlitvi med delavcem in delodajalcem, ki opravlja dejavnost zagotavljanja dela delavcev drugemu uporabniku

ZDR-1 uvaja kvoto za agencijske delavce, izhaja iz načela zaposlitve za nedoločen čas tudi pri agencijskih delavcih, odpravlja izrecno časovno omejitev enega leta za posamezno napotitev, večja odgovornost podjetja – uporabnika, pri katerem agencijski delavec opravlja delo, in krepi načelo enakega obravnavanja teh delavcev. Vendar zgolj sprememba zakona ne bo zadostovala. Zagotoviti bo treba, da se tudi v praksi spoštujejo z zakonom predpisane pravice agencijskih delavcev, da ne bodo mnoge med njimi le mrtva črka na papirju. Že prejšnji zakon o delovnih razmerjih je namreč predpisoval načelo enakega obravnavanja, pa vendar je prihajalo v številnih primerih do nevdržnega izkoriščanja teh delavcev in nepriznavanja enakih pravic v praksi, prav tako je tudi za te delavce že prej veljala ureditev omejevanja zaposlovanja za določen čas, pa vendar so bili v praksi ti delavci večinoma zaposleni za določen čas, in sicer le za čas posamezne napotitve, kar je bilo v očitnem nasprotju tudi s prejšnjo ureditvijo. Zavedati se je treba, da mnogi agencijski delavci prihajajo iz ranljivejših skupin, da so bolj ranljivi v svojem delovnopravnem položaju in da težje učinkovito uveljavljajo svoje pravice, ali pa jih niti ne poznajo.

ZDR-1 po novem<sup>15</sup> določa, da število napotenih delavcev pri uporabniku ne sme presegati 25 odstotkov števila zaposlenih delavcev pri uporabniku (tretji odstavek 59. člena). Vštejejo se vsi delavci, ne glede na vrsto zaposlitve. Vendar se v kvoto ne vštejejo napoteni agencijski delavci, ki so pri agenciji zaposleni za nedoločen čas.

Zakon predvideva izjemo za uporabnika – manjšega delodajalca (ki zaposluje do vključno deset »svojih« delavcev), saj zanj predpisana kvota za agencijske delavce ne velja.<sup>16</sup>

Zaposlitvena agencija (delodajalec za zagotavljanje dela) naj bi z delavcem praviloma sklenila pogodbo o zaposlitvi za nedoločen čas, za določen čas pa le, če pri uporabniku obstajajo pogoji, ki jih zakon zahteva za zaposlitev za določen čas in ob upoštevanju časovnih omejitev za zaposlitev za določen čas. Zaposlitvena agencija bo torej morala utemeljevati zakonitost pogodbe o zaposlitvi za določen čas z okoliščinami, ki se tičejo drugega pravnega subjekta – uporabnika, kamor bo napotila delavca, kar se zdi nenavadno in bo gotovo izziv tudi za sodno prakso. V tej zvezi zakon vzpostavlja odgovornost uporabnika za pravilnost in popolnost podatkov o obstoju pogojev za sklenitev pogodbe o zaposlitvi za določen čas; enaka odgovornost velja za podatke o plačilu za delo (peti odstavek 62. člena ZDR-1).<sup>17</sup>

15 Ureditev kvot se bo začela uporabljati eno leto po uveljavitvi zakona (drugi odstavek 230. člena ZDR-1).

16 Nerodna dikcija te določbe pomeni, da tisti delodajalci, ki ne zaposlujejo svojih delavcev ali zaposlujejo le do deset delavcev, lahko uporabljajo neomejeno število agencijskih delavcev, kar je gotovo sporno in v nasprotju z namenom in ciljem ureditve, ki želi razumno omejevati agencijsko delo (kakšna je razlika med podjetjem, ki zaposluje deset »svojih« delavcev, in podjetjem, ki jih zaposluje npr. enajst? – prvo bo lahko neomejeno uporabljalo agencijsko delo, drugo pa bo omejeno s predpisano kvoto, kar ni logično, prav tako pa je sporno tudi z vidika enakega obravnavanja podjetij v primerljivem položaju).

17 Kresal, Pravna vprašanja nove ureditve zaposlitve za določen čas in agencijskega dela, nav. delo, str. 62–63.

Odgovornost podjetja – uporabnika se krepi še z določbo drugega odstavka 62. člena ZDR-1, v skladu s katero je za spoštovanje predpisov in kolektivnih pogojev ter splošnih aktov o zdravju pri delu, delovnem času, odmorih in počitkih odgovoren uporabnik, nadalje z določbo šestega odstavka 62. člena ZDR-1, ki določa subsidiarno odgovornost uporabnika za izplačilo plač in drugih prejemkov iz delovnega razmerja delavcu za obdobje, ko je agencijski delavec opravljal delo pri njem, in tudi z novo določbo tretjega odstavka 63. člena ZDR-1, v skladu s katero je treba napotenemu delavcu pri uporabniku zagotoviti pravico do uporabe ugodnosti, ki jih uporabnik zagotavlja svojim delavcem v zvezi z zaposlitvijo.

Med novimi določbami o agencijskem delu je še peti odstavek 59. člena ZDR-1: če sindikat, svet delavcev ali delavski zaupnik tako zahtevajo, jih mora uporabnik enkrat letno obveščati o razlogih za uporabo dela napotenih delavcev in o njihovem številu. Slednje naj bi povečalo aktivno vlogo sindikata in drugih predstavnikov delavcev, da se bolj angažirano spopadejo s problemom agencijskega dela.

## **6 EKONOMSKO ODVISNE OSEBE**

ZDR-1 povsem na novo ureja ekonomsko odvisno osebo, to je samozaposlena oseba, ki izpolnjuje določene predpisane pogoje, in ji zagotavlja določeno omejeno delovnopravno varstvo, torej nekatere pravice, ki po delovni zakonodaji pripadajo delavcem v delovnem razmerju.

Ekonomsko odvisna oseba je v 213. členu ZDR-1 opredeljena kot »samozaposlena oseba, ki na podlagi pogodbe civilnega prava, osebno, za plačilo, samostojno in dlje časa opravlja delo v okoliščinah ekonomske odvisnosti ter sama ne zaposluje delavcev«, pri čemer »ekonomska odvisnost pomeni, da oseba najmanj 80 odstotkov svojih letnih dohodkov pridobi od istega naročnika«.

Če s posebnim predpisom ni določeno drugače, se za to (samozaposleno) ekonomsko odvisno osebo uporabljajo naslednje določbe ZDR-1:

- o prepovedi diskriminacije,
- o zagotavljanju minimalnih odpovednih rokov,
- o prepovedi odpovedi pogodbe v primeru neutemeljenih odpovednih razlogov,
- o zagotavljanju primerljivega plačila (za pogodbeno dogovorjeno delo, kot je primerljivo za vrsto, obseg in kakovost prevzetega dela, upošteva kolektivno pogodbo in splošne akte, ki zavezujejo naročnika, ter obveznosti plačila davkov in prispevkov) in
- o uveljavljanju odškodninske odgovornosti.

Ekonomsko odvisna oseba je upravičena do naštetih pravic pod pogojem, da po zaključku vsakega koledarskega ali poslovnega leta obvesti naročnika, od katerega je ekonomsko odvisna, o pogojih, pod katerimi deluje, tako da naročniku predloži vsa dokazila in informacije, potrebne za presojo vprašanja o obstoju ekonomske odvisnosti (214. člen ZDR-1).

Navedena ureditev ekonomsko odvisnih oseb v ZDR-1 odpira več vprašanj, kot jih ureja, in vprašanje je, kako bo delovala v praksi. Praksa že odgovarja in se

prilagaja na to ureditev; ni nujno, da vedno na zaželen način v skladu s cilji in namenom predmeta urejanja. Zakonska ureditev instituta ekonomsko odvisnih oseb in konkretni primeri njene uporabe v praksi bodo gotovo velik izziv tudi za sodno prakso. Zdi se, da bi bilo treba bolj dodelati rešitve, ki se na novo urejajo z delovno zakonodajo.<sup>18</sup>

## 7 SKLEP

Vprašanje je, ali bo »reforma trga dela« izpolnila enega od svojih deklariranih ciljev, to je zmanjševanje segmentacije na trgu dela. Zmanjšale naj bi se razlike med različnimi načini zaposlitve, med različnimi pogodbami o zaposlitvi; položaj delavcev v t. i. fleksibilnih oblikah zaposlitve in dela – t. i. prekerh delavcev – naj bi se izboljšal. Osrednja oblika zaposlovanja delavcev naj bi spet bila pogodba o zaposlitvi za nedoločen čas. »Slednje je še posebej pomembno z vidika položaja mladih, ki jim je dostop do kakovostnih rednih zaposlitev (kar je eden od temeljnih pogojev za možnosti za dostojno življenje, osamosvojitve, pridobitev stanovanja, kredita, ustvaritev družine itd.) že nekaj časa nerazumno otežen. Zato ni čudno, da vse več mladih želi oditi v tujino. Čas bo pokazal, ali se bo na tem področju v Sloveniji res kaj spremenilo ter kateri sprejeti ukrepi so učinkoviti in ustrezni. Predvsem je pomembno, da strožje omejevanje začasnega zaposlovanja ter krepitev položaja agencijskih delavcev in delavcev, zaposlenih za določen čas, ne bo preusmerilo zaposlovanja v še bolj negotove in prekerne oblike dela.«<sup>19</sup>

Delovno pravo mora namreč zagotavljati ustrezno primerljivo varstvo vsem tistim, ki takšno (delovnopravno) varstvo potrebujejo, ker delajo za drugega v odvisnem, podrejenem razmerju. Izhajajoč iz temeljnosti in zavezujoče narave človekovih pravic mora to varstvo zagotavljati dostojne minimalne standarde na področju dela za vse ter preprečevati prekernost dela in s tem življenja ljudi.

»Kakšna delovna razmerja bomo imeli v Sloveniji na podlagi novega zakona, je odvisno predvsem tudi od tega, kako se bodo posamezne zakonske rešitve interpretirale in dejansko uveljavljale v praksi. Pravna stroka, sodna praksa, delovanje inšpekcije dela in vsakodnevna poslovna praksa imajo zato odgovornost, da interpretirajo in uporabljajo sprejeto ureditev izhajajoč iz spoštovanja temeljnih socialnih pravic s ciljem razvite delovne zakonodaje, da bomo lahko delali v čim bolj kakovostnem, ustvarjalnem in sodelujočem delovnem okolju ter posledično živeli v uspešni in človeku (ne zgolj kapitalu) prijazni družbi.«<sup>20</sup> Vloga in odgovornost sodstva pri tem je zaradi njegove družbene moči in pristojnosti izjemnega pomena; če je zavezano človekovim pravicam, jo bo izpolnilo.

18 Predviden je sicer sprejem posebnega zakona o ekonomsko odvisnih osebah, ki naj bi natančneje uredil to področje (v skladu s prehodno določbo 223. člena ZDR-1 se ureditev ekonomsko odvisnih oseb v ZDR-1 uporablja le do uveljavitve napovedanega posebnega zakona).

19 Kresal, B. (2013), Društvo za delovno pravo in socialno varnost o novem ZDR-1 in spremenjenem ZUTD, Pravna praksa, let. 32, št. 24–25, str. 35.

20 Kresal, Novi zakon o delovnih razmerjih z grenkim priokusom, nav. delo, str. 19.

## LITERATURA IN VIRI:

- *Knez, I.* (2013): Novi Zakon o delovnih razmerjih – korak bližje k prožni varnosti?, Pravna praksa, let. 32, št. 10, str. I–VIII (priloga).
- *Kresal, B.* (2013): Kaj prinaša novi zakon o delovnih razmerjih?, Delavci in delodajalci, let. 13, št. 1, str. 55–77.
- *Kresal, B.* (2013): Novi Zakon o delovnih razmerjih z grenkim priokusom, Pravna praksa, let. 32, št. 11, str. 18–19.
- *Kresal, B.* (2013): Društvo za delovno pravo in socialno varnost o novem ZDR-1 in spremenjenem ZUTD, Pravna praksa, let. 32, št. 24–25, str. 35.
- *Kresal, B.* (2013): Pravna vprašanja nove ureditve zaposlitve za določen čas in agencijskega dela, Delavci in delodajalci, let. 13, št. 2–3, str. 169–193.
- *Senčur Peček, D.* (2013): Spremembe in novosti, ki jih prinaša ZDR-1, Podjetje in delo, let. 39, št. 3–4, str. 414–445.
- Ministrstvo za delo, družino in socialne zadeve, sporočilo za javnost ob sprejetju ZDR-1 (<[www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/mp3/izjave\\_mag.vizjak/minister\\_po\\_sprejetju\\_zdr\\_-\\_5032013.mp3](http://www.mddsz.gov.si/fileadmin/mddsz.gov.si/pageuploads/mp3/izjave_mag.vizjak/minister_po_sprejetju_zdr_-_5032013.mp3)>)
- Podrobnejša predstavitev ključnih sprememb Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1) (<[www.mddsz.gov.si/si/medijsko\\_sredisce/novica/article/1939/7044/0819537bef94d59cd6d2acfe015519b8/](http://www.mddsz.gov.si/si/medijsko_sredisce/novica/article/1939/7044/0819537bef94d59cd6d2acfe015519b8/)>)
- Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1), Uradni list RS, št. 21/2013, 78/2013 – popr.
- Zakon o urejanju trga dela (ZUTD), Uradni list RS, št. 80/2010, 40/2012 – ZUJF, 21/2013 – ZUTD-A, 63/2013 – ZIUPTDSV, 63/2013 – ZUTD-B.

