

PRAVOSODNI BILTEN

4/2014

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

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

Jezikovno uredil
Sektor za prevajanje Generalnega sekretariata Vlade Republike Slovenije

Periodičnost
4 številke letno

Naklada
500 izvodov

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

PREGLED VSEBINE

ČLANKI

- mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
**POJEM PRANJA DENARJA IN NEKATERA VPRAŠANJA NJEGOVE
KAZENSKOPRAVNE UREDITVE 9**
- Hinko Jenull
vrhovni državni tožilec svetnik
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije
**ANALIZA ODLOČITEV DRŽAVNEGA TOŽILSTVA O POBUDAH
PREKRŠKOVNIH ORGANOV IN SODIŠČ ZA VARSTVO ZAKONITOSTI 19**
- dr. Primož Gorkič
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije
IZLOČITEV NEDOVOLJENIH DOKAZOV PO ZP-1 41
- Franc Seljak
višji sodnik
Višje sodišče v Ljubljani
**ODSTOP OD POGODBE, RAZVEZA POGODBE PRI DALJ ČASA
TRAJAJOČIH POGODBENIH RAZMERJIH 51**
- Vesna Kranjc
doktorica pravnih znanosti
redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru
**PRAVNI VIDIKI KONCESIJ V POVEZAVI Z NOVO EU-UREDITVIJO
IN PRAKSO SODIŠČA 77**
- Jure Likar in mag. Barbara Jan Bufon
okrajna sodnika
Okrajno sodišče v Ljubljani
**VPISI V ZEMLJIŠKO KNJIGO V ZVEZI Z ZAKONOM O VZPOSTAVITVI
ETAŽNE LASTNINE NA PREDLOG PRIDOBITELJA POSAMEZNEGA DELA
STAVBE IN O DOLOČANJU PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA K STAVBI 93**
- doc. dr. Etelka Korpič – Horvat
ustavna sodnica
Ustavno sodišče Republike Slovenije
**NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE
SLOVENIJE S PODROČJA DELOVNIH IN SOCIALNIH SPOROV
S Poudarkom na učinkovanju ugotovitvenih in
RAZVELJAVITVENIH ODLOČB 107**

prof. dr. Rajko Knez
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru
UM Jean Monnet Centre of Excellence
UVELJAVLJANJE PRAVIC DO ZDRAVLJENJA V TUJINI 121

Blaž Pate, LL.M.
odvetnik
Odvetniška pisarna Blaž Pate, d. o. o.
POSTOPEK UGOTAVLJANJA REZIDENTSTVA ZA FIZIČNE OSEBE 137

IZ PRAKSE ZA PRAKSO

Mihael Kranjc, mag. poslovnih ved, sodni izvedenec ekonomske stroke
Matjaž Voglar, okrožni sodnik, Okrajno sodišče v Ljubljani
**MOŽNOSTI OBRAČUNAVANJA DELA SODNIH IZVEDENCEV, SODNIH
CENILCEV IN SODNIH TOLMAČEV..... 155**

Mateja Levstek
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani
AKTUALNA PROBLEMATIKA S PODROČJA INSOLVENČNIH ZADEV 189

mag. Ivan Robnik
vrhovni sodnik svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije
SODNA RAZVEZA POGODBE O ZAPOSLOTVI PO DOLOČBAH ZDR-1 207

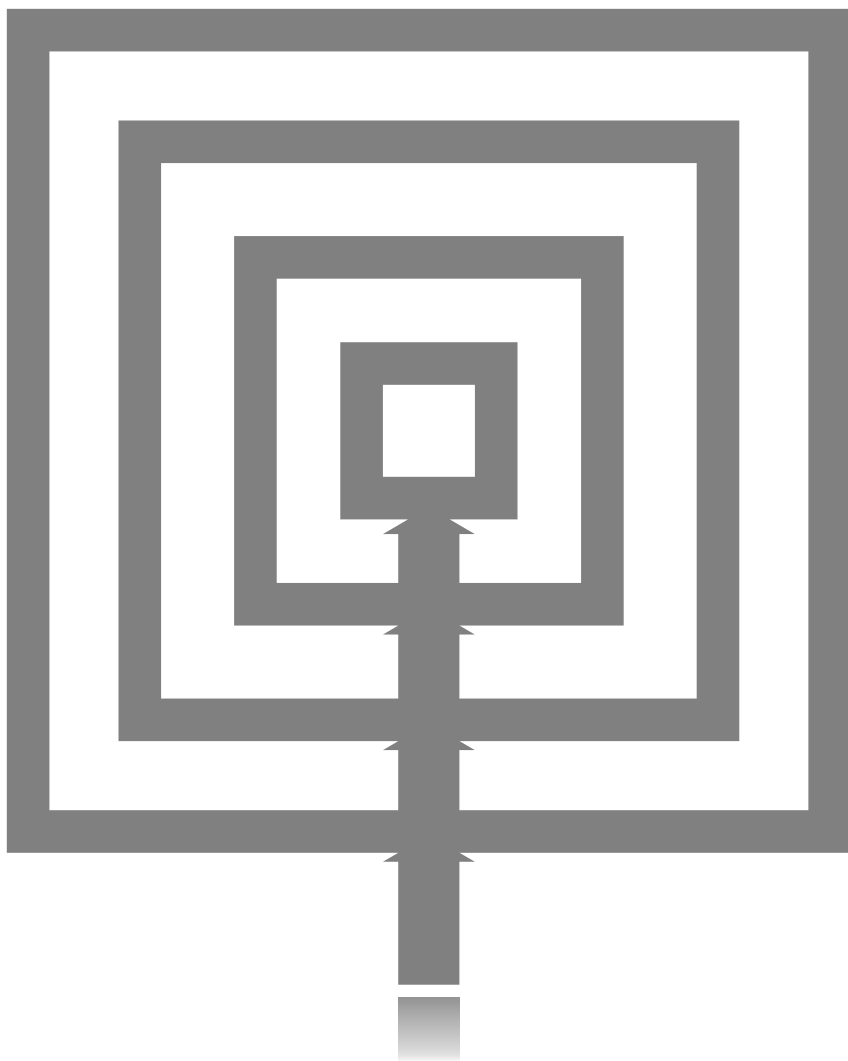
UVOD

V tej številki so zbrani za objavo prirejeni prispevki avtorjev, ki so kot predavatelji sodelovali na izobraževanju »KONVENCIJA O IZOGIBANJU DVOJNEMU OBDAVČEVANJU V PRAKSI ZA UPRAVNE SODNIKE« (Ljubljana, 19. maj 2014), na SEMINARJU NADGRAJENEGA KATALOGA EJTN 2014: »PRANJE DENARJA IN KORUPCIJA« (Brdo pri Kranju, 23. do 24. september 2014), na ZEMLJIŠKOKNJŽNI ŠOLI XV/2014 (Čatež ob Savi, 6. do 7. oktober in 13. do 14. oktober 2014), na DELOVNO-SOCIALNI SODNIŠKI ŠOLI 2014 (Čatež ob Savi, 8. do 10. oktober 2014), na GOSPODARSKOPRAVNI ŠOLI 2014 (Čatež ob Savi, 20. do 22. oktober 2014), na 3. STROKOVNEM SREČANJU SODNIH IZVEDENCEV IN SODNIH CENILCEV SLOVENIJE (Ljubljana, 24. oktober 2014) in na PREKRŠKOVNOPRAVNI ŠOLI 2014 (Čatež ob Savi, 13. do 14. november 2014) ter 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 Vrhovnim državnim tožilstvom Republike Slovenije.

Ljubljana, december 2014

Uredniški odbor



ČLANKI



POJEM PRANJA DENARJA IN NEKATERA VPRAŠANJA NJEGOVE KAZENSKOPRAVNE UREDITVE ¹

mag. Damijan Florjančič
vrhovni sodnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Kaznivo dejanje pranja denarja je eno redkih, ki za svoje ime in za enega zakonskih znakov uporablja pojem, ki na povsem simbolični ravni opredeljuje storilčevo ravnanje. Pranje denarja (ali drugega premoženja, ki je lahko predmet tega kaznivega dejanja) se namreč ne more izvesti tako, da bi se denar dejansko opral, nakar bi se lahko uporabil kot „čist“. Taka oziroma podobno simbolična poimenovanja tega kaznivega dejanja uporabljajo tudi druge države v svojih kazenskih zakonodajah,² kar pomeni, da se je izraz že povsem „udomačil“ pri opredeljevanju točno določenih ravnanj storilcev teh kaznivih dejanj. Vendar pa se prav tu nakazujejo razlogi za poimenovanje tovrstnih kaznivih ravnanj s takim opisnim izrazom, saj bi bilo sicer izjemno težavno zajeti vse oblike ravnanj, ki jih je sicer mogoče pokriti s tem izrazom; poleg tega se posamezne izvršitvene oblike tega zakonskega znaka s časom spreminjajo oziroma širijo.

2. POJEM PRANJA DENARJA

Izraz „pranje denarja“ naj bi se najprej pojavil v ZDA v poročilu Predsedniške komisije predsedniku države leta 1984 (*The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering*),³ in sicer z njegovo vsebinsko opredelitvijo,⁴ ki je izhajala iz slenga kriminalcev za označevanje spreminjanja „umazanega“ oziroma „črnega“ denarja v obliko za prosto, nemoteno, torej (navidezno) legalno uporabo. Že v tem poročilu so se ugotavljale različne čezmejne dejavnosti pri pranju denarja, vloga in pomen organiziranega kriminala ter načini zlorab bančnih storitev. Zato je razumljivo, da se je morala razmeroma kmalu odzvati mednarodna skupnost z določitvijo obveznosti inkriminirati „pranje“ premoženjske koristi (in ne le izključno denarja), pridobljene s kaznivim dejanjem, na primer najprej v Konvenciji Združenih narodov zoper nezakonit promet mamil in psihotropnih snovi, sprejeti leta 1988 (v nadaljevanju Dunajska

1 Za objavo prirejeno predavanje, ki ga je imel avtor na seminarju EJTN „Pranje denarja in korupcija“ na Brdu pri Kranju 23. septembra 2014.

2 Na primer „money laundering“ v kazenski zakonodaji Velike Britanije; „Geldwäsche“ v nemškem kazenskem zakoniku in nekoliko drugačen, a pomensko podoben izraz „riciclaggio“ v italijanskem kazenskem zakoniku.

3 Glej spletno stran: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/166517NCJRS.pdf>.

4 Stran 7 v opombi 2 navedenega poročila: „*Money laundering*“ is the process by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate.

konvencija), čeprav v tem primeru le v povezavi z gojenjem, proizvodnjo, trgovino in transportom mamil.

Določeneje je bilo kaznivo dejanje pranja denarja opredeljeno v 6. členu Konvencije Sveta Evrope št. 141 o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem (v nadaljevanju Konvencija št. 141),⁵ ki jo je nadomestila leta 2005 sprejeta nova Konvencija Sveta Evrope št. 198 o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, in o financiranju terorizma (v nadaljevanju Konvencija).^{6, 7} Že uvod h Konvenciji je poudarjal razloge, ki so države članice (in druge podpisnice) vodile k njenemu sprejetju, in sicer stremljenje k večji enotnosti pri pregonu teh kaznivih dejanj, zavedanje o nujnosti skupne kazenske politike za zaščito družbe, uporaba sodobnih in učinkovitih metod na mednarodni ravni v boju proti težjim kaznivim dejanjem, zaradi česar je nujno vzpostaviti „dobro delujoč sistem mednarodnega sodelovanja“, pri tem pa se kot ena nujnih metod navaja odvzem premoženjske koristi, pridobljene s kaznivimi dejanji. Prav ta mednarodni vidik je vse pomembnejši pri učinkovitem pregonu kaznivega dejanja pranja denarja zaradi globalizirane narave sveta, predvsem gospodarskih tokov, ki so hkrati ugodno okolje za izmikanje nadzornim mehanizmom posameznih držav.

Iz domače in tuje sodne prakse izhaja, da se kaznivo dejanje pranja denarja ne omejuje le na posamezne izvršitvene oblike predhodnih kaznivih dejanj ali na tipizirane strukture storilcev teh t. i. predhodnih kaznivih dejanj;⁸ se pa še zlasti navezuje na organizirano kriminaliteto, korupcijska kazniva dejanja in kriminal belih ovratnikov, toda pojavlja se tudi v povezavi z banalnejšimi izvršitvenimi oblikami, na primer s krajo osebnih avtomobilov (predvsem višjega cenovnega razreda), tovornih vozil, turističnih avtobusov ipd. Hiter prenos tako pridobljenega premoženja z bančnim poslovanjem ali njegovim fizičnim spravljanjem čez meje ene ali celo več držav je na primer dejavnik, ki otežuje prepoznavanje pravega izvora tako pridobljenega premoženja.

5 Republika Slovenija je Konvencijo št. 141 ratificirala v letu 1997 (Uradni list RS, št. 41/1997 z dne 11. 7. 1997).

6 Republika Slovenija je Konvencijo ratificirala v letu 2010 (Uradni list RS, št. 4/2010 z dne 22. 3. 2010).

7 V 9. členu Konvencije je določeno, da države pogodbenice opredelijo kot kazniva ta naklepna dejanja:

- a) zamerjavo ali prenos premoženja, za katero se ve, da je premoženjska korist, da se skrije ali prikrije nezakonit izvor premoženja ali pomaga osebi, udeleženi pri storitvi predhodnega kaznivega dejanja, da se izogne pravnim posledicam svojega ravnanja;
- b) skrivanje ali prikrivanje prave narave, izvora, kraja premoženja, razpolaganja z njim, njegovega gibanja, lastništva premoženja ali pravic v zvezi z njim, kadar se ve, da je tako premoženje premoženjska korist; in ob upoštevanju svojih ustavnih načel in temeljnih zasnov pravnega sistema;
- c) pridobitev, posest ali uporabo premoženja, kadar se ob prejemu ve, da je bilo tako premoženje premoženjska korist;
- d) udeležbo, povezovanje ali tajni dogovor o storitvi ali poskusu storitve katerega koli kaznivega dejanja, določenega v skladu s tem členom, ter pomoč, napeljevanje, omogočanje in svetovanje pri storitvi takega kaznivega dejanja.

Tako opredeljena dejanja v Konvenciji se vsebinsko ne razlikujejo od dejanj, ki jih je v 6. členu navajala Konvencija št. 141.

8 Po določbi 1. člena Konvencije je „predhodno kaznivo dejanje“ vsako kaznivo dejanje, katerega posledica je pridobljena premoženjska korist, ki lahko postane predmet kaznivega dejanja, opredeljenega v 9. členu Konvencije. V istem členu je „premoženjska korist“ opredeljena kot vsaka gospodarska korist, ki neposredno ali posredno izvira iz kaznivih dejanj ali je pridobljena s kaznivimi dejanji in je to lahko katero koli premoženje, materialno ali nematerialno, premično ali nepremično, lahko je v obliki pravnih dokumentov ali listin, ki dokazujejo pravico do takega premoženja ali udeležbo na njem.

Pomen tovrstnega in drugih načinov zakritja izvora premoženja, ki je bistveno za obstoj kaznivega dejanja pranja denarja, ima globlji pomen, namreč da je premoženje, pridobljeno s predhodnim kaznivim dejanjem, samo po sebi le potencialna vrednost, ki jo je mogoče pridobiti šele z nadaljnjim funkcionalnim vlaganjem (razen če si ni storilec tega kaznivega dejanja prizadeval le za pridobitev določenega predmeta kot takega). To pa je mogoče le, če se takemu premoženju uspe „odlepiti“ od načina lastne pridobitve, in zato ni več pomembno, v katere ekonomske ali druge dejavnosti se uvrsti. Zato celo ni nujno, da bi bile to predvsem ekonomsko donosne naložbe, temveč je lahko pomembnejše, da razpolagalcu s takim premoženjem prinaša ugodnosti, ki mu sicer ne bi bile dosegljive (zaposlitvene ali socialne ugodnosti, zagotavljanje političnega ali ekonomskega vpliva ...).⁹

S stališča storilca kaznivega dejanja pranja denarja je treba upoštevati, da je vsakršno ravnanje s premoženjem, pridobljenim s predhodnim kaznivim dejanjem, zanj nevarnost, da se bo ob tem in/ali zaradi tega to prvotno kaznivo dejanje odkrilo. Zato je bistvenega pomena njegova ocena, s katerim nadaljnjim ravnanjem „pranja“ bo tvegala manj in s katerim več. Logično je sicer pričakovanje, da bo storilec prvotnega kaznivega dejanja oziroma „pralec denarja“ želel pridobiti neki dohodek oziroma donos od tako pridobljenega premoženja, a bo v to postavko vračunal tudi omenjeno tveganje, nevarnost odkritja, ki bo posledica ravnanja, potrebnega za pranje denarja. Večje ko je tveganje, manjša bo „realna“ vrednost tako pridobljenega, še neopranega premoženja. Vsekakor pa to premoženje pridobi največjo vrednost, ko je „uspešno“ oprano ter se lahko dojema kot „čisto“ in se lahko neovirano, brezskrbno uporablja za nadaljnje posle, vlaganja ali druge oblike uporabe.

Presoja storilca glede omenjene ocene tveganja lahko privede tudi do odločitve o izvedbi take oblike pranja premoženja, ki bo njegovo vrednost bistveno zmanjšala (na primer z vlaganjem v igre na srečo z vračunanimi, upoštevanimi izgubami), vendar bo „ostanek“ premoženja kljub temu čist in bo tako pomenil neto donos od sicer nezakonito pridobljenega premoženja.

Ni mogoče odreči vpliva na storilčevo oceno tveganja tudi glede na možnosti odkritja njegovega ravnanja in na predpisano višino kazni, ki mu zanj grozi. Možnosti odkritja niso odvisne le od oblike in načina izvedbe pranja denarja, temveč tudi od vzpostavljenih nadzornih mehanizmov (na podlagi bolj ali manj ustrezne zakonodaje) v posamezni državi, na mednarodni ravni in zlasti v bančnem sektorju, predvsem pa od njihove zmožnosti in usposobljenosti to nadzorno funkcijo dejansko in učinkovito opravljati.¹⁰

V zvezi z upoštevanjem višine predpisane kazni je mogoče od storilca pričakovati, da bo tej okoliščini ustrezno prilagodil že samo višino vrednosti premoženja, ki se ga bo odločil oprati. Manjša vrednost premoženja, ki se tako opere, bo praviloma

⁹ Na primer storilčev nakup osebnega avtomobila z denarjem, pridobljenim s predhodnim kaznivim dejanjem, mu bo omogočil zaposlitev na delovnem mestu, za katero je nujna uporaba osebnega avtomobila.

¹⁰ V tem pogledu je bistvenega pomena, da so ti organi sposobni zagotoviti sledljivost premikov premoženja (denarnih tokov, če gre za negotovinske finančne transakcije) vse do njegovega izvora – predhodnega kaznivega dejanja.

pomenila manjše tveganje, ob pričakovanju ustreznosti nižje kazni, če pride do odkritja in obsodbe. To bi lahko povzročilo odločitev za izvedbo več zaporednih dejanj pranja premoženja v manjših vrednosti ali pa njihovo razpršenost na različne oblike izvedenih pranj. Določena vrednost premoženja bi lahko že sama zase povzročila storilčevo oceno, da bi se z njegovim pranjem tveganje nesorazmerno povečalo in bi svoje dejavnosti pranja denarja zato začasno ustavil ali pa jih preusmeril v druge oblike transformacije premoženja. Po drugi strani so vse navedene okoliščine hkrati pomembne sestavine za izbiro in odmero kazenske sankcije krivemu storilcu.

3. IZVRŠITVENI NAČINI KAZNIVEGA DEJANJA PRANJA DENARJA

Običajno se navajajo tri bistvene sosedne sestavine, ki opredeljujejo storitev kaznivega dejanja pranja denarja, in sicer:

- 1) plasiranje (s kaznivim dejanjem pridobljeno premoženje se z vlaganjem, pologom in na druge načine prenese na legalni trg ali v tujino),
- 2) stratifikacija (z različnimi tržnimi in/ali finančnimi mehanizmi in dejanji se zakrije izvor premoženja),
- 3) integracija (premoženje se kot „čisto“ vključi v različne finančne in druge gospodarske dejavnosti).^{11,12}

Te različne faze so lahko izvedene v prav takem časovnem zaporedju, lahko pa so tudi istočasne, prekrivajoče se oziroma zaradi uporabe raznovrstnih (poslovnih in neposlovnih) dejanj medsebojno ne povsem jasno razdružljive. Poleg tega se za pranje uporabljajo še druge poti in možnosti, pri katerih se finančne transakcije izogibajo neposrednim bančnim nadzornim mehanizmom, predvsem s t. i. *net economy* oziroma za pranje vse bolj zanimivo možnostjo, t. i. *cyberlaundering*. V tem smislu je poslovanje po internetu odprlo široke možnosti novih izvršitvenih oblik pranja denarja in njihovo vse težjo sledljivost, še posebno glede na praktično neomejene možnosti tovrstnega (tudi čezmejnega) poslovanja.^{13,14} Kibernetsko pranje denarja tako omogoča raznovrstne e-bančne storitve, mobilna plačila, uporabo digitalnih valut, opravljanje različnih zakonitih in nezakonitih storitev, na primer iger na srečo, prikrito dogovarjanje za storitev kibernetskih in/ali drugih kaznivih dejanj ter plačevanje teh storitev z uporabo digitalnih valut. Pri tem je dejansko otežena sama zakonska ureditev teh dejavnosti, predvsem pa njihov nadzor, saj gre za omogočanje visoke stopnje anonimnosti uporabnikov in izredno hitre izvedbe transakcij, zaradi narave globalnega internetnega omrežja pa je omogočeno (celo istočasno) delovanje na območju različnih jurisdikcij. Slednje objektivno povzroča raznovrstne jurisdikcijske zaplete, upočasnjuje odzivanje pristojnih organov posameznih držav pri sledenju transakcijam in izvoru nezakonito pridobljenega denarja ter pregonu storilcev teh dejanj. Tovrstna dejanja so namreč lahko storjena kjer koli po svetu, preiskovanja pa je treba usklajevati med pristojnimi

11 Glej Mitja Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana 2002, str. 557.

12 Podobno tudi Ermanno Cappa in Luigi Domenico Cerqua, Il riciclaggio del denaro, Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto, Giuffrè Editore, Milano 2012, str. 247 in 248.

13 Opomba 11, str. 49, 50.

14 Tatiana Tropina, Era Forum 15, Scripta iuris europaei, Fighting money laundering in the age of online banking, virtual currencies and internet gambling, 2014, str. 69–84.

organi različnih držav, z različnimi pravnimi ureditvami in različnimi plačilnimi sistemi, kar vse povzroča pravno negotovost, ki gre v prid storilcem na te načine opravljenega pranja denarja.¹⁵

Poleg tega se v strokovni literaturi opozarja na drugačne metode ravnanja s premoženjem, pridobljenim s predhodnim kaznivim dejanjem, saj se niti ne poskusi spraviti ga na zakoniti trg, temveč je uporabljeno za nadaljnja kazniva dejanja, tako pa „varno“ uporabljeno, reinvestirano v isto, sorodno ali drugo kriminalno dejavnost, s čimer se izogne nevarnosti, da bi bilo odkrito med plasiranjem ali stratifikacijo.¹⁶ V teh primerih ne gre več za pranje denarja v obravnavanem pomenu, saj se kljub zakritju izvora premoženje iz predhodnega kaznivega dejanja ne „očisti“, ampak ostaja v svetu kriminalne dejavnosti in zato še vedno neopran.

Po drugi strani pa se „obrnjeno“ ravnanje ugotavlja v tistih primerih, ko se sicer zakonito pridobljeno premoženje (na primer razne donacije, subvencije, pridobljene iz javnega sektorja, ustvarjeni dobički iz zakonite dejavnosti, prikriti s finančnimi goljufijami, in podobno) uporabi za nezakonita, kazniva dejanja. Tudi v teh primerih se poskuša zabrisati sled izvora premoženja, vendar tokrat zaradi njegove nadaljnje nezakonite uporabe. Pri teh ravnanjih ni več mogoče govoriti o pranju denarja (*money laundering*), saj je proces obraten: čist denar oziroma premoženje se umaže zaradi plasiranja v kriminalno dejavnost in taka ravnanja se opredeljujejo kot umazanje denarja (*money dirtying*).¹⁷

Ne glede na navedene različne mogoče načine (pravega) pranja denarja gre v teh primerih za nezakonito funkcionalno pretvorbo premoženja iz nezakonito (s kaznivim dejanjem) pridobljenega v vsaj navidezno zakonito pridobljeno premoženje. Značilnosti kaznivega dejanja pranja denarja je zato mogoče prepoznati tudi v teh treh sestavinah:

- 1) nezakonitost ravnanja (ker je predmet ravnanja pri tem kaznivem dejanju premoženje, ki je kriminalnega izvora, je treba tudi vsakršno nadaljnje ravnanje s tem premoženjem opredeliti kot nezakonito),
- 2) pretvorba premoženja (ker se tako zabriše, zakrije izvorni način pridobitve tega premoženja – torej njegova pridobitev s storjenim kaznivim dejanjem),
- 3) funkcionalna sprememba premoženja (ker se premoženje pretvori na eni ali več stopnjah spreminjanja svoje namembnosti, s čimer se le potencialna pridobitev zaradi storjenega kaznivega dejanja spremeni oziroma spreminja v dejansko, udejanjeno pridobitev – z aktivno uporabo premoženja, na primer z vlaganjem, ali v pasivno izraženi obliki, na primer s pretvorbo v navidezne prihranke s pologom na bančni račun).

Če je nezakonitost ravnanja izhodiščna značilnost kaznivega dejanja pranja denarja, se pri pretvorbi premoženja pozornost osredotoči na presojo preteklega ravnanja, s katerim se je premoženje, pridobljeno s predhodnim kaznivim dejanjem,

¹⁵ Opomba 13, str. 72 in 73.

¹⁶ Tako na primer izvajanje transakcij po digitalnem omrežju omogoča opustitev plasiranja s predhodnim kaznivim dejanjem pridobljenega denarja, ker je ta denar že na samem omrežju ali pa je mimo te faze že vložen v neko finančno institucijo. Opomba 13, str. 71.

¹⁷ Opomba 11, str. 261–263.

od slednjega odmikalo, da bi ta pridobitni način ne bil več prepoznaven, medtem ko se pri funkcionalni spremembi premoženja presoja njegova nadaljnja usoda, torej ukrepi za zagotovitev njegove (navidezno zakonite) prihodnje namembnosti. Vse te tri sestavine v svojih tako prepoznavnih razsežnostih lahko odločilno prispevajo k zanesljivosti zaključka o obstoju kaznivega dejanja pranja denarja v določenem obravnavanem primeru.

4. OPREDELITEV KAZNIVEGA DEJANJA PRANJA DENARJA V KZ-1 IN V SODNI PRAKSI

Poskus in dokončano kaznivo dejanje; razmejitev do prikrievanja

Pri opredeljevanju pranja denarja kot kaznivega dejanja je mogoče zaznati težnjo, da se ravnanje, ki ustreza tej opredelitvi, sankcionira v čim zgodnejši izvršitveni fazi, ne glede na to, s katerim kaznivim dejanjem je bilo to premoženje pridobljeno, in z vsemi mogočimi oblikami krivde.

Tako se že v točki 1 d 9. člena Konvencije nalaga pogodbenicam, da v svojih zakonodajah opredelijo kot kazniv tudi poskus „storitve katerega koli kaznivega dejanja, določenega v skladu s tem členom“.¹⁸ Temu je slovenski zakonodajalec še posebno sledil, saj je v prvem odstavku 245. člena Kazenskega zakonika (v nadaljevanju KZ-1)¹⁹ poskus izenačil z dokončanim dejanjem (s pranjem zakriti denar ali premoženje, pridobljeno s kaznivim dejanjem). Glede na predpisano kazen do pet let zavora v prvem odstavku 245. člena KZ-1 in ob upoštevanju določbe 34. člena KZ-1, po kateri je poskus v vsakem primeru kazniv, če gre za kaznivo dejanje, za katero se sme po zakonu izreči triletna zavora ali hujša kazen, je dvomljiva smiselnost take (dodatne) določbe glede poskusa v prvem odstavku 245. člena KZ-1. Zaradi navedene določbe 34. člena KZ-1 je za obstoj kaznivega dejanja pranja denarja nepomembno, ali je dejansko nastala posledica tega kaznivega dejanja – zakritje izvora denarja ali premoženja, saj bi bil poskus v vsakem primeru kazniv.²⁰ Je pa izenačitev poskusa z dokončanim kaznivim dejanjem pomembna pri kaznivem dejanju pranja denarja po petem odstavku 245. člena KZ-1,²¹ za katerega je predpisana kazen do dveh let zavora,

18 Pomen zgodnjega odkrivanja in procesiranja kaznivega dejanja pranja denarja je posebno pomemben. Čim prej je zaznano in v navedenem smislu opredeljeno določeno ravnanje storilca, lažje bo zagotoviti ustrezne dokaze; daljši ko je potek časa od posameznih ravnanj pranja denarja in premoženja, težje bo zagotoviti sledljivost opravljenim transakcijam in drugim dejanjem, ugotoviti njihov pomen in namen ter pridobiti v zvezi s temi dejanji ustrezne dokaze in jih povezati v celoto, logično verigo od storjenega predhodnega kaznivega dejanja do ravnanj, ki opredeljujejo kaznivo dejanje pranja denarja (sledljivost je označevana kot *paper trail*).

19 Uradni list Republike Slovenije, št. 55/08, 66/08 in 91/11.

Prvi odstavek 245. člena KZ-1 se glasi: Kdor denar ali premoženje, za katero ve, da je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem, sprejme, zamenja, hrani, z njim razpolaga, ga uporabi pri gospodarski dejavnosti ali na drug način, določen z zakonom o preprečevanju denarja, s pranjem zakrije ali poskusi zakriti njegov izvor, se kaznuje z zaporom do petih let.

20 Več o tem vprašanju glej v: Vida Šeme Hočevar, Pranje denarja, Učinkovito odkrivanje in preprečevanje, GV Založba, Ljubljana 2007, str. 153 in 154.

21 Peti odstavek 245. člena KZ-1 se glasi: Kdor bi moral ali mogel vedeti, da je bil denar ali premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem, pa stori dejanje iz prvega ali tretjega odstavka tega člena, se kaznuje z zaporom do dveh let.

in poskus zakritja iz tega razloga ne bi bil kazniv.²² Glede zakonskega znaka pranja z zakritjem ali poskusom zakritja se namreč ta določba sklicuje na prvi odstavek 245. člena in bi bil poskus v tem primeru prav tako kazniv, če bi obveljala opredelitev, da gre tudi v tem primeru za naklepno kaznivo dejanje.

Ravnanje storilca bo sicer že pri plasiranju premoženja, pridobljenega s predhodnim kaznivim dejanjem, lahko imelo naravo poskusa storitve kaznivega dejanja pranja denarja. Prav pri izvedbi te prve stopnje pranja denarja (če se seveda izvede oziroma če z ravnanjem storilca ni preskočena) prihaja v domači in tuji sodni praksi do nekaterih težav pri razmejevanju kaznivega dejanja pranja denarja od kaznivega dejanja prikrivanja (217. člena KZ-1).²³ Pri tem so nekatere razlike razvidne že iz opredelitve zakonskih znakov za posamezno od teh kaznivih dejanj (na primer pri kaznivem dejanju prikrivanja je predmet prikritja le premična stvar, pri pranju denarja pa gotovinski ali negotovinski denar oziroma druga oblika premoženja; storilec prikrivanja ne more biti isti kakor storilec kaznivega dejanja, s katerim je bila stvar pridobljena); nekatera mogoča razmejitvena merila pa izhajajo iz sodne prakse. Tako je v sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (v nadaljevanju VS RS) I Ips 60793/2011 z dne 30. 1. 2014 navedeno, da je temeljna razlika med obema kaznivima dejanjema v tem, „da pri kaznivem dejanju pranja denarja skuša storilec s sprejemom, zamenjavo, hrambo, razpolaganjem, uporabo pri gospodarski dejavnosti ali na drug način, določen z zakonom, otežiti oziroma onemogočiti identifikacijo deliktnega izvora protipravno pridobljene premoženjske koristi (najpogosteje denarja, lahko pa tudi druge oblike premoženja), torej zakriti njen nezakoniti izvor. Pri kaznivem dejanju prikrivanja pa gre storilcu za prikrivanje samega predmeta kaznivega dejanja. Zakrivanje izvora denarja oziroma premoženja pri kaznivem dejanju pranja denarja v primerih, ko je storilec predhodnega kaznivega dejanja tudi storilec kaznivega dejanja pranja denarja (tako imenovano lastno pranje denarja), pomeni realizacijo posebne oblike storilčevega naklepa (dolus specialis).“ Glede na to je v isti sodbi dan tudi napotek, kako ugotavljati navedeno vsebinsko razliko. V tem pomenu je napisano, da „še, če je storilčeva aktivnost po storjenem kaznivem dejanju taka, da po subjektivni (zavedanje storilca, da je njegovo ravnanje namenjeno temu, da se zakrije izvor nezakonito pridobljenega premoženja) in objektivni plati (običajno gre pri pranju denarja za večje, povezane transakcije oziroma za ponavljajočo se dejavnost storilca) presega kriminalno količino, zajeto v predhodnem kaznivem dejanju, in predstavlja napad na drugo zavarovano dobro (npr. finančni sistem), je mogoče storilca predhodnega kaznivega dejanja spoznati za krivega tudi storitve kaznivega dejanja pranja denarja.“²⁴ Ob tem je treba opozoriti, da bo prav dokazovanje storilčevega zavedanja zakrivanja izvora premoženja povzročalo praviloma največjo težavo, in zato ni naključje, da že Konvencija v točki c drugega odstavka 9. člena izrecno navaja, da „se o vedenju, naklepu ali namenu kot

22 Vendar je to vprašanje povezano z odgovorom na nadaljnje vprašanje, in sicer ali gre v tem primeru za naklepno kaznivo dejanje ali za dejanje, za katero je predvidena krivdna oblika malomarnosti. V tej zvezi glej opombo 28. Ob tem bi bilo vredno premisleka tudi vprašanje, ali je resnično nujno sankcionirati poskus za tako izvršitveno obliko kaznivega dejanja pranja denarja.

23 Glej na primer komentar italijanskega kazenskega zakonika v: Sergio Beltrani in drugi, Codice Penale, Annotato con la Giurisprudenza, Edizioni Giuridiche Simone, 2003, str. 1570, in A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan in G. J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine, četrta izdaja, Hart Publishing, Oxford in Portland (Oregon), 2010, str. 567–568.

24 O tem vprašanju glej še: Damijan Florjančič, Kaznivo dejanje pranja denarja v KZ-1, Pravna praksa – 2014, št. 12, Časopis za pravna vprašanja, GV Založba, str. 9.

zahtevanem elementu kaznivega dejanja, opredeljenega v prvem odstavku, lahko sklepa na podlagi objektivnih, dejanskih okoliščin“.

Oblike krivde

Če se tudi v tem pogledu opremo na besedilo Konvencije, bi bilo mogoče sklepati, da ta predvideva možnost storitve z obema oblikama krivde, naklepom in iz malomarnosti. Že v prvem odstavku 9. člena je namreč določeno, da države pogodbenice opredelijo kot kaznivo dejanje pranja denarja tista kazniva naklepna dejanja, kot so potem v nadaljevanju naštetá, in v točki c drugega odstavka istega člena je navedeno, da se o vedenju, naklepu ali namenu kot zahtevani sestavini kaznivega dejanja, opredeljenega v prvem odstavku, lahko sklepa na podlagi objektivnih, dejanskih okoliščin. Konvencija torej obvezuje države pogodbenice, da tako predpisane oblike storitve v svoji zakonodaji določijo kot kaznivo dejanje, medtem ko v točki a in b tretjega odstavka 9. člena prepušča odločitvi države pogodbenice, da (v skladu s svojo notranjo zakonodajo) opredeli kot kazniva tudi tista dejanja (vsa ali le nekatera iz prvega odstavka 9. člena), pri katerih je storilec sumil, da je bilo premoženje premoženjska korist, ali moral to domnevati (torej da izvira iz predhodnega kaznivega dejanja, kot je ta pojem opredeljen v točki a prvega člena Konvencije). V tem primeru je torej dopuščena možnost storilčevega ravnanja z nižjo obliko zavestne sestavine, kar bi lahko nakazovalo na krivdno obliko malomarnosti.

Skladno s takim konvencijskim besedilom se je oblikovalo tudi kaznivo dejanje pranja denarja v 245. členu KZ-1, v katerem je v prvem odstavku opredeljeno storilčevo naklepno ravnanje, pri čemer storilec ve, da je bil denar ali premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem, medtem ko je v petem odstavku istega člena na storilca naslovljen očitek, da bi moral in mogel vedeti, da je bil denar ali premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem. Iz takega besedila petega odstavka 245. člena je sodna praksa domačih sodišč zaključila, da gre v tem primeru za kaznivo dejanje, storjeno iz (nezavestne) malomarnosti.^{25, 26} Pri takem zaključevanju se kot problematično nakazuje dejstvo, da se krivdna oblika utemeljuje le glede na storilčevo nezavedanje o deliktnelem izvoru premoženja, ko bi se tega moral in mogel zavedati, z ničimer pa se ne opredeli njegov krivdni odnos do ravnanja, ki pripelje do posledice, to je do zakritja tako pridobljenega premoženja. V tem delu, namreč glede pranja z zakritjem (ali poskusom zakritja), je izvršitveni način po petem odstavku 245. člena KZ-1 enak kakor v prvem odstavku tega člena, za katerega pa je sodna praksa VS RS že dorekla, da ga je mogoče izvršiti z direktnim kot tudi z eventualnim naklepom.²⁷ Pri tej presoji

25 V sodbi II Kp 75110/2010 z dne 8. 1. 2014 je Višje sodišče v Ljubljani v pritožbenem postopku zoper sodbo sodišča prve stopnje pritrdilo stališču iz izpodbijane sodbe, da je bilo kaznivo dejanje pranja denarja po petem odstavku 252. člena KZ storjeno s krivdno obliko nezavestne malomarnosti, kar se utemeljuje s tem, da bi obdolženec „moral in mogel vedeti, da so bili denarni zneski, nakazani na njegov račun, pridobljeni s kaznivim dejanjem“.

26 Tako stališče je mogoče ugotoviti tudi v strokovni literaturi. Glej na primer delo, navedeno v opombi 19, str. 157 in 158.

27 VS RS je v sodbi I Ips 59865/2010 z dne 30. 1. 2014 navedlo, da je treba pri kaznivem dejanju pranja denarja ugotavljati „dodaten subjektivni element ... storilčev odnos do učinkov oziroma posledic njegovega ravnanja. Poleg tega, da se mora storilec zavedati, da premoženje izvira iz kriminalne dejavnosti, se mora hkrati tudi zavedati, da bo s tem, kar bo naredil, prikril izvor oziroma otežil odkrivanje izvora takega premoženja, in na tako posledico pristane ... Storilčev krivdni odnos je torej v tem, da hoče zakriti izvor premoženja oziroma otežiti njegovo odkrivanje ali pa se vsaj zaveda, da bo njegovo ravnanje takšno posledico povzročilo, in v to pristane.“

ne zadošča le ugotovitev glede storilčevega védenja o izvoru premoženja, temveč so pomembne tudi nadaljnje ugotovitve o njegovem subjektivnem odnosu do ravnanja, s katerim se zakrije (ali poskusi zakriti) izvor premoženja. Gre torej za dvoplastno oceno storilčevega subjektivnega odnosa do dejanja, tako glede predhodnega dogajanja (izvor premoženja),²⁸ pa tudi nadaljnega storilčevega ravnanja (zakritje izvora premoženja). Zaključek o krivdni obliki bi torej tudi ob kaznivem dejanju po petem odstavku 245. člena moral temeljiti na celoviti presoji storilčevega ravnanja in ne le na njegovem (ne)zavedanju o izvoru premoženja, saj iz njegovega odnosa le do enega zakonskega znaka – pridobitve denarja ali premoženja s kaznivim dejanjem – ni mogoče zanesljivo zaključiti tudi o njegovem siceršnjem krivdnem odnosu do dejanja oziroma do povzročene posledice.²⁹

5. SKLEP

Mogoče je reči, da je opredelitev pranja denarja kot kaznivega dejanja izrazit odziv civiliziranega sveta – na mednarodni ravni, pa tudi na ravneh posameznih držav – na nove metode in načine delovanja storilcev kaznivih dejanj. Osnovni namen sankcioniranja tega kaznivega dejanja je mogoče prepoznati prav v preprečitvi pretoka premoženja, pridobljenega s kaznivimi dejanji, v zakonito sfero na gospodarskem, a tudi na drugih področjih družbenega življenja. Vendar pa je inovativnost ravnanj, ki naj bi omogočila „prenos“ premoženja z nezakonitega, deliktnega področja v svet zakonitih dejavnosti, neizmerna, pojavne oblike novih in novih različnih negotovinskih, internetnih in podobnih možnosti pa same zase odpirajo nove poti tovrstnim zlorabam. Zato se mora temu ustrezno prilagajati ne le zakonodajalec z izpopolnjevanjem zakonskih besedil, ki opredeljujejo izvršitvene načine teh kaznivih dejanj, temveč tudi sodna praksa s primerno interpretativno odzivnostjo zakonske opredelitve kaznivega dejanja pranja denarja. V tem pogledu menim, da zakonski znak „s pranjem zakrije ali poskusi zakriti“ izvor denarja ali

28 V zvezi z vključitvijo predhodnega kaznivega dejanja v dejstveni opis kaznivega dejanja pranja denarja v izreku sodbe je Vrhovno sodišče RS v sodbi I Ips 75110/2010 z dne 10. julija 2014 navedlo, da „povsem zadošča za konkretizacijo zakonskega znaka pridobitve denarja (ki je predmet nadaljnega njegovega pranja) s kaznivim dejanjem“ opisani način storitve tega dejanja z nezakonitim dostopom do konkretno navedenih bančnih računov oškodovancev, zneski, ki so bili s teh računov brez vednosti oškodovancev, torej proti njihovi volji, prenakazani na račun obsojenca, s čimer je bila „ustrezno opredeljena tudi protipravna prilastitev teh prenakazanih zneskov“ in zato ni potrebno, da bi bilo to predhodno kaznivo dejanje še „določno pravno opredeljeno in poimenovano“.

29 Primerjaj Ivan Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 159, in Mitja Deisinger, opomba 10, str. 433 in 558. Prvi avtor navaja, da je treba razlikovati primere, ko se kot zakonski znak kaznivega dejanja navaja, da „storilec ve za nekaj“ in se ta zavest nanaša na nastop posledice, od primerov, ko se ta „zahtevana poudarjena zavest ne nanaša na posledico, ampak na drugo okoliščino“. V prvem primeru je dejanje lahko storjeno le z direktnim naklepom, v drugem primeru pa gre le za poseben subjektivni znak kaznivega dejanja, ki ne vpliva na razmejevanje med različnimi oblikami krivde. Navaja še, da se pri nekaterih naklepnih kaznivih dejanjih zakon „celo zadovoljuje samo s tem, da se je storilec neke okoliščine le moral in mogel zavedati“ (kar naj bi bilo na primer pri kaznivem dejanju prikrivanja po 221. členu KZ, v katerem gre tudi v primeru drugega odstavka za naklepno prikritje stvari, le da bi se storilec v tem primeru moral in mogel zavedati, da je bila prikrita stvar pridobljena s kaznivim dejanjem). Drugače pa izhaja iz komentarjev kaznivih dejanj prikrivanja in pranja denarja drugega avtorja, saj se izrecno navaja, da gre v teh primerih (drugi odstavek 221. člena KZ – prikrivanje) za kaznivo dejanje, storjeno „z nezavestno ali zavestno malomarnostjo ali eventualnim naklepom“, oziroma da (peti odstavek 252. člena – pranje denarja) „storilec ravna iz malomarnosti, kar zakon izraža z izvršitvenim dejanjem“ iz predhodnih odstavkov (naklepna ravnanja!), „ko bi storilec mogel in moral vedeti, da je bil denar ali premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem“.

premoženja v predhodnem kaznivem dejanju, kot je določen v prvem odstavku 245. člena KZ-1, daje za zdaj dovolj prostora za razlago *intra legem*, ki dosega vse doslej znane izvršitvene načine tega kaznivega dejanja.

LITERATURA:

- Ivan Bele, Kazenski zakonik s komentarjem, Splošni del, GV Založba, Ljubljana 2001.
- Sergio Beltrani in drugi, Codice Penale, Annotato con la Giurisprudenza, Edizioni Giuridiche Simone, 2003.
- Mitja Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, GV Založba, Ljubljana 2002.
- Ermanno Cappa in Luigi Domenico Cerqua, Il riciclaggio del denaro, Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto, Giuffrè Editore, Milano 2012.
- Andrej Ferlin, Gospodarski kriminal po spremembah kazenske zakonodaje, Podjetje in delo 1/1999/XXV.
- Damijan Florjančič, Kaznivo dejanje pranja denarja v KZ-1, Pravna praksa – 2014, št. 12, Časopis za pravna vprašanja, GV Založba.
- P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan in G. J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine, četrta izdaja, Hart Publishing, Oxford in Portland (Orego), 2010.
- Vida Šeme Hočevar, Pranje denarja, Učinkovito odkrivanje in preprečevanje, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Tatiana Tropina, Era Forum 15, Scripta iuris europaei, Fighting money laundering in the age of online banking, virtual currencies and internet gambling, 2014, str. 69–84.
- Meta Ahtik, Ekonomska analiza preprečevanja pranja denarja, Revija za kriminalistiko in kriminologijo – 2007, št. 4, Ministrstvo za notranje zadeve Republike Slovenije, Policija.
- Vid Jakulin, Preprečevanje pranja denarja v Evropski uniji in slovensko kazensko pravo, Vloga nacionalnega sodstva v Evropski skupnosti, Zbornik znanstvenih referatov, Slovensko sodniško društvo, 1999.
- President's Commission on Organized Crime, Interim Report to the President and the Attorney General, The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering, US Government Printing Office, oktober 1984. Dosegljivo na: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/166517NCJRS.pdf>.

ANALIZA ODLOČITEV DRŽAVNEGA TOŽILSTVA O POBUDAH PREKRŠKOVNIH ORGANOV IN SODIŠČ ZA VARSTVO ZAKONITOSTI

Hinko Jenull
vrhovni državni tožilec svetnik
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

1 UVOD

Namen izrednih pravnih sredstev v vseh sodnih postopkih je dvojen. Po eni strani se na zahtevo strank ali upravičenih predlagateljev preizkuša pravilnost in zakonitost pravnomočnih sodnih odločb z namenom, da se odpravijo morebitne storjene kršitve, čeprav le v omejenem procesnem prostoru, ki je opredeljen z ožjimi pravnimi podlagami, kot sicer velja v postopkih z drugimi pravnimi sredstvi. Po drugi strani se s tem omogoča najvišjim sodiščem zagotavljanje enotne uporabe prava in njegov razvoj prek sodne prakse.¹

Zaradi narave postopka o prekrških je uporaba izrednih pravnih sredstev bistveno bolj omejena, kot sicer velja v kazenskem postopku. Taka ureditev je po eni strani pogojena z dejstvom, da so sankcije v tem postopku praviloma milejše narave, po drugi strani pa z »učinkovitostno naravnostjo« nove zakonske ureditve prava prekrškov,² predvsem v želji po skrajšanju in poenostavitvi postopkov.³

Zahteva za varstvo zakonitosti je poleg odprave ali spremembe odločbe na predlog prekrškovnega organa⁴ edino izredno pravno sredstvo v postopku o prekršku. Taka ureditev je po eni strani povečala obremenitve Vrhovnega državnega tožilca RS pri reševanju pobud za vložitev zahtev za varstvo zakonitosti, po drugi strani pa se je s tem povečal tudi pomen odločitve o pobudi in hkrati odgovornost državnega tožilca kot edinega predlagatelja obravnavanja zadeve pred Vrhovnim sodiščem Republike Slovenije. Izredno pravno sredstvo je v rokah državnega organa kot izključnega predlagatelja, in ne strank samih. Zato je v ospredje namesto interesa kršiteljev stopila potreba po usklajevanju sodne prakse na ravni celotne države, torej razlog javne (pravne) koristi.

V takih razmerah je Vrhovno državno tožilstvo RS že v prejšnjih letih uveljavilo dodatna vsebinska merila, na podlagi katerih je vlagalo zahteve za varstvo

1 Podrobneje za kazenski postopek v Dežman, Z., Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, Ljubljana, GV Založba, 2003, str. 897 in 912–918; Horvat, Š., Zakon o kazenskem postopku s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2004, str. 874 in 907–911.

2 Zakon o prekrških, ZP-1, neuradno prečiščeno besedilo št. 19, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO2537>.

3 Podrobneje o pomenu in ureditvi zahteve za varstvo zakonitosti v prekrškovnem postopku v Jenull, H., Zakon o prekrških s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2009, str. 720–735.

4 171.a do 171.č člen ZP-1.

zakonitosti, upoštevajoč, da za vložitev zahteve velja načelo smotrnosti (oportunitete), ne pa načelo stroge zakonitosti (legalitete).⁵ Državni tožilec ni dolžan v vsaki zadevi, čeprav ugotavlja, da je zakon kršen, vložiti zahteve za varstvo zakonitosti. Uveljavljena so bila strožja merila za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti, in sicer da gre za:

- kršitev zakona v zadevah, v katerih ni enotne sodne prakse, zlasti pri uporabi novih institutov prekrškovnega prava,
- kršitev zakona v zadevah, ki se pojavljajo v večjem številu in jih je mogoče šteti za vzorčne zadeve za delo posameznih prekrškovnih organov in sodišč,
- kršitev zakona, ki je hkrati tudi kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin, zlasti glede na ustavna jamstva v prekrškovnem postopku,
- posamične kršitve zakona, ki so za kršitelje posebnega pomena glede na naravo prekrška in izrečeno sankcijo.

Izpolnitev navedenih zahtev je državni tožilec praviloma vključeval v obrazložitev vložene zahteve za varstvo zakonitosti, če pobude ni sprejel, pa v odgovor pobudniku. Z novelo ZP-11 so bile navedene omejitve smiselno vključene v določbo novega tretjega odstavka 169. člena zakona.⁶ Tako ima za uporabo zahteve tožilec zdaj naslednje možne podlage, seveda poleg domnevne kršitve zakona, ki jo mora v zahtevi zatrjevati in utemeljiti:

- narava in teža domnevne kršitve,⁷
- pomen zadeve in posledice odločitve za pobudnika in druge udeležence v postopku ter
- potreba po zagotavljanju pravne varnosti, enotne uporabe prava ali pomen za razvoj prava prek sodne prakse.

Po prehodni določbi tretjega odstavka 29. člena ZP-11 se ta merila uporabljajo (le) za zadeve, v katerih je odločba postala pravnomočna po uveljavitvi novele.⁸ Vendar pa jih državni tožilci uporabljajo tudi za »starejše zadeve« po že omenjenih internih merilih, ki so veljala v preteklih letih.

Natančnejša vsebinska merila za vlaganje zahtev v prekrškovnem postopku so nujna tudi zaradi večjega obsega odločb, ki jih je mogoče izpodbijati pred vrhovnim sodiščem RS. Namreč, na podlagi 171. člena ZP-1 se glede postopka za varstvo zakonitosti smiselno uporabljajo določbe Zakona o kazenskem postopku o zahtevi za varstvo zakonitosti, vendar le glede tistih vprašanj, ki v ZP-1 niso (posebej) urejena.

Zoper katere odločbe v prekrškovnem postopku vrhovni državni tožilec sme vložiti zahtevo za varstvo zakonitosti je izrecno določeno v prvem odstavku 169. člena

5 Seveda le v smislu opustitve doslednega uveljavljanja potrebe po odločitvi, ki bo v celoti skladna z zakonom, ne pa tudi glede potrebe po zakonitem ravnanju državnega tožilca pri vlaganju zahteve.

6 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o prekrških – ZP-11, Uradni list RS, št. 111/13 z dne 27. 12. 2013.

7 Večji pomen morajo imeti kršitve ustavnih pravic, ki se sicer ne uveljavljajo in ne ugotavljajo neposredno, ampak prek kršitve procesnih ali materialnih določb zakona v zvezi z ustavno zagotovljenimi človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami (odločba VS RS, opr. št. IV Ips 37/2014).

8 Od 1. januarja 2014.

ZP-1, in sicer zoper vsako odločbo, izdano na drugi stopnji, oziroma zoper vsako pravnomočno odločbo, če je prekršen ZP-1 ali predpis, ki določa prekršek. Glede na tako opredelitev se po presoji Vrhovnega sodišča RS določba prvega odstavka 420. člena ZKP,⁹ ki pri nemeritornih odločbah kot pogoj za vložitev določa, da se pričakuje odločitev Vrhovnega sodišča o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti in enotne uporabe prava – v prekrškovnem postopku smiselno ne uporablja.¹⁰ Iz navedenega je razbrati namen zakona, da državni tožilec upošteva enaka merila, kot po ZKP veljajo za dostop na vrhovno sodišče prav zaradi tega, ker se v prekrškovnih zadevah vrhovno sodišče samo na ta merila ne more sklicevati.

Enotnost uporabe zahteve za varstvo zakonitosti državno tožilstvo zagotavlja v okviru kazenskega oddelka s spremljanjem prekrškovne in sodne prakse predvsem prek obravnavanja vloženih pobud, z medsebojnim strokovnim posvetovanjem pristojnih državnih tožilcev in strokovnih sodelavcev, ki sodelujejo pri preučitvi zadev in pripravi osnutkov tožilskih aktov, po potrebi pa tudi z oblikovanjem stališč in mnenj na kolegiju oddelka. Na omenjene načine se tožilstvo odloča za vložitev zahtev za varstvo zakonitosti tudi v posameznih zadevah, v katerih sicer ni vložena formalna pobuda,¹¹ pač pa je drugače zaznana potreba po oblikovanju oziroma usklajevanju sodne prakse. Enako velja za primere, ko podlage, ki jih za vložitev zahteve navaja pobudnik, po presoji državnega tožilca niso podane, pri pregledu zadeve ali kako drugače pa ugotovi, da obstaja drug razlog, ki narekuje vložitev zahteve. V takih primerih lahko državni tožilec uporabi pooblastilo za vložitev zahteve po uradni dolžnosti.¹²

Iz navedenega izhaja, da tožilstvo zdaj tudi na izrecni zakonski podlagi v manj pomembnih zadevah ne vlaga zahtev za varstvo zakonitosti, čeprav je zakon kršen, pa ni podana potreba po vplivanju na prekrškovno in sodno prakso. Izjemoma pa se tožilstvo odloča za vložitev zahteve tudi v takih zadevah, predvsem če ugotovi širši obseg nepravilne razlage zakonskih določb ali zaznanih pomanjkljivosti pri vodenju postopka oziroma pri odločanju v praksi prekrškovnih organov ali sodišč. To pomeni, da vrhovni državni tožilci vlagajo zahteve tudi v primerih, o katerih je pred Vrhovnim sodiščem RS že bilo odločeno in bi bilo zato pričakovati enotno prakso, pa se ugotovi, da pri uporabi predpisov prihaja do odklonov, za katere po oceni tožilstva niso podane ustrezne podlage oziroma ustrezne obrazložitve.¹³

Natančneje so področja in pravna vprašanja, ki so bila v preteklih letih v ospredju pri obravnavanju pobud na Vrhovnem državnem tožilstvu, razvidna iz temeljnih statističnih podatkov. Ti so v prispevku obdelani glede pobud prekrškovnih organov in sodišč kot najbolj kvalificiranih predlagateljev za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti. Podrobnejša analiza odločitev, sprejetih o teh pobudah, ni

9 Zakon o kazenskem postopku, uradno prečiščeno besedilo – ZKP-UPB8, Uradni list RS, št. 32/12, in ZKP-L, Uradni list RS, št. 47/13.

10 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 98/2013.

11 Z novelo ZP-11 je formalno pooblastilo za pobudo po drugem odstavku 169. člena ZP-1 podeljeno vsaki osebi, ki ima pravico do pravnega sredstva po ZP-1, ne le tisti, ki ima pravico do pritožbe.

12 Drugi odstavek 171. člena ZP-1.

13 Predvsem v primerih, ko gre za odločbe višjih sodišč kot zadnje redne »instance«, saj te pomembno vplivajo na prakso nižjih sodišč in prekrškovnih organov.

pomembna le z vidika odgovornosti, ki jo Vrhovno državno tožilstvo RS nosi za uporabo zaupanega izrednega pravnega sredstva, pač pa tudi v okviru kolegialne zaveze za strokovno pomoč tistim pobudnikom, ki nosijo največje breme odločanja o prekrških.

2 STATISTIČNI IN SPLOŠNI PREGLED OBRAVNAVANIH ZADEV

V obdobju od 1. 1. 2013 do 30. 9. 2014, torej v slabih dveh letih, je Vrhovno državno tožilstvo RS prejelo skupaj 862 pobud za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti v postopku o prekršku. Od tega so prekrškovni organi vložili 91 pobud (10,5 %) sodišča 21 pobud (2,4 %), oboji skupaj torej 112 pobud, kar je 13 % vseh vloženih pobud.

Velika večina pobud je prišla iz okrajnih sodišč, kar pomeni, da so v zadnjih dveh letih višja sodišča le izjemoma zaznala probleme, ki bi jih bilo treba obravnavati zaradi izenačevanja sodne prakse na Vrhovnem sodišču RS. Najpogostejši predlagatelj je bilo Okrajno sodišče v Slovenj Gradcu, ki je vložilo 13 pobud (62 %), za njim Okrajno sodišče v Mariboru s tremi pobudami (14 %).

Pri prekrškovnih organih je najpogostejši pobudnik policija z 61 pobudami (67 % od vseh prekrškovnih organov) nato inšpekcije s 14 pobudami (15 %) ter redarstva z 9 (10 %). Poleg navedenih so pobudniki z eno do tremi pobudami bili še DURS, CURS, DARS in informacijska pooblaščenka.

Izid vloženih pobud z vidika odločitve državnega tožilca kaže naslednja tabela:

POBUDNIK	POBUD	ZVZ	ODSTOTEK VLOŽENIH	UGODENO ZVZ	ODSTOTEK UGODENIH
SODIŠČA	21	15	71 %	9	60 %
PREKRŠKOVNI ORGANI	91	41	45 %	34	83 %
POLICIJA	61	27	44 %	22	81 %
INŠPEKCIJE	14	4	29 %	3	75 %
REDARSTVA	9	6	67 %	5	83 %
DURS	3	2	67 %	2	100 %
CURS	2	0	0 %	0	0 %
DARS	1	1	100 %	1	100 %
INFORMACIJSKA POOBLAŠČENKA	1	1	100 %	1	100 %

K podatkom v preglednici je treba dodati, da je bilo skupaj 6 pobud policije vrnjenih pobudniku z napotkom, naj vloži predlog za odpravo ali spremembo odločbe na predlog prekrškovnega organa po 171.a členu ZP-1.

Pri vsebinskem ocenjevanju izida postopkov je treba upoštevati, da tudi morebitna zavrnitev zahteve za varstvo zakonitosti ne pomeni, da je bila ta neuspešna z vidika poenotenja sodne prakse. Vrhovno sodišče se o pravilni razlagi zakona lahko izreče z razveljavitvijo izpodbijanih odločb, z njihovo spremembo, z ugotovitvijo kršitve (v

korist storilca) pa tudi v primeru zavrnitve, če je le bila zahteva vsebinsko pravilno zastavljena, tako da je pravno stališče jasno razvidno iz razlogov, s katerimi se je sodišče opredelilo do zahteve.

Na katerih področjih prekrškovnega prava (v zvezi s katerimi področnimi zakoni) je največ pravne problematike glede na pobude prekrškovnih organov in sodišč, je razvidno iz pravne opredelitve prekrškov, v zvezi s katerimi so bile vložene pobude in tudi poznejše zahteve za varstvo zakonitosti. Največ pobud je bilo tako vloženi s področja cestnoprometnih predpisov (ZP-1, ZPrCP, ZMV, ZVoz, Uredbe), in sicer 59 (53 %). Sledi področje javnega reda in miru (ZJRM-1), s katerega je bilo 12 pobud (11 %). Na tretjem mestu je Zakon o omejevanju tobačnih izdelkov (ZOUTI) s 7 pobudami (6 %). Z drugih področij je bilo manj kot 5 % zadev, gre pa za naslednje zakone: ZNPPol, ZCes-1 (ZJC), ZTuj-2, ZDCOPMD-2, ZVPot, ZZZiv, ZDavP-2, ZICPES, ZOro-1, ZVRK, ZIN, ZGozd, ZKme-1, ZVMS-1.

Navedeni podatki so v skladu s pričakovanjem, da bo največ odprtih pravnih vprašanj glede na število obravnavanih zadev s področja varnosti v cestnem prometu ter javnega reda in miru.

Pravna problematika, ki je bila obravnavana na teh področjih, je lahko procesne ali materialnopravne narave, pri slednji v zvezi z uporabo splošnega materialnega prava (določb ZP-1) ali posebnega materialnega prava (področnih, matičnih predpisov).

Analiza je pokazala, da je bilo s področja splošnega materialnega prava 59 pobud (53%), s področja posebnega materialnega prava oziroma uporabe področnih zakonov 24 pobud (21 %) in s področja procesnega prava 29 pobud (26 %).

Med splošnimi materialnopravnimi vprašanji so prevladovali zadeve, v katerih niti ni nujno šlo predvsem za pravno problematiko, ampak se je Vrhovno sodišče RS odločilo za smiselno uporabo 427. člena ZKP, saj se mu je pojavil precejšnji dvom o resničnosti odločilnih dejstev, ki so bila ugotovljena v pravnomočni odločbi, in sicer glede domnevne (ne)prištevnosti storilca, kar je pomembno za presojo tako procesnih¹⁴ kot tudi materialnopravnih kršitev.¹⁵ Na tej podlagi je bilo obravnavanih 17 pobud (15 % vseh pobud). S področja uporabe določb o odvzemu vozniškega dovoljenja, prepovedi vožnje ali prenehanju veljavnosti vozniškega dovoljenja je bilo 8 pobud (7 %), glede višine globe, odgovornosti pravne osebe, podjetnika, zasebnika in odgovorne osebe pa po 7 pobud (6 %). S področja splošnega materialnega prava so bile še pobude, ki so se nanašale na čas storitve prekrška in stek prekrškov oziroma nadaljevanje prekrške. Pretežno na to področje sodi tudi uporaba določb o stroških postopka, takih pobud je bilo 11 (10 %).

14 Vrhovno državno tožilstvo RS v vseh takih zadevah praviloma uveljavlja kršitev pravice do obrambe, do izjave in do sodnega varstva zaradi nesposobnosti sodelovanja v postopku oziroma ustavnih pravic do enakega varstva pravic do sodnega varstva in pravnega sredstva, ki domneva sodelovanje procesno sposobnega subjekta, ki razume procesni položaj in je tudi sposoben aktivno ravnati v smeri zaščite svojih pravic, kar za posameznika, ki je duševno bolan, vselej ni mogoče trditi.

15 Iz 2. točke 154. člena ZP-1, na način iz 2. točke 156. člena ZP-1, glede vprašanja, ali so podane okoliščine, ki izključujejo odgovornost za prekršek.

Na področju posebnega materialnega prava je prevladovala problematika pravne opredelitve prekrškov oziroma obstoja znakov kršitve, pri čemer je šlo v največjem številu primerov za področje varnosti v cestnem prometu oziroma kršitve Zakona o cestah.

S procesnega področja je bilo največ uveljavljenih kršitev glede ugotavljanja istovetnosti storilca, in sicer 10 pobud (9 %). Po pogostosti sledijo kršitve pri odločanju o pravočasnosti vloge, procesnega (dokaznega) predloga in s tem v zvezi obravnavanja pravnega sredstva s 7 pobudami (6 %), pomanjkljive obrazložitve odločb s 5 pobudami (4 %) ter enako s področja stvarne pristojnosti. V preostalem je šlo za napake v izreku odločbe ali glede pogojev za vložitev obdolžilnega predloga.

Navedeni podatki seveda ne izražajo celotne podobe podanih pobud in na tej podlagi vloženih zahtev za varstvo zakonitosti, pač pa le v tistem delu, ki se nanaša na prekrškovne organe in sodišča. Ugotoviti je mogoče, da je pravna problematika (če odmislimo probleme zaradi neprištevnosti in istovetnosti storilca, do katerih prihaja zaradi hitrosti postopka) različna. Z vidika odprtih vprašanj uporabe zakona se nobeno področje ne odpira kot posebej problematično, kar kaže, da prekrškovni organi in sodišča nimajo posebnih težav s pravilnim in zakonitim reševanjem prekrškovnih zadev, ali pa vsaj te niso izražene v večjem obsegu niti pri tistih institutih, ki so v ospredju zanimanja splošne in strokovne javnosti. Če bi na podlagi lastnega ocenjevanja vseh prejetih pobud in tudi izmenjave mnenj ali posvetov s svojimi kolegi določeno področje ocenil kot zahtevnejše, pravno zapleteno in zaradi tega »na meji« pri odločitvi državnega tožilca, ali naj zahtevo vložijo ali ne, bi to veljalo na materialnopravnem področju predvsem za odgovornost pravnih oseb, podjetnikov, zasebnikov in njihovih odgovornih oseb, na procesnem področju pa za stopnjo (ustrezne) obrazloženosti sodb, s katerimi so zavrnjene zahteve za sodno varstvo kršiteljev v povezavi z dolžnim obsegom preizkušanja dejanskega stanja prek ponovitve ali dopolnitve dokazovanja pred sodiščem.

Odločitve Vrhovnega sodišča RS o vloženih zahtevah, tudi tistih, pri katerih je prišla pobuda od prekrškovnih organov in sodišč, so znane in dosegljive v ustreznih evidencah. Zato v nadaljevanju podajam stališče in opredelitve glede nekaterih aktualnih vprašanj le v tistem delu, ko državni tožilec zahteve za varstvo zakonitosti ni vložil. V takem primeru je namreč z njegovo odločitvijo in razlogi seznanjen le pobudnik, ne pa tudi širša strokovna javnost.

Pregledu najpogostejših razlogov za zavrnitev pobud je dodana še vsebinska analiza pomembnejših obravnavanih strokovnih dilem z ugotovitvami in osebnimi razmisleki, ki utegnejo biti koristni za nadaljnje delo prekrškovnih organov in sodišč.

3 NAJPOGOSTEJŠI RAZLOGI ZA ZAVRNITEV POBUD PREKRŠKOVNIH ORGANOV

3.1 Dejansko stanje

Iz statističnih podatkov je razvidno, da so državni tožilci sprejeli manjši delež sicer številčnejših pobud prekrškovnih organov, kar je razumljivo glede na njihovo

pristojnost v postopku, ki je povezana predvsem z razreševanjem dejanskih vprašanj, saj ta ne morejo biti predmet obravnavanja v postopku z zahtevo za varstvo zakonitosti.¹⁶

Zato ne preseneča ugotovitev pregleda, da je bilo največje število pobud prekrškovnih organov vsebinsko zavrnjenih zaradi poskusa uveljavljanja razloga zmotne ali nepopolne ugotovitve dejanskega stanja.¹⁷ Iz narave dela teh organov in razmerja do okrajnih sodišč kot organov druge stopnje izhaja tudi ocena, da je razlog za vložitev pobude praviloma v neposrednem nasprotovanju odločitvi, s katero je sodišče na podlagi ponovljenih oziroma dodatno izvedenih dokazov ali njihove drugačne presoje (dokazne ocene) poseglo v izdan plačilni nalog ali odločbo prekrškovnega organa. To velja tudi za pobude, ki so se opirale na dejstva, ki jih sodišče ni ugotovilo, saj bi na taki podlagi državni tožilec uveljavljal zgolj nepopolno ugotovljeno dejansko stanje.¹⁸

Načeloma je mogoče ugotoviti, da so bile pobude zavrnjene zlasti v primerih, ko gre za razlago znakov prekrškov ali glede podlag odgovornosti, ki jih je treba napolniti z »vrednotenjem« konkretnih okoliščin, še posebej v primerih, ko se odloča o tem, in kakšna oblika krivde je podana, ali je izpolnjeno dolžno nadzorstvo, ali so podani (zadostni) razbremenilni razlogi glede verodostojnosti dokazov in drugih v predpisu opisno in nedoločno opredeljenih pojmov.

V opisani okvir spornih dejstev sodijo tudi tiste pobude, ki so zmotno ali nepopolno dejansko stanje uveljavljale v izhodišču zatrjevanega spornega pravnega vprašanja, na primer glede sodne opustitve dokazne prekluzije¹⁹ ali glede videza (osnovne barve) prometnega znaka, ki ni bil prilagojen novemu pravilniku.²⁰ Enako velja glede pobud v zadevah odgovornosti pravnih oseb, če je (ob ustrezni obrazloženosti) postal neizpodbojen dejanski zaključek sodišča, da iz konkretnih okoliščin izhaja izpolnitev dolžnega nadzorstva in s tem obstoj eksculpacijskega razloga,²¹ ob tem ko je neposredni storilec prekrška zavestno kršil navodila in pravila pravne osebe.

3.2 Izreki in obrazložitve odločb

Državni tožilci so zadržani glede pobud za izpodbijanje odločitev sodišč, s katerimi so bile spremenjene pravne opredelitve prekrškov ali postopki ustavljeni zaradi neustreznega opisa znakov prekrška v izreku odločbe oziroma v kratkem opisu ali vsebinskem očitku. Izrek, četudi kratek, vendar jasen in določen, mora ustrezno konkretizirati (odločilni) dejanski stan prekrška, zato se v svojih bistvenih delih ne more opirati na morebitno širšo razlago v obrazložitvi odločbe. To je razlog, da večinoma niso bile sprejete pobude prekrškovnih organov zoper sodbe, s katerimi

16 Drugi odstavek 420. člena ZKP v zvezi s 171. členom ZP-1.

17 V posameznih primerih neposredno ali pa posredno, z zatrjevanjem bodisi procesnih kršitev (glede obrazloženosti sodbe) bodisi materialnopravnih (glede obstoja znakov prekrška), ki temeljijo na drugačni »spodnji premisi« od ugotovljene.

18 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 2/2011.

19 Ob tem, ko je bila določena dokumentacija (fotografije) dana kršitelju na vpogled šele na sodišču in se je šele takrat lahko opredelil do dejstev in dokazov v zvezi z očitanim prekrškom.

20 Pri čemer iz spisa ni izhajalo, da bi bil storilec zaradi tega v upošteveni dejanski ali pravni zmoti glede pomena prometnega znaka, ki prepoveduje promet.

21 Po 2. alineji tretjega odstavka 14. člena ZP-1.

je sodišče na podlagi vložene zahteve za sodno varstvo v dopustnih mejah spremenilo (popravilo) izrek izpodbijane odločbe,²² če poseg ni bil mogoč, pa ustavilo postopek o prekršku, ker dejanje, kot je bilo opisano, ni prekršek.²³

Pri vprašanju zadostne stopnje obrazloženosti odločb prekrškovnih organov oziroma sodišč državno tožilstvo zakonski usmeritvi sledi z razlago, da se mora pomanjkljivost oziroma nerazumljivost (odločilnih razlogov)²⁴ nanašati na odločilna dejstva. Za odločilna štejejo predvsem dejstva, na katerih temelji ugotovitev, da so podani znaki prekrška in da je podana odgovornost za prekršek.²⁵ Le v takem položaju se lahko uveljavlja absolutna bistvena kršitev postopka. Če pa sodišče pri odločanju o zahtevi za sodno varstvo ne odgovori na trditve zahteve o drugih okoliščinah, pa gre lahko le za relativno bistveno kršitev.²⁶ V takem primeru mora državni tožilec kot vlagatelj po uveljavljeni sodni praksi izkazati, da je kršitev vplivala ali bi lahko vplivala na zakonitost sodbe.²⁷ Zaradi opisane jasne sodne prakse vrhovnega sodišča, ki je bila izražena v večjem številu sodnih odločb,²⁸ je državno tožilstvo strogo presojalo izpolnitev pogojev za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti glede zadostne obrazloženosti sodb o zahtevah za sodno varstvo ali pritožbah.²⁹

3.3 Odstop od ustaljene sodne prakse

Z zahtevami za varstvo zakonitosti državni tožilci ne skrbijo le za razvoj prava z vsebinskimi odločitvami najvišjega sodišča, ampak tudi za pravno varnost, ki se zagotavlja z enotnim in doslednim uveljavljanjem že oblikovane sodne prakse. Tako kot kršitelji tudi prekrškovni organi in sodišča v svojih pobudah večkrat opozarjajo na odločbe, ki odstopajo od ustaljene sodne prakse.

Državni tožilci takih pobud, če je šlo za posamične primere, praviloma niso sprejemali zlasti v zadevah, v katerih je sodna in prekrškovna praksa sicer jasna in ustaljena oziroma je z zahtevo vloženo v škodo storilca mogoče doseči le ugotovitevno odločbo o vprašanju, ki za prakso nima večjega pomena. Po drugi strani pa se državni tožilec za vložitev zahteve tudi v takem primeru lahko odloči, kadar je bila domnevna kršitev (z odstopom od ustaljene prakse ali s sporno razlago zakonske določbe v posameznem primeru) storjena v postopku pred višjim sodiščem. Ker zoper odločbe višjih sodišč ni rednih pravih sredstev, imajo take odločbe nujno večji vpliv na delo organov prve stopnje.

22 Na problematiko glede jasnosti (razumljivosti) izrekov sodb, s katerimi se posega v odločbe prekrškovnih organov, je posebej opozorjeno v naslednjem poglavju.

23 Prva točka prvega odstavka 136. člena ZP-1.

24 8. točka prvega odstavka 155. člena ZP-1.

25 Kot odločilno dejstvo je državno tožilstvo štelo tudi obstoj »medsebojne zveze« kot pogoja za vložitev enotnega obdolžilnega predloga (iz drugega odstavka 55.a člena ZP-1). Zato ni sprejelo pobude prekrškovnega organa zoper sklep okrajnega sodišča, s katerim je bil v tem delu pomanjkljivo obrazložen predlog zavrnjen in zadeva, glede dejanja iz njegove pristojnosti, vrnjena prekrškovnemu organu.

26 Drugi odstavek 155. člena ZP-1 v zvezi z drugim odstavkom 167. člena ZP-1.

27 Po strožji razlagi bi bilo na podlagi določbe 171. člena ZP-1 v zvezi s 3. točko prvega odstavka 420. člena ZKP tudi v postopku o prekršku mogoče uveljavljati le kršitve, ki so vplivale na zakonitost sodne odločbe.

28 Sodba VS RS, opr. št. IV Ips 2/2009, IV Ips 112/2012 in druge.

29 Po določbi tretjega odstavka 420. člena ZKP sme vrhovni državni tožilec v kazenskem postopku vložiti zahtevo za varstvo zakonitosti zaradi »vsake kršitve zakona«, torej tudi zaradi »nebistvenih kršitev« (ki niso vplivale na zakonitost sodbe). Vendar pa iz navedene sodne prakse izhaja, da po oceni Vrhovnega sodišča RS ni mogoča smiselna uporaba te določbe (na podlagi 171. člena ZP-1) za prekrškovni postopek.

V okviru skrbi za enotno uporabo prava pa je bilo upoštevano tudi stališče vrhovnega sodišča, da podlaga za vložitev zahteve ne more biti arbitrarno odstopanje od ustaljene sodne prakse, če bi se s tem uveljavilo materialnopravno napačno izhodišče. S sklicevanjem na enakost ni mogoče zahtevati, da bi organi poenotili svojo prakso tako, da bi v vseh primerih odločili enako napačno.³⁰

3.4 Drugo pravno sredstvo ali rešitev

V primerih, ko so bili izpolnjeni zakonski pogoji po 171.a do 171.č členu ZP-1, je državni tožilec prekrškovne organe napotil na uporabo izrednega pravnega sredstva odprave ali spremembe odločbe na predlog prekrškovnega organa. Vrhovno državno tožilstvo je take zadeve spremljalo do končnega izida postopka, za kar je z zadnjo novelo ZP-1 pridobilo tudi ustrezno zakonsko pooblastilo.³¹

V posameznih primerih je državni tožilec prekrškovni organ napotil, naj pomanjkljivosti odpravi tudi z uporabo drugih procesnih sredstev, zlasti vrnitvijo v prejšnje stanje, izdajo popravnega sklepa ali opravo kakšnega drugega procesnega dejanja, ki še ni zamujeno oziroma je dopustno glede na stanje postopka. Včasih je za rešitev zadoščalo tudi konkretno dejanje prekrškovnega organa, na primer z vrnitvijo neupravičeno zaračunane (druge) polovica plačane globe, če za njeno plačilo ni bil izdan noben formalni pravni akt, na podlagi katerega bi bil znesek terjans oziroma posredovan v izvršitev, ali z vrnitvijo zaseženega ali odvzetega predmeta, če za tak ukrep ni bilo podlage.

3.5 Drugi razlogi za zavrnitev pobude

V posameznih primerih pobude prekrškovnih organov in sodišč za varstvo zakonitosti niso bile sprejete zaradi drugih vsebinskih ali procesnih (formalnih) razlogov.

Zahteva za varstvo zakonitosti ni dovoljena, če je vrhovni državni tožilec zoper isto pravnomočno odločbo to možnost že izrabil ne glede na to, da morda zatrjuje nove (druge) kršitve zakona.³² V takih primerih mora državni tožilec za vložitev zahteve uporabiti drugo primerno zadevo.

Zahteve se ne vlagajo tudi v primerih, ko so v pravno istovrstnih zadevah že vložene, pa o njih še ni (bilo) odločeno.

Posamezne pobude je državno tožilstvo zavrnilo, ker izpodbijane odločbe še niso bile pravnomočne, če je bila sporna pravnomočnost, pa z napotilom, da se popravi po določbah ZUP.³³

30 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 72/2012.

31 Z novelo ZP-11 (Uradni list RS, št. 111/2013) v zadnjem stavku prvega odstavka 171.b člena ZP-1, po katerem mora prekrškovni organ o vložitvi predloga in odločitvi sodišča obvestiti državnega tožilca ali sodišče, ki je vložilo pobudo.

32 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 2/2014.

33 Zakon o splošnem upravnem postopku-ZUP, neuradno prečiščeno besedilo št. 11, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO1603>; V zadevi IV Ips 185/2010 je Vrhovno sodišče RS izrecno odločilo, da zahteva ni dopustna zoper potrdilo (klavzulo) o pravnomočnosti, saj ne gre za odločbo prekrškovnega organa, pač pa le za akt v smislu 180. člena ZUP.

Po sodni praksi zahteve tudi ni mogoče vložiti zaradi kršitve načela ne bis in idem v zadevah plačilni nalogov, če ne obsegajo opisa dejanja po določbah 57. člena ZP-1.³⁴ Smiselno enako velja tudi v primeru izdanega sklepa sodišča, s katerim se zahteva za sodno varstvo zoper izpodbijani plačilni nalog kot prepozna zavrže, če hkrati ni bil izpodbijan tudi plačilni nalog.³⁵

V praksi državni tožilci pri svoji odločitvi o pobudi, predvsem v mejnih primerih, upoštevajo tudi (neformalni) pogoj predhodne izčrpanosti pravnih sredstev, na katerega se v postopku z zahtevo vrhovno sodišče ne more ozirati. Tako ravnanje ni v nasprotju z namenom zakonske ureditve, po kateri je zahteva pridržana predvsem izenačevanju sodne prakse, varovanju interesa kršitelja pa le izjemoma, pri čemer ne more biti brez pomena, koliko je v postopku sam skrbel za varstvo svojega položaja in procesnih pravic.

Poleg vsega navedenega so državni tožilci pri odločanju o vložitvi zahteve za varstvo zakonitosti upoštevali tudi možnost, da se zaradi vrste (vsebine) odločitve doseže sprememba oziroma razveljavitev odločbe ali pa zgolj ugotovitev kršitve (deklaratorni učinek). Brez pomena pa tudi nista narava in pomen prekrška ob izhodišču, da mora zadeva, v kateri se zahteva varstvo zakonitosti (če je le mogoče), tudi glede na vsebino s svojo sporočilno vrednostjo ustrezati načelu zakonitosti.

4 POMEMBNEJŠA OBRAVNAVANA STROKOVNA VPRAŠANJA³⁶

4.1 Istovetnost storilca prekrška

V primerih lažne identitete kršitelja je Vrhovno državno tožilstvo RS sprva dosledno uveljavljalo kršitev zakona, in sicer pravice do izjave (zapisanega) storilca, Vrhovno sodišče RS pa je dosledno uporabljalo pooblastilo iz 427. člena ZKP, ker je šlo, da je bila pravica do izjave dana tistemu, ki je bil kot pravi kršitelj (dejansko) obravnavan, vendar pa se pojavlja dvom o resničnosti njegove identitete.

V zadnjem obdobju se take zadeve, poleg uporabe novega izrednega pravnega sredstva,³⁷ pri kršitvah manjšega pomena rešujejo tudi z zavračanjem pobud s sklicevanjem na (zgolj) zmotno ali nepopolno ugotovljeno dejansko stanje.

Pri vročitvi plačilnega naloga osebi, ki ni storilec (zaradi zmotno ugotovljene identitete na podlagi neresnične izjave), pa lahko državno tožilstvo uveljavi tudi stališče, da ni nastopila pravnomočnost, zaradi česar vložitev izrednega pravnega sredstva ni dopustna. V takem primeru bo pristojnemu prekrškovnemu organu predlagano, naj plačilni nalog (dejansko) vroči osebi, na katere ime je bil izdan,

34 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 13/2009, ob dejstvu, da je po primerjavi plačilnih nalogov mogoče ugotoviti le, da je storilka (navedene) kršitve storila, ne pa tudi pritrditi zatrjevanju zahteve, da je šlo za iste prekrške in da je kršeno načelo ne bis in idem, saj navedenega na konkretni ravni sploh ni mogoče presoditi.

35 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 172/2010.

36 V nadaljevanju podana pravna stališča izhajajo iz avtorjevih pogledov in razlage, deloma tudi iz neformalno posredovanih strokovnih vprašanj in opravljene strokovne razprave. Zato, čeprav povzemajo konkretne odločitve posameznih državnih tožilcev ali drugih pristojnih organov, ne pomenijo uradne doktrine državnega tožilstva.

37 Po 4. točki prvega odstavka 171.a člena ZP-1.

hkрати zadrži izvršitev, nato pa ga odpravi bodisi na podlagi vložene zahteve za sodno varstvo pravega naslovnika ali na podlagi izrednega pravnega sredstva, vložene pri pristojnem okrajnem sodišču.

4.2 Stroški postopka

Problematiko pravilne odmere stroškov prekrškovnega postopka (tako z vidika uporabe materialnega prava, glede tarifnih števil in z vidika uporabe procesnega prava, glede obrazloženosti odmere znotraj razpona ter tudi glede teka zamudnih obresti) je državno tožilstvo vsebinsko uveljavilo v vloženi zahtevi za varstvo zakonitosti.³⁸ Vrhovno sodišče je zahtevo zavrglo z razlago, da pravnomočni sklep, s katerim sta prekrškovni organ oziroma sodišče zagovorniku priznala stroške in nagrado za zagovarjanje na podlagi Zakona o odvetniški tarifi in Odvetniške tarife, ne more biti predmet postopka za varstvo zakonitosti.³⁹ Enako je odločilo glede uporabe Pravilnika o povrnitvi stroškov v kazenskem postopku in Pravilnika o stroških postopka o prekršku. Ob stališču, da ne gre za kršitve določb Zakona o prekrških oziroma predpisa, ki določa prekršek, državni tožilci kljub podanim pobudam novih zahtev niso vlagali, stališča do navedene problematike pa so bila podrobneje predstavljena v strokovni literaturi.⁴⁰ Da odločanje o stroških postopka ne more biti predmet presoje po zahtevi za varstvo zakonitosti, je vrhovno sodišče odločilo tudi glede uporabe določb Zakona o sodnih taksah.⁴¹

Za nedovoljeno je Vrhovno sodišče RS štelo tudi zahtevo za varstvo zakonitosti zoper sklep o nagradi izvršitelja, saj je bila njen predmet kršitev pravilnika in ne kršitev ZP-1 ali materialnega predpisa, ki določa prekršek.⁴² Sicer pa so državni tožilci pri pobudah za izpodbijanje vseh odločb o nagradah šteli, da je določitev njihove višine (v mejah dovoljenega razpona in v skladu s pravičnim predarkom ob upoštevanju vseh okoliščin) praviloma dejansko in ne pravno vprašanje in tudi zato zahtev niso vlagali.

Iz zakonskih določb in ustaljene razlage v odločbah sodišč jasno izhaja, da odločitev o plačilu sodne takse za pravno sredstvo ni (nujno) enaka odločitvi o plačilu stroškov postopka.⁴³ Kljub temu se v praksi še vedno zgodi, da sodišče deloma (lahko tudi le s spremembo opisa dejanja) odloči v korist kršitelja, morda tudi po uradni dolžnosti,⁴⁴ pri tem pa spregleda, da sodne takse za postopek s pravnim sredstvom ne sme določiti (prvi in drugi odstavek 147. člena ZP-1 v zvezi s tretjim odstavkom 59. člena ZP-1). Tožilstvo pa je pri vlaganju zahtev tudi v teh primerih praviloma ravnalo omejevalno, izhajalo je iz manjšega pomena kršitev in že oblikovane sodne prakse.

38 Tako z vidika materialnega prava glede uporabe pravih tarifnih števil kot s procesnega vidika glede obrazloženosti odmere znotraj razpona in tudi zaradi spornega teka zamudnih obresti.

39 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 109/2013.

40 Lesar, T., Dopustnost zahteve za varstvo zakonitosti pri izpodbijanju odločbe o stroških v postopku o prekršku, Pravna praksa, št. 13/2014, str. 14–15.

41 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 3/2010.

42 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 34/2012.

43 Odločba VS RS, opr. št. IV Ips 127/2013.

44 Zakon ne zahteva, da je ugodeno zahtevi vlagatelja, pač pa le, da je (v celoti ali deloma) odločeno v njegovo korist.

To velja tudi za primere, ko stranke svojih vlog, ki so izražale vsebinsko nestrinjanje z odločitvijo prekrškovnega organa, niso izrecno naslovile kot zahtevo za sodno varstvo, po zavrnitvi in odreditvi plačila takse pa so v pobudah vztrajale, da niso vložile pravnega sredstva. Primeri so vredni opombe zaradi opozorila, da bi se takim zapletom prekrškovni organi in sodišča lahko izognili z uporabo zakonskega pooblastila za popravo oziroma dopolnitev vloge v smeri jasno izražene volje glede njihove narave in namena.⁴⁵

4.3 Izgon tujca iz države

Uvodoma je treba opozoriti na odločbo Ustavnega sodišča RS,⁴⁶ ki je bila sicer izdana v zadevi presoje skladnosti z Ustavo RS glede Zakona o tujcih,⁴⁷ v tej zvezi pa je bilo odločeno tudi o ustavitvi postopka o prekršku. Iz odločbe je mogoče povzeti, da bo tudi pri odločanju o izgonu tujca iz države po 24. členu ZP-1 poleg roka (trajanja) izгона nujno treba določiti tudi rok, v katerem mora storilec zapustiti Slovenijo. Šele po izteku tega roka se bo lahko štelo, da tujec nezakonito prebiva na njenem ozemlju.

Posredno pa se je Vrhovno državno tožilstvo s to problematiko srečalo v kazenski zadevi,⁴⁸ ko je Vrhovno sodišče RS v postopku za izredno omilitev kazni povzelo merila ESČP in se natančneje opredelilo do podlag, ki morajo biti upoštevane pri morebitnem izreku stranske sankcije izгона tujca iz države. Zaradi teže te sankcije je oblikovana merila koristno povzeti, saj se lahko uporabijo tudi v prekrškovnem postopku.

Vrhovno sodišče RS je med merili, ki jih je za izgon v svoji sodni praksi natančneje oblikovalo ESČP, posebej poudarilo: čas prebivanja v državi, iz katere naj bi bil državljani EU izgnan, starost osebe, zdravstveno stanje, družinske in ekonomske razmere ter socialno in kulturno vključenost v državo gostiteljico ter obseg vezi osebe, ki naj bo izgnana v izvorno državo. V obravnavani zadevi je (ob upoštevanju ustavnih določb o varstvu zakonske zveze in družine, pravicah in dolžnostih staršev in pravicah otrok oziroma do družinskega življenja) stransko kazen izгона tujca iz države skrajšalo z desetih na sedem let, upoštevajoč obstoj družinske skupnosti na ozemlju Republike Slovenije.

Čeprav je ta nastala šele po izreku kazenske sodbe, celo potem, ko se je kazen izгона že začela izvrševati in čeprav je obsojenec v času, ko je stopil v zvezo s svojo partnerko in spočel otroka, vedel, da v Sloveniji ne sme prebivati in je to nedvomno vedela tudi njegova partnerka, je tudi tako družinsko skupnost treba obravnavati kot okoliščino, ki vpliva na trajanje izгона. V tem primeru je bila posebej izpostavljena trdna vez med obsojencem, njegovo partnerko in hčerko, navezanost hčerke na očeta, obiskovanje v zaporu, iz česar izhaja, da ni mogoče zaključiti, da bi družina lahko skupaj živela v kakšni drugi državi. Partnerka ne govori litvanskega jezika, medtem ko obsojenec že dvanajst let prebiva v Sloveniji in govori slovensko. Zato je z znižanim trajanjem izгона vzpostavljeno primerno

45 Prvi odstavek 58. člena ZP-1 v zvezi s 67. členom ZUP in prvi odstavek 67. člena ZP-1 v zvezi z drugim, tretjim in četrtim odstavkom 76. člena ZKP.

46 Opr. št. Up 456/10, U-I-89/10 z dne 24. 2. 2011.

47 ZTuj, Uradni list RS, št. 64/09 – uradno prečiščeno besedilo.

48 Opr. št. IX Ips 54257/2012.

ravnovesje med pravico obsojenca in hčerke do družinskega življenja ter interesom države, da na svojem ozemlju prepreči izvrševanje hudih kaznivih dejanj.

4.4 Odložitev izvršitve prenehanja veljavnosti tujega vozniškega dovoljenja

V praksi Vrhovnega državnega tožilstva je bilo sprejeto stališče, da ukrepov začasnega odvzema, vrnitve in prenehanja veljavnosti ni mogoče uporabiti za tuja vozniška dovoljenja tako, kot velja za domača. Poleg jezikovne zakonske razlage se tako stališče opira predvsem na pričakovane tehnične ovire, če gre za tujce (vročanje, nadzor, izvrševanje, stroški).

Razlogi za tako stališče so v neposredni navezanosti instituta začasnega odvzema vozniškega dovoljenja z institutom prenehanja veljavnosti vozniškega dovoljenja, s tem pa tudi odložitve izvršitve prenehanja. Začasni odvzem bi se po zakonu moral všteti v čas za ponovno pridobitev vozniškega dovoljenja, kar pa pri tujem ni mogoče, ravno zaradi tega, ker to ne preneha veljati, pač pa se le začasno ne uporablja.

Odprto pa je še vedno vprašanje, ali ne bi bilo mogoče instituta začasne vrnitve in pogojne odložitve smiselno uporabiti za imetnike vozniških dovoljenj, ki imajo stalno prebivališče v Republiki Sloveniji ali imajo v Republiki Sloveniji zaposlitev, v praksi predvsem za t. i. dnevne delovne emigrante. V tem primeru namreč obstaja močna navezna okoliščina na Slovenijo kot državo izvršitve ukrepa. Namenska razlaga bi v takem primeru bila potrebna ne le glede določb 22. člena ZP-1, pač pa tudi 44. in 45. člena Zakona o voznikih.⁴⁹ Spremembo bi bilo mogoče zagotoviti z ustrežno sodno prakso, po potrebi pa urediti z zahtevo za varstvo zakonitosti, z uporabo »začasnega odvzema« v obliki »začasne prepovedi uporabe«.⁵⁰

4.5 Omilitev sankcije

V posameznih primerih državno tožilstvo sicer lahko oceni, da omilitev sankcije po sodbi sodišča (ki je spremenilo globo v opomin) glede na okoliščine, ki vplivajo na to, ali naj bo sankcija večja ali manjša (prvi odstavek 158. člena ZP-1), ni ustrežna.

Vendar pa iz smiselne uporabe določb o zahtevi za varstvo zakonitosti po ZKP izhaja, da v takem primeru praviloma ne more vložiti zahteve za varstvo zakonitosti. Zahteva namreč ni dopustna zaradi izbire in odmere kazenske sankcije (prvi odstavek 420. člena ZKP), razen če je pri tem prekoračena zakonska pravica, ki jo ima pristojni organ. Seveda pa ni izključeno, da v takem posameznem primeru zahteva ne bi bila vložena zaradi bistvene kršitve določb postopka, če sodba o tem nima razlogov oziroma so razlogi nerazumljivi.

V isti sklop sodi tudi del zavrnjenih pobud, ki se nanašajo na primere, ko prekrškovni organ sam ocenjuje, da ni bilo (ustreznih ali zadostnih) razlogov za omilitev izrečene sankcije. Uveljavljanje take (dejanske) podlage ni dopustno, v povezavi z

49 ZVoz, Uradni list RS, št. 109/10 in 25/14.

50 Zlasti, če ne bo uspešna že vložena zahteva po ustavnosodni presoji veljavnih določb zakona.

morebitnimi procesnimi kršitvami pa ne omogoča poseganja v pravnomočno sodbo na škodo storilca.

4.6 Plačilni nalog po drugem odstavku 57. člena ZP-1

V praksi ne prihaja več pogosto do težav pri razmejitvi med plačilnim nalogom po prvem in (novim plačilnim nalogom) po drugem odstavku 57. člena ZP-1,⁵¹ pač pa zlasti v razmerju med slednjim in odločbo (56. člen ZP-1). Glede na krajši čas uporabe teh določb lahko pričakujemo, da se vsa sporna vprašanja v praksi še niti niso odprla v vsej razsežnosti. Če so glede osebne (neposredne) zaznave in uporabe tehničnih sredstev in naprav, zagotavljanja pravice do izjave, seznanitve kršitelja z dejstvi in dokazi ter dopolnitve postopka na prvi in drugi stopnji odločanja natančnejše razlage že sprejete, pa to ne velja, vsaj ne v celoti, za vodenje postopka pri ugotavljanju kršitve.

Vprašanja se zastavljajo predvsem glede časovnih in krajevnih meja zakonskih pojmov »neposredno po kršitvi« in »na kraju, kjer je bil prekršek storjen« glede predhodne seznanitve kršitelja s prekrškom in pridobitve njegove izjave. Pričakovati je, da bodo celoviti odgovori lahko pridobljeni na podlagi pobud v zadevah, ki bodo ustrezale pogojem za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti predvsem glede vpliva uporabljene vrste postopka (in odločbe) na njeno zakonitost.

Menim, da zakonski pogoj za uporabo posebnega plačilnega naloga, da morajo biti obvestila in dokazi zbrani neposredno po kršitvi na kraju storitve, ne more veljati absolutno. Gotovo ne more (vsaj takrat, ko je podan razumen razlog) to veljati za pridobitev izjave kršitelja, za katerega določba drugega odstavka 57. člena ZP-1 izrecno zahteva možnost, da se osebno izjavi o prekršku pred izdajo in vročitvijo plačilnega naloga, ne pa tudi, da se mora izjaviti že na kraju samem. Možnost pridobitve izjave drugje kot na kraju izhaja tudi iz sklicevanja na (vse) določbe 55. člena, saj njegov četrti odstavek vključuje pisno izjavo. Do drugačnega sklepa ne vodi niti natančnejša analiza uporabljenega pojma »osebno izjavi«, saj po drugem odstavku 55. člena ZP-1 to ne pomeni le ob »ugotovitvi«, ampak lahko tudi ob »obravnavanju prekrška« še pred izdajo odločbe o prekršku.⁵²

Stroga razlaga ne more veljati niti za druga obvestila in dokaze. Pogoj neposrednosti mora biti izpolnjen, kolikor je možno glede na stanje na kraju, kjer je bil prekršek storjen. Določbo zato razumem kot zahtevo, da mora biti (obvezno) opravljen ogled, z vsemi dejanji, ki jih pooblaščen oseba tam (na kraju) lahko izvrši. Pretirana pa bi bila zahteva, naj se prav vsi dokazi zberejo neposredno po kršitvi in na kraju kršitve. Celo če bi šteli, da zahteva mora veljati (vsaj) za ugotavljanje odločilnih (nosilnih) dejstev, bi posamezne dokaze in obvestila, zlasti tiste, za katere že iz njihove narave izhaja, da jih ni mogoče takoj pridobiti, prekrškovni organ lahko zbral tudi pozneje.

51 Po noveli ZP-1H, Uradni list RS, št. 21/2013, ki velja in se uporablja od 14. 6. 2013.

52 Taka razlaga ustreza tudi uvodnemu delu četrtega odstavka 57. člena ZP-1, ki se glasi »če kršitelju plačilnega naloga ni mogoče izdati in vročiti takoj na kraju prekrška«, ki domneva odsotnost kršitelja.

Tako zbiranje obvestil in dokazov ni v nasprotju z ureditvijo pravice do izjave kršitelja v primeru »posebnega plačilnega naloga«. Za izdajo plačilnega naloga po drugem odstavku 57. člena ZP-1 namreč ni zahtevano (čeprav je koristno in smotrno), da mora biti kršitelj že pred podajanjem izjave seznanjen z vsem, kar je bilo kot obvestilo in dokaz pridobljeno na kraju storitve prekrška ali pozneje. Tega zakon ne zahteva niti pri odločbi (po 56. členu ZP-1). Zahteva le, da se kršitelj najpozneje z vročitvijo plačilnega naloga seznanji z dejansko in pravno podlago očitkov, v tem okviru pa tudi z dokazi, na katerih očitki temeljijo.

Pravica do izjave (v smislu kontradiktornosti, kot del pravice do poštenega sojenja) se v polnem obsegu uveljavlja šele z zahtevo za sodno varstvo. V delu (obsegu), v katerem ni mogla biti uveljavljena pred prekrškovnim organom, se zagotavlja pred sodiščem, ki je pooblaščen in dolžno samo odpraviti morebitne kršitve te pravice (po petem in devetem odstavku 65. člena ZP-1).⁵³

Ker zakon ne zahteva, da se kršitelju po določbah 55. člena omogoči pravica do izjave o vsem dokaznem gradivu, pač pa le »o prekršku«, bo za presojo zakonitosti odločilno nadaljnje ravnanje prekrškovnega organa in sodišča, ki morata zagotoviti kontradiktornost postopka tudi glede tistega, kar ni bilo mogoče kršitelju predstaviti na kraju samem oziroma pri pridobitvi njegove izjave. O vsem, glede česar se kršitelj ni mogel izjaviti pred oziroma ob podajanju izjave, mu bo to pravico treba omogočiti z možnostjo seznanitve z dokaznim gradivom in možnostjo zagovora, seveda tudi predlaganja dokazov, v nadaljnjem postopku pred prekrškovnim organom oziroma po zahtevi za sodno varstvo.

Iz tega izhaja, da morebitne kršitve določb o ugotavljanju dejstev na kraju prekrška in neposredno po kršitvi, torej z izvedbo postopka na drugem kraju ali s časovnim zamikom, morda tudi brez navzočnosti kršitelja,⁵⁴ zaradi česar niso bili (v celoti) izpolnjeni zakonski pogoji za izdajo plačilnega naloga po drugem odstavku 57. člena ZP-1, prekrškovni organ in sodišče lahko odpravita v postopku z zahtevo za sodno varstvo, kar sta po zakonu tudi dolžna storiti.

V opisanem primeru zato ni mogoče smiselno uporabiti določbe petega odstavka 163. člena ZP-1 o razveljavitvi (v tem primeru plačilnega naloga) in vrnitvi v novo odločanje. To ni dopustno, saj je 65. člen ZP-1 popolna in vsebinsko zaokrožena pravna norma, ki odločanje o zahtevi za sodno varstvo ureja celovito in izjem ne dopušča. Zato niso podani pogoji za smiselno uporabo določb pritožbenega postopka v rednem sodnem postopku.⁵⁵ Sodišče mora o zahtevi za sodno varstvo tudi v takem primeru odločiti na enega od načinov, ki je predviden v zakonu.

53 »S tem se ureditev „navadnega“ plačilnega naloga ... približuje t. i. posebnemu plačilnemu nalogu in celo odločbi o prekršku. V obeh položajih, ko je izdan plačilni nalog, se pravica do izjave torej zagotavlja tako, da se v fazi postopka pred prekrškovnim organom omogoča predvsem seznanitev z relevantnim procesnim gradivom (kot predpogoj učinkovite pravice do izjave), stališče do dejanskih in pravnih podlag zadeve pa kršitelj zavzame v zahtevi za sodno varstvo brez omejitve glede navajanja dejstev in predlaganja dokazov.«, (Odločba VS RS, IV Ips 58/2010).

54 Na primer z zaslišanji na policijski postaji.

55 Tretji odstavek 59. člena ZP-1.

V takem primeru bo v postopku po zahtevi za sodno varstvo treba ugotoviti, ali oziroma v kakšnem obsegu je prišlo do kršitve pravice do izjave, in ukrepati po devetem odstavku 65. člena ZP-1, torej storilcu omogočiti, da poda izjavo, in nato odločiti o zahtevi glede na stanje stvari. Pri tem bo pomembno predvsem, kako je prekrškovni organ izpolnil svojo obveznost iz četrtega odstavka 57. člena ZP-1 glede »navedbe dokazov«. ⁵⁶ Če so dokazi (izjave prič) tudi vsebinsko (neposredno ali posredno) povzeti v kratkem opisu, bo sodišče lahko že glede na vsebino zahteve (navedb in morebitnih ponujenih dodatnih dokazov kršitelja) ocenilo, ali in v kakšnem obsegu je treba dopolniti dokazni postopek. Če prekrškovni organ ni tako ravnal, pa bo o tem lahko odločilo šele, ko bo kršitelj zaslišan pred sodiščem in se bo lahko (prvič) seznanil in izrekel o izjavah prič ter morebitnih drugih dokazih. Ukrepati je torej treba s pridobitvijo izjave, če ta ni bila pridobljena pred prekrškovnim organom, bo to moralo biti storjeno pred sodiščem (četrti odstavek 63. člena oziroma deveti odstavek 65. člena ZP-1).

Pri odločanju o domnevnih kršitvah, do katerih lahko pride pri uporabi drugega odstavka 57. člena ZP-1, je z vidika pristojnosti Vrhovnega državnega tožilstva treba upoštevati, da nezakonito izdajo posebnega plačilnega naloga lahko uveljavi kot absolutno bistveno kršitev postopka v primeru, če (pri tem) storilcu (sploh) ni bila dana možnost, da se izjavi o prekršku. ⁵⁷ Če pa je to možnost imel, prekršena pa je bila le določba o tem, da se plačilni nalog izda neposredno po kršitvi na kraju, kjer je bil prekršek storjen oziroma, da se tam ugotovijo in zberejo obvestila in dokazi, pa gre lahko za relativno bistveno kršitev postopka.

To je po zakonu in ustaljeni sodni praksi mogoče uveljavljati le, če je kršitev vplivala (po širši razlagi tudi, če bi mogla vplivati) na zakonitost sodbe, kar je podano zlasti v primeru, če kršitelju ni bila dana možnost izjave o obremenilnih dokazih oziroma uveljavljanja razbremenilnih dokazov, torej z vidika spoštovanja načel poštenega sojenja.

4.7 Vročanje

Glede na učinkovite zakonske možnosti za vročanje v prekrškovnem postopku, kar se kaže v uporabi najmanj zahtevnih določb splošnega upravnega postopka, je državno tožilstvo pri presoji kršitev, ki so lahko podlaga za varstvo zakonitosti, razmeroma strogo na strani formalnih pogojev za veljavnost vročitve.

Z vročitvijo pisanja pooblaščenca za vročitev (89. člen ZUP v zvezi s prvim odstavkom 58. člena ZP-1) nastopi zakonska fikcija, da je opravljena vročitev stranki, ki bi ji bilo treba pisanje vročiti. Zaradi take posledice je treba formalne določbe zakona o pogojih za veljavnost vročitve po pooblaščenca razlagati strogo. Glede na navedeno štejem, da vročilnica, ki jo je podpisal pooblaščenec za vročitve brez polno navedene izjave pooblaščenca, da ga je naslovnik za prevzem pooblastil z napisanim osebnim imenom in številko osebnega dokumenta, ne izkazuje pravilnosti vročitve po pooblaščenca za vročitev. Res je sicer, da je sam

⁵⁶ »Če kršitelju plačilnega naloga ni mogoče izdati in vročiti takoj na kraju prekrška, se mu ga vroči po določbah zakona, ki ureja splošni upravni postopek. V tem primeru se kršitelju hkrati s plačilnim nalogom iz prvega odstavka tega člena vroči tudi kratek opis dejanskega stanja prekrška z navedbo dokazov, če ta ni že naveden v plačilnem nalogu.«

⁵⁷ 62. oziroma 62.a člen ZP-1.

sprejem v tem primeru izražen s konkludentnim dejanjem, vendar pa zanesljiva ugotovitev veljavnosti pravnega dejanja in polno varstvo pravice do izjave ter potreba po izogitvi zapletom zahtevajo formalno strogo presojo.

Po drugi strani pa ni mogoče podpirati pretiranih birokratskih zahtev v primerih vročanja pravnim osebam, še posebej državnih organov, pri katerih mora biti delo tako organizirano, da pravilno naslovljena pošta pride na pravo mesto. Zato je bila zavrnjena pobuda v zvezi z zatrjevano nepravilno vročitvijo (in s tem povezano zamudo roka) v primeru, ko je pošta pošiljko pravilno dostavila na lokacijo naročnika, pri čemer so na označenem naslovu sedež imele različne uprave oziroma območni uradi istega državnega organa. Kako se opravi prerazporeditev pošte med različnimi oddelki in enotami oziroma organi v sestavi na istem naslovu je (če je ta pravilno označen) stvar njihove notranje organizacije.

4.8 Zamuda roka in vrnitev v prejšnje stanje

O navedeni problematiki se je v zvezi z zakonskimi roki v postopkih pogojne odložitve prenehanja veljavnosti voznškega dovoljenja Vrhovno sodišče RS opredelilo že večkrat.⁵⁸ Iz odločb je razbrati načeloma strogo zahtevo po spoštovanju materialnopravnega roka za predložitev zahtevanih dokazil o izpolnjevanju obveznosti kot (paricijskega) prekluzivnega roka, predvsem pri sodišču prve stopnje. Vrhovno sodišče je izrecno zavrnilo stališče, da je preklic zaradi nepredložitve dokazila nesorazmeren celo v primeru, če je storilec pozneje obveznost izpolnil, ni pa izkazal, da obveznosti predložitve ni mogel pravočasno izpolniti.

Vendar pa je vrhovno sodišče hkrati to strogost nekoliko razrahljalo z vsebinsko odobritvijo uporabe instituta vrnitve v prejšnje stanje v okviru širše razlage pritožbenega razloga nepravilno ugotovljenega dejanskega stanja na razlagalni podlagi, ki jo ponuja pravna teorija.⁵⁹ Tako »širše« stališče je treba razumeti zgolj kot »smiselno uporabo« (sicer v teh zadevah materialnopravnega) instituta vrnitve v prejšnje stanje, tako da še vedno formalno ostaja v okviru pritožbenega odločanja.

Argumentacijo vrhovnega sodišča, da je smiselna uporaba vrnitve v prejšnje stanje v tem primeru v skladu z načelom ekonomičnosti in hitrosti postopka ter načelom varstva pravic, je uporabilo tudi Vrhovno državno tožilstvo RS, ko je v novejši zadevi zavrnilo pobudo zoper odločitev višjega sodišča o ugoditvi pritožbi in razveljavitvi sklepa o preklicu odložitve izvršitve prenehanja veljavnosti voznškega dovoljenja.

Vendar pa se pri ugotovitvi, da je odločitev pritožbenega sodišča zakonita in utemeljena, državno tožilstvo ni oprlo (tako kot to sodišče) na institut opravičljive dejanske zmote (ki bi se sicer le smiselno lahko uporabil kot opravičilo izpolnitve obveznosti, saj po svoji naravi pojmovno prilega krivdi). Oprlo se je (znotraj načela varstva pravic strank) na določbo drugega odstavka 68. člena ZP-1, po kateri je

58 Odločbe št. IV Ips 98/2013, IV Ips 111/2013 in IV Ips 119/2013.

59 Kovač, P., Vrnitev v prejšnje stanje pri prenehanju veljavnosti voznškega dovoljenja po ZP-1: z uporabo ZUP, materialnopravnega temelja ali instituta *sui generis*?

dolžnost sodišča skrbeti, da nevednost ali nepoučenost ni v škodo pravicam, ki gredo udeležencem v postopku. S tem je Vrhovno državno tožilstvo poglobilo smer, ki jo je začrtalo vrhovno sodišče.

4.9 Nadaljevani prekršek

V sodni praksi je utrjeno stališče (podprto tudi posredno glede na določbe KZ-1),⁶⁰ da nadaljevani prekršek (enako kot nadaljevano kaznivo dejanje) ne more biti podan, če gre za dve ali več kršitev, ki pomenijo poseg v osebno pravico posameznikov.

S tega vidika se je zastavilo vprašanje pravne opredelitve (po določbah o steku ali kot nadaljevanega prekrška) v primeru, ko je istega dne ob 11.45 na istem kraju kršitelj inšpektorjema najprej onemogočal opravljanje nadzora z vlečenjem dokumentacije iz rok in s tem ni dovolil vpogleda in fotografiranja dokumentacije, nato pa še ob 12.06 na istem kraju, tokrat »s fizičnim odtrganjem in vlečenjem dokumentacije iz rok inšpektorja«, s čimer prav tako ni dovolil vpogleda in fotokopiranja dokumentacije.

Prekrškovni organ je kršitvi opredelil kot dva prekrška po 3. alineji prvega odstavka v zvezi s četrnim odstavkom 38. člena ZIN, okrajno sodišče pa je presodilo, da ne gre za dva samostojna prekrška, saj je med ravnanjema podana kontinuiteta, kršitvi sta medsebojno povezani in se kažeta kot celota. Nato je namesto dveh izreklo le eno globo v višini 500 evrov, ki jo je hkrati spremenilo v opomin.

Če zanemarimo vprašanje pravilnosti tehnike spreminjajo odločbe prekrškovnega organa oziroma izreka sodbe okrajnega sodišča, ki bi lahko bil bolj jasen,⁶¹ državno tožilstvo pobude inšpektorata za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti ni sprejelo. Ocenilo je, da je pravilna opredelitev prekrška kot nadaljevanega, še zlasti ker gre za podobna (v bistvu deloma istovrstna) prekrška v kratkem časovnem razmiku. Zadevi bi bilo smiselno obravnavati kot dve kršitvi, če bi bila nova kršitev storjena po izvedbi nadzornega oziroma prekrškovnega postopka (za prvo kršitev) in če bi inšpektor storilcu kršitev ne le ustno naznanil, pač pa bi že izdal odločbo (plačilni nalog) ali zapisnik, torej v naslednji fazi postopka inšpekcijskega nadzora.

Opozoriti pa je treba, da je sama kršitev v obravnavanem primeru sicer na meji posega v osebno pravico (torej take narave, da nadaljevane kršitve ne bi dopuščala), vendar pa po drugi strani ni bil namen storilca predvsem posegati v osebno varnost inšpektorja, pač pa tako preprečiti izvedbo nadzora.

4.10 Izreki odločb po zahtevah za sodno varstvo

Iz pregledanih zadev izhaja, da bi bilo treba večjo pozornost nameniti jasnosti izrekov odločb o zahtevah za sodno varstvo. Izkušnje pri odločanju o pobudah in ugotovitve ob pregledovanju spisov kažejo, da sprememba z vstavljanjem, črtanjem

⁶⁰ Kazenski zakonik – uradno prečiščeno besedilo – KZ-1-UPB2, Uradni list RS, št. 50/12.

⁶¹ Čeprav ni mogoče reči, da v končni izpeljavi ni bil razumljiv.

ali nadomeščanjem besedila v izrekih odločb oziroma plačilnih nalogov ni vedno najbolj primerna, saj se ob takem načinu večkrat izgubi jasnost izreka. Kadar gre za večje in zahtevnejše posege, je primerneje nadomestiti celotno besedilo izreka bodisi v opisu kršitve bodisi v pravni opredelitvi (ali v obojem), prav enako pa velja za izrek (pravnomočne) prekrškovne sankcije.⁶²

Ne glede na navedeno pa državni tožilci niso pogosto vlagali zahtev za varstvo zakonitosti zaradi pomanjkljivosti v izrekih sodb o zahtevah za sodno varstvo. Praviloma je bilo vsebino tudi pri spremembah vendarle mogoče razbrati iz vzporednega branja prekrškovne in sodne odločbe. Poleg tega od pričakovane razveljavitve ali ugotovljene kršitve glede na pestrost obravnavanih zadev ni bilo videti večje koristi za sodno prakso.

Z vidika odločanja v širšem pomenu (odločba ali sklep) se odpira vprašanje vrste odločbe, zlasti v zadevah, ki štejejo za »glavno stvar«. V hitrem prekrškovnem postopku mora biti uporaba sklepa za rešitev določenega vprašanja z zakonom izrecno določena,⁶³ nanaša pa se le na (po)stranska vprašanja. Iz prvega odstavka 46. člena ZP-1 namreč izhaja, da o storitvi prekrška, sankciji in drugih vprašanih postopka o prekršku, prekrškovni organ oziroma sodišče odloči z odločbo, zoper katero so dopustna pravna sredstva, ki jih določa zakon. Izbrana vrsta odločbe v postopku pred prekrškovnim organom namreč vpliva tudi na vrsto odločbe sodišča o zahtevi za sodno varstvo. Zato je pravno sporna uporaba sklepa (pa čeprav z razlago, da prilega odločitvi o razveljavitvi, za katero pa sodišče ni pooblaščen) v primeru vložene zahteve za sodno varstvo zoper odločbo o prekršku.

V praksi pa gre lahko tudi za drugačen pravni položaj, da se o zadevah, ki morajo biti predmet odločanja s sklepom, izda sodba. Če prekrškovni organ po pridobljeni izjavi kršitelja ustavi postopek z zaznamkom (po četrtem odstavku 51. člena ZP-1) in s sklepom zavrne zahtevo zagovornika kršitelja za opravljeno delo, bi sodišče po zahtevi za sodno varstvo v skladu s črko zakona moralo odločiti s sklepom zgolj o spornem vprašanju stroškov.⁶⁴

Menim, da v takem primeru tudi ni potrebna posebna odločitev sodišča o ustavitvi postopka s sodbo (po 5. točki prvega odstavka 136. člena ZP-1), ki temelji na stališču, da bi o tem sicer moral odločiti že prekrškovni organ z odločbo. Res je, da se je v tem primeru s pridobitvijo izjave postopek o prekršku začel, vendar pa zakon obveznost izdaje pisne odločbe (o prekršku, 56. člen ZP-1) določa le, če se zaradi storjenega prekrška izreče sankcija.

62 Pregledani izreki sodb o zahtevah za sodno varstvo kažejo na različne »tehnike«, ki jih sodišča uporabljajo pri odločanju, pa tudi na večinsko odstopanje od ustaljene prakse višjih sodišč in vrhovnega sodišča v kazenskih zadevah. Za tako stanje ni videti razumnih razlogov. Zato bi morda bilo koristno opraviti posvetovanja in dodatna usposabljanja za uveljavitev enotnih in jasnih izrekov. Enako velja glede dosledne uporabe posameznih zakonskih pojmov, na primer: storilec, obdolženec – obdolženi, dejanje – kršitev in podobno.

63 Kot na primer v drugem odstavku 63., prvem odstavku 64. in prvem odstavku 66. člena ZP-1, v postopku z vozniki dovoljenji ali o pridržanju. Drugače velja za redni sodni postopek, ki izrecno predvideva tudi možnost izdajanja sklepov (97. člen ZP-1) in pritožbeni postopek zoper sklepe (148. člen ZP-1).

64 Enajsti odstavek 65. člena ZP-1.

5 DRUGE UGOTOVITVE

5.1 Procesni zapleti

Pri odločanju o pobudah za varstvo zakonitosti ali pri analizi posameznih zadev se večkrat pokaže, da ne gre za pravna vprašanja, ampak različne procesne zaplete, največkrat zaradi napačnih, morda celo v zakonu nepredvidenih odločitev, ki vodijo do resnično ali navidezno nasprotujočih si izidov posameznih delov postopka. Zapletov včasih ni mogoče rešiti drugače kot z novo odločitvijo, ki po načelu pospešitve in poenostavitve postopek vrne na pravo pot.

Tak je primer, ko kršitelj v zahtevi za sodno varstvo uveljavi spregled dolžnosti izločitve uradne osebe prekrškovnega organa, sodišče pa se, namesto da bi odločilo o zahtevi za sodno varstvo, izreče za nepristojno, s tem da naloži prekrškovnemu organu, naj ravna po določbi 63. člena ZP-1. Prekrškovni organ, ki mu je bil spis vrnjen, je (namesto da bi sprožil spor o pristojnosti) izdal sklep o tem, da ni pristojen, in zadevo ponovno odstopil sodišču. Zoper ta sklep se je pritožil kršitelj, njegovo pritožbo pa je sodišče zavrglo kot nedovoljeno (ker bi moral biti glede na potek postopka sprožen spor o pristojnosti). Višje sodišče je na pritožbo kršitelja razveljavilo sklep o zavrženju pritožbe (zoper odstop zadeve od prekrškovnega organa sodišču) in zadevo vrnilo sodišču v novo odločanje.

Menim, da je v takem primeru najbolje, da sodišče odloči o zahtevi za sodno varstvo, pri čemer šteje svoj prvotni sklep o nepristojnosti za »izčrpan« in zato brezpredmeten ter obravnava zadevo, kot da jo je prvič prejelo.

Smiselno enako velja za primere, ko se v nasprotju z zakonom ugotovi delna pravnomočnost odločbe (ali sodbe), čeprav bi v zvezi z odločanjem o pravnem sredstvu pristojno sodišče moralo obravnavati vse kršitve, za katere so bile izrečene sankcije, ne glede na izpodbijanje zgolj posameznih ali (v tem delu) celo plačanih polovičnih višin globe.

5.2 Urejenost spisov

Državno tožilstvo v posameznih zadevah, predvsem iz pristojnosti policije in redarstva kot prekrškovnih organov, ugotavlja, da niso urejeni v skladu z določbami veljavne Uredbe o upravnem poslovanju tako glede evidentiranja dokumentov kot glede vlaganja dokumentov v ovoj.⁶⁵

Zato bi bilo koristno, da prekrškovna sodišča, če v posameznem primeru ob reševanju zahtev za sodno varstvo prejmejo pomanjkljivo urejene spise, le-te vrnejo pristojnemu organu, da jih uredi v skladu s predpisi. Stopnja neurejenosti je namreč taka, da se v posameznih primerih pojavlja celo dvom o tem, ali so v spis vložene vse listine v zvezi z vodenjem postopka.

⁶⁵ Uredba o upravnem poslovanju, neuradno prečiščeno besedilo št. 11, <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=URED3602>.

5.3 Načrtovane zahteve

V vsebinskem pregledu je opozorjeno na posamezne institute in pravna vprašanja, glede katerih so mogoče in tudi zaželeni pobude, na podlagi katerih bo lahko vložena zahteva za varstvo zakonitosti. Posamezne so tudi na podlagi sodelovanja in posvetovanja s sodniki ali prekrškovnimi organi že v preučevanju.

Gre za problematiko odločanja o odvzemu premoženjske koristi z vidika deljene pristojnosti prekrškovnih organov in sodišč, dopustnosti dela v splošno korist, odmere sodne takse pri spremembi sankcije po zahtevi za sodno varstvo in pristojnosti za njeno odmero ter sporna vprašanja pravilne pravne opredelitve posameznih kršitev.

6 SKLEP

Sodelovanje prekrškovnih organov in sodišč z državnim tožilstvom v obliki formalnih pobud, strokovnih posvetov ali opozoril na vprašanja, ki so lahko predmet odločanja pred Vrhovnim sodiščem RS, je odločilnega pomena za usklajevanje in razvoj sodne prakse na področju prekrškovnega prava.

Dosedanje izkušnje in ugodni izidi postopkov tako pred vrhovnim državnim tožilstvom kakor tudi pred vrhovnim sodiščem kažejo, da na strani pristojnih organov pri tem ne sme biti nobenih zadržkov niti glede strokovnosti predlogov, še manj pa z vidika pripravljenosti državnega tožilstva za reševanje odprtih strokovnih vprašanj.

Večje število pobud kvalificiranih predlagateljev ter večji vpogled v razmere in težave pri delu na prvi in drugi stopnji, ki ga bodo prek tega pridobili organi odločanja v postopku z zahtevo za varstvo zakonitosti, lahko le izboljša podlage za delo na vseh stopnjah odločanja.

IZLOČITEV NEDOVOLJENIH DOKAZOV PO ZP-1¹

dr. Primož Gorkič
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani
Vrhovno državno tožilstvo Republike Slovenije

1 IZHODIŠČA

Izhodišče razprave o izločitvi nedovoljenih dokazov po ZP-1 je danes prav gotovo nesporna ugotovitev, da je odločitev o očitku storitve prekrška kazenska zadeva v smislu 6. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah. To hkrati pomeni, da morajo biti v postopkih, ki se vodijo o prekrških, zagotovljena minimalna procesna jamstva, primerljiva s tistimi, ki jih EKČP in Ustava RS zagotavljata v kazenskem postopku pri odločanju o očitku storitve kaznivega dejanja.

Vendar pa to po stališču Ustavnega sodišča RS ne pomeni, da mora biti v prekrškovnem postopku zagotovljena enaka raven varstva procesnih jamstev kakor v kazenskem postopku.² V pogosto navedeni odločbi št. Up-120/97 z dne 21. 5. 1997 je Ustavno sodišče RS med drugim zagovarjalo stališče, da »je raven zagotovljenih pravic lahko v primeru lažjih kršitev z manj hudimi posledicami za kaznovano osebo nižja od tiste, ki je zagotovljena v kazenskem postopku. Bistveno je, da so obdolžencu dane ustrezne in zadostne možnosti, da zavzame stališče tako glede dejanskih kot glede pravnih vidikov nanj naslovljenega očitka.« Enaka izhodišča srečamo še v nekaterih drugih odločbah.³ Zato se samo po sebi zastavlja vprašanje, ali je mogoče enako razmišljati tudi o izločitvi nedovoljenih dokazov.

2 USTAVNA IZHODIŠČA IZLOČITVE NEDOVOLJENIH DOKAZOV

Preden se posvetimo vprašanju, kakšna je ureditev izločanja nedovoljenih dokazov v prekrškovnem postopku, je treba – glede na ustavnopravna izhodišča tega problema – najprej ugotoviti, kako ustavnopravno obravnavati tako izločitev. Na to vprašanje bolj ali manj jasno odgovarjajo nekatera stališča Ustavnega sodišča RS. Tem sicer le stežka pripisujemo precedenčni učinek, saj dokončnega stališča do dometa ekskluzijskega pravila še ni.

- a) V sklepu o zavrženju ustavne pritožbe št. Up-6/92 z dne 4. 11. 1996 je zapisano, da je ekskluzijsko pravilo, kot ga vsebuje 18. člen ZKP, »v celoti vsebovano že v ustavni določbi četrtega odstavka 15. člena«, kolikor določa pravico do odprave posledic kršitve človekovih pravic.

1 Stališča avtorja niso nujno stališča ustanov, v katerih je zaposlen.

2 Npr. Gorkič, 2007.

3 Npr. odločbi št. U-I-213/98 z dne 16. 3. 2000 in št. U-I-295/05-38 z dne 19. 6. 2008.

- b) V sklepih o nesprejemu ustavne pritožbe št. Up-62/99 z dne 4. 7. 2000 in Up-666/04 z dne 20. 11. 2006 je ekskluzijsko pravilo opredeljeno kot »eno od sredstev, ki omogoča vzpostavitev enakosti orožja obeh strani v kazenskem postopku« ter s tem pravic iz 22., 23. in 29. člena URS. V sklepu Up-666/04 so se ustavni sodniki spustili v vsebino očitkov pritožnika, ki so se nanašali na kršitev soobsojenčeve pravice do varstva osebnosti in dostojanstva, natančneje prepovedi izsiljevanja izjav iz drugega odstavka 21. člena URS.
- c) V odločbah št. U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997 in št. U-I-190/00 z dne 13. 2. 2003 je odločanje o izločitvi dokazov umeščeno med oblike naknadnega sodnega varstva kot protiutež odstopu od postopkovnih jamstev 22. in 29. člena URS pri odrejanju prikritih preiskovalnih ukrepov oziroma hišne preiskave ter kot protiutež odstopu od pravice do pravnega sredstva (25. člen URS) zoper odredbe, na podlagi katerih se izvajajo tista dejanja, ki morajo ostati prikrita, ali katerih jedro je presenečenje osebe, zoper katero se izvajajo.
- č) V odločbi Up-62/98 z dne 1. 7. 1999 pa je sodišče zapisalo, da so kršitve ustavnih pravic, storjene v predkazenskem postopku z ravnanjem državnih organov, »predmet presoje Ustavnega sodišča pri odločanju o ustavni pritožbi zoper obsodilno sodbo v obsegu, v katerem obstaja vzročna zveza med ravnanjem, katerega neustavnost zatrjuje pritožnik, in obsodilno sodbo«.

Ta stališča kažejo, da je izločitev nedovoljenih dokazov predvsem sredstvo, s katerim se vzpostavlja enakost orožja v kaznovanih postopkih. Vprašanje, na katero Ustavno sodišče RS še ni odgovorilo, pa je, ali vzpostavitev enakosti orožja zahteva, da dokaze izločimo vedno, ko ugotovimo, da so pridobljeni s kršitvijo dokaznih prepovedi.

V zvezi s postopkom o prekrških so posebnega pomena tudi stališča, ki se upoštevajo zaradi upravno-kaznovane narave postopka. Zlasti hitri postopek je v praksi neločljivo povezan z različnimi nadzorstvenimi oziroma inšpekcijskimi postopki, katerih ureditev se opira na upravni in ne kazenski postopek. Podobno velja za sam hitri postopek, ki ga je zakonodajalec tesno navezal na ureditev upravnega postopka. V teh primerih temeljijo odločbe o prekrških na gradivu, ki je pridobljeno po določbah nekazenskega postopka. Take primere kaže obravnavati podobno kakor tiste, pri katerih gradivo iz nekazenskih postopkov prehaja v kazenski postopek.⁴

4 Na to vprašanje je načelni odgovor že dalo tudi Ustavno sodišče RS, št. Up-1293/08 z dne 6. 7. 2011: »Privilegij zoper samoobtožbo izvira iz zahteve po spoštovanju človekovega dostojanstva v kazenskem postopku, pri čemer je ključen dejanski začetek kazenskega postopka in ne dejstvo, kdaj je bil kazenski postopek formalno uveden. Zato je razumljivo, da se domet privilegija razteza na vse tiste postopke, v katerih se pod krinko inšpekcijskega ali nadzornega postopka de facto vrši kazenska preiskava oziroma v katerih je dejavnost uradnih oseb usmerjena v zbiranje podatkov za kasnejši kazenski postopek. Drugačno stališče bi pomenilo obid ustavnopravnih jamstev. Navedeno hkrati pomeni, da se domet privilegija zoper samoobtožbo ne razteza na inšpekcijske ali nadzorne postopke, pri katerih se aktivnosti uradnih oseb ne spremenijo v kazensko preiskavo. S tem se zagotavlja učinkovitost inšpekcijskih in nadzornih postopkov, kar je v carinskih, davčnih in drugih pomembnih zadevah nedvomno v javnem interesu. Vendar dejstvo, da se v nekazenskih postopkih ne uporablja določeno ustavnopravno jamstvo, še ne pomeni, da so dokazi, ki so sicer zakonito pridobljeni v teh postopkih, sami po sebi neomejeno uporabni tudi v kazenskem postopku. Skrb za to, da bi bilo zagotavljanje ustavnopravnih jamstev v kazenskem postopku učinkovito, narekuje večjo previdnost pri uporabi dokazov, ki so bili pridobljeni ob manjših ustavnopravnih jamstvih ali celo brez njih.«

Če povzamemo ta ustavnopravna izhodišča, lahko ugotovimo, da:

- a) sta zaradi upravnoprocesnih prvin (hitrega) postopka o prekrških raven procesnih jamstev in tako domet izločitvenega pravila neizogibno nižja, kakor to velja za kazenski postopek; obratno velja, da je ta raven višja, ko gre za redni sodni postopek;
- b) mora biti v postopku o prekršku zagotovljena možnost kršitelja oziroma obdolženca, da z zatrjevanjem nedovoljenosti dokazov uresničuje pravico do sodnega varstva procesnih in drugih ustavnih jamstev; in
- c) mora biti kršitev dokaznih prepovedi v vzročni zvezi z odločitvijo o odgovornosti za prekršek.

3 IZLOČITVENO PRAVILO PO ZP-1 IN PRIMERJAVA Z IZLOČITVENIM PRAVILOM V KAZENSKEM POSTOPKU

Ali ureditev izločitvenega pravila v ZP-1 sledi opisanim smernicam? ZP-1 drugače kakor ZKP v drugem odstavku 18. člena ne pozna načelne določbe, ki bi prepovedovala opiranje (sodnih) odločb na nedovoljene dokaze. Izločitveno pravilo določa posredno, kot razlog za izpodbijanje odločbe oziroma sodbe o prekršku. Tako v 62. in 155. členu ZP-1 kot razlog za vložitev zahteve za sodno varstvo zoper odločbo o prekršku oziroma kot pritožbeni razlog zoper sodbo o prekršku predvideva primere, pri katerih se odločba oziroma sodba »opira na dokaz, ki je bil pridobljen s kršitvijo z ustavo določenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ali na dokaz, na katerega se po določbah tega zakona ne more opirati«.

Analiza te določbe pokaže, da poznamo tudi v prekrškovnem procesnem pravu dve kategoriji dokaznih prepovedi. Prva kategorija so dokazne prepovedi, ki imajo naravo ustavnih jamstev – vsebino teh dokaznih prepovedi je treba črpati iz Ustave RS ali drugih pravnih aktov, veljavnih v RS, ki vsebujejo določbe o človekovih pravicah.⁵ Druga kategorija pa so tiste dokazne prepovedi, ki so zapisane v ZP-1, hkrati pa ZP-1 prepoveduje opiranje na dokaze, pridobljene z njihovo kršitvijo. Takih določb je v ZP-1 (v primerjavi z ZKP) razmeroma malo.

- a) ZP-1 prepoveduje *prekrškovnemu* organu opreti odločbo o prekršku na izjavo kršitelja (ne glede na obliko, v kateri je dana ali zapisana), če kršitelj ni bil poučen o pravicah iz drugega odstavka 55. člena ZP-1⁶ ali če dani pouk ni vpisan v zapisnik ali v uradni zaznamek oziroma v pisno obvestilo o prekršku, kadar se kršitelj ni mogel osebno izjaviti o prekršku ali mu ni bilo mogoče dati obvestila in pouka o jamstvih iz 2. odst. 55. člena;

5 Ustava RS, peti odstavek 15. člena: »Nobene človekove pravice ali temeljne svoboščine, urejene v pravnih aktih, ki veljajo v Sloveniji, ni dopustno omejevat v izgovorom, da je ta ustava ne priznava ali da jo priznava v manjši meri.«

6 ZP-1, 55. člen: »(2) Prekrškovni organ ob ugotovitvi oziroma obravnavanju prekrška in še pred izdajo odločbe o prekršku (56. člen) kršitelja obvesti o prekršku in pouči: – da se lahko izjavi o dejstvih oziroma okoliščinah prekrška, da pa tega ni dolžan storiti niti odgovarjati na vprašanja, če se bo izjavil ali odgovarjal, pa ni dolžan izpovedovati zoper sebe ali svoje bližnje, – da mora navesti vsa dejstva in dokaze v svojo korist, ker jih sicer v postopku ne bo več mogel uveljavljati.«

- b) ZP-1 prepoveduje *sodišču* opreti sodbo o prekršku na izpovedbo pridržanega obdolženca, podano ob odvzemu prostosti, a pred tem ni bil poučen o svojih jamstvih ali pa ta pouk ni bil zapisan (108., 109. in 110. člen ZP-1).

Drugih določb, ki bi opredeljevale domet ekskluzijskega pravila, ZP-1 niti ne vsebuje. To dejstvo jasno kaže, da je zakonska ureditev tega pravila v ZP-1 bolj skopa od ureditve, ki jo pozna ZKP. Slednji v bistvu vključuje tri ravni sankcioniranja kršitev dokaznih prepovedi: prepoved opiranja sodnih odločb na nedovoljene dokaze, izločitev takih dokazov iz spisa in izločitev sodnika, ki se je seznanil z nedovoljenim dokazom. ZP-1 ureja le prvo raven sankcioniranja dokaznih prepovedi.

Preglednica: Primerjava ureditve sankcioniranja kršitev dokaznih prepovedi v ZKP in ZP-1

	ZKP	ZP-1
Načelna prepoved opiranja odločbe na nedovoljen dokaz	2. odst. 18. člena	/
Opiranje na nedovoljen dokaz kot razlog za izpodbijanje odločbe	8. tč. 1. odst. 371. člena	62. in 155. člen
Doktrina sadežev zastrupljenega drevesa	2. odst. 18. člena	/
Izločitev iz spisa	83. člen	/
Izločitev sodnika	2. tč. 2. odst. 39. člena	/

4 ALI ZP-1 DOVOLJUJE SMISELNO UPORABO DOLOČB ZKP O IZLOČITVI DOKAZOV?

Upoštevajoč skopost zakonske ureditve izločanja nedovoljenih dokazov, se je treba vprašati, ali ZP-1 dopušča, da se smiselno uporabljajo določbe ZKP, če presegajo raven ureditve v postopku o prekršku. Ker ZP-1 izrecno ureja domet smiselne uporabe ZKP, je treba pri tem izhajati iz tehnike njenega normiranja.

Pri ugotavljanju dometa smiselne uporabe je odločilno, da je mogoče določbe ZKP smiselno uporabljati le, če ZP-1 sam obravnavanega vprašanja ne ureja. To velja glede uporabe ZKP v hitrem postopku (drugi odstavek 58. člena ZP-1), pa tudi v rednem sodnem postopku (67. člen ZP-1) in v postopku z zahtevo za sodno varstvo (59. člen ZP-1). Vprašanje, kaj pomeni »smiselno« uporabljati določbo ZKP, je torej drugotno. Najprej se je treba vprašati, ali ZP-1 sploh dopušča tak razmislek.⁷

4.1 Smiselna uporaba zakonskih prepovedi v ZKP

V zvezi z uporabo določb ZKP, ki urejajo sankcioniranje dokaznih prepovedi, so komentatorji zagovarjali razmeroma široka stališča. Tako se zavzemajo za smiselno uporabo:

- določb 227. in 228. člena ZKP, kolikor sankcionirajo opustitev pouka obdolžencu, uporabo sile, grožnje ali sredstev in kršitev pravice do zagovornika

⁷ Glej na primer Gorkič, 2006.

- (deseti odstavek 227. člena ZKP) oziroma uporabo sugestivnih, kapcioznih vprašanj in preslepitve (tretji odstavek 228. člena ZKP);⁸
- določb 237. in tretjega odstavka 266. člena ZKP v zvezi z zaslišanjem prič;⁹
 - določbe 251. člena ZKP v zvezi s postavitvijo izvedenca;
 - določbe 83. člena ZKP, torej sankcioniranja s (fizično) izločitvijo nedovoljenega gradiva iz spisa na predlog stranke ali po uradni dolžnosti;¹⁰
 - določbe 219. člena ZKP, torej v ZKP posebej urejene prepovedi opiranja na gradivo, pridobljeno s kršitvijo nekaterih zakonskih določb o hišni in osebni preiskavi;¹¹
 - določbe o izločitvi sodnika, seznanjenega z dokazom, ki bi se moral izločiti iz spisa po 83. členu ZKP, torej zaradi »psihološke okužbe«;¹²
 - določbe o doktrini sadežev zastrupljenega drevesa.¹³

Tako široka uporaba določb ZKP o sankcioniranju kršitev dokaznih prepovedi kaže, da so avtorji naklonjeni izenačitvi ravni varstva procesnih jamstev v prekrškovnem postopku z ravno, ki je zagotovljena v kazenskem postopku. Ker tak pristop krepi prizadevanja za pošteno izvedbo postopa o prekršku, jim je težko oporekati. Vendar pa je tako široka razlaga sporna z vidika določb ZP-1. Način, kako je ZP-1 uredil vprašanje sankcioniranja dokaznih prepovedi, kaže, da je želel zakonodajalec to urediti celovito in ne tako, da bi se smiselno uporabljal ZKP.

Katere so tiste določbe, ki kažejo na to? To sporočilo izhaja predvsem iz opredelitve, katere sploh so tiste dokazne prepovedi, ki jih je treba sankcionirati z izločitvijo. Kot rečeno, so to kršitve ustavnih jamstev ali kršitve določb ZP-1, za katere ta posebej predpisuje prepoved opiranja odločbe. To pomeni, da ZP-1 izključno in v celoti ureja, katere kršitve zakonskih določb lahko povzročijo prepoved opiranja odločbe oziroma sodbe na gradivo, pridobljeno s temi kršitvami. Torej se upoštevajo le določbe 108. do 110. člena ZP-1, ne pa tudi morebitne določbe ZKP, kot so zgoraj omenjeni 219., 227., 228., 237., 215. in 266. člen ZKP. Enako velja tudi za npr. enajsti odstavek 219.a člena ZKP v zvezi s preiskavo elektronske naprave ali celo 83. člen ZKP, kolikor ureja izločanje nekaterih vrst uradnih zaznamkov. Ker določbi 62. in 155. člena ZP-1 izrecno urejata le sankcioniranje kršitev v ZP-1 urejenih zakonskih dokaznih prepovedi, smiselno sklicevanje na zakonske dokazne prepovedi v ZKP se ne upošteva.

Na tem mestu je takoj treba opozoriti, da je tako stališče za prakso verjetno manjšega pomena. Prvič, večina zgoraj navedenih določb ZKP zgolj povzema ustavna jamstva in njihove kršitve. Zato bo mogoče enake učinke – brez sklicevanja na ZKP – doseči tako, da bo ugotovljena kršitev ustavnega (procesnega) jamstva. To velja tudi za določbi 237. in 251. člena ZKP, torej določbi, ki se nanašata na (privilegirane) priče in izvedenca. Kršitve določb o privilegiranih pričah je mogoče umestiti med ustavno varovane pravice do zasebnosti (ožji družinski člani, zdravniki, socialni delavci ...), svobode veroizpovedi (spovednik), svobodne gospodarske

8 Čas, Orel v: Jenull in soavt., 2009, str. 430 in 569.

9 Čas, Orel v: prav tam, str. 433 in 583.

10 Čas, Orel v: prav tam, str. 424–425.

11 Čas, Orel v: prav tam, str. 438.

12 Čas, Orel v: prav tam, str. 425; in Fišer v: prav tam, str. 694–695.

13 Fišer v: prav tam.

pobude (poslovna skrivnost), ustavnega položaja odvetništva ali notariata itd.), kršitve določb glede vprašanja, kdo je lahko izvedenec, pa je mogoče presojati ob upoštevanju ustavnih izhodišč postavitve izvedenca v odločbi Ustavnega sodišča RS, št. U-I-132/95, ki varujejo predvsem enakost orožja in videz nepristranskosti sodišča.

In drugič, to stališče nikakor ne odvezuje od uporabe drugih določb, ki se nanašajo na zasliševanje obdolžencev in prič, izvedenstvo ali druga preiskovalna dejanja. ZP-1 izključuje zgolj tiste dele ureditve ZKP, ki določajo sankcioniranje zakonskih dokaznih prepovedi.

4.2 Posebej o smiselni uporabi 83. člena in četrtega odstavka 340. člena ZKP ter določb o izločitvi sodnika zaradi psihološke okužbe

Določili 83. člena in četrtega odstavka 340. člena ZKP urejata drugo raven sankcioniranja kršitev dokaznih prepovedi, tj. fizično izločanje nedovoljenega gradiva iz spisa. Ti določbi bi se smiselno lahko uporabili le v postopku pred sodiščem, ki v postopku o prekršku smiselno uporablja določbe ZKP o zapisnikih in o glavni obravnavi v skrajšanem kazenskem postopku (67. člen ZP-1).

Uporaba teh določb je lahko smiselna le, če je naslednji korak tudi izločitev sodnika, ki se je seznanil z nedovoljenim dokazom.¹⁴ Ti dve ravni sankcioniranja dokaznih prepovedi sta tesno povezani med seboj. Zato je glede smiselne uporabe 83. člena in četrtega odstavka 340. člena ZKP treba ugotoviti tudi, ali je mogoče po določbah ZP-1 izločiti sodnika, ki se je seznanil z nedovoljenim dokazom. Vse kaže, da ZP-1 tega ne omogoča: ZP-1 takega izločitvenega razloga v 84. členu ZP-1 ne predvideva. Ker je pravica do nepristranskega sodnika taka, da po naravi stvari zahteva zakonsko ureditev izločitvenih razlogov,¹⁵ je mogoče sklepati, da je ZP-1 razloge za izločitev želel urediti celovito – in pri tem opustil sankcioniranje psihološke okužbe sodnika. Zakonodajalec nam torej sporoča, da seznanitev sodišča z nedovoljenim gradivom v postopku o prekršku zanj ni problematična.

To pomeni, da je zakonodajalec v ZP-1 tudi sankcioniranje kršitev dokaznih prepovedi želel urediti celovito in pri tem kot edini način sankcioniranja predvidel zgolj prepoved opiranja odločb na nedovoljene dokaze. Zato določb 83. člena in 340. člena ZKP, kolikor urejata fizično izločanje gradiva iz spisa, ni mogoče uporabiti v prekrškovnem postopku.

To velja tudi za tiste izjave, ki so primerljive z uradnimi zaznamki, za katere ZKP določa, da se morajo izločiti iz kazenskega spisa. Tudi take izjave ostanejo v spisu. To pa seveda ne pomeni, da je mogoče izjave, primerljive z uradnimi zaznamki iz 83. člena ZKP, uporabiti kot dokaz in nanje opreti odločitev o prekršku. Izjave kršitelja, pridobljene, ne da bi bil poučen o pravici do molka (primerljive z uradnim zaznamkom iz prvega odstavka 83. člena ZKP), ne bo mogoče uporabiti že zaradi

¹⁴ Odločba Ustavnega sodišča RS, št. U-I-92/96-27 z dne 21. 3. 2002.

¹⁵ Prav tam.

prepovedi iz petega odstavka 55. člena ZP-1. Pri izjavah drugih oseb, primerljivih z uradnimi zaznamki iz drugega odstavka 83. člena ZKP,¹⁶ mora biti tudi (zlasti) v teh primerih zagotovljena pravica do neposrednega zaslišanja obremenilnih prič.¹⁷ Zgolj dejstvo, da so take izjave v spisu, pa ni v nasprotju z ustavnimi procesnimi jamstvi.¹⁸

4.3 Smiselna uporaba določbe o doktrini sadežev zastrupljenega drevesa

Opustitev omembe t. i. doktrine sadežev zastrupljenega drevesa bi lahko nakazovala, da ta v prekrškovnem postopku ni upoštevna. ZP-1 ne nazadnje celovito ureja pritožbene razloge in zato ne dopušča smiselne uporabe določbe 8. točke prvega odstavka 371. člena ZKP in s tem tudi ne doktrine sadežev zastrupljenega drevesa.

A tudi v tem primeru posebnih učinkov taka ugotovitev ne bo imela. Ta doktrina oziroma argument je namreč že del presoje, ali se odločba opira na dokaz, pridobljen s kršitvijo ustavnih jamstev, tj. ali med odločbo in kršitvijo dokazne prepovedi obstaja vzročna zveza.¹⁹ Temeljna pogoja, da izločimo tudi dokaz, ki je sicer sam zase pridobljen *lege artis*, bo namreč presoja vzročne zveze med dokazom, pridobljenim z izvorno kršitvijo, in dokazom, ki je plod aktivnega izkoriščanja te izvorne kršitve.

5 VPLIV PREPLETANJA NADZORSTVENIH POSTOPKOV IN POSTOPKA O PREKRŠKU NA DOVOLJENOST DOKAZOV

Zaradi prepletenosti nadzorstvenih, v izhodišču upravnopravnih postopkov in prekrškovnega postopka je za domet izločitve nedovoljenih dokazov ključna ugotovitev, kdaj kršitelj oziroma obdolženec sploh postane nosilec teh jamstev. ZP-1 ta položaj na zakonski ravni ureja v 55. členu. Prekrškovni organ mora o pravici izjaviti se o prekršku in pravici do molka poučiti kršitelja »ob ugotovitvi oziroma obravnavanju prekrška« ali najpozneje do izdaje odločbe. Kako razlagati to določbo? ZP-1 s to določbo ureja t. i. merila obdolžitve, tj. merila, po katerih je treba ocenjevati, ali (kdaj) kršitelju pripadajo procesna jamstva.²⁰

Na prvi pogled se zdi, da je domet procesnih jamstev v prekrškovnem postopku odvisen od izjave – volje – prekrškovnega organa. Vendar pa bi s takimi formalno-subjektivnimi merili obdolžitve položaj kršitelja v nesprejemljivi meri prepustili volji prekrškovnega organa, tako pa podvomili o enakosti orožja v hitrem postopku.

Zato je treba ta merila razlagati objektivno. Prvič, kršitelj je lahko nosilec procesnih jamstev, še preden ga organ o tem pouči – sicer niti ni mogoče presoditi, ali je prekrškovni organ določbo drugega odstavka 55. člena kršil ali ne. In drugič, ocena,

16 To bodo izjave oseb, ki so zavezane varovati tajnost podatkov, in izjave zagovornika (235. člen ZKP), izjave poznejših privilegiranih prič (236. člen ZKP) in izjave osebe, ki ne sme biti postavljena za izvedenca (251. člen ZKP).

17 Npr. odločba Ustavnega sodišča RS, št. Up-1293/10-11 z dne 21. 6. 2012.

18 Prim. odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-92/96-27 z dne 21. 3. 2002, §25 in sl.

19 Prim. odločbo Ustavnega sodišča RS, št. Up-62/98.

20 Podrobneje o merilih obdolžitve gl. Gorkič, 2009.

kdaj organ »ugotovi« prekršek, se ne more opirati na njegovo subjektivno presojo dejstev, ugotovljenih v nadzorstvenem postopku, ampak mora biti objektivna, upoštevajoč, kako prekrškovni organ ravna v razmerju do kršitelja. Jasnejša merila je že izdelalo Ustavno sodišče RS v zgoraj navedeni odločbi št. Up-1293/08.²¹

5.1 Analiza stališč v odločbi Ustavnega sodišča RS št. Up-1293/08

Zgoraj navedeno stališče iz odločbe Up-1293/08 je večplastno. Izrecno se sicer do vprašanja sankcije zaradi kršitve dokaznih prepovedi ne opredeljuje. Zato pa na primeru privilegija zoper samoobtožbo analizira položaje, ko se je mogoče na procesna jamstva sklicevati že v nekazenskem postopku (v navedeni sodbi v carinskem postopku).

Izhodišče je razlikovanje med nekazenskimi (inšpekcijskimi, nadzornimi) postopki, ki se dejansko prelevijo v kazensko preiskovanje, in nekazenskimi postopki, ki se ne. Za prve privilegij zoper samoobtožbo mora veljati in ga je treba varovati, za druge praviloma ne. To je razumeti tako, da bodo dokazi, pridobljeni v nekazenskih postopkih, ki dejansko pomenijo kazensko preiskavo, dovoljeni le ob spoštovanju teh jamstev. Uporaba dokazov, pridobljenih v nekazenskih postopkih, ki kazenske preiskave ne prikrivajo (in zato procesna jamstva ne zavezujejo), pa narekujejo »večjo previdnost«. Ta previdnost je nujna zato, »da bi bilo zagotavljanje ustavnoprocenjskih jamstev v kazenskem postopku učinkovito«. Z drugimi besedami, dokazi, pridobljeni v nekazenskih postopkih, v katerih kazenskoprocenjska jamstva ne zavezujejo, načelno niso nedovoljen dokaz, le previdni moramo biti pri njihovi uporabi, zato da ne izničimo jamstev v kazenskem postopku.

Pri vprašanju, ali se kršitelj oziroma obdolženec lahko sklicuje na (kazensko) procesno jamstvo že v nekazenskem postopku, je tako treba ugotoviti vsaj dvoje: prvič, kakšne narave je konkretni postopek kot celota, in drugič, kdaj se je nekazenski postopek, dejansko kazenska preiskava, osredotočil na posameznika. Pri preizkusu, kakšne narave je postopek, ne gre le za vprašanje, na kakšni pravni podlagi in ob kakšnih pooblastilih državni organ opravlja svoje delo. Tudi če opravlja procesna dejanja izključno na podlagi nekazenskih predpisov, si je mogoče zamisliti položaje, ko se za takimi dejanji skriva prikrivanje kazenskega ali – tu pomembnejše – postopka o prekršku. Ustavno sodišče se je v zgoraj navedeni odločbi oprlo na spoznanja kanadske sodne prakse. Kanadsko vrhovno sodišče je ob podobnih primerih oblikovalo t. i. preizkus prevladujočega namena (nekazenskega postopka) in vse kaže, da ga je pripravljeno sprejeti tudi slovensko ustavno sodišče.

Preizkus prevladujočega namena pomeni, da moramo pri preizkusu, ali se kršitelj oziroma obdolženec lahko sklicuje na kazenskoprocenjska jamstva, preveriti dejansko ravnanje državnega organa z več vidikov.²² Nekateri od teh so specifično vezani na položaj, ko nekazenski postopek preide v kazenskega, torej v postopek, za katerega so pristojni različni organi. Prekrškovni postopek je nekoliko drugačen, saj so nadzorstvena in kaznovalna pooblastila »zlitá« v istem državnem organu. Zato bosta odločilni vprašanji zlasti, ali iz spisov izhaja, da bi lahko bila sprejeta

²¹ Primerjaj tudi sodbo ESČP J. B. proti Švici, št. 31827/96 z dne 3. 5. 2001.

²² Selinšek, 2009, str. 78.

odločitev o nadaljevanju zadeve v kaznovalnem postopku, in ali je mogoče iz ravnanja organa razbrati težnjo k vodenju kaznovalnega postopka, zlasti glede na vsebino dokaznega gradiva, ki ga je zbral (npr. usmerjenost v zbiranje dokazov o odgovornosti za prekršek, torej o naklepu ali malomarnosti).

Na ta način so torej oblikovana izhodišča, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, ali je nadzorstveni postopek dejansko prešel v kaznovalni postopek. Vendar pa ta okoliščina še ne pomeni, da se lahko v njem kršitelj ali obdolženec na splošno sklicuje na procesna jamstva. Ta gredo kršitelju oziroma obdolžencu šele od točke, ko se je postopek osredotočil nanj. Pri tem je treba poudariti, da na točki osredotočenja posamezniku ne pripadejo nujno vsa jamstva na splošno, sploh v hitrem postopku. Nekatera jamstva so praviloma taka, da jih je mogoče uresničevati šele v postopku pred sodiščem (npr. pravica do sojenja v navzočnosti, pravica do neposrednega zaslišanja obremenilnih prič). Tista jamstva, ki so upoštevana, pa so prav gotovo pravica seznaniti se z očitkom storitve prekrška, pravica dati izjavo v postopku, vključno s pravico predlagati dokaze, in pravica do molka, v nekaterih procesnih položajih pa tudi pravica do zagovornika.²³ Šele ko v posameznem primeru ugotovimo, da se je nadzorstveni postopek dejansko prelevil v postopek o prekršku, ko določimo trenutek osredotočenosti postopka na posameznega kršitelja in ko presodimo, ali je mogoče določeno procesno jamstvo sploh uresničevati v nesodnem postopku, je mogoče nadaljevati z ugotavljanjem, ali je bilo kršeno procesno jamstvo.

Kdaj bodo ta merila uporabna v postopku o prekršku? Uporabna bodo takrat, ko bo treba ugotavljati, ali je prekrškovni organ pravočasno obvestil kršitelja o prekršku in ga poučil o njegovih procesnih jamstvih. Praktični učinek bo lahko najbrž največji zlasti glede izjav, ki jih je kršitelj dal, ne da bi bil obveščten o prekršku oziroma poučen o svojih jamstvih, pa tudi glede listin in drugih predmetov, ki jih je pod grožnjo ali celo izvršitvijo denarnih kazni izročil nadzorstvenemu organu.²⁴ Pri tem je gotovo treba poudariti, da morajo prekrškovni organi – prav zaradi zagotavljanja procesnih jamstev – ravnati posebno skrbno in svoja dejanja tudi dosledno – časovno in vsebinsko – uradno zapisati. Le tako bo mogoče odpraviti tudi najmanjši dvom o pravilnosti njihovega ravnanja, odločitev sodišča, ali ima opraviti s »prikritim« prekrškovnim postopkom, pa prepričljiva.

6 SKLEPNO

Vse kaže, da je zakonodajalec tudi pri sankcioniranju kršitev dokaznih prepovedi oblikoval ureditev, ki zagotavlja nižjo raven varstva procesnih jamstev, kot jo zagotavlja kazenski postopek. To razlikovanje je še mogoče razumeti, če gre za neizogibno posledico upravnoprocesne narave hitrega postopka o prekršku. Težje

23 Glede na stališče Ustavnega sodišča RS v odločbi št. Up-120/97 je breme, kdaj opustitev pravice do zagovornika krni možnosti za učinkovito obrambo, na strani kršitelja oziroma obdolženca: »Vendar pa pritožnik niti ne zatrjuje, da bi se zaradi tega, ker za pravico do zagovornika ni vedel in si ga zato v postopku na prvi in na drugi stopnji ni vzel, ne mogel uspešno braniti. Dvom glede tega, da se je pritožnik mogel uspešno braniti sam, pa tudi iz drugih pritožnikovih navedb in gradiva iz spisa o postopku o prekršku, ki je bilo predloženo v postopku ustavne pritožbe, ne izhaja. Zadeva niti v dejanskem niti v pravnem pogledu ni zapletena. Prav tako niso izkazane druge okoliščine, ki bi utemeljevale sklep, da pritožniku ni bila zagotovljena možnost učinkovite obrambe.«

24 Gl. Gorkič, 2014.

pa ga je razumeti, če gre za sodni postopek o prekršku, pa naj bo to postopek z zahtevo za sodno varstvo ali redni sodni postopek. Ni videti prepričljivega razloga, da ne bi tudi v postopku o prekršku fizično izločili nedovoljenega gradiva iz spisa in hkrati zagotovili pravice do nepristranskega sodnika, kot to narekuje odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-92/96-27 z dne 21. 3. 2002. V tem trenutku ZP-1 od prekrškovnega organa in od sodnika zahteva le, da si zatisneta oči pred nedovoljenim dokazom.

V drugih primerih pa vsaj za zdaj na zakonski ravni ni videti, da bi drugačna, bolj skopa ureditev sankcioniranja dokaznih prepovedi imela posebne posledice za sodni prekrškovni postopek. Varstvo procesnih jamstev je v sodnem postopku o prekrških zagotovljeno na ravni, primerljivi varstvu v kazenskem postopku. Deloma to zagotavljata določbi 62. in 155. člena ZP-1, najbolj pa sama Ustava RS. Ker se določbe o človekovih pravicah uresničujejo neposredno na podlagi Ustave RS (prvi odstavek 15. člena), lahko podobne učinke, kot jih dosežemo z zakonskim normiranjem sankcioniranja dokaznih prepovedi, dosežemo z ustrezno razlago in uporabo ustavnih določil.

UPORABLJENI VIRI:

- Gorkič, P.: Dokazi, pridobljeni pri carinskem nadzoru ob prehodu državne meje, v kazenskem postopku, v: Pravna praksa 30 (2011) 30/31, str. 9–11.
- Gorkič, P.: Edicijska dolžnost domnevnega storilca v kazenskem postopku, Pravnik 69 (2014a) 5–6, str. 373–389.
- Gorkič, P.: Načelo sorazmernosti in izločanje nezakonitih dokazov v slovenskem pravu: drugi del, Pravna praksa, 33 (2014b) 5, pril. str. I–VIII.
- Gorkič, P.: Postopek o prekrških: »koliko« varstva človekovih pravic, Zbornik 2. dnevov prekrškovnega prava, GV Založba, 2007, str. 143 in sl.
- Gorkič, P.: Procesna dejanja obdolženca v kazenskem postopku, doktorska disertacija, Ljubljana 2009.
- Gorkič, P.: Smiselna uporaba pravil kazenskega procesnega prava v postopku o prekrških – v luči temeljnih postopkovnih načel, Zbornik 1. dnevov prekrškovnega prava, GV Založba, 2006, str. 78–86.
- Jenull, H. (red.), in soavtorji: Zakon o prekršku s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2009.
- Selinšek, L.: Pravna dopustnost dokazov, zbranih v nekazenskih postopkih, v: Zbornik 2. konference kazenskega prava in kriminologije, GV Založba, Ljubljana, 2009, str. 75–84.
- Selinšek, L.: Učinek privilegija zoper samoobtožbo na dopustnost dokazov iz nekazenskih postopkov, v: Pravnik 65 (2010) 5/6, str. 301–326.
- Šugman Stubbs, K., in Gorkič, P.: Dokazovanje v kazenskem postopku, GV Založba, Ljubljana 2011.

ODSTOP OD POGODBE, RAZVEZA POGODBE PRI DALJ ČASA TRAJAJOČIH POGODBENIH RAZMERJIH

Franc Seljak
višji sodnik
Višje sodišče v Ljubljani

I. UVOD

1. Čas kot pojmovna kategorija v obligacijskih razmerjih

Če se v naravoslovnem smislu čas pojmuje kot četrta dimenzija prostora, se kot pravna kategorija običajno pojmuje v dvojnem smislu:

- kot enodimenzionalna točka na časovni premici, na katero pravni red veže določeno pravno posledico (na primer čas sklenitve pogodbe, čas nastanka škode, dospelost terjatve ipd.), ali
- kot dvodimenzionalni časovni interval na tej premici, ki predpostavlja vezanje pravnih posledic na določeno časovno obdobje (na primer rok izpolnitve obveznosti, čas veljavnosti pogodbe, odpovedni rok ...).

2. Opredelitev pojma »trajnosti« v obligacijskem razmerju

Obligacijska razmerja se med seboj razlikujejo:

- po načinu izpolnitvenega ravnanja, h kateremu je zavezan dolжник: storitev, dopustitev, opustitev,
- po tem, ali je izpolnitvena obveznost izpolnjena z enkratnim ravnanjem ali pa od dolžnika zahteva večkratno ravnanje oziroma trajajoče ravnanje. Samo pri slednjih je torej vključena časovna komponenta trajanja.

Teorija opredeljuje, da se kot trajna obligacijska razmerja pogosto kažejo predvsem tista, pri katerih je predmet opustitev ali dopustitev,¹ pri čemer pa se tudi tovrstno ravnanje lahko kaže v obliki enkratne opustitve ali dopustitve. Vendar zgolj vsebovanje komponente trajanja časa še ni zadosten pogoj za opredelitev posameznega obligacijskega razmerja kot trajnega. Na primer:

- pogodba z izpolnitvijo, vezana na rok ali pogoj,
- pogodba o prodaji na obroke,
- posojilna pogodba z obročnim odplačilom,
- prevozna pogodba.

¹ Juhart, str. 438.

Obligacijski zakonik² pojem trajnosti obravnava v splošnem delu predvsem v luči obravnavanja preteka časa kot enega od drugih načinov prenehanja obveznosti. Čeprav ne opredeljuje pojma trajnega razmerja, pa obravnava trajno razmerje z vidika prenehanja v dveh variantah:

- trajno dolžniško razmerje, ki ima določen rok trajanja (332. člen OZ),
- trajno dolžniško razmerje, v katerem čas trajanja ni določen (prvi odstavek 333. člena OZ).

Ob tem zakonskem razlikovanju je treba opozoriti na terminološko nedoslednost, ko se tudi v sodnih odločbah včasih kot trajna obligacijska razmerja opredeljujejo zgolj tista, v katerih ni določena dolžina trajanja. Zgolj okoliščina, da sta pogodbeni stranki v stipulacijski fazi razmerja³ v okviru pogodbene avtonomije⁴ trajanje pogodbenega razmerja časovno omejili, to ne spreminja narave razmerja kot trajnega obligacijskega razmerja. V tej luči kot trajnih ne bi mogli opredeliti tistih razmerij, v katerih gre v bistvu za enkratno izpolnitev, čeprav se ta realizira v obliki večkratnih delnih izpolnitev. Med tovrstna (netrajna) razmerja je zato treba uvrstiti že omenjene pogodbe o obročni prodaji ali posojilne pogodbe z obročnim odplačilom. V tovrstnih razmerjih je namreč element trajanja izražen zgolj v modaliteti načina protiizpolnitve dolžnika glede na enkratno izpolnitev nasprotne pogodbene stranke. Odpira se vprašanje, kako v tem smislu obravnavati na primer pogodbo o lizingu. Upošteva se uporabo pojma trajnega obligacijskega razmerja v OZ bi bila pravilnejša opredelitev trajnejšega obligacijskega razmerja kot obligacijsko razmerje, katerega narava izpolnitvenih obveznosti omogoča, da v sklenitveni fazi dolžina trajanja le-tega ne bi bila časovno omejena. Ob takem kriteriju je tudi pogodbo o lizingu treba uvrstiti med netrajna pogodbena razmerja.

Ob uporabi tega kriterija je mogoče nominatne pogodbe, ki so urejene v posebnem delu OZ, razvrstiti med:

- pogodbe, ki temeljijo na enkratni izpolnitvi: prodajna pogodba, menjalna pogodba, darilna pogodba, posojilna pogodba, pogodba o delu, prevozna pogodba ...,
- pogodbe, ki se po naravi izpolnitvenega ravnanja praviloma kažejo kot trajno pogodbeno razmerje: posodbeno pogodba, shranjevalna pogodba, zakupna pogodba, licenčna pogodba ...

Seveda pa ta ločnica ni ostro zarisana, zlasti ob upoštevanju že omenjenega načela pogodbene avtonomije, ki omogoča, da se kot trajna razmerja oblikujejo tudi tista, ki izhajajo iz pogodbe, katere tipična izpolnitev je enkratno izpolnitveno dejanje.

Primer: Nakup jutranje žemljice je najenostavnejša oblika prodajne pogodbe v smislu enkratne izpolnitve. Kadar pa osnovna šola sklene pogodbo s pekarskim podjetjem o vsakodnevni dobavi določene količine kruha za šolsko kuhinjo, bo to pogodbeno razmerje, ki prav tako temelji na prodajni pogodbi, preraslo v trajno razmerje.

2 Uradni list RS št. 83/01, 32/04, 28/04, 28/06, 28/06 – odl. US, 40/2007 – v nadaljevanju OZ.

3 Cigoj, str. 1137.

4 3. člen OZ.

Ob tem je treba opozoriti na očitno neenotna stališča teorije o tem, ali trajno pogodbeno razmerje izgubi status trajnega razmerja, če je opredeljena dolžina trajanja zelo kratka.⁵

3. Narava krovnih pogodb, pogodb o poslovnem sodelovanju, okvirnih sporazumov

Pogodbene stranke (zlasti v okviru gospodarskega poslovanja) pogosto sklepajo pogodbe, ki jih poimenujejo z navedenimi nazivi. Glavni namen je običajno poenotiti pogoje poslovanja med strankama v določenem časovnem obdobju. Lahko se zastavi vprašanje, ali sklenitev tovrstne pogodbe že vzpostavlja trajno pogodbeno razmerje med strankama. Odgovor je treba poiskati v analizi vsebine izpolnitvenih obveznosti, ki jih je prevzela posamezna stranka. Odgovor bi bil pritrdilen, če bi že tovrstna pogodba vzpostavljala dolžna ravnanja strank v dogovorjenem obdobju. Če pa stranki s pogodbo zgolj enotno opredeljujeta skupne elemente posameznih izpolnitev iz pozneje sklenjenih pogodb (na primer rok plačila, odpovedni rok, prevozne klavzule ipd.), pa bo tak dogovor učinkoval šele kot sestavni del pozneje sklenjene posamezne pogodbe. Včasih imajo tovrstni dogovori tudi neposredno zakonsko podlago.⁶

4. Sistematika obravnavanih razmerij

Ker je namen prispevka obravnavanje pravnih vprašanj v povezavi s prenehanjem trajnih pogodbenih razmerij, bo v nadaljevanju najprej prikazano, kako se je izoblikovala sodna praksa glede splošnih določb 332. in 333. člena OZ. Zatem pa bodo prikazana še stališča sodne prakse v zvezi s položaji pogodbenih strank v trajnih pogodbenih razmerjih, ki imajo posebno zakonsko podlago. Pri tem bodo zajeta predvsem tista tipska pogodbeno razmerja, iz katerih izvira dobršen del gospodarskih sporov pred našimi sodišči.

II. OBLIKOVALNA UPRAVIČENJA STRANK V TRAJNIH POGODBENIH RAZMERJIH

1. Načelna opredelitev

Trajna pogodbeno razmerje so torej usmerjena v ponavljajoča se ravnanja pogodbenih strank oziroma ohranjanje vzpostavljenih odnosov med pogodbenimi strankami na podlagi prevzetih pogodbenih obveznosti. Tako kot drugi medčloveški odnosi so tudi pravna razmerja podvržena minljivosti oziroma časovni omejenosti. Četudi OZ z vidika časovne omejenosti razločuje kategorijo trajnih pogodbenih razmerij z določenim rokom trajanja (332. člen) od trajnih pogodbenih razmerij, pri katerih trajanje ni določeno (333. člen), pa to ne pomeni, da se v drugem primeru izhaja iz predpostavke, da bodo ta razmerja trajala neskončno dolgo. Položaja

5 Juhart, str. 439, zastopa stališče, da ima tudi 15-minutni najem čolna značaj trajnega obligacijskega razmerja. Pri tem pa opozarja tudi na drugačna stališča teorije.

6 Na primer okvirni sporazum v smislu 12. točke prvega odstavka 2. člena Zakona o javnem naročanju, Uradni list RS, št. 128/06 – ZJN-2.

strank se pri obeh kategorijah trajnih pogodbenih razmerij razlikujeta le po tem, kako se opredeli ta nujna značilnost vsakega pogodbenega razmerja, to je, da bo v določenem trenutku prenehalo. Zakon namreč pogodbenim strankam omogoča, da bo pogodbeno razmerje veljavno sklenjeno, četudi ta časovna kategorija še ni jasna ob sami vzpostavitvi pogodbenega razmerja. V tem primeru seveda ni nobenih ovir, da pogodbene stranke te »pomanjkljivosti« pogodbe ne bi mogle sporazumno odpraviti tudi med trajanjem pogodbe. To izhaja iz samega načela pogodbene avtonomije. Zato se ta primer v ničemer ne razlikuje od primera, ko je bilo trajanje pogodbenega razmerja določeno že ob sklenitvi pogodbe.

2. Prenehanje pogodbenih razmerij z določenim rokom trajanja

Pri trajnih pogodbenih razmerjih z določenim rokom trajanja je jasno, da pogodbeno razmerje preneha z iztekom dogovorjenega roka. To je razvidno iz besedila 332. člena OZ, ki se glasi:

Trajno dolžniško razmerje z določenim rokom trajanja preneha, ko preteče rok, razen če pogodba ali zakon določa, da je po tem roku dolžniško razmerje podaljšano za nedoločen čas, če ni pravočasno odpovedano.

Tako je Vrhovno sodišče RS (v nadaljevanju: VSRS) utemeljilo v sodbi III Ips 110/2006 z dne 26. 9. 2006:

Na podlagi ugotovitve, da sta pravnici stranki predmet svojih obveznosti vezali le in izključno na točno določeno pogodbo (med toženo stranko in V.), ki je bila sklenjena za obdobje do konca leta 1994, je razlaga, da je bil tudi med pravnima strankama določen končen rok njunega dolžniškega razmerja, pravilna. S potekom roka, to je 31. 12. 1994, je razmerje med strankama prenehalo (357. člen takrat veljavnega ZOR, zdaj enako 332. člen OZ). Zato tožeča stranka na tej podlagi ne more zahtevati provizije od prodanega blaga po koncu leta 1994.

Iz drugega dela besedila 332. člena pa izhaja, da zakon nekako olajšuje možnost nadaljnje ohranitve pogodbenega razmerja. Jasno je, da pogodbeno avtonomija ne omejuje pogodbenih strank, da trajanje pogodbenega razmerja podaljšajo za naslednje časovno obdobje. Splošno določilo 332. člena OZ pa favorizira ohranjanje pogodbenega razmerja tudi tako, da se v primeru pogodbenega dogovora ali specialne zakonske določbe časovno omejeno razmerje podaljša za nedoločen čas, če ni pravočasno odpovedano. Primer pogodbenega dogovora obravnava sodba VSK I Cpg 118/2000 z dne 4. 4. 2000:

In že v prvotnem dogovoru je bilo izrecno navedeno, da tožeča stranka pristopa k toženi stranki kot kolektivni član, pri čemer je bil določen delež članarine, ki ga prejema tožena stranka. Ta dogovor je bil sklenjen za eno leto z možnostjo vsakoletnega obnavljanja. Vsebinsko nadaljevanje (v razširjeni obliki) prvotnega dogovora predstavlja torej dogovor z dne 11. 2. 1991, ki je bil res sklenjen le do 31. 12. 1991, vendar je bilo to razmerje očitno molče podaljšano za nedoločen čas (357. čl. Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR), saj je tožeča stranka tudi po navedenem datumu in vse do aprila 1994

plačevala članarino. Zato ni utemeljena trditev tožeče stranke, da je izvršila plačilo članarine v času od 1. 1. 1993 do aprila 1994 brez pravnega temelja in torej tudi ni utemeljen njen zahtevek iz tega naslova, ki ga je sodišče prve stopnje upravičeno zavrnilo.

Primer zakonske podlage za podaljšanje pogodbenega razmerja za nedoločen čas je drugi odstavek 27. člena Zakona o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih:⁷

Če je bila najemna pogodba sklenjena za določen čas, se šteje, da je obnovljena za nedoločen čas, če najemnik tudi po preteku časa, za katerega je bila pogodba sklenjena, poslovno stavbo oziroma poslovni prostor še naprej uporablja, najemodajalec pa v roku enega meseca po preteku tega časa ne vloži pri pristojnem sodišču zahteve za izdajo naloga za izpraznitev poslovne stavbe oziroma poslovnega prostora.

Tudi OZ ima pri posameznih pogodbah podobna določila: na primer drugi odstavek 831. člena za agencijsko pogodbo:

2) Če obe stranki pogodbo iz prvega odstavka izpolnjujeta tudi po izteku časa, za katerega je bila sklenjena, gre za pogodbo, sklenjeno za nedoločen čas. Pri določitvi odpovednega roka se upošteva čas, ki je potekel od sklenitve pogodbe, kot velja za prenehanje pogodbe, sklenjene za nedoločen čas.

VSRS je tako v sklepu III Ips 38/2014 z dne 2. 9. 2014 pojasnilo:

Določba 831. člena OZ pride v poštev ne glede na obličnost. Tudi v primeru, ko je določena obvezna oblika, se namreč pogodba lahko transformira v pogodbo, sklenjeno za nedoločen čas, če jo stranki izpolnjujeta po izteku časa, za katerega je bila sklenjena.

3. Odpoved pogodbe – enostransko oblikovalno upravičenje

Da bi bil položaj pogodbenih strank uravnotežen tudi v obratni smeri v smislu možnosti časovne omejitve pogodbenih razmerij z nedoločenim rokom trajanja, zakon daje vsaki stranki enostransko oblikovalno upravičenje v obliki odpovedi pogodbe.⁸ To upravičenje je nekako odraz temeljnega načela prostega urejanja obligacijskih razmerij iz 3. člena OZ. Nobena pogodbeni stranka, ki je sklenila pogodbo z neopredeljenim rokom trajanja, ne more biti ujetnica te svoje (poslovne ali zasebne) odločitve, da bi morala vztrajati neomejeno dolgo časa v takem razmerju. Uveljavljanje tega enostranskega upravičenja je urejeno v 333. členu OZ, ki se glasi:

1) Če trajanje dolžniškega razmerja ni določeno, ga vsaka stranka lahko prekine z odpovedjo.

⁷ Uradni list SRS, št. 18/1974, 34/1988, 5/1990, Uradni list RS – stari, št. 10/1991, Uradni list RS/l, št. 17/1991 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/1993, 66/1993, 32/2000, 102/2002 – odl. US, 87/2011 – ZMVN-A.

⁸ Pri tem je treba opozoriti na terminološko nedoslednost, ko različni zakoni tako enostransko oblikovalno upravičenje včasih opredeljujejo kot pravico do odpovedi pogodbe, drugič pa kot pravico do odstopa od pogodbe.

- 2) *Odpoved mora biti vročena drugi stranki.*
- 3) *Odpoved se sme dati ob vsakem, vendar ne ob neprimernem času.*
- 4) *Odpovedano dolžniško razmerje preneha, ko preteče s pogodbo določeni odpovedni rok, če takšen rok ni določen s pogodbo, pa po preteku z zakonom določenega, običajnega oziroma primernege roka.*
- 5) *Stranki se lahko dogovorita, da bo njuno dolžniško razmerje prenehalo s samo vročitvijo odpovedi, če za določen primer zakon ne odreja kaj drugega.*
- 6) *Upnik ima pravico zahtevati od dolžnika tisto, kar je zapadlo, preden je obveznost prenehala s pretekom roka ali z odpovedjo.*

Upravičenju do odpovedi pogodbe se posamezna stranka vnaprej ne more odpovedati. Tako pogodbeno določilo bi bilo nično, saj bi nasprotovalo kogentnemu zakonskemu predpisu (prvi odstavek 86. člena OZ). Prav tako pa nasprotna stranka uveljavljanju takega oblikovalnega upravičenja ne more nasprotovati, če je skladno z zakonskimi oziroma pogodbeno dogovorjenimi pogoji. Pogodbene stranke s pogodbo sicer lahko podrobneje uredijo način uresničevanja tega upravičenja (na primer z določitvijo odpovednega roka, načina vročanja odpovedi ipd.). Vendar bi stranka pogodbe lahko upravičeno uveljavljala sankcijo ničnosti, če bi ji s pogodbo dogovorjeni pogoji nesorazmerno otežili možnost uveljavljanja te pravice. Argumenti za tako stališče so razvidni tudi iz obrazložitve sklepa VSL I Cpg 1110/2011 z dne 8. 11. 2011:

Pravdni stranki sta se v 15. členu pogodbe izrecno dogovorili, da lahko od pogodbe, sklenjene za nedoločen čas, odstopita, če nastopijo objektivne okoliščine, ki onemogočajo uresničevanje te pogodbe, ali če pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank. Z navedenim pogodbenim določilom sta pravdni stranki torej odstop od pogodbe uredili tako, da sta enostransko odpoved pogodbe omejili.

Pritožbeno sodišče se nato ni sklicevalo na ničnost takega določila, temveč na potrebnost razlage takega določila v korist tožeče stranke s sklicevanjem na 83. člen OZ.

4. Ali je upravičenje do odpovedi priznati tudi strankam pogodbe z določenim rokom trajanja?

Zelo kategoričen odgovor na to vprašanje daje sodba VSRS III Ips 1/2011 z dne 20. 3. 2013:

Glede trajnih dolžniških razmerij z določenim rokom trajanja je v 332. členu OZ določeno, da prenehajo, ko preteče rok. Ta določba v bistvu pomeni izpeljavo načela, ki je vsebovano v prvem odstavku 9. člena OZ(1) in sledi splošnemu pravilu iz prvega odstavka 270. člena OZ: pove, kdaj je „izpolnjena“ obveznost iz časovno opredeljenega trajnega dolžniškega razmerja. Samo za trajna dolžniška razmerja za nedoločen čas je v prvem odstavku 333. člena OZ določeno, da ga vsaka stranka lahko prekine z (enostransko) odpovedjo. Enostransko oblikovalno upravičenje, ki ga vsaki stranki v tem primeru daje zakon, ne temelji na tem, da bi bile pogodbe, ki ustvarjajo trajna dolžniška razmerja, za stranke kakor koli manj zavezujoče. Tudi za te pogodbe velja

*neokrnjeno načelo pacta sunt servanda. Možnost, da vsaka stranka doseže prekinitev takšnega razmerja že z enostransko izjavo volje, izhaja iz tega, da obligacijsko razmerje že po svoji naravi ni neskončno, tudi z razlago pa ni mogoče ugotoviti, kdaj je pogodba, ki je ustvarila razmerje za nedoločen čas, „izpolnjena“.*⁹

Zelo jasno stališče VSRS mogoče vendarle zahteva malce komentarja. Iz obrazložitve je razvidno, da se je tožena stranka sklicevala na zakonsko upravičenje, ki pa pripada le stranki trajnega pogodbenega razmerja, ki časovno ni omejeno. Izven dejanskega okvira citirane sodbe III Ips 1/2011 se zato zastavlja vprašanje dopustnosti pogodbeno dogovorjenega tovrstnega oblikovalnega upravičenja v primeru trajnega pogodbenega razmerja z določenim rokom trajanja. Ali bi bil utemeljen ugovor ničnosti pogodbenega določila, s katerim bi pogodbeni stranki časovno določili trajanje najemne pogodbe na primer za dobo 10 let, hkrati pa bi si pridržali pravico, da po poteku 5 let katera koli stranka uveljavlja odpoved s 6-mesečnim odpovednim rokom? Sam ne vidim razlogov za nedopustnost tovrstnega dogovora. Če sta pogodbeni stranki v smislu 3. člena OZ zavestno dopustili možnost, da kljub opredelitvi daljšega roka trajanja lahko pride do predčasnega prenehanja pogodbenega razmerja, je položaj strank zelo primerljiv z dopustnim dogovorom o trajanju pogodbe za krajše obdobje, s prehodom v pogodbo za nedoločen čas, ki pa vsaki stranki daje enostransko odstopno upravičenje.

Pri obravnavanju dopustnosti upravičenja do odpovedi pri časovno omejenih trajnih pogodbenih razmerjih pa je treba opozoriti še na en vidik. Zakon ne daje omejitve glede **časovnega obdobja, za katero je lahko dogovorjeno trajanje pogodbenega razmerja**. Vendar pa ta čas ne more biti nerazumno dolg, izven namena, ki sta ga stranki zasledovali s pogodbo. Načeloma ni mogoče izključiti dopustnosti sklenitve najemne pogodbe za nepremičnino za obdobje 99 let. Če pa bi tak rok trajanja pogodbe vsilila močnejša stranka (na primer zavarovalnica pri pogodbi o zavarovanju te nepremičnine) predvsem zato, da bi tako sopogodbeniku odvzela možnost uveljavljanja upravičenja do odpovedi pogodbe, bi bilo to pogodbeno določilo nično, v posledici česar bi bilo ob pogojih iz prvega odstavka 88. člena OZ šteti za nezapisano in s tem bi bilo posamezni stranki treba priznati tako oblikovalno upravičenje.¹⁰ Podobno bi bilo treba odpovedno upravičenje priznati tudi v primeru, da bi pogodbeni stranki pri časovno omejenem trajnem pogodbenem razmerju samo eni stranki dali upravičenje za podaljševanje pogodbenega razmerja za naslednje časovno obdobje. Pogodbena stranka, ki takega upravičenja nima, ne more biti v slabšem položaju kot v primeru, da bi bilo pogodbeno razmerje podaljšano za nedoločen čas.

5. Katero trajno pogodbeno razmerje bi lahko opredelili kot trdnejše z vidika trajanja: časovno omejeno ali neomejeno trajno razmerje?

Ob tako opredeljenih položajih pogodbenih strank v trajnih pogodbenih razmerjih odgovor na kategorični ravni ni mogoč. Pogodbeno razmerje, ki je časovno omejeno,

9 Enako stališče izhaja tudi iz odločb višjih sodišč: VSL I Cpg 1293/2011 z dne 18. 10. 2012, VSC Cpg 333/2013 z dne 20. 11. 2013, VSL I Cpg 1120/2012 z dne 20. 11. 2013, VSL I Cpg 967/2009.

10 Juhart, str. 439.

po eni strani zamejuje čas trajanja, po drugi strani pa strankam daje jamstvo, da bodo za to obdobje upravičeno lahko uveljavljale izpolnitev obveznosti od druge stranke. Po drugi strani pa je pri časovno neomejenem trajnem pogodbenem razmerju trajanje negotovo glede na možnost uveljavljanja odstopnega upravičenja. Trdnost razmerja je torej zagotovljena le znotraj odpovednega roka. Odgovor na zastavljeno vprašanje je torej mogoč le na konkretni ravni. Če primerjamo že omenjeni življenjski primer 15-minutnega najema čolna z oddajo čolna v najem za nedoločen čas, ne more biti dileme, katera pogodba je trdnejša z vidika trajanja. Če pa primerjamo položaj strank v zakupni pogodbi, sklenjeni za dobo 20 let z enako pogodbo, sklenjeno za nedoločen čas, pa bo ocena trdnosti pogodbe verjetno nasprotna.

6. Primernost časa za uveljavljanje odpovednega upravičenja

Sodba VSK Cpg 214/2007 z dne 14. 3. 2008 s tem v zvezi postavlja naslednji kriterij:

Trajno dolžniško razmerje se lahko odpove ob vsakem, vendar ne ob neprimernem času. Neprimerni čas za odpoved pomeni obstoj okoliščin, ki bi drugi pogodbeni stranki povzročile neupravičeno škodo.

7. Razmerje med upravičenjem do odpovedi pogodbe po 333. členu OZ in odstopnim upravičenjem zaradi kršitve pogodbe

Pravica do uveljavljanja oblikovalnega upravičenja po 333. členu OZ v ničemer ne izključuje pravice pogodbi zveste stranke za uveljavljanje odstopnega upravičenja zaradi neizpolnitve ali napačne izpolnitve nasprotne stranke. Tako je VSL v sklepu I Cpg 27/2001 z dne 15. 5. 2001 pojasnilo:

Trajno dolžniško razmerje, kakršno se (nesporno) zatrjuje tudi glede pogodbe o poslovnem sodelovanju med pravnima strankama, se po določbi prvega odstavka 358. člena ZOR lahko prekine z odpovedjo. Ker odpovednega roka pravnici stranki v svojem poslovnem razmerju nista določili, bi odpovedano obligacijsko razmerje prenehalo po preteku z zakonom določenega običajnega oziroma primerne roka (četrti odstavek istega člena). Vendar pa, kot pritožba pravilno opozarja, v konkretnem primeru ni šlo za enostransko izjavo tožene stranke kot opcije, ki jo po tem pravnem določilu ima. Šlo je za njen odstop od pogodbe, ker naj bi tožnik kršil poslovne običaje in povzročal škodo, zaradi česar bi se v posledici ne mogel sklicevati na pravico do primerne odpovednega roka po četrtem odstavku 358. člena ZOR.

Če bi pogodbene stranke sočasno uveljavljale prenehanje pogodbe na različnih navedenih podlagah, uveljavljanje na eni podlagi ne bi izključevalo možnosti uveljavljanja tudi na drugi. Katero upravičenje bo prej doseglo isti cilj, to je prenehanje pogodbenega razmerja, je pač stvar dejanskih okoliščin v konkretnem primeru.

8. Načini uveljavljanja odpovedi trajnega pogodbenega razmerja

a) 333. člen OZ opredeljuje osnovni način, to je **z vročitvijo odpovedi drugi stranki**. Tu se zastavlja vprašanje, ali je besedo vročanje treba razumeti v smislu procesnih pravil vročanja, ki veljajo za sodišča po ZPP. Menim, da je taka razlaga prestroga, zato je treba besedilo drugega odstavka 333. člena OZ razumeti kot izjavo volje ene stranke, ki mora biti posredovana drugi stranki. Juhart se pri tem sklicuje na pravilo iz 53. člena OZ.¹¹

Seveda pa imajo pogodbene stranke pravico, da s pogodbo dogovorijo način uveljavljanja te pravice. To največkrat storijo z naslednjimi klavzulami:

- dogovorjena obličnost odpovedi (pisna oblika, notarsko overjena izjava ipd.),
- dogovorjen način vročanja odpovedi (npr. s priporočeno pošto pošiljko),
- dogovorjen rok, v katerem je odpoved izključena (npr. prvih 5 let od sklenitve pogodbe), ali
- dogovorjen čas, v katerem naj se da izjava o odpovedi pogodbe (npr. mesec dni pred koncem koledarskega leta).

Kot rečeno, pa ti dogovori ne smejo nerazumno omejevati pravice do odpovednega ali odstopnega upravičenja posamezni pogodbeni stranki.

b) Ker pa zakon včasih želi posebej zaščititi položaj posamezne stranke v pogodbenem razmerju, lahko predpiše strožji način uveljavljanja odstopnega upravičenja, to je **z vložitvijo tožbe** pri pristojnem sodišču. Taki primeri sodne uveljavitve odpovedi trajnega pogodbenega razmerja so:

- 26. člen ZPSPP,
- tretji odstavek 112. člena Stanovanjskega zakona.¹²

Ali bi bil dopusten dogovor med pogodbenima strankama o takem strožjem (sodnem) načinu odpovedi pogodbenega razmerja? Ne, saj bi pogodbeni stranki tako dogovarjali vprašanje stvarne pristojnosti sodišč, kar je v izključni pristojnosti urejanja zakonodajalca z zakonom.

III. PRENEHANJE NAJEMNEGA RAZMERJA PO ZPSPP

Na začetku velja opozoriti, da je pri interpretaciji tega zakona treba upoštevati, da je bil zakon sprejet v povsem drugačnih družbenih razmerah, še pred uveljavitvijo ZOR. Zato je tudi določbe, ki imajo namen urejanja klasičnih civilnopравnih institutov in so deloma terminološko nejasne, treba razlagati z uveljavljenimi razlagalnimi metodami.

¹¹ Juhart, str. 442.

¹² Uradni list RS, št. 69/2003, 18/2004 – ZVKSES, 47/2006 – ZEN, 45/2008 – ZVEiL, 57/2008, 90/2009 – odl. US, 56/2011 – odl. US, 87/2011, 62/2010 – ZUPJS, 40/2011 – ZUPJS-A, 40/2012 – ZUJF – v nadaljevanju SZ-1.

1. Sporazumno prenehanje najemnega razmerja¹³

Pri sporazumnem prenehanju najemnega razmerja prihaja do spornih razmerij, ki se kažejo v sodnih sporih, predvsem v tistih primerih, ko je na sporazum treba sklepati iz konkludentnih dejanj pogodbenih strank.

Tako je VSRS v sodbi II Ips 576/92 z dne 10. 3. 1993 zapisalo:

Ker je bilo ugotovljeno, da je tožnik prostovoljno izpraznil poslovni prostor, je najemno razmerje sporazumno prenehalo.

O obstoju sporazuma na podlagi konkludentnih dejanj je sklepalo tudi v sodbi II Ips 882/1994 z dne 11. 7. 1996:

Vprašanje, ali je neko ravnanje mogoče šteti kot konkludentno pravnoposlovno ravnanje ali ne, je delno pravno, delno pa dejansko vprašanje. Dejstvo, da je tožnik brez pripomb prevzel ključne izpraznjenega poslovnega prostora, je sodišče druge stopnje v povezavi z »odpovedjo« najemnega razmerja s strani tožene stranke, ki ga je tožnik prejel 31. 3. 1992, z njim pa bil nesporno seznanjen po telefonu še pred prevzemom ključev, drugače ovrednotilo kot sodišče prve stopnje. To je na podlagi 3. in 4. točke 373. člena ZPP smelo storiti.

Za sporazumno prenehanje najemnega razmerja pa posebna obličnost ni predpisana (23. člen ZPSPP). Sodišče druge stopnje zato ni kršilo materialnega prava (tudi zakona o obligacijskih razmerjih ne), ko je presojalo, ali je najemno razmerje lahko prenehalo s konkludentnimi ravnanji pravnih (pogodbenih) strank.

Če bi tožnik želel uveljaviti domnevo iz 27. člena ZPSPP, bi tudi po mnenju revizijskega sodišča moral ukrepati takoj oziroma najpozneje potem, ko je sprejel ključne od nasprotne stranke. Ukrepati tako, da bi se skliceval na 27. člen ZPSPP in od tožene stranke zahteval plačilo najemnine za vtoževano obdobje.

2. Prenehanje pogodbenega razmerja na podlagi odpovedi pogodbe

Prenehanje na podlagi odpovedi pogodbe ureja 24. člen ZPSPP, ki opredeljuje minimalni odpovedni rok enega leta. Zakon izrecno opredeljuje sodno uveljavljanje odpovedi pogodbe (prvi odstavek 26. člena ZPSPP).

3. Odstop od pogodbe s takojšnjim učinkom

Gre za primere iz 28. člena ZPSPP, v katerih najemodajalec lahko uveljavlja odstop ne glede na pogodbene ali zakonske določbe o trajanju najema. V sodni praksi se pojavljajo skoraj izključno primeri uveljavljanja obeh krivdnih razlogov:

- protipogodbena uporaba poslovnih prostorov s posledico nastajanja občutnejše škode in
- zamujanje s plačilom najemnine za dva meseca od opomina najemodajalca.

¹³ Prvi odstavek 23. člena ZPSPP.

Materialnopravna predpostavka za (sodno) uveljavljanje odstopa od najemne pogodbe iz navedenih dveh krivdnih razlogov je predhodni opomin najemodajalca. Zakon ne opredeljuje obličnosti tega opomina, lahko pa je ta dogovorjena s pogodbo.

V zvezi z odstopnim razlogom neplačila najemnine toženci dostikrat izpodbijajo ta dejanski stan s sklicevanjem na **učinek pobotanja s terjatvami najemnika do najemodajalca** po 16. ali 22. členu ZPSPP. Tak ugovor pomeni materialnopravni ugovor neobstoja terjatve tožeče stranke na izpraznitev poslovnega prostora zaradi neobstoja denarne terjatve iz najemnine, ki je dejanska predpostavka zahteve za izpraznitev prostora. Samo po sebi je razumljivo, da bi se toženec lahko skliceval le na učinek pobotanja po 312. členu OZ in ne v smislu procesnega pobotnega ugovora. Glede (ne)obstoja nasprotne terjatve najemnika kot predpostavke materialnopravnega pobotanja se je VSRS izreklo v sodbi II Ips 923/2008 z dne 27. 10. 2011:

Ker toženec ni niti zatrjeval tožnikovega soglasja za investicijska vlaganja v najeti objekt, do pobota z dolžno najemnino ni prišlo. Odstop od pogodbe in izpraznitveni razlog sta zato utemeljena.

Glede druge predpostavke pobotanja, to je učinkovite pobotne izjave, ki izključuje odstop od pogodbe iz krivdnega razloga, pa je pojasnjeno v sodbi III Ips 11/1996 z dne 17. 4. 1996:

Najemodajalec lahko odstopi od najemne pogodbe za poslovni prostor, če najemnik v dveh mesecih po prejemu opomina ne izpolni svojih obveznosti iz najemne pogodbe (ne plača zaostale najemnine). Če ima nasprotno terjatev, lahko najemnik izpolni svojo obveznost s pobotom samo, če je dal pobotno izjavo pred potekom dvomesečnega roka od prejema opomina.

4. Prenehanje predmeta najema

Eden od razlogov za prenehanje najemne pogodbe je tudi prenehanje predmeta najema. To izhaja iz utemeljitve VSRS v sodbi II Ips 425/1998 z dne 17. 3. 1999, ko je najemnik zahteval od najemodajalca izročitev nadomestnih prostorov:

Glede na dogovorjeno obveznost najema je utemeljen zaključek, da je predmet sporne spolnitve strogo določen, to je species. Pri tako dogovorjenem predmetu izpolnitve tožnik po zakonu nima pravice izbire, to je pravice zahtevati od toženke, da mu na podlagi najemne pogodbe z dne 30. 12. 1994 izroči v najem povsem druge prostore.

Tožnikov zahtev, da mu toženka izroči nedoločeno število prostorov v drugih objektih, ki niso predmet dogovorjene najemne pogodbe z dne 30. 12. 1994, po povedanem nima podlage v zakonu (kot je to vsebinsko pravilno odločilo sodišče druge stopnje).

23. člen zakona o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih (Uradni list SRS, št. 18/74, naprej ZPSPP) res določa, da preneha najemna pogodba tudi, če preneha predmet najema.

Tega določila ni mogoče razumeti tako, da je najemodajalec vedno prost s pogodbo prevzete obveznosti, če je predmet najema uničen. Najemna pogodba

je dvostranski obveznost, odplačen in trajen posel tudi po določbah ZPSPP. Tudi za najemne pogodbe, sklenjene po določbah navedenega zakona, veljajo temeljna načela obligacijskega prava, med drugim načelo vestnosti in poštenja (12. člen zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR), načelo prepovedi zlorabe pravic (13. člen) in dolžnost izpolnitve obveznosti (17. člen).

Revizijsko sodišče je v tem primeru pojasnilo, da bi revidentu ob takem dejanskem stanju (predmet najema je bil uničen s strani tožene stranke) sicer šel odškodninski zahtevek, a ga ni uveljavljal.

Mogoče bi bilo izven dejanskega okvira revizijske sodbe zgolj treba dodati, da bi bil seveda zahtevek za nadomestno izpolnitev neutemeljen, tudi če predmeta najema ne bi bilo že ob sklenitvi najemne pogodbe, saj bi šlo za ničnostni razlog po 35. členu OZ.

5. Sodno uveljavljanje zahtevkov

Kot je bilo že omenjeno, 26. člen ZPSPP določa sodno obliko odpovedi najemne pogodbe:

Pogodba o najemu poslovnih prostorov se odpoveduje sodno. V odpovedi mora biti navedeno, do katerega dne se mora najemnik izseliti iz poslovne stavbe oziroma poslovnih prostorov in jih izročiti odpovedovalcu oziroma, do katerega dne jih je najemodajalec dolžan prevzeti.

Ob tako jasnem določilu ne bi smelo biti dileme glede načina uveljavljanja odpovednega upravičenja v tovrstnih trajnih pogodbenih razmerjih. Ob tem je treba upoštevati še določbo drugega odstavka 29. člena ZPSPP:

Na podlagi odpovedi najemodajalca in zahteve za izpraznitev poslovne stavbe oziroma poslovnega prostora izda sodišče nalog o izpraznitvi poslovne stavbe oziroma poslovnega prostora, če izhaja iz odpovedi ali zahteve in iz najemne pogodbe oziroma dokazil po prejšnjem členu, da ima najemodajalec pravico odpovedati ali zahtevati izpraznitev poslovne stavbe oziroma poslovnega prostora.

Zakon torej uveljavlja posebno obličnost uveljavljanja oblikovalnega upravičenja odpovedi pogodbe. Hkrati pa opredeljuje poseben **postopek izdaje izpraznitvenega naloga**. Ta sodna odločba predstavlja poenostavljeno obliko dajatvene odločbe, izdane že na tožbeni predlog tožeče stranke. Za postopek se smiselno uporabljajo pravila ZPP o plačilnem nalogu. Iz drugega odstavka 29. člena ZPSPP pa izhaja, da sodišče izda izpraznitveni nalog tako v primeru uveljavljanja odpovednega kot tudi odstopnega upravičenja. Tu pa se postavlja vprašanje, ali je položaj najemodajalca enak v obeh primerih z vidika tožbenega zahtevka, s katerim bo uveljavljal svoje upravičenje. Zato je treba odgovoriti na vprašanje, katero je tisto relevantno dejstvo, ki ima oblikovalni učinek v smislu prenehanja pogodbenega razmerja. Upoštevaje zastopana stališča v sodni praksi se ponujajo trije mogoči odgovori:

- oblikovalni učinek ustvarja vložitev tožbe, ki zato ne potrebuje oblikovalnega zahtevka za odpoved najemne pogodbe,

- oblikovalni učinek ustvarja vročitev take tožbe toženi stranki,
- oblikovalni učinek ima le sodba, zato mora tožba poleg dajatvenega zahtevka za izpraznitev poslovnega prostora vsebovati tudi oblikovalni zahtevek za prenehanje najemne pogodbe.

Glede na citirana določila ZPSPP je treba ločeno obravnavati položaja odpovedi pogodbe od položaja odstopa od pogodbe s takojšnjim učinkom. V prvem primeru namreč relevantno dejstvo z oblikovalnim učinkom še ne pomeni prenehanja najemnega razmerja, temveč šele začetek teka odpovednega roka.

a) Sodno uveljavljanje odstopnega upravičenja

Glede pogojev za tako odstopno upravičenje je jasna sodba VSRS III Ips 5/1995 z dne 7. 3. 1996:

Po drugi alineji 28. člena ZPSPP lahko najemodajalec odstopi od najemne pogodbe in zahteva izpraznitev poslovnega prostora ob vsakem času, če je najemnik v zamudi s plačilom najemnine dva meseca od dneva, ko ga je najemodajalec na to opozoril (izpolnjen mora biti samo ta pogoj, zakon ne zahteva še posebne odstopne izjave).

Podobno stališče verjetno izhaja tudi iz sodbe VSRS III Ips 101/1997 z dne 16. 9. 1997:

Sodišče izda nalog o izpraznitvi poslovnih prostorov tudi na podlagi zahteve za izpraznitev poslovnega prostora in ne samo na podlagi odpovedi najemodajalca. V primeru ugovora šele v odločbi o glavni stvari izreče, ali ostane nalog o izpraznitvi poslovnega prostora v veljavi ali pa se razveljavi. Zakon ne določa oblike opomina niti obveznosti najemodajalca, da opozori najemnika na pravne posledice nadaljnje protipogodbene uporabe poslovnega prostora.

Iz obrazložitve obeh sodb je razvidno, da je bil predmet spora utemeljenost izdaje izpraznitvenega naloga. Ali je zavzeta stališča revizijskega sodišča razumeti, kot da v primeru sodnega uveljavljanja izpraznitve poslovnega prostora zadostuje uveljavljanje izpraznitvenega naloga (drugi odstavek 29. člena ZPSPP) kot dajatvenega zahtevka brez oblikovalnega zahtevka za prenehanje pogodbe? Kaj naj bi v primeru odstopa od najemne pogodbe po 28. členu ustvarjalo oblikovalni učinek za prenehanje pogodbe? Je to že sam opomin najemodajalca in vložitev tožbe? V zbirki sodnih odločb nisem uspel najti primera, iz katerega bi bilo razvidno, da je tožeča stranka uveljavljala tako oblikovalni zahtevek za prenehanje najemne pogodbe kakor tudi dajatveni zahtevek za izpraznitev poslovnih prostorov.

b) Sodno uveljavljanje odpovedi pogodbe

Veliko bolj pestra so stališča sodne prakse, ko se vprašanje narave zahtevka postavlja pri sodnem uveljavljanju odpovedi najemne pogodbe. V tem primeru ni dvoma, da gre za strožji način uveljavljanja odstopnega upravičenja kot po splošnih

pravilih 333. člena OZ. Predstavljam nekaj stališč iz objavljene sodne prakse višjih sodišč, pri čemer nisem uspel najti judikata, v katerem bi se Vrhovno sodišče do tega vprašanja izrecno opredeljevalo.

VSL je v sodbi Cpg 1350/94 z dne 26. 9. 1995 zavzelo naslednje stališče:

Najemna pogodba, ki je bila sklenjena ali obnovljena za nedoločen čas, preneha z odpovedjo (prvi odstavek 24. člena ZPSPP), in sicer s potekom odpovednega roka, ki ne sme biti krajši od enega leta (drugi odstavek 24. člena ZPSPP). Pri tem ima vročitev tožbe najemniku značaj sodne odpovedi (prvi odstavek 26. člena ZPSPP).

V sodbi VSL I Cpg 398/2004 z dne 11. 1. 2005 pa je poudarjeno:

V zvezi s tem se zastavlja vprašanje, kako se v takih pravnih glasi tožbeni zahtevek. Nobenega dvoma ni, da se lahko glasi le na izpraznitev poslovnih prostorov in njihovo izročitev najemodajalcu (tožeči stranki). Sama odpoved najemne pogodbe (oziroma zahteva za izpraznitev) namreč ni del tožbenega zahtevka, je samo njegova podlaga (pravna in dejanska) in spada zato v tožbeno pripoved (naracijo). V primeru odpovedi najemne pogodbe se torej najemniku z nalogom ne »nalaga« tudi to, da je pogodba odpovedana. Ne gre niti za oblikovalni zahtevek oziroma za oblikovalno sodno odločbo, s katero bi sodišče izreklo prenehanje najemnega razmerja, ampak le za predhodno vprašanje, od katerega je odvisna utemeljenost tožbenega zahtevka oziroma utemeljenost naloga za izpraznitev.

Temu je sledilo tudi v sodbi I Cpg 888/2009 z dne 2. 12. 2009:

Odpoved najemodajalca sodi v trditveno podlago tožbe na izpraznitev in izročitev poslovnih prostorov in poseben oblikovalni tožbeni petiti za prenehanje najemnega razmerja ni potreben.

Tudi iz sodbe VSL II Cp 1805/2009 z dne 16. 9. 2009 izhaja:

Vročitev tožbe je treba šteti za sodno odpoved najema poslovnih prostorov. Tako stališče je logično, saj drugi odstavek 29. člena ZPSPP določa, da se na podlagi odpovedi najemodajalca in zahteve za izpraznitev poslovnega prostora izda nalog o njegovi izpraznitvi. Zakon pri tem ne določa, da mora biti odpoved najemne pogodbe za nedoločen čas uveljavljena s tožbenim zahtevkom. Odpoved najemnega razmerja se pri izpraznitvi poslovnega prostora postavlja kot predhodno vprašanje.

VSK je v sodbi Cpg 68/2010 z dne 17. 12. 2010 podobno argumentiralo:

... gre za to, da v primeru, ko stranka odpove najemno pogodbo za poslovni prostor, ki je sklenjena za nedoločen čas (za katero prvi odstavek 26. člena ZPSPP določa, da se odpoveduje sodno), izda pristojno sodišče nalog o izpraznitvi poslovnega prostora na podlagi drugega odstavka 29. člena ZPSPP, ne odloči pa hkrati o tem, da se odpoveduje najemna pogodba, ampak predstavlja odpoved najemodajalca (le) podlago za izdajo izpraznitvenega naloga.

Pri tem pa se je opredelilo:

Četudi se predmet najema (športni park) šteje kot poslovni prostor skladno z 2. členom ZPSPP, je bila v obravnavanem primeru najemna pogodba odpovedana sodno, ker ima vročitev tožbe najemniku (toženi stranki) značaj sodne odpovedi.

Utemeljitev sodbe VSL I Cpg 699/2013 z dne 10. 9. 2013:

Najemodajalec zahtevi iz drugega odstavka 26. člena ZPSPP lahko zadosti le, če pri tem upošteva datum, ko je pri sodišču vložil odpoved najemne pogodbe, sicer bi bil tek enoletnega odpovednega roka odvisen od negotove okoliščine, kdaj bo sodišče odpoved najemne pogodbe uspelo vročiti najemniku (toženi stranki). Tožeča stranka tako ne bi mogla določno opredeliti datuma izpraznitve in izročitve poslovnega prostora.¹⁴

Vse do zdaj navedene sodne odločbe (ki očitno predstavljajo prevladujočo sodno prakso) izhajajo iz predpostavke, da za tožbeno uveljavljanje odpovednega upravičenja ni treba uveljavljati oblikovalnega zahtevka. Nasprotno (očitno bolj osamljeno) stališče je zastopano v sodbi VSL I Cpg 1780/2009 z dne 16. 9. 2009:

Pogodba o najemu poslovnih prostorov se odpoveduje sodno. Najemna pogodba, sklenjena za nedoločen čas, zato lahko preneha le na podlagi sodne odločbe, v kateri sodišče odloči, da se najemno razmerje odpoveduje. Medsebojno razmerje med najemnikom in najemodajalcem se ne razveže le z enostransko izjavo enega izmed pogodbenikov, ampak mora zato obstajati sodna odločba, ki odpravi takšno pravno razmerje.

Poskušal bom predstaviti argumente v smeri ponovnega razmisleka o pravilnosti prevladujoče sodne prakse glede nepotrebности oblikovalnega zahtevka pri sodnem uveljavljanju odpovedi najemne pogodbe.

Sodna pristojnost za uveljavljanje odpovedi je zakonsko predpisan strožji način uveljavljanja odpovedi pogodbe. Ta je predpisan zaradi varstva pravnega prometa in v izogrnitev samovoljnim ravnanjem v obliki nedovoljene samopomoči, do katerih bi verjetno prihajalo, če bi se najemodajalci sklicevali na splošen način podajanja izjave o odpovedi najemniku. Gre vendarle za varstvo vzpostavljenih pogodbenih razmerij, tako da upravičenec lahko uveljavlja njihovo prenehanje le prek sodnega postopka. Ali je res mogoče razumeti besedno zvezo sodnega odpovedovanja najemne pogodbe zgolj v tem, da se v pogodbeno razmerje poseže z vložitvijo tožbe oziroma z vročitvijo tožbe nasprotni stranki? Kakšen namen bi v takem primeru zasledoval zakon? Če bi oblikovalni učinek vezali na vložitev tožbe, bi bila taka rešitev predvsem v korist najemodajalca, ki bi posegel v pogodbeno razmerje brez stika z najemnikom. Težko bi interpretirali, da je tako uveljavljanje odstopnega upravičenja strožje od splošnega pravila iz 333. člena OZ. Podobno velja tudi v primeru razlage, da v smislu odstopa učinkuje vročitev tožbe najemniku, saj bi bilo sodišče v smislu zagotovitve sodne odpovedi zgolj v vlogi vročevalca izjave

¹⁴ Enako tudi VSL I Cpg 286/2013, I Cpg 281/2001.

tožnika nasprotni stranki. Ob navedenih interpretacijah se pojavi še vprašanje razmerja med odpovedjo pogodbe in uveljavljanim dajatvenim zahtevkom v obliki izpraznitvenega naloga. Ni dvoma, da je uveljavljanje izpraznitvenega naloga vezano na prenehanje najemne pogodbe. Če pa odpoved pogodbe ni vezana na samo sodbo, bi lahko prišlo do situacije, da bi pogodba prenehala, še preden bi bila izdana sodba glede izpraznitvenega naloga. Primer: enoletni odpovedni rok se izteče še pred koncem pravnega postopka. Kaj v primeru, da bi tožnik naknadno umaknil tožbo? Ali bomo šteli, da je pogodba ponovno oživila?

Upošteva je navedeno mi je prepričljivejša razlaga, da je sodno odpovedovanje pogodbe treba razumeti le tako, da ustvarja oblikovalen učinek v smeri začetka teka odpovednega roka šele sodba sodišča. Tak učinek bo lahko dosežen samo, če bo to uveljavljano z oblikovalnim zahtevkom poleg dajatvenega zahtevka za izpraznitev poslovnih prostorov.

Ne nazadnje pa v prid taki razlagi govori tudi argument, da ni videti razumnega razloga za drugačno interpretacijo zelo podobnega določila o tožbenem uveljavljanju odpovedi najemne pogodbe v četrtem odstavku 112. člena SZ-1. Kot bo pojasnjeno v nadaljevanju, je v tem delu sodna praksa povsem enotna, da se odpoved uveljavlja z oblikovalnim tožbenim zahtevkom.

6. Odpoved s strani najemnika

Še bolj nejasen pa je zakon v delu, ki se nanaša na odpoved s strani najemnika. Iz določb 26. člena ZPSPP o sodnem odpovedovanju pogodbe ni razvidno, da se nanaša zgolj na odpoved najemodajalca. Dileme pa odpira četrti odstavek 29. člena ZPSPP, ki se glasi:

Odpoved, ki jo je vložil najemnik, vroči sodišče najemodajalcu, ne da bi izdalo nalog.

Ali je to določbo, umeščeno v člen, ki ureja izdajo izpraznitvenega naloga, razumeti, da bo sodišče tudi v tem primeru o odpovedi lahko odločalo le z oblikovalno sodbo? Druga razlaga, ki se ponuja, gre v smer, da opravlja sodišče v tem primeru zgolj vlogo vročevalca izjave najemnika o odpovedi pogodbe najemodajalcu.

Iz zelo redkih objavljenih odločb glede tega vprašanja izhaja, da so sodišča svojo vlogo razlagala le v drugem smislu.

V sklepu I Cpg 1272/2011 z dne 24. 11. 2011 je VSL pojasnilo:

V obravnavanem primeru odpovedi, ki jo je vložil najemnik, je sodišče prve stopnje ravnalo v skladu z določbo četrtega odstavka 29. člena ZPSPP. S tem je zagotovilo vročitev izjave najemnika o odpovedi najemnih pogodb najemodajalcu, kar je tudi namen te določbe zakona.

Iz obrazložitve je sklepati, da je sodišče predlog najemnika obravnavalo v smislu predloga v nepravdnem postopku.

Podobno je razložilo VSK v sklepu Cpg 138/2012 z dne 30. 8. 2012:

ZPSPP ne daje predlagateljici pravice zahtevati od sodišča, pri katerem podaja sodno odpoved, ugotovitve o prenehanju najemne pogodbe s potekom odpovednega roka, ampak je sodišče tisto, ki najemodajalcu zgolj vroči s strani najemnika podano odpoved.

Šibka stran take razlage je v vlogi sodišča zgolj kot vročevalca, saj ni jasno, v kakšnem postopku naj bi sodišče opravilo tako vlogo. Prav tako ni odgovorjeno na vprašanje, ali bo sodišče svojo vlogo opravilo, na da bi sprejelo kakršne koli sodne odločbe.

7. Stroški sodnega uveljavljanja odpovedi pogodbe

Ni za izključiti, da bi se v primerih sodnega uveljavljanja odpovedi najemnega razmerja izpostavilo vprašanje, v čigavo breme gredo stroški tega postopka. Predpostavimo, da bi tožena stranka (najemnik) pripoznala zahtevek. Ali bi se lahko sklicevala na 157. člen ZPP? Verjetno bi tožeča stranka takemu zahtevku lahko argumentirano nasprotovala že z izkazano nepripravljenostjo tožene stranke za sporazumno prenehanje najemne pogodbe pred vložitvijo sodne odpovedi najemne pogodbe.

IV. ODPOVED TRAJNIH POGODBENIH RAZMERIJ PO STANOVANJSKEM ZAKONU

SZ-1 ureja predvsem naslednje oblike trajnih pogodbenih razmerij, ki so sistemsko urejena s tem zakonom:

- najemna razmerja med lastnikom stanovanja in najemnikom,
- pogodbeno razmerje med etažnimi lastniki o načinu upravljanja stanovanjske hiše,
- pogodbeno razmerje med etažnimi lastniki in upravnikom o opravljanju upravniških storitev.

V nadaljevanju pogledimo specifičnosti glede odpovedi oziroma prenehanja tovrstnih trajnih pogodbenih razmerij s poudarkom na tistih razmerjih, iz katerih izvirajo tudi gospodarski spori.

1. Prenehanje pogodbe o najemu stanovanja

Spori v zvezi z odpovedjo tovrstnih pogodb se praviloma ne rešujejo v gospodarskih sporih. Ne glede na to pa je treba opozoriti predvsem na različne položaje v teh razmerjih v primerjavi z odpovedjo najemne pogodbe po ZPSPP.

Osnovna značilnost zakonske ureditve teh razmerij je, da zakon posebej ščiti položaj najemnika. Iz tega izvirajo naslednje **razlike v uveljavljanju odpovedi najemne pogodbe po SZ-1 v primerjavi z ZPSPP**:

- pogodbeno razmerje preneha zgolj z odpovedjo z odpovednim rokom,

- nekrivdni odpovedni razlogi so omejeni in le izjemoma ne zavezujejo najemodajalca k zagotovitvi nadomestnega stanovanja,
- najemodajalec lahko odpove najemno pogodbo vselej, brez navedbe razlogov, zgolj s pisnim obvestilo lastnika, z 90-dnevnim odpovednim rokom.

Tudi SZ-1 ureja **sodni način odpovedi najemne pogodbe s strani lastnika**. Tretji odstavek 112. člena SZ-1 se glasi:

Najemna in podnajemna pogodba se ob sporu odpovedujeta s tožbo pri sodišču splošne pristojnosti.

Omenjeno je že bilo enotno stališče sodne prakse, da je odpoved najemne pogodbe treba uveljavljati z oblikovalnim tožbenim zahtevkom. Primeri tovrstnih utemeljitev izhajajo iz sodb različnih višjih sodišč:

sodba VSM I Cp 1823/2009 z dne 29. 9. 2009:

Tožeča stranka tožencu ni odpovedala najemne pogodbe in ima toženec še vedno pravni naslov za uporabo stanovanja. Prav tako tožeča stranka s to tožbo ne odpoveduje najemne pogodbe, ampak vlaga le ugotovitveni zahtevek, s katerim naj sodišče ugotovi, da je utemeljeno odpovedala najemno pogodbo. Zahtevek za izpraznitev stanovanja je neutemeljen, ker je najemna pogodba med strankama še vedno veljavna.

sodba VSC Cp 446/2008 z dne 20. 8. 2008:

S tožbo je treba izrecno zahtevati odpoved najemne pogodbe in ne zadošča zgolj ugotovitveni zahtevek, da je prenehalo stanovanjsko razmerje. Z učinkovanjem odpovedi pogodbe prenehajo obstoječe obveznosti obeh strank.

sodba VSL II Cp 333/2013 z dne 22. 1. 2014:

Ker je med pravnima strankama sporno, ali je krivdni razlog za odpoved najemne pogodbe podan, bi morala tožeča stranka poleg tožbe na izpraznitev stanovanja podati tudi tožbeni zahtevek za razveljavitev najemne pogodbe.

2. Prenehanje pogodbe o načinu upravljanja stanovanjske hiše

Zakon v 32. členu ureja dolžnost etažnih lastnikov za sklenitev te pogodbe:

- 1) *Etažni lastniki morajo skleniti pogodbo o medsebojnih razmerjih, s katero uredijo način upravljanja in rabe večstanovanjske stavbe.*
- 2) *Za izvajanje tega zakona se šteje, da je pogodba iz prejšnjega odstavka sklenjena, ko jo podpišejo etažni lastniki, ki imajo več kakor tri četrtine solastniških deležev. Sestavni del te pogodbe je tudi sporazum o določitvi ali spremembi solastniških deležev in morebitni sporazum o določitvi posebnih skupnih delov ter solastniških deležev na posebnih skupnih delih, katere sprejmejo vsi etažni lastniki.*

- 3) *Odločitve, za katere je po določbah tega zakona potrebno soglasje vseh etažnih lastnikov, uredijo etažni lastniki s posebnim aktom v pisni obliki.*

Ker so etažni lastniki dolžni s pogodbo urediti medsebojna razmerja, je samo po sebi razumljivo, da nimajo odstopnega upravičenja ali pravice odpovedati take pogodbe. Ob potrebnem soglasju iz drugega odstavka lahko zgolj spreminjajo način upravljanja stanovanjske hiše.

3. Prenehanje pogodbe o opravljanju upravniških storitev

Pogodba o opravljanju upravniških storitev je posebna oblika mandatne pogodbe, ki pa ima tipsko značilnost, to je, da na strani naročnika nastopa več subjektov, etažnih lastnikov. Ta karakteristika sama po sebi odpira vprašanje sprejemanja volje na strani naročnika za sklenitev ali spremembo pogodbe.

SZ-1 določa **kvorum etažnih lastnikov za sklenitev pogodbe** o opravljanju upravniških storitev v drugem odstavku 53. člena:

- 2) *Pogodba o opravljanju upravniških storitev je sklenjena, ko jo podpišejo upravnik in toliko etažnih lastnikov, kot je potrebno za sprejem sklepa o določitvi upravnika.*

To določbo je treba razumeti v povezavi s prvim in drugim odstavkom 25. člena SZ-1:

- 1) *Za posle v zvezi z rednim upravljanjem večstanovanjske stavbe je potrebno soglasje solastnikov, ki imajo več kot polovico solastniških deležev.*
- 2) *Za posle rednega upravljanja se štejejo zlasti posli obratovanja in vzdrževanja večstanovanjske stavbe, določitev ter razrešitev upravnika in nadzornega odbora ter oddajanje skupnih delov v najem.*

Pogoje za odstop od pogodbe ureja 60. člen SZ-1:

- 1) *Etažni lastniki lahko kadarkoli odstopijo od pogodbe o opravljanju upravniških storitev z odpovednim rokom najmanj treh mesecev, ki začne teči od dneva vročitve odpovedi upravniku. V tem roku morajo izbrati tudi novega upravnika.*
- 2) *V primeru, da upravnik krši zakon ali pogodbo o opravljanju upravniških storitev, lahko etažni lastniki odstopijo od pogodbe brez odpovednega roka.*
- 3) *Sklep o odstopu od pogodbe sprejmejo etažni lastniki na način, ki je določen za določitev upravnika.*
- 4) *Upravnik lahko kadarkoli odpove pogodbo o opravljanju upravniških storitev z odpovednim rokom najmanj treh mesecev. Odpoved pogodbe mora upravnik sporočiti na zboru lastnikov ali s pisnim sporočilom, ki ga pusti v hišnem predalčniku vsakega etažnega lastnika in objavi na oglasni deski večstanovanjske stavbe. Odpovedni rok začne teči z dnem, ki je naveden na odpovedi.*

Navedene določbe kažejo, da so pogodbe relativno ohlapne glede na možnost odpovedi ene ali druge stranke brez utemeljevanja razloga za odpoved. Te določbe

so kogentnega značaja, zato pogodbene stranke ne morejo s pogodbo spreminjati pogojev za odpoved pogodbe. Lahko bi se odprlo vprašanje, ali bi bil dopusten dogovor v pogodbi, da se pogodba sklene za določen čas, na primer za dobo petih let. Podobno vprašanje bi se zastavilo v primeru, da bi bil s pogodbo dogovorjen nesorazmerno dolg odpovedni rok: na primer 3 leta od sprejema sklepa o odpovedi. Ocenjujem, da tovrstni dogovori ne bi smeli uživati pravnega varstva, če bi se s tem nesorazmerno poseglo v pravico do odpovedi pogodbe.

V sodni praksi se je izpostavilo vprašanje, **ali lahko sklep o razrešitvi upravnika nadomesti sodišče v nepravdnem postopku** – sklep VSL I Cp 315/2013 z dne 13. 3. 2013:

Izjemoma se lahko odstopi od pogodbe tudi brez odpovednega roka, če gre za krivdne razloge na strani upravnika. Zakon ne predvideva možnosti, da bi, če zahtevano soglasje za odpoved pogodbe o upravljanju ni doseženo, tak sklep sprejelo sodišče. Zakon sicer tudi razrešitev upravnika uvršča med posle rednega upravljanja, vendar pa je po 28. členu SZ-1 možnost, da sklep etažnih lastnikov nadomesti sodišče s svojo odločbo, predvidena le za posle, ki so nujni za redno vzdrževanje stvari. Razrešitve upravnika brez dvoma ne moremo uvrstiti med posle, ki so za vzdrževanje nujni. Ker zakon tudi v nobeni od preostalih določb ne daje možnosti, da bi upravnika, če le-tega ne razrešijo etažni lastniki, razrešilo sodišče, je odločitev o zavrnjenju takšnega predloga pravilna.

Tako kategorično stališče se mi zdi problematično. Opravljanje upravniških storitev v večstanovanjski stavbi je običajno nujno za polno uveljavljanje lastninskih upravičenj posameznega etažnega lastnika. Samo tako je dejansko realizirana njegova ustavna pravica do zasebne lastnine. Ni si težko predstavljati življenjskega primera, ko bi upravnik iz razloga na njegovi strani prenehal opravljati upravniške storitve, hkrati pa med etažnimi lastniki ne bi bilo mogoče doseči zadostnega soglasja za sprejem sklepa o odstopu od pogodbe po drugem odstavku 60. člena SZ-1 in o imenovanju novega upravnika. Kaj naj torej preostane etažnim lastnikom s premajhnim soglasjem? Naj zoper upravnika vložijo tožbo z izpolnitvenim zahtevkom? Ali naj zgolj čakajo, da bo v negotovi prihodnosti le doseženo zadostno soglasje vseh etažnih lastnikov?

Prenehanje pogodbe o opravljanju upravniških storitev nujno izpostavi **vprašanje nadaljnje usode pravnih razmerij, v katera je vstopil upravnik v korist etažnih lastnikov med izvajanjem pogodbe.**

Navajam dve sodbi, v katerih se je do teh razmerij opredeljevalo VSL.

V primeru I Cpg 712/2010 z dne 22. 7. 2010 je bil obravnavan zahtevek dobavitelja električne energije zoper bivšega upravnika:

Tudi takojšnja odpoved pogodbe o upravljanju namreč nima takojšnjega učinka na pravne posle, ki jih je upravnik v imenu in za račun etažnih lastnikov sklepal s tretjimi osebami. Nasprotno stališče bi tretjim osebam povzročalo preveliko negotovost, ki je sami tudi ne morejo odpraviti. Zato ima upravnik ob prenehanju upravljanja v 61. členu SZ-1 določene obveznosti, ki jih mora

opraviti, da se razreši poslov upravljanja. Tako mora na dan prenehanja pogodbe o upravljanju izdelati končno poročilo in sestaviti končni obračun, novemu upravniku izročiti vse pogodbe, dovoljenja in druge listine, ki se nanašajo na upravljanje večstanovanjske stavbe, ter obvestiti tiste dobavitelje in izvajalce storitev, ki izvršujejo dobavo oziroma opravljajo storitve za večstanovanjsko stavbo, katere upravnik je bil.

V primeru I Cpg 1230/2010 z dne 22. 12. 2010 pa so bile predmet zahtevka neplačane premije zavarovanja zoper toženo stranko, ki v času zapadlosti ni bila več upravnik:

Zakon torej predpostavlja, da bo v primeru odpovedi pogodbe o upravljanju podana kontinuiteta med prenehanjem poslov upravljanja enega in začetkom upravljanja drugega upravnika. Tako bi praviloma moralo biti, saj bi etažni lastniki morali poskrbeti za neprekinjeno upravljanje večstanovanjske stavbe. Če pa tega ne storijo, posledic njihove opustitve ne more nositi upravnik, ki so mu etažni lastniki odpovedali pogodbo o upravljanju dne 28. 6. 2005 (glej sklep zbora lastnikov z dne 30. 6. 2005 - B4) in mu celo skrajšali z zakonom določeni odpovedni rok najmanj 3 mesecev (prvi odstavek 60. člena ZS-1) le na obdobje do 31. 07. 2005. Posledice okoliščine, da je bila pogodba z novim upravnikom sklenjena šele dne 12. 9. 2005, morajo nositi tisti, ki so jo zakrivil, to pa so etažni lastniki, ki so tudi materialnopravni dolžniki vtoževane terjatve.

V. UVELJAVLJANJE ODSTOPNEGA UPRAVIČENJA V INSOLVENČNIH POSTOPKIH

Smiselno je opozoriti še na pravne posledice začetka stečajnega postopka na trajna pogodbeno razmerja, ki jih je sklenil stečajni dolžnik.

1. Odpoved najemnih in zakupnih pogodb

ZFPPIPP je v 248. členu posebej uredil upravičenje stečajnega dolžnika do odpovedi najemnih in zakupnih pogodb:

- 1) *Z začetkom stečajnega postopka pridobi stečajni dolžnik pravico odpovedati najemne in zakupne pogodbe (v nadaljnjem besedilu: odpovedna pravica), ki jih je sklenil pred začetkom stečajnega postopka, z enomesečnim odpovednim rokom, ne glede na splošna pravila, določena z zakonom ali pogodbo, o pravici odpovedati najemno ali zakupno pogodbo, ki bi se uporabljala, če nad stečajnim dolžnikom kot najemnikom ali najemodajalcem ne bi bil začel stečajni postopek.*
- 2) *Če stečajni dolžnik uresniči odpovedno pravico, začne odpovedni rok teči zadnji dan meseca, v katerem je druga pogodbeno stranka prejela izjavo stečajnega dolžnika o odpovedi, in poteče zadnji dan naslednjega meseca.*
- 3) *Uresničitev odpovedne pravice po prvem in drugem odstavku tega člena ne posega v pravico druge pogodbene stranke od stečajnega dolžnika zahtevati povrnitev škode, ki jo je imela zato, ker je bila odpovedna pravica uresničena v nasprotju s splošnimi pravili iz prvega odstavka tega člena.*

- 4) *Druga pogodbeni stranka mora svojo terjatev za povrnitev škode iz tretjega odstavka tega člena prijaviti v stečajnem postopku in se plača iz razdelitvene mase po pravih tega zakona o plačilu terjatev upnikov.*

Iz navedenih določb tako izhaja:

- da tako odpovedno upravičenje pripada zgolj stečajnemu dolžniku in torej ne tudi drugi pogodbeni stranki,
- da zakon daje stečajnemu dolžniku to upravičenje ne glede na to, ali je v položaju najemodajalca ali najemnika,¹⁵
- za uveljavljanje te odpovedne pravice ni predpisan noben prekluzivni rok.

Najemna oziroma zakupna razmerja so pogosto sklenjena glede nepremičnin, za katere je predpisan strožji način uveljavljanja pravice do odpovedi (poslovni prostori po ZPSP in stanovanja po SZ-1). Kako bo torej stečajni dolžnik uveljavil tako odpoved pogodbe?

VSRS je v sodbi VSRS III Ips 34/2009 z dne 17. 4. 2012 obravnavalo to vprašanje in odločitev utemeljilo:

Najemno pogodbo za poslovne prostore je treba odpovedati sodno, zato neposredno tožeči stranki poslan dopis o odpovedi nima pravnega učinka. Določba prvega odstavka 122. člena ZPPSL za primer odpovedi najemne pogodbe določa le drugačne odpovedne roke, ne posega pa v način odpovedi, kot izhaja iz preostalih predpisov.

To stališče pa je treba razumeti v smislu določila 122. člena ZPPSL, ki se je glasil:

- 1) *Pogodbe o zakupu sme stečajni upravitelj odpovedati ne glede na zakonske ali pogodbene roke, in sicer vsakega prvega dne v mesecu z odpovednim rokom 30 dni.*
- 2) *Odpoved pogodbe o zakupu po prvem odstavku tega člena ne posega v pravico druge pogodbene stranke do odškodnine, ki jo ta uveljavlja kot stečajni upnik.*

Glede na to, da je bila citirana sodba sprejeta v letu 2012, torej kar nekaj let po uveljavitvi ZFPPIPP, se zastavlja vprašanje, ali zgoraj zavzeto stališče velja tudi za primere, za katere že veljajo določila ZFPPIPP.

Besedila prvega in drugega odstavka 248. člena ZFPPIPP ni mogoče razumeti drugače, kot da je za te primere zakonodajalec opustil zahtevo po strožji (sodni) obliki uveljavljanja odstopnega upravičenja, saj le-to izrecno veže zgolj na podano odstopno izjavo stečajnega dolžnika. To pa pomeni, da nosilnega argumenta sodbe III Ips 34/2009 ni mogoče uporabiti za uveljavljanje odpovedi najemne pogodbe na podlagi ZFPPIPP. Tako stališče je zavzelo tudi pritožbeno sodišče VSL v sklepu Cst 477/2013 z dne 17. 12. 2013. V tej odločbi pa se je pritožbeno sodišče opredelilo tudi do vprašanja potrebnega soglasja sodišča k uveljavljanju

¹⁵ Plavšak, str. 186.

navedene odpovedne pravice:

Iz določb 248. člena ZFPPIPP ne izhaja, da bi bilo v primeru odpovedi najemne pogodbe potrebno izdati še soglasje, tako kot to velja v primeru odstopa dolžnika od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe.

Od najemne pogodbe upravitelj odstopi z uresničitvijo tako imenovanega (enostranskega) oblikovalnega upravičenja – uresničitvijo odpovedne pravice, ne da bi bilo za to potrebno sprožiti kakršen koli dodatni sodni postopek.

2. Odstopno upravičenje stečajnega dolžnika od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe

ZFPPIPP v 267. členu daje stečajnemu dolžniku odstopno upravičenje od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe.

- 1) *Z začetkom stečajnega postopka pridobi stečajni dolžnik pravico odstopiti od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe.*
- 2) *Stečajni dolžnik lahko odstopno pravico iz prvega odstavka tega člena uresniči v treh mesecih, če za njeno uresničitev dobi soglasje sodišča. Rok iz prvega stavka tega odstavka teče od tistega med naslednjimi dnevi, ki je poznejši:*
 1. *od pravnomočnosti sklepa o začetku stečajnega postopka ali*
 2. *od dneva, ko upravitelj prejme obvestilo upnika iz četrtega odstavka 265. člena tega zakona.*
- 3) *Izjava o uresničitvi odstopne pravice, dana po poteku obdobja iz drugega odstavka tega člena, nima pravnega učinka.*
- 4) *Sodišče da soglasje k uresničitvi odstopne pravice, če se z njeno uresničitvijo dosežejo ugodnejši pogoji za plačilo upnikov.*
- 5) *Izjava o uresničitvi odstopne pravice začne učinkovati, ko postane sklep, s katerim je sodišče dalo soglasje k uresničitvi odstopne pravice, pravnomočen.*
- 6) *Če sodišče zavrne zahtevo upravitelja za soglasje k uresničitvi odstopne pravice ali če do poteka obdobja iz drugega odstavka tega člena ne odloči o soglasju, izjava o uresničitvi odstopne pravice nima pravnega učinka.*

Za učinkovito uveljavljanje navedenega upravičenja torej morajo biti izpolnjeni naslednji pogoji:

- odstopna izjava mora biti podana v prekluzivnem trimesečnem roku od začetka stečajnega postopka oziroma od prejema obvestila upnika o obstoju njegove terjatve iz vzajemno neizpolnjene pogodbe,
- v istem roku mora biti podano tudi soglasje sodišča k odpovedi.

Uveljavljanje odstopa od pogodbe v navedenem smislu se lahko nanaša tudi na trajna pogodbeno razmerja, vendar ne na zakupna in najemna razmerja, za katera veljajo zgoraj obravnavane specialne določbe 248. člena ZFPPIPP. Če bo stečajni dolžnik to upravičenje izkoristil, bo imela oblikovalni učinek na prenehanje pogodbe izjava stečajnega upravitelja o odstopu od pogodbe, vendar pod odločnim pogojem, da bo sodišče podalo soglasje k odstopu in hkrati pod razveznim pogojem, če sodišče do izteka prekluzivnega trimesečnega roka potrebnega soglasja ne bo dalo.

Treba se je opredeliti še do vprašanja, **kakšne bodo posledice neuveljavljanja odstopnega upravičenja s strani stečajnega upravitelja na trajna pogodbeno razmerja dolžnika**. Ocenjujem, da je pri tem treba razlikovati med položajem, ko gre za trajno pogodbeno razmerje, ki je sklenjeno za določen čas (na primer licenčna pogodba o uporabi blagovne znamke, sklenjena za dobo treh let), od pogodbenega razmerja, katerega trajanje časovno ni omejeno.

a) **Neodstop od časovno omejene pogodbe** bo imel za posledico, da jo morata obe stranki izpolniti v celoti. V skladu z drugim odstavkom 265. člena ZFPPIPP pa mora stečajni dolžnik svojo obveznost izpolniti po pravilih o plačilu stroškov stečajnega postopka. Iz navedenega vsekakor izhaja dolžnost stečajnega upravitelja, da s potrebno profesionalno skrbnostjo oceni smotrnost ohranjanja tovrstnih pogodbenih razmerij za dolžnika.

b) Kakšne pa bodo posledice v primeru, da stečajni upravitelj v navedenem trimesečnem roku ne bo uveljavljal odstopa od **pogodbe, ki časovno ni omejena**? Vprašanje se seveda nanaša zgolj na tista pogodbeno razmerja, ki sama po sebi ustvarjajo dolžna ravnanja pogodbenih strank.¹⁶ Verjetno bodo tovrstni primeri v praksi redki. Vzemimo primer sklenjene pogodbe stečajnega dolžnika o izvajanju storitve varovanja objektov, ki je stečajni upravitelj ne odpove, ker storitev še vedno potrebuje. Nedvomno stečajni dolžnik zaradi tega ne sme priti v slabši položaj, kot bi bil v primeru, da ne bi nastopile posledice stečaja. V takem primeru mu zato ostaja odpovedno upravičenje po splošnih pravilih iz 333. člena OZ oziroma pod pogoji, dogovorjenimi s pogodbo ali urejenimi s posebnim zakonom. V takem primeru bi se lahko zastavilo vprašanje, ali je tudi za uveljavitev tovrstnega odpovednega upravičenja potrebno soglasje sodišča. Nekako se ta položaj razlikuje od odstopa od pogodbe v smislu 267. člena ZFPPIPP. Uveljavljanje tovrstnega odpovednega upravičenja bi bilo namreč povsem skladno s pogodbo, zato bi bil izključen temelj za morebitno škodo sopogodbenu v smislu petega odstavka 268. člena ZFPPIPP. Zato v tem primeru ni prisotno tehtanje neugodnih posledic prenehanja pogodbe, kar naj bi preizkušalo sodišče ob odločanju za izdajo soglasja.

VI. POVZETEK

Čeprav se pojem časa v pravnih razmerjih pojavlja v več pomenih, bi kot trajno pogodbeno razmerje lahko opredelili predvsem tisto pogodbeno razmerje, katerega narava izpolnitvenih obveznosti omogoča, da v sklenitveni fazi dolžina trajanja le-tega ne bi bila časovno omejena. Tudi pri trajnih pogodbenih razmerjih pa je jasno, da ne bodo trajala neomejeno dolgo. Naloga zakonodajalca je, da uredi, kako bodo pogodbene stranke vplivale na dolžino trajanja tovrstnega razmerja. Kadar gre za časovno omejena trajna pogodbeno razmerja, zakon izhaja iz načela *pacta sunt servanda* z možnostjo preoblikovanja v časovno neomejeno pogodbeno razmerje. Pri časovno neomejenih razmerjih pa zakon daje pogodbenim strankam enostransko oblikovalno upravičenje v obliki odpovedi pogodbe. Način uveljavljanja

¹⁶ Opozoriti je treba na dileme pri sklenjenih krovnih pogodbah ali sporazumih o poslovnem sodelovanju. V smislu pojasnila v točki I.3. tovrstnih pogodb ni treba odpovedovati, če same po sebi ne opredeljujejo izpolnitvenih obveznosti pogodbenih strank.

tega enostranskega upravičenja včasih ni reguliran in zadostuje zgolj vročitev tako izražene volje ene pogodbenice stranke sopogodbenuku. Posamezni zakoni pa opredeljujejo strožo obličnost uveljavljanja odpovedi trajnega pogodbenega razmerja. Kadar je predpisan sodni način uveljavljanja odpovedi pogodbe, to pomeni, da bo imela ustrezni oblikovalni učinek v smislu prenehanja pogodbenega razmerja sodna odločba – sodba. Za tak učinek je zato nujno potrebno, da je s tožbo uveljavljan ustrezen oblikovalni tožbeni zahtevek. Ne vidim nobenega razloga, da bi v tem smislu razlikovali položaj tožnika (najemodajalca) po ZPSPP, ki omogoča uveljavljanje postopka izdaje izpraznitvenega naloga, od položaja tožnika (najemodajalca) po SZ-1, v katerem bo dajatveni zahtevek za izpraznitev stanovanja (poleg oblikovalnega zahtevka za prenehanje najemne pogodbe) uveljavljan na podlagi običajne tožbe. V smislu načina uveljavljanja enostranskih oblikovalnih upravičenj strank v trajnih pogodbenih razmerjih pa je treba opozoriti še na posebna pravila, ki so prilagojena položaju pogodbenih strank, nad katerimi je začel stečajni postopek. ZFPPIPP je v smislu obličnosti olajšal položaj stečajnega dolžnika pri uveljavljanju odpovedi najemnih in zakupnih pogodb, saj namesto sodnega uveljavljanja odpovedi zadostuje podana odstopna izjava stečajnega dolžnika. Pri uveljavljanju odstopa od drugih trajnih pogodb, ki imajo naravo vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe, pa je treba upoštevati tudi dodatni pogoj, to je podano soglasje sodišča k uveljavljanemu odstopu.

SEZNAM VIROV:

- Miha Juhart, Nina Plavšak, Vesna Kranjc, Ada Polajnar Pavčnik, Peter Grilc, Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003.
- Stojan Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984, II. knjiga.
- Nina Plavšak, Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – Razširjena uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana 2008.

PRAVNI VIDIKI KONCESIJ V POVEZAVI Z NOVO EU-UREDITVIJO IN PRAKSO SODIŠČA

Vesna Kranjc
doktorica pravnih znanosti
redna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru

1 UVOD

Slovenska pravna terminologija že vrsto let uporablja izraz koncesija za raznovrstna pravna razmerja civilne in javnopravne narave. Z njim se označuje podelitev določenega upravičenja ene osebe drugi osebi. Predpisi s področja civilnega prava za primere, ko ena oseba podeli drugi pravico, pooblastilo ali upravičenje, sicer ne uporabljajo izraza koncesija, poslovna praksa pa na primer govori o proizvajalčevi koncesiji distributerju ali franšizorju. Izraz koncesija je uveljavljen v javnopravnih predpisih. V najširšem pomenu gre pri koncesiji za podelitev določenega upravičenja s strani osebe javnega prava osebi zasebnega prava, torej za podelitev upravičenja javnopravne narave. Na primer Zakon o gospodarskih javnih službah (ZGJS)¹ določa, da je ena od oblik zagotavljanja javnih služb dajanje koncesij osebam zasebnega prava (6. člen); Zakon o ohranjanju narave (ZON)² določa, da se za rabo naravne vrednote, ki je v lasti države ali lokalne skupnosti, podeli koncesija (43. člen).

V pravu EU ima izraz koncesija (angleško *concession*, nemško *Konzession*) drugačno vlogo in pomen. S koncesijo se označuje pogodbeno razmerje med osebo javnega prava in osebo zasebnega prava, ki ni podrejeno pravilom o javnem naročanju. Po pravu EU je povsem nepomembno, ali gre pri takem pogodbenem razmerju za prenos javnopravnih upravičenj ali ne. Z oddajo koncesije se zato lahko vzpostavi pogodbeno razmerje javnopravne ali zasebnopravne narave. Tudi pri oddaji koncesije oseba javnega prava zaupa osebi zasebnega prava izvedbo gradnje ali storitve oziroma dobavo blaga, tako kakor pri javnem naročanju. Od poslov javnega naročanja jo loči to, da oseba javnega prava izvedbe ne plača, ampak prepusti osebi zasebnega prava ekonomsko izkoriščanje te gradnje ali storitve. Ker se ob sklenitvi pogodbe o oddaji koncesije ne ve, ali bodo za osebo zasebnega prava ekonomski učinki ugodni, pravimo, da ekonomsko tveganje posla nosi oseba zasebnega prava. Torej se koncesija od javnega naročila razlikuje po tem, da ekonomsko tveganje posla nosi oseba zasebnega in ne oseba javnega prava. V nadaljevanju bo razlika med javnim naročilom in koncesijo predstavljena podrobneje.

Do pred kratkim je na ravni EU veljalo, da je oddaja javnih naročil podrobno normirana, pri oddaji koncesij pa osebe javnega prava niso obvezane ravnati se po posebnih pravilih. V začetku letošnjega leta je bila sprejeta Direktiva 2014/23/EU Evropskega

1 Uradni list RS, št. 32/93, 30/98 – ZZLPPO, 127/06 – ZJZP, 38/10 – ZUKN in 57/11 – ORZGJS40.

2 Uradni list RS, št. 96/04 – uradno prečiščeno besedilo, 61/2006 – Zdru-1, 8/2010 – ZSKZ-B in 46/2014.

parlamenta in Sveta o podeljevanju koncesijskih pogodb (Direktiva 2014/23/EU o oddaji koncesij),³ ki določa obvezna ravnanja pri oddaji koncesij. Direktiva še ni prenesena v slovenski pravni red. Kljub temu je v Sloveniji že od sprejetja Zakona o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP)⁴ urejena oddaja koncesij oziroma oddaja javno-zasebnih partnerstev koncesijske narave.

V nadaljevanju prispevek pojasnjuje pojme, ki so povezani s koncesijo (javno naročilo, javno-zasebno partnerstvo, javna pogodba, upravna pogodba), opredelilne sestavine za koncesijo, kot so se izoblikovali v praksi Sodišča in so povzeti v Direktivi 2014/23/EU o oddaji koncesij, opozarja na neustrezno prakso v Sloveniji ter na nekatere posledice razlikovanja med koncesijo in javnim naročilom.

2 JAVNO NAROČILO, JAVNO-ZASEBNO PARTNERSTVO, JAVNA POGODBA, UPRAVNA POGODBA

2.1 Javno naročilo

Pravila o javnem naročanju določajo postopke in pogoje, po katerih morajo osebe javnega prava izbirati dobavitelje blaga, izvajalce storitev ali gradenj. Pravila javnega naročanja imenujejo osebe, ki so zavezane upoštevati te posebne postopke, naročniki ali javni naročniki (v nadaljevanju naročniki). Pretežna večina naročnikov so osebe javnega prava. Ob izpolnjevanju posebnih pogojev so med naročnike uvrščene tudi nekatere osebe zasebnega prava, predvsem tiste, ki so v lasti ali pretežni lasti oseb javnega prava in izvajajo katero od dejavnosti iz energetike, transporta, vodnega področja ali področja poštnih storitev.

Po splošnih pravilih obligacijskega prava velja pri sklepanju pogodb in izbiri pogodbene stranke načelo o avtonomiji volje. Vsakdo se svobodno odloči, pri kom bo kupoval in prodajal blago ali storitve, ali se bo obrnil neposredno na določenega dobavitelja, na več dobaviteljev ali objavil javni poziv, ali se bo pogajal o prodajnih pogojih in podobno. Avtonomijo volje pri izbiri pogodbene stranke izjemoma omejujejo pravila konkurenčnega prava.⁵ Konkurenčno oziroma širše tržno pravo uresničuje več ciljev. Med njimi je tudi zagotavljanje svobodne konkurence.

Glede na cilje je pravo javnega naročanja mogoče primerjati s konkurenčnim pravom. Pravo javnega naročanja se je razvilo na podlagi spoznanja, da splošno konkurenčno pravo ne upošteva posebnih nevarnosti, ki so povezane s poslovanjem javnega sektorja. Osebe zasebnega prava usmerja pri poslovnih odločitvah težnja po ustvarjanju dobička, zato kupujejo blago ali naročajo storitve pri tistih gospodarskih subjektih, ki so najcenejši, najboljši ali zanje ekonomsko

3 U.L. 94/1 z dne 28. 3. 2014.

4 Uradni list RS, št. 127/06.

5 Na primer pravila konkurenčnega prava določajo, da proizvajalec blaga ni upravičen odkloniti ali prepovedati prodaje svojega blaga nekaterim osebam; to je dovoljeno le izjemoma in ob izpolnjevanju posebnih pogojev. O nedovoljenosti prepovedi prodaje določenega blaga osebam, ki se ukvarjajo s spletno prodajo, v zadevi C-439/09, sodba Sodišča (tretji senat) z dne 13. 10. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS proti Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, ob udeležbi Ministère public, Evropske komisije.

najugodnejši. Ker javni sektor uresničuje tudi drugačne cilje, lahko na njegovo izbiro pogodbene stranke vplivajo neekonomska merila. Na primer občina odda izvedbo storitve izvajalcu, ki zaposluje prebivalce te občine. Oddaja poslov gospodarskim subjektom, ki ne temelji na ekonomskih merilih, izkrivlja konkurenco. Zato je poglobitveni cilj pravil o javnem naročanju zagotoviti konkurenco in enakopravnost med vsemi tistimi, ki so zainteresirani za sklepanje poslov z javnim sektorjem.

Z razvojem tržnega oziroma konkurenčnega prava so države sprejemale tudi pravila o javnem naročanju. Mednarodne organizacije si prizadevajo za sprejetje pravil o javnem naročanju na svetovni ravni.⁶ EU namenja posebno pozornost javnemu naročanju tudi zato, ker obstaja nevarnost, da bi države članice dajale prednost domačim gospodarskim družbam, tako pa ovirale prosti pretok blaga in storitev, kar je ena od temeljnih svoboščin notranjega trga.

Slovenija je sprejela prva pravila o javnem naročanju ob prizadevanju za članstvo v EU, a jih je večkrat spremenila. Veljavni zakoni so:

- Zakon o javnem naročanju (ZJN-2),⁷
- Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetskem, transportnem področju in področju poštних storitev (ZJNVETPS),⁸
- Zakon o javnem naročanju na področju obrambe in varnosti (ZJNPOV),⁹
- Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (ZPVPJN).¹⁰

Slovenija pri sprejetju pravil o javnem naročanju ni samostojna. V svoj pravni red mora prenesti pravila EU o javnem naročanju. Omenjeno je že, da so dokaj podrobna. V začetku letošnjega leta je bila na ravni EU s prejetjem treh direktiv končana nova reforma javnega naročanja. Poleg že omenjene Direktive 2014/23/EU o oddaji koncesij sta bili sprejeti še:

- Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (Direktiva 2014/24/EU o javnem naročanju),¹¹
- Direktiva 2014/25/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštних storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (Direktiva 2014/25/EU o javnem naročanju na infrastrukturnih področjih).¹²

Države članice morajo prenesti vse tri direktive v svoj pravni red do 18. aprila 2016.

6 Uncitral Model Law on Public Procurement, Government Procurement Agreement (GPA) Svetovne trgovinske organizacije.

7 Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 18/11, 43/12 – odl. US, 90/12, 12/13 – uradno prečiščeno besedilo in 19/14.

8 Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10, 43/11, 72/11 – uradno prečiščeno besedilo, 43/2012 – odl. US, 90/12 in 19/14.

9 Uradni list RS, št. 90/12.

10 Uradni list RS, št. 43/11.

11 UL L 94/65 z dne 28. 3. 2014.

12 UL L 94/243 z dne 28. 3. 2014.

Čeprav so se pravila o javnem naročanju na ravni EU in v Sloveniji pogosto spreminjala, ostaja opredelitev pojma javno naročilo oziroma pogodba o izvedbi javnega naročila enaka (14. točka prvega odstavka 2. člena ZJN-2, 5. točka prvega odstavka 2. člena Direktive 2014/24/EU o javnem naročanju). Javna naročila so pogodbeno razmerja med naročniki in tretjimi osebami, pri katerih naročniki za plačilo nabavljajo blago, oddajajo storitve ali gradnje. Bistveni opredelilni sestavini sta:

- pogodbeno stranka je naročnik in
- odplačna narava razmerja.

Pravila o javnem naročanju zavezujejo le osebe, ki imajo po pravilih o javnem naročanju status naročnika.¹³ Te osebe se morajo pri nakupih blaga in oddaji storitev ali gradenj ravnati po pravilih o javnem naročanju. Za javno naročilo gre le, če oseba, ki ima status naročnika, kupuje blago oziroma naroča storitev ali gradnjo. Če naročnik nastopa v vlogi dobavitelja ali izvajalca, posel ni javno naročilo.

Pravila o javnem naročanju imenujejo osebo, ki sodeluje v postopku za izbiro dobavitelja blaga ali izvedbo storitve oziroma gradnje, gospodarski subjekt, kandidat, najpogosteje pa kar ponudnik. Pri opredelitvi pogodbe o javnem naročanju se pravila in teorija posebej sklicujejo na blago, gradnje in storitve, ker so nekatere obveznosti naročnikov pri oddaji naročil določene različno glede na to, ali se javno naročilo nanaša na blago, gradnje ali storitve. Dejansko je število teh razlik manjše, najpomembnejše pa so različni vrednostni pragi, od česar so odvisne nekatere obveznosti naročnikov. Vrsta izrazov ima v pravilih javnega naročanja drugačen pomen kakor na svojem matičnem področju.

Dobava proti plačilu oziroma odplačni namen je prav tako opredelilna sestavina javnega naročila. Z njo se poudarja, da mora biti na strani ponudnika izkazan pridobitni namen. Nesporno je, da primer, ko se naročniku blago podari, ni podrejen pravilom o javnem naročanju. Primeri, pri katerih dobavitelj pridobi neko odmeno za dobavljeno blago ali izvedeno storitev, četudi ne kot denarno plačilo in četudi konkretni posel ni dobičkonosen, pa so načelno podrejeni pravilom o javnem naročanju. Praksa Sodišča o izpolnjevanju pogoja odplačnosti je bogata.

Tudi pri koncesijah je pogodbeno stranka naročnik in tudi koncesija je posel, ki ga gospodarski subjekti sklepajo s pridobitnim namenom. Toda pri koncesijah ima odplačnost posla drugačno vlogo oziroma je vprašanje o pridobitnem uspehu ob sklenitvi posla negotovo. Kot je omenjeno uvodoma, je opredelilna sestavina koncesijskega razmerja ekonomsko tveganje gospodarskega subjekta.

Določitev pravne narave posameznega razmerja – civilnopravne ali javnopravne – ima vrsto konkretnih pravnih posledic. Avtorica sem se opredelila, da gre pri oddaji javnih naročil za civilnopravno razmerje.¹⁴ V praksi so primeri, da javno naročilo ne bi imelo civilnopravne narave, redki. Teorija na ravni EU se ne opredeli, ali gre pri javnem naročilu za civilnopravno ali javnopravno razmerje. Sodišče je v zvezi s tem

¹³ O statusu naročnika 3. in 13. člen ZJN-2, 3. do 9. člen ZJNVETPS.

¹⁴ V. Kranjc, strani 42 in 43.

vprašanjem opozorilo, da države članice enakim pravnim razmerjem pripisujejo različno pravno naravo.¹⁵ Ponekod vsako pravno razmerje med naročnikom (osebo javnega prava) in tretjo osebo štejejo za javnopravno razmerje. V Sloveniji seveda ne. O tem tudi v poglavju 2.3.

2.2 Javno-zasebno partnerstvo

Osebe javnega prava potrebujejo za svoj obstoj in opravljanje nalog raznovrstno blago in storitve, ki jih lahko zagotavljajo same, pogosteje pa jih kupujejo na trgu. Na primer bolnišnice kupujejo hrano ali država sklepa gradbene pogodbe za zgraditev in obnovo upravnih zgradb. V zadnjih desetletjih pa se med javnim in zasebnim sektorjem vzpostavljajo pravna razmerja, ki se od opisanih poslov razlikujejo, med drugim tudi zaradi svoje kompleksnosti. Ker so potrebe socialne države vedno večje in njene finančne zmožnosti omejene, pa tudi zato, ker naj bi imel zasebni sektor boljše upravljavske sposobnosti, se nanj prenašajo naloge, ki so bile nekdanj izključni pristojnosti oblastnih organov, na primer financiranje infrastrukturnih projektov¹⁶ ali izvajanje javnih služb. Zasebni sektor se zanima za take projekte, saj mu omogočajo prodajo njegovih storitev.

Zaradi opisanih kompleksnejših poslov, pri katerih je zasebni sektor tudi investitor, se je začel uporabljati pojem javno-zasebno partnerstvo (angl. *public-private partnership* ali kratica PPP). Na ravni EU javno-zasebno partnerstvo ni pravni pojem, ga pa posamezni akti uporabljajo.¹⁷ Pojasnjujejo, da se s tem izrazom označujejo razmerja med osebo javnega in osebo zasebnega prava, med javnim in zasebnim partnerjem, ki so dolgotrajna in pri katerih običajno zasebni partner financira ali vsaj sofinancira gradnjo objekta v javnem interesu, ga nato tudi upravlja in ekonomsko izkorišča. Pojem javno-zasebno partnerstvo pokriva pogodbeni in korporacijski razmerja.

Ob predstavitvi javnega naročanja je poudarjeno, da je poglavitni cilj za sprejetje predpisov o javnem naročanju varstvo konkurence oziroma zagotoviti, da imajo vsi gospodarski subjekti enakopraven položaj pri pridobivanju poslov od javnega sektorja. Ker tudi pri oddaji celovitih poslov obstaja nevarnost, da bi javni sektor dajal prednost nekaterim gospodarskim subjektom in onemogočil enakopraven dostop vsem zainteresiranim, bi bilo mogoče skleniti, da enaki razlogi zahtevajo enako oddajo vseh poslov, pri katerih so naročniki osebe javnega prava. Že kmalu pa je prevladalo spoznanje, da omejitvena pravila javnega naročanja (formalni postopki, strogi pogoji) niso ustrezna za izbiro vseh pogodbenih strank javnega

15 C-399/98, sodba Sodišča, 12. julij 2011, Ordine degli Architetti delle Province de Milano e Lodi et al. proti Comune di Milano (Teatro alla Scala).

16 Država lahko naroči gradnjo avtoceste in plača izvedbo del. V takem primeru ni mogoče govoriti o sofinanciranju gradnje s strani zasebnega sektorja oziroma izvajalca del, četudi prejme plačilo z določenim časovnim zamikom. Lahko pa je ob sklenitvi pogodbe z izvajalcem dogovorjeno, da po gradnji uporabniki plačujejo neposredno zasebnemu partnerju cestnino za uporabo avtoceste. Mogoče je, da zasebni partner dobi plačilo od javnega partnerja, ki sam zaračunava uporabo neposrednim uporabnikom. Plačuje mu glede na dejansko uporabo, ne pa glede na njegov vložek v gradnjo in vzdrževanje avtoceste. Pri slednjih primerih gre za sofinanciranje ali celo financiranje s strani zasebnega sektorja.

17 Na primer Green Paper on Public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, COM(2004) 327 final ali Razlagalno sporočilo Komisije o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva, C(2007)6661.

sektorja, predvsem ne za oddajo celovitih poslov in dolgotrajnejših pravnih razmerij. Zato se je ob pojmu javno naročilo uveljavil izraz koncesija. Izraz javno-zasebno partnerstvo pa ostaja v pravu EU neopredeljen.

V Sloveniji je drugače. Leta 2006 je bil sprejet ZJZP (Zakon o javno-zasebnem partnerstvu), ki naj bi bil krovni zakon za pravna razmerja (pogodbene in korporacijske narave) med javnim in zasebnim sektorjem (2., 3. in 4. člen ZJZP). Uporaba ZJZP je otežena, saj ne sledi uveljavljeni pravni terminologiji in je nomotehnično izredno pomanjkljiv predpis. Uvedel je pojma koncesijsko partnerstvo in javnonaročniško partnerstvo (26. člen). Javnonaročniško partnerstvo so dejansko javna naročila, koncesijsko partnerstvo pa koncesije.

2.3 Javna pogodba, upravna pogodba

S pogodbenimi razmerji med državo in drugimi osebami javnega prava ter osebami zasebnega prava se je pravna teorija ukvarja že pred sprejetjem pravil o javnem naročanju, a iz drugačnih razlogov, predvsem zaradi vprašanja, ali naj se neko razmerje obravnava kot upravna ali civilna zadeva. Med drugim je med njima razlika v uporabi postopkovnih pravil (upravni postopek ali civilni pravdni postopek) in sodni pristojnosti. Slovenska teorija je pojasnila, da ima lahko tudi pogodbeno razmerje osebe javnega prava civilnopravno naravo. Za tovrstna razmerja je bil uporabljen izraz akti poslovanja kot nasprotje aktom upravljanja. Akt poslovanja označuje tisto delovanje oseb javnega prava, pri katerem te ne nastopajo kot nosilci oblastnih funkcij, ampak kot osebe, enakopravne drugim osebam – primer je nakup pisarniškega materiala za državni organ. Akt upravljanja označuje pravna razmerja, v katerih osebe javnega prava nastopajo v oblastni funkciji, primer je izdaja gradbenega dovoljenja.¹⁸

Novejša slovenska teorija upravnega prava v zvezi s sistemizacijo pogodbenih razmerij¹⁹ oseb javnega prava uveljavlja nova pojma: upravna pogodba in javna pogodba. Izraza nista sinonima.

Sinonimi so upravna pogodba, pogodba javnega prava in javnopravna pogodba. Upravna pogodba označuje tista pogodbeno razmerja oseb javnega prava, ki imajo javnopravno naravo, torej tista, pri katerih se prenaša neposredno upravljanje javnih nalog.²⁰ Dejstvo, da gre za upravno pogodbo, ne izključuje uporabe pravil, ki so namenjena za pogodbeno razmerja civilne narave, in prav tako ne pristojnosti rednih sodišč.²¹

18 O aktih poslovanja in aktih upravljanja V. Androjna, strani 50–56.

19 Teorija upravnega prava poudarja razliko med pogodbenimi razmerji oseb javnega prava z zasebnim sektorjem in enostranskim odločanjem. Bistvena razlika je v tem, da pri pogodbenih razmerjih vsebino razmerja oblikujeta obe stranki na podlagi medsebojnega konsenza, zato se zanje uporablja tudi izraz konsenzualna razmerja. Pri enostranskem in oblastvenem odločanju zasebni sektor nima pristojnosti za določitev oziroma sooblikovanje pravic in obveznosti.

20 E. Kerševan, strani 244 in 245: »Pri upravnih pogodbah je ena stranka v vsakem primeru uprava ali drug nosilec upravne funkcije, vendar pa to predstavlja zgolj nujni, ne pa tudi že zadostni pogoj, da se določeno razmerje podredi kot upravno. Posamezna pogodba se kot upravna pogodba torej kvalificira po kriteriju predmeta pogodbe in ne subjektov pogodbenega razmerja, kar pomeni, da je uporaba upravnih pogodb torej omejena le na področje javnopravnih (upravnih) norm. Upravna pogodba bo torej vselej tista pogodba, katere učinek je usmerjen v oblikovanje zakonsko reguliranih upravnopravnih razmerij.«

21 Del vprašanj iz koncesijske pogodbe po ZGJS je podrejen pravilom OZ, na primer o odškodninski odgovornosti zaradi kršitve pogodbe. O sporih iz izvajanja koncesijske pogodbe po ZGJS odloča redno

Javna pogodba je širši pojem in naj bi označeval vsa pogodbeno razmerja med osebami javnega in osebami zasebnega prava.²² Izraz se uporablja redkeje.

Glede na to lahko javna naročila, koncesije in javno-zasebna partnerstva uvrstimo pod skupni pojem javna pogodba. Javna naročila praviloma ne izpolnjujejo pogojev za upravno pogodbo (so skoraj brez izjeme pogodbe civilnega prava), koncesije (kot se pojem uporablja na ravni EU) pa so lahko upravne pogodbe ali pogodbe civilnega prava.

3 KONCESIJE V PRAKSI SODIŠČA IN PO DIREKTIVI 2014/23/EU O ODDAJI KONCESIJ

Na ravni EU se je začel uporabljati izraz koncesija vzporedno z razvojem prava javnih naročil. Kot je že pojasnjeno, se z njim označuje pogodbeno razmerje med osebo javnega in zasebnega prava, ki ni podrejeno pravilom o oddaji javnih naročil. Veljavne direktive izrecno določajo, da so koncesije izključene iz pravil o javnem naročanju. V obdobju, ko tedaj veljavna direktiva tega ni izrecno določala, je Sodišče (tedaj Sodišče ES) kljub temu obravnavalo vprašanje, ali določena pogodba izpolnjuje pogoje za javno naročilo ali pa je glede na namen pravil o javnem naročanju mogoče konkretni posel obravnavati drugače. V zadevi C-324/98 (Teleaustria)²³ je bil obravnavan primer pogodbe med naročnikom in izvajalcem, s katero je slednji prevzel izvedbo raznovrstnih telekomunikacijskih storitev, a v zameno za opravljanje storitev ni bilo dogovorjeno plačilo s strani naročnika, ampak mu je bila podeljena pravica, da je vzpostavljeni sistem tržil sam. Sodišče je odločilo, da posel, pri katerem ob sklenitvi izvajalcu ni zagotovljeno plačilo in je negotovo, ali bo izkoriščanje zagotovilo prihodke za povrnitev vlaganj, ne izpolnjuje elementa o odplačnosti v enakem pomenu, kot ga ima odplačnost pri opredelitvi javnega naročila.

Pravila o javnem naročanju v zvezi s posameznimi naročili razlikujejo med javnim naročanjem blaga, storitev in gradenj. Pri koncesijah (tudi v novi Direktivi 2014/23/EU o oddaji koncesij) pa se omenjajo le koncesije storitev in koncesije gradenj. V praksi se je vprašanje o koncesijah pretežno res postavljalo le v zvezi s storitvami in gradnjami. Toda dejansko se lahko enaka dilema pojavi tudi v zvezi z blagom. Pričakovati je, da bo Sodišče sprejelo stališče, da se tudi oddaja blaga, ki izpolnjuje pogoje za koncesijo (ekonomsko tveganje na strani dobavitelja), izključi iz pravil o oddaji javnih naročil, četudi pravila direktiv tega izrecno ne določajo.²⁴

Ker pri vseh pogodbenih razmerjih javnega sektorja obstaja tveganje, da osebe javnega prava ne bodo zagotovile enakopravnosti pri izbiri zasebnih partnerjev,

sodišče (40. člen ZGJS).

22 R. Pirnat, Javne pogodbe, stran 54–56, pojasnjuje, da je uvedba novega pojma povezana s povzemanjem prava EU, ki ob izbiri zasebnega partnerja s strani javnega partnerja postavlja nekatere zahteve državam članicam, in sicer ne glede na civilnopravno ali javnopravno naravo razmerja. Pojem javne pogodbe naj bi bil ustrezen, ker je ta izraz v slovenščini prost in ustreza angleškemu *public contract*.

23 C-324/98, sodba Sodišča (šesti senat) z dne 7. decembra 2000, Teleaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. proti Post & Telekom Austria.

24 Enako R. Craven, stran 194.

torej tudi pri koncesijah, morajo obstajati posebni razlogi za izključitev koncesij iz pravil o javnem naročanju. Pravila o javnem naročanju kar najbolj zagotavljajo enakopraven dostop do poslov javnega sektorja. Naročniki morajo objaviti javni razpis v uradnem glasilu, vsebina javne objave je predpisana, v razpisni dokumentaciji morajo podrobno opisati pogodbeni predmet in vse pogoje, ki jih morajo izpolnjevati ponudniki, vnaprej morajo določiti merila za izbiro in izbirni postopek je v zakonu podrobno določen, vključno z roki za izvedbo posameznih ravnanj. Za kršitve je predviden poseben sistem pravnega varstva. Po izbiri mora naročnik ob vložitvi zahtevka za revizijo počakati na odločitev posebnega organa (v Sloveniji Državne revizijske komisije), ta pa lahko izbiro ali celoten postopek razveljavi. Po sklenitvi pogodbe o oddaji javnega naročila te ni dovoljeno spreminjati oziroma je to mogoče le v izjemnih okoliščinah. Če je naročnik napačno ocenil svoje potrebe oziroma želi od istega dobavitelja dodatno blago ali storitev, neposredno naročilo ni dovoljeno. Tako strogost in formalnost je mogoče opravičiti s cilji javnega naročanja, pa tudi s tem, da je poslovanje oseb javnega prava mogoče predvideti in zato načrtovati njihove nakupe blaga in storitev. Koncesije so običajno celoviti posli, večinoma se nanašajo na gradnje in storitve večjih vrednosti. Pri teh poslih želijo naročniki vplivati na gradnjo objektov, a vseh svojih zahtev ne znajo opredeliti vnaprej. Ker se s koncesijami vzpostavljajo trajnejša pogodbena razmerja, prihaja do sprememb na trgu, kar zahteva nekatere spremembe pogodbenih obveznosti. Koncesije lahko vključujejo ustanovitev novih oseb. Oddaja koncesij pogosto vključuje podelitev javnopravnih upravičenj. Skratka, formalni postopki in stroge omejitve iz javnega naročanja onemogočajo oddajo celovitih poslov. To je pglavitni razlog za mnenje, da javnih naročil in koncesij ni mogoče enačiti ter da na podlagi istih pravil ni mogoče izbirati izvajalcev javnih naročil in koncesij. Del držav članic EU je imel vrsto let odklonilno stališče do tega, da bi bila vzpostavitev javno-zasebnih partnerstev, vključno z oddajo koncesij, nasploh normirana.²⁵

Praksa Sodišča o pojmu koncesija je bogata. Direktiva 2014/23/EU o oddaji koncesij tej praksi sledi. Pod a v 1. točki 5. člena določa, da je koncesija gradnje odplačna pogodba za izvedbo gradnje, pri čemer izvajalec ne prejme plačila, ampak le pravico do uporabe gradnje ali pa prejme to pravico skupaj z delnim plačilom. Smiselno enako določa pod b za koncesije storitev. Pri obeh pa poudarja prenos izvedbenega tveganja na zasebnega partnerja. V tretjem odstavku 1. točke 5. člena določa:

Podelitev koncesije za gradnje ali storitve pomeni, da se izvedbeno tveganje pri teh gradnjah ali storitvah prenese na koncesionarja in vključuje tveganje, povezano s povpraševanjem, ali tveganje, povezano z dobavo, ali oboje. Šteje se, da koncesionar prevzame izvedbeno tveganje, če pod običajnimi pogoji delovanja ni zagotovljeno, da se mu bodo povrnile naložbe ali stroški, nastali pri izvajanju gradenj ali opravljanju storitev, ki so predmet koncesije. Del tveganja, ki se prenese na koncesionarja, vključuje dejansko izpostavljenost tržnim nepredvidljivostim, kar pomeni, da ocenjena morebitna izguba zanj ni zgolj nominalna ali zanemarljiva.

25 Green Paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions, COM (2004) 0327 final, 30. april 2004; Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij, COM (2005) 569 konč., 15. november 2005.

Tudi pri koncesiji je ena stranka oseba javnega prava oziroma naročnik, druga pa oseba zasebnega prava, vedno gospodarski subjekt. Gospodarski subjekti opravljajo gospodarsko oziroma pridobitno dejavnost, zato sklepajo posle z odplačnim namenom. Tudi koncesije so odplačne pogodbe. A v primerjavi z javnimi naročili je nujna opredelilna sestavina koncesije ekonomsko tveganje zasebnega partnerja.

V veliki večini koncesij plačilo gradnje objekta ali izvedbe storitve zasebnemu sektorju ne zagotovi naročnik, ampak je odvisno od neposrednih uporabnikov. Za take primere velja, da je zasebnemu partnerju prepuščena pravica do ekonomskega izkoriščanja. Prepustitev ekonomskega izkoriščanja pa še ne pomeni, da zasebni partner prevzema tudi ekonomsko tveganje.

V zadevi C-206/08 (Eurawasser)²⁶ je Sodišče obravnavalo primer, ko je več nemških občin (WAZV Gotha skupina) preneslo opravljanje javne službe oskrbe s pitno vodo za 20 let na določenega izvajalca. Ta naj bi skrbel za obstoječo vodovodno infrastrukturo, zanjo plačeval najemnino in sam nosil stroške za njeno vzdrževanje ter sklepal pogodbe o oskrbi z vodo s prebivalci teh občin, torej neposrednimi uporabniki. V pogodbah z neposrednimi uporabniki je moral za določeno obdobje upoštevati že sprejete tarife, za nadaljnje obdobje pa se je zavezal, da bo plačila izračunal po določenih kriterijih pravičnosti, kar pomeni, da ni bil avtonomen pri določitvi višine plačila. Skupina občin je tudi določila, da se morajo prebivalci obvezno priključiti na javno omrežje za oskrbo z vodo in odvajanje odpadnih voda. Konkurenčno podjetje je ugovarjalo, da naročnik (skupina občin) ni izvedel postopka za oddajo javnih naročil, naročnik pa je ugovarjal, da gre za oddajo koncesije in ne za oddajo javnega naročila. Sodišče je odločilo: dejstvo, da je bilo dogovorjeno, da izvajalec ne bo dobil plačila od naročnika posla, ampak od neposrednih uporabnikov, še ne pomeni, da so izpolnjeni pogoji za koncesijo (v enem od zgodnejših primerov ni presodilo povsem enako).²⁷ Pojasnilo je tudi, da narava določitve obveznosti plačila (javnopravna ali zasebnopravna) prav tako ni odločilna. Tudi dejstvo, da je priključitev prebivalcev na omrežje obvezna, govori v prid ugotovitvi, da izvajalec ni prevzel ekonomskega tveganja.

V zgoraj opisanem primeru C-206/08 (Eurawasser) je naročnik omejil avtonomijo izvajalca pri določitvi plačila od neposrednih uporabnikov in opredelil osnove za določitev višine plačil. V zadevi C-274/09 (Privater Rettungsdienst)²⁸ je moralo Sodišče odločati, ali dejstvo, da ob oddaji posla višina plačila še ni določena in da je ne bo samostojno določil izvajalec, ampak se bosta o tem izvajalec in določena tretja oseba (in ne naročnik posla) šele pogodila, vpliva na ugotovitev, da posel ni javno naročilo, ampak koncesija. Občinsko združenje (naročnik) je oddalo storitev

26 C-206/08, sodba Sodišča (tretji senat) z dne 10. septembra 2009, Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) proti Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, ob udeležbi Stadtwirtschaft Gotha GmbH, Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL).

27 C-458/03, sodba Sodišča (prvi senat) z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen GmbH proti Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG. Odločilo je, da primer, v katerem naročnik zaupa izvajalcu upravljanje javnega parkirišča, ki plačilo zaračunava neposrednim uporabnikom in se v zameno zaveže za plačevanje letnega nadomestila naročniku, ni javno naročilo storitve, ampak koncesija storitve.

28 C-274/09, sodba Sodišča (tretji senat) z dne 10. marca 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler proti Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, ob udeležbi Malteser Hilfsdienste V, Bayerisches Rotes Kreuz.

prevoza pacientov in dajanja nujne pomoči neposredno, brez postopka oddaje javnega naročila. Zasebna reševalna služba se je obvezala opravljati določene storitve, o nadomestilu pa naj bi se letno sporazumela z nosilci socialnega zavarovanja, torej s tretjo osebo in ne svojo pogodbeno stranko, to je naročnikom posla. Nadomestilo ni temeljilo na dejanskih stroških izvajalca, ampak so ti zgolj podlaga za pogajanja o posameznem nadomestilu. Tudi v tem primeru je Sodišče pojasnilo, da dejstvo, da naročnik ne plača neposredno izvajalcu storitve, temveč ta pridobi pravico, da plačilo zahteva od tretjih oseb, še vedno izpolnjuje pogoj o odplačnosti posla. Ker pa je v tem primeru na izvajalca za več let prenesena celotna tehnična, upravna in finančna izvedba storitve reševalnih služb, izvajalcu pa ni zagotovljeno polno kritje stroškov in je višina nadomestila odvisna od izida letnih pogajanj s tretjo osebo, ki je tudi plačnik nadomestila, se po presoji Sodišča razmerje opredeli kot koncesija storitve.

V več primerih je Sodišče pojasnilo, da pogoj o ekonomskem tveganju ni izpolnjen pri običajnih poslovnih tveganjih. V zadevi C-382/05²⁹ je odločilo, da ni izpolnjen pogoj o ekonomskem tveganju kot opredelilni sestavini za koncesijo. Naročnik je sklenil pogodbo za oddajo komunalnih odpadkov, ki nastanejo po ločenem zbiranju. Izvajalec je prejel za vsako tono odpadkov določen denarni znesek. Za to pa je moral odpadke na določen način obdelati, tudi tako, da je iz njih pridobival energijo. Ker je bila izvajalcu zagotovljena določena minimalna letna količina odpadkov, tudi prevzem proizvedene energije, po mnenju Sodišča okoliščina, da so izvajalčevi stroški predelave spremenljivi in ne stalni, ne pomeni ekonomskega tveganja opravljanja dejavnosti, ampak le običajno poslovno tveganje.

Sodišče je tudi pojasnilo, da je treba posel ob dvomu, ali je javno naročilo ali koncesija, oddati po pravilih javnega naročanja (C-348/10).³⁰

Največkrat se vprašanje o izpolnjevanju pogojev za koncesijo postavi, ker naročnik zaupa posel določeni osebi, ki je ne izbere po pravilih o javnem naročanju. Konkurenca poskuša veljavnost posla izpodbiti z ugovorom, da gre za javno naročilo ter da bi moral biti izvajalec izbran po javni objavi in izvedbi posebnega postopka. Če posel izpolnjuje pogoje za koncesijo, je oddaja posla brez upoštevanja postopkov javnega naročanja dovoljena. Na ravni EU pa je že od nekdaj veljalo, da morajo biti pri oddaji koncesij upoštevana vsaj določena načela ustanovitvenih aktov EU, predvsem načelo enakega obravnavanja gospodarskih subjektov in prostega pretoka. Leta 2000 je bilo sprejeto Razlagalno sporočilo o koncesijah po pravu Skupnosti,³¹ ki je pojasnjevalo pojem koncesija in način oddaje koncesij, ki upošteva načelo enakopravnega obravnavanja. Leta 2008 je bilo sprejeto Razlagalno sporočilo Komisije o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva.³² Med drugim opozarja, da dejstvo, da javni in zasebni partner ustanovita družbo, še ne izključuje uporabe pravil o javnem naročanju.

29 C-382/05, sodba Sodišča (drugi senat) z dne 18. julija 2007, Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki.

30 C-91/08, sodba Sodišča (veliki senat) z dne 13. aprila 2010, Wall AG proti mestu Frankfurt na Majni.

31 Commission Interpretative communication on concession under Community law, UL C 121/2 z dne 29. aprila 2000.

32 C(2007)6661 z dne 5. februarja 2008.

Na ravni EU je nesporno, da akt oblastnega organa, s katerim se podeli pravica, upravičenje ali dovoljenje, da lahko oseba opravlja posamezno dejavnost, četudi je ta pridobitna, ni podrejen pravilom o koncesijah. Za tovrstne akte se v mnogih državah, tudi v Sloveniji, uporabljajo izrazi dovoljenje, licenca in tudi koncesija. Za koncesijo v smislu prava EU ne gre, če lahko vsaka oseba, ki izpolni enake pogoje, pridobi to upravičenje. Če se z oblastnim aktom omejuje število izvajalcev določene storitve ali dejavnosti (na določeno število izvajalcev ali zgolj na enega, podelitev posebne ali izključne pravice), so praviloma izpolnjeni pogoji, da se razmerje podredi koncesiji, lahko pa celo pravilom o javnem naročanju.³³

V vrsti odločitev je Sodišče opozarjalo, da mora biti tudi pri oddaji koncesij spoštovan določen minimum zahtev o enakopravni obravnavi, javnosti in preglednosti oddaje posla.

V zadevi C-231/03 (Coname)³⁴ je Sodišče obravnavalo primer, ko je občina sklenila pogodbo o gradnji, vzdrževanju in monitoringu plinskega omrežja z družbo Coname, nato pa sklenila pogodbo o distribuciji in dobavi plina (kar se izvaja po obstoječem omrežju) z drugo družbo. Družba Coname je neposredni oddaji distribucije in dobave plina ugovarjala. Sodišče je poudarilo, da mora naročnik dati vsem gospodarskim subjektom, ki se zanimajo za pridobitev posla, možnost, da se z načrtovano oddajo seznanijo in za posel kandidirajo, četudi ni javno naročilo.

Ko je Italija vsem, ki so že imeli pravico za sprejemanje konjskih stav (italijanske fizične in pravne osebe), podaljšala to pravico, je Sodišče odločilo, da sta kršeni zahtevi po javnosti in preglednosti (C-260/04).³⁵ Štelo je, da gre za koncesijo storitve, čeprav je bilo število imetnikov te pravice veliko (329) in so bili do podaljšanja upravičeni vsi, ki so ob podelitvi izpolnjevali pogoje. Po mnenju Sodišča je bila ob podaljšanju oziroma podelitvi kršena prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva, kar je prepovedano pri oddaji javnih naročil in tudi koncesij.

Nova Direktiva 2014/23/EU o oddaji koncesij določa postopek oddaje koncesij. V primerjavi z javnim naročanjem je postopek manj formalen. Določena je obvezna javna objava, v nadaljevanju pa je naročniku omogočeno, da ob upoštevanju osnovnih varoval za enakopravno obravnavo sam oblikuje postopek. Pomembna novost je, da je tudi za oddajo koncesij predviden enak sistem pravne varstva kakor za oddajo javnih naročil.

4 SLOVENSKA PRAKSA ODDAJE KONCESIJ

V slovenskih sredstvih javnega obveščanja so pogosto objavljeni primeri javno-zasebnih partnerstev, pri katerih je razumeti, da zasebni partner ni bil izbran po pravilih o javnem naročanju, ampak je naročnik presodil, da gre za koncesijsko javno-zasebno partnerstvo oziroma koncesijo.

³³ Podrobno o tem G. S. Olykke.

³⁴ C-231/03, sodba Sodišča (veliki senat) z dne 21. julij 2005, Consorzio Aziende Metano (Coname) proti Comune di Cingiade/Botti.

³⁵ C-260/04, sodba Sodišča (četrti senat) z dne 13. septembra 2007, Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republikli, ob posredovanju Kraljevine Danske in Kraljevine Španije.

Objavljeno je bilo, da je ena od slovenskih občin z gradbenim podjetjem sklenila koncesijsko pogodbo po sistemu javno-zasebnega partnerstva o obnovi in upravljanju šole. Z obnovitvenimi deli naj bi šola dobila novo stavbno pohištvo, obnovljena naj bi bila vodovodna in električna napeljava, sanitarije ... Ocenjena vrednost del je 2,2 milijona evrov. Del vrednosti naj bi zagotovilo ministrstvo, del naj bi bil pridobljen na posebnem razpisu, manjši del sredstev naj bi bile donacije, del bi poravnala občina v prihodnjih 15 letih, preostanek pa naj bi zagotovil že izbrani izvajalec. Navedeno je bilo, da tveganje gradnje in 15-letnega upravljanja objekta prevzema gradbeno podjetje, to je izbrani izvajalec, ter da je odgovornost izvajalca toliko večja, ker upravljavec z upravljanjem stavbe prevzema tudi obveznost odprave napak iz obnovitvenih del. Od predstavljenih podatkov nobeden ne opravičuje sklepanja, da ekonomsko tveganje posla nosi zasebni partner.³⁶

Primer mariborskih radarjev je odprl več pravnih vprašanj, tudi vprašanje, ali bi moral biti posel oddan po pravilih o javnem naročanju. Naročnik MO Maribor je menil, da gre pri oddaji posla za javno-zasebno partnerstvo koncesijske narave. Vsaj po časopisnih objavah naj bi projekt Nadgradnja in avtomatizacija cestnega prometa v MO Maribor od izvajalca zahteval, da izvede določene izboljšave pri avtomatizaciji cestnega prometa, za kar naj ne bi prejel plačila od naročnika (ali vsaj ne v celotni vrednosti), ampak naj bi bile osnova za plačilo izvajalcu plačane globe za prekrške, zaznane z radarji, ki naj bi jih prav tako postavil izvajalec, plačali pa vozniki, ki bi prekoračili hitrost. V prvih dneh po obratovanju radarjev je bilo število kršiteljev izredno visoko. Z vidika spoštovanja pravil o oddaji javnih naročil se postavlja vprašanje, ali je bilo ob sklenitvi pogodbe oziroma takrat, ko je naročnik začel postopek, dokazano, da ekonomsko tveganje posla nosi zasebni partner.

ZJN-2 izrecno izključuje iz javnega naročanja koncesije storitev (5. točka prvega odstavka 17. člena ZJN-2), ne pa tudi koncesij gradenj, ZJNVETPS izrecno izključuje koncesije za gradnje in storitve (5. točka prvega odstavka 19. člena ZJNVETPS). Kot je že pojasnjeno, za posle, ki so izključeni iz pravil javnega naročanja, ne veljajo obveznosti iz ZJN-2, predvsem obveznost javne objave na portalu javnih naročil in v Uradnem listu EU, pa tudi ne obveznost izvedbe posebnega formalnega postopka.³⁷

ZJZP določa, katere obveznosti je treba upoštevati pri oddaji koncesij. Obveznost javne objave pri koncesiji gradnje velja po 79. členu ZJZP le za posle, ki so ocenjeni na najmanj 5.278.000 evrov. ZJZP v V. delu, v poglavju o oddaji koncesij storitev, ne konkretizira postopka in tudi ne vrednostnega praga za javno objavo. V tem delu (92. člen ZJZP) napotuje na uporabo pravil III. dela, ki pa določa obveznost objave javnega razpisa (42. člen ZJZP). Obveznost javne objave je za nekatere koncesije opredeljena v posebnih predpisih.

36 Del slovenske pravne teorije uvršča med tveganja, ki opravičujejo podreditev posla med koncesije, tudi tveganje izgradnje (okoljska in geološka tveganja, tehnične napake in drugo, kar vpliva na povečanje gradbenih stroškov); R. Pirnat, Vpliv, stran 37.

37 Obveznost javne objave velja za javna naročila blaga in storitev, pri katerih je ocenjena vrednost najmanj 20.000 evrov, in za javna naročila gradenj, pri katerih je ocenjena vrednost najmanj 40.000 evrov (24. člen ZJN-2). Po ZJNVETPS so vrednostni pragi višji (17. in 32. člen).

5 O POSLEDICAH NAPAČNE PODREDITVE JAVNEGA NAROČILA PRAVILOM O KONCESIJAH

Naročniki se v vrsti primerov zavzemajo, da se posel oddaja kot koncesija in ne kot javno naročilo, tudi zato, da se izognejo pravilom o pravnem varstvu pri oddaji javnih naročil in ker med postopkom oddaje in po sklenitvi pogodbe o javnem naročilu te ni mogoče spreminjati in prilagajati novim okoliščinam.

Za kršitve v postopku oddaje javnih naročil je predvideno posebno pravno varstvo. Zoper kršitve naročnika je mogoče med samim postopkom oddaje javnega naročila in po izbiri najugodnejšega ponudnika vložiti zahtevek za revizijo, o katerem pravnomočno odloča Državna revizijska komisija (14., 25. in 29. člen ZPVPJN). Čeprav odločitve sprejema v kratkih rokih, vsak zahtevek za revizijo nujno zavleče postopek oddaje javnega naročila. Zahtevek za revizijo ima suspenzivni učinek (17. člen ZPVPJN), ob tem pa lahko Državna revizijska komisija razveljavi del ali celotni postopek (39. člen ZPVPJN), kar pomeni, da ga mora naročnik ponoviti. Ker naročniki z javnimi naročili kupujejo blago in naročajo storitve, ki jih potrebujejo za svojo dejavnost, lahko sistem pravnega varstva zavira njihovo delo. Če pravni posel nima narave javnega naročila oziroma javno-zasebnega partnerstva javnonaročniške narave, izbira zasebnega partnerja načelno ni podrejena pravnemu varstvu po ZPVPJN. Le pri koncesijah gradenj v vrednosti nad 5.278.000 evrov je zagotovljeno pravno varstvo po ZPVPJN (62. člen ZJZP). Tudi v postopku oddaje koncesij je osebam, ki izkazujejo interes za pridobitev koncesije, zagotovljeno pravno varstvo (63. člen ZJZP),³⁸ a to za neizbranega ponudnika ni enako učinkovito, kot je pravno varstvo po ZPVPJN.

Državna revizijska komisija odloča o zahtevku, da posamezen posel ni koncesija oziroma javno-zasebno partnerstvo, ampak je javno naročilo oziroma javno-zasebno partnerstvo javnonaročniške narave, a le če pogodba med javnim in zasebnim partnerjem še ni sklenjena. Po sklenitvi pogodbe odloča o njeni ničnosti sodišče (42. člen ZPVPJN).

Pojasnjeno je že, da so postopki oddaje javnih naročil formalni. Naročnik med postopkom ne sme spreminjati svojih pogojev, četudi to narekuje gospodarnost, postopek lahko le ustavi ali odstopi od izvedbe naročila (84. člen ZJN-2). Po sklenitvi pogodbe praviloma prav tako ni dovoljeno spreminjati pravic in obveznosti strank, niti ob soglasju obeh strank ne, razen izjemoma pri tako imenovanih nebitvenih spremembah.³⁹ Tudi ob sporu med strankama o uresničevanju pogodbenih

38 ZJZP v 63. členu določa, da je zoper dokončno odločbo o izbiri oziroma drug akt izbire izvajalca javno-zasebnega partnerstva, za katerega se ne uporabljajo pravila o javnih naročilih ali koncesijah gradenj, mogoče začeti upravni spor.

39 Načelno opredelitev, kdaj gre za bistveno spremembo pri izvajanju pogodbe o oddaji javnega naročila, je Sodišče (tretji senat) dalo v zadevi C-454/06 z dne 19. junija 2008, pressetex Nachrichtenagentur GmbH proti (Zvezni) republiki Avstriji, APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. V sodbi je navedeno:

Glede zagotavljanja preglednosti postopkov in enakega obravnavanja ponudnikov spremembe določb o javnem naročilu med njegovim izvajanjem pomenijo novo oddajo naročila, če so bistveno drugačne od določb prvotnega naročila in zato kažejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev tega naročila.

Sprememba javnega naročila med njegovo veljavnostjo lahko šteje za bistveno, če ta uveljavlja pogoje,

pravic in izpolnjevanju obveznosti poravnava med njima načelno ni dovoljena. Pri koncesijskih razmerjih so pogoji za spremembo bistveno blažji.

Napačna določitev pravne narave, ki ji sledi oddaja posla mimo pravil o javnem naročanju, ima posledice, lahko tudi usodne.

Če posel, ki je javno naročilo, ni oddan po postopku z javno objavo na portalu javnih naročil oziroma v Uradnem glasilu EU (za posle večje vrednosti), je pogodba med naročnikom in zasebnim partnerjem nična (2. in 5. točka prvega odstavka 44. člena ZPVPJN).

Pojasnjeno je bilo, da je za kršitve, nastale med postopkom oddaje javnih naročil oziroma sklenitve pogodbe, že vrsto let predviden poseben postopek pred Državno revizijsko komisijo, zdaj urejen v ZPVPJN. Pred uveljavitvijo ZPVPJN je bilo sporno, kako naj bo sankcionirana kršitev pravil o javnem naročanju, če je pogodba o oddaji javnega naročila že sklenjena, saj posebna pravila javnega naročanja niso izrecno določala sankcij.⁴⁰ Na podlagi prakse Sodišča velja, da je izbira brez javne objave najhujša kršitev pravil javnega naročanja.⁴¹ To je povzel tudi ZPVPJN in določil kršitve pravil o oddaji javnih naročil, katerih posledica je najstrožja civilna sankcija – ničnost pogodbe (44. člen ZPVPJN). Če je posel oddan brez javne objave (na portalu javnih naročil oziroma Uradnem listu EU) in brez izvedbe predpisanega postopka, ker naj bi bil koncesija, a je javno naročilo, je pogodba nična.

ZPVPJN posega v pravila Obligacijskega zakonika (OZ)⁴² o ničnosti. Določa, da lahko ničnost uveljavlja oseba, ki ima pravni interes, zagovornik javnega interesa (Ministrstvo za finance, Računsko sodišče RS, Komisija za preprečevanje korupcije, Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence) in v določenem primeru Republika Slovenija, ki jo zastopa Državno pravobranilstvo Republike Slovenije.⁴³ Pravil OZ o rokih za uveljavljanje ničnosti in posledicah ničnosti pa ZPVPJN ne spreminja.

ki bi, če bi bili prisotni v postopku prvotne oddaje, omogočili vstop drugim ponudnikom kot tistim, ki so bili prvotno sprejeti, oziroma bi omogočali izbiro druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno sprejeta.

40 B. Zabel, stran 80 in 81.

41 Tako je presodilo Sodišče v zadevi C-26/2003 z dne 11. januarja 2004, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH proti TREA Leuna.

42 Uradni list RS, št. 83/01, 28/06 – odl. US, 32/04, 40/07 in 97/07 – uradno prečiščeno besedilo (OZ-UPB1).

43 V primeru mariborskih radarjev je Republika Slovenija vložila tožbo za ugotovitev ničnosti pogodbe. Okrožno sodišče v Ljubljani je tožbo zavrglo, ker naj ne bi bila podana aktivna legitimacija Republike Slovenije. Poročilo o delu Državnega pravobranilstva RS za leto 2013, stran 45 in 46.

LITERATURA:

- Androjna, Vilko, Upravni postopek in upravni spor, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1985.
- Craven, Richard, The EU's 2014 Concessions Directive, Public Procurement Law Review, št. 4/2014, strani 188–199.
- Kerševan, Erik, Upravne pogodbe, Javna uprava, št. 1/2007, strani 241–251.
- Kranjc, Vesna, Zakon o javnem naročanju, Zakon o javnem naročanju na vodnem, energetske, transportnem področju in področju poštnih storitev, Zakon o reviziji postopkov javnega naročanja s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2007.
- Olykke, G. S., Is the Granting of Special and Exclusive Rights Subject to the Principles Applicable to the Award of Concessions? Recent Developments in Case Law and Their Implications for One on the Last Sanctuaries for Protectionism, Public Procurement Law Review, št. 1/2014, strani 1–20.
- Pirnat, Rajko, Vpliv ZJZP in ZJN-2 na izvajanje javnih služb, Javna uprava št. 2-3/2008, strani 29–41.
- Pirnat, Rajko, Javne pogodbe, Pravna praksa, št. 12/2008, strani 54–56.
- Zabel, Bojan, Pravo javnih naročil, Zakon o javnih naročilih s komentarjem, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1997.

VPISI V ZEMLJIŠKO KNJIGO V ZVEZI Z ZAKONOM O VZPOSTAVITVI ETAŽNE LASTNINE NA PREDLOG PRIDOBITELJA POSAMEZNEGA DELA STAVBE IN O DOLOČANJU PRIPADAJOČEGA ZEMLJIŠČA K STAVBI¹

Jure Likar
okrajni sodnik, vodja Oddelka za etažno lastnino
Okrajno sodišče v Ljubljani

mag. Barbara Jan Bufon
okrajna sodnica, namestnica vodje Oddelka za etažno lastnino
Okrajno sodišče v Ljubljani

1 UVOD

Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi (ZVEtL) je bil sprejet 9. 5. 2008, veljati pa je začel 24. 5. 2008. Prva novela zakona je bila sprejeta 25. 7. 2011 z namenom učinkovitejšega in hitrejšega predhodnega evidentiranja nepremičnin v zemljiškem katastru in katastru stavb ter olajšanja dela sodišč z razširitvijo kroga udeležencev postopka. Zakonsko besedilo je bilo dopolnjeno in spremenjeno z nekaj redakcijskimi popravki, predpisana pa je bila tudi prednostna obravnava vseh zadev po ZVEtL, v katerih je bil predlog vložen pred 31. 12. 2013. Zaradi čimprejšnje uskladitve nepremičninskih evidenc z dejanskim pravnim stanjem, nedoločnosti posameznih določb zakona glede nekaterih pomembnih vprašanj in nejasnosti glede razmerij določb ZVEtL z izvršilnimi ter stečajnimi postopki, ki so se kazale tudi v neenotni sodni praksi, je v pripravi že druga novela, ki bo bistveno posegla v dosedanjo ureditev.

V praksi Okrajnega sodišča v Ljubljani se je izkazalo, da so postopki po ZVEtL zelo zahtevni in zamudni, kar je predvsem posledica tega, da mora sodišče precej opravil (pridobivanje različnih podatkov) opraviti po uradni dolžnosti. Večina stavb tudi še ni vpisana v kataster stavb in niso določeni njihovi posamezni deli, zaradi česar mora sodišče v okviru pripravljalnih dejanj poskrbeti za ustrezen katastrski vpis. Prav tako je treba potencialnim udeležencem postopka zagotoviti primeren rok za vstop v postopek in prijavo udeležbe.

Zaradi dolgotrajnosti in kompleksnosti postopkov je bil na Okrajnem sodišču v Ljubljani 1. 1. 2013 zaradi pospešitve reševanja predlogov po določbah ZVEtL ustanovljen specializirani Oddelek za etažno lastnino. Iz statističnih podatkov je razvidno, da je bilo na dan 31. 8. 2014 nerešenih 907 zadev, od katerih se dve tretjini nanašata na postopke za vzpostavitev etažne lastnine, ena tretjina

¹ Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na predlog pridobitelja posameznega dela stavbe in o določanju pripadajočega zemljišča k stavbi (Uradni list RS, št. 45/08 in 59/11).

pa na postopke za ugotovitev pripadajočega zemljišča k stavbi. Okrajno sodišče v Ljubljani je od 1. 1. 2014 do 31. 8. 2014 skupaj rešilo 134 zadev, od tega 82 meritorno in 52 procesno. V primerjavi z istim obdobjem v letu 2013 to pomeni 61 % več rešenih zadev oziroma 315 % več rešenih meritorno in 9 % manj rešenih procesno. Tak rezultat je nedvomno posledica specializacije dela sodnikov.

2 POSTOPKI PO ZVEtL

2.1 Sestava zakona

Veljavni ZVEtL je pretežno interventni zakon, namenjen omejenemu številu neurejenih primerov, nastalih v preteklosti, sistemski pa je predvsem v delu, ki ureja določitev pripadajočega zemljišča k stavbam, zgrajenim po uveljavitvi Stvarnopravnega zakonika (SPZ),² na katerih je bila vzpostavljena etažna lastnina po ZVEtL.

Zakon 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.³ V primeru prvih zakon napolnjuje pravno praznino sistemske ureditve glede pravnega varstva interesa izvenknjižnih pridobiteljev posameznih delov stavbe, da se na stavbi, v kateri so odkupili posamezne dele ali drugače pridobili pravni naslov do pridobitve lastninske pravice na njih, vzpostavi in v nepremičninskih evidencah ustrezno evidentira etažna lastnina. S tega vidika zakon ureja nepravdni postopek za vzpostavitev etažne lastnine kot prvo fazo urejanja etažne lastnine na stavbi. Postopek za določitev ali ugotovitev njenega pripadajočega zemljišča pa je praviloma druga in sklepna faza ureditve etažne lastnine tako v primerih, ko se etažna lastnina vzpostavi po tem zakonu, ali pa je bila vzpostavljena že predhodno (vsaj kot nedokončana etaža). Vendar pa vzpostavitev etažne lastnine ni pogoj za začetek postopka ugotavljanja pripadajočega zemljišča za stavbe, zgrajene pred 1. 1. 2003 (interventni del zakona), ko je bila uveljavljena nova sistemska stvarnopravna ureditev v SPZ.

Glede na specifično problematiko urejanja so v zakonu predvidene posebne procesne rešitve, ki zasledujejo in poudarjajo zlasti načeli gospodarnosti in učinkovitosti postopka ter načelo, da bo postopek uporabniku prijazen, s čim manj administrativnimi ovirami. Cilj vsakega posameznega postopka je celovita ureditev konkretne situacije v obeh temeljnih nepremičninskih evidencah (katastru in zemljiški knjigi).

2.2 Upravičeni predlagatelj

2.2.1 Postopek za vzpostavitev etažne lastnine

V skladu s 14. členom ZVEtL se postopek za vzpostavitev etažne lastnine po tem zakonu začne na predlog upravičenega predlagatelja, ki ga zakon opredeljuje

² Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

³ Božič Penko.

kot pridobitelja posameznega dela stavbe. Po 3. členu ZVEtL pa je pridobitelj posameznega dela stavbe oseba, ki s pravnim naslovom izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, pri čemer pa je zmožnost vpisa v zemljiško knjigo izrecno izključena kot predpostavka za izkazovanje upravičenosti do pridobitve lastninske pravice. Navadno bo torej predlog vložil predlagatelj, ki bo s pravnim naslovom izkazoval upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, ne bo pa še vpisan v zemljiško knjigo kot lastnik te nepremičnine. Pri tem se je v praksi pojavilo vprašanje, ali lahko postopek po ZVEtL predlaga oseba, katere solastniški delež je sicer že vpisan v zemljiško knjigo in gre za zemljiškoknjižnega lastnika oziroma solastnika nepremičnine. Po stališču nekaterih sodišč prve stopnje taki predlogi (ker jih vložijo solastniki) zaradi pomanjkanja pravnega interesa niso dovoljeni in jih zavrnejo. Nekateri odločitve pritožbenih sodišč temu pritrjujejo, češ da imajo solastniki na razpolago »redni« nepravdni postopek za delitev nepremičnine v solastniki, v katerem bo delitev opravljena z vzpostavitvijo etažne lastnine, če sporazum (pogodba) o tem ne bo mogoč.⁴ Druga zavrženje predloga zavračajo z argumentom, da je treba v primerih, ko je predlagatelj solastnik nepremičnine, o vzpostavitvi etažne lastnine odločiti po SPZ in Zakonu o nepravdnem postopku (ZNP),⁵ češ da sodišče ni vezano na pravno podlago predloga (podanega po ZVEtL),⁶ 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.^{7, 8} Okrajno sodišče v Ljubljani je izoblikovalo stališče, da je treba v teh primerih razlikovati med predlagateljem, ki razpolaga s pravnim naslovom, po katerem je pridobil lastninsko pravico na točno določenem posameznem delu stavbe, in predlagateljem, ki s svojim pravnim naslovom izkazuje le pridobitev lastninske pravice na nepremičnini. Slednji namreč ni upravičen predlagati postopka za vzpostavitev etažne lastnine po ZVEtL. Lahko pa po mnenju sodnikov Okrajnega sodišča v Ljubljani tak postopek predlaga vsakdo, ki s pravnim naslovom izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe in želi vzpostaviti etažno lastnino ne glede na to, ali je že vknjižen v zemljiško knjigo. Bistvena je torej ugotovitev, ali je izvorni lastnik stavbe razpolagal z lastninsko pravico na stavbi tako, da jo je hkrati razdelil na etažno lastnino in ob prenosu posameznih delov te stavbe določil tudi idealne deleže. Tako stališče je skladno s temeljnim ciljem zakona, da se čim prej in čim preprosteje vzpostavi etažna lastnina kot temelj pravne varnosti prometa z nepremičninami. Drugačna razlaga zakonskih določb po najinem mnenju osebo, ki sicer s pravnim

4 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 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 pravi 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).

5 Uradni list SRS, št. 30/86 in 20/88 – popr., Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ, 131/03 – odl. US in 77/08 – ZDZdr.

6 Sklep VSL II Cp 3761/2012.

7 Sklep VSL I Cp 3011/2012.

8 Božič Penko.

naslovom izkazuje upravičenje do pridobitve lastninske pravice na posameznem delu stavbe, je pa predhodno že poskrbela za vpis v zemljiško knjigo, neupravičeno postavlja v slabši pravni položaj od osebe, ki izkazuje enako upravičenje, vendar njena lastninska pravica v zemljiško knjigo ni vpisana. Ni namreč mogoče prezreti dejstva, da so materialna pravila in posebne procesne rešitve, ki jih je z namenom zasledovanja načel gospodarnosti in učinkovitosti postopka uzakonil ZVEtL, v marsičem za predlagatelja postopka po ZVEtL ugodnejše in enostavnejše od ureditve v zakonih, ki sicer urejajo pravo etažne lastnine.

V praksi so se pojavili tudi primeri, pri katerih iz zemljiškoknjžnih izpiskov na prvi pogled izhaja, kot da je etažna lastnina⁹ na stavbi že v celoti vzpostavljena, dejansko pa gre za nedokončano etažno lastnino. Tipični primeri nedokončane etažne lastnine, ki se množično pojavljajo v praksi, so primeri, ko je do vpisa nekaterih delov stavbe prišlo po določbah Zakona o posebnih pogojih za vpis lastninske pravice na posameznih delih stavb v zemljiško knjigo (ZPPLPS),¹⁰ primeri podržavljenih stavb, pri katerih je prišlo do izvzetja posameznih delov iz nacionalizacije, primeri stavb, pri katerih so bili po določbah ZDen vrnjeni le nekateri posamezni deli stavbe, in drugi primeri, ko so se pred uveljavitvijo Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)¹¹ v zemljiško knjigo vpisali nekateri, a ne vsi deli stavbe. Čeprav je v določbi 31. člen ZVEtL dokončanje etažne lastnine po določbah ZVEtL izrecno predpisano le za postopke, ko je bila etažna lastnina na stavbi delno vzpostavljena na podlagi določb ZPPLPS, je zaradi primerljivosti različnih situacij vložitev predloga po ZVEtL ustrezna za vse primere nedokončane etažne lastnine. Etažna lastnina je namreč dokončana šele takrat, ko je vzpostavljena na vseh posameznih delih stavbe in so hkrati določeni tudi solastniški deleži na skupnih delih stavbe.

2.2.2 Postopek za določitev/ugotovitev pripadajočega zemljišča

Pri določitvi pripadajočega zemljišča k stavbi, na kateri je bila vzpostavljena etažna lastnina po ZVEtL, lahko predlog vložijo vsi udeleženci tega (predhodnega) postopka in druge osebe, ki izkazujejo pravni interes.¹² Poleg njih so udeleženci postopka še zemljiškoknjžni lastnik stavbe, zemljiškoknjžni lastnik zemljišča, ki bi lahko prišlo v poštev kot pripadajoče zemljišče, druge osebe, katerih pravni interes bi bil lahko z odločbo prizadet, in občina, na območju katere je stavba, h kateri se določa pripadajoče zemljišče.¹³ Ko pa se določa pripadajoče zemljišče k stavbi, zgrajeni pred uveljavitvijo SPZ, je 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, zemljiškoknjžni lastnik pripadajočega zemljišča in občina, na območju katere stavba stoji.¹⁴

9 Etažna lastnina je samostojna lastninska pravica na posameznem delu stavbe, ki vključuje tudi solastnino na skupnih delih te stavbe.

10 Uradni list RS, št. 89/99, 97/01, 32/02 – odl. US, 15/03 in 58/03 – ZZK-1.

11 Uradni list RS, št. 58/03, 45/08, 37/08 – ZST-1, 28/09 in 25/11.

12 Prvi odstavek 26. člena ZVEtL.

13 Tretji odstavek 26. člena ZVEtL.

14 Drugi odstavek 30. člena ZVEtL.

2.3 Pravni naslov in vzpostavitev zemljiškoknjižne listine

V skladu z določbo 3. člena ZVEtL mora pridobitelj razpolagati s pravnim naslovom, ki izkazuje njegovo upravičenje do pridobitve lastninske pravice, vendar pa ta pravni naslov ni primeren za neposredni vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo. ZVEtL v 4. členu natančno določa, kakšen mora biti pravni naslov, in ga opredeljuje kot listino o pravnem poslu ali pravnomočno odločbo sodišča ali drugega pristojnega organa, s katero se v korist pridobitelja in v breme zemljiškoknjižnega lastnika vzpostavlja, ugotavlja ali prenaša lastninska pravica na posameznem delu stavbe. S tako opredelitvijo zakon ne odstopa od zemljiškoknjižnih predpisov (primerjaj z določbo prvega odstavka 29. člena in prvega odstavka 150. člena ZZK-1). Izraz »pravni naslov« je uporabljen v pomenu listine, ki dokazuje pravni temelj pridobitve lastninske pravice – etažne lastnine v ožjem pomenu. Pravni temelj je nabor pravnih dejstev, ki morajo obstajati, da nastane ustrezna pravna posledica (v obravnavanem primeru pridobitev oziroma prenos lastninske pravice na posameznem delu v etažni lastnini).¹⁵

V praksi se je zastavilo vprašanje, ali je za izkazovanje upravičenja do pridobitve lastninske pravice po določbah ZVEtL treba, da pridobitelj posameznega dela stavbe predloži tudi zemljiškoknjižno dovolilo. Za primere, ko gre za prenos lastninske pravice na podlagi pravnega posla, sklenjenega po uveljavitvi SPZ, za učinkovito pridobitev lastninske pravice na zadostuje le zavezovalni pravni posel, temveč tudi razpolagalni (49. člen SPZ). To pa pomeni, da mora pridobitelj posameznega dela predložiti tudi zemljiškoknjižno dovolilo.¹⁶ Drugače velja za situacije, ko je bil pravni posel sklenjen pred 1. januarjem 2003, torej pred uveljavitvijo SPZ. Določbe Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR)¹⁷ zemljiškoknjižnega vpisa lastninske pravice in pridobitve lastninske pravice niso pogojevale z zemljiškoknjižnim dovolilom (33. člen ZTLR). Med veljavnostjo ZZK/95 se je zemljiškoknjižni vpis lastninske pravice dosegel, če so bili pravni posli overjeni sodno ali notarsko (22. člen ZZK/95), izjemoma pa tudi na podlagi neoverjene pogodbe, če je bila dokazana prijava pogodbe za davčno odmero (drugi odstavek 136. člena ZZK/95). Zemljiškoknjižno dovolilo je bilo potrebno le za vpis obligacijskih pravic v zemljiško knjigo (23. člen ZZK/95). Vse to je med veljavnostjo ZZK/95 veljalo ne glede na to, kdaj je listina nastala, torej čeprav je nastala pred uveljavitvijo ZZK/95. Glede na tako predhodno zakonsko ureditev je bila torej tudi overitev listine prej namenjena temu, da se v zemljiškoknjižnem postopku ne preverja njena pristnost, kot pa v funkciji predpisane obličnosti, ki bi pogojevala veljavnost in učinkovitost pravnega posla. Obličnosti po danes veljavni sistemski ureditvi niso bile in niso potrebne za nastop stvarnopravnih posledic pri privatizacijski prodaji nekdanjih družbenih stanovanj in stanovanjskih stavb na podlagi določb Stanovanjskega zakona (SZ/91)¹⁸ oziroma Uredbe

¹⁵ Plavšak.

¹⁶ To velja tudi, kadar posamezen del stavbe še ni bil vpisan v zemljiško knjigo in nima svojega identifikacijskega znaka; skladno s sodno prakso zadostuje in je treba, da je posamezen del v takem primeru v zemljiškoknjižnemu dovolilu opredeljen vsaj opisno (npr. odločba VSRS II lps 196/2010).

¹⁷ Uradni list SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90, Uradni list RS – stari, št. 4/91, Uradni list RS, št. 50/02 – odl. US in 87/02 – SPZ.

¹⁸ Uradni list RS/I, št. 18/91 in 19/91 – popr., Uradni list RS, št. 13/93, 9/94 – odl. US, 22/94 – odl. US, 21/94, 29/95 – ZPDF, 24/96 – odl. US, 23/96, 44/96 – odl. US, 1/00 – odl. US, 22/00 – ZJS, 87/02 – SPZ, 29/03 – odl. US, 69/03 – SZ-1 in 90/09 – odl. US.

o izvedbi privatizacije stanovanjskih hiš in stanovanj, prevzetih od organov in organizacij bivše SFRJ in JLA. Za učinkovit prenos lastninske pravice v takih primerih zadostuje zgolj sklenitev pogodbe (118. člen SZ/91), kar upošteva tudi ustaljena sodna praksa.¹⁹ V opisanih primerih bi zahtevala, da se za izkazovanje pridobitve oz. prehoda upravičenja do pridobitve lastninske pravice predloži tudi zemljiškoknjižno dovolilo, pomenila nedopustno retroaktivno uporabo določb SPZ, ki je bila v prehodnih določbah tega zakona izrecno izključena (267. člen SPZ). Ker je bilo eno od temeljnih načel zakonodajalca pri sprejemanju ZVEtL tudi to, da se s tem zakonom ne posega v obstoječe materialne predpise in ne spreminjajo ali razvrednotijo vzporedne ureditve, je treba to upoštevati tudi v postopkih po ZVEtL.²⁰

V zvezi z ustreznostjo pravnega naslova se je v praksi Okrajnega sodišča v Ljubljani zastavilo še vprašanje, ali morajo biti listine, ki izkazujejo pravni interes ali pravni naslov za pridobitev lastninske pravice, v postopku po ZVEtL predložene v izvorniku ali zadošča njihova fotokopija. Sodniki Oddelka za etažno lastnino Okrajnega sodišča v Ljubljani smo sprejeli stališče, da gre v tem primeru za pomembne konstitutivne listine, s katerimi se ustanavlja pravno razmerje, zaradi česar jih mora udeleženec postopka predložiti vsaj v overjenem prepisu. Oseba, ki potrjuje, da se prepis listine ujema z izvornikom, je notar (prvi odstavek 61. člena Zakona o notariatu – ZN).²¹ Notarsko potrdilo pa daje polno verodostojnost celemu prepisu. Overjene prepise odločb lahko izdajajo tudi sodišča in drugi državni organi. Poudariti je treba, da se v postopku po ZVEtL obstoj lastninske pravice šele ugotavlja, zato se ne uporabljajo stroga pravila zemljiškoknjižnega prava. Podlaga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo je sklep sodišča in ne listina, na podlagi katere je bila ugotovljena lastninska pravica. Zato se v zemljiškoknjižnem postopku pri odločanju o utemeljenosti predlaganega vpisa presoja le, ali utemeljenost zahtevka za vpis izhaja iz sodne odločbe, na podlagi katere je bil vpis predlagan. Predlogu za vpis je tako treba predložiti zgolj pravnomočni sklep sodišča, s katerim je bil ugotovljen obstoj lastninske pravice.²²

Ob povedanem je treba poudariti, da je z določbami ZVEtL posebej urejen tudi postopek vzpostavitve zemljiškoknjižne listine.²³ Zanj je predvidena smiselna uporaba določb ZZK-1. Glede na to, da o začetku postopka vzpostavitve zemljiškoknjižne listine odloča sodnik, posebnega sklepa o začetku tega postopka ni mogoče izpodbijati z ugovorom, ampak le s pritožbo.²⁴ Sklep o dovolitvi zemljiškoknjižne listine se izda v okviru sklepa o vzpostavitvi etažne lastnine, saj je s tem sklepom med drugim odločeno o obstoju lastninske pravice v korist udeleženca, ki je predlagal vzpostavitev zemljiškoknjižne listine.²⁵

19 VSRS II Ips 349/95, II Ips 665/95, II Ips 659/96, II Ips 417/99, II Ips 519/2006, II Ips 733/2009.

20 Osnutek obrazložitve predloga ZVEtL-B, različica 27. 8. 2014.

21 Uradni list RS, št. 13/94, 48/94, 82/94, 41/95 – odl. US, 83/01 – OZ, 73/04, 98/05, 17/06 – ZIZ-C, 115/06, 33/07 – ZSReg-B, 45/08 in 91/13.

22 Določba prvega odstavka 150. člena v zvezi s 40. členom ZZK-1.

23 Določba petega odstavka 23. člena ZVEtL.

24 Smiselno primerjaj z določbo 236. člena ZZK-1.

25 Smiselno primerjaj z določbo tretjega odstavka 241. člena ZZK-1.

2.4 Zaznamba

V skladu z določbo 15. člena ZVEtL sodišče, če ne zavrže predloga za vzpostavitev etažne lastnine po tem zakonu, nemudoma po uradni dolžnosti odredi vpis zaznambe postopka vzpostavljanja etažne lastnine (to velja smiselno tudi za pripadajoča zemljišča), če predlagatelj v zemljiški knjigi ni sam predlagal take zaznambe. Okrajno sodišče v Ljubljani odredi zaznambo postopka takoj po prejemu predloga in ne šele po njegovem predhodnem preizkusu, saj je tako nemudoma zagotovljeno varstvo vrstnega reda pravic udeležencev postopka: vsi vpisi, dovoljeni po trenutku, od katerega učinkuje zaznamba, namreč učinkujejo pod razveznim pogojem. Z zaznambo se zagotovi tudi publiciteta postopka in omogoči končanje postopka z istimi strankami ne glede na morebitno odtujitev stvari. Pred izdajo odredbe za zaznambo postopka je treba vedno pogledati veljavno zemljiškoknjižno stanje.

Če se predlog nanaša na postopek za vzpostavitev etažne lastnine in določitev pripadajočega zemljišča, je treba z dvema ločenima odredbama določiti zaznambo obeh postopkov, pri čemer se vedno najprej zaznamuje postopek za vzpostavitev etažne lastnine (zaznamba vrstnega reda za pridobitev etažne lastnine).

Kadar je treba zaznamovati tako postopek za vzpostavitev etažne lastnine kot tudi postopek za ugotovitev pripadajočega zemljišča, se zemljiškoknjižnemu oddelku pošljeta obe odredbi istočasno skupaj z dopisom, iz katerega je razvidno, da mora zemljiška knjiga zaznamovati najprej postopek za vzpostavitev etažne lastnine in šele nato postopek za ugotovitev pripadajočega zemljišča.

a) Zaznamba postopka za vzpostavitev etažne lastnine po ZVEtL

Zaznamba postopka za vzpostavitev etažne lastnine se v zemljiško knjigo vpisuje s tipom izvedene pravice/zaznambe 303 – zaznamba spora o pridobitvi lastninske pravice.²⁶

Glede na zemljiškoknjižno stanje se zaznamba vpiše:

- **če etažna lastnina (vsaj kot nedokončana) sploh še ni vpisana v glavni knjigi:**
pri parceli oziroma parcelah, ki so pripadajoče zemljišče stavbe;
- **če je v zemljiški knjigi že vpisana nedokončana etažna lastnina:**
 - pri nerazdeljenem delu (številka 900 oziroma 9999),
 - vseh posameznih delih,
 - pri parceli,
 - pri stavbi.

²⁶ Na podlagi drugega odstavka 15. člena ZVEtL se za zaznambo postopka vzpostavljanja etažne lastnine smiselno uporabljajo določbe zakona, ki ureja zemljiško knjigo, o zaznambi spora.

Ob sedanjih možnostih aplikacije e-ZK se zaznamba vpiše v korist prvega predlagatelja, pri čemer se v dodatnem opisu navede:

»Zaznamuje se postopek za vzpostavitev etažne lastnine, ki teče pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani z opr. št. ... na podlagi določb ZVEtL, v korist predlagateljev in ostalih udeležencev postopka.«

b) Zaznamba spora o določitvi pripadajoče nepremičnine

Zaznamba spora o določitvi pripadajoče nepremičnine se v zemljiško knjigo vpisuje s tipom izvedene pravice/zaznambe 304 – zaznamba spora o določitvi pripadajoče nepremičnine.

Glede na zemljiškoknjžno stanje se zaznamba vpiše pri parcelah, za katere predlagatelj predlaga, da se določijo za pripadajoče zemljišče stavbe:

- **če etažna lastnina (vsaj kot nedokončana) sploh še ni vpisana v glavni knjigi:**

zaznamba se vpiše v korist stavbe 5000 -1 (pojasnilo: gre za izmišljeno stavbo, ki je ustvarjena zaradi vpisa te zaznambe) in se v dodatnem opisu navede:

»Zaznamuje se postopek določitve pripadajočega zemljišča, ki teče pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani z opr. št. ... na podlagi določb ZVEtL, v korist stavbe na naslovu ..., ki stoji na parceli št. ...«²⁷

- **če je v zemljiški knjigi že vpisana nedokončana ali dokončana etažna lastnina, v obeh primerih pa je stavba vpisana s podatki iz katastra stavb:** zaznamba se vpiše v korist stavbe in se v dodatnem opisu navede:

»Zaznamuje se postopek določitve pripadajočega zemljišča, ki teče pred Okrajnim sodiščem v Ljubljani z opr. št. ... na podlagi določb ZVEtL.«

2.5 Sklep sodišča

2.5.1 Sklep o vzpostavitvi etažne lastnine

Skladno z določbo prvega odstavka 24. člena ZVEtL z odločbo o vzpostavitvi etažne lastnine sodišče:

- 1) odloči, da se na nepremičnini vzpostavi etažna lastnina,
- 2) določi pripadajoče zemljišče in druge skupne dele stavbe, ki se vpisujejo v zemljiško knjigo,
- 3) določi morebitna bremena na skupnih delih stavbe in njihove imetnike, če se vpisujejo v zemljiško knjigo,
- 4) določi posamezne dele stavbe in solastniške idealne deleže, ki pripadajo njihovim vsakokratnim lastnikom na skupnih delih stavbe,

²⁷ Tako ravnanje velja tudi za primere, ko je stavba sicer vpisana v zemljiško knjigo z izmišljeno ident. št., ni pa vpisana v kataster stavb (npr. stavba št. 900 ipd.).

- 5) za vsak posamezen del stavbe določi lastnika, morebitna bremena in njihove imetnike, če se vpisujejo v zemljiško knjigo in so jih uveljavljali v tem postopku,
- 6) odredi vpis etažne lastnine v zemljiško knjigo v vrstnem redu vpisane zaznambe postopka vzpostavljanja etažne lastnine ob upoštevanju določb predpisov, ki urejajo zemljiško knjigo.

Iz pregleda dosedanje prakse je razvidno, da odločbe pretežno vsebujejo dikcijo in obliko zemljiškoknjižnih sklepov, kar pomeni, da je že s sklepom v postopku po ZVEtL odločeno o (ne)dopustnosti vknjižbe lastninske pravice v zemljiško knjigo (smiselno primerjaj z določbami od 148. do 151. člena ZZK-1). Taka praksa je sporna, saj na podlagi prvega odstavka 152. člena ZZK-1 o dovolitvi vpisa odloča sodišče v zemljiškoknjižnem postopku in ne v postopku po ZVEtL. Povedano drugače, tako ravnanje vodi v podvajanje odločitev istega sodišča kljub jasnosti navedene določbe 24. člena ZVEtL, iz katere nedvomno izhaja, da sodišče v postopku po ZVEtL izda odločbo, ki ima ugotovitveno naravo. Sicer pa podlaga za izdajo take (ugotovitvene) odločbe izhaja že iz določbe 3. točke prvega odstavka 40. člena ZZK-1, iz katere je prav tako jasno razvidno, da se vknjižba pravic dovoli na podlagi pravnomočne sodne odločbe, s katero je sodišče ugotovilo (in ne odredilo vknjižbe) obstoj, spremembo oziroma prenehanje pravice, katere vknjižba se predlaga.

Zaradi poznejšega vpisa v zemljiško knjigo mora izrek sklepa o vzpostavitvi etažne lastnine vsebovati:

1. identifikacijski znak stavbe, razviden iz katastra stavb;
2. za vsak posamezen del stavbe, ki ima položaj posameznega dela v etažni lastnini:
 - identifikacijski znak, razviden iz katastra stavb,²⁸
 - ugotovitev, da ima položaj posameznega dela v etažni lastnini,
 - podatke o imetniku lastninske pravice v skladu z določbami ZZK-1,
 - idealni delež solastnine na splošnih skupnih delih stavbe, ki pomeni delež vsakokratnega lastnika posameznega etažnega dela na skupnih delih stavbe in je enak razmerju med površino posameznega etažnega dela in skupno površino vseh posameznih etažnih delov po podatkih iz katastra stavb.^{29, 30}

Opis rabe posameznega dela z vidika vpisa sklepa v zemljiško knjigo ni potreben in se vanjo ne vpisuje, je pa smotno, da se v sklepu o vzpostavitvi etažne lastnine povzame predvsem zaradi jasnosti sklepa oziroma z namenom, da si bo stranka lažje predstavljala, katero identifikacijsko številko ima njen posamezni del. Povedano velja tudi za navedbo površine posameznega dela, ki se v sklep povzame le zaradi lažje in preglednejše določitve solastniških deležev, ki so glede na navedeno določbo nujni.

28 Pri vpisani nedokončani etažni lastnini tudi identifikacijski znak vpisanih posameznih delov v etažni lastnini, ki so predniki tega posameznega dela v etažni lastnini, ali ugotovitev, da ta posamezni del v etažni lastnini nima vpisanega prednika.

29 Odšteti je treba površino skupnih delov.

30 Solastniški delež je smiselno določiti že v tej točki izreka, saj je poznejša določba izreka o ugotovitvi lastninske pravice za vsak posamezen del preglednejša.

Če je sodišče v postopku ugotovilo, da je lastninska pravica na posameznem delu obremenjena z izvedeno pravico, mora izrek sklepa o vzpostavitvi etažne lastnine glede te izvedene pravice vsebovati:³¹

- 1) identifikacijski znak nepremičnine, ki je obremenjena z izvedeno pravico,
- 2) vrsto izvedene pravice,
- 3) podatke o vsebini izvedene pravice v skladu z določbami ZZK-1,
- 4) podatke o imetniku izvedene pravice v skladu z določbami ZZK-1.

3. Za vsak posamezen del stavbe ali zemljiško parcelo, ki ima položaj splošnega skupnega dela stavbe:

- identifikacijski znak, razviden iz katastra stavb ali zemljiškega katastra,
- ugotovitev, da ima položaj splošnega skupnega dela stavbe.

Zaradi boljše preglednosti sklepa je pri določitvi solastniških deležev smiselno sklicevanje na točko izreka, v kateri so dejansko določeni.

4. Za vsak posamezen del stavbe ali zemljiško parcelo, ki ima položaj posebnega skupnega dela stavbe:

- identifikacijski znak, razviden iz katastra stavb ali zemljiškega katastra,
- ugotovitev, da ima položaj posebnega skupnega dela stavbe,
- identifikacijske znake posameznih delov v etažni lastnini, v korist katerih je določena solastninska pravica na tem posameznem delu, z določitvijo idealnega deleža solastnine vsakokratnih lastnikov teh posameznih delov v etažni lastnini.³²

5. ID izvedene pravice, s katero je v zemljiški knjigi vpisana zaznamba predmetnega postopka za vzpostavitev etažne lastnine, saj je pravnomočni sklep o vzpostavitvi etažne lastnine podlaga za izvedbo vpisov v zemljiško knjigo v vrstnem redu zaznambe postopka za vzpostavitev etažne lastnine.

Sodišče, ki je izdalo sklep o vzpostavitvi etažne lastnine, mora obvestiti zemljiškoknjžno sodišče o tem sklepu v 15 dneh po dnevu, ko postane pravnomočen. Obvestilu mora priložiti sklep o vzpostavitvi etažne lastnine s potrdilom o pravnomočnosti (drugi odstavek 46. člena ZZK-1). Sklep o vzpostavitvi etažne lastnine se izvede v zemljiški knjigi po uradni dolžnosti.

2.5.2 Sklep o določitvi pripadajočega zemljišča

Zakon v poglavju o ureditvi pripadajočega zemljišča sicer nima posebnih določb o vsebini sklepa o določitvi pripadajočega zemljišča, ampak smiselno napotuje na uporabo določbe 24. člena ZVEtL. Pri vsebini njegovega izreka je treba upoštevati posebnosti posameznega primera, kar pomeni, da je njegov izrek odvisen od ugotovitve, ali gre za določitev pripadajočega zemljišča k posamezni stavbi v

³¹ Smiselno enako velja tudi za izvedene pravice na splošnih in posebnih skupnih delih.

³² Solastniški deleži se določijo glede na skupno površino teh posameznih delov.

etažni lastnini ali k več stavbam v etažni lastnini (skupno pripadajoče zemljišča). Pri teh primerih pa je treba ločiti situacije, ko je večstanovanjska stavba že vpisana v zemljiško knjigo od primerov, ko se to še ni zgodilo. Posebna ureditev velja tudi za individualne stavbe, torej stavbe, ki nimajo več kot enega posameznega dela.

Postopek za določitev pripadajočega zemljišča, kadar se zahteva določitev pripadajočega zemljišča k stavbi, na kateri je bila vzpostavljena etažna lastnina po tem zakonu (sistemska rešitev iz 26. člena ZVEtL), pomeni nadaljevanje in sklepno fazo vzpostavitve etažne lastnine. V takem postopku se dokončno ugotovi obseg skupnega zemljišča stavbe, ki predstavlja njen skupni del. Navedena možnost za vzpostavitev etažne lastnine na stavbi po ZVEtL v razmerju do določb SPZ je izredni način vzpostavitve etažne lastnine. S to dodatno možnostjo vzpostavitve etažne lastnine je zakonodajalec zapolnil pravno praznino veljavnega pravnega reda glede možnosti pridobiteljev posameznih delov stavbe, da dosežejo vzpostavitev etažne lastnine, če je zemljiškoknjižni lastnik kršil svojo obveznost, da za to sam poskrbi, in ostaja pasiven.³³

Drugi primer odločanja o pripadajočem zemljišču po ZVEtL pa je ugotovitev njegovega obsega po 30. členu zakona, po katerem se lahko zahteva ugotovitev pripadajočega zemljišča k stavbi, ki je bila zgrajena pred 1. januarjem 2003 (uveljavitev SPZ), ne glede na to, ali je bila na taki stavbi vzpostavljena etažna lastnina oziroma ali gre sploh za stavbo v etažni lastnini. Zakonodajalec je s tem predpisal podlago za nepravdni postopek, v katerem se ugotovi, katero zemljišče je po predpisih, veljavnih pred 1. januarjem 2003, postalo last lastnika stavbe po pravilih o lastninjenju nepremičnin v družbeni lastnini oz. gradnji na tujem svetu. Gre za interventno rešitev, ki naj bi omogočila gospodarno procesno možnost za rešitev tovrstnih v praksi še zmeraj množičnih sporov.³⁴

Pripadajoče zemljišče k večstanovanjskim stavbam je ne glede na ugotovitev, ali gre za uporabo sistemskih ali interventnih določb ZVEtL, po samem zakonu skupni del stavbe v solastnini njenih vsakokratnih etažnih lastnikov kot akcesorna pravica na stavbi oziroma njenih posameznih delih.³⁵ Skladno z veljavnimi pravili ZZK-1 se v zemljiško knjigo vpiše kot splošni skupni del stavbe, katerega lastnik je stavba sama, torej po sistemu nepremičnine kot imetnika pravice. To odraža akcesorno vezanost lastninske pripadnosti skupnega dela na lastninsko pravico na posameznih delih stavbe skladno z vsakokrat veljavnimi solastniškimi idealnimi deleži vsakokratnih etažnih lastnikov stavbe na skupnih delih. Takega vpisa pa ni mogoče opraviti, kadar stavba še ni vpisana v zemljiško knjigo. V teh primerih je treba stavbo v izreku določiti opisno (z navedbo parcele, na kateri stoji, in njenim naslovom).

Kadar gre za določitev pripadajočega zemljišča k individualni stavbi, torej stavbi, ki nima več kot enega posameznega dela,³⁶ pa veljavni pravni red lastninske pravice na njenem pripadajočem zemljišču ne določa kot akcesorne pravice na sami stavbi, stavba pa skladno z veljavnimi pravili ZZK-1 tudi ni vpisana v zemljiško knjigo. Za

33 Osnutek obrazložitve predloga ZVEtL-B, različica 27. 8. 2014.

34 Prav tam.

35 To velja v primerih, ko je stavba že vpisana v zemljiško knjigo, in primerih, ko to še ni bilo storjeno.

36 To je pojmovno mogoče le, kadar gre za stavbo, zgrajeno pred 1. januarjem 2003, oz. za stavbe, zgrajene po tem datumu, saj se po ZVEtL kot sistemskem predpisu pripadajoče zemljišče določa le, kadar je bila na stavbi vzpostavljena etažna lastnina po tem zakonu.

tak primer vpis lastninske pravice na pripadajočem zemljišču v korist vsakokratnega lastnika stavbe nima pravne podlage in tudi tehnično ni mogoč, saj stavba, na kateri ni etažne lastnine, v zemljiški knjigi ni vpisana kot nepremičnina. Zato mora sodišče lastninsko pravico na takem zemljišču ugotoviti in zemljiškoknjižno vpisati le v korist poimensko določenega lastnika stavbe.

Poseben materialnopravni režim velja za skupna pripadajoča zemljišča k več stavbam. Veljavna sistemska zakonodaja taka zemljišča opredeljuje kot skupno last vsakokratnih lastnikov takih stavb (23. člen SZ-1), kar potrjuje in povzema tudi 8. člen ZVEtL. Zato je pravilno, da se skupno pripadajoče zemljišče več stavb v zemljiški knjigi evidentira kot skupna last vsakokratnih lastnikov več stavb, torej po sistemu nepremičnin kot imetnikov nedoločenih deležev na taki skupni lastnini. To velja tudi, kadar na posamezni od takih stavb še ni vpisana etažna lastnina, čeprav za to obstajajo pogoji. Tudi v takih primerih je glede na omenjeno materialnopravno izhodišče nedoločen delež na skupnem pripadajočem zemljišču vendarle akcesorno vezan na lastništvo na stavbi sami. Če posamezna stavba še ni vpisana v zemljiški knjigi, je treba stavbo v izreku določiti opisno (z navedbo parcele, na kateri stoji, in njenim naslovom). Če pa se določa skupno pripadajoče zemljišče k več individualnim stavbam, gre za skupno lastnino v korist vsakokratnih lastnikov zemljiških parcel, na katerih te stavbe stojijo. Pravno podlago za ugotovitev skupne lastnine predstavlja določilo petega odstavka 23. člena Stanovanjskega zakonika (SZ-1), iz katerega je razvidno, da je zemljiška parcela, na kateri je skupni del (torej tudi skupno pripadajoče zemljišče), skupna lastnina vseh lastnikov nepremičnin, ki jim takšen del služi.

3 TEŽAVE PRI IZVEDBI (IZVRŠITVI) SKLEPOV

Kljub večjemu številu meritorno izdanih sklepov v zadnjem letu pri njihovih vpisih v zemljiško knjigo ni bilo zaznati težav, razen v primerih, ki bodo predstavljeni.

3.1 Določitev pravnih prednikov

V skladu z načelom (knjižnega) pravnega prednika, ki je uzakonjeno v drugem odstavku 9. člena, so vpisi dovoljeni samo proti osebi, proti kateri učinkuje listina, ki je podlaga za vpis, in ki je v zemljiški knjigi opisana kot imetnik pravice, na katero se vpis nanaša. To pomeni, da bi moral biti v sklepu o vzpostavitvi etažne lastnine za vsak posamezen del razviden njegov prednik. Tega v primerih, ko po ZVEtL poteka postopek za dokončanje etažne lastnine, pogosto ni mogoče določiti. Trenutna zemljiškoknjižna aplikacija pa računalniškega vnosa predloga v takih primerih ne dopušča.

3.2 Določitev pripadajočega zemljišča na parceli, na kateri je vpisana hipoteka

V praksi pogosto naletimo na to težavo: investitorju so bila zemljišča v družbeni lastnini oddana za gradnjo, po končani gradnji pa je glede na zemljiškoknjižno stanje ob uveljavitvi ZLNDL postal njihov (zemljiškoknjižni) lastnik in jih obremenil s hipoteko ali zemljiškim dolgom, praviloma pred začetkom postopka po ZVEtL (pogosto pred uveljavitvijo tega zakona sploh).

Določbe ZVEtL sodišču ne dajejo pooblastila, da bi odločilo o izbrisu hipoteke. Zemljiškoknjižna aplikacija pa, kadar je na zemljišču vknjižena hipoteka, ne omogoča zemljiškoknjižne pretvorbe pravnega položaja nepremičnine pod lastninsko pravico v pravni položaj nepremičnine, ki je splošni skupni del stavbe v etažni lastnini. Posledično je odločba nepravdnega sodišča neizvršljiva vse do takrat, dokler je v vrstnem redu pred zaznambo postopka določitve pripadajočega zemljišča vpisana hipoteka. Zato se postavlja vprašanje, kako naj ravna sodnik v takem primeru. Ali naj izda sklep o določitvi pripadajočega zemljišča in odredi zemljiškoknjižni vpis v vrstnem redu zaznambe, pri tem pa predlagatelj (v obrazložitvi sklepa) napoti na vložitve tožbe zaradi izbrisa hipoteke oziroma zemljiškega dolga (243. člen ZZK-1)?

3.3 Vpis lastninske pravice v primeru posebnega skupnega dela v korist več stavb

Nemalokrat naletimo na primere, ko je posamezen del v eni stavbi namenjen zadovoljevanju potreb več stavb. V skladu s tretjim odstavkom 23. člena SZ-1 se tak del določi kot poseben skupni del in se šteje, da je skupna lastnina vseh lastnikov nepremičnin in etažnih lastnikov posameznih delov večstanovanjskih stavb, ki jim je tak skupni del namenjen. V skladu z določbo 4. točke 2. odstavka 3. člena (ZZK-1) pa je posebni skupni del stavbe v etažni lastnini zemljiška parcela ali posamezni del stavbe, ki je predmet solastnine, vključene v etažno lastnino v dobro vsakokratnih etažnih lastnikov enega ali več, *vendar ne vseh* posameznih delov v etažni lastnini v posamezni stavbi v etažni lastnini. Ob doslednem upoštevanju navedene določbe ZZK-1 se posameznemu delu, ki je namenjen zadovoljevanju potreb več stavb ne more določiti položaja posebnega skupnega dela, saj zemljiškoknjižna izvedba ne bi bila možna. Neskladje med omenjenima določbama SZ-1 in ZZK-1 kaže rešiti tako, da se temu delu v skladu z določbo 23. člena SZ-1 prizna poseben pravni status in se glede na določbo 3. točke 2. odstavka 3. člena ZZK-1 določi kot splošni skupni del več stavb v etažni lastnini, pri katerem se ugotovi obstoj skupne lastnine v korist vsakokratnih lastnikov vseh posameznih delov stavb, ki jim je ta del namenjen.

3.4 Vpis skupnega pripadajočega zemljišča, če ena od stavb ni vpisana v zemljiško knjigo

Ob upoštevanju določb ZVEtL lahko sodišče pripadajoče zemljišče določi tudi k stavbi, na kateri še ni vzpostavljena etažna lastnina in tako ni vpisana v zemljiško knjigo. V teh primerih ni mogoče upoštevati pravil ZZK-1, da se v zemljiško knjigo tako zemljišče vpiše kot splošni skupni del stavbe, katerega lastnik je stavba sama, torej po sistemu nepremičnine kot imetnika pravice, zaradi česar je treba stavbo v izreku določiti opisno (z navedbo parcele, na kateri stoji, in njenim naslovom). Na podlagi takega izreka pa ni mogoč računalniški vnos predloga v zemljiškoknjižno aplikacijo.

3.5 Določitev solastniških deležev

V praksi so pogoste sodniške napake, ko sklep o vzpostavitvi etažne lastnine ni vknjižljiv zaradi nepravilno izračunanega solastniškega deleža na splošnih skupnih delih stavbe, ki pomeni delež vsakokratnega lastnika posameznega etažnega dela na skupnih delih stavbe in je enak razmerju med površino posameznega etažnega

dela in skupno površino vseh posameznih etažnih delov po podatkih iz katastra stavb (smiselna uporaba določbe 3. točke 9. člena ZVEtL). To je običajno posledica nepravilno določenega skupnega imenovalca ali očitne pisne napake. V takem primeru je treba sklep sodišča vrniti z dopisom, v katerem se na napako opozori.

Predstavljene težave se v praksi rešujejo z ročnim vnosom predlogov, v pripravi pa je že ustrezna sprememba aplikacije, saj nedodelana aplikacija ne sme narekovati odločitve sodišča.

LITERATURA:

- Plavšak, Nina: Pripombe k osnutku ZVEtL – B(1), interno gradivo.
- Božič Penko, Ana: referat z naslovom ZVEtL, interno gradivo.
- Osnutek obrazložitve predloga ZVEtL-B, različica 27. 8. 2014, interno gradivo.

NOVEJŠA SODNA PRAKSA USTAVNEGA SODIŠČA REPUBLIKE SLOVENIJE S PODROČJA DELOVNIH IN SOCIALNIH SPOROV S Poudarkom NA UČINKOVANJU UGOTOVITVENIH IN RAZVELJAVITVENIH ODLOČB

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

1 UVOD

V prispevku predstavljam posamezne odločitve Ustavnega sodišča na podlagi vloženih zahtev, pobud in ustavnih pritožb s področja delovnega prava in prava socialne varnosti, sprejete od 1. 1. 2011 do 1. 9. 2014, na podlagi katerih podrobneje obravnavam značilnosti, predvsem učinke ugotovitvenih in razveljavitvenih odločb, ki jih izdaja Ustavno sodišče. Gre za vprašanja, kdaj Ustavno sodišče izda ugotovitveno oziroma razveljavitveno odločbo¹ in kako so jih dolžna redna sodišča upoštevati² ter kakšni so pravni učinki načina izvršitve, ki ga določi Ustavno sodišče v teh odločbah po drugem odstavku 40. člena Zakona o Ustavnem sodišču (v nadaljevanju ZUstS).³ K obravnavi tega vprašanja me je spodbudil tudi stavek, zapisan v sodbi Vrhovnega sodišča št. VII Ips 2/11 z dne 21. 2. 2011 na strani 6: »Temeljna značilnost prakse Ustavnega sodišča in rednih sodišč v zvezi z vprašanjem neposredne učinkovitosti "golih" ugotovitvenih odločb je, da ni jasna in nesporna.«

V tem obdobju ni bilo vloženih zahtev za presojo sprememb zakonov s področja kolektivnega delovnega prava (Zakona o sodelovanju delavcev pri upravljanju, Zakona o stavki ali Zakona o reprezentativnosti sindikatov), pa čeprav ti zakoni ne ustrezajo več spremenjenim družbenim razmeram; Zakon o stavki pa je še predpis iz nekdanje Jugoslavije. S področja delovnih razmerij je bil v aprilu 2013 uveljavljen nov Zakon o delovnih razmerjih (v nadaljevanju ZDR-1). Vložene so zahtevi in pobuda za oceno ustavnosti 224. člena tega zakona, ki določa možnost urejanja pravic in obveznosti, ki niso določene v zakonu, v kolektivnih pogodbah na ravni dejavnosti le za člane pogodbenih strank, torej le za člane tistega(ih) sindikata(ov), ki je (so) podpisnik(i) kolektivne pogodbe. Zaradi kratkega časovnega obdobja

1 Poleg ugotovitvenih in razveljavitvenih odločb lahko Ustavno sodišče izda tudi interpretativne odločbe. To so odločbe, ko Ustavno sodišče ohrani pravno normo, jo pa razloži na ustavno skladen način, ker se praviloma norma v praksi uporablja na več načinov, tudi na ustavno neskladen način (glej Nerad, 2007, str. 64).

2 Za vse odločbe, ki jih izdaja Ustavno sodišče, velja, da so obvezne (tretji odstavek 1. člena ZUstS) in učinkujejo *erga omnes*, za vse, ne le za udeležence postopka. Upoštevati jih morajo tudi sodišča v konkretnih postopkih.

3 Zakon o Ustavnem sodišču, Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo in 109/12, v drugem odstavku 40. člena določa: »Če je potrebno, določi ustavno sodišče, kateri organ mora izvršiti odločbo in na kakšen način. Odločba mora biti obrazložena.«

veljavnosti ZDR-1 in procesne predpostavke izčrpanosti pravnih sredstev pred sodišči še niso vložene ustavne pritožbe, ki bi se nanašale na ZDR-1.

S socialnega področja se največ vlog (zahtev, pobud in ustavnih pritožb) nanaša na Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju ter Zakon o uravnoteženju javnih financ, ki je zaradi vzdržnosti javnih financ in zmanjšanja odhodkov proračuna spremenil ali dopolnil predvsem predpise s socialnovarstvenega področja.⁴

2 PRAVNI UČINKI UGOTOVITVENIH ODLOČB USTAVNEGA SODIŠČA

Pravna podlaga za izdajo ugotovitvenih odločb Ustavnega sodišča ni določena v Ustavi, kot to velja za razveljavitvene odločbe, temveč v ZUstS. Če Ustavno sodišče presodi, da je zakon, drug predpis ali splošni akt, izdan za izvrševanje javnih pooblastil, protiuustaven ali nezakonit zato, ker določenega vprašanja ne ureja, pa bi ga moral (pravna praznina), ali ga ureja na način, ki ne omogoča razveljavitve oziroma odprave,⁵ Ustavno sodišče sprejme o tem ugotovitveno odločbo (prvi odstavek 48. člena ZUstS) in ugotovi protiuustavnost (nezakonitost) ter zahteva od pristojnega organa, da protiuustavnost oziroma nezakonitost v roku, ki ga samo določi,⁶ odpravi (drugi odstavek 48. člena ZUstS).

Če Ustavno sodišče ugotovi neskladje celotnega zakona⁷ ali njegovega dela⁸ z Ustavo, od zakonodajalca zahteva, da v določenem roku neskladje odpravi. Ustavno sodišče lahko izda ugotovitveno odločbo tudi za zakon, ki je prenehal veljati. Taka odločba ima učinke razveljavitvene odločbe, ker zakonodajalec zaradi pravne varnosti ne more popravljati zakona za nazaj.

2.1 Upoštevanje ugotovitvene odločbe Ustavnega sodišča in njeno učinkovanje

Ugotovitvena odločba Ustavnega sodišča za sodišča pomeni dolžnost ustavno skladne razlage zakona. Iz določb ZUstS, ki se nanašajo na ugotovitvene odločbe (47. in 48. člena), izhaja, da ugotovitvena odločba, ki se nanaša na zakonske

4 S področja pokojninskega in invalidskega zavarovanja, ki so se nanašala na Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju, je bilo od 1. 1. 2011 do 1. 9. 2014 rešenih največ (48) zadev.

5 Glej odločbo št. U-I-287/10 z dne 3. 11. 2011 (tč. 28 obrazložitve). Ustavno sodišče je v tej zadevi ugotovilo ustavno neskladnost 66. člena ZPIZ-1, kolikor se nanaša na zavarovance iz sedme alineje prvega odstavka 34. člena ZPIZ-1. Presodilo je, da brez razumnega razloga neenako obravnava zavarovance samozaposlene in kmete v primerjavi z drugimi zavarovanci, ker jim ob nastanku invalidnosti III. kategorije niso zagotovljene nobene pravice iz invalidskega zavarovanja, čeprav ti zavarovanci plačujejo prispevke. Ustavno sodišče je presodilo, da gre za kršitev drugega odstavka 14. člena Ustave (enakost pred zakonom) in prvega odstavka 50. člena Ustave (pravice do socialne varnosti). Za izdajo ugotovitvene odločbe se je odločilo, ker je presodilo, da razveljavitev 66. člena ZPIZ-1 ni mogoča, ker zavarovanci niso vsi v enakem položaju.

6 ZUstS ne določa roka, v katerem je Ustavno sodišče dolžno naložiti zakonodajalcu, da ustavno neskladnost odpravi, vendar ta rok v sodni praksi Ustavnega sodišča ni daljši od enega leta.

7 Ustavno sodišče v svoji ustavnosodni praksi še ni ugotovilo ustavne neskladnosti celotnega zakona.

8 V prispevku obravnavam primere ugotovitvenih odločb Ustavnega sodišča, izdanih na podlagi ocen o ustavni neskladnosti zakonov, ne obravnavam pa primerov ustavne neskladnosti drugih predpisov ali splošnih aktov, izdanih za izvrševanje javnih pooblastil.

določbe, ne more imeti strožjih (hujših) posledic, kot so določene v 44. členu za razveljavitveno odločbo. Po njem se zakonska določba, ki jo je Ustavno sodišče razveljavilo, ne uporablja za razmerja, nastala pred dnem, ko je razveljavitev začela učinkovati, če do tega dne o njih ni bilo pravnomočno odločeno. To bi torej veljalo tudi za učinkovanje odločbe o ugotovitvi neustavnosti zakonske določbe, če iz ustavnosodne presoje ne bi izhajalo drugače. Iz dosedanje ustavnosodne presoje izhaja, da ugotovitev neustavnosti zakonske določbe ne pomeni, da se v postopkih (upravnih in sodnih) taka določba ne sme več uporabljati.⁹ Pomeni pa, da jo je treba uporabljati tako, da njena uporaba ne bo v nasprotju z razlogi, ki so Ustavnemu sodišču narekovali ugotovitev njene neskladnosti z Ustavo.

Ugotovitvena odločba torej učinkuje v vseh razmerjih, nastalih pred dnem njenega učinkovanja, če do tega dne o njih ni bilo pravnomočno odločeno. Ugotovitev neskladnosti velja za naprej (*ex nunc*). Zaradi načel pravne varnosti po 2. členu Ustave lahko v pravnomočna razrešena pravna razmerja poleg postopkov z izrednimi pravnimi sredstvi in ustavne pritožbe poseže le zakonodajalec na podlagi 158. člena Ustave.¹⁰ »Zaradi instituta ustavnih pritožb, s katerimi je v skladu z Ustavo in ZUstS mogoče poseči v pravnomočne odločitve, je glede pravnih učinkov razveljavitvenih odločb, sprejetih v postopku ustavnosti in zakonitosti predpisov, ustaljeno stališče Ustavnega sodišča, da je treba razveljavitev zakonske določbe upoštevati tudi v postopku z ustavno pritožbo in posledično – ker se za vložitev ustavne pritožbe zahteva formalno in materialno izčrpanje vseh (tudi izrednih) pravnih sredstev – tudi v postopkih z izrednimi pravnimi sredstvi. Izredna pravna sredstva, vložena v skladu s pogoji iz procesnih zakonov, in ustavna pritožba, vložena v skladu s pogoji iz ZUstS, zagotavljajo, da se učinki razveljavitve raztezajo tudi na pravnomočne zadeve.« Enako velja za ugotovitevne zadeve.¹¹

Zato so sodišča dolžna ugotovitevno odločbo, ki jo izda Ustavno sodišče, upoštevati v vseh postopkih, in sicer da protiustavno zakonsko določbo uporabljajo tako, da ne bo v nasprotju z razlogi, ki jih je navedlo Ustavno sodišče v ugotovitveni odločbi. Sodnik ve, da uporablja ustavno neskladno zakonsko določbo, vendar jo mora uporabiti tako, da upošteva razloge Ustavnega sodišča, na katerih temelji njegova presoja, da gre za ustavno neskladen del ali celoten zakon. Pri tej presoji mora sodišče izrek in obrazložitev odločbe Ustavnega sodišča upoštevati kot celoto.

2.2 Način izvršitve

Ustavno sodišče na podlagi 40. člena ZUstS določi način izvršitve, da prepreči kršitve Ustave. Ustavno sodišče z načinom izvršitve da usmeritev sodiščem, kako naj sodijo v konkretnih primerih, ko morajo uporabiti ustavno neskladno zakonsko normo. Z načinom izvršitve Ustavno sodišče zagotovi, da niso kršene človekove pravice, in vpliva na enotno sodno prakso. V primeru, ki je predstavljen v nadaljevanju, je Ustavno sodišče v zadevi št. U-I-45/07, Up-249/06 z načinom izvršitve preprečilo kršitev pravice do učinkovitega sodnega varstva iz prvega

9 Glej Up-758/06 z dne 6. 12. 2007.

10 Ustava v 158. členu določa: »Pravna razmerja, urejena s pravnomočno odločbo državnega organa, je mogoče odpraviti, razveljaviti ali spremeniti le v primerih in po postopku, določenih z zakonom.«

11 Tako Ustavno sodišče v odločbi št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014, tč. 12 obrazložitev.

odstavka 23. člena Ustave. Določilo je, da delodajalec delavcu lahko odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga, če je bilo delavcu izdano opozorilo o kršitvi delovne obveznosti največ eno leto pred novo kršitvijo.

ZUstS ne določa, kakšne pravne učinke ima način izvršitve. Po stališču Ustavnega sodišča ima enako pravno moč kot zakon. Zato z načinom izvršitve Ustavno sodišče za določen čas, ki ga samo določi, sprejme prehodno ureditev, ki nadomesti zakonsko normo. Zato za način izvršitve veljajo metode njegove razlage in uporaba kot pri zakonu.¹²

Če sodišče ne sledi načinu izvršitve, ki ga je določilo Ustavno sodišče, se na prvi pogled zdi, da lahko redna sodišča spreminjajo presoje Ustavnega sodišča, sprejete v ugotovitvenih odločbah. Vendar gre pri upoštevanju odločb Ustavnega sodišča za vprašanje, ali je bilo ravnanje v skladu z Ustavo, in ne za vprašanje, ali je bilo ravnanje zakonito. To presojo pa morajo, kot je bilo že navedeno, po 125. členu Ustave opravljati tudi sodniki rednih sodišč, ker jih zavezujeta Ustava in zakon. Presoja rednih sodišč je lahko različna od presoje Ustavnega sodišča, vendar vedno mora biti ustavno skladna. Kadar Ustavno sodišče z načinom izvršitve določi le eno izmed več mogočih ustavno skladnih rešitev, redno sodišče lahko najde drugo ustavno skladno razlago zakona ali njegovega dela. Odklonitev uporabe načina izvršitve iz odločbe Ustavnega sodišča pa mora biti obrazložena, sicer sodišče ravna arbitrarno in samo krši Ustavo (22. člen Ustave).

Jasno je, da ustavnosodna praksa zavezuje tudi Ustavno sodišče. Pri določanju načina izvršitve Ustavno sodišče prevzame vlogo zakonodajalca. Tudi zato je zelo pomembno, kako Ustavno sodišče določi način izvršitve. Pri tem tudi za ustavne sodnike velja, da ne smejo sprejemati arbitrarnih odločitev, da morajo upoštevati dejavnike družbenih sprememb, vendar morajo varovati ustavnost in zakonitost predpisov ter človekove pravice in temeljne svoboščine. Ker ima pri določanju načina izvršitve Ustavno sodišče vlogo zakonodajalca, način izvršitve pa ima enako pravno moč kot zakon, mora Ustavno sodišče upoštevati tudi to, ali in kako naj način izvršitve učinkuje v posameznih (nepravnomočnih oziroma pravnomočnih končanih) sodnih postopkih. Če v obravnavani zadevi iz splošnih pravil pri načinu izvršitve ne izhajajo dovolj jasni odgovori oziroma če splošna pravila niso dovolj jasna in uporabljiva, obstaja veliko tveganje, da se bo odločba Ustavnega sodišča razlagala in uporabljala v neskladju z Ustavo. Zato je pomembno, da Ustavno sodišče v odločbi jasno opredeli, kdo (kateri organ) in kako mora v času do nove zakonske ureditve upoštevati odločbo Ustavnega sodišča. K temu ga zavezuje drugi odstavek 40. člena ZUstS.¹³ Če namreč Ustavno sodišče nejasno oziroma pomanjkljivo določi način izvršitve, ima lahko njegova odločba nasprotno, tudi ustavno neskladne učinke. Lahko vpliva na neenotno sodno prakso, arbitrarno odločanje sodnikov in povzroča dodatne spore. Določitev načina izvršitve je zahtevna naloga Ustavnega sodišča, ker dejansko sprejemačasne (prehodne) zakonske določbe, ko obravnava posamezni primer, ne da bi lahko svojo odločitev preverilo v večfaznem postopku, kot to velja za zakonodajalca. Zato

¹² Glej odločbo št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014, tč. 15 obrazložitve.

¹³ Drugi odstavek 40. člena ZUstS določa: »Če je potrebno, določi ustavno sodišče, kateri organ mora izvršiti odločbo in na kakšen način. Odločba mora biti obrazložena.«

je za uveljavljanje pravne države (2. člen Ustave) in načela delitve oblasti (3. člen Ustave) pomembno, da se Državni zbor na odločitev Ustavnega sodišča odzove in prevzame svojo vlogo zakonodajalca tako, da v določenem roku sprejme ustavno skladen zakon.¹⁴

2.3 Primer ugotovitvene odločbe Ustavnega sodišča št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014

Navedena odločba Ustavnega sodišča št. Up-624/11 je pomembna predvsem zato, ker celovito obravnava pravno naravo ugotovitvene odločbe, ki jo izda Ustavno sodišče, in ker v njeni vsebini najdemo odgovore na vprašanja, zastavljena v uvodu tega prispevka, predvsem kako morajo sodišča upoštevati tovrstne odločbe.

Zadeva se nanaša na presojo dopustnega časovnega obdobja od izdanega opozorila, v katerem lahko delodajalec delavcu redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga. Zakon o delovnih razmerjih¹⁵ iz leta 2002 (v nadaljevanju ZDR) v prvem odstavku 83. člena ni določal dolžine roka med opozorilom in odpovedjo pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga. Tako po prejšnji (ZDR) kot po sedanjih ureditvi (ZDR-1) je sodno varstvo pritožniku zagotovljeno šele v postopku presoje zakonitosti redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi, samega opozorila pa ni mogoče izpodbijati. V obravnavanem primeru je delodajalec delavcu po 18 mesecih od izdanega opozorila odpovedal pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga.¹⁶

Ustavno sodišče je pred obravnavanim primerom v zvezi z vprašanjem časovnega obdobja dopustnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga po izdanem opozorilu presojalo ustavnost prvega odstavka 83. člena ZDR zaradi kršitve pritožnikove pravice do učinkovitega sodnega varstva po prvem odstavku 23. člena Ustave. Z odločbo št. U-I-45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007 je ugotovilo, da gre za poseg v navedeno ustavno pravico, ker zakonodajalec ni izkazal ustavno dopustnega cilja, zaradi katerega rok za odpoved ni določen. Zato je odločilo, da je prvi odstavek 83. člena ZDR v neskladju z Ustavo, in naložilo zakonodajalcu, da ugotovljeno neskladje odpravi v šestih mesecih od objave odločbe. Določilo je način izvršitve, da delodajalec lahko delavcu odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnega razloga na podlagi pisnega opozorila, ki ne sme biti starejše od enega leta pred novo kršitvijo delavca.

Novela Zakona o delovnih razmerjih, ki je začela veljati novembra 2007¹⁷ (v nadaljevanju ZDR-A), je po navedeni odločitvi Ustavnega sodišča št. U-I-45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007 določila, da je odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu dopustna v enem letu od prejema pisnega opozorila, razen če ni s kolektivno pogodbo dejavnosti drugače določeno, vendar ne dalj kot v dveh letih. Veljavni

14 Glej odločbo št. U-I-163/99 z dne 15. 7. 1999, tč. 10 obrazložitve).

15 Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 42/02.

16 Delodajalec je delavca (pritožnika) na podlagi prvega odstavka 83. člena Zakona o delovnih razmerjih (ZDR, Uradni list RS, št. 42/02) 24. 6. 2004 pisno opozoril na kršitve obveznosti iz delovnega razmerja. V tem opozorilu je bil delavec v skladu z ZDR tudi opozorjen, da mu bo pogodba o zaposlitvi odpovedana, če se bodo kršitve ponovile. Zaradi novih kršitev delovnih obveznosti je bila delavcu po 18 mesecih (19. 12. 2005) pogodba o zaposlitvi odpovedana iz krivdnega razloga.

17 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 103/07.

Zakon o delovnih razmerjih iz 2013 leta¹⁸ (v nadaljevanju ZDR-1) je navedeno ureditev prevzel (85. člen ZDR-1).

V obravnavanem primeru je torej delodajalec delavcu izdal opozorilo in odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga med takrat veljavnim ZDR, ki ni določal roka, v katerem lahko delodajalec po izdanem opozorilu delavcu, če stori novo kršitev pogodbene ali druge delovne obveznosti, odpove pogodbo o zaposlitvi. Obravnavani primer se je nanašal na to obdobje.

Sodišče prve stopnje je zavrnilo tožbeni zahtevek pritožnika, da je bila redna odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga z dne 19. 2. 2005 nezakonita. Ugotovilo je, da je delodajalec ravnal v skladu z ZDR. Višje delovno in socialno sodišče je pritožnikovo pritožbo zavrnilo, Vrhovno sodišče pa je s sodbo št. VIII Ips 360/2007 z dne 6. 4. 2009 zavrnilo njegovo revizijo. Razložilo je, da ZDR ne določa roka, v katerem mora delodajalec pisno opozoriti delavca o kršitvi, niti roka, v katerem mu mora po izdanem opozorilu odpovedati pogodbo o zaposlitvi. Med odločanjem Vrhovnega sodišča je že bila objavljena odločba Ustavnega sodišča št. U-I-45/07, Up-249/06.

Pritožnik je zoper navedeno odločitev vložil ustavno pritožbo in navajal, da zaradi dolžine obdobja 18 mesecev med pisnim opozorilom in redno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi ni mogel učinkovito izpodbijati pisnega opozorila, ter se je skliceval na odločitev Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-45/07 in Up-249/06 z dne 17. 5. 2007. Navajal je, da bi moral način izvršitve v navedeni odločbi veljati tudi v njegovem primeru.

Ustavno sodišče je z odločbo št. Up-803/09 z dne 9. 12. 2010 navedeno sodbo Vrhovnega sodišča št. VIII Ips 360/2007 z dne 6. 4. 2009 razveljavilo in zadevo vrnilo Vrhovnemu sodišču v novo odločanje, ker je ugotovilo, da je med odločanjem Vrhovnega sodišča že učinkovala odločba Ustavnega sodišča št. U-I-45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007, ki je Vrhovno sodišče ni upoštevalo. Presodilo je, da je bila pritožniku kršena pravica do učinkovitega sodnega varstva (prvi odstavek 23. člena Ustave).

Vrhovno sodišče je v ponovnem odločanju (sodba št. VIII Ips 2/2011 z dne 21. 2. 2011) moralo upoštevati odločbo Ustavnega sodišča št. U-I 45/07, Up-249/06. Odločilo je, da dejanski potek časa ni vplival na učinkovito izpodbijanje opozorila v sodnem postopku, pa čeprav je bila odpoved pogodbe o zaposlitvi delavcu (pritožniku) izdana po preteku več kot leto dni od izdanega opozorila, in zato tožniku (pritožniku) ni bila kršena pravica do učinkovitega sodnega varstva. Le kot *obiter dictum* je še ugotovilo, da tožnik neutemeljenosti opozorila niti ni zatrjeval. Zato je zavrnilo pritožnikovo revizijo.

Vrhovno sodišče torej ni upoštevalo načina izvršitve glede roka odpovedi, določenega v izreku odločbe Ustavnega sodišča št. U-I- 45/07, Up-249/06, in ni štelo, da le zgolj zato, ker odpoved ni bila sprejeta v enem letu po opozorilu na podlagi 83. člena ZDR (tč. 26 in 27 sodbe VS št. VIII 25/06), odpoved ni zakonita.

¹⁸ Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS, št. 21/13.

Ugotavljalo je razloge, ki jih je Ustavno sodišče uporabilo za ugotovitev ustavne neskladnosti zakonske določbe 83. člena ZDR, in sklenilo, da v obravnavanem primeru časovna odmaknjenost opozorila od dane odpovedi ne pomeni neučinkovitega sodnega varstva. Ustavno sodišče je namreč v odločbi št. 45/07, Up-249/06 z dne 17. 5. 2007 poudarilo, da »samo dejstvo časovne odmaknjenosti možnosti izpodbijanja opozorila še ne pomeni, da je takšno sodno varstvo vedno neučinkovito. Neučinkovito bi bilo le v primer, če bi ta časovna odmaknjenost trajala tako dolgo, da bi bilo dokazovanje neutemeljenosti pisnega opozorila bistveno oteženo« (tč. 11 obrazložitve). Vrhovno sodišče je torej ugotovilo, da časovna odmaknjenost sama po sebi ne pomeni neučinkovitega sodnega varstva, in zato ni upoštevalo načina izvršitve glede roka dopustnosti odpovedi pogodbe o zaposlitvi, ki ga je določilo Ustavno sodišče, da lahko delodajalec delavcu redno odpove pogodbo o zaposlitvi iz krivdnih razlogov le na podlagi pisnega opozorila, ki je bilo izdano v največ enem letu pred novo kršitvijo. Na podlagi presoje v konkretnem primeru je Vrhovno sodišče ravnalo ustavno skladno, ker je v obravnavanem konkretnem primeru argumentirano, z ustaljenimi pravili in metodami pravne razlage in upoštevanjem ustavnopravnih omejitev razložilo, zakaj ne gre za kršitev 23. člena Ustave. Če tega ne bi storilo, bi se mu lahko očitalo arbitrarno ravnanje, kar pomeni kršitev 22. člena Ustave.

Z upoštevanjem obrazložitve Vrhovnega sodišča je zato Ustavno sodišče z odločbo št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014 zavrnilo ustavno pritožbo zoper navedeno sodbo Vrhovnega sodišča št. VIII Ips 2/2011 z dne 21. 2. 2011, čeprav Vrhovno sodišče ni upoštevalo enoletnega roka, navedenega v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-45/07 in Up-249/06.

Iz navedene odločitve, ki ni tipična, lahko povzamem, da morajo sodišča v odprtih postopkih, kot je obravnavani, navesti, da poznajo odločitev Ustavnega sodišča, ki bi bila lahko uporabljiva v presoji konkretne zadeve, vendar lahko ustavno skladno razložijo, zakaj ne upoštevajo načina izvršitve Ustavnega sodišča. Kot je bilo že navedeno, so v obravnavanem primeru sodišča, vključno z Vrhovnim sodiščem, sledila svoji ustavno skladni presoji in presoji Ustavnega sodišča tako, da niso upoštevala določenega enoletnega roka, ki ga je Ustavno sodišče določilo v načinu izvršitve, so pa upoštevala razloge, ki jih je Ustavno sodišče navedlo v odločbi in na tej podlagi presodilo, da ne gre za kršitev učinkovitega sodnega varstva po prvem odstavku 23. člena Ustave. Tveganja, da sodišče ustavno neskladen zakon ne razloži ustavno skladno, so večja, če Ustavno sodišče v svoji odločbi nejasno prikaže razloge, zaradi katerih je sprejelo ugotovitevno odločbo.

3 PRAVNI UČINKI RAZVELJAVITVENE ODLOČBE USTAVNEGA SODIŠČA, PRIMER RAZVELJAVITVENE ODLOČBE ŠT. U-I-281/09

Pravno podlago za izdajo razveljavitvenih odločb določa Ustava v 161. členu. Na podlagi tega člena ima Ustavno sodišče pooblastilo, da lahko v celoti ali delno razveljavi zakon¹⁹ ali njegov del, če ugotovi, da je protiustaven. Pravne posledice

¹⁹ Ustavno sodišče je štirikrat razveljavilo celoten zakon. Zakoni se niso nanašali na delovno in socialno področje. Razveljavljeni so bili Zakon o dedovanju kmetijskih zemljiščih in zasebnih kmetijskih

razveljavitve operacionalizira 43. člen ZUstS, ki določa, da razveljavitev zakona ali njegovega dela z odločbo Ustavnega sodišča učinkuje naslednji dan po objavi odločbe o razveljavitvi oziroma po poteku roka, ki ga določi Ustavno sodišče (razveljavitev z odložnim rokom). Ta rok po 161. členu Ustave ne sme biti daljši od enega leta.

Učinkovanje razveljavljenega zakona ali njegovega dela pomeni, da zakon ali njegov del več ne velja,²⁰ izloči se iz pravnega reda. Zakonodajalcu ni treba, da se odzove na razveljavitev, če določenega področja ne želi urediti v zakonu ali v njegovem delu (primer nepremičninskega zakona, št. U-I- 313/13 z dne 21. 3. 2014). V domeni zakonodajalca je, v katerem zakonu bo uredil in če bo uredil določeno področje.²¹

Razveljavljeni zakon ali njegov del pa ne velja za nazaj in ne za pravnomočno rešena razmerja (44. člen ZUstS). Kot je bilo že navedeno pri ugotovitvenih odločbah, je treba po doktrini Ustavnega sodišča razveljavitev zakonske določbe upoštevati tudi v postopku z ustavno pritožbo, in ker je procesna predpostavka za obravnavo ustavne pritožbe izčrpanost pravnih sredstev, so upoštevana tudi izredna pravna sredstva. Zato učinki razveljavitvene odločbe veljajo tudi za pravnomočne zadeve.²²

3.1 Primer razveljavitvene odločbe št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011

Kot primer razveljavitvene odločbe obravnavam odločbo št. U-I-281/09 z dne 22. 11. 2011, ki se nanaša na plačevanje prispevkov zaposlenim zavarovancem. Ustavno sodišče je prvi odstavek 228. člena Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju²³ (v nadaljevanju ZPIZ-1) razveljavilo v delu, ki se glasi: »odpisuje, delno odpisuje oziroma dovoljuje odlog ali obročno odplačevanje prispevkov za obvezno zavarovanje skladno s kriteriji, ki jih določi svet zavoda«, kolikor se nanaša na zavarovance iz 13. in 14. člena Zakona o pokojninskem in invalidskem zavarovanju. Ustavno sodišče je presodilo, da gre za nedopusten poseg v pravico zavarovancev (delavcev) do zasebne lastnine iz 33. člena Ustave, ko je davčna uprava dovoljevala odpise, delne odpise, odloge in obročna odplačevanja prispevkov za obvezno pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Ustavno sodišče je ponovilo stališče iz ustavnosodnih presoj,²⁴ da je ustavni pojem lastnine širši od civilnopravnega in zato Ustava ne varuje le lastninske pravice, temveč tudi

gospodarstev, Zakon o kmetijskih zemljišči, Zakon o lastninjenju spomenikov in znamenitosti v družbeni lastnini ter Zakon o davku na nepremičnine.

20 Ustavno sodišče zato v izreku odločbe opredeli, kdaj začne učinkovati razveljavitev: Razveljavitev zakona začne učinkovati (na primer: naslednji dan po objavi te odločbe v Uradnem listu RS; ali razveljavitev določb 3. 4. in 5. člena naslednji dan po objavi teh določb v Uradnem listu RS, drugih določb pa po preteku enega leta po objavi).

21 Ustavno sodišče je v zadevi št. U-I-313/13 z dne 21. 3. 2013 razveljavilo Zakon o davku na nepremičnine v celoti, ki je bil objavljen v Uradni listu RS, št. 101/13. V isti odločbi je ugotovilo neskladje z Ustavo Zakona o množičnem vrednotenju nepremičnin (Uradni list RS, št. 50/06 in 87/11), kolikor se nanaša na množično obdavčenje nepremičnin, ne pa v delu, ki se nanaša na socialne transferje. V obrazložitvi je zapisalo, da zakonodajalec lahko določi davčno osnovo za obdavčitev nepremičnin v novem zakonu o davku na nepremičnine ali pa v Zakonu o množičnem vrednotenju nepremičnin. Zato tudi za ta zakon ni določilo roka uskladitve zakona z Ustavo.

22 Glej odločbo št. Up-624/11 z dne 3. 7. 2014, tč. 12 obrazložitve.

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

24 Glej odločbo ustavnega sodišča št. U-I-60/98 z dne 16. 7. 1998 in druge.

druge pravne položaje posameznika, ki imajo premoženjsko vrednost. Zato je po 33. členu Ustave (pravica do zasebne lastnine) varovano tudi upravičenje zavarovanca delavca, da bo delodajalec zanj plačal zaslužene prispevke za socialna zavarovanja. Prispevki pomenijo plačilo za opravljeno delo in zato obvezno zakonsko dajatev delodajalca. Zato zakonska določba, ki omogoča odlog, obročno plačilo ali odpis, da prispevki niso plačani, posega v pravico do zasebne lastnine po 33. členu Ustave. Zakonodajalec je navajal, naj bi zakonska ureditev omogočala nadaljnje poslovanje pravnih oseb in zaposlitev delavcev zavarovancev. Ustavno sodišče je presodilo, da sicer gre za ustavno dopusten cilj, vendar pa sredstva, ki jih je uporabil zakonodajalec za uresničitev tega cilja, niso ustavno dopustna, ker vsa tveganja in škodljive posledice nosi le delavec, pri čemer delavec niti ni vedel za odlog, obročno plačilo ali odpis prispevka za pokojninsko in invalidsko zavarovanje. Dodalo je, da je tako sredstvo ustavnopravno nedopustno tudi zato, ker ZPIZ-1 temelji pretežno na zavarovalnem načelu (tč. 17 obrazložitve). Zato je razveljavilo prvi odstavek 228. člena ZPIZ-1 v delu, kot je navedeno zgoraj.

4 POMEMBNEJŠE ODLOČITVE USTAVNEGA SODIŠČA S PODROČJA DELOVNIH IN SOCIALNIH SPOROV OD 1. 1. 2011 DO 1. 9. 2014

Družbena in finančna kriza, ki je značilna za navedeno obdobje, je s spremembami posameznih zakonov, predvsem pa z Zakonom za uravnoteženje javnih financ²⁵ (v nadaljevanju ZUJF) vplivala na zmanjšanje pravic iz delovnih razmerij in socialnovarstvenih pravic. To je vplivalo tudi na delo Ustavnega sodišča ne samo zaradi obsega dela zaradi vloženi pravnih sredstev, ampak zaradi oblikovanja novih stališč do prilagajanja prava družbenim razmeram, vključno s stališči, ali varčevalni ukrepi lahko zmanjšujejo navedene pravice, kar je tudi predmet urejanja prava Evropske unije in odločanja sodišča Evropske unije.

4.1 Odločba Ustavnega sodišča št. 186/12 z dne 14. 3. 2013

Z odločbo št. U-I-186/12 z dne 14. marca 2013 je Ustavno sodišče na zahtevo varuha človekovih pravic presojalo nekatere določbe 143. člena ZUJF, na podlagi katerih so se zmanjšale pokojnine, ki niso temeljile na vplačanih prispevkih (posebne pokojnine). Gre za pokojnine, pridobljene pod posebnimi pogoji, ki temeljijo na različnih pravnih podlagah (vsaj na 36 zakonih), in ki so bile ob uveljavitvi ZUJF višje od 622 evrov. Te pokojnine se financirajo neposredno iz proračuna Republike Slovenije in so predvsem: vojaške pokojnine, uživalci katerih so vplačali prispevke pri nosilcih socialnega zavarovanja v republikah nekdanje SFRJ; pokojnine udeležencev NOB, narodnih herojev, nosilcev partizanske spomenice 1941 in žrtev vojnega nasilja; pokojnine, uživalcem katerih je v pokojninsko dobo všteti čas neupravičenega odvzema prostosti in neupravičenega kaznovanja zaradi političnih razlogov, in druge. Ustavno sodišče je po opravljeni primerjavi posameznih vrst pokojnin in opravljenih *testih razumnosti*²⁶ ugotovilo, da je zakonodajalec uživalce

25 Zakon za uravnoteženje javnih financ, Uradni list RS, št. 40/12 in 105/12.

26 S *testom razumnosti* Ustavno sodišče najprej preveri 1) enakost položajev, ali sta dejanska položaja pobudnika in tistega, s katerim se primerja, v bistvenem enaka, 2) ali gre za različno zakonsko ureditev in

pokojnin različno obravnaval, čeprav so bili njihovi položaji podobni, ali pa enako obravnaval, čeprav so bili njihovi položaji različni. Ustavno sodišče je zato presodilo, da je bila izpodbijana ureditev v neskladju s splošnim načelom enakosti (drugi odstavek 14. člena Ustave), ker je bilo obravnavanje uživalcev pokojnin pri določanju znižanja njihovih pokojninskih prejemkov arbitrarno.

Navedena odločba pa je pomembna tudi zato, ker v njej Ustavno sodišče ponovi ali pa na novo, jasneje oblikuje stališča, ki se nanašajo na zmanjševanje pravic, kar je aktualno v kriznih razmerah. Iz navedene odločbe povzemam naslednje:

Načelo pravne države (2. člen Ustave) zagotavlja, da država posamezniku njegovega pravnega položaja ne bo poslabšala arbitrarno, brez stvarnega razloga, utemeljenega v prevladujočem in legitimnem javnem interesu. Isto načelo zakonodajalca zavezuje, da prilagaja zakonodajo družbenim razmeram. Zato se pokojnine in drugi socialni transferji lahko znižajo zaradi javnofinančne nezmožnosti države, da bi plačala te izdatke. Ekonomska nezmožnost države za pokrivanje socialnih dajatev je torej lahko ustavno dopusten razlog, zaradi katerega zakonodajalec lahko zmanjša zakonsko določene pridobljene pravice, vendar le za naprej in z upoštevanjem načela enakosti pred zakonom (tč. 19–21 obrazložitve). Zato tudi pravnomočna odločba o odmeri pokojnine uživalcu pokojnine ne zagotavlja, da se višina pokojninskega prejemka v prihodnje ne bo spremenila z učinkom za naprej.²⁷ Kljub premoženjskopravni (poleg socialnovarstveni) naravi pokojnine to ne pomeni, da Ustava zagotavlja pokojnino v določeni višini (tč. 16 obrazložitve).²⁸ Ko gre za zakonski pridržek, se obseg pravic lahko zmanjša, vendar mora zakonodajalec s spreminjanjem zakonskih norm varovati jedro pravice, ker bi jo sicer izvotlil in s tem kršil Ustavo. Vežanost zakonodajalca na ustavno varovano jedro pravice pa je treba ugotavljati v vsakem primeru posebej.²⁹

Enako izhaja iz prakse ESČP. Pravica do pokojnine, če jo država zagotavlja, je premoženjska pravica, ki jo varuje 1. člen Protokola št. 1 k EKČP. Določena višina te pravice sicer ni zagotovljena; država lahko poseže v to pravico, vendar mora pri tem zagotavljati ravnotežje med splošnimi interesi družbe in temeljnimi pravicami posameznikov. To ravnotežje ni doseženo, če morajo prizadete osebe nositi čezmerno in nesorazmerno breme v primerjavi z drugimi ali če je njihova pravica izvotljena. Prav tako omejitve ne smejo biti diskriminatorne in v nasprotju s 14. členom EKČP. Država tako ne sme različno obravnavati oseb v podobnih položajih, če za to ni nobenega objektivnega ali razumnega razloga, če različno obravnavanje ne sledi legitimnemu cilju ali če ni razumne sorazmernosti med uporabljenim ukrepom in ciljem, ki se želi doseči. ESČP pa na tem področju državam priznava precej široko polje proste presoje.³⁰

3) ali za razlikovanje obstaja razumen razlog, ki izhaja iz narave stvari. Če za različno zakonsko ureditev primerljivih položajev ni najti razumne pravne obrazložitve glede na predmet urejanja, potem gre za kršitev enakosti po drugem odstavku 14. člena. Navedene presoje se morajo opravljati za vsak primer posebej in ne na abstraktni, splošni ravni.

27 Glej sodbo ESČP Kloniakina proti Gruziji z dne 19. 6. 2012. 1. člen Protokola št. 1 EKČP ne zagotavlja pokojnine v določeni višini.

28 Do višine pokojnine se Ustavno sodišče še ni opredelilo, je pa v odločbi št. U-II-1/11z dne 10. 3. 2011 zapisalo, da mora biti »polna« pokojnina višja kot socialnovarstveni prejemek.

29 Ustavno varovano jedro pravice do pokojnine zajema pravico dobiti pokojnino, ki zagotavlja socialno varnost. Tako Ustavno sodišče v odločbi št. Up-360/05 z dne 2. 10. 2008.

30 Glej npr. sodbe ESČP: *Andrejev proti Latviji* z dne 18. 2. 2009; *Carson in drugi proti Veliki Britaniji* z dne

4.2 Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-146/12 z dne 14. 11. 2013

V odločbi št. U-I-146/12 z dne 14. novembra 2013 je Ustavno sodišče na podlagi zahteve varuha človekovih pravic presojalo ustavno skladnost določb 188. in 246. člena ZUJF, ki se nanašata na prenehanje pogodbe o zaposlitvi zaradi izpolnitve zakonskih pogojev za pridobitev pravice do starostne pokojnine. Ustavno sodišče je izpodbijano ureditev presojalo z več vidikov, z vidika jasnosti in določnosti predpisov (2. člen Ustave), z vidika prepovedi diskriminacije glede na starost in spol (prvi odstavek 14. člena Ustave), z vidika prepovedi diskriminacije javnih uslužbencev v primerjavi z delavci v zasebnem sektorju, z vidika načela varstva zaupanja v pravo (2. člen Ustave) ter z vidika avtonomnosti univerze in drugih visokih šol v zvezi s svobodo znanosti in umetnosti (58. in 59. člen Ustave). Jedro odločitve se je nanašalo na presojo, ali ureditev krši prepoved diskriminacije na podlagi starosti in na podlagi spola. Ustavno sodišče je ugotovilo, da prenehanje pogodbe o zaposlitvi ob izpolnitvi pogojev za starostno upokojitev, kot je določeno v izpodbijani ureditvi, pomeni poseg v pravico starejših javnih uslužbencev do nediskriminacijskega obravnavanja po prvem odstavku 14. člena Ustave. Po presoji, ali poseg temelji na ustavno dopustnem cilju, in oceni po izvedenem strogem testu sorazmernosti (presoji primernosti, nujnosti in sorazmernosti posega v ožjem smislu) pa je presodilo, da gre za ustavno dopusten cilj, ki zadosti tudi navedenim trem vidikom testa sorazmernosti. Ob hkratnem upoštevanju temeljnih ciljev izpodbijane ureditve, to je vzdržnih javnih financ, vzpostavitve uravnotežene starostne strukture javnih uslužbencev (možnost zaposlovanja mladih) in preprečevanja potencialnih sporov o tem, ali je javni uslužbenec sposoben opravljati delo po določeni starosti, je presodilo, da ne gre za kršitev človekovih pravic. Ukrep prav tako ni nesorazmeren, ker so prizadete osebe upravičene do »polne« starostne pokojnine, poleg tega pa se lahko ponovno zaposlijo. Zato je Ustavno sodišče odločilo, da izpodbijana ureditev ni v neskladju s prepovedjo diskriminacije na podlagi starosti po prvem odstavku 14. člena Ustave.

Ustavno sodišče pa je ugotovilo neskladje izpodbijanih določb ZUJF s prepovedjo diskriminacije zaradi spola po prvem odstavku 14. člena Ustave zaradi različnih upokojitvenih pogojev, določenih v ZPIZ-1 oziroma ZPIZ-2, ki veljajo za moške in ženske ter se nanašajo na delovno dobo. Ocenilo je, da gre za poseg, ki ga zakonodajalec ni upravičil niti razlogi zanj niso bili razvidni iz zakonodajnega gradiva. Zato ni izpolnjen pogoj – ustavno dopustni cilj za tako razlikovanje. Ustavno sodišče je odločilo, da gre za ustavno neskladnost izpodbijanih določb ZUJF, kolikor se nanašajo na javne uslužbenke kot ženske zavarovanke. S sprejeto odločitvijo je tudi upoštevalo prakso Sodišča Evropske unije.

Ustavno sodišče je pri presoji kršitve načela prepovedi diskriminacije upoštevalo presoje Sodišča Evropske unije.³¹ Načelo prepovedi diskriminacije po starosti

16. marca 2010; *Grudić proti Srbiji* z dne 17. 4. 2012, *Kjartan Ásmundsson proti Islandiji* z dne 12. oktobra 2004. ESČP je v teh zadevah znižanje pokojnin štelo za poseg v pravico.

31 Glej združena zadeva G. Fuchs, C-159/10, in P. Kohler, C-160/10, z dne 21. 7. 2011; zadeva *Félix Palacios de la Villa proti Cortefiel Servicios SA*, C-411/05, z dne 16. 10. 2007; zadeva *Reinhard Prigge in drugi proti Deutsche Lufthansa AG*, C-447/09, z dne 13. 9. 2011; zadeva *Seda Kúćukdeveci proti Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, z dne 31. 3. 2009 in druge.

in spolu je določeno že kot splošno načelo prava Evropske unije v Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o delovanju Evropske unije ter konkretizirano z Direktivo 2000/78/ES in Direktivo 2006/54/ES in upoštevano v praksi Sodišča Evropske unije. Ustavno sodišče je dolžno na podlagi tretjega odstavka 3. a člena Ustave pri presoji predpisov upoštevati primarno in sekundarno zakonodajo ter sodno prakso Evropske unije. V odločbi je jasno zapisano stališče, da »zaradi tretjega odstavka 3. a člena Ustave so temeljna načela, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom EU, hkrati tudi notranja ustavnopravna načela, ki zavezujejo z močjo Ustave« (tč. 32 obrazložitve). Zato ta načela zavezujejo tudi Ustavno sodišče pri izvrševanju njegovih pristojnosti.

Iz navedene odločitve Ustavnega sodišča št. U-I-146/12 bom v nadaljevanju podrobneje obravnavala tudi presojo Ustavnega sodišča z vidika neenakega obravnavanja javnih uslužbencev v primerjavi z delavci (drugi odstavek 14. člena Ustave).

Predlagatelj, varuh človekovih pravic, je menil, da izpodbijane določbe postavljajo javne uslužbence v manj ugoden položaj v primerjavi z delavci, ker za delavce splošna delovnopravna ureditev ne predvideva prenehanja veljavnosti pogodbe o zaposlitvi zaradi izpolnitve zakonsko določenih pogojev za upokojitev, kot to velja po ZUJF za javne uslužbence. Ustavno sodišče je v obravnavani odločbi št. U-I-146/12 z dne 14. 11. 2013 ugotovilo, da se položaja delavca in javnega uslužbenca v več pogledih bistveno razlikujeta. Za javne uslužbence veljajo številne posebnosti v delovnopravni ureditvi, v Zakonu o javnih uslužbencih, Zakonu o sistemu plač v javnem sektorju in drugih zakonih. Posebnosti veljajo tudi glede prenehanja veljavnosti pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga in razloga nesposobnosti. Bistvena razlika je tudi v tem, da se delo javnih uslužbencev financira iz javnih sredstev. Na podlagi zgornjih ugotovitev je Ustavno sodišče presodilo, da pri javnih uslužbencih in delavcih ne gre za bistveno enake položaje in jih je zakonodajalec lahko različno urejal. Zato izpodbijane določbe niso v neskladju z drugim odstavkom 14. člena Ustave.

V zvezi s presojo, ali gre pri javnih uslužbencih in delavcih za primerljiva položaja, ki dopuščata različno ureditev pravic in obveznosti javnih uslužbencev in delavcev, se pogostokrat utemeljuje le na splošni ravni. V teoriji ni sporno, da različnost položaja javnega uslužbenca od položaja delavca glede na poslovanje oseb javnega prava izhaja iz dveh temeljnih elementov:³² javni uslužbenec porablja za svoje plačilo za delo javna sredstva in s svojim delom uresničuje javni interes. Tudi K. Kresal Šoltes navaja: »Za javni sektor je značilno, da država zaradi odgovornosti za izvajanje ustrezne makroekonomske politike bolj ali manj intenzivno posega na področje določanja plač«.³³

To pa ne pomeni, da navedena razloga v vsakem obravnavanem primeru zadoščata za ugotovitev, da položaj javnih uslužbencev ni enak položaju delavcev. V določenih pravicah sta položaja enaka (praviloma v vseh primerih, ko velja

32 Glej Vodovnik, 1/2007, letnik VII, str. 15.
Virant, 1998, str. 187.

33 Kresal Šoltes, 1999, str. 723.

subsidiarna uporaba ZDR-1). Pa tudi, če se ugotovi neenakost položajev, je treba v vsakem primeru še posebej skrbno presoditi, ali za drugačno ureditev pravic in obveznosti javnim uslužbencem obstaja razumen razlog, ki temelji na stvari sami, na predmetu urejanja. Zakonodajalec, predvsem v sedanjem času sprejemanja varčevalnih ukrepov, javnim uslužbencem pogosto določi pravice manj ugodno, kot to velja za delavce po splošni delovnopравни zakonodaji.³⁴ Da bi bilo zmanjševanje pravic ustavno skladno, mora zakonodajalec razumni razlog drugačnega urejanja navesti že v zakonodajnem gradivu³⁵ in izkazati, da ne gre za ureditev, ki je samovoljna, arbitrarna, v nasprotju z načelom enakosti po drugem odstavku 14. člena Ustave. Pogosto pri zmanjševanju pravic obstajajo tveganja, da zakonodajalec poseže tudi v drugo ustavno pravico in ne le v pravico enakosti po 14. členu Ustave. V tem primeru mora biti presoja dopustnosti takega ravnanja strožja, ker ne zadošča samo »test razumnosti«, ampak je treba poseg v ustavno pravico presojati v skladu z načelom sorazmernosti, s preverjanjem vseh treh elementov načela sorazmernosti: primernost, nujnost, sorazmernost v ožjem smislu. Pa tudi, če se tem pravnim standardom zadošči, pri zmanjševanju pravic javnim uslužbencem vedno ostaja dejansko vprašanje smotrnosti sprejemanja takih odločitev. Uspešnost poslovanja države je cilj vseh treh vej oblasti oziroma vsakega poslovnega subjekta, kamor štejem tudi državo. Vsak poslovni subjekt pa je lahko uspešen le, če so uspešni njegovi izvajalci nalog, v državi javni uslužbenci in funkcionarji. Zato pri takih posegih vedno ostaja odprto vprašanje, ali hudi varčevalni ukrepi dolgoročno ne bodo povzročali manjših učinkov od načrtovanih. Država bi morala svoji vlogi delodajalca in oblastnega organa uravnotežiti in lahko tudi v imenu varčevalnih ukrepov spremeniti klasični uslužbenski sistem, ki temelji na uravnilovki pri nagrajevanju, formalnih kvalifikacijah in administrativnem napredovanju, ter razviti sisteme, ki omogočajo nagrajevanje uspešnih javnih uslužbencev, ki prispevajo k uresničevanju temeljnega cilja, uspešnega poslovanja države in drugih oseb javnega prava.

Vse navedeno ne pomeni, da se javni uslužbenci ne bi prilagajali kriznim razmeram, pomeni pa, da morajo biti tudi oni varovani po Ustavi, pomeni pa tudi, da lahko država izkoristi sedanji čas kriznih razmer in vzpostavi sistem uspešnega upravljanja kadrov v javnem sektorju.

4.3 Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-147/12 z dne 29. 5. 2013

Gre za primer, ko različna ureditev zgolj zaradi pavšalnih navedb zakonodajalca, da ne gre za enake položaje primerljivih oseb, ni utemeljena. Ustavno sodišče torej preverja, ali zakonodajalčeve odločitve temeljijo na stvarnih in razumnih razlogih, sicer presodi, da so arbitrarne, samovoljne in zato neskladne z Ustavo. Tako je Ustavno sodišče ugotovilo, da je v neskladju z Ustavo peti odstavek 113. člena Zakona o dohodnini, ki je določal davčno olajšavo le čezmejnimi delovnimi migrantom, ne pa tudi drugim zavezancem za dohodnino (domačim delavcem). Vlada in državni zbor nista izkazala razumnih in stvarnih razlogov za določitev davčne olajšave čezmejnimi delovnimi migrantom. Utemeljevala sta jo zgolj s pavšalnim sklicevanjem na zaposlitev pri delodajalcu, ki je v tujini in ni rezident Slovenije. Zato različna

34 Tipičen primer je sprejetje ZUJF, ki znižuje raven pravic predvsem javnim uslužbencem.

35 Glej odločbo št. U-I-210/10 z dne 1. 12. 2011.

ureditev enakih položajev ni utemeljena in je zato zakonska določba v neskladju z načelom enakosti iz drugega odstavka 14. člena Ustave. Ustavno sodišče je odločilo: »Čezmejni delovni migranti so glede na načelo obdavčitve svetovnega dohodka rezidentov Slovenije in upoštevajoč metodo omejenega odbitka za odpravo dvojnega obdavčenja v enakem položaju kot drugi zavezanci za plačilo dohodnine.«

5 LITERATURA:

- Nerad, Sebastian: Interpretativne odločbe, Ljubljana, Uradni list RS, 2007.
- Kresal Šoltes, Katarina: Razvoj pravnega položaja zaposlenih v javni upravi, Podjetje in delo, št. 5, GV, Ljubljana, 1999.
- Virant, Gregor: Pravna ureditev javne uprave, Visoka upravna šola, Ljubljana, 1998.
- Vodovnik, Zvone: Razvijanje kolektivnega dogovarjanja v javnem sektorju, Delavci in delodajalci, Inštitut za delo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, 1/2007, letnik VII.

UVELJAVLJANJE PRAVIC DO ZDRAVLJENJA V TUJINI

prof. dr. Rajko Knez
Pravna fakulteta Univerze v Mariboru
UM Jean Monnet Centre of Excellence

I. UVOD

Sprejetje Direktive 2011/24/EU (t. i. Health services directive)¹ se je pričakovalo vrsto let, vsaj pa od takrat, ko področje zdravstvenih storitev ni bilo vključeno v Direktivo 2006/123/ES o storitvah na notranjem trgu. Razlog za to je bil predvsem, da je ureditev opravljanja zdravstvenih storitev s čezmejnimi elementom na notranjem trgu EU zelo specifična tematika in z veliko podrobnostmi, ki se razlikujejo od splošne ureditve prostega opravljanja storitev na notranjem trgu. O tem nas prepriča tudi izredno veliko sodnih zadev pred Sodiščem EU, saj se je to srečevalo z različnimi, precej specifičnimi vprašanji, kot so npr. prosto opravljanje zdravstvenih storitev, ki se nanaša na vprašanje povrnitve stroškov, možnosti države članice, da omeji prosto opravljanje zdravstvenih storitev, možnost države članice, da uvede predhodno avtorizacijo za povračilo nastalih stroškov v tujini, vprašanje varstva nacionalnega zdravstvenega sistema in sistema zdravstvenih zavarovanj, ločevanje med bolnišničnim in nebolnišničnim zdravljenjem, ločevanje med javnim in zasebnim sistemom zdravstvenih storitev itd.

Če k vsem tem vprašanjem dodamo vprašanje nujnih zdravstvenih storitev, evropske kartice zdravstvenega zavarovanja, vloge nacionalnih organov zdravstvenega zavarovanja, predvsem pa različnost ureditve od države do države članice EU, potem je že *prima facie* razvidno, da gre za spekter vprašanj, ki jih pri drugih storitvah, tudi kadar gre za njihovo čezmejno upravljanje ali sprejemanje, ne najdemo. S tega vidika je sprejemljiv argument, da so zdravstvene storitve urejene v posebni direktivi (*lex specialis*). Celotna slika dosegljivosti zdravstvenih storitev v drugi državi, kot je država zavarovanje, je precej podobna puzzlom, ali kot bi rekli Francozi, gre za *bricolage* (sestavljeno različnih samostojno izoblikovanih delov).

Ne glede na povedano, pa je primerno na začetku poudariti, da je številna sodna praksa Sodišča EU rešila marsikatero vprašanje in da se je posledično prosto opravljanje zdravstvenih storitev močno približalo posameznikom. Vendar pa to še vedno ni dovolj, da bi se posamezniki (razširjeno) zavedali pravic, pa tudi dolžnosti, ki izhajajo iz ureditve tega področja. Kakor hitro je namreč določena pravica sporna do te meje, da je treba sprožiti sodni postopek, potem težko govorimo o zadostni meri pravne varnosti, in čeprav so učinki sodb, ki jih sodišče sprejme po postopku vprašanja za predhodno odločanje (267. člen Pogodbe o delovanju EU, v nadaljevanju PDEU) *erga omnes* in ne *inter partes*, je to vseeno velika ovira za

¹ Direktiva 2011/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. marca 2011 o uveljavljanju pravic pacientov pri čezmejnem zdravstvenem varstvu, UL L 88/45 z dne 4. 4. 2011.

posameznike, da določenega pravila, ki bi ga lahko uporabili za svoje dejansko stanje, ne morejo najti v pozitivni zakonodaji (ali na ravni EU ali na ravni države članice).² S tega vidika je direktiva, ki spreminja dosedanje *ex post* reševaje primerov v *ex ante*, dobrodošla in na sedanji stopnji razvoja notranjega trga tudi nujna, da bi se povečala pravna varnost.³

II. NEKATERE POGLATIVNE REŠITVE DIREKTIVE 2011/24

1. Uvodno o vsebinskih rešitvah direktive

Storitve, ki so opredeljene kot zdravstvene storitve, se ne glede na to, ali so plačljive iz državne blagajne (prek sistema zdravstvenih zavarovanj) ali jih plačajo zasebniki, pravne ali fizične osebe, uvrščajo v PDEU.⁴ To je večkrat nedvoumno povedalo Sodišče Evropske unije (v nadaljevanju SEU) ne glede na to, da te storitve izrecno niso omenjene v poglavju o prostem opravljanju storitev.⁵ Koordinacijska pravila (predvsem Uredba 1408/71,⁶ Uredba 883/2004,⁷ izvedbena uredba⁸), ki smo jih poznali že pred sprejetjem Direktive 2011/24 o pacientovih pravicah pri čezmejnem zdravljenju, so omogočala, da je stroške zdravljenja v tujini kril zavarovatelj v državi članici pacienta.

Direktiva se predvsem nanaša na tri sklope pravil:

- pravila o povračilu stroškov zdravljenja v tujini;
- odgovornost držav članic glede zagotavljanja čezmejnih zdravstvenih storitev;
- okvir sodelovanja med državami članicami na področju čezmejnih zdravstvenih storitev.

Čeprav je direktiva posledica *inter alina* verige odločitev SEU, pa je več kot zgolj kodifikacijska direktiva. Ni omejena samo na načrtovanje pridobitve zdravstvene storitve v tujini.⁹ To pa tudi pomeni, da se lahko sodna praksa (že obstoječa), ki bi presegala okvire direktive, uporablja še naprej. Zakonodajalec sicer lahko določeno vprašanje uredi drugače, kot ga je obravnavala sodna praksa SEU, vendar pa za vprašanja, ki jih zakonodajalec na istem področju urejanja ne uredi ali ne uredi drugače, ostaja za sodno prakso pot kontinuirane uporabe.

2 Več o tem gl. tudi Brook, E., *Crossing Borders: A critical review of the role of the European Court of Justice in EU health policy*, *Health Policy* 105 (2012), str. 34 in 35.

3 Peeters, M., *Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Health care*, *European Journal of Health Law* 19 (2012), str. 32.

4 Gl. tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS, VIII Ips 125/2008, ki pojasnjuje uporabo PDEU in omejitve pri tem.

5 Gl. npr. zadeve: 286 in 26/83, *Luisi & Carbone*, C-159/90, *Grogan*, C-158/96, *Kohll*.

6 Council Regulation (EC) No 1408/71 of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, (Consolidated version – OJ No L 28 of 30.1.1997, str. 1.

7 Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, OJ L 166, 30.4.2004, str. 1.

8 Uredba (ES) št. 987/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe (ES) št. 883/2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti je pomembna, saj natančno ureja vprašanja, ki so lahko pomembna (npr., kdaj se avtorizacija lahko zavrne, če pacient plača storitev sam in ne zdravstvena zavarovalnica, ...).

9 Peeters, M., *Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Health Care*, *European Journal of Health Law* 19 (2012), str. 33.

Ločimo namreč več sistemov pravil, ki omogočajo sprejem/opravljanje čezmejnih zdravstvenih storitev po pravilih EU:

- i. sistem pravil, ki velja za *nujno zdravljenje*, kadar je pacient v drugi državi članici in potrebuje nujno zdravniško pomoč (kadar torej v to državo članico EU ni potoval z namenom zdravljenja);¹⁰
- ii. pravila, po katerih ima zavarovanec pravico do *pregleda, preiskave ali zdravljenja v tujini (državi članici EU) oziroma do povračila stroškov teh storitev, če so v Republiki Sloveniji izčrpane možnosti zdravljenja, s pregledom, preiskavo ali zdravljenjem v tujini pa je utemeljeno pričakovati ozdravitev ali izboljšanje ali preprečitev nadaljnjega slabšanja zdravstvenega stanja* (to so pravila, izoblikovana s sodno prakso SEU).¹¹ Zdravljenje v tujini na tej podlagi omogoča povrnitev vseh stroškov, ki so nastali v državi storitve;¹²
- iii. pravila, po katerih ima pacient v tujini (državi članici EU) pravico do pregleda, preiskave ali zdravljenja oziroma do povračila stroškov teh storitev, če mu je bila v Republiki Sloveniji pri vpisu *na čakalni seznam določena čakalna doba, ki presega najdaljšo dopustno čakalno dobo, pa v Republiki Sloveniji ni drugega izvajalca, ki ne presega najdaljše dopustne čakalne dobe, oziroma če ta ni presežena, če ji je bila določena čakalna doba, ki presega razumen čas*.^{13, 14} Stroški zdravstvenih storitev iz prejšnjega odstavka se zavarovani osebi povrnejo v višini dejanskih stroškov, vendar ne več, kot znašajo stroški teh storitev v javni zdravstveni mreži v državi, v kateri so bile uveljavljene;
- iv. kot zadnja, pravila iz *Direktive 2011/24, ki omogočajo prosto sprejemanje ambulantnih storitev* in so (pretežno) obravnavane v tem prispevku. Po teh pravilih pa lahko posameznik prejme zdravstveno storitve v drugi državi članici EU kot tisti, v kateri je zavarovan, pri čemer so pravila precej drugačna od

10 Evropska kartica zdravstvenega zavarovanja ima drugačna pravila kot Direktiva 2011/24. EKZZ (ali EHIC – European Health Insurance Card) sega čez meje EU, njeno bistvo pa je, da se posameznikom zagotovi nujno zdravstveno varstvo, ko so v drugi državi (npr. kot turisti). To ni načrtovano gibanje in ne gre za drugo kot za nujno zdravstveno varstvo. Izhaja se iz pravila, da se spoštujejo pravila države, v kateri se prejme zdravstvena storitev, in ni nujno, da se vsi stroški zato povrnejo. To je npr. vidno v primerih osebne participacije. Če je treba v tujini plačati osebno participacijo za zdravstveno storitev, je domača zdravstvena zavarovalnica ne povrne. Po Direktivi 2011/24 pa se bodo povrnili dejanski stroški za zdravljenje v tujini vse do višine stroškov, ki bi nastali v državi zavarovatelja.

11 Prim. 44. a člen Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (ZZVZZ-M), Uradni list RS, št. 91/13.

12 Ta možnost uveljavljanja (neposredno na podlagi 56. člena PDEU) ni predmet posebne kodifikacije. Kljub temu se ga je slovenski zakonodajalec odločil uvrstiti v ZZVZZ-M in ga tako pozitivno pravno urediti ter s tem povečati pravno varnost. To pa so prej že urejala Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja (Uradni list RS, št. 30/03 – uradno prečiščeno besedilo, 35/03 – popr., 78/03, 84/04, 44/05, 86/06, 90/06 – popr., 64/07, 33/08, 7/09, 88/09, 30/11, 49/12, 106/12, 99/13 – ZSVarPre-C, 25/14 – odl. US in 25/14) – 135. člen. To določbo je Ustavno sodišče spomladi letos razveljavilo (21. 3. 2014), ker za tako ureditev ni bilo podlage v zakonu. Gl. zadevi Up-1303/11 in U-I-25/14. Ustavno sodišče pa se ni spuščalo v presojo, ali lahko podzakonski akt uredi pravice, ki izhajajo iz sodne prakse SEU. Zdaj to ureja 44. a člen ZZVZZ-M.

13 To so pravila iz uredb EU: 883/2004 s spremembami, 987/2009, ki določa podrobnejša pravila za izvajanje Uredbe 883/2004 (20. člen). To so že omenjena koordinacijska pravila (torej, niso pravila, ki bi na novo (poenoteno) določala vsebino pravic iz zdravstvenega zavarovanja). Gl. tudi 44. b člen ZZVZZ-M. Ta pravila skladno s 1. členom (prvi odstavek Direktive 2011/24) delujejo vzporedno.

14 Glede razlage, kaj pomeni primerna čakalna doba, je treba upoštevati tudi sodno prakso SEU, predvsem zadevo Watts. Gl. op. 33 spodaj. Prav tako so pomembne še zadeve C-56/01, *Inizian*, točka 46, C-173/09, *Elchinov*, točka 65; C-268/13, *Elena Petru*.

Uredbe 883/2004 tako glede pogojev, vrste zdravstvenih storitev, avtorizacije, pogojev za odrek, načinov plačila, pravil glede povračil itd.

2. Vpliv sodne prakse SEU

Veliko teh pravil je oblikovala sodna praksa SEU. Predvsem zadevi *Kohll*¹⁵ in *Decker*¹⁶ sta že dobro desetletje kazali vodilno pot SEU. G. Kohll je peljal svojo hčerko v Nemčijo k zobozdravniku in g. Decker je kupil očala v Belgiji; oba sta želela povrnitev izdatkov od domače zdravstvene blagajne. SEU je odločilo, da sistem prehodne avtorizacije ni skladen s svobodo prostega opravljanja storitev in prostega pretoka blaga. Mnogi so sledili primeroma in pozneje je SEU sprejelo pravilo, da se pravica lahko omeji v primeru bolnišničnega zdravljenja¹⁷ in tudi nebolnišničnega zdravljenja¹⁸ zaradi potreb po načrtovanju visoko specializirane in stroškovno občutljive zdravstvene infrastrukture in opreme. Ta pravila o predhodni odobritvi pa niso bila tako jasna kot tista po Uredbi 883/2004. Predhodno odobravanje mora biti po SEU objektivno, lahko dosegljivo, zagotovljeno mora biti objektivno odločanje v primernem roku itd.¹⁹

Ta sodna praksa je zdaj v veliki meri kodificirana v omenjeni direktivi, vendar poleg kodifikacije sodne prakse zajema tudi vrsto administrativnih pravil glede sodelovanja med državami članicami na področju opravljanja zdravstvenih storitev in zmanjševanja administrativnega bremena. Skladno z razumevanjem razlage SEU v zadevi *Muller-Fauré*²⁰ se Direktiva 2011/24 uporablja za vse oblike zdravstvenih sistemov oz. se na to vprašanje sploh ne ozira. Z drugimi besedami, kakšen je sistem zdravstvenega varstva v posamezni državi članici, naj ne bi bilo pomembno. Vendar pa to ne pomeni, da direktiva posamezne nacionalne ureditve zdravstvenega sistema ali zdravstvenega zavarovalnega sistema, enega bolj, drugega manj, ne zadeva z implementacijskimi pravili. Več o tem je pojasnjeno v nadaljevanju, saj direktiva neposredno učinkuje na koncesijski sistem, ki ga poznamo v Sloveniji.²¹

3. Pravica do povračil stroškov zdravstvenih storitev

Direktiva se v osrednjem, vsebinskem delu opredeljuje do pravice pacienta, da v tujini išče zdravstveno storitev, ki spada med pravice iz obveznega zdravstvenega zavarovanja.²²

Direktiva še vedno izhaja iz pravila, da lahko pacient računa na povrnitev stroškov takega zdravljenja zgolj, kadar je pravica do konkretnega zdravljenja že opredeljena

15 C-158/96.

16 C-120/95.

17 C-157/99, *Smits-Peerbooms*, C-385/99, *Muller-Fauré*.

18 C-512/08, *Komisija proti Franciji*.

19 C-157/99, *Smits-Peerbooms*, točka 90; C-385/99, *Muller-Fauré*, točka 85.

20 Zadeva C-385/99.

21 Gl. več o tem pri naslovu III v nadaljevanju.

22 Treba je omeniti tudi druge omejitve: direktiva se ne nanaša na zdravstvene storitve osnovne zdravstvene dejavnosti (storitve izbranega osebnega zdravnika, osebnega zobozdravnika, ginekologa ...), prav tako ne na storitve dolgotrajne oskrbe (npr. nega v socialnovarstvenih zavodih), storitve presaditve človeških organov, sobivaje staršev v zdravstvenem zavodu, pri stroških so prav tako omejitve (stroški se povrnejo samo do višine povprečne cene storitev v Sloveniji, ne povrnejo se potni stroški) itd.

v nacionalni košarici zdravstvenih pravic. Kako se presoja vprašanje, ali je neka zdravstvena storitve del košarice ali ne, ni vedno lahko vprašanje. Kadar je seznam pravic, za katere nacionalni zavarovatelj predvideva povrnitev stroškov, določen na abstraktni ravni, ko so torej opredeljeni samo določeni tipi zdravstvenih storitev in mora pristojni organ šele odločiti, ali neka storitev ustreza temu ali ne, bo šlo za nedoločno in ne dovolj natančno določanje zdravstvenih storitev. V takih primerih mora pristojni organ odločiti na podlagi objektivnih in nediskriminatornih meril ter tako odločitev ustrezno obrazložiti.²³

Če določena pravica do zdravstvene storitve ni predmet domače košarice zdravstvenih pravic, povračila enostavno ni. Pri tem pa je državi članici, v kateri je sklenjeno zdravstveno zavarovanje, naloženo, da krije stroške do tiste višine, kot bi znašali stroški zdravljenja v državi zavarovanja (če je račun višji, se uporablja sistem *top-up basis*; stroške poravnava pacient, če država te razlike ne želi kriti). Torej povračilo, če država omenjene opcije ne implementira, nikakor ne more biti višje od dejanskih stroškov (prvi odstavek 7. člena direktive).²⁴ To velja za zdravljenje, ki ni nujno.²⁵ Direktiva se namreč predvsem ukvarja s tem vprašanjem, ne pa z vprašanji pravice do nujnega zdravljenja v primeru začasnega bivanja v tujini.²⁶ To nespremenjeno urejajo pravila o evropski zdravstveni kartici.

Zdravstvene storitve, prejete v tujini, lahko opravi tako javna kot zasebna zdravstvena institucija oz. zdravnik.

4. Predhodna avtorizacija

Direktiva državam članicam omogoča, da se odločajo za predhodno avtorizacijo, kar je bil že do zdaj glavni kamen spotike.²⁷ Vendar je avtorizacija po določbi drugega odstavka 8. člena direktive precej omejena. Država se lahko odloči za avtorizacijo zgolj pod pogoji, da gre za:

- a) predmet potreb za načrtovanje v zvezi z namenom zagotavljanja zadostnega in stalnega dostopa do uravnoveženega obsega visokokakovostnega zdravljenja v zadevni državi članici ali z namenom obvladovanja stroškov in, kolikor je mogoče, preprečevanja odvečne porabe finančnih, tehničnih in človeških virov ter:
 - (i) vključuje prenočitev zadevnega pacienta v bolnišnici vsaj za eno noč²⁸ ali

²³ Gl. zadevo C-173/09, *Lchinov*.

²⁴ Ob tem je treba pojasniti tudi to, da v obrnjeni situaciji prav tako obstaja enakopravnost oz. enako obravnavanje. Bolnišnice tujim pacientom ne smejo zaračunavati storitev po višji tarifi kot domačim.

²⁵ Gl. op. 10 zgoraj.

²⁶ Točka 28 preambule Direktive 2011/24.

²⁷ Slovenija je to opcijo uredila z Odredbo o seznamu zdravstvenih storitev, za katere se zahteva predhodna odobritev (Uradni list RS, št. 6/14). To so te zdravstvene storitve, opravljene s:

- scintilacijsko kamero z detektorjem koincidence pri pozitronski emisiji oziroma brez njega,
- pozitronsko kamero,
- pozitronsko emisijsko tomografijo,
- računalniško tomografijo,
- hiperbarično komoro,
- napravo za slikanje z nuklearno magnetno resonanco za klinično uporabo,
- napravo za spektrometrijo z nuklearno magnetno resonanco za klinično uporabo.

²⁸ Izhajajoč iz zadeve *Smits-Peerbooms*, je direktiva sprejela stališče, da so lahko določeni stroški opravičilo

- (ii) zahteva uporabo visoko specializirane in drage medicinske infrastrukture ali medicinske opreme;
- b) vključuje oblike zdravljenja, ki pomenijo posebno tveganje za pacienta ali prebivalce; ali
- c) ga opravi izvajalec zdravstvenega varstva, ki bi lahko v posamičnih primerih pomenil resne in konkretne pomisleke glede kakovosti ali varnosti oskrbe, z izjemo zdravstvenega varstva, za katerega velja zakonodaja EU, ki zagotavlja minimalno raven varnosti in kakovosti po vsej EU.

V drugih primerih avtorizacije ne bo mogoče zahtevati (zahteve po avtorizaciji se lahko spreminjajo – ni nujno, da se trenutna ureditev ne bo spremenila). Pri prenosu direktive je zato treba natančno določiti, v katerih primerih zdravstvenega varstva bo potrebna avtorizacija, če se bo država za to možnost sploh odločila. V primeru slovenskega zakonodajalca je ZZVZZ-M sprejel to možnost in izvršilni oblasti, neposredno ministrstvu, omogočil (dal pristojnost) določati te primere. Za zdaj (a to se lahko še spremeni) je minister določil šest takih primerov.²⁹ V vseh drugih primerih (razen zgoraj omenjenih, pa avtorizacija sploh ne sme biti predpisana).³⁰ Torej bo mogoče z napotnico³¹ (v vseh drugih primerih) iskati zdravstveno varstvo v drugih državah članicah. Pri tem ni treba upoštevati organizacij zdravstvenega varstva, kot so npr. koncesionirani izvajalci itd.³²

Predhodni sistem avtorizacije je v načelu dovoljen, da se zagotovi stabilno delovanje zdravstvenega sistema države zavarovanja. Tako predhodni sistem avtorizacije zasleduje procesni in materialni vidik. Procesni vidik se kaže v tem, da so pogoji za avtorizacijo znani vnaprej in da pomenijo le sorazmerno obremenitev oz. sorazmerno breme za zavarovanca, materialni vidik pa je sestavljen iz objektivnih in subjektivnih pogojev, ki so opisani zgoraj.³³

Če se država odloči za avtorizacijo, bo treba v posameznem primeru tudi presoditi, kdaj se avtorizacija lahko zavrne. Ti pogoji pa so določeni v šestem

za predhodno odobritev, k temu pa je dodala, da je sistem predhodne odobritve potreben za zdravstvene storitve, ki zahtevajo prenočitve. To velja tako za bolnišnično kot tudi za nebolnišnično zdravljenje (zadeva *Komisija proti Franciji* (C-512/08)). To je skladno tudi z grško zadevo *Stamatelaki*, C-444/05.

29 Gl. op. 27 zgoraj.

30 Seznam zdravstvenih storitev, za katere je potrebna predhodna odobritev ZZVS, je objavljen v Odredbi o seznamu zdravstvenih storitev, za katere se zahteva predhodna odobritev, Uradni list RS, št. 6/14.

31 Gl. 44. c člen ZZVZZ-M (prva alineja prvega odstavka).

32 Gl. drugo točko 1. člena direktive.

33 V zvezi z avtorizacijo je pomembna odločitev v zadevi *Watts* (C-372/04), v kateri je gospa Watts zaprosila za predhodno odobritev, vendar je bila zavrnjena – tako v upravnem kot pozneje v sodnem postopku. Ker se ji je stanje poslabšalo (treba je bilo zamenjati kolk), je odšla, čeprav ni imela odobritve za zdravljenje, iz Velike Britanije v Francijo in nato zahtevala povrnitev 3900 funtov. Ker je njen sodni postopek še vedno trajal, je zahtevek dopolnila z zahtevkom za povrnitev stroškov, ki pa je bil prav tako zavrnjen. V postopku predhodnega odločanja so se postavila vprašanja, kdaj se lahko zavrne avtorizacija iz razloga čakalne dobe, in tudi, kakšna so pravila, ki naj urejajo avtorizacijo. Tu povzemam zgolj ključne odločitve SEU:

- pristojni organ, ki mora odločiti, ali gre za primeren čakalni čas, mora ... ugotoviti, ali čakalna doba presega obdobje, sprejemljivo z vidika objektivne medicinske presoje kliničnih potreb zadevne osebe glede na njeno zdravstveno stanje, njeno anamnezo, verjeten razvoj njene bolezni, stopnjo njenih bolečin in/ali naravo njene prizadetosti v trenutku vložitve zahteve za odobritev;

- pogoji za avtorizacijo morajo biti znani vnaprej (*ex ante*);

- izogniti se je treba diskrecijskim ocenam tistih, ki odločajo o avtorizaciji;

- zagotoviti je treba sodno varstvo zoper odločitve, s katerimi se zavrne avtorizacija.

odstavku 8. člena.³⁴ Med njimi izstopa pogoj čakalne dobe, ki nikoli ni natančno določen, temveč le na abstraktni ravni, odvisno od zdravstvenega stanja posameznika.³⁵ Direktiva tukaj ni naredila koraka naprej in pušča nespremenjeno dikcijo sodne prakse, ki pa nacionalnim zavarovateljem omogoča, da malokrat omogočijo zdravljenje v tujini. Slovenski zakonodajalec pa je že ravnal drugače s Pravilnikom o najdaljših dopustnih čakalnih dobah za posamezne zdravstvene storitve in o načinu vodenja čakalnih seznamov,³⁶ a ne rešuje vseh težav oz. ne upošteva vseh meril, ki izhajajo iz sodne prakse, omenjenih zgoraj (stanje posameznika, njegove bolezni, njen razvoj, trpljenje bolečin itd).³⁷

Za odločanje o napatitvi na zdravljenje v tujino je pristojna uradna oseba ZZS, ki na podlagi zdravstvene in druge dokumentacije, mnenja klinike oz. inštituta ter morebitnega mnenja imenovanega zdravnika, člana zdravstvene komisije ali drugega zdravnika ZZS odloči o utemeljenosti predlaganega zdravljenja v tujini.³⁸ Če se bodo posamezne države članice odločile za sistem avtorizacije,³⁹ težko ocenimo obseg bolnišničnega zdravljenja v tujini, čeprav je nacionalnemu zavarovatelju vseeno glede višine stroškov, ki jih mora plačati za posamezno zdravljenje.⁴⁰

34 Večina teh pogojev je določena zelo abstraktno (gl. 2. točko 8. člena direktive). Zaradi te abstraktnosti je ta določba v literaturi zelo kritizirana. Gl. Peeters, M., *Free Movement of Patients: Directive 2011/24 on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare*, *European Journal of Health Law* 19 (2012), str. 38. Predvsem je ta abstraktnost podana s pogoji, da je prehodna odobritev pogojena ali zavrnjena iz razlogov:

- (pogojena) »je predmet potreb za načrtovanje v zvezi z namenom zagotavljanja zadostnega in stalnega dostopa do uravnoteženega obsega visokokakovostnega zdravljenja v zadevni državi članici, ali z namenom obvladovanja stroškov in, kolikor je mogoče, preprečevanja odvečne porabe finančnih, tehničnih in človeških virov;«
- (zavrnjena) »če bo širša javnost zaradi zadevnega čezmejnega zdravstvenega varstva z zadostno gotovostjo izpostavljena varnostnemu tveganju;«
- (zavrnjena) »če bo pacient skladno s klinično oceno z zadostno gotovostjo izpostavljen tveganju za varnost pacienta, ki se ne more razumeti kot sprejemljivo, pri čemer se upoštevajo morebitne prednosti, ki bi jih za pacienta imelo čezmejno zdravstveno varstvo;« itd.

Vse določbe so iz 8. člena direktive.

35 Direktivo je javnost poimenovala tudi »waiting time directive«, ker predvideva, da je pacient praviloma upravičen do povračila stroškov (kadar gre za omejitve za avtorizacijo), zgolj kadar mu zdravstvena storitev v državi zavarovanja ne more biti ponujena v primernem času.

36 Uradni list RS, št. 63/10.

37 Na ta pravila se sklicujejo tudi Pravila obveznega zdravstvenega zavarovanja, Uradni list RS, št. 79/94, več sprememb, zadnja v št. 25/14, v 135. b členu. Tega vprašanja celovito tudi ne rešuje Zakon o pacientovih pravicah (Uradni list RS, št. 15/08), na katerega se sicer Pravilnik o najdaljših dopustnih čakalnih dobah za posamezne zdravstvene storitve in o načinu vodenja čakalnih seznamov (Uradni list RS, št. 63/10) tudi sklicuje (5. člen). Pravilnik sicer v 4. členu daje pristojnost »razširjenim strokovnim kolegijem« (4. in 15. člen, ki določa rok za njihovo pripravo). Razširjeni strokovni kolegiji so najvišji strokovni organ na posameznem področju, ki usklajuje predloge klinik, strokovnih združenj in zbornic, visokošolskih zavodov, zdravstvenih zavodov ter posameznih strokovnjakov. Meril avtorju ni uspelo najti na spletnih straneh razširjenih strokovnih kolegijev, na straneh Ministrstva za zdravje, posebej določenih za čakalne dobe (http://www.mz.gov.si/si/delovna_podrocja/zdravstveno_varstvo/kakovost_in_organizacija_zdravstvenega_varstva/cakalne_dobe/), nazadnje obiskana 14. 11. 2014.

V odsotnosti meril preostane neposredna uporaba meril iz sodne prakse Sodišča EU, ki jo navajam zgoraj v op. 14.

38 Več o tem glej na spletnih straneh Zavoda za zdravstveno zavarovanje pod naslovom Pravice do zdravstvenih storitev – načrtovano zdravljenje v tujini; <https://zavarovanec.zzs.si/> (nazadnje obiskano 14. 11. 2014).

39 To je mogoče samo pod pogojem, da je to nujno potrebno (necessary) in sorazmerno (proportionate). Gl. 8. člen direktive.

40 Ta je namreč v primeru zdravljenja doma ali v drugi državi članici enaka; četrti odstavek 7. člena direktive.

5. Administrativni postopki

Vsaka pravica je lahko težko dosegljiva, čeprav je nesporno in natančno predpisana, če je pot do nje (predvsem administrativna pot) težka, z veliko procesnih in formalnih ovir, ali neobjektivno pogojena, če so ovire nepotrebne itd. Ne čudi, da neposredno 7. in 8. členu, ki sta najpomembnejša vsebinska člena direktive, sledi 9. člen, ki zahteva stroge pogoje pri spoštovanju administrativnih postopkov in pogojev:

»Država članica zdravstvenega zavarovanja zagotovi, da upravni postopki v zvezi s čezmejnimi zdravstvenim varstvom in povračilom stroškov zdravstvenega varstva, nastalih v drugi državi članici, *temeljijo na objektivnih, nediskriminatornih merilih, ki so nujna in sorazmerna za doseg ciljev.*

Kakršen koli upravni postopek vrste, ki je navedena v odstavku 1, je dostopen na *enostaven način, informacije v zvezi s takim postopkom pa so objavljene na ustrezni ravni.* Tak postopek mora biti zmožen zagotavljati, da so zahtevki obravnavani **objektivno in nepristransko.**«

6. Odnos med Direktivo 2011/24 in Uredbo 883/2004

S sprejetjem Direktive 2011/24 se ni poseglo v Uredbo 883/2004. Tako ostaja dvojnost oz. obstajata dva sistema, po katerih se lahko povrnejo stroški.⁴¹ Torej poleg postopkov, ki temeljijo na zadevah *Kohll-Decker* in so v veliki meri kodificirani v Direktivi 2011/24, ostaja postopek po drugem odstavku 20. člena Uredbe 883/2004. Ta določba določa:

»Zavarovana oseba, ki ji pristojni nosilec odobri odhod v drugo državo članico na zdravljenje, ki ustreza njenemu zdravstvenemu stanju, prejme storitve, ki jih v imenu pristojnega nosilca zagotovi nosilec v kraju začasnega prebivališča v skladu z določbami zakonodaje, ki jo uporablja, kakor da bi bila oseba zavarovana po navedeni zakonodaji. Odobri se zdravljenje, ki spada med storitve, določene v zakonodaji države članice, v kateri oseba stalno prebiva, in ji ga ob upoštevanju njenega trenutnega zdravstvenega stanja in verjetnega razvoja bolezni ni možno nuditi v časovnem obdobju, ki je medicinsko utemeljeno.«

Postopek po tej določbi je t. i. postopek »obrazca E-112«, ki ga je zamenjal obrazec »S2«. Ta obrazec zahteva predhodno avtorizacijo. Skladno s to avtorizacijo je pacient upravičen sprejeti storitve v gostujoči državi skladno z njenimi pravili. Domači zavarovatelj, zdravstvena zavarovalnica, pa poskrbi za plačilo neposredno tujemu izvajalcu zdravstvene storitve. Pacient je torej obravnavan, *kot če bi bil zavarovan v sami državi, kjer se izvede zdravstvena storitev.*⁴² To pomeni tudi, da pacientu ni

41 Na začetku drugega naslova pišem o tem, da je celo več sistemov – dodajam sistem kartice evropskega zdravstvenega zavarovanja, in tudi sistem po sami sodni praksi, ki ni postala del Direktive 2011/24. Taki delitvi namreč sledi slovenski zakonodajalec, ki je slednjo uvrstil v 44. a člen ZZVZZ-M.

42 Gl. tudi sodbo VDSS Psp 380/2011, ki je odločilo skladno s tem merilom v primeru povračila stroškov za nujno zdravljenje slovenske turistke v tujini v zasebni bolnišnici, vendar za državljanke te države v primeru nujnih zdravstvenih storitev prav tako velja, da lahko prejmejo storitev pri zasebnem izvajalcu in (javno) zdravstveno zavarovanje te stroške krije. Sodišče je slovensko turistko izenačilo z državljanji te države oz. jo je obravnavalo, kot če bi bila zavarovana v tej državi.

treba plačati običajno velikega zneska vnaprej in nato zahtevati povračila doma.⁴³ Dovoljenje oz. avtorizacija ne sme biti zavrnjena, če sta izpolnjena dva pogoja:

- če gre za pravico, ki je del košarice zavarovanih zdravstvenih pravic v državi zavarovatelja, in
- če zdravstvena storitev pacientu ni dosegljiva v državi zavarovatelja v primernem času, pri čemer je treba za presojo tega upoštevati zdravstveno stanje pacienta.

Države članice morajo oba navedena pogoja upoštevati ne glede na to, če bi imeli v državi celo prožnejšo zakonodajo. Ne gre namreč pozabiti, da navedena določba učinkuje tako na državo zavarovatelja kot tudi državo izvajalca storitve.⁴⁴

Direktiva 2011/24 posebej določa (prvi odstavek 7. člena), da obstajata dva vzporedna sistema in da najpomembnejša dva člena (8. in 9. člen direktive) ne pomenita derogacije pravic po Uredbi 883/2004. Ne glede nato pa direktiva predvideva, da je treba pri presoji pravic iz direktive upoštevati tudi, ali so izpolnjene pravice iz Uredbe 883/2004. To bo predvsem primer, kadar bo pacient prosil za predhodno avtorizacijo po direktivi, bodo pa izpolnjeni pogoji za uporabo uredbe. V takem primeru se izda avtorizacija po uredbi, razen če pacient ne zahteva drugače (tretji odstavek 8. člena). Mogoči so seveda primeri, kadar bodo tarife za povračilo stroškov v državi zavarovatelja ugodnejše (nižje) od tistih v državi, kjer se opravi storitev. To pomeni, da bo zdravstvena blagajna plačala manj za storitev v tujini, kot bi, če bi bila storitev opravljena v državi zavarovanja. Država zavarovanja bo seveda za to načelno zainteresirana, vendar pa po pravilu *Van Braekel* (omenjenem zgoraj) pacient lahko celo (izjemoma) prejme to razliko (do višine dejanskih stroškov. To pravilo velja samo za Uredbo 883/2004, ne pa tudi za direktivo, na podlagi katere se vedno povrne samo znesek storitve, ki velja v državi zavarovanja.⁴⁵ V tem primeru različne kalkulacije, ali se splača v tujino na zdravljenje, ker je tam ceneje in se lahko dobi povrnjena razlika (pri ex post plačilu, ne pri neposrednem plačilu), odpadejo. Kot navajam zgoraj, je pravilo *Van Braekel* izjema, kajti treba ga je presojati glede na okoliščine tega primera (avtorizacija je bila zavrnjena, pacientka je plačala sama zdravstveno storitev v tujini (Franciji), nato v sodnem postopku zahtevala nazaj, preminula je med sodnim postopkom, dedič (mož) je zahteval razliko v ceni storitve, ker je bila ta v Franciji cenejša kot v Belgiji – to so okoliščine, ki se pri pravilni uporabi Uredbe 883/2004 ne bi smele zgoditi, saj pacient ne plača zdravstvene storitve, temveč jo plača zdravstvena zavarovalnica neposredno. Zato je tudi pravilo iz izvedbene

43 Na podlagi odločitve v zadevi C-368/98, *Van Braekel*, je pacient (oz. njegovi nasledniki, dediči) izjemoma upravičen do povračila po tarifi v državi zavarovanja, če je to zanj ugodnejše, vendar pa to vseeno ne sme presegati dejanskih stroškov. Gl. tudi sedmo točko 26. člena Uredbe 987/2009: »Če je zavarovana oseba dejansko sama krila stroške ali del stroškov za odobrene zdravstvene storitve in so stroški, ki jih je pristojni nosilec obvezan povrniti nosilcu v kraju začasnega prebivališča ali zavarovani osebi v skladu z odstavkom 6 (dejanski stroški), nižji od stroškov, ki bi jih moral prevzeti za enako zdravljenje v pristojni državi članici (teoretični stroški), pristojni nosilec na zahtevo povrne stroške zdravljenja, ki jih je ta imela, do višine, za katero teoretični stroški presegajo dejanske stroške. Vendar povrnjeni znesek ne sme presegati stroškov, ki jih je zavarovana oseba dejansko imela, ter se lahko upošteva znesek, ki bi ga zavarovana oseba morala plačati, če bi bila zdravstvena storitev opravljena v pristojni državi članici.«

44 Gl. tudi Hojnik, J., Pravice evropskih bolnikov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva v EU: na poti k enotnemu zdravstvenemu območju, *Zdravniški vestnik*, 2012, let. 81, št. 12, str. 902–912.

45 Gl. v zvezi s tem sodbo VDSS sodba Psp 137/2010 z dne 8. 7. 2010.

Uredbe 987/2009 oblikovano tako, da se uporabi samo, če pacient zdravstveno storitev plača sam.⁴⁶

Ta odnos med viroma lahko ponazorimo tudi v preglednici:

	Pravna podlaga	Vprašanje povrnitve stroškov, avtorizacije, odreka avtorizaciji	Pravila, ki se uporabijo (tarife itd.)
Uredba 883/2004	Prosto gibanje oseb	<ul style="list-style-type: none"> - Vedno predhodna avtorizacija - Te ni mogoče odreči: <ul style="list-style-type: none"> • če gre za pravico iz nabora zavarovanih zdrav. storitev in • če pacientu storitve v državi zavarovanja ne more biti zagotovljena v primernem času. 	Uporabijo se pravila države, v kateri se opravi storitev. Država zavarovanja plača storitev neposredno, ne pacient.
Direktiva 2011/24	Prosto opravljanje storitve/ pretok blaga	<ul style="list-style-type: none"> - Predhodna avtorizacija je potrebna samo: <ul style="list-style-type: none"> • v primeru bolnišnične/ nebolnišnične oskrbe več kot eno noč, • varnostno tveganje za pacienta ali prebivalstvo, • če bi bili »pomisleki« glede izvajalca storitev. - Avtorizacija se lahko zavrne: <ul style="list-style-type: none"> • iz razlogov varnosti pacienta, • iz razlogov varnosti prebivalstva, • če so pomisleki glede izvajalca storitev, • če se lahko zagotovi storitev pacientu v primernem času. 	Uporabijo se pravila države zavarovanja, ta država ne plača neposredno (razen če je sprejela t. i. third payer system), mogoče je tudi, da plača potne stroške

7. Odgovornosti države zavarovatelja

Direktiva posebej določa odgovornosti države zavarovatelja (zdravstvene blagajne) in tudi države, v kateri se opravi storitev. Glede na okoliščine je v Sloveniji, kjer se zaradi dolgih čakalnih dob pričakuje predvsem iskanje zdravstvenih storitev v tujini in nato zahtevanje povračila stroškov, smiselno analizirati predvsem obveznosti države zavarovatelja. Ta mora skladno s 5. členom zagotoviti ustrezne

⁴⁶ Gl. op. 42 zgoraj.

mehanizme obveščanja o pravicah pacientov glede čezmejnih zdravstvenih storitev, predvsem glede povračila stroškov, ter o razliki glede postopkov po direktivi in po uredbi (kot navajam zgoraj). S tem namenom je treba zagotoviti nacionalne točke (tretji odstavek 6. člena), informacije o dostopnosti bolnišnic, pravicah pacientov, postopkih s pritožbami itd. To so zahteve, ki jih ni tako lahko izpolniti. Republika Slovenija je bila npr. že opomnjena, da 4. člena direktive ni pravilno prenesla. Ta očitek je Evropska komisija Sloveniji poslala 26. 9. 2014, torej nedavno, in uradnega odziva Vlade RS na to še ni. Ta uradni opomin, ki sta ga med drugim prejeli še Češka in Romunija, kaže na resnost presoje vprašanja administrativnih ovir, s katerimi se lahko srečuje pacient pri zdravniku, v lekarni, v bolnišničnih upravnih postopkih itd.

III. ALI DIREKTIVA PRINAŠA POLEG PRAVIC TUDI TEŽAVE?

Direktiva 2011/24 s pravicami, ki jih prinaša, vpliva na organizacijo in financiranje zdravstvenih storitev tudi, ko ne gre za čezmejne zdravstvene storitve, čeprav to v drugi in četrti točki 1. člena ne predvideva. Namreč, s tem ko omogoča povračilo stroškov za zdravstvene storitve v tujini, in sicer ne glede na to, ali gre za javno, zasebno, bolnišnično ali nebolnišnično ambulantno zdravljenje, prihaja do razlikovanj med pogoji za plačljivost zdravstvenih storitev v Sloveniji in zunaj nje, v državah članicah EU.

Slovenski sistem, ki je uvedel koncesionarje na eni strani in na drugi strani mešano plačilo zdravstvenih storitev iz osnovnega dodatnega in dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja, ni primerljiv s sistemom plačljivosti zdravstvenih storitev v drugih državah članicah EU.⁴⁷ Medtem ko se v Sloveniji iz zdravstvene blagajne lahko poplačujejo javne zdravstvene ustanove in koncesionarji, pa je krog tistih, pri katerih lahko dobimo povrnjeno plačano zdravstveno storitev v tujini, precej širši. To pomeni, da se domači ponudniki zdravstvenih storitev, ki so prosto na trgu, ne morejo primerjati s ponudniki čez mejo v državah članicah EU. Kmalu po sprejetju dopolnil zakona, s katerimi se je prenesla direktiva,⁴⁸ so na to problematiko opozorili v medijih.⁴⁹ To vprašanje je tudi po besedah generalnega direktorja ZZSZS Sama Fakina ključno vprašanje zdravstvene politike.⁵⁰ Prihaja do manj ugodnega obravnavanja nacionalnih ponudnikov zdravstvenih storitev, kar je v pravo EU znano kot obrnjena diskriminacija, vendar pa se pravo EU s tem ne ukvarja, saj za to nima pristojnosti. To je vprašanje nacionalnega ustavnega prava in ustavne pravice do enakosti pred zakonom.

Ni prvič, da je pravilo EU (npr. v aktih, kot so direktive) povzročilo, da je standard ali pa neka rešitev, ki jo direktiva uvaja, liberalnejša od nacionalne ureditve in da za to

47 Z vidika prehoda iz nekdanjega sistema (pred 1991) je bila ta poteza dobra in je za tisto obdobje pomenila uspešen prehod in vzdržnost financiranja. Vendar pa v razmerah ločenega javnega in zasebnega financiranja zdravstvenih storitev, ločene košarice zdravstvenih pravic na javno in obvezno ter zasebno in neobvezno zavarovanje mešani sistem, kot ga poznamo, ni več sprejemljiv in vzdržen.

48 ZVZZ-M, Uradni list RS, št. 91/13.

49 Gl. članek M. Zupanič, Za pregled v Avstriji ZZSZS bolniku vrne denar, v: Delo, št. 289, let. 55 z dne 14. 12. 2013, str. 1 in 2.

50 Ta v članku M. Zupanič, Na začetku vsak dan 100 vprašanj bolnikov, prav tam, str. 2, dodaja, da je treba domači sistem stabilizirati in da gre za približno 200 mio. evrov dodatnega denarja.

nacionalno ureditev postavi v neki drug, običajno slabši položaj (predvsem to velja z vidika domačega ponudnika).⁵¹ Informacije v medijih, da se razmišlja o sprožitvi sporov pred Evropskim sodiščem (verjetno je mišljeno SEU in ne Sodišče za človekove pravice), po mojem mnenju niso ustrezne. Ker ni podlage v zakonodaji EU, z obrnjeno diskriminacijo na Sodišču EU ni mogoče uspeti. Več možnosti vidim za presojo pred slovenskim ustavnim sodiščem. To bi ob morebitni odločitvi, da gre za neenakost pred zakonom, naložilo zakonodajalcu, da ustrezno spremeni slovensko zakonodajo.⁵²

Tudi scenarij *bypass* sedeža oz. prenosa ordinacije oz. ambulante čez mejo, kar se omenja v medijih,⁵³ je znak za zakonodajalca, da je treba nekaj spremeniti.

Osebnostno sicer mnenja, da te *bypass* rešitve niso ustrezne že z načelnega pravnega vidika, za zdravnike pa bi to pomenilo tudi logistične težave, predvsem kadar ne bi izvajali samo te dejavnosti, ampak bi bili vezani na storitve ali celo na zaposlitev v Sloveniji.

Vse to pa nas pripelje do naslednjega: (i) imamo torej sistem zdravstvenega zavarovanja, ki ne zmora kriti vseh stroškov zdravstvenih storitev v Sloveniji, kaj šele dodatnih zdravstvenih storitev v tujini. (ii) Imamo tudi neenakost pred zakonom, saj se slovenskemu zdravniku bolj splača odpreti ambulanto v tujini, morda celo za slovenske paciente, in bo prejemal plačilo neposredno od pacientov, ti pa bodo dobili povrnjeno neposredno od zdravstvene zavarovalnice in (iii) imamo tudi sistem zavarovanja, v katerem se določene zdravstvene storitve (v različnih deležih) plačujejo iz osnovnega in obveznega, nato dodatnega in dopolnilnega zdravstvenega zavarovanja. Za eno in isto storitev se mešata javni denar in denar iz komercialnega zavarovanja. To je sistem, ki je v Evropi unikum in tudi Evropski komisiji ni pogodu. V zadnjem sodnem postopku v zvezi z ZZVZZ, ki smo ga delno izgubili,⁵⁴ nam je Evropska komisija dala jasno vedeti, da je treba sistem spremeniti in da bi bilo treba zdravstvene storitve, ki so plačljive iz obveznega in javnega zdravstvenega zavarovanja, jasno ločiti od drugih komercialnih zdravstvenih zavarovanj.

To pomeni, da bi nabor ali pa košarico pravic iz zdravstvenega zavarovanja uredili po sistemu javnega in obveznega zdravstvenega zavarovanja (torej bi prilagodili košarico pravic do zdravstvenih storitev v obsegu, ki ga finančno zmora tako zavarovanje za zasebne in javne ponudnike storitev, plačevanje po storitvah),

51 Take primere poznamo tudi že iz Direktive 2006/123 o storitvah na notranjem trgu, ki je z odpravo določenih omejitev, med drugim tudi administrativnih ovir, povzročila, da se določene storitve lažje opravljajo, če gre za čezmejno kot pa popolnoma interne oz. nacionalne storitve. Npr. pri učenju bodočih voznikov imajo avtošole blažje pogoje, če gre za čezmejno opravljanje storitev, kot pa tiste, ki opravljajo storitve brez čezmejnega elementa. V takih primerih ponudniki storitev običajno pomislijo na *bypass* rešitev, to je prenos sedeža v tujino, pri čemer se storitve še vedno opravljajo v Sloveniji.

52 To bi bil argument za resorno ministrstvo oz. za vlado, da mora temeljito spremeniti zdravstveni sistem. Taka sodba bi vladi v zakonodajnem postopku dejansko pomagala premostiti različne interese, če so ti razlog za počasen napredek pri reformi zdravstvenega sistema.

53 N. Medvešček, Bi lahko direktivi uspelo, kar ministrom za zdravje nikoli ni?, v: Medicina danes, sreda, 27. 1. 2014, str. 4 in 5. K takemu razmišljanju pa je treba dodati še povečan beg zdravnikov v tujino na podlagi stalne zaposlitve v tujini. Gl. A. Rednak, L. B. Petavs, Beg zdravnikov v tujino, v: Finance, 14. 11. 2013, str. 5.

54 Zadeva C-185/11, Komisija proti Sloveniji, sodba z dne 26. 1. 2012.

tiste zdravstvene storitve, ki pa bi bile zunaj teh okvirov, pa bi bile lahko predmet komercialnih zavarovalnih pogodb (ločeni stebri zavarovanj), ki bi jih ponujale domače in tuje zavarovalnice. To bi bila precej jasnejša slika, kot jo imamo danes. Tak je pogled Evropske komisije (izražen med pogovori z izmenjavo mnenj pred obrazloženim mnenjem po postopku po 258. členu Pogodbe o delovanju EU), za katerega menim, da bi mu kazalo slediti. To pa pomeni izredno velik poseg v sistem zdravstvenega varstva v Sloveniji. Ne govorimo zgolj o spremembah, govorimo o reformi. Ta bo morala upoštevati tudi že sklenjene pogodbe za dodatna in dopolnilna zdravstvena zavarovanja ter čas, za katerega so bile sklenjene. Reformne rešitve bodo morale natančno določiti, pod kakšnimi pogoji se v ta razmerja lahko poseže. Vse to bi verjetno zmanjšalo košarico ali nabor pravic do zdravstvenih storitev, ki bi bile plačljive iz obveznega zavarovanja (javnega in zasebnega), vendar je v sistemu, v katerem je že dlje časa jasno, da iz zdravstvene blagajne ne moremo kriti vseh stroškov, iluzija pričakovati drugače. Sistem bi moral pregledno (tako za izvajalce kot paciente) ponuditi informacijo, kaj se plača iz katerega zavarovanja, tak pregled/nadzor pa bi koristil tudi ZZS.⁵⁵ Prostor je tudi za druge vire pridobivanja sredstev tako s strani potencialnih pacientov kot zunaj tega okvira (delodajalci, socialna kapica, različni stebri zavarovanja, komercialna zavarovanja, zavarovalne franšize, možnost selektivnega plačevanja izvajalcev storitev s strani zavarovalnic, s čimer se poveča konkurenčnost, itd.). Primerjalne rešitve drugih nacionalnih sistemov zdravstvenega varstva ponujajo kar nekaj tovrstnih rešitev. Namen članka ni natančneje govoriti o tem, zato na to zgolj opozarjam.

Če torej na eni strani Direktiva 2011/24 nedvomno prinaša več možnosti za posameznika, da prejme zdravstveno storitev v tujini, jo plača in nato dobi povrnjeno plačilo, pa na drugi strani, tako kot je bilo predvideno vse od njenega sprejetja, povzročča težave nacionalnemu sistemu zdravstvenega varstva in zavarovalnicam, čeprav, kot je bilo že omenjeno, v drugi in četrti točki 1. člena direktiva tega ne predvideva oz. ta vpliv zanika. Pravno in dejansko ta vpliv je in se je začel neposredno po uveljavitvi sprememb Zakona o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju.

IV. SKLEPNO

Poglavitni prispevek direktive v njenem vsebinskem delu (če odmislimo pravila o medsebojnem sodelovanju) je, da so pravila sodne prakse kodificirana in zbrana na enem mestu ter da se tovrstni primeri ne rešujejo več od primera do primera (*case by case*), kar povečuje pravno varnost in ozaveščenost o pravicah čezmejnega zdravljenja, s tem pa se večja pritisk na učinkovit sistem zdravstvenih storitev v Sloveniji. Direktiva je s tem močno preseгла pred tem dominantno sodno prakso SEU. Ta je vendarle bila, kljub temu da je odločala *in favorem* pacientov, do neke mere nejasna za nekoga, ki se ni sistematično ukvarjal z vprašanjem prostega opravljanja, predvsem pa sprejemanja zdravstvenih storitev na notranjem trgu. Namreč, sodna praksa se je enkrat nanašala na Uredbo 883/2004, drugič na Uredbo 1408/71 in druge uredbe, ki so posledica spremembe Uredbe 883/2004, ali

55 Več o tem gl. tudi pri A. Ihan, Reforma zdaj! Pika., dosegljivo na http://www.siol.net/priloge/kolumne/alozj_ghan/2014/02/reforma_zdaj_pika.aspx.

se je sklicevala neposredno na določbo PDEU o prostem pretoku storitev (56. člen) itd. Ni bilo popolnoma jasno, kakšno vlogo imajo posamezna merila, na podlagi katerih je pacient lahko odšel po zdravstveno storitev v tujino brez čakalne vrste oz. z njo, kaj je pomenilo, če so bili pogoji za avtorizacijo objavljeni vnaprej ali niso bili objavljeni vnaprej, kateri stroški se krijejo, kdaj več od dejanskih stroškov, kdaj do dejanskih stroškov itd. V tem pogledu je direktiva rešila marsikatero vprašanje, ga postavila na njegovo mesto in natančneje razmejila Uredbo 883/2004.

Prav tako pa je pomembna omejitev možnosti avtorizacije, kar je korak naprej od dometa sodne prakse.⁵⁶

Od 25. 10. 2013 je treba direktivo izvajati v njeni celotni vsebini. Tako kot pri večini direktiv je težava v posameznih podrobnostih. Čeprav npr. direktiva ne posega v sistem zdravstvenega zavarovanja, kot ga imajo v veljavi države članice (druga in četrta točka 1. člena), pa je kljub tej določbi vendarle treba ugotoviti, da slovenski sistem zdravstvenega zavarovanja z vidika direktive ne bo ostal nedotaknjen. Če smo npr. pred tem datumom potrebovali avtorizacijo, da lahko obiščemo zdravnika v tujini, ne glede na to, ali gre za bolnišnično ali nebolnišnično zdravljenje ali za javno ali zasebno zdravljenje, potem za ambulantno zdravljenje to ni več tako. Dosegljivo bo vsako zdravljenje, ki ne bo zahtevalo prenočitve v bolnišnici, ne glede na to, ali je izvajalec javni ali zasebni ali ima koncesijo ali ne. To pa je že ugotovitev, ki močno posega v sistem zdravstvene oskrbe.

Menim, da posameznike, ki iščemo posamezne zdravstvene storitve, direktiva zadeva na eni strani z bolj prostim dostopom do zdravstvenih storitev v tujini, na drugi strani pa tudi zaradi potrebe po prenovi zdravstvenega sistema kot takega z drugačnim naborom pravic iz zdravstvenega zavarovanja. Trdim, da je izvedba Direktive 2011/24 pokazala potrebo po celotni prenovi slovenskega zdravstvenega sistema, sistema zdravstvenih zavarovanj in drugih možnosti financiranja zdravstvenih storitev.⁵⁷ Dejstvo (pravilo), da je direktiva določila, da ne vpliva na zdravstvene sisteme držav članic, pravnoformalno vzdrži, vendar to, kot je bilo že omenjeno, ne pomeni, da se ne srečujemo s situacijo, s katero smo se srečali tudi že pri Direktivi 2006/123 o storitvah na notranjem trgu. Posledica prepovedi diskriminacije med prejemniki in ponudniki storitev zunaj meja države pomeni, da se lahko postavijo v diskriminatorni položaj eni ali drugi znotraj meja države. Tako povrnitev stroškov zdravljenja tujemu izvajalcu zdravstvene storitve ne glede na to, ali je javni ali zasebni, pomeni drugačno obravnavanje, kot velja med javnimi in zasebnimi ponudniki v Sloveniji. To pa ni več vprašanje prava EU, temveč notranjepravno, predvsem ustavno vprašanje. Slednje pa ni vprašanje samo v Sloveniji, temveč literatura opozarja na to kot splošno vprašanje, ki ga povezujejo

56 Iz Poslovnega poročila ZZSZ za leto 2012 izhaja, da je ZZSZ v letu 2012 prejel skupno 1.029 novih vlog za odobritev napotitve na pregled, preiskavo, zdravljenje, diagnostiko ali nabavo steklene očesne proteze v tujini, kar pomeni 124 vlog več kot v letu 2011. V letu 2012 je bilo od skupno obravnavanih 1.138 vlog (poleg 1.029 prejetih v letu 2012 še 109 nerešenih iz leta 2011) odobrenih 780 napotitev zavarovanih oseb na pregled, preiskavo in zdravljenje, nabavo steklene očesne proteze v tujini in diagnostiko, kar pomeni 64 več odobrenih vlog kot v letu 2011. Zavrnjenih je bilo 219 vlog. Pri tem je treba pojasniti, da je bilo pri posameznih napotitvah izdanih tudi več odločb, zato je podatek o številu izdanih odločb višji od podatka o številu posameznih napotitev.

57 O drugih učinkih in stališčih gl. tudi Eva Godina, Pravice pacientov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva, Pravna praksa, št. 21/2001, str. 6–8.

s kakovostjo in varstvom. Plačevanje storitev iz javne zdravstvene blagajne zasebnim ponudnikom zdravstvenih storitev pomeni precej težjo predvidljivost odliva stroškov (čeprav po statistiki Evropske komisije pacienti neradi odhajajo na zdravljenje zunaj območja svojega prebivališča).⁵⁸

58 Po mnenju Komisije je mobilnost pacientov omejena na pribl. en odstotek nacionalnih zdravstvenih proračunov. Gl. več o tem Sporočilo Komisije – Okvir Skupnosti o uveljavljanju pravic pacientov na področju čezmejnega zdravstvenega varstva, Bruselj, 2. 7. 2008, COM (2008) 415 konč., str. 7.

POSTOPEK UGOTAVLJANJA REZIDENTSTVA ZA FIZIČNE OSEBE¹

Blaž Pate, LL.M.
odvetnik
Odvetniška pisarna Blaž Pate, d. o. o.

1 UVOD

V skladu s 5. členom Zakona o dohodnini (ZDoh-2)² je davčna obveznost posameznika v Sloveniji odvisna od njegovega statusa (rezident, nerezident). Davčna obveznost posameznika je lahko neomejena ali omejena, s čimer so povezane tudi njegove pravice.

Pravice in obveznosti rezidenta Slovenije lahko na splošno opredelimo kot:

- je zavezan za plačilo dohodnine od vseh dohodkov, ki imajo svoj vir v Sloveniji, in od vseh dohodkov, ki imajo svoj vir zunaj Slovenije (tj. od svetovnega dohodka),
- praviloma prejme letni informativni izračun dohodnine,
- je zavezanec za dohodnino po progresivnih stopnjah,
- lahko uveljavlja vse olajšave in zmanjšanja davčne osnove, določene za rezidente.

Pravice in obveznosti nerezidenta lahko na splošno opredelimo kot:

- je zavezan za plačilo dohodnine (samo) od vseh dohodkov, ki imajo svoj vir v Sloveniji,
- ne prejme informativnega izračuna dohodnine (zgolj izjemoma odda nerezident letno napoved za odmero dohodnine v primerih iz 116. člen ZDoh-2),³
- je načeloma zavezanec za dohodnino po določenih stopnjah,
- ni upravičen do olajšav in zmanjšanj davčne osnove, določenih za rezidente (izjema: 116. člen ZDoh-2).

Kot vidimo, samo dejstvo, ali je posameznik rezident ali nerezident Slovenije (v skladu z določbami 6. in 7. člena ZDoh-2), pomeni bistveno razliko v njegovih davčnih pravicah in obveznostih. Zato je priporočljivo, da si posameznik ustrezno (tudi formalno) uredi rezidentski status. V praksi to pomeni, da pri pristojnem finančnem uradu vložijo vlogo za ugotovitev rezidentskega statusa skladno s 6. členom ZDoh-2, ki ji priloži

¹ Podoben avtorjev članek objavljen v publikaciji SIR IUS, št. 1/2014.

² Uradni list RS, št. 117/06 s spremembami.

³ Po 116. členu ZDoh-2 lahko tujec nerezident, ki je rezident države članice EU ali EGP, uveljavlja določene davčne olajšave v Sloveniji, če njegovi dohodki, doseženi v Sloveniji, znašajo najmanj 90 % njegovega celotnega obdavčljivega dohodka v davčnem letu in so bili ti dohodki v državi njegovega rezidentstva izvzeti iz obdavčitve ali so neobdavčeni, kar mora tujec nerezident dokazati z ustreznimi dokazili.

izpolnjen vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (odhod iz Republike Slovenije) ali vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (prihod v Republiko Slovenijo),⁴ ali drugače dokazuje dejstva in okoliščine, ki vplivajo na njegov rezidentski status (vložitve vprašalnika namreč ni obvezna). Davčni organ lahko tudi po uradni dolžnosti ugotovi, da se izkazani status posameznika ne sklada z dejanskim stanjem, in temu ustrezno ukrepa. Davčni organ presoja izpolnjevanje pogojev za rezidentski status fizičnih oseb in o njem odloči z odločbo.

Če se posameznik šteje za rezidenta izključno Slovenije, načeloma ni »težav«. V praksi pa so zanimivi predvsem primeri, ko se v postopku ugotavljanja rezidentstva ugotovi, da je posameznik hkrati rezident Slovenije in neke druge države, s katero ima Slovenija sklenjeno konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja (KIDO).⁵ V takih primerih po mnenju avtorja v praksi prihaja do napačne uporabe prava, bodisi s strani davčnega organa ali sodišč, ki odločajo o tožbah zavezancev, bodisi s strani samih zavezancev, ki neustrezno uveljavljajo svoje pravice. Kot pravna podlaga za odločitve v postopkih po 6. členu ZDoh-2 se namreč navajajo prelomna pravila za dvojne rezidente, ki jih določa KIDO (drugi odstavek 4. člena).⁶ Obrazložitev iz konkretnih odločb davčnega organa in iz sodnih odločb⁷ je mogoče strniti takole: *»Iz vprašalnika, ki ga je predložil zavezanec, izhaja, da ima rezidenčne vezi tako v državi X kot v Sloveniji. Zato je treba za določitev rezidentskega statusa po 6. členu ZDoh-2 uporabiti prelomna pravila, ki jih določa KIDO.«* Po mnenju avtorja je taka uporaba pravil KIDO v samem (predhodnem) postopku ugotavljanja rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 pravno napačna. Ugotavljanje rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 je samostojen in enovit postopek, določen izključno z notranjo davčno zakonodajo Slovenije. Pravila KIDO pa v ničemer ne posegajo v rezidentski status za namene ZDoh-2 in se uporabljajo (še le pozneje), ko posameznik prejme dohodek in (pod pogojem da) uveljavlja svoje pravice po KIDO.

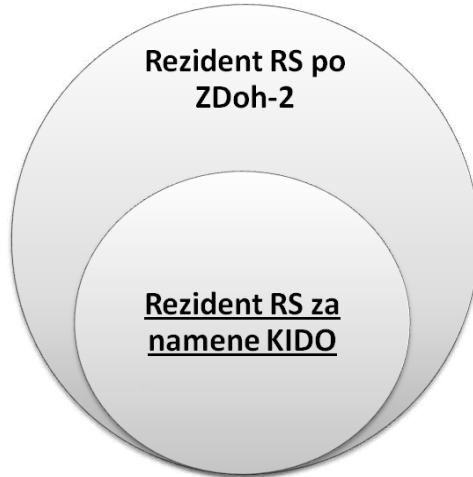
Pojem rezidentstva za namene ZDoh-2 je širši od pojma rezidentstva za namene KIDO. Če se nekdo šteje za rezidenta za namene KIDO, se vedno šteje tudi za rezidenta za namene ZDoh-2. Ni pa nujno, da je nekdo rezident za namene ZDoh-2 in hkrati tudi rezident za namene KIDO (lahko je namreč rezident Slovenije zgolj za namene ZDoh-2, za namene KIDO pa nerezident). Ravno teh primerov je v zadnjem obdobju veliko v praksi. Zelo pomembno je, da razlikujemo in pravilno uporabljamo pojem rezidenta za namene ZDoh-2 in pojem rezidenta za namene KIDO ter da v konkretnih postopkih ustrezno navajamo, za katere namene uporabljamo pojem rezidenta.

4 Obstaja še poseben obrazec za ugotavljanje rezidentskega statusa po 4. točki prvega odstavka 7. člena ZDoh-2 (tudi strokovnjaki s posebnim znanjem, ki ga v Sloveniji ni dovolj), ki ni predmet tega prispevka.

5 Sklenjena KIDO med Slovenijo in ustrezno državo je tudi predpostavka za namene tega prispevka.

6 KIDO, ki zavezujejo Slovenijo, pretežno sledijo vzorčni konvenciji OECD-ja, zato se za namene tega prispevka naslanjamo le na njeno vsebino. Pri konkretnih KIDO lahko tako pride tudi do določenih odstopanj in preštevilčenj navedenih členov.

7 Npr. sodna praksa Upravnega sodišča RS U 2330/2007-5, I U 958/2012, I U 958/2012, I U 489s/2012, I U 1622/2011, I U 829/2010, I U 1010/2010, Sodba I U 400/2010, I U 1761/2009, U 2062/2008, I U 1907/2009, U 448/2008, I U 875/2009.



Namreč, predvsem je različen namen, zaradi katerega se ugotavlja rezidentstvo po posameznem od navedenih aktov:

- po KIDO:
 - zaradi določitve oseb, za katere se KIDO uporablja, torej oseb, ki so upravičene do ugodnosti po KIDO (1. člen in prvi odstavek 4. člena KIDO), in
 - za določitev države, ki ima pravico do obdavčitve dohodka posameznika, s čimer se odpravlja dvojna obdavčitev (drugi odstavek 4. člena KIDO);
- po ZDoh-2 pa zaradi določitve obsega davčne obveznosti posameznika (5. člen ZDoh-2).

Razlikujejo pa se tudi merila za določanje rezidentstva, ki so v ZDoh-2 določena v 6. in 7. členu, v KIDO pa v drugem odstavku 4. člena.

Glede na zgoraj omenjeno tematiko je namen tega prispevka prikazati **pravilno razmerje med pravili o rezidentskem statusu, ki jih določa 6. člen ZDoh-2, in prelomnimi pravili za dvojne rezidente, ki jih določa drugi odstavek 4. člena KIDO**, ter posledicami, ki jih prinaša tak zaključek.⁸ Tako v prispevku ne bo neposredne razlage samih rezidenčnih vezi ali po ZDoh-2 ali KIDO in drugih okoliščin ter postopkov, povezanih s postopkom ugotavljanja rezidenčnih vezi (razen toliko, kolikor bo to prikazano na konkretnem primeru).

⁸ To je najnazorneje prikazati na primeru, ko je oseba rezident Slovenije za namene ZDoh-2, a je nerezident za namene KIDO. Tak primer bo podlaga tega prispevka.

2 REZIDENT ZA NAMENE ZDOH-2

2.1 Opredelitev rezidenta

Zavezanec je rezident Slovenije v katerem koli obdobju v davčnem letu, če ima v tem obdobju s Slovenijo katero koli od rezidenčnih vezi, ki jih podrobno določa 6. člen ZDoh-2. Rezidenčne vezi oziroma pogoji za nastanek rezidentstva so torej določeni alternativno. Če jih na kratko povzamemo, rezidenčne vezi po ZDoh-2 delimo na:

a) formalne rezidenčne vezi:

- uradno prijavljeno stalno prebivališče v Sloveniji,
- zaposlitev javnih uslužbencev Republike Slovenije v tujini (npr. diplomati in njihovi družinski člani),
- zaposlitev uslužbencev v institucijah Evropskih skupnosti, Evropski centralni banki ali Evropskem investicijskem skladu, zaradi katere oseba prebiva v tujini, ali
- opravljanje funkcije poslanca v Evropskem parlamentu, zaradi česar oseba prebiva v tujini;

b) dejanske rezidenčne vezi:

- običajno bivališče v Sloveniji,
- središče osebnih in ekonomskih interesov v Sloveniji ali
- navzočnost v Sloveniji v katerem koli času v davčnem letu skupaj več kakor 183 dni.

Pri presojanju, ali je posameznik rezident Slovenije, se tako v vsakem primeru upoštevajo vsa pomembna dejstva in okoliščine v okviru predpisanih **rezidenčnih vezi s Slovenijo**,⁹ vključno s časom, ciljem, namenom in kontinuiteto prebivanja oziroma zadrževanja v Sloveniji in tujini. Če posameznik vzpostavi rezidenčno vez s Slovenijo, se šteje za rezidenta Slovenije od trenutka vzpostavitve te vezi. Lahko je samo rezident Slovenije, lahko pa je rezident tudi dveh (ali celo več) držav.

2.2 Dvojno rezidentstvo

V trenutni praksi slovenski državnih organov se dogaja, da organi, če se v postopku ugotavljanja rezidentskega statusa v Sloveniji ugotovi, da je oseba hkrati tudi rezident druge države, običajno avtomatsko uporabljajo prelomna pravila, določena v KIDO. Tako npr. iz obrazložitve davčnega organa (glej sodbo Upravnega sodišča RS I U 1907/2009) izhaja: »V zvezi s tožnikovim ugovorom, da prvostopni organ ni uporabil relevantnih določb Konvencije, drugostopni organ pojasni, da se določba 4. člena Konvencije uporablja samo v primeru, ko dve državi osebo štejeta za svojega davčnega rezidenta na podlagi njunih notranjih zakonodaj. V danem primeru pa tožnik ni predložil potrdila o rezidentstvu Avstrije, niti ni predložil dokazila, iz katerega bi izhajalo, da je v Avstriji obdavčen po svetovnem dohodku, iz

⁹ Upoštevajoč tudi 7. člen ZDoh-2: pod določenimi pogoji se osebe, ki sicer izpolnjujejo pogoje za rezidenta Slovenije po 6. členu ZDoh-2, kljub temu štejejo za nerezidente.

česar bi izhajalo, da tožnika tako Slovenija kot Avstrija štejeta za svojega davčnega rezidenta in bi bilo potrebno obravnavati status na podlagi določb Konvencije.« Kot rečeno, je po mnenju avtorja taka uporaba pravil KIDO napačna. V postopku ugotavljanja rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 se prelomna pravila KIDO ne uporabljajo. **Pravila KIDO namreč sploh ne posegajo v rezidentski status po ZDoh-2.¹⁰ Zato mora odločitev davčnega organa v tej fazi postopka ugotavljanja rezidentskega statusa vedno temeljiti izključno na ZDoh-2, čeprav se ugotovi dvojno rezidentstvo. Seveda lahko in mora davčni organ upoštevati tudi potrdila iz drugih držav itd., vendar pa to še ne napotuje na uporabo prelomnih pravil KIDO.**

Za nazornejšo predstavitev bistva problema si pogledajmo ta primer:

G. Walter, nemški državljan, z družino živi v Nemčiji in se šteje za davčnega rezidenta Nemčije po nemški davčni zakonodaji. Zaposlen je pri nemškem podjetju v Nemčiji, od katerega prejema plačo (ki tudi dejansko bremeni tega delodajalca). Delodajalec ga napoti na delo v Slovenijo, kjer ostane veliko več kot 183 dni v koledarskem letu. V Sloveniji najame stanovanje in prijavi začasno prebivališče. G. Walter ima tudi delnice francoskega podjetja, iz naslova katerih prejema dividende.

G. Walter meni, da je rezident Slovenije (podana je rezidenčna vez navzočnosti v Sloveniji več kot 183 dni v koledarskem letu). S prihodom v Slovenijo se g. Walter vpiše v davčni register in skladno s 6. členom ZDoh-2 vložijo vlogo za ugotovitev rezidentskega statusa – vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (prihod v Republiko Slovenijo). Slovenija lahko odloči, da je rezident ali nerezident Slovenije, odvisno od vseh konkretnih okoliščin. Ključno pri tem je, da se v tem postopku ne smejo uporabiti prelomna pravila KIDO, saj zato ni pravne podlage (zavezanec se nanje ne more sklicevati in/ali davčni organ z njimi ne more utemeljevati svoje odločitve). Če se namreč z uporabo prelomnih pravil v tem postopku ugotovi, da je g. Walter nerezident Slovenije, ker ima stalni dom samo v Nemčiji (prvo merilo) ali ker ima življenjske interese v Nemčiji (uporaba drugega merila, ker ima stalni dom v obeh državah), je taka odločitev v tej fazi postopka napačna. Posledica take odločitve je med drugim to, da se g. Walterju s tem odvzame zakonska pravica do olajšave, ki bi jo sicer kot rezident Slovenije po ZDoh-2¹¹ moral imeti.

Torej, predpostavimo, da se g. Walter zaradi pravila 183 dni šteje za rezidenta Slovenije za namene ZDoh-2. Odločba o ugotovitvi, da je g. Walter rezident Slovenije, je zakonita. Res je, da v takem primeru prihaja do dvojnega rezidentstva. Vendar je tak sklep logična posledica ZDoh-2, kar pa (še) ne ustvarja hkrati tudi dvojnega obdavčevanja (izogniti se dvojnemu obdavčevanju je namen sklepanja KIDO). Dvojno rezidentstvo po notranjem davčnem pravu je posledica suverene odločitve dveh držav. Zaradi nastanka dvojnega rezidentstva zavezanec ne more sprožiti postopka skupnega dogovora po 25. členu KIDO, saj ne gre za dejanje/odločitev v nasprotju s KIDO.¹² Postopek po 25. členu KIDO je le zadnji

10 Več o tem v naslednjem poglavju.

11 Druge okoliščine bodo prikazane v nadaljevanju.

12 Več o tem v naslednjem poglavju.

od zaporedno uporabljivih meril prelomnega pravila pri ugotavljanju rezidentstva posameznika za namene KIDO.

Dvojna obdavčitev bo nastopila samo, če g. Walter:¹³

- sploh ne bo ali ne bo pravilno uporabil svojih pravic po KIDO, ki so postopkovno urejene v Zakonu o davčnem postopku (ZDavP-2)¹⁴ v določbah od 259. do 264. člena¹⁵ (pri čemer je slednje le njegova pravica), ali
- bo uveljavljal svoje pravice po KIDO, vendar jih Slovenija ne bo priznala.

Avtor poudarja, da ZDavP-2 predpisuje način uveljavljanja pravic po KIDO za osebe, ki so nerezidenti Slovenije za namene KIDO (neodvisno od tega, kakšen status imajo te osebe za namene ZDoh-2).¹⁶ To pomeni, da predmetne določbe za uveljavljanje ugodnosti po KIDO lahko uporabi:

- tako posameznik, ki je nerezident po ZDoh-2 (in s tem tudi za namene KIDO),
- kot tudi posameznik, ki je rezident Slovenije po ZDoh-2, če meni, da je nerezident po KIDO (kot je naš g. Walter).

ZDoh-2 (kot materialni predpis) se uporablja za zavezanca, ki so rezidenti ali nerezidenti za namene ZDoh-2, postopkovna pravila o izogibanju dvojnega obdavčevanja po KIDO (259. do 264. člen ZDavP-2) pa lahko uveljavljajo samo zavezanci, ki so nerezidenti Slovenije za namene KIDO. Ta pravila se uporabljajo v trenutku prejema dohodka oz. uveljavljanja in ugotavljanja ugodnosti po KIDO.¹⁷ Temu primerno tudi ZDavP-2 uporablja besedno zvezo »za vsako izplačilo je treba predložiti nov zahtevek«. Ugodnosti po KIDO so namreč le pravice zavezanca, ki jih davčni organ ne upošteva po uradni dolžnosti, še manj pa se te pravice uveljavljajo v postopku ugotavljanja rezidentskega statusa za namene ZDoh-2.

Vrnimo se k našemu primeru. G. Walter je v Nemčiji zavezan za dohodnino od svetovnega dohodka. Skladno s 5. členom ZDoh-2 ima tudi v Sloveniji neomejeno davčno obveznost (tj. na plačo in dividende). Glede plače mora g. Walter v Sloveniji vložiti obrazec za napoved za odmero akontacije dohodnine od dohodka iz zaposlitve (dohodek iz delovnega razmerja, pokojnine), ker plačo izplača oseba, ki ni plačnik davka po 58. členu ZDavP-2. Smiselno enako mora vložiti napoved za odmero dohodnine od dividend. Če g. Walter ne vloži napovedi, je storjen prekršek (394. člen ZDavP-2). Da bi se izognili dvojni obdavčitvi, je ključno, da g. Walter v trenutku vložitve napovedi v Sloveniji pravilno uporabi svoje pravice po KIDO.

13 Za namene tega prispevka predpostavljamo, da je g. Walter nerezident Slovenije za namene KIDO.

14 Uradni list RS, št. 117/06 s spremembami.

15 Z uporabo obrazcev KIDO, objavljenih na spletni strani DURS-a.

16 Zavezanci velikokrat menijo, da zaradi rezidentstva po ZDoh-2 ne morejo uveljavljati pravic po KIDO. Dikcija ZDavP-2 »nerezident lahko ...« pomeni nerezident za namene KIDO.

17 To velja neodvisno od tega, ali je v Sloveniji plačnik davka ali je zavezanec sam napovedal dohodek. Posledice so v obeh primerih enake.

3 REZIDENT ZA NAMENE KIDO

3.1 KIDO niso kolizijska pravila

Za pravilno razumevanje razmerja med 6. členom ZDoh-2 (ki določa pogoje za nastanek rezidenstva po ZDoh-2) in drugim odstavkom 4. člena KIDO (ki opredeljuje rezidenta za namene KIDO), je treba najprej razumeti pomen pravil KIDO in njihovo umestitev v širši mednarodni kontekst.

Mednarodno zasebno pravo (kolizijsko pravo) je skupina pravnih norm, ki povedo, zasebno pravo katere države naj se uporabi. Slednje torej ni substančne (materialnopravne) narave, temveč le napotuje na uporabo pravnega reda. Tako se skladno z Zakonom o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP)¹⁸ za npr. pogodbe o zaposlitvi uporablja pravo države, v kateri delavec običajno opravlja svoje delo. Pri tem je ključno, da je kolizijsko pravo notranje (državno) pravo, ki vsebuje pravila o tem, katero materialno pravo (tuje ali domače) naj se uporabi pri reševanju pravnih razmerij z mednarodnim elementom. Njegova pravila niso mednarodna, mednarodno naravo imajo samo razmerja, ki jih to pravo ureja, ker so vezana na več suverenosti.

Glede na to, da davčno pravo temelji na zasebnih pravnih razmerjih, je načeloma treba uporabljati kolizijska pravila tudi v davčnih zadevah. Npr. za namene dobička iz kapitala je pomemben čas pridobitve kapitala (101. člen ZDoh-2). Če je pri tej pridobitvi prisoten mednarodni element, je treba tudi v davčnem postopku uporabiti ustrezna kolizijska pravila za določitev prava, po katerem se bo v primeru spora ugotavljalo, če in kdaj je nastopil trenutek pridobitve kapitala. Če je npr. zavezanec v tujini kupil nepremičnine, je treba za ugotavljanje trenutka pridobitve lastninske pravice uporabiti tuje pravo. To pa seveda ne pomeni, da so davčna pravila kot taka kolizijska pravila.

Vsaka država pogodbenica KIDO ima v svoji ustavi svojo izvorno pravico do obdavčitve oz. do predpisovanja in pobiranja davkov. Pri tem je pomembno, da KIDO predpostavlja, da obe državi pogodbenici obdavčujeta dohodek oz. premoženje v skladu s svojim notranjim davčnim pravom. V nasprotju s kolizijskimi pravili mednarodnega zasebnega prava pravila KIDO tako ne vodijo do uporabe tujega prava. Pravila KIDO le z namenom preprečevanja dvojnega obdavčevanja omejuje vsebino notranjega davčnega prava. Pravila KIDO pravzaprav do neke mere spremenijo notranje pravo bodisi z omejitvijo uporabe notranjih davčnih pravil, ki bi sicer bila uporabljena, bodisi z zavezo ene ali obeh držav pogodbenic, da bosta ustrezno odpravili dvojno obdavčitev (npr. z metodo dobropisa). Po KIDO obstaja tako davčna obveznost samo, če so in kadar so poleg notranjih davčnih obveznosti izpolnjene tudi predpostavke, ki jih določa KIDO. Zato **pravila KIDO niso kolizijska pravila**, temveč so pravila (mednarodnega prava, katerih uporaba in njihove posledice so določene glede na pravila Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb (1969)), ki **»omejujejo« notranje davčno pravo pri dokončni obdavčitvi**.¹⁹

¹⁸ Uradni list RS, št. 56/99 s spremembami.

¹⁹ Glej tudi knjiga: Vogel.

Po mnenju avtorja je tako napačna trditev davčnega organa,²⁰ da je treba, če pride do kolizije odločitev dveh tujih davčnih organov pri ugotavljanju rezidentskega statusa, ki vodi v dvojno obdavčevanje, uporabiti prelomna pravila KIDO. Prav tako ni ustrezno govoriti o tem, da mora, če si zavezanca državi lastita kot rezidenta, slednji sprožiti postopek skupnega dogovora po 25. členu KIDO. Postopek skupnega dogovora se namreč uporablja, kadar oseba meni, da so ali bodo dejanja ene ali obeh držav pogodbenic zanjo povzročila obdavčevanje, ki ni v skladu z določbami KIDO. Ugotovitev rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 pa še v ničemer ne pomeni dvojnega obdavčevanja, saj je nastanek dvojnega rezidentstva, kot je bilo že navedeno, posledica suverenih odločitev dveh držav po njunem notranjem pravu, v katero KIDO ne posega.

Pravila KIDO se v nasprotju s kolizijskimi pravili mednarodnega zasebnega prava ne srečujejo z vprašanjem izbire med domačim in tujim notranjim pravom. Prav nasprotno, **pravila KIDO v osnovi priznajo, da vsaka država pogodbenica uporablja svoje notranje davčno pravo in samo pri uporabi alokacijskih pravil KIDO²¹ omeji uporabo teh notranjih pravil.** Zato bi bilo zavajajoče, če bi se pravila KIDO označila kot kolizijska pravila.

Upoštevajoč navedeno, lahko ugotovimo, da pravila KIDO določajo neodvisen mednarodni mehanizem za izogibanje dvojnemu obdavčevanju. Pravila KIDO torej omejujejo davčne pravice oz. obveznosti na področjih, na katerih je pričakovati (vsaj teoretično) prekrivanje davčnih zahtev dveh držav. Države se torej s podpisom KIDO sporazumno zavežejo, da ne bodo pobirale davkov ali da bodo le omejeno obdavčevale v primerih, v katerih KIDO podeljuje pravico do obdavčitve drugi državi pogodbenici ali v celoti ali delno.

Omeniti je tudi treba, da pravila KIDO ne ustvarjajo nobenih davčnih obveznosti, ki sicer ne bi obstajale že po notranjem davčnem pravu držav, niti ne širijo njihovega obsega.²² Davčne obveznosti vedno primarno in ekskluzivno določa notranje davčno pravo. KIDO le omejujejo države pri uporabi njihovega notranjega davčnega prava.

3.2 Rezident države pogodbenice za namene KIDO

Za pravilno uporabo KIDO je treba razlikovati te korake:²³

- osebna veljavnost KIDO,
- davki, za katere velja KIDO,
- alokacijska pravila,
- metode za izogibanje dvojni obdavčitvi.

²⁰ Glej tudi sodbo Upravnega sodišča U 2330/2007.

²¹ Alokacijska pravila so pravila KIDO, s katerimi se določa, katera od držav pogodbenic ima pravico do obdavčitve določenega dohodka oziroma kapitala.

²² Do take situacije lahko pride le izjemoma, npr. družba A, d. o. o., iz Slovenije ima celoten dobiček 10 enot (40 enot dobička iz poslovanja v Sloveniji in 30 enot izgube iz poslovne enote v Avstriji). Slovenska družba je dvojni rezident po notranjem pravu Slovenije in Avstrije. S prelomnimi pravili se ugotovi, da je sedež dejanske uprave v Avstriji – družba ima v Sloveniji le stalno poslovno enoto za namene KIDO, katere davčna osnova bo 40 enot brez upoštevanja izgube v Avstriji. Avstrija bo upoštevala le izgubo, dobiček stalne poslovne enote pa bo izvzel iz obdavčitve v Avstriji. Posledica: višja davčna osnova v Sloveniji (40 enot in ne zgolj 10). KIDO je tako dejansko povzročil povečanje davčne osnove v Sloveniji.

²³ Več o tem v poglavju 4.

KIDO se uporablja za osebe, ki so rezidenti ene ali obeh držav pogodbenic (1. člen KIDO). To pomeni, da je **osnovna funkcija določitve rezidentskega statusa za namene KIDO izključno v določitvi osebne veljavnosti KIDO in s tem pravilne uporabe alokacijskih pravil ter metod za izogibanje dvojni obdavčitvi**. Z drugimi besedami bi lahko dejali: »Če nisi rezident vsaj ene države pogodbenice, ne moreš uveljavljati ugodnosti po KIDO.«

KIDO v 4. členu določa, kdo je »rezident države pogodbenice« za namene KIDO. Prvi odstavek določa, da je rezident oseba, ki je po zakonodaji te države dolžna plačevati davke zaradi svojega stalnega prebivališča, prebivališča, sedeža uprave, kraja registracije ali katerega koli drugega podobnega merila in vključuje tudi to državo in katero koli njeno politično enoto ali lokalno oblast. Ta izraz pa ne vključuje osebe, ki je dolžna plačevati davke v tej državi samo v zvezi z dohodki iz virov v tej državi ali premoženja v njej.

Iz navedenega je razvidno, da **KIDO v ničemer ne posega v rezidentski status posameznikov po notranji zakonodaji (npr. ZDoh-2). Odločitev o tem je v celoti prepuščena notranjemu davčnemu pravu**. Posameznik je tako lahko rezident tudi dveh držav.

Za primere dvojnega rezidentstva pa KIDO predpisuje še posebno pravilo. Drugi odstavek 4. člena določa t. i. prelomno pravilo za dvojne rezidente. Njihov status se **izključno za namene KIDO** določi tako:

- A. oseba se šteje samo za rezidenta države, v kateri ima na razpolago stalno prebivališče; če ima stalno prebivališče v obeh državah, se šteje samo za rezidenta države, s katero ima tesnejše osebne in ekonomske odnose (središče življenjskih interesov);
- B. če ni mogoče opredeliti države, v kateri ima središče življenjskih interesov, ali če nima v nobeni od držav stalnega prebivališča, se šteje samo za rezidenta države, v kateri ima običajno bivališče;
- C. če ima običajno bivališče v obeh državah ali v nobeni od njiju, se šteje samo za rezidenta države, katere državljan je;
- D. če je državljan obeh držav ali nobene od njiju, pristojna organa držav pogodbenic vprašanje rešita s skupnim dogovorom.

Iz navedenega lahko povzamemo, da je za namene KIDO rezident lahko:

- posameznik, ki je **po notranjem davčnem pravu** ene države **rezident le-te**, medtem ko po notranjem davčnem pravu druge države ne velja za rezidenta te druge države (1. člen v zvezi s prvim odstavkom 4. člena KIDO), ali
- posameznik, ki se po notranjem pravu obeh držav šteje za rezidenta (1. člen v zvezi s prvim odstavkom 4. člena KIDO), vendar se zgolj za namene uporabe KIDO šteje, da je **rezident ene od pogodbenic** (drugi odstavek 4. člena KIDO).

Pojem »**rezident države pogodbenice za namene KIDO**« torej pomeni enega izmed zgoraj navedenih primerov in se ne sme zamenjevati s pojmom rezidenta po ZDoh-2. V primeru dvojnega rezidentstva (kar je povsem v skladu s prvim odstavkom 4. člena KIDO) se tako **samo za namene KIDO vzpostavlja posebno pravilo**

(in ne fikcija v smislu »nekaj velja za resnično, čeprav to ni res«). Posameznik je pravnoformalno res rezident obeh držav po njuni notranji zakonodaji, vendar je po posebnem mednarodnem pravilu rezident samo ene države za namene KIDO. Drugače namreč ne bi bilo mogoče uporabiti alokacijskih pravil in metod za izogibanje dvojnemu obdavčevanju, saj ta predpostavljajo, da je oseba rezident zgolj ene pogodbenice, in svoje posledice vežejo na rezidentski status, ugotovljen za namene KIDO. Zato je treba v primeru dvojnega rezidentstva uporabiti prelomna pravila zgolj pri uporabi alokacijskih pravil KIDO in nikakor ne že pri ugotavljanju rezidentskega statusa po ZDoh-2.

Zgornji ugotovitvi avtorja bi lahko kdo ugovarjal z utemeljitvijo, da je KIDO mednarodna pogodba, zaradi česar so prelomna pravila hierarhično nad ZDoh-2 oz. imajo prednost pri uporabi pravil o rezidentskem statusu po ZDoh-2. To naj bi ne nazadnje izhajalo tudi neposredno iz 153. in 8. člena Ustave Republike Slovenije (URS)²⁴ v zvezi s 27. členom Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb, ki zagotavljata spoštovanje mednarodnopravnih obveznosti Slovenije in v notranjepravnem redu dajeta primat splošno veljavnim načelom mednarodnega prava in mednarodnim pogodbam, ki obvezujejo Slovenijo, nad zakoni in drugimi predpisi. Zato naj bi KIDO kot hierarhično višji pravni akt, ki obvezuje Slovenijo, določal dokončno določitev rezidentskega statusa po notranjem pravu. V skladu s 15. členom URS namreč pravic, ki so priznane s KIDO, ki obvezuje Slovenijo, in so z aktom o ratifikaciji in njegovo objavo postale del slovenskega pravnega reda, ne bi bilo mogoče omejevati. Vendar taka razlaga prelomnih pravil v razmerju do ugotavljanja rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 ne vzdrži ustrezne pravne presoje.

KIDO so nesporno mednarodne pogodbe, ki so kot take hierarhično nad ZDoh-2, vendar le v delu, ko pravila KIDO posegajo v ZDoh-2. Pri uporabi prelomnih pravil pa KIDO v ničemer ne posega v rezidentski status po ZDoh-2. Prelomna pravila namreč določajo rezidentski status izključno za namene KIDO in pod pogoji, določenimi s KIDO. Pogoj za uporabo prelomnih pravil pa je obstoj dvojnega rezidentstva. Dvojni rezident je tako samo za namene KIDO rezident tiste države, ki se določi z uporabo prelomnih pravil, določenih v drugem odstavku 4. člena KIDO. Pri tem je pomembno razumeti, da KIDO poleg osnovnih rezidenčnih vezi, ki jih vedno določa notranje davčno pravo posamezne države (kot izhaja iz prvega odstavka 4. člena KIDO), določa **za svoje namene še dodatno (prednostno) merilo za določanje rezidentstva, tj. prelomna pravila, ki se upoštevajo izključno pri uporabi KIDO.** A contrario to pomeni, da tega merila ni mogoče uporabiti že v postopku ugotavljanja rezidentskega statusa po ZDoh-2. Prav tako ni pravilno govoriti o kolizijskem pravilu, ki bi določalo, katero notranje davčno pravo se uporabi. Prav tako prelomna pravila niso posebna pravila v razmerju do ZDoh-2 niti ni mogoče govoriti o primatu mednarodnega prava v tem delu. **Prelomna pravila določajo dodatna merila, ki jih avtonomno in neodvisno opredeljuje KIDO izključno zaradi tega, da se lahko uporabijo KIDO oziroma njena alokacijska pravila in metode za odpravo dvojne obdavčitve.**

24 Uradni list RS/I, št. 33/91 s spremembami.

Določitev rezidentstva za namene KIDO je ključni element za določitev pravnih posledic v smislu primarne in sekundarne pravice do obdavčitve po KIDO. Učinek prelomnih pravil in rezidentstva za namene KIDO je v praksi tak: ko je posameznik rezident Slovenije po ZDoh-2, vendar se zaradi prelomnih pravil šteje za nerezidenta za namene KIDO, se lahko kakršen koli dohodek ali premoženje, ki ga ta oseba prejme ali ima v Sloveniji, obdavči v Sloveniji le omejeno, in sicer z upoštevanjem alokacijskih pravil in metod KIDO. Vendar se tisti dohodek ali premoženje, ki se po pravilih KIDO lahko obdavči v Sloveniji, obdavči po načelu za rezidente, saj je ta oseba rezident po ZDoh-2. V takem primeru torej ni pravilno, da se za to osebo uporabijo pravila o nerezidentih po ZDoh-2, saj je ta oseba nerezident samo in izključno za namene KIDO in ne tudi po ZDoh-2. Namreč "notranji" rezidentski status v državi vira ostaja v celoti nedotaknjen, KIDO nanj nima nobenega vpliva.

4 POSTOPEK UPORABE PRELOMNIH PRAVIL

Za praktični prikaz zgornjih trditev v nadaljevanju pogledjmo, kako bi moral v našem konkretnem primeru ravnati g. Walter oz. slovenski davčni organ.

4.1 Ureditev rezidentskega statusa v Sloveniji

S prihodom v Slovenijo se mora g. Walter vpisati v davčni register (33. člen ZDavP-2 v zvezi z Zakonom o finančni upravi (ZFU),²⁵ obrazec DR-02) oziroma pridobiti davčno številko. Za ureditev rezidentskega statusa vložijo vlogo za ugotovitev rezidentskega statusa – vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (prihod v Republiko Slovenijo).

G. Walter se opredeli kot rezident Sloveniji skladno s 6. členom ZDoh-2 (pri čemer se pravila KIDO ne uporabljajo), zato je zavezan za plačilo dohodnine po načelu svetovnega dohodka in ne more sprožiti postopka skupnega dogovora, saj Slovenija ne krši KIDO. Čeprav je prišlo do dvojnega rezidentstva, je taka odločitev zakonita in skladna s KIDO.

4.2 Obdavčitev plače v Sloveniji

Plača iz naslova delovnega razmerja je predmet obdavčitve po ZDoh-2 (35. člen in drugi). Ker v Sloveniji ni plačnika davka, mora g. Walter skladno s tretjim odstavkom 288. člena ZDavP-2 (v zvezi s 125. členom ZDoh-2) vložiti napoved za odmero akontacije dohodnine od dohodka iz delovnega razmerja. **V tem trenutku je pomembna pravilna uporaba določb KIDO. To dosežemo v teh korakih:**

1. presoja osebne veljavnosti KIDO,
2. ugotovitev, ali KIDO velja za dohodnino,
3. uporaba ustreznega alokacijskega pravila,
4. uporaba metode za izogibanje dvojni obdavčitvi.

²⁵ Uradni list RS, št. 25/14.

1. KIDO se uporablja za osebe, ki so rezidenti ene ali obeh držav pogodbenic (1. člen KIDO), kar se določi z uporabo notranjih davčnih zakonodaj Slovenije in Nemčije (prvi odstavek 4. člena KIDO). KIDO je torej uporabljen, saj je g. Walter rezident obeh držav.
2. Plača g. Walterja je obdavčena z dohodnino, ki je predmet KIDO na podlagi 2. člena KIDO.²⁶
3. Kot alokacijsko pravilo je treba uporabiti 15. člen KIDO med Slovenijo in Nemčijo, ki v prvem odstavku določa, da se plače, ki jih dobi rezident države pogodbenice iz zaposlitve, obdavčijo samo v tej državi, razen če se zaposlitev ne izvaja v drugi državi pogodbenici. Če se zaposlitev izvaja tako, se lahko ti prejemki obdavčijo v tej drugi državi. Hkrati drugi odstavek 15. člena KIDO določa, da se ne glede na določbe prvega odstavka plača, ki jo dobi rezident države pogodbenice iz zaposlitve, ki se izvaja v drugi državi pogodbenici, obdavči samo v prvi omenjeni državi, če:
 - a) je prejemnik navzoč v drugi državi v obdobju ali obdobjih, ki ne presegajo skupno 183 dni v katerem koli obdobju dvanajstih mesecev, ki se začne ali konča v določenem davčnem letu, in
 - b) prejemek plača delodajalec, ki ni rezident druge države, ali se plača v njegovem imenu in
 - c) prejemka ne krije stalna poslovna enota ali stalna baza, ki jo ima delodajalec v drugi državi.

Iz navedenega je razvidno, da uporaba alokacijskega pravila ni mogoča, saj imamo v konkretnem primeru rezidenta dveh držav, medtem ko **predmetno pravilo predpostavlja, da je za namene uporabe KIDO oseba rezident zgolj ene države. Zato je treba izključno zaradi uporabe alokacijskega pravila predhodno uporabiti prelomna pravila drugega odstavka 4. člena KIDO**, kot so ta že opredeljena zgoraj.

Za namene tega prispevka predpostavimo, da uporaba prelomnih pravil privede do zaključka, da je za namene KIDO g. Walter nerezident Slovenije, ker ima stalni dom samo v Nemčiji (prvo merilo) ali ima življenjske interese v Nemčiji (kot drugo merilo, ker ima stalni dom v obeh državah).

Zdaj se vrnemo k uporabi alokacijskega pravila, pri čemer ugotovimo, da ima Slovenija pravico do obdavčitve plače. Po prvem odstavku 15. člena KIDO se namreč plača lahko obdavči tudi v Sloveniji, ker se zaposlitev izvaja v Sloveniji. Prav tako ni omejitev po drugem odstavku 15. člena KIDO, ker je g. Walter fizično prisoten v Sloveniji dlje kot 183 dni.

Kot vidimo, Slovenija kot država vira za namene KIDO nima omejitev pri obdavčitvi plače g. Walterja. Pri tem je ključno, da se njegova plača obdavči na način in pod pogoji, ki so določeni za rezidente Slovenije, saj je g. Walter po ZDoh-2 njen rezident, kar pomeni, da mu pripadajo tudi olajšave skladno z ZDoh-2.

²⁶ Določa obseg davkov, za katere se KIDO uporablja.

4. Ne glede na določbe ZDoh-2 (136–141. člen – odprava dvojne obdavčitve) g. Walter v Sloveniji ne more uveljavljati metod za izogibanje dvojnemu obdavčevanju. Te se vedno lahko uporabijo le v državi, ki tako osebo šteje za rezidenta tudi za namene KIDO (v konkretnem primeru je to Nemčija). G. Walter mora na podlagi 23. člena KIDO uveljaviti ustrezno metodo za izogibanje dvojnemu obdavčevanju v Nemčiji. Ker se torej Slovenija v konkretnem primeru za namene KIDO šteje le kot država vira, kot taka logično ne more uporabiti metod za izogibanje dvojnemu obdavčevanju. Sicer bi lahko prišlo do zlorabe in dvojnega izogibanja ali celo dvojnega neobdavčevanja dohodka, kar pa ni namen pravil KIDO.

Zdaj pa predpostavimo, da Slovenija na podlagi alokacijskega pravila po drugem odstavku 15. člena KIDO ne bi smela obdavčiti plače g. Walterja. Kako bi moral ravnati g. Walter v takem primeru?

Kot nerezident Slovenije za namene KIDO bi moral g. Walter uveljavljati oprostitev po KIDO v napovedi za odmero akontacije dohodnine od dohodka iz delovnega razmerja. To konkretno pomeni, da bi moral hkrati z napovedjo predložiti tudi izpolnjen Zahtevek za oprostitev davka od dohodkov iz zaposlitve (razen pokojnin) na podlagi določb mednarodne pogodbe o izogibanju dvojnega obdavčevanja dohodka (obrazec KIDO 5) skladno z 264. členom ZDavP-2.²⁷ Na tem obrazcu mora predhodno pristojni davčni organ v Nemčiji potrditi, da za namene KIDO g. Walterja šteje za svojega rezidenta. Če Slovenija ne bi priznala oprostitve v Sloveniji (npr. bi presodila, da je g. Walter rezident Slovenije tudi za namene KIDO), bi moral g. Walter vložiti vlogo za začetek postopka skupnega dogovora v Nemčiji. Tako dejanje Slovenije bi namreč povzročilo obdavčenje, ki po mnenju g. Walterja ni v skladu s KIDO, saj Slovenija ne prizna omejitve svoje pravice do obdavčitve, ki se jo je s podpisom KIDO zavezala spoštovati. To dejstvo mora g. Walter sporočiti državi, katere rezident naj bi bil za namene KIDO, tj. Nemčiji, ta pa mora sprožiti ustrezne postopke.

4.3 Obdavčitev dividend v Sloveniji

Dividenda je predmet obdavčitve po ZDoh-2 (90. člen in drugi). Ker v Sloveniji ni plačnika davka, mora g. Walter skladno s petim odstavkom 325. člena ZDavP-2 (v zvezi s 125. členom ZDoh-2) vložiti napoved za odmero dohodnine od dividend. V tem trenutku je treba pravilno uporabiti KIDO.

V zvezi z uporabo KIDO je treba najprej opozoriti, da so v konkretnem primeru uporabljive vse tri KIDO:

- KIDO med Slovenijo in Nemčijo,
- KIDO med Slovenijo in Francija ter
- KIDO med Nemčijo in Francijo.

Za pravilno alokacijo pravice do obdavčitve je treba hkrati uporabiti vse tri KIDO, z vidika Slovenije predvsem prvi dve.

²⁷ Za dohodke, ki se všttevajo v letno davčno osnovo, bi se oprostitev lahko uveljavljala tudi v samem ugovoru zoper informativni izračun (274. člen ZDavP-2).

Za namene KIDO med Slovenijo in Francijo je g. Walter rezident Slovenije. Ker g. Walter ni rezident Francije, v tem primeru ni dvojnega rezidentstva, zato se ne uporabijo prelomna pravila KIDO. Na podlagi 10. člena KIDO se dividende lahko obdavčijo v Franciji kot državi vira in tudi v Sloveniji kot državi rezidentstva, ki bi načeloma morala priznati tudi ustrezno metodo za izogibanje dvojni obdavčitvi.

Vendar je treba za pravilno končno obdavčitev uporabiti še KIDO med Slovenijo in Nemčijo. Ugotovili smo že, da se na podlagi prelomnih pravil g. Walter šteje za rezidenta Nemčije za namene KIDO. To pomeni, da alokacijsko pravilo po 10. členu KIDO med Slovenjo in Nemčijo sploh ni uporabljivo. Ta člen namreč pravnoformalno ureja situacijo, ko bi družba, ki je rezident Nemčije, izplačala dividendo osebi, ki je za namene KIDO rezident Slovenije. To pa ni situacija v našem primeru, v katerem imamo družbo, ki je rezident Francije in izplača dividendo rezidentu Nemčije za namene KIDO. Zato je treba uporabiti alokacijsko pravilo po 21. členu KIDO (drug dohodek), ki se lahko obdavči samo v Nemčiji kot državi rezidentstva.²⁸ To pomeni, da skladno s KIDO med Slovenijo in Nemčijo Slovenija nima pravice do obdavčitve dividend.

Na podlagi KIDO med Nemčijo in Francijo se g. Walter šteje za rezidenta Nemčije. Ker v tem primeru ni dvojnega rezidentstva, se prelomna pravila ne uporabijo. Na podlagi 10. člena KIDO se dividende lahko obdavčijo v Franciji kot državi vira in tudi v Nemčiji kot državi rezidentstva.

Ob pravilni uporabi vseh treh KIDO lahko ugotovimo: Francija ima kot država vira pravico do obdavčitve dividend, po KIDO med Slovenijo in Nemčijo Slovenija nima pravice do obdavčitve dividend, Nemčija kot država rezidentstva za namene KIDO pa z uporabo ustrezne metode odpravi morebitno dvojno obdavčitev, in sicer za morebitni davek, plačan v Franciji.

G. Walter bo moral v Sloveniji v napovedi za odmero dohodnine uveljavljati oprostitev skladno s KIDO med Slovenijo in Nemčijo. To konkretno pomeni, da bi moral hkrati z napovedjo predložiti tudi izpolnjen Zahtevek za zmanjšanje oziroma oprostitev davka od dividend na podlagi določb mednarodne pogodbe o izogibanju dvojnega obdavčevanja dohodka.²⁹ Na tem obrazcu bi morala Nemčija predhodno potrditi, da g. Walterja šteje za svojega rezidenta za namene KIDO. Če Slovenija ne bi priznala oprostitve v Sloveniji (npr. bi presodila, da je rezident Slovenije tudi za namene KIDO), bi moral g. Walter vložiti vlogo za začetek postopka skupnega dogovora v Nemčiji.

28 Tudi če bi se uporabil 10. člen KIDO, Slovenija ne bi imela pravice do obdavčitve glede na dejansko stanje.

29 Oprostitev bi lahko uveljavljal tudi v samem ugovoru zoper informativni izračun (274. člen ZDavP-2).

5 SKLEPNA UGOTOVITEV

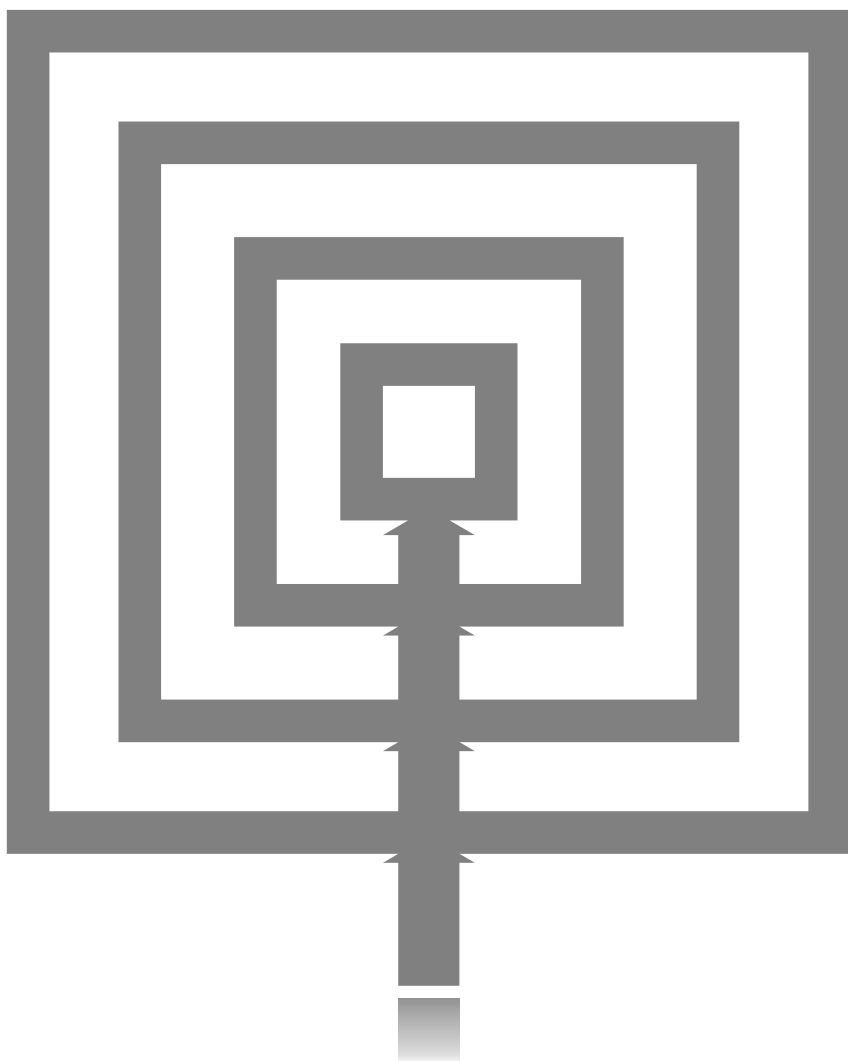
Rezidentski status določa obseg davčnih obveznosti in pravic fizičnih oseb za namene ZDoh-2. Rezident je zavezan za plačilo dohodnine po načelu svetovnega dohodka, nerezident pa le od dohodkov, ki imajo vir v Sloveniji. Tako je pravilna opredelitev rezidentskega statusa v skladu s 6. členom ZDoh-2 ključnega pomena za pravilno določitev davčnih pravic in obveznosti posameznikov. Pravila o ugotavljanju rezidentskega statusa določajo tudi KIDO (prelomna pravila za dvojne rezidente), vendar se ta pravila ne uporabljajo pri presoji rezidentskega statusa v skladu s 6. členom ZDoh-2.

Razlikovati je namreč treba med rezidentom za namene ZDoh-2 in rezidentom za namene KIDO. Ugotavljanje rezidentskega statusa je vsekakor vsebinsko kompleksen proces. Pri tem je pomembno, da se uporablja pravilna pravna podlaga, ki je odvisna od tega, za katere namene se ugotavlja status posameznika. Pravilna pravna podlaga za ugotavljanje rezidentskega statusa za namene ZDoh-2 sta izključno 6. in 7. člen ZDoh-2. Pravila KIDO v ničemer ne posegajo v ta notranja davčna pravila Slovenije in jih zavezanci ne morejo uporabljati pri utemeljevanju svojih zahtevkov. Prav tako na drugi strani davčni organ ne more utemeljevati svojih odločitev z uporabo prelomnih pravil KIDO. Prelomna pravila določajo dodatna merila, ki jih avtonomno in neodvisno opredeljuje KIDO izključno zaradi (če sploh) uporabe KIDO. Zato se prelomna pravila uporabljajo zgolj takrat, kadar je treba določiti rezidentski status posameznika zato, da bi se lahko uporabila KIDO (tj. odpravila dvojna obdavčitev). S temi pravili ugotovljen rezidentski status pa je upošteven zgolj za namene in potrebe uporabe določene KIDO.

6 VIRI:

- članek: PATE, Blaž. Postopek ugotavljanja rezidentstva za fizične osebe. SIR IUS, Revija za teorijo in prakso revizije, računovodstva, davkov, financ, ocenjevanja vrednosti in drugih sorodnih področij, 2014, št. 1, str. 73–92.
- Dunajska konvencija o pravu mednarodnih pogodb. 1969. Uradni list RS, št. 87/11 (Uradni list RS – Mednarodne pogodbe, št. 13/11).
- knjiga: LANG, M. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. IBFD, 2010.
- Obrazci v zvezi z izvajanjem konvencij o izogibanju dvojnega obdavčevanja. <http://www.durs.gov.si/si/delovna_podrocja/mednarodno_obdavcevanje/konvencije_o_izogibanju_dvojnega_obdavcevanja_dohodka_in_premozenja/obrazci_v_zvezi_z_izvajanjem_konvencij_o_izogibanju_dvojnega_obdavcevanja/> (31. 7. 2014)
- OECD Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention on Income and on Capital 2010.

- Pojasnila Ministrstva za finance Republike Slovenije in Davčne uprave Republike Slovenije: 424-08-140/2005/2, 29. 7. 2005; 424-05-10373/2005-1, 14. 10. 2005; 424-05-10413/2005-1, 2. 11. 2005; 424-01-10421/2005, 28. 11. 2005; 42105-53/2007, 27. 3. 2007; 4210-136/2009-2, 30. 7. 2009; 42105-274/2007, 9. 1. 2008; 42105-195/2007, 25. 9. 2007; 4210-10583/2006, 17. 3. 2006; 4240101-10118/2005, 4. 5. 2005; 42105-138/2007, 6. 7. 2007; 42105-78/2006, 30. 6. 2006.
- Pravilnik o obrazcu za ugotovitev rezidentskega statusa po 4. točki prvega odstavka 7. člena ZDoh-2. Uradni list RS, št. 141/06.
- Pravilnik o vodenju in vzdrževanju davčnega registra. Uradni list RS, št. 31/05, 120/07, 31/10 in 25/14 – ZFU.
- Sodna praksa Upravnega sodišča Republike Slovenije (U 2330/2007-5, I U 958/2012, I U 958/2012, I U 489/2012, I U 1622/2011, I U 829/2010, I U 1010/2010, Sodba I U 400/2010, I U 1761/2009, U 2062/2008, I U 1907/2009, U 448/2008, I U 875/2009).
- Sodna praksa Vrhovnega sodišča Republike Slovenije (X Ips 134/2012, X Ips 344/2010).
- Ustava Republike Slovenije. Uradni list RS/I, št. 33/91, Uradni list RS, št. 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121, 140, 143, 47/13 in 47/13.
- knjiga: VOGEL, K. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Third Edition, A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, With Particular Reference to German Treaty Practice. Kluwer Law International Ltd., 1997 (ponatis 2005).
- Vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (odhod iz Republike Slovenije).
- Vprašalnik Ugotovitev rezidentskega statusa (prihod v Republiko Slovenijo).
- Zahtevek za uveljavljanje davčnih olajšav za rezidente držav članic EU/EGP za leto 2012 (Priloga 3 Pravilnika o obrazcu informativnega izračuna dohodnine in obrazcu napovedi za odmero dohodnine za leto 2012. Uradni list RS, št. 102/12).
- Zakon o davčnem postopku. Uradni list RS, št. 117/06, 24/08 – ZDDKIS, 125/08, 85/29, 110/09, 1/10 – popr., 43/10, 97/10, 24/12 – ZDDPO-2G, 24/12 – ZDoh-2I, 32/12, 94/12, 101/13 – ZDavNepr, 111/13, 22/14 – odl. US, 40/14 – ZIN-B, 25/14 – ZFU.
- Zakon o finančni upravi. Uradni list RS, št. 25/14.
- Zakon o dohodnini. Uradni list RS, št. 117/06, 90/07, 119/07, 10/08, 92/08, 78/08, 125/08, 119/08, 20/09, 104/09, 10/10, 13/10, 20/10, 43/10, 106/10, 103/10, 9/11 – UKD-1, 105/11, 9/12 – odl. US, 24/12, 30/12, 40/12 – ZUJF, 75/12, 94/12, 102/12, 52/13 – odl. US, 96/13, 108/13, 29/14 – odl. US.
- Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku. Uradni list RS, št. 56/99 in 45/08 – Zarbit.



**IZ PRAKSE ZA
PRAKSO**



MOŽNOSTI OBRAČUNAVANJA DELA SODNIH IZVEDENCEV, SODNIH CENILCEV IN SODNIH TOLMAČEV¹

Mihael Kranjc²
magister poslovnih ved
sodni izvedenec ekonomske stroke

Matjaž Voglar³
okrožni sodnik
Okrajno sodišče v Ljubljani

UVOD

Sodni izvedenci so osebe, imenovane za neomejen čas, s pravico in dolžnostjo, da sodišču na njegovo zahtevo predložijo izvid in mnenje o strokovnih vprašanjih, za katera tako določa zakon ali glede katerih sodišče meni, da mu je pri njihovi presoji potrebna pomoč strokovnjaka.

Sodni cenilci so osebe, imenovane za neomejen čas, s pravico in dolžnostjo, da sodišču na njegovo zahtevo predložijo izvid o gospodarskih lastnostih stvari ali pravice in cenitev njene vrednosti ali vrednosti na njej povzročene škode.

Sodni tolmači so osebe, imenovane za neomejen čas, s pravico in dolžnostjo, da na zahtevo sodišča tolmačijo na narokih ali prevajajo listine.

Vsi našteti se morajo za svoje delo strokovno izpopolnjevati ter se seznanjati z novimi dognanji in metodami v stroki.

Sodni izvedenci, sodni cenilci in sodni tolmači (v nadaljevanju SICT oz. SIC, če se besedilo nanaša le na sodne izvedence in sodne cenilce) imajo pravico do nagrade za svoje izvedensko delo in tudi pravico do povrnitve stroškov, ki so jih imeli v zvezi z njim.

Podrobneje je nagrajevanje izvedencev in cenilcev urejeno v členih od 39 do 53 Pravilnika o sodnih izvedencih in sodnih cenilcih,⁴ za sodne tolmače pa so pomembne določbe od 40. do 51. člena Pravilnika o sodnih tolmačih.⁵

1 Avtorja sta prispevek za objavo pripravila v novembru 2014.

2 Mihael Kranjc je pri Slovenskem inštitutu za revizijo pridobil strokovna naziva preizkušeni računovodja in preizkušeni davčnik. Je sodni izvedenec ekonomske stroke za področje računovodstva in davkov. Nad 20 let vodi lasten računovodski servis. Od leta 2008 je član Odbora preizkušenih računovodij in računovodij pri Slovenskem inštitutu za revizijo, od leta 2013 pa področni odgovorni urednik za računovodstvo revije SIR* IUS, ki jo v elektronski obliki izdaja Slovenski inštitut za revizijo; miha@sasa.si.

3 Matjaž Voglar je podpredsednik sodišča in vodja pravnega oddelka na Okrajnem sodišču v Ljubljani; matjaz.voglar@sodisce.si.

4 Uradni list RS, št. 88/10, 1/12 in 35/13, v nadaljevanju Pravilnik IC.

5 Uradni list RS, št. 88/10, 1/12 in 35/13, v nadaljevanju Pravilnik T.

Kljub enotno urejeni in predpisani tarifi je več načinov, na katere je lahko nagrada izplačana. Način izplačila je povezan s statusom SICT. Upošteva se ta status, so v povezavi z nagrado lahko obračunani različni davki in prispevki, kar bo predstavljeno v drugem poglavju.

Prvo poglavje tega prispevka se ukvarja s praktičnim prikazom obračuna nagrade. Bralca želimo opozoriti na nekatere postavke, ki jih izvedenci pri obračunu nagrade včasih pozabijo, na dileme, povezane z obračunavanjem dodatkov, in na nekatere težave, ki se pojavljajo v praksi ob predložitvi zahtevkov za obračun in izplačilo nagrade.

Drugo poglavje obravnava različne mogoče načine izračunavanja nagrade, vezanega na status SICT, in s tem povezane dajatve.

Tretje poglavje kratko predstavlja obliko podjetja, ki se lahko pokaže kot zanimiva za zaračunavanje izvedenskega in/ali cenilskega dela oziroma dela (sodnega) tolmača. Gre za samostojnega podjetnika, ki izbere obdavčitev z uporabo normiranih odhodkov.

1 OBRAČUNAVANJE NAGRAD IZVEDENCEV IN CENILCEV

To poglavje zajema osnove za obračunavanje nagrad SIC, kot so predpisane v 40. do 52. členu Pravilnika IC z veljavnostjo od 27. 4. 2013 do spremembe. Podobno je za sodne tolmače, za katere v zvezi z nagrajevanjem veljajo določbe od 40. do 51. člena Pravilnika T, ravno tako z veljavnostjo od 27. 4. 2013.

SICT imajo pravico do nagrade za svoje delo in pravico do povrnitve stroškov v zvezi z njim. Med stroške se štejejo potni stroški, stroški za prehrano in prenočišče, nadomestilo plače in materialni stroški v zvezi z izvedenskim, cenilskim ali delom tolmača.

SICT, **ki je zaposlen**, ima na podlagi potrdila sodišča pravico do **nadomestila plače** za čas, ki ga zaradi opravljanja izvedenskega oziroma cenilskega dela ali tolmačenja porabi za udeležbo na glavni obravnavi. Delodajalec SICT-u izplača nadomestilo plače, sodišče pa mu nato povrne znesek, ki ustreza višini nadomestila plače, na podlagi pisnega obračuna s priloženimi dokazili o višini plače izvedenca oziroma cenilca in o izplačanem nadomestilu (44. člen Pravilnika IC, 45. člen Pravilnika T). Za ta namen sodišče SICT-u izda potrdilo o prisotnosti na sodišču, iz katerega je razvidno, kdaj, v kateri zadevi in koliko časa je bil izvedenec prisoten na sodišču. SICT-u, ki je zaposlen, torej zaradi udeležbe na naroku ni treba prijavljati rednega letnega dopusta, saj je to izredna odsotnost zaradi opravljanja obveznosti po 168. členu Zakona o delovnih razmerjih,⁶ ki med drugim določa, da ima pravico do odsotnosti z dela delavec, ki mu je odrejeno ali predlagano, naj sodeluje ali pomaga upravnemu ali sodnemu organu ali je iz drugih razlogov brez krivde poklican k sodelovanju z upravnim ali sodnim organom. Izvedensko

6 Uradni list RS, št. 21/13, v nadaljevanju ZDR-1. Zelo podobno določbo je imel 170. člen prej veljavnega ZDR (Uradni list RS, št. 42/02 in nadaljnji).

delo je nedvomno sodelovanje s sodnim organom, ki je izvedencu tudi odrejeno in po ZPP predpisano kot njegova dolžnost. SICT, ki je zaposlen, torej nekako dobi dvojno plačilo – plačo v službi in še nagrado za ustno dajanje mnenja ali tolmačenje in porabljeni čas. To ni sporno, saj je pravna ureditev jasna in prav tako sodna praksa.⁷

1.1 Potni stroški

Potni stroški se priznajo **v višini izdatkov za prevoz z najcenejšim javnim prevoznim sredstvom na dan opravljene vožnje**, razen če bi uporaba najcenejšega javnega prevoznega sredstva za SIC pomenila več kot dve uri dnevne časovne izgube. Vendar pa se SIC **lahko prizna tudi kilometrino za razdaljo po najkrajši poti**, če:

- javnega prevoznega sredstva ni na razpolago,
- bi bila uporaba javnega prevoznega sredstva glede na okoliščine neprimerna ali
- višina stroškov ni višja od uporabe javnega prevoznega sredstva.

Če se SIC-u potni stroški obračunajo kot kilometrino, se povrnejo tudi gotovinski stroški, ki so nastali zaradi uporabe vozila (na primer parkirna ali cestnina) v višini dejanskih stroškov in ob predložitvi izvirnih dokazil.

Pri **potnih stroških** se glede na 41. člen Pravilnika IC načelno prizna strošek najcenejšega javnega prevoza. Strošek lastnega prevoza, torej kilometrino, se prizna, če javnega prevoznega sredstva ni na razpolago; če bi bila uporaba javnega prevoznega sredstva glede na okoliščine neprimerna; ali če višina stroškov ni višja od uporabe javnega prevoznega sredstva (četrti odstavek 41. člena Pravilnika IC). Sodišča pogosto razlagajo to določbo zelo togo na veliko (in dostikrat upravičeno) jezo SIC. Vendar je z ustrezno razlago in nekaj zdravorazumske logike mogoče glede na obstoječe predpise vedno najti sprejemljivo rešitev. Temeljni namen določb Pravilnika IC o potnih stroških je **znižanje tovrstnih stroškov** in preprečevanje zlorab.

To pomeni, da je mogoče strošek lastnega prevoznega sredstva (kilmetrino) prisoditi vselej, kadar je to v končnem seštevku vseh stroškov ceneje od potovanja z javnimi prevoznimi sredstvi, pa tudi, če bi bila uporaba javnega prevoznega sredstva glede na okoliščine neprimerna. Ker SIC po tretjem odstavku 50. člena Pravilnika IC pripada plačilo tudi za čas potovanja na ogled (in z ogleda domov, četudi to ni izrecno zapisano), se bo verjetno kar pogosto primerilo, da bi bilo – glede na vse redkejšo mrežo javnega prevoza – potovanje z javnim prevozom (vozovnica) sicer cenejše, vendar toliko zamudno, da bi bili ob upoštevanju plačila za porabljeni čas končni stroški višji od potovanja z lastnim vozilom. Še posebno je to očitno, če mora SIC nositi s seboj na ogled različno opremo. Pri potovanju z javnim prevozom bi bilo treba v takem primeru celo najeti posebnega nosača (ki bi tudi potreboval vozovnico, poleg tega bi ga bilo treba plačati kot materialni strošek v zvezi z ogledom po 45. členu Pravilnika IC), kar je povsem nesmiselno. To je zaznala tudi novejša sodna praksa.⁸ Če neposredna povezava med dvema

7 Glej npr. sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. IV Cp 4249/2011 z dne 9. 2. 2012.

8 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. PRp 1195/2012 z dne 20. 12. 2012.

krajema (na primer Ljubljana in Sladki Vrh) ni vzpostavljena, kombinacija več javnih prevoznih sredstev ob občutno večji časovni izgubi naredi uporabo javnih prevoznih sredstev manj gospodarno od uporabe lastnega prevoza.⁹ V nekaterih primerih pa sodišča take argumentacije niso sprejela in vztrajajo pri (preozki in iz konteksta iztrgani) razlagi, da je treba primerjati zgolj cene javnega prevoza.¹⁰

V zvezi s tovrstnimi primeri je treba opozoriti, da naj SIC (enako kot je bilo že povedano glede nagrade in drugih stroškov) v priglasitvi vseh tovrstnih »nadstandardnih« stroškov (kilometrina namesto vozovnice) pojasni, zakaj meni, da je strošek lastnega prevoza cenejši od stroška javnega prevoza, in/ali se sklicuje tudi na navedeno mnenje ministrstva in sodne odločbe. Glede na eno od zgoraj izraženih stališč, da je stvar izvedenca, koliko in katere stroške bo priglasil, je morda pametna »taktika«, da SIC priglasil stroške kilometrine (z ustreznimi pojasnili), hkrati pa strošek časa, ki bi ga porabil za potovanje z javnim prevoznim sredstvom, s pojasnilom, zakaj priglašal toliko časa¹¹ in da je, če bo sodišče prisodilo kilometrino, porabljeni čas za potovanje na ogled in nazaj bistveno krajši. Tako bo sodišče lažje dobilo celotno sliko potnih stroškov glede na izbrano obliko prevoza. SIC naj tudi pojasni, kakšne in kolikšne pripomočke mora vzeti s seboj na ogled; ker sodišče nima strokovnega znanja z izvedenskega in/ali cenilskega področja, si težko predstavlja, kaj vse je potrebno za ogled ali drugo izvedensko in/ali cenilsko delo na terenu.

Ob upravičeni uporabi lastnega prevoza se SIC povrnejo tudi **stroški**, ki so nastali zaradi uporabe motornega vozila za potovanje in jih je dejansko imel, ob predložitvi izvirmih dokazil – npr. cestnine, vinjete, parkirna (šesti odstavek 41. člena Pravilnika IC). Tudi v teh primerih je treba presojeti, ali je potovanje z lastnim vozilom npr. po avtocesti (kar vključuje nakup vinjete)¹² cenejše ne le od javnega prevoza, ampak tudi od lastnega prevoza po stranskih cestah.¹³

Stroški za prehrano in prenočišče so glede na majhnost Slovenije redkost, čeprav ne izključeni, kadar mora SIC opraviti zelo dolgotrajen ogled ali če opravlja izvedensko

9 Sklep izvenobravnavnega senata Okrožnega sodišča v Mariboru, opr. št. I Ks 23230/2010 z dne 10. 3. 2011.

10 Npr. sklep izvenobravnavnega senata Okrožnega sodišča v Kranju, opr. št. I Ks 15864/2010 z dne 14. 2. 2013. V zvezi s pritožbenimi navedbami izvedenca, da ni priglasil višje nagrade za čas potovanja z javnim prevoznim sredstvom, je sodišče zapisalo, da je odločitev o tem, katero nagrado in stroške bo priglasil, v pristojnosti posameznega izvedenca.

11 V skladu z načelom, da sodišče odloča v mejah postavljenih zahtevkov, kar pomeni, da nikoli ne more prisoditi več, kot stranka zahteva (kar smiselno velja tudi za priglasitev stroškov odvetnikov, izvedencev, prič itd.), lahko izvedenec, če ni povsem prepričan, kolikšna nagrada in stroški mu pripadajo, v dvomu vedno priglasil več oziroma višjo postavko; sodišče lahko previsoke stroške vedno zniža, nima pa pravice, da bi jih zvišalo, tudi če je npr. izvedenec po pomoti priglasil manj ali kakšno postavko izpustil.

12 Seveda izvedenec ali cenilec, ki ima že sicer letno vinjeto, ni upravičen do povrnitve tovrstnih stroškov, saj mu strošek nakupa vinjete ni nastal zaradi opravljanja izvedenskega dela.

13 Ker je cena slovenske tedenske vinjete (15,00 EUR) razmeroma majhna v primerjavi s plačilom izvedenca za čas potovanja (10,00 EUR za vsake začete pol ure), bo zahteva za povrnitev stroškov tedenske vinjete v povezavi s hitrejšim potovanjem po avtocesti pogosto cenejša od potovanja po stranskih cestah (brez vinjete, vendar časovno precej daljše), da ne govorimo o javnem prevozu. Matjaž Voglar sem v eni svojih zadev nedavno tako odločil (na obrazloženi predlog izvedenca iz Nove Gorice), vendar opr. št. zadeve ne citiramo, ker odmera izvedenine ni bila predmet pritožbenega preizkusa in zato ni mogoče govoriti o relevantni sodni praksi.

ali cenilsko delo v tujini¹⁴ oziroma v Sloveniji opravlja delo izvedenec iz tujine. Bi se pa, če bi vedno vztrajali pri formalističnem načelu, da mora izvedenec vedno uporabiti javni prevoz, zaradi zamudnosti slednjega tudi v Sloveniji lahko primerilo, da bi izvedenec izpolnil pogoje za povrnitev stroškov za prehrano in prenočišče. Ravno zato ne gre prezreti določila drugega odstavka 41. člena Pravilnika IC, da se potni stroški SIC povrnejo za javno prevozno sredstvo, ki ni najcenejše, če bi uporaba najcenejšega javnega prevoznega sredstva glede na vozni red in čas opravljanja izvedenskega oziroma cenilskega dela, ne upošteva trajanje vožnje, izvedencu oziroma cenilcu prinesla več kot dve uri dnevne časovne izgube.

1.2 Materialni stroški

Materialni stroški v zvezi z izvedenskim oziroma cenilskim delom za analize, meritve, preiskave in druga opravila, potrebna za izdelavo izvida in mnenja oziroma cenitve, se obračunajo po veljavni ceni gospodarskih družb ali zavodov, ki te storitve opravljajo, če to ni mogoče, pa v višini, kot se običajno plačuje za take stroške, pri čemer mora SIC za obračun takih storitev predložiti vsaj eno ponudbo gospodarske družbe ali zavoda, ki te storitve opravlja, oziroma predložiti druga dokazila, iz katerih je razvidno ustrezno obračunavanje tovrstnih storitev.

V ZKP, ki je sicer v primerjavi z ZPP bolj skop glede določb o povrnitvi stroškov in nagradi izvedenca (ima pa razmeroma podrobne določbe o tem, kako se opravljajo posamezne vrste izvedenskih del), je v zvezi z materialnimi stroški posebej določeno, da če je potrebno za izvedenski pregled poslovnih knjig najprej urediti knjigovodstvo, obremenjujejo stroški za ureditev knjigovodstva podjetje oziroma drugo pravno osebo (primerjaj 267. člen ZKP, ki tudi podrobneje določa, kako mora ravnati izvedenec, ki v kazenskem (ali prekrškovnem) postopku ugotovi, da je treba pred začetkom izvedenstva urediti (neurejeno, nenamerno ali namerno pomanjkljivo urejeno) knjigovodstvo.

V praksi se dostikrat postavi vprašanje, kako **razmejiti nagrado in stroške** ter kaj vse je mogoče šteti kot strošek v smislu 45. člena Pravilnika IC. To je ena redkih, če ne celo edina zadeva, v kateri se je z vprašanjem izplačil izvedencem ukvarjalo tudi Vrhovno sodišče RS.

Nagrada za izvedensko delo je zgolj plačilo za neposredno izdelavo samega izvida in mnenja. Vse, kar je bilo nujno potrebno za izdelavo same ekspertize, a ni neposredno ekspertiza, pa je treba uvrstiti med »materialne stroške« – kar hkrati pomeni, da se nagrada ne more nanašati na tovrstna opravila, temveč izključno na izdelavo samega izvida in mnenja.

Izhajajoč iz ozke besedne razlaga pojma materialni stroški, bi analize, meritve, preiskave in druga opravila, potrebna za izvid in mnenje, ki ju je izdelal izvedenec sam (in jih ni prepustil komu drugemu – na primer kakemu zavodu, ki bi za svoje delo izvedencu izdal račun), ne bili zajeti s tem pojmom. Z delom, ki ga nekdo vloži

14 Nekateri teoretiki imajo načelne pomisleke glede dela izvedenca v tujini brez obveščenosti oziroma privolitve pravosodnih organov tuje države. Menijo, da je opravljanje procesnih dejanj (kar je oblastni akt ene od treh vej državne oblasti) v tujini poseg v suverenost tuje države.

v pripravo izvedenskega mnenja, kot so meritve, ogled na terenu, pisarniško delo in podobno, pa tisti, ki ga je opravil, vsaj načelno ne more biti premoženjsko prikrajšan. Za taka opravila bi mu zato pripadala (samo) nagrada. Po drugi strani pa je mogoče stroške pojmovati tudi kot porabo ne zgolj denarja, temveč tudi časa, dela ali virov, potrebnih za doseg cilja. Taki razlagi pritrjuje tudi prvi odstavek 45. člena Pravilnika IC, ki ne postavlja za pogoj, da bi morali ti stroški izvedencu dejansko nastati kot stroški v ožjem (striktnem) pomenu besede. Tudi po prvem odstavku 249. člena ZPP med stroške izvedenca spadajo ne samo potni stroški, stroški za prehrano in prenočišče ter izguba zaslužka, temveč tudi »stroški za izvedensko delo« – ti pa ne morejo biti nič drugega kakor tisto, kar Pravilnik IC v četrti točki 40. člena imenuje »materialni stroški«. S temi argumenti so bili izvedencu priznani tudi materialni stroški za pripravo podatkov, ogled na terenu, terenske meritve, izmerjene mejnike, geodetske posnetke in pisarniško delo.¹⁵ Navedena odločba Vrhovnega sodišča RS je jasna in dokaj široko razloži materialne stroške; odločitve višjih sodišč pa so nekoliko bolj omejevalne (spet, dobro je, da izvedenec ali cenilec ob priglasitvi stroškov na kratko pojasni, zakaj meni, da nekatera opravila ne spadajo v nagrado, ampak v stroške analiz, meritev itd. – sklicevanje na odločbo Vrhovnega sodišča RS bo dalo takim argumentom dodatno težo).

Kot materialni stroški so najpogosteje priznani stroški za **geodetske elaborate**, parcelacije in podobne storitve. Sodišče je izvedencu priznalo povračilo materialnih stroškov za izdelavo elaborata, ki ga je naročil pri L., d. d. (torej za strošek v ožjem pomenu). Za dokazovanje obsega nepremičnin je nujno potreboval elaborat, ki ga je naročil pri L., d. d., ker ne razpolaga s potrebno tehnično opremo. Tožeča stranka nima strokovnega znanja, zato s pritožbenim prikazovanjem, da so podatki dostopni na portalu GURS kot uradni podatki, pravilnosti priznanja stroškov za elaborat ne more uspešno izpodbiti. Izvedenec je menil, da je poleg besedilnega in numeričnega opisa treba poskrbeti za grafično podobo oziroma prikazati lego parcel na grafični prilogi, zato je do plačila za naročeni elaborat upravičen.¹⁶ Očitno je bilo torej sporno, ali je bil strošek (elaborat) za izvedensko delo potreben ali ne. Merilo potrebnosti stroška je vedno bistveno.

Izvedenec je v zadevi pokazal sporno parcelo ter izdelal skico naroka in elaborat sodne določitve meje s parcelacijo. Za vse to je bilo treba opraviti predhodne geodetske meritve, jih obdelati z računalniško opremo in izdelati elaborat (ki ga je izdelal izvedenec sam, op. M. V.). Gre za storitev geodetskih podjetij in ne izvedencev, zato te storitve spadajo med upoštevne stroške.¹⁷

Meritve: strokovnjak, ki ga je postavila izvedenska ustanova X, je opravil raziskovalno delo (ponovne meritve pri različnih napolnjenostih akumulatorja mu je naložilo tudi sodišče prve stopnje s sklepom) in obdelal podatke, ki jih je potreboval za izdelavo dopolnilnega izvedenskega mnenja. Specifikacija po posameznih opravilih in urah, ki jih je opravil izvedenec, da bi se tožena stranka, kot navaja v pritožbi, lahko opredelila do (ne)potrebnosti poskusov in da bi lahko točno ugovarjala številu ur posameznih opravil z vidika nepotrebnosti slednjih glede na

15 Sklep Vrhovnega sodišča RS, opr. št. II Ips 623/2005 z dne 14. 11. 2007.

16 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 4724/2010 z dne 30. 6. 2011.

17 Sklep Višjega sodišča v Kopru, opr. št. Cp 579/2007 z dne 15. 4. 2008.

zastavljena vprašanja zaradi priznanja nagrade in povrnitve stroškov, ni potrebna. Ne glede na to pa je izvedenec potek poskusov (meritve polnjenja in praznjenja akumulatorjev ob različnih pogojih) izčrpno pojasnil v dopolnilnem mnenju. Meritve in poskusi so bili podlaga izvedenskemu mnenju. Za presojo pravilnosti višine priznanih materialnih stroškov zadoščata v stroškovniku navedeno število ur s pojasnili v izvedenskem mnenju in utemeljitev zaračunane urne postavke (sporočilo ustanove Y s predloženim dokazilom).¹⁸

Analiza poslovanja: izvedenka je že v predračunu napovedala, da bo izdelavo nekaterih analiz poslovanja ocenjevanega podjetja zaupala sodelavki. Če tega ne bi napovedala, bi jih morala izdelati sama, hkrati pa bi imela pravico zaračunati njihovo izdelavo kot materialne stroške v enaki vrednosti(!), kot so bili sicer priznani z izpodbijanem sklepom. Zato je nepomembno pritožbeno zatrjevanje, da je sodelavka opravila delo izvedenke. Dejstvo je, da je slednja upravičena do enakih materialnih stroškov ne glede na to, ali storitve, na katere se stroški nanašajo, opravi sama ali jih zaupa neposredno podjetju ali zavodu, ki take storitve opravljajo.¹⁹ Ta odločba je skladna z utemeljitvijo Vrhovnega sodišča RS v zadevi opr. št. II Ips 623/2005. Pomembno je, da odločba zelo jasno pove, da je izvedenec ali cenilec upravičen do povračila materialnih stroškov za pripravljajna ipd. dela **ne glede na to, ali jih opravi sam** ali jih prepusti v izvedbo komu drugemu.

Bolj omejevalno stališče je sodna praksa zagovarjala pri vprašanju **numerične analize vožnje**:

Numerična analiza vožnje obeh vozil je le del izvedenskega mnenja kot takega in ne analiza v smislu prvega odstavka 45. člena Pravilnika IC, zato izvedencu za ta del mnenja ne gre še posebna nagrada.²⁰ Nekoliko drugačno stališče, ki dopušča razlago, da bi bila analiza lahko materialni strošek, vendar izvedencu ni uspelo dokazati, da so v ponudbi, ceniku oziroma računu opredeljeni stroški v taki višini, kot se običajno plačuje za take stroške (ni predložil ustrezne primerjalne ponudbe).²¹

Vedno ko izvedenec priglasil materialne stroške v smislu 45. člena Pravilnika IC, mora skladno z drugim odstavkom tega člena predložiti **vsaj eno primerjalno ponudbo** oziroma cenik podjetja ali zavoda, ki tudi opravlja take storitve. Ta primerjalna, konkurenčna ponudba mora biti iz podjetja ali zavoda, ki je sicer neodvisen od dejavnosti konkretnega izvedenca oziroma cenilca; to sicer ni dobesedno zapisano v Pravilniku IC, vendar pa tak pogoj neodvisne in primerljive cene za navedene storitve izhaja iz samega namena navedenega člena Pravilnika IC.²² V obravnavani zadevi je sodišče zavrnilo plačilo stroškov za analizo, ker izvedenec ni predložil ustreznih primerjalnih cenikov (predložil je le cenik podjetja, v katerem je sam družbenik).

18 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1968/2010 z dne 10. 1. 2011.

19 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 347/2010 z dne 12. 5. 2010.

20 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1986/2010 z dne 1. 9. 2010.

21 Sklep Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. I Cp 801/2010 z dne 9. 6. 2010.

22 Sklep Višjega sodišča v Mariboru, opr. št. I Cp 801/2010 z dne 9. 6. 2010.

Kadar primerjalni ceniki izhajajo iz neodvisnih (od konkretnega izvedenca sorodstveno ali poslovno nepovezanih inštitucij), jih sodišča praviloma sprejmejo, tudi če zaračunana cena morda ni najnižja mogoča; bistveno je, da je v določenem okviru, primerljiva oziroma konkurenčna,²³ zato da je mogoče reči, da se ta cena običajno plačuje za take storitve. Odločba Višjega sodišča v Ljubljani tako pravi: Izvedenska institucija U. svoje storitve za opravljanje raziskovalne dejavnosti obračunava po ceniku raziskovalne dejavnosti in skladno z veljavno zakonodajo Javne agencije RS za raziskovalno dejavnost (ARRS) po Uredbi o normativih in standardih za določanje sredstev za izvajanje nacionalnega raziskovalnega in razvojnega programa, ki določa normative in standarde za opravljanje raziskovalne dejavnosti v obliki raziskovalnih programov in raziskovalnih projektov. Gre torej za stroške v višini, »kot se običajno plačuje za take storitve« v smislu drugega odstavka 45. člena Pravilnika IC. Neupoštevno je pritožbeno utemeljevanje, da je urna postavka ARRS višja od tržne cene in je ni mogoče šteti za »veljavno ceno podjetij ali zavodov«, ki te storitve opravljajo. Še dodaten argument, čeprav bi odločitev obveljala tudi brez njega: ob tem velja poudariti, da je sodišče zaupalo delo izvedenski instituciji U., ki je upravičena obračunavati storitve za opravljanje raziskovalne dejavnosti po ceniku ARRS.²⁴

V nekaterih primerih je mogoč tudi **dogovor** strank z izvedencem (s posredovanjem sodišča) o višini stroškov oziroma plačilu za delo: ocenjevanje vrednosti podjetij. Na naroku 14. 10. 2008 sta se pravdni stranki strinjali, da sodišče postavi izvedenca in določi višino predujma na podlagi ponudbe izvedenca. Izvedenka je z vlogo na povpraševanje sodišča o višini stroškov za izdelavo mnenja podrobno določila predvideno nagrado in stroške, med katere je vštela tudi stroške dodatnega sodelavca.²⁵

V zvezi s plačevanjem storitev, ki jih morajo opraviti druge osebe, torej ne SIC, da bi se bilo sploh mogoče lotiti izdelave mnenja in/ali cenitve, pa v praksi ni enotnega ravnanja. Za SIC je najenostavneje, v skupnem seštevku stroškov pa tudi najceneje, da se s sodiščem dogovori, da račun takega »podizvajalca« poravna neposredno sodišče izvajalcu in se tak račun ne všteta med materialne stroške, ki jih obračuna SIC. S tem se namreč samo po nepotrebnem obdavčujejo zneski, ki niso prihodek izvedenca oziroma cenilca, skupni strošek pridobitve mnenja ali cenitve pa je zaradi tega višji. Ob tem pa teh nesporno nastalih **dejanskih stroškov ni mogoče uveljavljati za znižanje osnove pri obračunu davkov in prispevkov niti pri obračunu posamične nagrade niti pri letni odmeri dohodnine.**²⁶ Tako se

23 Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 4419/2010 z dne 8. 4. 2011.

24 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1968/2010 z dne 10. 1. 2011.

25 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 347/2010 z dne 12. 5. 2010.

26 Četrti odstavek 41. člena ZDoh-2 namreč pravi: »Poleg normiranih stroškov je mogoče uveljavljati tudi dejanske stroške prevoza in nočitve v zvezi z opravljanjem dela ali storitev, in sicer se priznajo na podlagi dokazil pod pogoji in do višin, ki jih na podlagi 44. člena tega zakona določi vlada.« Torej se nanaša le na **dejanske stroške prevoza in prenočitve, ne pa na vse dejanske stroške.** Več kot enkratni obdavčitvi bi se bilo mogoče izogniti zgolj tako, da bi se strošek storitev drugih izvajalcev upošteval le kot »založeni« znesek in se ne bi vštela niti med prihodek izvedenca/cenilca in s tem seveda tudi ne v davčno osnovo za odmero dohodnine in prispevkov od izvedenske nagrade. Vendar pa je obračun nagrad SIC zaupan sodiščem kot plačnikom davka, v računovodstvih sodišč pa se pri obračunih gotovo ne bodo ukvarjali s knjiženjem tako imenovanih »prehodnih postavk obračuna nagrade«, težava z obračunom pa bi bila v takem primeru še nekoliko večja, če izvajalec strokovnih storitev, ki so podlaga za izvedensko/cenilsko mnenje, te storitve opravlja kot fizična oseba, ki nima registrirane dejavnosti (ker jih opravlja le občasno na podlagi drugega pogodbenega razmerja).

lahko SIC znajde tudi v položaju, da mu niti po izplačilu celotne nagrade ni izplačan tolikšen neto znesek, da bi iz njega lahko poravnal obveznost do izvajalca pomožnih strokovnih storitev, kar zagotovo ni smiselno in ne more biti namen predpisov. SIC se po taki izkušnji zagotovo vpraša, ali ima sploh smisel opravljati izvedensko ali cenilsko delo.

Drugi materialni stroški se ovrednotijo največ do višine 15 odstotkov od odmerjene nagrade.

Menimo, da postavka drugi materialni stroški poleg najobičajnejših stroškov pisarniških potrebščin zajema nadomestilo za uporabo prostora, vključno s stroški uporabe prostora, računalnika in druge opreme, nabavo strokovne literature, ki pomaga SIC pri njegovem delu, in drugimi stroški, ki so povezani z izdelovanjem izvedenskih in cenilskih mnenj. Ob tem se lahko postavi tudi vprašanje, s katero strokovno literaturo bi SIC moral razpolagati zaradi dela v stroki, ne glede na to, ali opravlja tudi izvedensko in/ali cenilsko delo. Za posamezen primer je morda nujno pridobiti kakšno literaturo, standard ali drug predpis, ki se v stroki redkeje uporablja in ga je bilo treba pridobiti namensko zanj. Tak strošek bi sodišče praviloma moralo priznati. Po drugi strani pa bi bilo nenavadno, da bi na primer sodni izvedenec za računovodstvo priglašal stroške pridobitve slovenskih računovodskih standardov, saj se domneva, da jih dnevno uporablja pri svojem delu in bi jih moral imeti ali poznati ne glede na izvedensko delo.

Pri ocenjevanju drugih materialnih stroškov je v ospredju dilema, kaj je osnova oziroma kaj se šteje za odmerjeno nagrado, da ne bi bilo nesporazumov pri predložitvi nagrade. Predlagamo, da SIC kot osnovo uporabi seštevek nagrade, ki se nanaša na študij spisa ter izdelavo pisnega izvida in mnenja oziroma cenitve. Pregledi oziroma ogledi se namreč, če so potrebni, obračunajo posebej, vključno z njim pripadajočimi potnimi stroški, prav tako se dodatno obračunava zbiranje dodatne dokumentacije. Prav tako naj SIC v obračunu navede, katere materialne stroške je všteval v »druge materialne stroške«. Izkušnje namreč kažejo, da sodišča teh stroškov pogosto ne priznavajo, če niso vsaj nekoliko bolj podrobno navedeni, pri tem pa je ravnanje različnih sodišč dokaj različno. Nekatera priznavajo stroške v nižjem odstotku, druga pa z obrazložitvijo, da izvedenec (cenilec) ni opredelil drugih materialnih stroškov, ne priznavajo ničesar.

1.3 Vrednotenje pisnih izdelkov

Navadno so postavke vrednotenja pisnih izdelkov sestavljene vsaj iz študija spisa in nagrade za izdelavo mnenja, upoštevne pa so tudi druge postavke, kot je zbiranje dodatne dokumentacije, lahko pa tudi dodatki na račun nujnosti in/ali zahtevnosti izdelave mnenja.

1.3.1 Študij spisa

Običajno se izdelava pisnih mnenj začne s študijem spisa. Zanj pripada izvedencu oziroma cenilcu:

1. pri obsegu do 50 strani 46 evrov,

2. pri obsegu nad 50 do 200 strani 92 evrov,
3. pri obsegu nad 200 do 500 strani 138 evrov,
4. pri obsegu nad 500 do 1000 strani 230 evrov,
5. pri obsegu nad 1000 do 2000 strani 460 evrov.

Za vsakih nadaljnjih 1000 strani študija spisa se poleg 460 evrov obračuna dodatnih 350 evrov.

Pri študiju spisa se upoštevajo tudi priloge, ki jih je treba preučiti za izdelavo izvida in mnenja oziroma cenitve. Predvsem manj izkušen strokovni sodelavec sodnika včasih spregleda to določbo in v prvotnem sklepu o odmerjeni nagradi prizna le znesek glede na obseg osnovnega spisa. Zato SIC predlagamo, da v svojih zahtevkih za nagrado ne navedejo samo obsega, v katerem so obračunali nagrado, temveč tudi, iz česa je obseg sestavljen, kot je predstavljeno v tej preglednici:

<p>Študij spisa nad 200 do 500 strani; sestavljeno iz:</p> <ul style="list-style-type: none"> • osnovni spis 70 strani, • priloge A 165 strani, • priloge B 63 strani, • priloge C 12 strani. <p>Skupaj 310 strani</p>	<p>138,00 EUR</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------

V zvezi s **študijem spisa in zbiranjem dodatne dokumentacije** so zanimive te odločbe:

Iz sklepa o postavitvi sodnega izvedenca izhaja, da mu sodišče prve stopnje ni posebej naložilo pridobitve dodatne dokumentacije. Kot izhaja iz navedenega sklepa, je bila naloga izvedenca, da po pregledu celotne medicinske dokumentacije v upravnem in sodnem spisu ter zdravstvenem kartonu in po potrebi osebnem pregledu tožnika predloži mnenje o njegovi začasni nezmožnosti za delo za čas od ... do ... Tudi iz predloženega pisnega izvedenskega mnenja ne izhaja, da bi sodni izvedenec pridobil dodatno medicinsko dokumentacijo. Ni obrazloženo (s strani izvedenca, op. M. V.), ali dosegljiva dokumentacija obsega le dokumentacijo v upravnem in sodnem spisu ter zdravstvenem kartonu ali tudi dokumentacijo, ki jo je zbral izvedenec. Tudi v stroškovniku ni posebej določeno, katera medicinska dokumentacija je bila dodatno pridobljena oziroma zbrana. Če sodišče prve stopnje sodnemu izvedencu ni niti naložilo, da dodatno zbira dokumentacijo, iz pisno predloženega izvedenskega mnenja in stroškovnika pa prav tako ni razvidno, katero dokumentacijo je dodatno zbral in uporabil pri predložitvi izvedenskega mnenja, je tudi po stališču pritožbenega sodišča sodišče prve stopnje utemeljeno odločilo, da sodni izvedenec ni upravičen do priglašanih stroškov za zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije. Za priznanje stroškov za dodatno zbiranje in proučevanje dokumentacije namreč

ni dovolj zgolj navajanje števila strani, temveč mora biti **obrazloženo, katera dokumentacija** je bila dodatno zbrana in proučena.²⁷

(Dodatna, ponovna) nagrada za študij spisa: prvotno mnenje je izvedenec izdelal 6. 4. 2010, narok, na katerem sta bili pravdni stranki soglasni o izdelavi dopolnitve (torej ne poprave) izvedenskega mnenja, pa je bil 14. 3. 2011. V skladu z drugim odstavkom 48. člena Pravilnika IC se pri študiju spisa upoštevajo tudi priloge, torej v navedenem primeru vse naknadno (po izdelavi prvotnega mnenja) v spis priložene priloge (dodatnih 155 prilog), pri čemer sta pravdni stranki na naroku 14. 3. 2011 sklenili, da se bodo vse nadaljnje cenoitve in vrednotenja vodili na podlagi izvirne gradbene knjige, ki se hrani pri tožnici in je po besedah toženke skupaj z gradbenim dnevnikom obsegala skoraj 3000 strani; po mnenju pritožbenega sodišča je ocena sodišča prve stopnje, da je izvedenec moral na novo pregledati in preučiti dokumentacijo (najmanj) v obsegu 500 do 1000 strani, ustrezna.²⁸

Naslednja odločba pove, da ni vselej nujno (in ne bo plačano), da izvedenec preštudira **celoten spis**, še posebno če je njegova naloga jasno začrtana in je mogoče jasno ločiti dele spisov, ki se ne nanašajo na njegovo nalogo; vendar odločba pušča odprta vrata tudi za nekoliko drugačne primere. Ob tako natančnih navodilih v sklepu o postavitvi izvedenca ni razvidna potreba po študiju celotnega spisa, ki je do izdelave izvedenskega mnenja res obsegal nad 500 listovnih števil, če pa je izvedenec menil, da mora za izdelavo izvedenskega mnenja kljub temu pregledati vso obsežno dokumentacijo, bi moral to v predloženem stroškovniku pojasniti, česar pa ni storil.²⁹

1.3.2 Zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije

Za zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije pripada izvedencu oziroma cenilcu:

1. za manj obsežno (do 100 strani) 46 evrov,
2. za obsežno (nad 100 do 200 strani) 92 evrov,
3. za zelo obsežno (nad 200 do 300 strani) 138 evrov,
4. za izjemno obsežno (nad 300 do 600 strani) 230 evrov.

Za vsakih nadaljnjih 300 strani zbiranja in proučevanja dodatne dokumentacije izvedencu oziroma cenilcu pripada dodatnih 175 evrov.

Zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije, če do tega pride, naj izvedenec oziroma cenilec v svojem zahtevku opredeli.

27 Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča RS, opr. št. Psp 133/2012 z dne 12. 4. 2012. Da mora izvedenec navesti (vsaj to), koliko strani dokumentacije je pridobil, izhaja tudi iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 891/2011 z dne 4. 10. 2011. Podobno tudi sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 3422/2010 z dne 22. 11. 2010, in številni drugi.

28 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 949/2011 z dne 15. 11. 2011.

29 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I lp 1518/2011 z dne 4. 5. 2011.

To lahko stori tudi tako:

Zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije – manj obsežno (do 100 strani). <i>Pridobljena dodatna dokumentacija obsega:</i> <ul style="list-style-type: none">• računovodski izkazi družbe ... za leto ... 12 str.• davčni obračun družbe ... za leto ... 16 str. <i>Skupaj 28 strani</i>	46,00 EUR
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

Vodilo pri sestavljanju obračunov dela izvedencev oziroma cenilcev je lahko tudi zapis iz Slovenskih računovodskih standardov (v nadaljevanju SRS), ki v SRS 21.12 (2006) opredeljujejo, da so knjigovodske listine verodostojne, če se pri kontroliranju pokaže, da lahko strokovno usposobljene osebe, ki niso sodelovale v poslovnih dogodkih, na njihovi podlagi popolnoma jasno in brez kakršnih koli dvomov spoznajo naravo in obseg poslovnih dogodkov.

SIC pa se pri zbiranju dodatne dokumentacije ne smejo obnašati kot »hrčki« in jo kopičiti le zato, da bi si večali nagrado, ampak je logično, da mora biti ta dokumentacija uporabljena v mnenju in/ali cenitvi in mora doprinesiti k boljšemu razumevanju zadeve.

Kaj je dodatna dokumentacija: za dodatno dokumentacijo je mogoče šteti vse, kar ni zaobseženo v samem spisu s prilogami (za študij spisa je izvedenec posebej upravičen do nagrade po določbah 48. člena Pravilnika IC).³⁰

Kaj ni zbiranje dodatne dokumentacije: izvedenec dodatne dokumentacije ni proučeval, saj želenega in iskanega podatka ni dobil, torej ga tudi ni mogel proučiti. Zlasti pa je podatek o vrednosti naložbe v nasad v letih 1970 do 1976 šteti za znanje izvedenca, zaradi katerega ga je sodišče prve stopnje tudi postavilo za izvedenca. Pridobivanje znanja pa ni mišljeno za dokumentacijo po prvem odstavku 49. člena Pravilnika IC, za zbiranje in proučevanje katere se izvedencu prizna posebna nagrada.³¹ Opomba: v takem primeru (iskanje dokumentacije oziroma podatkov na terenu) ni izključeno, da izvedencu ne bi bilo mogoče priznati stroškov npr. za ogled/pregled ali potnih stroškov. Pridobitev tržnih podatkov za oceno vrednosti sporne nepremičnine je že obseženo v postavki izdelave izvedenskega mnenja, zato iz tega naslova izvedenec ni upravičen do nagrade.³²

1.3.3 Pisni izvid in mnenje oziroma cenitev

Za pisno izdelavo izvida in mnenja oziroma cenitve pripada izvedencu oziroma cenilcu:

1. za manj zahtevnega 184 evrov,
2. za zahtevnega 276 evrov,
3. za zelo zahtevnega 414 evrov,
4. za izjemno zahtevnega 459 evrov.

30 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1714/2011 z dne 25. 1. 2012.

31 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1770/2009 z dne 30. 9. 2009.

32 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1034/2012 z dne 17. 8. 2012.

Za pisno izdelavo dopolnilnega izvida in mnenja oziroma cenitve na podlagi dodatnih vprašanj za pridobitev odgovorov, ki jih sodišče v predmetnem postopku še ni terjalo, izvedencu oziroma cenilcu pripada:

1. za manj zahtevnega 92 evrov,
2. za zahtevnega 138 evrov,
3. za zelo zahtevnega 207 evrov,
4. za izjemno zahtevnega 230 evrov.

Zahtevnost izvedenskega dela je vedno treba ocenjevati objektivno, in sicer glede na težo, kompleksnost, zapletenost strokovnih vprašanj, obseg dokumentacije, čas, ki je bil potreben za izdelavo strokovnih zaključkov, in podobno. Pri vrednotenju zahtevnosti izvedenskega mnenja morajo sodišča, ob upoštevanju navedenih meril, uvrstiti – ovrednotiti konkretno zadevo kot manj zahtevno, zahtevno, zelo zahtevno ali izjemno zahtevno. Že beseda »izjemno« pove, da bo tako izvedensko mnenje le redko – izjemoma lahko ovrednoteno z najvišjo stopnjo zahtevnosti. Kot izjemno zahtevna sodišča ocenjujejo le najbolj kompleksna in zapletena izvedenska mnenja, ko je na primer treba odgovoriti na več zahtevnih strokovnih vprašanj, obdelati več sklopov strokovnih vprašanj, ko je treba pritegniti k izdelavi mnenja tudi strokovnjake z drugih področij, preštudirati ogromno dodatne literature ipd.³³

Izjemno zahtevno: izvedenec je opravil skrben pregled računalniškega sistema in podatkov tovornega vozila Volvo ter računalniškega sistema in podatkov na servisu tožene stranke ter na podlagi priključitve vozila na računalniški sistem in spisovnih podatkov s prilogami predložil izvedensko mnenje. Nato ga je dopolnil, tako da je za ugotovitev porabe goriva opravil preizkus s testno vožnjo tovornega vozila v prisotnosti strank. Treba je bilo preštudirati spis nad 200 strani, zbrati dokumentacijo in navodila na 25 straneh, opraviti obisk servisa (dvakrat) in preizkus nad pet ur ter izdelati zelo zahtevno izvedensko mnenje.³⁴

Zelo zahtevno: če je izvedenec odgovoril »le« na dve zahtevni vprašanji, če k izdelavi izvedenskega mnenja ni pritegnil drugih strokovnjakov in je bil poleg pravnega spisa s prilogami potreben študij manj obsežne dodatne dokumentacije, višje sodišče izdelano izvedensko mnenje ocenjuje kot zelo (in ne izjemno) zahtevno.³⁵

Zelo zahtevno: za izdelavo mnenja je bilo treba proučiti razmere na terenu in ugotoviti možnost dostopov oziroma dovozov do parcel ter opraviti vrednotenje nepremičnin (po več metodah), pri čemer je bilo treba opraviti fizično delitev v skladu s solastniškimi deleži udeležencev. Po ugotovitvi, da je fizična delitev vseh spornih nepremičnin mogoča, je izvedenec iskal (in predlagal) tako rešitev, da solastniki fizično drug drugega ne ovirajo pri normalni uporabi nepremičnine in se lahko vsaka stanovanjska enota uporablja neodvisno druga od druge. Vse

33 Tako sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 100/2011 z dne 20. 5. 2011 in I Cpg 891/2011 z dne 4. 10. 2011.

34 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 11/2011 z dne 13. 1. 2011; v tem primeru sama višina odmerjene izvedenine sicer ni bila neposredno izpostavljena pritožbenemu preizkusu, vendar iz razlogov sodišča izhaja, da se z njo strinja.

35 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 891/2011 z dne 4. 10. 2011.

omenjeno po oceni pritožbenega sodišča ustreza merilom za zelo zahteven izvid in mnenje, kot je priglasil izvedenec. Mnenje izvedenca je silogistični sklep, do katerega je prišel izvedenec, ko je glede na ugotovljena dejstva (izvid) uporabil pravila znanstvene stroke in izkušenj. Obseg mnenja (pritožbena trditev, da je odgovor na vprašanje sodišča vsebovan na dobri polovici strani A4-formata) ni merilo za oceno strokovnosti, sicer pa izvid skupaj z mnenjem obsega 24 strani.³⁶

Zelo zahtevno: za izdelavo mnenja je bila potrebna preučitev razmer, obstoječih poti in stanja le-teh ter možnosti dostopa do parcele predlagateljice čez večje število parcel, pa tudi izračunavanje višine nadomestila, ki bi ga morala ob določitvi nujne poti plačevati predlagateljica nasprotnim udeležencem, kar ustreza merilom za opravljeno zelo zahtevno delo.³⁷

Zelo zahtevno: ker je izvedenka predložila izvid o dveh pravno različnih, zgolj z dejansko podlago povezanih sklopih vprašanj, je za pisni izvid (cenitev nepremičnine in predlog njene fizične delitve) zaradi dela na dveh strokovnih podlagah in obsežnosti dela upravičena do nagrade za zelo zahteven izvid.³⁸

Zelo zahtevno: sodni izvedenec psihiater, ki mora na podlagi zdravstvene dokumentacije in drugih zanj pomembnih podatkov izdelati izvedensko mnenje o oporočni sposobnosti že umrlih, brez dvoma naredi zelo zahtevno delo, ki ga je treba tako tudi ovrednotiti.³⁹

Zelo zahtevno: stranke so v pripombah predložile priloge (torej nova dejstva) in sodišče je postavilo dodatna vprašanja, ki so zahtevala pregled dodatne dokumentacije. Razlog, zakaj je sodišče označilo dopolnitev mnenja za zelo zahtevno, je v vsebini vprašanj in pregledani dokumentaciji v zvezi z legalnostjo registracije prenarejenega vozila in kako to vpliva na njegovo vrednost, ob tem da izvedenec ni imel možnosti neposredno oceniti vozila, kar je tudi po stališču sodišča druge stopnje neobičajno strokovno vprašanje pri izvedenskih mnenjih in opravičuje ugoditvi priglašene postavke.⁴⁰

Zahtevno: sodišče je izvedencu naložilo zgolj cenitev ene nepremičnine, to je poslovnega prostora površine 379 m², oziroma ugotovitev vrednosti deleža te nepremičnine z upoštevanjem 105. člena Zakona o urejanju prostora. Ni mu postavilo nobenih dodatnih vprašanj. Delo je izvedenec opravil na podlagi podatkov spisa, ogleda in z analiziranjem razmer na nepremičninskem trgu, kar ni zelo zahtevno izvedensko delo. Enako velja za izdelavo uskladitve in sklep o vrednosti. Tudi v stroškovniku, ki ga je izvedenec predložil sodišču, ni nobene utemeljitve, zakaj naj bi bilo izvedensko delo v tej zadevi zelo zahtevno.⁴¹

Zahtevno: izvedenec je izmeril površine prostorov v pritličju stavbe in varnostni zid ter predložil kratko mnenje o tem, ali je v tej stavbi mogoča vzpostavitev etažne

36 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 3422/2010 z dne 22. 11. 2010.

37 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2258/2009 z dne 9. 9. 2009.

38 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2521/2009 z dne 23. 9. 2009.

39 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1833/1999 z dne 27. 10. 1999.

40 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1936/2009 z dne 9. 9. 2009.

41 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 3634/2012 z dne 27. 12. 2012.

lastnine. Pritožbeno sodišče ocenjuje, da je tako mnenje (le) zahtevno in ne zelo zahtevno.⁴²

Zahtevno: v tej zadevi medicinska dokumentacija ni bila posebej obsežna, treba pa je bilo opraviti pregled tožnika. Poškodba je bila sicer res dokaj običajna, vendar po mnenju sodišča primer kljub temu ni bil povsem enostaven. Očitno so bili glede na zgoraj navedene pritožbene navedbe toženke mogoči različni pogledi na težo poškodb.⁴³

Manj zahtevno: izvedenec je v tem primeru odgovoril »le« na tri vprašanja, ki niso bila zahtevna (kakšne telesne bolečine in strah je tožnik čutil oziroma doživljal zaradi škodnega dogodka, v katerem je dobil manjši udarec po glavi in prsih, pri padcu na tla pa je utrpel (blago) poškodbo leve podlahti); pri izdelavi izvedenskega mnenja ni uporabil nobenih posebnih metod ali postopkov, moral je preučiti zgolj pravdni spis s prilogami, ki ni obsežen, in opraviti pregled tožnika.⁴⁴

Manj zahtevno: izvedenec v stroškovniku, ki ga je izdal za opravljeno izvedensko delo, ne utemeljuje, zakaj ocenjuje, da bi bilo izvedensko delo zahtevno, v odgovoru na pritožbo pa je navedel, da je bilo treba oceniti del pasu, zaradi česar je bilo treba iskati dejanske transakcije podobnih zemljišč in opraviti ogled lokacij zemljišč. Ocenil je vrednost spornega mejnega prostora v izmeri 83 m² po podatkih iz evidence trga nepremičnin pri GURS in v mnenju navedel štiri primerljive podatke.⁴⁵

Manj zahtevno: glede na nalogo, ki je bila naložena izvedencu (ugotoviti, s kakšno vrsto kmetijske mehanizacije je mogoč uvoz na zemljišče), čas, ki ga je imel na voljo (30 dni), in obseg spisa (57 strani) je to manj zahtevno mnenje.⁴⁶

Zahtevnost zbiranja dokumentacije in izvedbe ogleda, kar je izvedenec sam ocenil za manj zahtevno, ne kaže nujno, da je tudi sama izdelava (pisnega) mnenja manj zahtevna.⁴⁷ Iz obrazložitve več odločb izhaja, da zahtevnejše vrednotenje mnenja ni bilo priznано, ker izvedenec **ni navedel (ali ni navedel zadosti) razlogov** za utemeljitev priglašene zahtevnosti mnenja. Te razloge je treba navesti hkrati s priglasitvijo nagrade in stroškov, torej v mnenju ali stroškovniku.

Kadar se uveljavlja posebna zahtevnost po 47. členu Pravilnika IC, mora izvedenec izkazati, da je bilo za izdelavo izvedenskega mnenja treba uporabiti strokovno literaturo v tujem jeziku oziroma posebno specialistično strokovno znanje.⁴⁸ Uporabo tuje strokovne literature je razmeroma lahko izkazati – s citati oziroma seznamom uporabljene literature v mnenju (pri tam pa zgolj uporabe literature v tujem jeziku, če je na voljo tudi primerljiva domača, še ne

42 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 4090/2010 z dne 29. 3. 2011.

43 Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 2020/2009 z dne 9. 9. 2009.

44 Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 273/2012 z dne 5. 9. 2012.

45 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1034/2012 z dne 17. 8. 2012.

46 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 2524/2011 z dne 21. 12. 2011.

47 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 1345/2010 z dne 1. 6. 2010.

48 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 891/2011 z dne 4. 10. 2011. V zadevi je bilo sicer priznanje izjemne zahtevnosti po navedenem členu zavrnjeno, vendar iz razlogov izhaja, da bi jo pritožbeno sodišče morda priznalo, če bi bila ustrezno izkazana.

moremo šteti za »uporabo tuje strokovne literature« – če na primer izvedenec raje bere mednarodne standarde računovodskega poročanja v angleščini kljub temu, da so na voljo tudi v slovenščini, je sicer uporabil »tujo strokovno literaturo«, a bi do enakih spoznanj lahko prišel tudi z uporabo slovenske različice), pri specialističnem znanju pa je treba obrazložiti, za katero znanje gre; to specialistično znanje mora biti »nadstandardno« oziroma posebno glede na siceršnjo stroko izvedenca (saj ima vsak izvedenec določeno specialistično strokovno znanje, ki pa je zgolj nujni pogoj za njegovo izvedensko delo in tako ni predmet posebne vrednotenja).

Dopolnitev mnenja se vrednoti posebej (drugi odstavek 51. člena Pravilnika IC), če je izvedenec v dopolnilnem izvedenskem mnenju odgovoril na dodatna vprašanja za pridobitev odgovorov, ki jih sodišče v postopku še ni zahtevalo,⁴⁹ in torej ne gre za dopolnitev zato, ker izvedenec ni v celoti odgovoril na vprašanja sodišča oziroma ni v celoti opravil naloge. Če je za dopolnitev mnenja v zgoraj navedenem smislu treba preučiti dodatno dokumentacijo, se prizna tudi ta postavka (primerjaj opombo 34).

Stališča sodne prakse so sicer dokaj neenotna glede vprašanja, kdaj gre za (plačano) dopolnitev mnenja in kdaj ne.

Za: sodišče prve stopnje je sodnemu izvedencu naložilo dopolnitev izvedenskega mnenja, namreč da pregleda in izdela mnenje glede dokumentacije, za katero je zaprosil toženo stranko, a mu ni bila vročena, ker je bila pošiljka na pošti izgubljena, čeprav je bila poslana. Prav tako pa, da pojasni, ali je upošteval, da je tožnici zdrsnilo na kovinskem pragu, in kako bi bilo ob tem dejstvu tožničin padec oziroma zdrs mogoče preprečiti, ter da odgovori na preostale navedbe v pripravljalni vlogi prvotožene stranke. Nagrada za dopolnitev je bila priznana.⁵⁰ Izvedenka je z dopolnitvijo izvedenskega mnenja odgovorila na pripombe oziroma vprašanja tožnice, zato je upravičena do povrnitve stroškov in do nagrade glede na opravljene storitve. To, da stranka meni, da ji izvedenec ni odgovoril na vsa vprašanja, na pravico do izvedenine ne vpliva.⁵¹

Proti: v »dopolnitvi izvedenskega mnenja« izvedenec le ugotavlja, kako je potekalo komuniciranje s toženo stranko ter da mu je izročila nekaj dokumentacije, ne pa vse, tako da bi lahko predložil mnenje o tem, kako je poslovala z blagom, ki je predmet tega spora. Take ugotovitve izvedenca niso izvedensko mnenje, saj ne vsebujejo ugotovitev o pomembnih dejstvih, temveč le navedbo, da teh dejstev ni bilo mogoče ugotoviti in zakaj ne. To pa ni strokovno mnenje v smislu 243. člena ZPP, temveč le obvestilo sodišču, zakaj mnenja ni bilo mogoče izdelati. Zato izvedencu zanj ne pripada nagrada.⁵² Ker je izvedenka naloge, ki bi jih glede na sklep sodišča morala opraviti že v osnovnem mnenju, opravila šele z dopolnilnim mnenjem, ni upravičena do nagrade za izdelavo dopolnilnega izvedenskega mnenja, saj je že za osnovno mnenje uveljavljala nagrado, kot da bi odgovorila na vsa zastavljena vprašanja.⁵³

49 Tako sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 3778/2012 z dne 12. 9. 2012.

50 Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča RS, opr. št. Pdp 447/2011 z dne 16. 6. 2011.

51 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 1563/2009 z dne 6. 5. 2009.

52 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 1123/2009 z dne 3. 3. 2010.

53 Sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča, opr. št. Psp 681/2005 z dne 13. 10. 2005.

Tudi dopolnitev mnenja je lahko **izjemno zahtevna**: po presoji pritožbenega sodišča izvedencu ne pripada nagrada za pisno izdelavo izjemno zahtevnega izvedenskega oziroma cenilskega izvida in mnenja, temveč zgolj nagrada za pisno izdelavo izjemno zahtevnega dopolnilnega (!) izvida in mnenja oziroma cenitve na podlagi dodatnih vprašanj za pridobitev odgovorov.⁵⁴ Iz odločbe žal ni jasno razvidno, ali je bilo tudi osnovno mnenje izjemno zahtevno in kakšna je bila pravzaprav naloga.

Kadar mnenje napravi **več izvedencev**, so vsi upravičeni do nagrade in stroškov v skladu s količino in zahtevnostjo opravljenega dela ter časom in stroški vsakega od njih. Sodišče torej ovrednoti in prisodi plačilo za delo vsakemu izvedencu posebej. Tarifa ne predvideva posebej primera, da je izdelava izvedenskega mnenja zaupana več izvedencem in ti skupaj predložijo mnenje. Določa le merila za ovrednotenje dela posameznega izvedenca. Zakonska ureditev, ki ji ureditev v podzakonskem predpisu ne nasprotuje, utemeljuje torej sklep, da je vsak izvedenec upravičen do povračila stroškov in nagrade za opravljeno izvedensko delo.⁵⁵ To pomeni, da mora vsak izvedenec posebej priglasiti vse postavke (natančneje, za vsakega izvedenca morajo biti priglašene vse postavke), sodišče pa mora za vsakega izvedenca posebej obrazložiti odmero: izvedensko mnenje je plod dela štirih izvedencev z različnih področij medicinske stroke, ki so vsak posebej pregledali tožnico, predmetni pravdni spis in dali mnenje v okviru svoje specialistične stroke. Zato je sodišče prve stopnje pravilno priznalo nagrado vsakemu izvedencu posebej. Pritožbeno stališče, da so izvedenci skupaj upravičeni le do ene nagrade, ker so v okviru komisije predložili eno izvedensko mnenje, ni pravilno.⁵⁶

Včasih mora **isti izvedenec** v enem postopku opraviti **več nalog**. V teh primerih je sicer možnost priznanja nagrade za več mnenj bolj omejena kakor pri delu več izvedencev, vendar jo praksa dopušča: izvedenec je izdelal tri ločene cenitve za vsako nepremičnino posebej, kar je tudi obrazložil, zato je upravičen do nagrade za tri pisne cenitve in ne le za (eno) izjemno zahtevno cenitev.⁵⁷ Vendar pa mora biti tako delo z več samostojnimi nalogami načrtano že v sklepu sodišča in ne sme biti plod izvedenčeve lastne pobude: izvedenki je sodišče s sklepom naložilo izdelavo enega izvedenskega mnenja, zato ji je zanj tudi pravilno odmerilo eno nagrado. Če je izvedenka ocenila, da je bilo naloženo izvedensko delo zahtevnejše, ker je morala izdelati tudi cenitev nepremičnine, bi lahko sodišču predlagala višjo nagrado zgolj zaradi večje zahtevnosti izvedenskega dela, ne pa dvojno nagrado (za mnenje in za izvid).⁵⁸

Praviloma se izvedencu prizna nagrada šele, ko je delo opravljeno, v skladu z odredbo sodišča. V nekaterih izjemnih primerih pa praksa priznava delno nagrado in stroške tudi za t. i. **preliminarno mnenje**, ki ne odgovori v celoti na vprašanja sodišča. Merilo za tako odločitev je spet, ali je izvedenec v svoji profesionalni skrbnosti opravil vse, kar je bilo mogoče, in so mu torej dokončanje naloge

54 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 949/2011 z dne 15. 11. 2011.

55 Primerjaj npr. sklepa Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2591/2011 z dne 29. 2. 2012 in opr. št. II Cp 2344/2011 z dne 21. 12. 2011.

56 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 362/2012 z dne 5. 12. 2012.

57 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 991/2012 z dne 21. 9. 2012.

58 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2084/2011 z dne 21. 11. 2011.

preprečili objektivni razlogi: postavljeni sodni izvedenec, ki je v mejah možnosti opravil izvedensko delo in sodišče opozoril, da specialist posamezne medicinske usmeritve ne more dati popolnega in pravilnega mnenja o tožnikovi zmožnosti za delo, ter predlagal, da sodišče imenuje izvedenski organ, kar je sodišče pozneje tudi storilo, je upravičen do nagrade za izdelano pisno preliminarno izvedensko mnenje in do nagrade za pojasnila na naroku. Izvedenec je na podlagi medicinske dokumentacije opisal tožnikove zdravstvene težave oz. okvare in tudi pojasnil, da popolno in zanesljivo oceno zmožnosti za delo oz. kategorije invalidnosti lahko da le interdisciplinarni konzilij strokovnjakov, v katerem bi poleg specialista medicine dela, prometa in športa sodelovali še specialist ortoped, travmatolog, psihiater, psiholog in po potrebi drugi strokovnjaki glede na tožnikovo zdravstveno stanje. Poudaril je, da popolnega izvedenskega mnenja o zmožnosti za delo oz. invalidnosti ne more veljavno in zanesljivo dati le specialist posamezne stroke. Preliminarno, torej nedokončno, je navedel, da je tožnik nezmožen za delo v svojem poklicu zidarja in tudi nasploh za delo v gradbeništvu, brez poglobljene interdisciplinarne izvedenske obravnave pa ni mogoče dokončno ugotoviti preostale delovne zmožnosti oz. potrditi popolne izgube zmožnosti za delo in s tem I. kategorije invalidnosti.⁵⁹

Včasih bo izvedenec ali cenilec imel »srečo«, da lahko mnenje v zvezi z isto zadevo uporabi v več postopkih (npr. kazenskem in civilnem), za kar mu obakrat pripada nagrada: izvedencu, ki je glede istega dogodka že izdelal izvedensko mnenje v drugem pravnem postopku, v obravnavanem postopku pa ga je le dopolnil, pripada samostojna nagrada za izdelavo in ne zgolj za dopolnitev mnenja.⁶⁰ Stranke (vsaj tista, ki ji je bilo mnenje v škodo) običajno sicer bolj ali manj odločno nasprotujejo, da bi isti izvedenec izdelal mnenje v več postopkih, kar poskušajo utemeljiti s svojim stališčem, da naloge že prvič ni opravil v redu. Menimo pa, da ni nobenega načelnega zadržka, da ne bi isti izvedenec o isti zadevi dal mnenja v več postopkih.

1.4 Vrednotenje ustnega podajanja mnenj ali cenitev

Za priprave na ustno podajanje izvida in mnenja oziroma cinitve pripada izvedencu oziroma cenilcu:

1. za manj zahtevnega 92 evrov,
2. za zahtevnega 138 evrov,
3. za zelo zahtevnega 207 evrov,
4. za izjemno zahtevnega 230 evrov.

Za ustno podajanje izvida in mnenja oziroma cinitve pripada izvedencu oziroma cenilcu za vsake začete pol ure 35 evrov.

Ko izvedenec oziroma cenilec ne podaja svojega izvida in mnenja oziroma cinitve, mu pripada za čakanje na narok ali navzočnost na sodišču med narokom za vsake začete pol ure čakanja 10 evrov. Če traja čakanje skupaj z narokom do pol ure, mu pripada samo plačilo za udeležbo na naroku.

⁵⁹ Tako (in še podrobneje) sklep Višjega delovnega in socialnega sodišča RS, opr. št. Psp 19/2010 z dne 4. 3. 2010.

⁶⁰ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 2337/2009 z dne 21. 10. 2009.

Za čas potovanja na sodišče pripada izvedencu oziroma cenilcu za vsake začete pol ure 10 evrov. Sicer v Pravilniku IC ni izrecno zapisano, vendar je logično, da mu pripada nadomestilo tudi za odhod s sodišča. Vsaj do zdaj z uveljavljanjem nadomestila za odhod ni bilo težav. Po drugi strani pa je v 50. členu Pravilnika IC, ki ureja preglede oziroma ogleda, tudi izrecno zapisano, da nadomestilo pripada za čas potovanja v obe smeri.

Če SIC pristopi h glavni obravnavi in zaradi njene preložitve ustno ne poda izvida in mnenja oziroma cenitve, mu pripada 50 odstotkov nagrade po tem vrednotenju. Logično je osnova, od katere se odmerja nagrada ob preložitvi, naslednja izvedena obravnava.

1.5 Pisni prevodi in tolmačenje

Za pisno izdelavo prevoda listine pripada tolmaču za eno stran:

1. prevoda iz tujega v slovenski jezik 25 evrov,
2. prevoda iz slovenskega v tuji jezik 37 evrov,
3. prevoda iz tujega v tuji jezik 41 evrov.

Ena stran obsega 1.500 znakov brez presledkov. Plačilo za prevod manj kot ene strani je sorazmerno manjše.

Za ustno prevajanje pripada tolmaču 35 evrov za vsake začete pol ure dejanskega prevajanja.

Izdelovanje več kot enega izvoda pisnega prevoda je zaobjeto v postavki materialni stroški, ki skladno s 46. členom Pravilnika T podobno kakor pri SIC lahko znašajo do 15 odstotkov nagrade.

1.6 Dodatki/znižanja za posebne primere

Za izdelavo izvidov in mnenj oziroma cenitev v dela prostih dneh (prazniki, dela prosti dnevi, nedelje) in v nočnem času ob delavnikih (od 23. do 6. ure) ter v drugih nujnih primerih se nagrada poveča za 100 odstotkov.

Če je pri izdelavi mnenj oziroma cenitev potrebna uporaba strokovne literature v tujem jeziku ali posebno specialistično strokovno znanje, se sme nagrada ustrezno povečati, vendar največ za 100 odstotkov.

Za izdelavo izjemno zahtevnih izvidov in mnenj oziroma cenitev se sme nagrada ustrezno povečati največ do 50 odstotkov določenih najvišjih vrednosti po tarifi iz VI. poglavja tega pravilnika.

Zahtevnost izvida in mnenja oziroma cenitve je odvisna zlasti od obsežnosti dokumentacije, ki je podlaga za izdelavo izvida in mnenja oziroma cenitve, časa, ki ga ima izvedenec oziroma cenilec na voljo, da ga pripravi, zapletenosti in vrste zadeve, ki je predmet izvida in mnenja oziroma cenitve, ter drugih dejavnikov, ki lahko vplivajo na stopnjo zahtevnosti izvida in mnenja oziroma cenitve.

Če je podlag za odmero povečanja nagrade več, **se sme povečanje odmeriti le enkrat**, pri čemer se osnova za izračun povečanja določi po tarifi za vrednotenje izvedenskega oziroma cenilskega dela.

Če narava zadeve zahteva, da isti izvedenec oziroma cenilec izdelava več zaporednih manj obsežnih in enostavnejših izvidov, mnenj oziroma cenitev, se mu nagrada za izvedensko oziroma cenilsko delo odmeri največ do 50 odstotkov določenih najnižjih vrednosti po tarifi.

1.7 Pregledi in ogledi

Za preglede oziroma ogleda pripada izvedencu oziroma cenilcu:

1. za manj zahtevne (do 1 ure) 46 evrov,
2. za zahtevne (do 3 ure) 92 evrov,
3. za zelo zahtevne (do 5 ur) 138 evrov,
4. za izjemno zahtevne (nad 5 ur) 230 evrov.

Za vsake nadaljnje začete pol ure pri izjemno zahtevnem pregledu oziroma ogledu izvedencu oziroma cenilcu pripada dodatnih 46 evrov.

Za čas potovanja na ogled in nazaj pripada izvedencu oziroma cenilcu za vsake začete pol ure 10 evrov.

Tudi pri **ogledih in pregledih** mora SIC čim podrobneje navesti (ter po potrebi in glede na okoliščine dokazati), koliko časa je porabil za sam ogled in pot oziroma kakšni potni in drugi stroški so mu nastali v zvezi s tem. Če ne, bo sodišče praviloma priznalo samo postavko za manj zahteven ogled.

Lahko je sporno že, **kaj vse šteje kot ogled** oziroma pregled v smislu 50. člena Pravilnika IC. Sodna praksa je izrekla, da to ni le ogled v ožjem smislu (npr. kraja prometne ali druge nesreče, ocenjevanje nepremičnine, gradnje), ampak tudi druga izvedenčeva opravila »na terenu«, ki so časovno daljša in/ali strokovno zahtevnejša. Na primer opazovani stiki z otrokom štejejo za ogled, medtem ko zbiranje dodatnih informacij (pri centru za socialno delo in varni hiši) ne spada v samostojno postavko po 49. členu Pravilnika IC in je zajeto v nagradi za pisno izdelavo mnenja.⁶¹ Razgovor s pooblaščenecem za informacijsko varnost je mogoče opredeliti kot ogled.⁶² Kot ogled oziroma pregled⁶³ se praviloma lahko šteje tudi pregled poslovne, gradbene, urbanistične itd. dokumentacije na kraju, ki ni izvedenčevo prebivališče oziroma pisarna. Pogoj je časovno daljši oziroma strokovno zahtevnejši pregled (odbiranje, vrednotenje) dokumentacije in ne zgolj fizični prevzem dokumentacije, ki jo nato izvedenec preučuje doma (to je zajeto v drugi postavki). Pod enakimi pogoji bi se lahko za ogled štel tudi sestanek s stranko, če se je na njem razpravljalo o strokovnih zadevah oziroma so se pridobivali podatki, potrebni za izdelavo mnenja.⁶⁴

61 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. IV Cp 2687/2012 z dne 12. 12. 2012.

62 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 642/2013 z dne 22. 3. 2013.

63 Izraz "pregled" je pojmovno odprt in ga nikakor ni mogoče omejevati zgolj na zdravniški pregled, temveč lahko obsega tudi preglede drugih stvari, objektov itd.

64 Analogija z zgoraj navedeno zadevo – razgovor s pooblaščenecem za informacijsko varnost.

Če je potrebnih **več ogledov**, se praviloma priznajo stroški in nagrada za vse ogleda, ki so bili koristni oziroma potrebni: nepomembna je pritožbena navedba, da je izvedenec opravil ogled tudi pred izdelavo prvega izvedenskega mnenja, kar mu je sodišče prve stopnje s prvotnim sklepom že priznalo, saj je v tem primeru odločilno, da je za izdelavo dopolnilnega izvedenskega mnenja opravil dva ogleda, ki glede na čas izvedbe v prvotnem sklepu že po naravi stvari nista mogla biti upoštevana in priznana. Gre torej za ločeno obravnavanje dveh izvedenskih mnenj oziroma opravljenega izvedenskega dela ter s tem povezanih nagrad in stroškov.⁶⁵ Tudi če je ogled **neuspešen** iz razlogov, ki jih ni mogoče pripisati izvedenčevi krivdi, se stroški priznajo.⁶⁶

V **čas potovanja** zaradi ogleda se ne šteje samo čas, ki ga je izvedenka porabila za premagovanje razdalje od P. do K., ampak je morala tudi poiskati sporno nepremičnino v K., za kar je skupaj porabila več kot le pol ure. Ta trditev je glede na splošno znane prometne razmere v kraju ogleda povsem verjetna, zato je sodišče druge stopnje poleg že priznane nagrade za čas potovanja na ogled priznalo izvedenki še nagrado za nadaljnje pol ure.⁶⁷

1.8 Zgleda obračuna nagrade za izvedensko delo

V nadaljevanju sta navedena dva zgleda obračuna nagrade izvedenca. Prvi zgled je obračun izdelave pisnega izvedenskega mnenja, drugi pa je namenjen obračunu nagrade za ustno podajanje.

1.8.1 Obračun izdelave pisnega izvedenskega mnenja

Izvedencu je bilo naloženo, da nujno izdela izvedensko mnenje, pri čemer naj pregleda spis s prilogami in odgovori na zastavljena vprašanja ... O stanju ... naj se prepriča na ogledu in navede svoje ugotovitve. Mnenju naj priloži stroškovnik.

Izvedenec je po pregledu spisa, ki je s prilogami obsegal 750 strani, ocenil, da gre za zelo zahtevno mnenje. Da je lahko odgovoril na zastavljena vprašanja, je moral preštudirati tudi tujo literaturo, pridobil pa je še 20 strani dodatne dokumentacije. Do kraja ogleda je bilo 40 kilometrov in na ogledu se je zamudil 2 uri.

65 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cpg 949/2011 z dne 15. 11. 2011.

66 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. II Cp 3436/2012 z dne 14. 12. 2012.

67 Sklep Višjega sodišča v Ljubljani, opr. št. I Cp 2814/2011 z dne 17. 2. 2012.

Obračun bi bil tak:

ZŠ	Opis	Znesek
1.	Študij spisa nad 500 do 1000 strani; <i>sestavljeno iz:</i> <ul style="list-style-type: none"> • osnovnega spisa 570 strani • priloge A 100 strani • priloge B 80 strani <i>Skupaj 750 strani</i>	230,00 EUR
2.	Izdelava zelo zahtevnega mnenja	414,00 EUR
3.	Dodatek za nujno izdelavo mnenja <ul style="list-style-type: none"> • 100 % od zap. št. 1 + 2 	644,00 EUR
4.	Materialni stroški <ul style="list-style-type: none"> • 15 % od zap. št. 1 + zap. št. 2 	96,60 EUR
5.	Zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije <ul style="list-style-type: none"> • manj obsežno (20 strani) 	46,00 EUR
6.	Ogled <ul style="list-style-type: none"> • zahtevno (2 uri, dne ..., od ... do ...) 	92,00 EUR
7.	Nadomestilo za čas potovanja na ogled in z ogleda <ul style="list-style-type: none"> • 2 x začete pol ure po 10 EUR 	20,00 EUR
8.	Povračilo potnih stroškov <ul style="list-style-type: none"> • kilometrina 2 x 40 km po 0,1158 EUR (8 % cene za NMB 95, cena za liter NMB 95 = 1,4470 EUR) 	9,26 EUR
SKUPAJ (1 do 8)		1.551,86 EUR

Čeprav je izvedenec pri svojem delu moral uporabiti tudi tujo literaturo, tega dodatka ni mogel uveljavljati, saj je uveljavljal že dodatek za nujno izdelavo. Pravilnik IC predpisuje, da se sme povečanje nagrade zaradi nujnosti ali zahtevnosti uveljavljati le po eni osnovi. Izvedenec se bo najverjetneje odločil za povečanje po tisti osnovi, ki predpisuje najvišji dodatek. Dodatek za nujnost je določen v višini 100 odstotkov, dodatek za uporabo tuje literature pa do 100 odstotkov (torej lahko tudi manj).

1.8.2 Obračun pisne izvedbe izvedenskega mnenja

Izvedenec, ki stanuje v Ljubljani, je bil po izdelavi pisnega mnenja vabljen na glavno obravnavo na Okrožno sodišče v Ljubljani, kjer je bil v zadevi ... zaslišan kot izvedenec.

Po zaključeni obravnavi, kjer je 40 minut čakal na narok in nato kot izvedenec svoje mnenje podajal 80 minut je podal naslednji obračun nagrade:

ZŠ	Opis	Znesek
1.	Priprave na podajanje ustnega mnenja: <ul style="list-style-type: none"> • <i>zahtevno</i> 	138,00 EUR
2.	Ustno podajanje izvida in mnenja <ul style="list-style-type: none"> • <i>3 x začete pol ure (od 10:40 do 12:00) po 35 EUR</i> 	105,00 EUR
3.	Čakanje na narok oziroma navzočnost na sodišču <ul style="list-style-type: none"> • <i>2 x začete pol ure (od 10:00 do 10:40) po 10 EUR</i> 	20,00 EUR
4.	Nadomestilo za čas potovanja na sodišče (in s sodišča) <ul style="list-style-type: none"> • <i>2 x začete pol ure po 10 EUR</i> 	20,00 EUR
5.	Potni stroški <ul style="list-style-type: none"> • <i>2 x cena prevoza LPP po 1,20 EUR</i> 	2,40 EUR
SKUPAJ		285,40 EUR

V praksi se večkrat zgodi, da za ustno podajanje izvedenskega mnenja izvedenci uveljavljajo nagrado le za postavko ustno podajanje izvida in mnenja, za druge postavke pa ne. Toda od izvedenca se pričakuje, da bo na narok prišel pripravljen in bo tam strokovno odgovarjal na vprašanja. Tega večinoma ne more storiti, če se vnaprej ne pripravi, to je, da pregleda in prebere domači arhiv v zvezi z zadevo, o kateri bo izrekal mnenje, ter po potrebi tudi drugo literaturo. Vnaprej ne more vedeti, kaj natančno bo vprašan, zato je povsem normalno, da mu ta postavka pripada. Včasih ji sodišče oporeka ravno z navedbo, da izvedencu niso bila postavljena nova vprašanja, temveč se je le dodatno izrekel o tistih, ki so bila že poslana za sestavo ustnega mnenja. Seveda se ob taki utemeljitvi postavi vprašanje, zakaj bi bil izvedenec sploh še vabljen na ustni narok, po drugi strani pa ni običajno, da bi mu bila ob vabilu na narok vročena tudi vprašanja, na katera bo moral odgovarjati.

1.9 Sklepne ugotovitve o obračunavanju nagrad izvedencev in cenilcev

Poglavje govori o tarifi, po kateri SICT obračunavajo nagrado za svoje delo. Pri obračunavanju nagrad za pisno izdelovanje mnenj in ustno podajanje so precejšnje razlike, kar je prikazano na dveh zgledih, pri katerih je zajeta večina postavk, ki se upošteva pri obračunavanju nagrad.

SICT priporočamo, da vsaj kadar imajo večji obseg dela, vodijo evidenco o izdelanih mnenjih, cenitvah in prevodih oziroma tolmačenjih, kjer naj po primerih spremljajo te podatke:

1. datum prejema sklepa, odredbe in podobno;
2. rok za dokončanje mnenja, cenitve, prevoda;
3. datum predložitve obračuna nagrade;
4. datum prejema sklepa o stroških;
5. predvideni datum izplačila;
6. dejanski datum izplačila.

Z izdelavo take evidence bo lahko spremljal svoje delo, pa tudi to, kako sodišča in/ali drugi naročniki spoštujejo roke, v katerih morajo odločati o izplačevanju nagrad oziroma jih izplačati.

2. NAČIN OBRAČUNA NAGRADE IZVEDENCA ALI CENILCA GLEDE NA NJEGOV STATUS

DURS je 22. 3. 2013 objavil obširno pojasnilo št. 4211-6/2010 01-610-05 o davčni obravnavi nagrad in povračil stroškov sodnih izvedencev in cenilcev ter drugih oseb, ki na zahtevo sodišča opravljajo nekatere storitve, pri tem pa so upravičeni so nagrad in povračil stroškov. Obdavčitev teh prejemkov obravnava Zakon o dohodnini,⁶⁸ lahko pa tudi drugi predpisi, zlasti Zakon o davku na dodano vrednost⁶⁹ ter Zakon o pokojninskem in invalidskem zavarovanju.⁷⁰

Status narekuje SICT-u tudi način, na katerega mu je nagrada izplačana. V glavnem pa za izvedence, cenilce ali tolmače velja:

1. Izvedensko ali cenilsko delo, prevode in/ali tolmačenja opravijo **občasno, hkrati pa ne opravljajo istovrstne neodvisne samostojne dejavnosti**. To je primer, ko je SICT v rednem delovnem razmerju pri delodajalcu, njegovo delo pri delodajalcu pa z izvedenstvom, cenilstvom ali tolmačenjem ni neposredno povezano.

V tem primeru je dohodek obravnavan kot dohodek iz drugega pogodbenega razmerja skladno s tretjim odstavkom 38. člena ZDoh-2. Ta določa, da se za dohodek iz drugega pogodbenega razmerja ne glede na 35. člen ZDoh-2 šteje tudi dohodek iz opravljenega dela ali storitve, ki ni dohodek iz dejavnosti ali v zvezi z njo.

2. SICT **ima registrirano istovrstno neodvisno samostojno dejavnost**, v okviru katere **občasno opravi** tudi delo za sodišče, ali pa **ima registrirano neodvisno samostojno dejavnost**, v okviru katere **nepretrgano opravlja delo za sodišče**.

V tem primeru je dohodek obravnavan kot dohodek iz opravljanja dejavnosti skladno s 46. členom ZDoh-2.

SICT delujejo lahko le kot fizične osebe, ki v razmerju do sodišča ali drugega naročnika opravljajo delo v razmerju, ki ima naravo neodvisnega razmerja. Tudi izplačilo nagrade in stroškov se vedno opravi neposredno na račun SICT, torej ni več dovoljeno uveljavljanje izplačila nagrade in stroškov po zastopniku, ki je bil lahko fizična ali pravna oseba.

68 Uradni list RS, št. 13/11, 24/12, 30/12, 40/12, 75/12, 94/12, 96/13 in 50/14; v nadaljevanju ZDoh-2.

69 Uradni listu RS, št. 13/11, 18/11, 78/11, 38/12, 40/12 – ZUJF in 46/13 – ZIPRS1314-A; v nadaljevanju ZDDV-1.

70 Uradni list RS, št. 96/12 in 39/13; v nadaljevanju ZPIZ-2.

2.1 Izplačevanje nagrade, ko izvedenec, cenilec ali tolmač ne deluje kot fizična oseba, ki samostojno opravlja dejavnost

Če SICT delo za sodišče opravi občasno in nima registrirane samostojne dejavnosti, se mu nagrada nakaže na osebni račun, izplačevalec nagrade (običajno sodišče, v nekaterih primerih pa tudi drugi) pa mora zanj plačati tudi akontacijo dohodnine. Ob izplačilu nagrade in stroškov upravitelju, sodnemu izvedencu, cenilcu, tolmaču in mediatorju, ki se obdavčijo kot dohodek po tretjem odstavku 38. člena ZDoh-2, mora sodišče kot izplačevalec dohodka skladno s prvim odstavkom 154. člena ZPIZ-2 plačati tudi 8,85-odstotni prispevek za posebne primere zavarovanja (v nadaljevanju prispevek za PIZ), v socialnih sporih o pravicah do in iz socialnih zavarovanj in socialnega varstva pa ta prispevek plača ZPIZS ali ZZZS. Od tovrstnih prejemkov se posebni davek na določene prejemke ne plačuje.

V zvezi z nagrado je treba obračunati tudi prispevek za zdravstveno zavarovanje, in sicer 6,36 % od bruto zneska v breme prejemnika in 0,53 % v breme izplačevalca.

Zgled obračuna:

Izvedenec je obračunal nagrado za izvedensko delo po tarifi v višini 285,40 EUR. V ta znesek je vključeno tudi 1,60 EUR potnih stroškov (zgled iz poglavja 1.8.2). Sodišče bo obračunalo:

ZŠ	Opis	Znesek
1.	Bruto nagrada	285,40 EUR
2.	Normirani stroški (10 % od ZŠ 1)	28,54 EUR
3.	Prispevek za zdravstveno zavarovanje (6,36 % od ZŠ 1)	18,15 EUR
4.	Osnova za obračun akontacije dohodnine (ZŠ 1 – ZŠ 2 – ZŠ 3)	238,71 EUR
5.	Akontacija dohodnine (ZŠ 4 × 25 %)	59,68 EUR
6.	Za izplačilo izvedencu na osebni račun (ZŠ 1 – ZŠ 4)	207,57 EUR
7.	Prispevek za PIZ (v breme izplačevalca) (8,85 % od ZŠ 1)	25,26 EUR
8.	Prispevek za zdravstveno zavarovanje (v breme izplačevalca) (0,53 % od ZŠ 1)	1,51 EUR
9.	Strošek za izplačevalca (ZŠ 1 + ZŠ 6)	312,17 EUR

Dohodek se izvedencu prišteje k preostalim prejetim dohodkom in v letnem davčnem obračunu dohodnine obdavči po lestvici.

SICT lahko poleg normiranih 10 % stroškov skladno z 41. členom ZDoh-2 uveljavlja tudi dejanske stroške prevoza in prenočitve v zvezi z opravljanjem

dela ali storitev, in sicer se priznajo na podlagi dokazil pod pogoji in do višine, ki jih na podlagi 44. člena ZDoh-2 določila vlada.⁷¹ Žal pa to lahko stori šele **v ugovoru zoper informativni izračun dohodnine**, ker zneski povračil materialnih stroškov, priznanih z nagrado, SICT-u ne znižujejo osnove za obračun akontacije dohodnine že pri posamičnem prejemku.

Dohodek se vštevava v davčno osnovo za odmero dohodnine v letu, ko je SICT prejel nakazilo, kar je lahko tudi pozneje od izdelave mnenja, cenitve ali prevoda.

2.2 Izplačevanje nagrade, ko izvedenec, cenilec ali tolmač deluje kot fizična oseba, ki samostojno opravlja dejavnost

Če ima SICT registrirano dejavnost in deluje kot samostojni podjetnik tudi v dejavnosti, za katero je izvedenec, cenilec ali tolmač, za svojo nagrado in stroške sodišču izda račun. Če je zavezanec za davek na dodano vrednost, od nagrade in stroškov obračuna še 22-odstotni davek na dodano vrednost.⁷²

Zgled obračuna:

Izvedenec je obračunal nagrado za izvedensko delo po tarifi v višini 1.551,86 EUR. V ta znesek je vključenih tudi 9,26 EUR potnih stroškov (zgled iz poglavja 1.8.1). Izvedenec je zavezanec za obračun davka na dodano vrednost.

Sodišču bo izdal račun za obračun nagrade po specifikaciji:

ZŠ	Opis	Znesek
1.	Skupna vrednost nagrade in stroškov	1.551,86 EUR
2.	Davek na dodano vrednost po stopnji 22 %	341,41 EUR
3.	Znesek za plačilo (ZŠ 1 + ZŠ 2)	1.893,27 EUR

Skupno vrednost nagrade in stroškov mora vključiti med prihodke v svoje poslovne knjige, in sicer na dan, ko je izdelal izvedensko mnenje, ker za ugotavljanje prihodkov in odhodkov oseb, ki opravljajo samostojno dejavnost, velja za obdavčevanje z akontacijo davka od dohodkov iz dejavnosti datum nastanka poslovnega dogodka in ne datum plačila. Enako velja tudi, če se davčna osnova ugotavlja z upoštevanjem

71 Uredba o davčni obravnavi povračil stroškov in drugih dohodkov iz delovnega razmerja, Uradni list, RS, št. 140/06 in 76/08.

To pomeni, da na primer kilometrino za uporabo osebnega vozila lahko SICT uveljavlja do višine 0,37 EUR za prevoženi kilometer, čeprav je sodišče skladno s Pravilnikom IC priznalo le 0,11 EUR za prevoženi kilometer.

72 Iz Pravilnika IC je bilo z zadnjo spremembo iz 53. člena sicer črtano določilo »Nagrada in stroški se povečajo za davek na dodano vrednost le, če je izvedenec oziroma cenilec v Republiki Sloveniji davčni zavezanec za ta davek, ne pa tudi, če izvedenec oziroma cenilec uveljavlja izplačilo po zastopniku, pri čemer je zavezanec za ta davek samo zastopnik«, vendar je bilo to določilo treba razumeti predvsem v okviru obračunavanja davka na dodano vrednost pri izplačilu po zastopniku. Na primer »Pravilnik o tarifi za odmero nagrade upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti in prisilne likvidacije ter stroških, do povrnitve katerih je upravitelj v teh postopkih upravičen« v 2. členu izrecno določa, da se nagrada za delo upravitelja poveča za davek na dodano vrednost, če je upravitelj zavezanec za plačilo tega davka. Upošteva funkcijo upraviteljev v primerjavi s sodnimi izvedenci in cenilci bi bilo skrajno nenavadno, če bi bila obravnava nagrade pri slednjih z vidika obračuna davka na dodano vrednost drugačna.

normiranih odhodkov. V zvezi s priznavanjem prihodkov je treba upoštevati SRS 18.11. in SRS 18.12., po katerih se ti pripoznajo, če so izpolnjeni tile pogoji: a) podjetje prenese na kupca vsa pomembna tveganja in koristi, ki izhajajo iz lastništva; b) podjetje ne sodeluje pri poslovanju niti toliko, kolikor je običajno zaradi lastništva, niti dejansko ne odloča o prodanih proizvodih; c) znesek prihodkov je mogoče zanesljivo oceniti; č) verjetno je, da bodo gospodarske koristi, povezane s poslom, pritekale v podjetje; in d) stroške, ki so nastali ali bodo nastali v zvezi s poslom, je mogoče zanesljivo izmeriti. Prihodki se pripoznajo, ko se upravičeno pričakuje, da bodo vodili do prejemkov, če ti niso uresničeni že ob nastanku. Če zna SICT ustrezno vrednotiti svoje delo (kar se od njega pravzaprav tudi pričakuje) in delo tudi sodišče pravilno vrednoti, ne bi smelo biti večjih razlik med zahtevki in odobreno nagrado.

Storitev SICT je dejansko opravljena, ko je izdelek predložen sodišču ali je ustna obravnava zaključena in ne šele ob prejemu sklepa sodišča, s katerim priznava nagrado. Na račun manj priznane nagrade se prihodki stornirajo in zmanjša terjatev do sodišča, če SICT za poslovno leto še ni zaključil poslovnih knjig. Ker mora biti sklep o nagradi izdan v 15 dneh od oddaje stroškovnika, se praviloma ne bi smelo dogajati, da SICT do končnega roka za oddajo računovodskega poročila in davčnega obračuna ne bi prejel sklepa, vendar žal ugotavljamo, da se sodišča ne držijo vedno rokov, v katerih bi morala odločati o nagradah SICT.

Sodišču ni treba plačati 8,85 % prispevka PIZ in 0,53 % prispevka za ZZ za posebne primere zavarovanja, saj ju izvedenec oziroma cenilec plačuje že v okviru svoje dejavnosti.

2.3 Obdavčitev z dohodnino, ko izvedenec, cenilec ali tolmač deluje kot fizična oseba, ki samostojno opravlja dejavnost

Končna obdavčitev je odvisna od tega, ali SICT ugotavlja davčno osnovo za davek od dohodkov iz dejavnosti z upoštevanjem dejanskih ali normiranih odhodkov.

2.3.1 Obdavčitev z dohodnino pri ugotavljanju osnove z upoštevanjem dejanskih prihodkov in dejanskih odhodkov

V takem primeru je davčna osnova sestavljena iz računovodsko ugotovljenih prihodkov in odhodkov ter je povečana in zmanjšana za prilagoditve v davčnem obračunu. Prilagoditve se nanašajo na nepriznane ali delno priznane odhodke ter na olajšave. Tako ugotovljena osnova se obdavči z davkom od dohodkov iz dejavnosti kot podvrsto dohodnine z uporabo dohodninske lestvice. Dokončna obdavčitev pa je odvisna še od drugih dohodkov, ki jih taka oseba doseže zunaj opravljanja dejavnosti.

2.3.2 Obdavčitev z dohodnino pri ugotavljanju osnove z upoštevanjem dejanskih prihodkov in normiranih odhodkov

Če SICT prijavi, da bo dejavnost obdavčena z uporabo normiranih odhodkov, je obračunani in plačani davek dokončen ter ne vstopa v lestvico za obračun dohodnine z drugimi dohodki.

Tak način obdavčitve je bil uveden s 1. januarjem 2013, ko so »normirancem« priznani 70-odstotni normirani odhodki, 30 % prihodkov pa je obdavčeno dokončno z 20-odstotnim davkom. Torej je učinkovita obdavčitev 6 % od prihodkov.

Za obdavčitev z uporabo normiranih odhodkov morajo biti izpolnjeni pogoji, o katerih je več razloženo v tretjem poglavju.

Od 1. januarja 2015 bodo »normirancem« priznani 80-odstotni normirani odhodki, pri dokončni stopnji dohodnine 20 % pa bo učinkovita obdavčitev znašala 4 % od zaračunanih prihodkov.

Omejitev je, da »normiranec« ne sme prekoračiti letnih prihodkov 50.000 evrov, od 1. januarja 2015 pa je ta prag za tiste, ki so bili v letu 2013 obvezno zavarovani za poln delovni čas v okviru dejavnosti neprekinjeno najmanj pet mesecev, dvignjen na 100.000 evrov.

2.4 Sklepne ugotovitve o načinih izplačevanja nagrad izvedencem, cenilcem in tolmačem

SICT je v postopkih vedno imenovan kot fizična oseba in temu je prilagojen tudi način obračunavanja nagrade. Če SICT ne opravlja dela kot registrirano samostojno dejavnost, izplačevalec zanj obračuna akontacijo dohodnine, plačati pa mora tudi 8,85-odstotni prispevek za pokojninsko in invalidsko zavarovanje ter 0,53-odstotni prispevek za zdravstveno zavarovanje. Tudi v breme prejemnika se obračuna posebni prispevek za zdravstveno zavarovanje v višini 6,36 % od bruto osnove.

Dohodek od izvedenstva, cenitev ali tolmačenja se skupaj z drugimi dohodki (na primer plača, regres ...) obdavči po veljavni dohodninski lestvici v letu, v katerem je prejet. SICT lahko v ugovoru zoper informativni izračun dohodnine poleg normiranih 10 % uveljavlja dejanske potne stroške in stroške prenočitev, če ima za te stroške dokazila.

Kadar pa SICT opravlja delo v okviru registrirane samostojne dejavnosti, za opravljene storitve izda račun. Dohodek se obdavči v letu, v katerem je bila storitev opravljena, in to tedaj, ko se davčna osnova ugotavlja na podlagi dejanskih prihodkov in dejanskih odhodkov, pa tudi, ko se ugotavlja na podlagi dejanskih prihodkov in normiranih odhodkov.

Razlika med načinoma obdavčitve samostojnih podjetnikov oziroma oseb, ki opravljajo registrirano samostojno dejavnost, je v tem, da gre pri obdavčitvi z uporabo normiranih odhodkov za dokončni davek in dohodki iz te dejavnosti ne vstopajo v obdavčitev po dohodninski lestvici. Za obdavčevanje z uporabo normiranih odhodkov morajo biti izpolnjeni določeni pogoji, tak način obdavčitve pa je treba pravočasno prijaviti na FURS.

3. UGOTAVLJANJE DAVČNE OSNOVE Z UPOŠTEVANJEM NORMIRANIH ODHODKOV

Z novelo Zakona o dohodnini ZDoh-2L in spremembami v Zakonu o davčnem postopku ZDavP-2F je s 1. januarjem 2013 začela veljati drugačna ureditev obdavčevanja dohodkov zasebnikov, ki ugotavljajo davčno osnovo z upoštevanjem dejanskih prihodkov in **normiranih odhodkov**.

Od 1. januarja 2015 se pravila za ugotavljanje davčne osnove z upoštevanjem dejanskih prihodkov in normiranih odhodkov spreminjajo ter so za zavezance ugodnejša.

3.1 Pogoji za obdavčevanje z upoštevanjem normiranih odhodkov

To je poenostavljena obdavčitev dohodka iz dejavnosti, ki je lahko poleg zmanjšanih administrativnih zahtev tudi ugodnejša od splošne obdavčitve dohodka iz dejavnosti.

Zavezanci se lahko odločijo za tako obdavčitev v teh primerih:

- 1) Prihodki iz dejavnosti v preteklem davčnem letu ne presegajo 50.000 evrov, pri čemer se prihodki upoštevajo po računovodskih pravilih iz SRS (po načelu zaračunane prodaje). Zavezanec, ki začne poslovati na novo, ima tudi to pravico, če pričakuje, da prihodki ne bodo presegli 50.000 evrov, ali

(velja od 1. januarja 2015) če v davčnem letu pred tem davčnim letom njegovi prihodki iz dejavnosti, ugotovljeni po pravilih o računovodenju, ne presegajo 100.000 evrov in je bila pri zavezancu v skladu z zakonom, ki ureja pokojninsko in invalidsko zavarovanje, obvezno zavarovana vsaj ena oseba za poln delovni čas neprekinjeno najmanj pet mesecev.

- 2) Priglasijo tako obdavčitev v skladu z zakonom, ki ureja davčni postopek.

Normirani odhodki znašajo 70 % dejanskih prihodkov, davčna stopnja davka od dohodkov iz dejavnosti pa je 20-odstotna. Od leta 2015 normirani odhodki znašajo 80 % dejanskih prihodkov, davčna stopnja davka od dohodkov iz dejavnosti pa ostaja enaka.

Davek je dokončen (cedularna obdavčitev), kar pomeni, da niti dohodek niti plačani davek ne vstopata v splošno dohodninsko lestvico. Torej zavezanec plača davek od dohodkov iz dejavnosti v višini 6 % (za leto 2015 in naprej 4 %) od zaračunanih prihodkov, kot je prikazano v preglednici:

Opis	Znesek (denarnih enot)
Dejanski prihodki	100
Normirani odhodki (70 %)	70
Davčna osnova (dejanski prihodki – normirani odhodki)	30
Davek (20 % od davčne osnove)	6

Od 1. januarja 2015 je izračun:

Opis	Znesek (denarnih enot)
Dejanski prihodki	100
Normirani odhodki (80 %)	80
Davčna osnova (dejanski prihodki – normirani odhodki)	20
Davek (20 % od davčne osnove)	4

Upoštevati je treba, da zaradi poenostavitev niso mogoče nobene dodatne olajšave, dokler zavezanec obračunava davek od dohodkov iz dejavnosti na tak način. To pomeni, da so v normirane odhodke vključeni prispevki za socialno varnost, vsi stroški materiala in storitev, pa tudi amortizacija kot strošek, povezan z opredmetenimi osnovnimi sredstvi in neopredmetenimi sredstvi. Iz napisanega izhaja, da je tovrstna obdavčitev primerna zlasti za osebe, ki opravljajo predvsem storitveno dejavnost.

3.2 Druge obveznosti zasebnikov, ki davek iz dejavnosti plačujejo z upoštevanjem normiranih odhodkov

Osnova za plačevanje prispevkov za socialno varnost se določa glede na doseženi dobiček samozaposlenega v preteklem letu. Zavarovalna osnova se določa posamično glede na doseženi dobiček. Zavezanec se lahko zavaruje tudi od višje zavarovalne osnove, vendar največ do 3,5-kratnika povprečne plače.

Od 1. julija 2013 velja oprostitev plačila prispevkov⁷³ ob prvem vpisu v poslovni register, in sicer:

1. v prvih 12 mesecih v višini 50 % zneska prispevka,
2. v naslednjih 12 mesecih v višini 30 % zneska prispevka.

Če je zavezanec zavarovan na drugi podlagi (na primer da je nekje v delovnem razmerju), mora plačevati prispevek za pokojninsko in invalidsko zavarovanje v pavšalnem znesku, kar je znašalo ob pisanju tega prispevka 64,21 evra mesečno ali približno 770 evrov letno.⁷⁴

Poleg tega mora imeti zavezanec, ki samostojno opravlja dejavnost, odprt transakcijski račun, ki je ločen od osebnega transakcijskega računa in namenjen plačilnemu prometu, ki je povezan s poslovanjem zasebnika. V predpisih ni navedeno, da mora biti to »poslovni« račun, in nekatere banke komitentom tudi za namene dejavnosti odprejo t. i. »osebni« račun.

⁷³ Oprostitev plačila prispevkov se prizna le tistim zavezancem, ki se prvič vpišejo v register, kar pomeni, da ob prenehanju opravljanja dejavnosti z izbrisom iz registra, ki nato še pred potekom dveh let od prvega vpisa spet registrirajo dejavnost, niso več oproščeni plačila prispevkov.

⁷⁴ Vsakokratni aktualni podatki so dostopni na povezavi: http://www.durs.gov.si/si/prispevki_za_socialno_varnost/pavsalni_prispevki_za_zavezance_ki_opravljajo_dejavnost_kot_postranski_poklic_pojasnila/.

Pri ureditvi, veljavni od 1. januarja 2015, in ob zdaj veljavni dohodninski lestvici bi se skupni neto dohodek SICT, katerega mejni dohodki⁷⁵ spadajo v 2. dohodninski razred (27 % – davčna osnova nad 8.021,34 do 18.960,28 evra), izenačil pri izvajanju izvedenskega oziroma cenilskega dela v obliki normiranega s. p. ali kot fizične osebe, ki ne opravlja dejavnosti, pri bruto dohodku (zaokroženo) 5.950 evrov, če pa njegovi mejni dohodki spadajo v 3. dohodninski razred (41 % – davčna osnova nad 18.960,28 do 70.907,20 evrov), bi se neto dohodki izenačili pri bruto dohodku (zaokroženo) 3.130 evrov.

3.3 Povzetek ugotovitev o ugotavljanju davčne osnove z upoštevanjem normiranih odhodkov

Z letom 2013 so začele veljati spremenjene določbe o ugotavljanju davčne osnove davka od dohodkov iz dejavnosti z upoštevanjem normiranih odhodkov. Ti znašajo 70 % od doseženih prihodkov. Stopnja davka je 20-odstotna in obdavčitev je dokončna. Od leta 2015 se višina normiranih odhodkov večja na 80 %.

Plačevanje davka z upoštevanjem normiranih odhodkov je mogoče le, če prihodki zavezanca ne presegajo 50.000 evrov in je tak način ugotavljanja davčne osnove priglašen. Priglasitev je treba opraviti ob registraciji, pozneje pa do konca marca za tekoče davčno leto. Od leta 2015 se prag prihodkov v nekaterih primerih lahko dvigne na do 100.000 evrov.

Ker je tudi prag za registracijo za davek na dodano vrednost od 1. aprila 2013 dvignjen na 50.000 evrov, je lahko tako poenostavljeno poslovanje zanimiva organizacijska oblika za zaračunavanje dela SICT, če njihovi letni prihodki ne presegajo predpisanega praga.

Tudi če zavezanec ne dosega prihodkov, mu nastajajo nekateri stalni (fiksni) stroški, in sicer vsaj prispevki za socialno varnost in stroški vodenja ločenega bančnega računa.

SKLEP

Sodni izvedenci in sodni cenilci so osebe, ki sodišču na njegovo zahtevo predložijo izvid in mnenje, če sodišče meni, da potrebuje pomoč strokovnjaka. Za svoje delo imajo pravico do nagrade. Podoben status imajo tudi sodni tolmači. Višino nagrade urejata Pravilnik o sodnih izvedencih in sodnih cenilcih, in sicer v členih od 39 do 53, in Pravilnik o sodnih tolmačih v členih od 40 do 51.

Pomembno je, da SICT čim natančneje opredeli svoj zahtevek in pri tem ustrezno upošteva postavke obračuna.

75 Mejni dohodek je »zadnji« dohodek, upošteva pa se dohodninska stopnja, ki velja v tem dohodninskem razredu, in ne povprečna stopnja akontacije dohodnine, ki bi jo dobili tako, da bi skupni znesek obveznosti za plačilo dohodnine delili z osnovo za dohodnino.

Način obračuna je odvisen od statusa SICT. Če nima registrirane samostojne dejavnosti, se mu nagrada izplača kot dohodek iz drugega pogodbenega razmerja. Ti dohodki vstopajo v obračun dohodnine v letu, ko so izplačani.

Če pa ima SICT registrirano samostojno dejavnost, v okviru katere opravlja tudi izvedensko delo, je nagrada zanj dohodek iz dejavnosti. Tudi obdavčitev se razlikuje glede na status izvedenca. Dohodek se obdavči v letu opravljanja storitev (in ne šele ob njihovem plačilu).

Če dohodki izvedenca ali cenilca ne presegajo 50.000 evrov, ima v okviru registrirane samostojne dejavnosti možnost ugotavljanja davčne osnove tudi z upoštevanjem normiranih odhodkov.

LITERATURA IN VIRI:

- Davčna uprava Republike Slovenije (2013). *Davčna obravnava nagrad in povračil stroškov upraviteljev, sodnih izvedencev, cenilcev, tolmačev in mediatorjev*. Pojasnilo DURS, št. 4211-6/2010 01-610-05. Najdeno 25. marca 2013 na spletnem naslovu http://www.durs.gov.si/si/davki_predpisi_in_pojasnila/dohodnina_pojasnila/dohodek_iz_zaposlitve/dohodek_iz_drugega_pogodbenega_razmerja/davcna_obravnava_nagrad_in_povracil_stroskov_upraviteljev_sodnih_izvedencev_cenilcev_tolmacev_in_mediatorjev/.
- Pravilnik o sodnih izvedencih in sodnih cenilcih, *Uradni list RS*, št. 88/10, 1/12 in 35/13.
- Pravilnik o sodnih tolmačih, *Uradni list RS*, št. 88/10, 1/12 in 35/13.
- Pravilnik o tarifi za odmero nagrade upravitelja v postopkih zaradi insolventnosti in prisilne likvidacije ter stroških, do povrnitve katerih je upravitelj v teh postopkih upravičen, *Uradni list RS*, št. 91/2008, 119/2008 in 53/2009.
- Slovenski inštitut za revizijo (2012). *Slovenski računovodski standardi 2006*, 8. izdaja. Ljubljana: Slovenski inštitut za revizijo (izdajatelj), Zveza računovodij, finančnikov in revizorjev Slovenije (založnik).
- Voglar, Matjaž (2013). *Obračunavanje izvedenskega in cenilskega dela – pregled sodne prakse*. Gradivo za 2. strokovno srečanje sodnih izvedencev in sodnih cenilcev Slovenije, Brdo pri Kranju: Center za izobraževanje v pravosodju.
- Zakon o dohodnini – ZDoh-2. *Uradni list RS*, št. 13/11, 24/12, 30/12, 40/12, 75/12, 94/12, 96/13 in 50/14.
- Zakon o sodiščih – ZS. *Uradni list RS*, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo, 101/2007 – odl. US: Up-679/06-66, U-I-20/07, 31/08 – skl. US: U-I-304/07-11, 45/08, 47/09 – odl. US: U-I-54/06-32 (48/09 – popr.), 96/09, 86/10 – ZJNepS, 33/11, 75/12 – ZSPDLSL-A.

ZGLED OBRAČUNA

Janez Hrast, univ. dipl. inž. gozd.
sodni izvedenec in cenilec za gozdarstvo
Pod topoli 6
1000 Ljubljana

Okrožno sodišče v Ljubljani
Tavčarjeva 9
1000 Ljubljana

Ljubljana, 20. 10. 2014

Obračun nagrade št. 6/2014
Zadeva: III P 167/2011

Zaračunavam vam izdelavo pisnega izvedenskega mnenja v zadevi III P 167/2011:

Tožeča stranka	Marija Breza, Gozdna cesta 6, Mengeš
Tožena stranka	Tone Smrekar, V smrečje 8, Trzin

ZŠ	Opis	Znesek
1.	Študij spisa nad 500 do 1000 strani; sestavljeno iz: osnovni spis 570 strani, priloge A 100 strani, priloge B 80 strani <i>Skupaj 750 strani</i>	230,00 EUR
2.	Izdelava zelo zahtevnega mnenja	414,00 EUR
3.	Dodatek za nujno izdelavo mnenja: 100 % od (ZŠ 1 + ZŠ 2)	644,00 EUR
4.	Materialni stroški: 15 % od (ZŠ 1 + ZŠ 2)	96,60 EUR
5.	Zbiranje in proučevanje dodatne dokumentacije <i>manj obsežno (20 strani)</i>	46,00 EUR
6.	Ogled; zahtevno (2 uri, 14. 4. 2013, od 10:00 do 12:00)	92,00 EUR
7.	Nadomestilo za čas potovanja na ogled in z ogleda: <i>2 x začete pol ure po 10 EUR</i>	20,00 EUR
8.	Povračilo potnih stroškov: kilometrina 2 x 40 km po 0,1158 EUR <i>(8 % cene za NMB 95, cena za liter NMB 95 = 1,4470 EUR)</i>	9,26 EUR
9.	SKUPAJ (1 do 8)	1.551,86 EUR
10.	Normirani stroški (10 % od ZŠ 9)	155,19EUR
11.	Prispevek za ZZ (6,36 % od ZŠ 9)	98,70 EUR
12.	Osnova za obračun akontacije dohodnine (ZŠ 9 – ZŠ 10 – ZŠ 11)	1.404,69 EUR
13.	Akontacija dohodnine (ZŠ 12 × 25 %)	324,49 EUR
14.	Za izplačilo izvedencu na osebni račun (ZŠ 9 – ZŠ 13)	1.128,67 EUR
15.	Prispevek za PIZ (8,85 % od ZŠ 9)	137,37 EUR
16.	Prispevek za ZZ (0,53 % od ZŠ 9)	8,22 EUR
17.	Strošek za izplačevalca (ZŠ 9 + ZŠ 14)	1.697,42 EUR

Znesek 1.209,60 EUR nakažite na moj osebni račun številka SI56 0201 1200 000 456, odprt pri Novi Ljubljanski banki, d. d., Ljubljana. Izjavljam, da nisem zavezanec za obračun davka na dodano vrednost. V zvezi s plačilom izvedenske/ceniške nagrade izjavljam, da sem vključen v obvezno zavarovanje skladno s 14. členom ZPIZ-2 za poln delovni čas, in zato zavarovanje skladno s tretjim odstavkom 18. člena ZPIZ-2 ni potrebno.

Janez Hrast

AKTUALNA PROBLEMATIKA S PODROČJA INSOLVENČNIH ZADEV

Mateja Levstek
višja sodnica
Višje sodišče v Ljubljani

V prispevku so prikazani mogoči odgovori na vprašanja, ki so bila postavljena za Gospodarskopravno šolo 2014.

Insolvenčne zadeve, ki jih kot izključno pristojno obravnava Višje sodišče v Ljubljani, so označene zgolj z opravilno številko Cst, brez dodatne navedbe, da jih je izdalo to sodišče.

1. 123.a člen ZFPPIPP: Ali mora odvetnik, ki podpiše prijavo terjatve, to prijavo vložiti prek portala e-Sodstvo s svojo sigov-co ali je ta lahko npr. od njegove tajnice?

ODGOVOR:

V skladu s prvim odstavkom 123.a člena Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)¹ mora odvetnik, ki zastopa stranko v postopku zaradi insolventnosti, vložiti vloge v elektronski obliki, podpisani z varnim elektronskim podpisom, overjenim s kvalificiranim potrdilom.

Ob tem prvi odstavek 105.b člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)² določa, da se pisna vloga vloži tako, da se pošlje po pošti, elektronski poti, z uporabo sredstev komunikacijske tehnologije, izroči neposredno organu ali po osebi, ki opravlja posredovanje vlog kot svojo dejavnost (poslovni ponudnik). Vloga v elektronski obliki se vloži tako, da se pošlje po elektronski poti informacijskemu sistemu.

Kvalificirano potrdilo je potrdilo v elektronski obliki, ki povezuje podatke za preverjanje elektronskega potrdila z določeno osebo (imetnikom potrdila) ter potrjuje njeno identiteto in ki izpolnjuje zahteve iz 28. člena Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu (ZEPEP)³ in ga izda overitelj, ki deluje v skladu z zahtevami iz 29. do 36. člena ZEPEP (18. in 19. točka 2. člena ZEPEP). Pošiljatelj elektronskega sporočila pa je oseba, ki je sama poslala elektronsko sporočilo ali pa je bilo sporočilo poslano v njenem imenu in v skladu z njeno voljo, posrednik elektronskega sporočila pa se ne šteje za pošiljatelja tega elektronskega sporočila (6. točka 2. člena ZEPEP). Ali je bila vloga poslana v elektronski obliki, podpisani z varnim elektronskim podpisom, ki je overjen s kvalificiranim potrdilom, izhaja že

1 Uradni list RS št. 13/14 – uradno prečiščeno besedilo.

2 Uradni list RS št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo.

3 Uradni list RS, št. 57/00, 30/01 – ZODPM-C, 25/04, 73/04 – ZN-C in 61/06 – ZEPT, 46/14.

iz same vloge, ki je bila poslana sodišču prve stopnje v elektronski spis (k vlogi oziroma procesnemu dejanju priloženo – XML eOpravila, iz česar tudi izhaja, kdo je vložnik). Če ne bi bilo tako, je sistem ne bi sprejel v elektronski vpisnik. Pri tem velja opozoriti še na prvi odstavek 5. člena ZEPEP, po katerem velja, da elektronsko sporočilo izvira od pošiljatelja, če ga ta pošlje sam, pa tudi, če ga pošlje oseba, ki jo pošiljatelj pooblasti.

Glede na navedena določila zato menim, da ni ovire, da bi vlogo dejansko poslala odvetnikova tajnica.

2. Sodišče je začelo stečajni postopek nad dolžnikom. Stečajni upravitelj je sodišču predlagal zaznambo sklepa o začetku stečajnega postopka v zemljiški knjigi, ker ima stečajni dolžnik v lasti več nepremičnin. Predlog je utemeljil z navedbo, da je bila uvedena elektronska zemljiška knjiga in upravitelj ne more več z dopisom zemljiške knjige obvestiti o začetku stečajnega postopka.

ZFPPIPP ureja vpise pravnih dejstev v zvezi s postopkom zaradi insolventnosti v sodni ali poslovni register, ne pa tudi v zemljiško knjigo. Ali je vendarle treba poslati sklep o začetku stečajnega postopka na okrajno sodišče v zemljiško knjigo in jih pri tem še pozvati, da vpišejo začetek stečajnega postopka pri vseh nepremičninah, ki jih ima stečajni dolžnik kjer koli v Republiki Sloveniji?

ODGOVOR:

V zemljiško knjigo se po 22. členu Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1)⁴ vpisujejo pravna dejstva glede nepremičnine oziroma imetnika pravic na nepremičnini, med drugimi tudi začetek sodnega postopka glede imetnika pravice na nepremičnini, če zakon določa, da se začetek tega postopka vpiše v zemljiško knjigo oziroma pravna dejstva glede poslovne sposobnosti imetnika pravice na nepremičnini (zaznambe osebnih stanj in zaznambe stečaja – 1. točka 22. člena ZZK-1).

Zemljiškoknjižno sodišče dovoli zaznambo začetka stečajnega postopka (zaznambo stečaja) nad zemljiškoknjižnim lastnikom oziroma imetnikom drugih pravic, ki so vpisane v zemljiški knjigi, na podlagi sklepa stečajnega sodišča o začetku stečajnega postopka, predlogu pa mora biti priložen sklep o začetku stečajnega postopka (prvi in drugi odstavek 93. člena ZZK-1).

Zemljiškoknjižno predlog mora biti vložen elektronsko (prvi odstavek 125.a člena ZZK-1). Upravitelj ni oseba, ki bi smela sama vlagati zemljiškoknjižno predlog, torej mora v njegovem imenu tak predlog vložiti notar kot njegov pooblaščenec (drugi odstavek 125.a člena ZZK-1). Glede na določila o zemljiškoknjižnem postopku po mojem mnenju ni mogoče, da bi zemljiškoknjižnemu sodišču poslali pisni predlog in priložili sklep o začetku stečajnega postopka s pisno vlogo, saj je vse vloge treba vlagati elektronsko. Glede na drugi odstavek 93. člena ZZK-1 zemljiškoknjižno sodišče odloči na predlog, ne po uradni dolžnosti. Poskrbeti za ta vpis je dolžnost upravitelja.

⁴ Uradni list RS, št. 58/03, 45/08, 37/08 – ZST-1, 28/09 in 25/11.

3. Dolžnik predlaga začetek postopka osebnega stečaja, pri čemer nima nobenega premoženja. Odpusta obveznosti še ne predlaga (čas ima do izdaje sklepa o končanju postopka osebnega stečaja) ali pa ga predlaga in ugotovimo, da obstajajo ovire za odpust obveznosti. Ali je treba kljub temu začeti postopek osebnega stečaja? Kaj če se to ugotovi med postopkom – ali ga kljub temu nadaljevati?

ODGOVOR:

Postopek osebnega stečaja je sodni postopek, ki ni samemu sebi namen. Zato mora imeti predlagatelj tudi pravni interes za vodenje tega postopka. Če predlog vložijo dolžnik, je tako pomembno, da lahko pričakuje izboljšanje oziroma ureditev svojega položaja. Dejstvo, da postopek osebnega stečaja daje delno zaščito pred upniki (oziroma izvršitelji), ni pravno relevantno.

Postopek osebnega stečaja se vodi, da bi vsi upniki iz premoženja stečajnega dolžnika prejeli plačilo svojih navadnih terjatev do stečajnega dolžnika hkrati in v enakih deležih (prvi odstavek 382. člena ZFPPIPP). To je osnovni namen postopka osebnega stečaja. Drugi (dopustni) namen, ki ga dolžnik lahko ima, je odpust obveznosti.

Če ni nobenega premoženja, dolžnik pa je brezposeln oziroma prejema dohodke le v višini, ki ne spada v stečajno maso, to pomeni, da osnovnega namena postopka osebnega stečaja ni mogoče doseči. Premoženja namreč ni niti se ne bo natekla stečajna masa, kar pomeni, da upniki ne bodo poplačani niti v najmanjšem deležu, nastajali pa bodo stroški stečajnega postopka, ki ne bodo poplačani. Ob tem se začetni predujem krije iz proračuna sodišča in tudi ne bo vrnjen.

Če obstajajo ovire za odpust obveznosti (praviloma gre za ovire iz 1. točke 399. člena ZFPPIPP), dolžnik ne bo mogel doseči niti drugotnega namena postopka osebnega stečaja – odpusta obveznosti.

Tak dolžnik tako nima pravnega interesa za začetek postopka osebnega stečaja, saj se njegov položaj s tem ne bo v ničemer izboljšal oziroma spremenil. Torej je tak predlog za začetek stečajnega postopka treba zavreči. Če je dolžnik v predlogu za začetek postopka osebnega stečaja že predlagal tudi odpust obveznosti, je primerno hkrati z zavrnjenjem predloga za začetek postopka osebnega stečaja oziroma po izdaji tega sklepa zavreči še njegov predlog za začetek postopka odpusta obveznosti, ki lahko teče le znotraj postopka osebnega stečaja, ta pogoj pa ni izpolnjen.

Menim, da takrat, ko dolžnik predlaga le začetek stečajnega postopka, ne pa tudi odpusta obveznosti in sodišče ugotovi, da dolžnik nima premoženja in njegovi dohodki ne presegajo zneska, ki je izvzet iz stečajne mase (če je sploh zaposlen ali če prejema pokojnino), hkrati pa niti ne trdi, da bi obstajala izpodbojna dejanja, sodišče predlog zavrne zaradi pomanjkanja pravnega interesa – osnovni namen, ki ga dolžnik s predlogom ima, ne bo dosežen, drugotnega namena pa ne uveljavlja. V takem primeru niti ni potrebno, da bi se sodišče ukvarjalo z možnostjo odpusta obveznosti in v zvezi s tem obstoja ovir za odpust obveznosti, saj tak predlog

sploh ni vložen. Ali bo vložil predlog za odpust obveznosti, pa je bodoče negotovo dejstvo, ki ga sodišče ne more in ne sme upoštevati.

Če je bil postopek osebnega stečaja začel, a sodišče pozneje ugotovi ovire za odpust obveznosti, ne vidim podlage, da bi v takem primeru končalo stečajni postopek zgolj iz tega razloga. Vsekakor se, če ni stečajne mase, postopek tako ali tako konča brez razdelitve upnikom, kar mora predlagati upravitelj.

V zvezi s tem obstaja usklajena sodna praksa v odločbah Cst 47/2014, Cst 110/2014 (in s tem v zvezi Cst 111/2014), Cst 371/2014, Cst 399/2014, Cst 406/2014, Cst 416/2014 in Cst 430/2014).

4. Pri določanju dolžine preizkusnega obdobja se upoštevajo starost, družinske razmere, zdravstvena in druga osebna stanja ter razlogi za insolventnost. Ali je treba zahtevati predložitev dokazov o obstoju teh okoliščin? Ugotovljamo različno prakso sodišč glede dolžine preizkusnih dob.

ODGOVOR:

Če dolžnik vloži predlog za odpust obveznosti na naroku, ga je treba vprašati za vse pomembne okoliščine. Ni odveč malo temeljiteje pojasniti, kaj so te okoliščine (po mojem mnenju večina dolžnikov ne razume, kaj naj bi bila osebna stanja, iz spisov pa je tudi videti, da dolžniki večkrat ne razumejo pomena predložitve dokazil o zdravstvenih težavah). Zgodilo se je tudi, da je dolžnik tudi v takem primeru v pritožbi navajal še novote (ki jih višje sodišče sicer ne upošteva – 337. člen ZPP).

Če je predlog za odpust obveznosti dolžnik vložil pisno in ne na naroku, so ti predlogi praviloma pomanjkljivi. Pri tem je treba razlikovati dva položaja.

Če dolžnika zastopa odvetnik, ki je prava veščča oseba, ne vidim razlogov, da bi ga pozivali na dopolnitev predloga (primerjaj 12. člen ZPP, ki se smiselno uporablja v skladu s prvim odstavkom 121. člena ZFPPIPP). Iz spisov je videti, da sodišča prve stopnje pogosto ne pozivajo k dopolnitvi vlog, v katerih niso navedene pomembne okoliščine, zgodilo pa se je tudi, da je bil dolžnik pozvan k dopolnitvi predloga, a ni navedel nič (dodatna dejstva je navedel šele v pritožbi). Sodna praksa gre v smeri, da se dolžnik ne poziva k dopolnitvi predloga – če ni navedel okoliščin, ki vplivajo na skrajšanje ali podaljšanje preizkusnega obdobja, se mu lahko določi preizkusno obdobje petih let; sodišču je pri tem večkrat znana le starost dolžnika, saj je EMŠO obvezna sestavina predloga za začetek postopka osebnega stečaja. Po mojem mnenju bi bilo pravilnejše, da bi dolžnika, ki ga ne zastopa odvetnik, pozvali k dopolnitvi predloga.

Težko je reči, kakšno preizkusno obdobje naj se določi. Če gre za milijonske dolgove, je primerno določiti petletno preizkusno obdobje, če ni kakih posebnih okoliščin, ki vplivajo na to. Večkrat se že za razmeroma nizke dolgove (nekaj tisoč EUR) določi preizkusno obdobje štirih let ali celo več, kar se mi ne zdi primerno. Okoliščine, ki vplivajo na določitev krajšega preizkusnega obdobja, so tudi preživljanje mladoletnih otrok, predvsem mlajših. Dejansko so te okoliščine zelo

raznovrstne, zato je težko navesti, katera in koliko vpliva na dolžino preizkusnega obdobja.

5. Ali v stečajno maso v postopku osebnega stečaja spadajo regres za letni dopust, vračilo dohodnine, potni stroški in regres za malico ali so ti prejemki izvzeti iz stečajne mase? Ugotavljamo različno prakso sodišč glede zasega denarnega dobroimetja in izterjave stalnih prejemkov.

ODGOVOR:

Kaj spada v stečajno maso, je določeno v 389. členu ZFPPIPP.

V stečajno maso spada premoženje iz drugega odstavka 224. člena ZFPPIPP, in sicer:

1. premoženje stečajnega dolžnika ob začetku tega postopka,
2. vse premoženje, doseženo z unovčenjem in upravljanjem stečajne mase, ter vse premoženje, doseženo z izpodbijanjem pravnih dejanj stečajnega dolžnika, ter
3. premoženje, doseženo z nadaljevanjem poslovanja, če stečajni dolžnik v skladu s tem zakonom nadaljuje poslovanje po začetku stečajnega postopka.

Poleg tega v postopku osebnega stečaja v stečajno maso spadajo tudi:

1. plača in drugi prejemki, ki jih dolžnik pridobi med postopkom osebnega stečaja, razen prejemkov, ki so po tem zakonu izvzeti iz stečajne mase ali spadajo v stečajno maso v omejenem znesku,
2. premoženje, ki ga stečajni dolžnik pridobi na podlagi dedovanja ali na drugi podlagi med postopkom osebnega stečaja.

Iz stečajne mase so izvzeti:

1. predmeti, ki so izvzeti iz izvršbe po 79. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ),⁵ in
2. prejemki, ki so izvzeti iz izvršbe po 101. členu ZIZ.

Prejemki na podlagi plače, nadomestila plače, odškodnine zaradi izgube ali zmanjšanja delovne sposobnosti, zaradi začasne brezposelnosti in plačila za delo obsojencev v kazenskih zavodih spadajo v stečajno maso razen zneska, ki je enak:

1. višini minimalne plače, zmanjšane za plačilo davkov in obveznih prispevkov za socialno varnost, ter
2. če stečajni dolžnik preživlja družinskega člana ali osebo, ki jo mora preživljati po zakonu, tudi: višini prejemka, določenega za osebo, ki jo preživlja dolžnik, po merilih, ki jih določa zakon, ki ureja socialno varstvo, za dodelitev denarne socialne pomoči.

5 Uradni list RS št. 3/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – Zarbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US in 53/14.

Za omejitve zneska prejemkov, ki spadajo v stečajno maso v postopku osebnega stečaja, se smiselno uporabljata tudi drugi in tretji odstavek 102. člena ZIZ.

Prejemek je vse, kar delavec prejme, pa naj gre za prejemek od delodajalca ali za vračilo dohodnine.

Med prejemke od delodajalca spada poleg plače tudi povračilo stroškov za prehrano in prevoz ter dnevnice (tako je odločeno že v zadevi Cst 181/2012). To pomeni, da tudi navedeni prejemki spadajo v stečajno maso, le višina je omejena na znesek, ki ga določa tretji odstavek 389. člena ZFPPIPP.

Opozoriti velja, da se v postopku osebnega stečaja ne uporablja prvi odstavek 102. člena ZIZ (novela ZIZ-J) z naslovom člena Omejitve izvršbe, iz katerega izhaja razlaga, da je denarni prejemek le tisto, kar se po zakonu, ki ureja dohodnino, šteje za dohodek iz delovnega razmerja; ker se po tem zakonu stroški na prevoz in prehrano ter dnevnice (v določeni višini) ne štejejo za dohodek iz delovnega razmerja, to pomeni, da je dolžnik v izvršilnem postopku upravičen do izplačila teh prejemkov.

Omejitve glede zneska, ki spada v stečajno maso, ZFPPIPP ureja sam in so drugačne že zaradi narave postopka.

V postopku osebnega stečaja se v zvezi s prejemki od delodajalca uporablja le 101. člen ZIZ, ki dnevnic ter stroškov prehrane in prevoza ne izvzema iz izvršbe in s tem tudi ne iz stečajne mase.

Zato ni podlage, da bi bili ti stroški izvzeti iz izterjave stalnih prejemkov ali iz zasega denarnega dobroimetja. V posebej utemeljenih primerih pa so ti stroški lahko stroški stečajnega postopka. Enako velja za primer vračila dohodnine.

Sodna praksa se je o tem izrekla na primer v sklepih Cst 505/2013 in 424/2014. V utemeljenih primerih so navedeni stroški lahko stroški stečajnega postopka, o katerih sodišče odloči s sklepom o soglasju k plačilu stroškov.

6. Kaj storiti, če v postopku osebnega stečaja ni bilo mogoče prodati deleža nepremičnine (1/2), ločitveni upnik ga noče prevzeti, pa tudi drugi upniki ne? Ali ostane osebni dolžnik (so)lastnik in kaj je s hipoteko?

ODGOVOR:

Upoštevati je treba, da je 374. člen ZFPPIPP ob sprejetju⁶ vseboval le pet odstavkov, 5. točka drugega odstavka 383. člena ZFPPIPP pa je ostala enaka, čeprav se je 374. člen ZFPPIPP dvakrat spremenil. Z uveljavitvijo ZFPPIPP-F ima zdaj ta člen drugačen prvi odstavek (dodana so še določila, kaj se zgodi takrat, ko premoženje, ki spada v stečajno maso in ga ni mogoče unovčiti ali bi z njegovim unovčenjem nastali nesorazmerni stroški, spada v posebno stečajno maso). 374. člen ZFPPIPP ima zdaj štirinajst odstavkov.

⁶ Uradni list RS, št. 126/07.

Upoštevati je treba, kaj je bil namen 5. točke drugega odstavka 383. člena ZFPPIPP in kaj pomeni smiselna uporaba pravil, določenih v oddelkih od 5.1 do 5.10 ZFPPIPP.⁷

Zaradi sprememb 374. člena ZFPPIPP je 5. točka drugega odstavka 383. člena ZFPPIPP treba uporabiti tako, da se v postopku osebnega stečaja smiselno uporabljajo le pravila prvega odstavka 374. člena ZFPPIPP, v zvezi s prenosom premoženja pa je treba uporabiti tudi določila osmega, dvanajstega, trinajstega in štirinajstega odstavka 374. člena ZFPPIPP, ki urejajo način, stroške in posledice prenosa premoženja.

Če se premoženje ne da prodati, se v skladu s prvim odstavkom 374. člena ZFPPIPP izroči ločitvenemu upniku, če v to privoli. To pomeni, da se s tem uresniči ločitvena pravica – pravica do poplačila iz določenega premoženja. Če pa ločitveni upnik v to ne privoli, po mojem mnenju v skladu z ZFPPIPP to lahko pomeni le, da se odpoveduje ločitveni pravici, pri čemer bi bila njegova terjatev (vsaj delno) poplačana z izročitvijo stvari.

Če premoženja noče prevzeti ločitveni upnik, se ponudi upnikom navadnih terjatev. Za pravno osebo velja, da se po osmem odstavku 374. člena ZFPPIPP v zvezi z dvanajstim odstavkom ZFPPIPP za posledice pravnomočnega sklepa o končni razdelitvi, katerega del je tudi sklep o izročitvi premoženja ločitvenemu upniku ali upnikom, ki v to privolijo, smiselno uporabljajo prvi, tretji in četrti odstavek 342. člena ZFPPIPP. Torej se po mojem mnenju, če ločitveni upnik ne privoli v prevzem premoženja, upniki pa v to privolijo, s pravnomočnostjo sklepa o končni razdelitvi izbriše hipoteka, saj je pravnomočni sklep o končni razdelitvi listina, ki je podlaga za izbris hipoteke po 89. členu ZZK-1 v zvezi s 96. členom ZZK-1.

Po 1. alineji 1. točke prvega odstavka 374. člena ZFPPIPP se premoženje, ki ga ni mogoče unovčiti, v primeru iz drugega odstavka 373. člena ZFPPIPP razdeli družbenikom v sorazmerju z njihovimi deleži. Drugi odstavek 373. člena ZFPPIPP pa določa, da če razdelitvena masa zadošča za plačilo vseh nezavarovanih terjatev, se del razdelitvene mase, ki ni potreben za plačilo nezavarovanih terjatev, z načrtom končne razdelitve razdeli družbenikom stečajnega dolžnika v sorazmerju z njihovimi deleži. Tudi v tem primeru se v skladu z zgoraj navedenimi določili osmega in dvanajstega odstavka 374. člena ZFPPIPP v zvezi s 342. členom ZFPPIPP hipoteka izbriše na podlagi pravnomočnega sklepa o končni razdelitvi.

Kako to smiselno uporabiti v postopku osebnega stečaja, ko je stečajni dolжник že tako ali tako lastnik te nepremičnine oziroma njene polovice?

Po mojem mnenju se tudi v tem primeru hipoteka izbriše. Premoženja noče noben upnik, kar lahko pomeni le, da so se upniki odpovedali pravici do poplačila iz tega premoženja in da so s svojo odločitvijo tudi izjavili, da to premoženje ni potrebno

⁷ Podrobneje je bilo to obrazloženo v odgovorih na vprašanja s stečajne šole 2014, glej LEVSTEK, Mateja. Vprašanja z mogočimi odgovori za delavnico na šoli stečajnega prava 2014. Pravosodni bilten, 2014, letn. 35, št. 2, str. 345–348.

za plačilo njihovih terjatev in da iz njega poplačila niti nočejo (sicer bi ga prevzeli), kar pomeni, da so izpolnjeni pogoji za izročitev premoženja stečajnemu dolžniku (ekvivalent družbenikov pravne osebe), ki se mu tudi sicer po logiki stvari izroči premoženje, ostalo po poplačilu stroškov stečajnega postopka in vseh upnikov. Smiselna uporaba navedenih določil za primer osebnega stečaja po mojem mnenju zato narekuje, da se hipoteka izbriše, zaradi 96. člena ZZK-1 pa je treba v sklep o končni razdelitvi vključiti tudi odločitev, da se nepremičnina (oziroma njena polovica) izroči stečajnemu dolžniku po pravilih 1. alineje 1. točke prvega odstavka 374. člena ZFPPIPP v zvezi s pravili osmega in dvanajstega odstavka 374. člena ZFPPIPP ob smiselni uporabi pravil prvega in tretjega odstavka 342. člena ZFPPIPP, na katera napotuje dvanajsti odstavek 374. člena ZFPPIPP.

Pri stečajnem postopku nad pravno osebo bi se premoženje, ki ga ni mogoče prodati in ga noče niti ločitveni upnik niti nobeden od upnikov navadnih terjatev, pri čemer upniki tudi ne bi bili v celoti poplačani, izročilo lokalni skupnosti, na območju katere leži nepremičnina (2. točka drugega odstavka 374. člena ZFPPIPP), pri čemer lokalna skupnost ne odgovarja za obveznosti stečajnega dolžnika, po osmem in dvanajstem odstavku 374. člena ZFPPIPP v zvezi s prvim in tretjim odstavkom 342. člena ZFPPIPP pa se hipoteka izbriše. Ta določila se za postopek osebnega stečaja ne uporabljajo. Se mi pa zdi nedopustno, da bi hipoteka pri postopku osebnega stečaja ostala vpisana, če se ji je ločitveni upnik odpovedal s tem, ko premoženja ni hotel prevzeti.

7. Ali je mogoče izdati začasno odredbo po 240. členu ZFPPIPP tudi po začetku stečajnega postopka in za zavarovanje terjatev samo enega upnika ali pa le nekaterih (in ne vseh) upnikov?

ODGOVOR:

Po 240. členu ZFPPIPP se lahko izda začasna odredba le v predhodnem stečajnem postopku, torej od vložitve predloga za začetek stečajnega postopka do izdaje sklepa o začetku stečajnega postopka.

Po začetku stečajnega postopka proti stečajnemu dolžniku ni dovoljeno izdati sklepa o zavarovanju (prvi odstavek 131. člena ZFPPIPP), kar pomeni, da zoper njega ni dovoljeno izdati začasne odredbe. To določilo se ne uporablja za zavarovanje zahtevka upnika za uveljavitev ločitvene ali izločitvene pravice, razen če je upnik v stečajnem postopku zamudil rok za prijavo te pravice; prav tako se ne uporablja za zavarovanje terjatve, ki se v stečajnem postopku plača kot strošek postopka (tretji odstavek 131. člena ZFPPIPP). Vendar pa o teh zavarovanjih ne odloča stečajno sodišče, temveč sodišče, pristojno za odločanje o uveljavljeni ločitveni ali izločitveni pravici, oziroma sodišče, pristojno za odločanje o zahtevku osebe, ki uveljavlja terjatev, ki se plača kot strošek postopka.

V stečajnem postopku niti ni potrebe, da bi sodišče izdalo začasno odredbo zoper stečajnega dolžnika. Zastopnik stečajnega dolžnika je namreč upravitelj, ki je organ postopka zaradi insolventnosti (97. člen ZFPPIPP). Če mu sodnik, ki vodi stečajni postopek, da kako navodilo za njegovo delo, je tako navodilo zanj obvezno (101. člen ZFPPIPP). Zato ni nobene potrebe, da bi bilo v stečajnem postopku treba izdati kakršno koli začasno odredbo – za kaj takega torej ni ne potrebe ne podlage.

8. Če je na višjem sodišču razveljavljen sklep o začetku stečajnega postopka in zadeva vrnjena v nov postopek, ali se v času novega odločanja v sodnem registru kaj spremeni zaznamba stečajnega postopka, torej ali se zaznamba izbriše do nove odločitve sodišča prve stopnje ali zaznamba ostane do pravnomočnega sklepa o zavrnitvi predloga za začetek stečajnega postopka (če je npr. v drugem odločanju predlog za stečaj zavrnjen), smiselno enako kakor npr. pri začasnih odredbah?

ODGOVOR:

Najprej naj opozorim, da se mi zdi to vprašanje primernejše za registrsko šolo kot specializirano šolo, za postopke zaradi insolventnosti pa ni bistveno.

Ko sodišče izda sklep o začetku stečajnega postopka, mora najpozneje naslednji dan po njegovi izdaji o tem obvestiti registrsko sodišče, ki na podlagi tega obvestila odloči o vpisu tega dejstva v sodni register (133. in 134. člen ZFPPIPP). 229. člen ZFPPIPP še določa, da se v register vpišeta začetek stečajnega postopka in sklep o njegovem končanju (enako določa 9. točka prvega odstavka 4. člena Zakona o sodnem registru, ZSReg).⁸

ZFPPIPP ne določa, kaj se zgodi, če je sklep o začetku stečajnega postopka razveljavljen. Vendar po mojem mnenju položaja, ko višje sodišče razveljavi sklep o začetku stečajnega postopka, ni mogoče enačiti s položajem v zvezi z začasnimi odredbami. Začasna odredba namreč nalaga določeno ravnanje ali ga prepoveduje in njen namen bi bil praviloma izničen, če bi jo izbrisali pred pravnomočnostjo odločitve o razveljavitvi izdane začasne odredbe in zavrnitvi predloga za izdajo začasne odredbe. Pri vpisu podatka o začetku in o zaključku stečajnega postopka pa gre za vpis pravnega dejstva, ki vpliva na upnike oziroma partnerje.

V sodni register se po izdaji sklepa o začetku stečajnega postopka vpiše le dejstvo, da je tak postopek začel. Ko to dejstvo preneha, je treba vpisati pravno dejstvo zaključka stečajnega postopka.

Pravne posledice začetka stečajnega postopka nastanejo z začetkom dneva, ko je bil objavljen oklic o začetku stečajnega postopka (prvi odstavek 244. člena ZFPPIPP). Če je pozneje pravnomočno začel stečajni postopek (po istem predlogu), v skladu z drugim odstavkom 244. člena ZFPPIPP velja, da so pravne posledice začetka stečajnega postopka nastale z dnem, ko je bil objavljen oklic o začetku stečajnega postopka na podlagi prvega sklepa o začetku stečajnega postopka. Nastop pravnih posledic stečajnega postopka je torej vedno vezan na oklic o začetku stečajnega postopka, nastopijo pa tudi, če dejstvo začetka stečajnega postopka ni vpisano v sodni register.

V sodni register se vpisujeta dejstvi o začetku stečajnega postopka in o njegovem zaključku. Ob upoštevanju navedenega menim, da se dejstvo razveljavitve prvotnega sklepa o začetku stečajnega postopka ne vpisuje v sodni register oziroma nima vpliva na že vpisano dejstvo začetka stečajnega postopka, saj stečajni postopek zaradi tega še ni zaključen. Če je v novem postopku predlog

8 Uradni list RS, št. 54/07 – uradno prečiščeno besedilo, 93/07, 65/08 in 49/09.

zavržen ali zavrnjen, je treba vpisati to pravno dejstvo, saj je s tem stečajni postopek zaključen. Če je ponovno izdan sklep o začetku stečajnega postopka, je treba vpisati tudi to pravno dejstvo.

9. Ali je pogodba o lizingu vzajemno neizpolnjena dvostranska pogodba – če je, kako ravnati glede odstopa od vzajemno neizpolnjene dvostranske pogodbe (členi od 265 do 268)?

ODGOVOR:

Praviloma lizingodajalec tako ali tako odstopi od pogodbe o lizingu že pred začetkom stečajnega postopka, saj stečajni dolžnik ne plačuje lizinških obrokov, praviloma pa tudi že odvzame predmet lizinga.

Vzajemno ne v celoti izpolnjena pogodba o lizingu je pogodba v smislu pododdelka 5.3.3. ZFPPIPP. Zato stečajni dolžnik z dnem začetka stečajnega postopka pridobi pravico odstopiti od te pogodbe (prvi odstavek 367. člena ZFPPIPP). Če stečajni upravitelj želi uresničiti to pravico, mora pridobiti soglasje sodišča. V predlogu mora pojasniti in denarno ovrednotiti odstop od pogodbe, pa tudi njeno izpolnitev, odstop od pogodbe pa mora biti ugodnejši za upnike oziroma njihovo poplačilo. Prav tako mora upravitelj, če ne uresniči te pravice, predlagati izdajo soglasja k plačilu obrokov po pogodbi (primerjaj drugi odstavek 265. člena ZFPPIPP, ki določa, da mora stečajni dolžnik izpolniti svojo obveznost do upnika v skladu s to pogodbo in po pravilih o plačilu stroškov stečajnega postopka, razen če uresniči odstopno pravico v skladu z 267. členom ZFPPIPP).

10. Ali je v zvezi z določilom 322. člena ZFPPIPP – upravljanje stečajne mase – soglasje sodišča potrebno tudi k umiku tožbe, pripoznavi tožbenega zahtevka in odpovedi tožbenemu zahtevku, če na drugi strani ni potrebno soglasje za vložitev tožbe, ali pa je potrebno soglasje sodišča tudi za vložitev tožbe?

ODGOVOR:

ZFPPIPP v 322. členu vložitev tožbe ne opredeljuje kot upravljanja s stečajno maso, za katero bi bilo potrebno soglasje sodišča. Zato soglasje ni potrebno, opozoriti pa velja, da je upravitelj kljub temu lahko odškodninsko odgovoren, če vlaga tožbe iz očitno neutemeljenih razlogov, pa tudi, če ne vloži potrebnih tožb. Vložitev tožbe je tako v popolni pristojnosti upravitelja.

Kljub temu pa mora imeti upravitelj soglasje za umik tožbe, pripoznavo tožbenega zahtevka ali odpoved tožbenemu zahtevku in tudi za sklenitev sodne poravnave, vendar le, če gre za postopke v zvezi z zahtevki iz pododdelkov 2.2.3 in 5.3.4 ZFPPIPP ter iz oddelka 5.6 ZFPPIPP.

Zahtevki iz pododdelka 2.2.3 ZFPPIPP so zahtevki v zvezi z odškodninsko odgovornostjo članov posloводства in nadzornega sveta družbe do upnikov, zahtevki iz pododdelka 5.3.4 ZFPPIPP so zahtevki v zvezi z izpodbijanjem pravnih dejanj stečajnega dolžnika, zahtevki iz oddelka 5.6 pa zahtevki v zvezi z napotitvami stečajnega sodišča v zvezi s prijavljenimi terjatvami, ločitvenimi in izločitvenimi

pravicami. Le za zgoraj navedena dejanja v zvezi s takimi zahtevki upravitelj potrebuje soglasje sodišča (in mnenje upniškega odbora, če je ta oblikovan), ne pa tudi za pravde, v katerih stečajni dolžnik vtožuje plačilo terjatev od svojih dolžnikov, ki so nastale med poslovanjem in med stečajnim postopkom, če ne gre za zgoraj navedene zahtevke.

O tem vprašanju je že sprejeto stališče v sklepu Cst 92/2014 z dne 11. 3. 2014.

11. KDD zahteva izbris zastavne pravice na vrednostnih papirjih že pred njihovo prodajo, saj naj bi sicer ne mogli prodajati vrednostnih papirjev – od stečajnega sodišča pred unovčenjem oz. pred prodajo zahtevajo sklep, odredbo in podobno za izbris zastavne pravice. Ali pri zastavni pravici na vrednostnih papirjih ravnati drugače kakor pri drugih zastavnih pravicah?

ODGOVOR:

Pri zastavni pravici na vrednostnih papirjih gre za specialno ureditev, ki upniku omogoča njihovo zunajsodno prodajo. V skladu s prvim odstavkom 47. člena Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih (ZNV⁹) lahko zastavni upnik, kadar dolžnik ob zapadlosti ne poravnava terjatve, zavarovane z zastavo vrednostnega papirja, s katerim se trguje na organiziranem trgu, proda zastavljeni vrednostni papir na organiziranem trgu. Pred tem mora opozoriti dolžnika in zastavitelja o svoji nameri s priporočeno pošto pošiljko, in sicer osem dni pred prodajo. Sočasno z nalogo za prodajo vrednostnih papirjev oziroma delnic pooblaščenemu udeležencu, članu KDD, zastavni upnik da tudi izbrisno pobotnico za izbris zastavne pravice – notarsko overjeno izjavo upnika, da dovoljuje vpis izbrisa zastavne pravice (tretji odstavek 48. člena ZNV⁹).

To pomeni, da če se ločitvena pravica uveljavlja zunajsodno, je le zastavni (ločitveni) upnik tisti, ki s svojim nalogo in izjavo lahko doseže prodajo delnic, s katero kupec pridobi te delnice brez obremenjenosti s pravico tretjih – zastavno pravico.

Če se z delnicami ne trguje na organiziranem trgu, lahko zastavni upnik uveljavi ločitveno pravico v skladu s 167. členom Stvarnopravnega zakonika (SPZ),¹⁰ ki vsebinsko določa enako. Če pa to zastavno pravico kot ločitveno pravico uveljavlja v stečajnem postopku, prodaja delnice stečajni upravitelj. Za dosego učinkov prodaje v stečajnem postopku – izbrisa zastavne pravice oziroma prenosa neobremenjenih delnic na kupca – je potrebno, da se najprej izbrišejo zastavne pravice, šele nato je mogoča prodaja.

12. Kakšna je vloga stečajnega sodišča pri zunajsodni prodaji poslovnega deleža stečajnega dolžnika v drugi družbi z omejeno odgovornostjo s strani zastavnega upnika (282. člen ZFPPIPP)?

Ali zadošča, da v takem primeru (na opozorilo drugih upnikov, ki so hkrati družbeniki te družbe z omejeno odgovornostjo) sodišče upravitelja, ki ima v

⁹ Uradni list RS, št. 2/07 – uradno prečiščeno besedilo, 67/07 – ZTFI, 58/09 in 78/11.

¹⁰ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

bistvu položaj zastopnika zastavitelja, opozori na skrb za zakonitost prodaje, saj je od uspešnosti (ki predpostavlja zakonitost) prodaje odvisno, ali bo poslovni delež predmet prodaje v tem stečajnem postopku oziroma ali bo upravitelj terjatev ločitvenega upnika, zavarovano na poslovnem deležu v družbi z omejeno odgovornostjo, v skladu s sklepom o preizkusu terjatev, izdanim v tem stečajnem postopku, poplačal v stečajnem postopku, ali bo imel ločitveni upnik za nezavarovani del terjatve pravico do poplačila iz splošne stečajne mase (tretji odstavek 282. člena ZFPPIPP) oziroma ali se bo na podlagi te prodaje po opravljenem poplačilu stroškov, obresti in glavnice zastavnega upnika oblikoval presežek od prodaje, ki bo del stečajne mase?

Ali naj stečajno sodišče od upravitelja zahteva informacije o tem, ali so bili z zunajsodno prodajo doseženi najugodnejši pogoji prodaje (167. člen SPZ), ali je bila upoštevana predkupna pravica preostalih družbenikov (481. člen Zakona o gospodarskih družbah – ZGD-1),¹¹ ali naj torej stečajno sodišče preverja zakonitost zunajsodne prodaje v stečajnem postopku glede na to, da so preostali družbeniki od stečajnega sodišča že pred izvedbo te prodaje zahtevali, naj prepreči nezakonito prodajo? Zunajsodna prodaja namreč že sama po sebi izključuje prodajo v sodnem (stečajnem) postopku, torej tudi nadzor sodišča, ki je sicer prisoten pri prodaji v stečajnem postopku.

Kaj naj sodišče stori, če ugotovi, da sta se zastavni upnik in zastavitelj (stečajni dolжник) dogovorila, da presežek od prodaje ne bo šel v stečajno maso, da pa upnik tudi, če ne bo v celoti poplačan, ne bo uveljavljal plačila preostanka v stečajnem postopku? Ali je tak dogovor dopusten glede na to, da imata neizročitev presežka in nespoštovanje zahteve, da upnik doseže najugodnejše pogoje unovčenja, posledice za stečajno maso? Kaj naj stečajno sodišče v takem primeru stori?

13. Zunajsodno uveljavljanje ločitvene pravice (282. člen ZFPPIPP) – kako naj bi to potekalo, po katerih pravilih ter kako lahko stečajni upravitelj in upniki sploh presojujejo utemeljenost take ločitvene pravice, saj mogoče sploh ne vedo zanjo. Kaj storiti v posameznih mogočih položajih:

a) če ločitveni upnik terjatev in ločitveno pravico prijavi v stečaju in mu je priznana – kdo unovčuje premoženje, kako je s stroški, ki v zvezi s tem premoženjem nastanejo v stečaju, če ločitveno pravico zunajsodno uveljavlja upnik – kako so varovane pravice drugih upnikov (npr. presežek nad vrednostjo terjatve ločitvenega upnika ali le delno pokrita ločitvena pravica);

b) če ločitveni upnik terjatev in ločitveno pravico prijavi v stečaju, a je ločitvena pravica prerekana – ali je to ovira za zunajsodno uveljavljanje ločitvene pravice;

c) če ločitveni upnik ne prijavi ločitvene pravice in jo sam zunajsodno uveljavlja – kako so v tem primeru varovane pravice drugih stečajnih upnikov, če se na primer sploh ne ve, da obstaja kakšna ločitvena pravica?

¹¹ Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US in 82/13.

ODGOVOR:

Uvodoma bi rada opozorila na 13. člen Zakona o finančnih zavarovanjih (ZFZ),¹² ki določa:

1. Pogodba o finančnem zavarovanju oziroma zagotovitev finančnega zavarovanja ni brez pravnega učinka, nična ali izpodbojna le zaradi tega, ker je bila sklenjena v določenem obdobju pred trenutkom vložitve predloga za začetek postopka prisilne poravnave oziroma pred trenutkom izdaje sklepa o začetku stečajnega postopka ali postopka neprostopoljne likvidacije.
2. Pogodba o finančnem zavarovanju oziroma zagotovitev finančnega zavarovanja, ki je bila sklenjena oziroma opravljena na dan vložitve predloga za začetek postopka prisilne poravnave oziroma na dan začetka stečajnega postopka ali postopka neprostopoljne likvidacije, vendar po trenutku vložitve predloga za začetek postopka prisilne poravnave oziroma po izdaji sklepa o začetku stečajnega postopka ali postopka neprostopoljne likvidacije, ni brez pravnega učinka, nična ali izpodbojna, če prejemnik zavarovanja dokaže, da ob sklenitvi pogodbe o finančnem zavarovanju oziroma ob zagotovitvi finančnega zavarovanja ni vedel in ni mogel vedeti za uvedbo oziroma začetek tega postopka.
3. Stečajno sodišče mora na predlogu za začetek postopka prisilne poravnave oziroma v sklepu, s katerim je začelo stečajni postopek ali postopek neprostopoljne likvidacije, navesti tudi dan, uro in minuto vložitve predloga oziroma izdaje sklepa ter to objaviti v oklicu o začetku tega postopka.

Ta določila so pomembna pri izpodbijanju pravnih dejanj stečajnega dolžnika. V svoji praksi pa ne poznam npr. sklepa o začetku stečajnega postopka, ki bi vseboval tudi uro in minuto izdaje tega sklepa.

Če gre za zunajsodno uveljavitev ločitvene pravice, to pomeni, da sodišče take prodaje v nobenem primeru neposredno ne nadzoruje.

Če ima ločitveni upnik po splošnih pravilih, ki se uporabljajo za njegovo ločitveno pravico, pravico opraviti zunajsodno prodajo premoženja, ki je predmet ločitvene pravice, zaradi plačila terjatve, zavarovane s to ločitveno pravico, to pravico obdrži tudi po začetku stečajnega postopka (prvi odstavek 282. člena ZFPPIPP). Ločitvenemu upniku ločitvene pravice in terjatve, zavarovane s to ločitveno pravico, ni treba prijaviti v stečajnem postopku, temveč jo lahko uveljavi zunajsodno v skladu s splošnimi pravili, ki se uporabljajo za to ločitveno pravico (drugi odstavek 282. člena ZFPPIPP).

S tem določilom ZFPPIPP ločitvenemu upniku dovoljuje dva načina uveljavitve njegove ločitvene pravice – ali s prijavo v stečajnem postopku ali zunajsodno. V drugem primeru ne sodeluje v stečajnem postopku glede zavarovane stvari.

Če upnik tako terjatev in ločitveno pravico prijavi v stečajnem postopku, mora upravitelj prijavo preizkusiti in se o njej izjaviti v osnovnem seznamu preizkušenih terjatev, zoper njo pa lahko ugovarjajo tudi drugi upniki.

¹² Uradni list RS, št. 67/11 – uradno prečiščeno besedilo in 82/13.

Če sta taka terjatev in ločitvena pravica prerekani, sodišče sicer v sklepu o preizkusu odloči, da mora ločitveni upnik v enem mesecu po objavi sklepa o preizkusu terjatev vložiti tožbo za ugotovitev obstoja prerekane terjatve in ločitvene pravice (prvi odstavek 300. člena ZFPPIPP in prvi odstavek 305. člena ZFPPIPP) oziroma da mora v tem roku tisti, ki je prerekal terjatev in ločitveno pravico, vložiti tožbo za ugotovitev neobstoja terjatve in ločitvene pravice, če terjatev temelji na izvršilnem naslovu (302. člen ZFPPIPP) oziroma če je ločitvena pravica nastala z vpisom v zemljiško knjigo ali na podlagi izvršilnega naslova (308. člen ZFPPIPP). Vendar pa ločitveni upnik kljub temu obdrži pravico do zunajsodne prodaje premoženja tudi, če ne uveljavi terjatve in ločitvene pravice s tožbo v enomesečnem roku.

Tako je odločilo že Vrhovno sodišče Republike Slovenije v zadevi III Ips 52/2011, ko je še pojasnilo, da je za pravilno razumevanje določb 305. člena ZFPPIPP treba uporabiti sistemsko razlago.

Drugače pa je, ko je taka ločitvena pravica priznana. V takem primeru stečajno sodišče izda sklep o preizkusu terjatev, ločitvenih in izločitvenih pravic, v katerem glede te ločitvene pravice ugotovi, da je priznana, in stečajnemu dolžniku naloži prednostno plačilo terjatve iz premoženja, ki je predmet ločitvene pravice. Tak pravnomočni sklep o preizkusu terjatev pa veže oba, upravitelja in ločitvenega upnika, zato menim, da slednji ne more naknadno uveljavljati ločitvene pravice zunajsodno. Premoženje mora torej prodati upravitelj, ki mu je to naloženo s sklepom o preizkusu terjatev. Zato se tudi delitev te stečajne mase opravi po pododdelku 5.9.4 ZFPPIPP. V tem primeru se namreč ne uporabi določilo tretjega odstavka 370. člena ZFPPIPP (da se ta oddelek ne uporablja pri razdelitvi posebne razdelitvene mase, ki je predmet ločitvene pravice iz prvega odstavka 282. člena ZFPPIPP), saj se lahko uporabi le, če terjatev in ločitvena pravica nista uveljavljeni v stečajnem postopku, temveč zunaj njega in se upravitelj ne ukvarja s prodajo premoženja (v smislu, da bi bil on prodajalec in bi sam izpeljal postopek prodaje) in poplačilom tega upnika. V takem primeru je ločitveni upnik dokončno izbral, da naj se prodaja opravi v stečajnem postopku in naj se on tudi poplača v skladu s pododdelkom 5.9.4 ZFPPIPP.

O tem se je sodna praksa izrekla v zadevah Cst 358/2014 in 367/2014.

Glede notarske prodaje po določilih ZFZ, ki veljajo od 7. 11. 2013, pri čemer je Ustavno sodišče RS z odločbo U-I-196/14-12 z dne 9. 10. 2014 do končne odločitve zadržalo izvrševanje 15.a do 15.t člena ZFZ (odločba je bila objavljena v Uradnem listu RS, št. 74/2014), je treba opozoriti, da je bila s tem hipotekarnemu upniku, ki je oseba, na katero se nanašajo določila ZFZ, torej oseba iz četrtega odstavka 2. člena ZFZ, dana možnost zunajsodne uveljavitve ločitvene pravice, nastale z vpisom hipoteke ali maksimalne hipoteke v zemljiško knjigo, če sta dolжник zavarovane terjatve in vknjiženi lastnik zastavljene nepremičnine (zastavitelj) osebi iz četrtega ali petega odstavka 2. člena ZFZ (tretji odstavek 15.a člena ZFZ). Pred tem datumom je bilo treba uveljaviti terjatev in ločitveno pravico, ki je nastala na podlagi vpisa hipoteke v zemljiško knjigo na podlagi neposredno izvršljivega notarskega zapisa, v izvršilnem postopku, torej prav tako sodno, čeprav je bila v nekaterih primerih tudi po začetku stečajnega postopka taka ločitvena pravica lahko uveljavljena v izvršilnem postopku, prav tako torej v sodnem postopku,

čeprav ne v stečajnem (če je bila nepremičnina že prodana v izvršilnem postopku – 132. člen ZFPPIPP). To je hkrati pomenilo, da je bilo treba tako ločitveno pravico uveljaviti v stečajnem postopku, sicer je prenehala. Prav tako zdaj, zaradi zadržanja izvrševanja teh določb, ni mogoče uveljavljati zastavne pravice na nepremičnini (hipoteke) zunajsodno. Glede na 298.a člen ZFPPIPP je za postopke, ki so se začeli 7. 12. 2013 ali kasneje, ureditev še malo drugačna (upravitelj mora sam v osnovni seznam preizkušenih terjatev vključiti to hipoteko ali maksimalno hipoteko in terjatev, zavarovano z njo, če ju upnik ni prijavil sam).

Ovire, da v času izvrševanja določb 15.a do 15.t člena ZFZ tudi stečajni upravitelj ne bi prodajal nepremičnine, ni. Prodajo je moral prekiniti le, če je bila začeta notarska prodaja, sam pa še ni sklenil pogodbe o prodaji nepremičnine (15.t člen ZFZ).

Tudi če ima ločitveni upnik pravico do zunajsodne prodaje premoženja, mora pri tej prodaji ravnati v skladu z določili, ki se uporabljajo za njegovo ločitveno pravico, pri tem pa mora ravnati kot skrben gospodarstvenik oziroma gospodar in poskrbeti za najugodnejšo prodajo – najvišjo mogočo kupnino. Presežek kupnine mora namreč po poplačilu svoje terjatve plačati v stečajno maso (na primer osmi odstavek 15.t člena ZFZ, katerega izvrševanje je zdaj sicer zadržano, drugi odstavek 167. člena SPZ). Po mojem mnenju zaradi zavarovanja pravic upnikov stečajni upravitelj ne sme skleniti dogovora, da bi ločitveni upnik obdržal morebitni presežek kupnine. Dogovor, da upnik, če ne bo v celoti poplačan, ne bo uveljavljal plačila preostanka terjatve v stečajnem postopku, tako ali tako ne more biti pomemben. Presežek mora namreč upnik uveljaviti v stečajnem postopku kot navadno terjatev, to pa mora prijaviti v roku za prijavo terjatev (tretji odstavek 282. člena ZFPPIPP).

Če upravitelj tak dogovor sklene, je za znesek, ki bi moral biti plačan v stečajno maso, upnikom odškodninsko odgovoren. Stečajno sodišče glede samega dogovora po mojem mnenju ne more storiti ničesar, izpodbijajo pa ga lahko drugi upniki v pravnem postopku. Stečajni sodnik seveda vedno lahko razreši upravitelja, če ta ravna v nasprotju s svojimi obveznostmi in ne v skladu z načelom najboljšega poplačila upnikov.

Kakor vsak zastavitelj ima stečajni upravitelj kot zastopnik stečajnega dolžnika – zastavitelja pravico in dolžnost spremljati zunajsodno prodajo ter opozarjati ločitvenega upnika na morebitne napake, ima pa tudi dolžnost, da vloži ustrezno tožbo in zahteva zavarovanje po določilih ZIZ, čim ugotovi, da ločitveni upnik ne vodi prodaje tako, kot bi jo moral, in da s prodajo škodi stečajni masi. Stečajni sodnik seveda lahko opozori stečajnega upravitelja na njegove dolžnosti glede nadzora. Vendar pa je slednji tisti, ki zastopa stečajnega dolžnika ter mora skrbeti za njegove interese in interese upnikov ter za zakonitost in pravilnost zunajsodne prodaje. Če ne ravna tako, je upnikom odškodninsko odgovoren, stečajno sodišče pa ga lahko razreši.

Upravitelj mora sporočati informacije o tem, kaj se dogaja z zunajsodno prodajo. Gre namreč za pomembne podatke, ki vplivajo na stečajno maso, zato bi moral to pojasnjevati v rednih in izrednih poročilih (primerjaj 100. člen ZFPPIPP). Ti podatki so potrebni še za presojo, ali upravitelj opravlja svoje naloge in pristojnosti

v skladu z ZFPPIPP (predvsem glede najboljšega poplačila upnikov), gre pa tudi za pomembne informacije upnikom, da lahko ti uveljavijo svoje pravice. S tem stečajno sodišče sicer ne preverja zakonitosti zunajsodne prodaje v smislu, da bi jo lahko preprečilo oziroma da bi doseglo njeno zakonitost.

Glede vprašanja o prodaji poslovnega deleža stečajnega dolžnika v drugi družbi z omejeno odgovornostjo odgovarjam, da morajo drugi družbeniki te družbe svoje pravice uveljavljati v pravnem postopku; tudi za uveljavitev predkupne pravice bodo morali poskrbeti zunaj stečajnega postopka, saj stečajno sodišče ne nadzoruje zunajsodne prodaje premoženja. Stečajno sodišče pa lahko vedno zahteva informacije od upravitelja in se odloči, ali morda obstajajo razlogi za njegovo razrešitev. Škodo, ki nastane zaradi nezakonitega ravnanja upravitelja, je treba uveljaviti v posebnem, pravnem postopku.

Če se sploh ne ve, da obstaja ločitvena pravica, ki jo ločitveni upnik lahko uveljavlja zunajsodno, in ta to tudi stori, je mogoče, da niso varovane pravice drugih stečajnih upnikov. Vendar pa bi moral stečajni upravitelj to navesti že v otvoritvenem poročilu. Do takrat mora namreč ugotoviti, katero premoženje predstavlja stečajno maso, in to navesti v tem poročilu; če mu je znano, da je mogoče ločitveno pravico uveljaviti tudi zunajsodno, bi moral to prav tako navesti v otvoritvenem poročilu, z vsemi dejstvi prodaje pa bi moral seznanjati upnike v rednih in izrednih poročilih.

S premoženjem, ki ga ločitveni upnik prodaja zunajsodno, lahko nastanejo tudi stroški, ki jih mora stečajni dolžnik plačati iz stečajne mase. Pri tem se ti stroški ne odštejejo od kupnine, tako da bi se stečajna masa oblikovala le iz razlike. Menim, da je tudi stečajna masa, ki se sicer prodaja zunajsodno, posebna stečajna masa (primerjaj drugi odstavek 225. člena ZFPPIPP), ki jo glede na četrti odstavek 226. člena ZFPPIPP lahko bremenijo nekateri stroški (predvsem stroški iz 4. in 6. točke, pa tudi iz 3. alineje 5. točke tretjega odstavka 226. člena ZFPPIPP). ZFPPIPP ne ureja, kaj je s povračilom teh stroškov. Menim pa, da bi bilo treba po analogiji s 3. točko devetega odstavka 370. člena ZFPPIPP v zvezi s tretjim odstavkom 226. člena ZFPPIPP povračilo teh stroškov zahtevati od ločitvenega upnika. O tem nisem zasledila sodne prakse.

14. Razmejitev poenostavljena prisilna poravnava – redna prisilna poravnava in uporaba 221.b člena ZFPPIPP. Glede prekinitve postopka po upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka je sodna praksa že dala odgovor, kaj pa glede ugovora proti vodenju PP (172. do 179. člen ZFPPIPP)?

ODGOVOR:

Po 221.b členu ZFPPIPP med določili, ki se za postopek poenostavljene prisilne poravnave smiselno uporabljajo, niso naštetih členi ZFPPIPP od 172 do 179, torej členi, ki urejajo ugovor proti vodenju postopka prisilne poravnave, kar pomeni, da se ta določila ne uporabljajo.

Pri tem ni videti, da bi šlo za kakršno koli pravno praznino, ki bi jo bilo treba zapolnjevati. Res sicer tudi postopek poenostavljene prisilne poravnave teče pred sodiščem. Vendar pa v tem postopku sodišče ne nadzira dolžnika, ne neposredno ne

posredno po upravitelju, ki se v takem postopku ne postavi. Upravitelj je imenovan le izjemoma, kadar je odloženo odločanje o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka; vendar tudi v tem primeru upravitelj ne opravlja takega nadzora kakor v postopku prisilne poravnave in nima na voljo ugovorov, ki jih ima v postopku prisilne poravnave; nadzor opravlja v takem primeru le v obsegu, potrebnem za preverjanje razlogov za preklic odložitve odločanja o upnikovem predlogu za začetek stečajnega postopka iz petega odstavka 237.a člena ZFPPIPP.

V postopku poenostavljene prisilne poravnave niti ni možnosti, da bi se zaradi ugoditve ugovoru proti vodenju prisilne poravnave začel stečajni postopek, saj predlog za začetek poenostavljene prisilne poravnave ne vsebuje tudi podrejenega predloga za začetek stečajnega postopka, če bo sodišče predlog za začetek postopka prisilne poravnave zavrglo ali zavrnilo (tretji odstavek 141. člena ZFPPIPP ni naštet v 221.b členu ZFPPIPP med določili, ki se smiselno uporabljajo tudi za ta postopek).

Zato se ta pravila v postopku poenostavljene prisilne poravnave ne morejo uporabiti.

15. Problemi v zvezi z drugimi stroški postopka (nagrada upravitelju je določena): kakšna so merila za npr. računovodske storitve, arhiviranje dokumentacije, ceditve ...?

ODGOVOR:

V skladu s tretjim odstavkom 354. člena ZFPPIPP za storitve iz sedmega odstavka 103. člena ZFPPIPP, za katere je predpisana ali v poslovni praksi uveljavljena tarifa, kot strošek stečajnega postopka ni dovoljeno plačati cene v zneskih, ki so višji od zneskov, določenih s to tarifo, in opravil, ki presegajo okvir nujno potrebnih del v okviru teh storitev. Po sedmem odstavku 103. člena ZFPPIPP so iz nadomestil, ki jih vključuje nagrada upravitelja, izvzete:

1. računovodske storitve v zvezi z vodenjem poslovnih knjig in sestavljanjem računovodskih izkazov in davčnih obračunov v stečajnem postopku,
2. storitve pooblaščenih ocenjevalcev vrednosti,
3. posredniške storitve pri prodaji premoženja na borznem ali drugem organiziranem trgu, na katerem lahko trgujejo samo pooblaščeni udeleženci tega trga,
4. storitve arhiviranja dokumentacije v skladu s predpisi o arhiviranju in
5. druge storitve, za katere je potrebno posebno strokovno znanje, s področij, ki niso predmet strokovnega izpita za opravljanje funkcije upravitelja, ali ki jih je v posameznem postopku treba opraviti v takem obsegu, da jih ne more opraviti upravitelj sam.

Za računovodske storitve obstaja tarifa, enako velja za delo cenilcev. Za arhiviranje dokumentacije imajo družbe, ki se s tem ukvarjajo, cenike. Nobene ovire ni videti, da ne bi sodišče zahtevalo od upravitelja, da vse te stroške podrobno obrazloži ter predloži tudi cenike in ponudbe več družb za arhiviranje.

Glede stroškov se je Višje sodišče v Ljubljani izreklo v sklepu III Cpg 650/2009 z dne 16. 9. 2009 (izdan je bil v zadevi St 1036/2008).

SODNA RAZVEZA POGODBE O ZAPOSLOTVI PO DOLOČBAH ZDR-1

mag. Ivan Robnik
vrhovni sodnik svetnik
Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1 UVOD

ZDR-1 je prinesel prenovljeno besedilo 118. člena o prenehanju pogodbe o zaposlitvi (PZ) na podlagi sodbe sodišča.¹ Nekateri govorijo kar o novi ureditvi sodne razveze PZ.²

Preveritev dosedanjih pogledov na sodno razvezo zahtevajo tudi nekatere druge določbe ZDR-1. Tako ZDR-1 v primerih individualnih odpovedi iz poslovnega razloga in razloga nesposobnosti več ne določa obveznosti delodajalca, da delavcu ponudi drugo (ustrezno) zaposlitev oziroma da preverja možnosti druge zaposlitve.³ Glede na to ne more biti dvoma, da odločitev sodišča o vrnitvi delavca na delo lahko pomeni le vrnitev na njegovo dotedanje delovno mesto na podlagi PZ, za katero sodišče ugotavlja, da je bila nezakonito odpovedana oziroma da je nezakonito prenehala. Kakršna koli drugačna vrnitev delavca na delo je vezana na soglasje med delavcem in delodajalcem, tako da sodišče nima več podlage, da bi to soglasje nadomestilo.

Po uveljavitvi ZDR v letu 2003 se je sodna praksa o sodni razvezi PZ le postopoma in obotavljivo oblikovala, v večjem obsegu dejansko šele po noveli ZDR in novi opredelitvi odškodnine v 118. členu iz leta 2007 (ZDR-A). Dejansko je Vrhovno sodišče v sporih, ki so bili sproženi pred uveljavitvijo ZDR-1, še v zadnjih dveh letih v zvezi s sodno razvezo sprejelo nekaj pomembnih stališč, medtem ko se s sodno razvezo na podlagi ZDR-1 do zdaj še niti ni ukvarjalo.

1 118. člen (prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča)

- (1) Če sodišče ugotovi, da je prenehanje pogodbe o zaposlitvi nezakonito, vendar glede na vse okoliščine in interes obeh pogodbenih strank nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče, lahko na predlog delavca ali delodajalca ugotovi trajanje delovnega razmerja, vendar najdlje do odločitve sodišča prve stopnje, prizna delavcu delovno dobo in druge pravice iz delovnega razmerja ter delavcu prizna ustrezno denarno povračilo v višini največ 18 mesečnih plač delavca, izplačanih v zadnjih treh mesecih pred odpovedjo pogodbe o zaposlitvi.
 - (2) Višino denarnega povračila sodišče določi glede na trajanje delavčeve zaposlitve, možnosti delavca za novo zaposlitev in okoliščine, ki so privedle do nezakonitosti prenehanja pogodbe o zaposlitvi, ter upošteva pravice, ki jih je delavec uveljavil za čas do prenehanja delovnega razmerja.
 - (3) Delavec ali delodajalec lahko predlog iz prvega odstavka tega člena uveljavljata do zaključka glavne obravnave pred sodiščem prve stopnje.
 - (4) Sodišče določi dan prenehanja delovnega razmerja tudi v primeru, ko ena od pogodbenih strank izpodbija pogodbo o zaposlitvi, in sodišče ugotovi, da je pogodba neveljavna.
- 2 Glej Kresal, B.: Kaj prinaša novi zakon o delovnih razmerjih, Delavci in delodajalci, št. 1/2013, str. 68.
3 „Obveznost delodajalca, da v teh primerih preveri možnost za ohranitev zaposlitve in s tem prepreči odpoved, če je to mogoče, je v celoti ukinjena.“, kot pod op. 2, str. 66.

Pri uporabi spremenjenih določb 118. člena ZDR-1 se bomo morali vprašati, ali posamezne spremenjene določbe morebiti gredo v smeri, ki jo je dosedanja praksa že nakazala, koliko pa posamezne določbe zahtevajo povsem nove opredelitve ali pa celo izrecno zahtevajo odstop od prakse, oblikovane na podlagi dosedanje ureditve sodne razveze, oziroma spremembo te prakse.

2 POMEMBNEJŠA STALIŠČA VRHOVNEGA SODIŠČA, SPREJETA V ZVEZI S 118. ČLENOM ZDR V ZADNJEM OBDOBJU

2.1 Sodna razveza v drugih sporih o nezakonnosti prenehanja pogodbe o zaposlitvi

Vrhovno sodišče je v sporu o transformaciji PZ, nezakonito sklenjene za določen čas, v PZ za nedoločen čas in posledičnim prenehanjem delovnega razmerja, ker delodajalec transformacije neutemeljeno ni priznaval, ob sicer različni dosednji praksi ugotovilo, da se v zvezi z vrnitvijo delavca na delo odpirajo enaka vprašanja (tako z vidika delavca kot z vidika delodajalca) kot v sporu o nezakonnosti odpovedi PZ, zato po njegovem mnenju ni razloga, da tudi v primeru ugotovljene nezakonnosti prenehanja delovnega razmerja zaradi transformacije PZ za določen čas v PZ za nedoločen čas ob izpolnjenih siceršnjih pogojih ne bi uporabilo določb o sodni razvezi.⁴

2.2 Odločanje na predlog

Čeprav je formulacija drugega odstavka 118. člena ZDR nakazovala, da sodišče samo ugotavlja, kdaj nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče, je bilo ves čas stališče sodne prakse (vsaj Vrhovnega sodišča), da to ob postavljenem reintegracijskem zahtevku sodišče lahko ugotavlja le na izrecni predlog delodajalca. Vrhovno sodišče je pri tem ugotovilo, da lahko sodišče na podlagi utemeljenih navedb delodajalca ob izpolnjenih pogojih odloči o sodni razvezi ne glede na predlog delavca. Tožena stranka (delodajalec) bi to lahko storila v obliki ugovora na tožnikov zahtevek za reintegracijo v smislu ustreznih navedb ter predlaganja ustreznih dokazov vse do zaključka glavne obravnave pred sodiščem prve stopnje, vendar takih navedb oziroma ugovora ali predloga ne more nadomestiti zgolj izpovedba ene od zaslišanih prič.⁵

V bistvu je sodišče konkretiziranim navedbam v smislu predloga za odločitev o sodni razvezi ob izpolnjenih vsebinskih razlogih formalno priznalo enak pomen in enako težo, kot jo je imel predlog delavca iz prvega odstavka 118. člena ZDR.

2.3 Odločilnost okoliščin, ki so pogoj za odločitev v smislu sodne razveze (namesto vrnitve delavca na delo)

Že v zadevi VIII Ips 240/2012 je sodišče ugotovilo, da je v primerih, ko kljub ugotovitvi nezakonnosti prenehanja pogodbenega delovnega razmerja tega ni mogoče več

⁴ Sodba in sklep VIII Ips 240/2012 z dne 15. 4. 2013.

⁵ Sodba VIII Ips 247/2013 z dne 27. 1. 2014.

obnoviti in nadaljevati (ali zaradi porušenih odnosov med delavcem in delodajalcem, ki so sicer pogoj za obstoj delovnega razmerja in pogodbe o zaposlitvi v smislu določb 4. člena ZDR, ali zaradi objektivne nemožnosti nadaljevanja delovnega razmerja, ker je potreba po delavčevem delu objektivno prenehala) ob ustreznem predlogu, zakonodajalec v drugem odstavku 118. člena ZDR sodni razvezi PZ dal prednost pred vrnitvijo delavca na delo, če za nadaljevanje delovnega razmerja ni realnih pogojev.

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da pri odločanju o sodnem prenehanju delovnega razmerja po drugem odstavku 118. člena ZDR ni odločilna le delavčeva želja po nadaljevanju delovnega razmerja, temveč je lahko pravno odločilna tudi delodajalčeva zmožnost sprejeti odpuščenega delavca nazaj na delo. Ta se lahko kaže tako v objektivni nezmožnosti delodajalca delavcu zagotoviti ustrezno delo kot v subjektivno porušenem odnosu med delavcem in delodajalcem, zaradi katerega bi bilo nadaljevanje delovnega razmerja zelo oteženo.⁶

Pri odločanju po drugem odstavku 118. člena ZDR sodišče upošteva tudi odnos delodajalca do delavca, do kakršnega pride zaradi ravnanja delavca in delodajalca pred podano odpovedjo in tudi po njej. Ni pomembna le objektivna upravičenost ravnanj delavca zoper delodajalca zaradi varstva pravic, ampak se mora upoštevati tudi subjektivna možnost nasprotne stranke za dopuščanje določenih dejanj. Delavec seveda ima pravico uporabiti pravna sredstva zoper delodajalca, vendar če ta povzročijo težje posledice v medsebojnih odnosih, predvsem v vidika zaupanja, je nesorazmerno obdržati trajno pogodbeno delovno razmerje v veljavi. Pri tem je sodišče ugotovilo, da je bil porušen odnos med strankama (po zaslugi tožnika) javno obravnavan v medijih, tožnik je podal prijave informacijski pooblaščenki, protikorupcijski komisiji in kazensko ovadbo zaradi več kaznivih dejanj, ki je bila zavržena.⁷

Vrhovno sodišče je soglašalo z nezakonitostjo izredne odpovedi PZ, ker tožničino (sicer netaktno in nepremišljeno) ravnanje ni pomenilo hujše kršitve iz druge alineje prvega odstavka 111. člena ZDR. Hkrati pa je soglašalo s sodno razvezo PZ na predlog tožene stranke, ker je tožnica tudi med sodnim sporom zaostrovala odnos do tožene stranke, tako da je ugotovilo, da so odnosi med njima tudi zaradi očitkov, ki sta jih na račun druga druge pred sodiščem izrekli tožnica in direktorica tožene stranke, dejansko tako porušeni, da nadaljevanje delovnega razmerja ni več mogoče. Pri tem je sodišče ugotovilo, da ob siceršnjem predlogu tožene stranke lahko med sodnim postopkom tudi samo pride do spoznanja, da nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več smiselno, in pri tem o odškodnini, ki je tožnica ni posebej uveljavljala, samo odloči glede na dejstva, ki jih je v sporu sicer samo ugotovilo.⁸

Tako glede okoliščin, ki so pogoj za sodno razvezo PZ po drugem odstavku 118. člena ZDR, kot glede odmere odškodnine je sodišče utemeljeno upoštevalo tudi dejstva, ki jih je v postopku ugotovilo ob izvedbi dokazov, ne glede na to, ali sta te dokaze stranki predlagali za dokazovanje drugih dejstev.⁹

6 Sodba VIII Ips 7/2013 z dne 18. 3. 2013.

7 Sodba in sklep VIII Ips 46/2013 z dne 13. 5. 2013.

8 Sodba VIII Ips 210/2013 z dne 10. 3. 2014.

9 Sodba in sklep VIII Ips 253/2012 z dne 13. 5. 2014.

2.4 Datum razveze PZ (prenehanja delovnega razmerja)

Vrhovno sodišče je ugotovilo, da ni sprejemljiva odločitev sodišča druge stopnje, ki je kot datum prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze PZ določilo datum svoje odločitve. Poudarilo je, da lahko sodišče ob izpolnjenih pogojih PZ razveže najpozneje z datumom odločitve sodišča prve stopnje, in to tudi, kadar pritožbeno sodišče spremeni sodbo sodišča prve stopnje in samo odloči o sodni razvezi.¹⁰

Delavcu delovnega razmerja hkrati pri dveh delodajalcih ni mogoče priznati. Določba, da lahko v primeru sodne razveze sodišče prizna delovno razmerje najdlje do odločitve sodišča prve stopnje, pomeni, da sodišče določi datum trajanja delovnega razmerja glede na okoliščine primera. V zvezi s tem je Vrhovno sodišče kot odločilno štelo, da se je tožnica med postopkom pri sodišču z določenim datumom zaposlila pri drugem delodajalcu, in izpodbijano sodbo spremenilo tako, da je tožnici v zvezi s sodno razvezo delovno razmerje, vključno s pravicami na njegovi podlagi, priznalo le do tega datuma (namesto do poznejšega datuma odločitve sodišča prve stopnje). Pri tem je poudarilo, da je lahko morebitna manjša plača pri drugem delodajalcu le eno od meril za določitev odškodnine, ne pa podlaga za samostojno prisojo razlike plače.¹¹

Podobno je sodišče ugotovilo, da pomeni določba o trajanju delovnega razmerja najdlje do odločitve sodišča prve stopnje v zvezi s sodno razvezo PZ le opredelitev skrajnega roka in da je mogoče, če se delavec zaposli drugje, v zvezi s sodno razvezo priznati delovno razmerje le do datuma nove zaposlitve delavca, saj bi sicer šlo za dvojno delovno razmerje.¹²

Na pritožbo tožene stranke je pritožbeno sodišče spremenilo sodbo sodišča prve stopnje o sodni razvezi PZ z dnevom zaključka obravnave in razvezalo PZ s prvim dnevom po sicer nezakonitem prenehanju delovnega razmerja pri delodajalcu z utemeljitvijo, da se je tožnik takoj prijavil v socialno zavarovanje na drugi podlagi. Vrhovno sodišče tega ni štelo za bistveno, temveč je štelo za pomembno okoliščino v zvezi z datumom sodne razveze že dejstvo, da je tožnik s prvim dnevom po prenehanju delovnega razmerja aktiviral status s. p. Hkrati je bilo v sporu ugotovljeno, da je šlo za poslovodnega delavca, ki mu je prenehal mandat, in je bila nezakonitost odpovedi ugotovljena zgolj glede na formalne napake pri podaji odpovedi (listina ni imela formalne vsebine odpovedi). V zvezi z datumom prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze je zato sodišče kot pomembne okoliščine poudarilo ugotovitve, da tožnika ni bilo mogoče vrniti na delovno mesto iz PZ (delovno mesto člana uprave, kar je bilo vezano na imenovanje s strani pristojnega organa) in da je tožnik pri toženi stranki že pred prenehanjem delovnega razmerja odklonil ponudbo zaposlitve na drugem formalno ustreznem delovnem mestu. Sodišče je štelo, da tudi zaradi teh razlogov ni bilo realne podlage za priznanje tožnikovih pravic iz delovnega razmerja na podlagi sicer nezakonito odpovedane PZ. Ob taki sodni razvezi

10 Sodba in sklep VIII Ips 196/2012 z dne 5. 3. 2013.

11 Sodba VIII Ips 98/2012 z dne 5. 2. 2014.

12 Sodba VIII Ips 211/2012 z dne 2. 9. 2013.

je bila tožniku prisojena zgolj odškodnina, ki je tožena stranka v revizijskem postopku ni izpodbijala.¹³

2.5 Odškodnina

V že navedeni zadevi VIII Ips 253/2013 je sodišče poudarilo, da priznanje ustrezne denarne odškodnine kot nadomestila za reintegracijo ne pomeni obračunske pravde v smislu matematičnega ugotavljanja njene višine, temveč gre za oceno višine odškodnine glede na merila, oblikovana v sodni praksi, ob upoštevanju dejstev, ki jih ugotovi sodišče v sporu o zakonitosti odpovedi in sodni razvezi PZ. Hkrati se je sodišče v tej zadevi obširno opredelilo tudi do vprašanja, ali je prisojena odškodnina obremenjena z odvodom davka in prispevkov. Ugotovilo je, da se tudi ta odškodnina uvršča med izplačila delodajalca v zvezi s prenehanjem veljavnosti pogodbe o zaposlitvi, ki se po določbah 5. točke prvega odstavka 37. člena Zdoh-2 štejejo za obdavčljivi dohodek iz delovnega razmerja, hkrati pa se od teh dohodkov tako na podlagi ZPSV kot tudi na podlagi ZPIZ-2 plačujejo prispevki za socialno varnost.

V že obravnavani zadevi VIII Ips 211/2012 je sodišče povzelo merila za določitev odškodnine v zvezi s sodno razvezo PZ, ki so se oblikovala v sodni praksi. Poudarilo je, da gre za odmeno oziroma nadomestilo za vrnitev delavca k delodajalcu, torej za izgubo zaposlitve kljub ugotovitvi nezakonitosti odpovedi PZ in vzpostavitvi delovnega razmerja najdlje do odločitve sodišča prve stopnje. Gre za odškodnino za bodočo ocenjeno škodo v višini od 1 do 18 plač po merilih, ki jih je oblikovala sodna praksa in se vežejo na skupno delovno dobo delavca, delovno dobo pri delodajalcu, zaposliltvene možnosti delavca, njegovo zdravstveno stanje, stanje na trgu dela in aktivnosti delavca pri iskanju nove zaposlitve. Morebitna nižja plača pri drugem delodajalcu se pri tem lahko upošteva le kot merilo pri oceni in določitvi višine odškodnine in ne kot posebna odškodnina v izračunani in samostojno prisojeni višini razlike plače. Posebej pa je sodišče poudarilo, da to ni odškodnina za izgubo zaslužka in drugo premoženjsko škodo zaradi nezakonitosti odpovedi PZ za čas do prenehanja pogodbe o zaposlitvi po sodbi sodišča niti odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi morebitnih protipravnih ravnanj delodajalca ob odpovedi PZ.

V zvezi s tem je Vrhovno sodišče podobno poudarilo, da način odpovedi PZ oziroma odpovedni razlog ni povezan s posledicami odpovedi reintegracije in zato ni merilo, ki bi utemeljevalo odškodnino, tako da odškodnina namesto reintegracije ne zajema nepremoženjske škode zaradi prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze PZ. Tožničinega duševnega stanja in prizadetosti zaradi nezakonite odpovedi PZ zato ni štel za merilo, ki bi ga bilo mogoče upoštevati pri odmeri odškodnine.¹⁴

¹³ Sodba in sklep VIII Ips 33/2014 z dne 22. 4. 2014.

¹⁴ Sodba VIII Ips 90/2012 z dne 18. 2. 2013.

3 VPLIV NOVIH OPREDELITEV V 118. ČLENU ZDR-1 NA SODNO PRAKSO V ZVEZI S SODNO RAZVEZO PZ

3.1 Bistvene spremembe 118. člena ZDR:

- Širša opredelitev možnosti uporabe instituta sodne razveze – v vseh primerih ugotovitve nezakonitosti prenehanja PZ (do zdaj le v primerih nezakonitosti odpovedi).
- Skupna (enotna) ureditev možnosti sodne razveze na predlog delavca in na predlog delodajalca v prvem odstavku 118. člena ZDR-1 ter izenačitev pomena predloga delavca in predloga delodajalca.
- V vsakem primeru je odločitev o prenehanju PZ na podlagi sodbe sodišča (sodne razveze PZ) vezana na predlog – ali predlog delavca ali predlog delodajalca, ki ga tako delavec kot delodajalec lahko podata do zaključka obravnave pred sodiščem prve stopnje (tretji odstavek 118. člena).
- Vsebinski pogoji za odločitev v smislu sodne razveze ostajajo v bistvu nespremenjeni – če glede na vse okoliščine in interes obeh pogodbenih strank nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče.
- Vsebina odločitve sodišča ostaja v načelu nespremenjena ob pomembnih spremembah glede dosedanje odškodnine. Sodišče (poleg o samem prenehanju PZ z določenim dnevom) odloči o priznanju delovne dobe in drugih pravic iz delovnega razmerja ter delavcu prizna denarno odmeno, ki jo ZDR-1 ne imenuje več „odškodnina“, temveč ustrezno „denarno povračilo“.
- V drugem odstavku 118. člena ZDR-1 je določno opredeljeno, kaj sodišče upošteva pri določitvi višine denarnega povračila, ki je sicer po višini še naprej omejeno na največ 18 mesečnih plač delavca, povprečno izplačanih v zadnjih treh mesecih.

3.2 Razširitev uporabe sodne razveze na vse primere nezakonitega prenehanja PZ

Z razširitvijo instituta sodne razveze v prvem odstavku 118. člena ZDR-1 na vse primere, ko sodišče ugotovi nezakonitost prenehanja PZ med delavcem in delodajalcem, v praksi ne bi smelo biti večjih težav. Že na podlagi dosedanje ureditve je Vrhovno sodišče v zadevi VIII Ips 240/2012 ugotovilo, da se tudi v drugih primerih nezakonitega prenehanja PZ (tudi v primeru nezakonitega prenehanja delovnega razmerja delavcu, čigar PZ za določen čas je dejansko prešla v PZ za nedoločen čas) glede vrnitve delavca na delo lahko odpirajo v bistvu enaka vprašanja kot v primeru nezakonitosti odpovedi. Je pa institut sodne razveze PZ še vedno vezan na spore glede tožbenega zahtevka za ugotovitev, da je PZ nezakonito prenehala. V sporu o siceršnji neveljavnosti PZ v primeru ugoditve tožbenemu zahtevku sodišče odloči le o datumu prenehanja delovnega razmerja (četrti odstavek 118. člena ZDR-1).

3.3 Odločanje na predlog

Nova ureditev sodne razveze PZ v bistvu sledi dosednji sodni praksi, da sodišče o sodni razvezi odloča le na predlog delavca ali na predlog delodajalca. Ob sicer

izpoljenih pogojih je Vrhovno sodišče že do zdaj pripisovalo predlogu delodajalca v bistvu enako težo kot predlogu delavca (zadeva VIII lps 247/2013). Skupna obravnava predloga delavca in predloga delodajalca v prvem odstavku 118. člena ZDR-1 temu v bistvu sledi.

Posebej v začetnih primerih odločanja o sodni razvezi je Vrhovno sodišče poudarjalo tudi pomen substanciranosti predloga delodajalca. V nekaterih zadnjih primerih pa je ugotovilo, da je sodišče tako glede okoliščin, ki so pogoj za sodno razvezo v smislu drugega odstavka 118. člena ZDR, kot glede odmere odškodnine utemeljeno upoštevalo tudi dejstva, ki jih je v postopku ugotovilo ob izvedbi dokazov, ne glede na to, da sta stranki izvedbo teh dokazov predlagali za dokazovanje drugih dejstev (zadeva VIII lps 253/2013) oziroma da lahko med sodnim postopkom tudi samo pride do spoznanja, da nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več smiselno (zadeva VIII lps 210/2013). Tako izhodišče sledi zakonski določbi, da sodišče o sodni razvezi odloči „glede na vse okoliščine in interes obeh pogodbenih strank“, ki ostaja izhodišče tudi sedanje ureditve sodne razveze PZ. Interes pogodbenih strank se izkazuje tako v zahtevku delavca za reintegracijo kot v predlogih delavca oziroma delodajalca za sodno razvezo, ki utemeljeno izhajajo iz zakonske opredelitve delovnega razmerja in pogodbe o zaposlitvi (opredelitev delovnega razmerja – 4. člen ZDR-1).

Na podlagi sedanje ureditve sodne razveze (tretji odstavek 118. člena ZDR-1) ni dvoma, da lahko tako delavec kot delodajalec odločitev v smislu sodne razveze predlagata vse do zaključka glavne obravnave pred sodiščem prve stopnje. Taka določba ZDR-1 glede podaje predloga za sodno razvezo, ki lahko vsebuje tudi njegovo utemeljitev, v bistvu pomeni izjemo od ureditve prekluzij v postopku iz 286. člena ZPP in sledi določbi 4. točke 41. člena ZDSS-1, da lahko delavec v sporu o obstoju ali prenehanju delovnega razmerja spremeni zahtevek vse do konca glavne obravnave. Hkrati pa taka ureditev možnosti predlaganja sodne razveze pomeni, da lahko oziroma mora sodišče o sodni razvezi PZ in vseh njenih elementih odločiti v sporu o nezakonnosti prenehanja PZ, ne pa v nekem (poznejšem) samostojnem sporu.

3.4 Okoliščine in interes obeh pogodbenih strank

ZDR-1 je obdržal enako opredelitev vsebinskih pogojev za odločitev sodišča v smislu sodne razveze PZ. Glede na druge nove opredelitve pa se vendar odpirajo nekateri novi vidiki presoje okoliščin in interesov.

Interes pogodbenih strank se kaže v delavčevem tožbenem zahtevku za reintegracijo ali pa v njegovem predlogu oz. (podrednem) zahtevku za sodno razvezo (delavčev interes), interes delodajalca pa se kaže v njegovem predlogu za odločitev s smislu sodne razveze in okoliščinah, ki kažejo na to, da pogoji za nadaljevanje delovnega razmerja, točneje za nadaljnji obstoj pogodbe o zaposlitvi v smislu 4. člena ZDR-1 ne glede na njeno predhodno nezakonito prenehanje, dejansko niso več podani. V zvezi s tem je Vrhovno sodišče že v zadevi VIII lps 240/2012 ugotovilo, da je zakonodajalec ob ustreznem predlogu delodajalca v primeru, ko po ugotovitvi nezakonnosti odpovedi zaradi navedenih okoliščin delovnega razmerja ni mogoče več obnoviti in nadaljevati, sodni razvezi PZ v bistvu dal prednost pred vrnitvijo delavca na delo.

Že v dosedanji sodni praksi se je poudarjalo, da gre za okoliščine objektivne in subjektivne narave, ker je delovno razmerje tudi osebno razmerje, ki zahteva določeno medsebojno pripadnost in varovanje interesov druge pogodbene stranke. Kot najpomembnejša objektivna okoliščina pa se kaže obstoj potrebe po delavčevem delu med trajanjem sodnega spora in v prihodnje, saj je potreba delodajalca po delavčevem delu eden od bistvenih elementov delovnega razmerja in pogoj za obstoj pogodbe o zaposlitvi.

V zvezi s tem ni nepomembna nova ureditev redne odpovedi PZ v 89. členu ZDR-1, ki tudi v primerih odpovedi iz poslovnega razloga in razloga nesposobnosti od delodajalca več ne zahteva, da delavcu ponudi drugo zaposlitev niti druge ustrezne zaposlitve, tudi če bi ta možnost pri delodajalcu obstajala. Ponudba druge (tudi ustrezne) zaposlitve v smislu 91. člena ZDR-1 je tako zdaj odvisna zgolj od svobodne odločitve delodajalca.

Ob taki ureditvi vrnitev delavca na delo lahko dejansko pomeni le vrnitev na delo iz PZ in pod pogoji, ki so bili določeni v pogodbi, ki je bila pred tem nezakonito odpovedana oziroma je nezakonito prenehala. Zato menim, da bodo morala sodišča pri odločanju o sodni razvezi PZ na podlagi določb ZDR-1 upoštevati navedene predpostavke. Ni več pravne podlage, da sodišče zavrne predlog za odločitev v smislu sodne razveze, če ugotovi, da dejansko ni več možnosti za nadaljevanje delavčeve zaposlitve na podlagi dotedanje PZ oziroma pod njenimi pogoji.

Ob določbi, da sodišče upošteva vse okoliščine in interese, so vprašljiva stališča, da sodišče ob ugotovitvi nezakonitosti odpovedi PZ zgolj zaradi določenih „postopkovnih napak“ (npr. prekoračitev roka za odpoved, kršitev pravice do zagovora) pri odločanju o sodni razvezi ne bi smelo upoštevati dejstev, ki so bila razlog za odpoved PZ. Že dosedanje odločitve Vrhovnega sodišča v zadevah VIII Ips 210/2013, VIII Ips 7/2014 in VIII Ips 240/2012 kažejo na vprašljivost takih stališč. To pa seveda pomeni, da bo moralo sodišče ob podanem predlogu za sodno razvezo tudi v primeru nezakonitosti odpovedi PZ zaradi „postopkovnih razlogov“ preizkušati obstoj dejstev, na katerih je delodajalec utemeljeval odpovedni razlog, kolikor lahko ta dejstva izkazujejo obstoj okoliščin, zaradi katerih nadaljevanje delovnega razmerja tudi v smislu 118. člena ZDR-1 ne bi bilo več mogoče.

Sodišče pa med okoliščinami, zaradi katerih nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo mogoče, ne bi smelo upoštevati dejstev, ki sama po sebi pomenijo neutemeljen odpovedni razlog v smislu 90. člena ZDR-1. Gre v bistvu za zakonsko prepovedane razloge, zaradi katerih PZ ne more prenehati.

Drugo pa je vprašanje, ali je ob ugotovitvi okoliščin, da nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče, ovira za odločitev sodišča o sodni razvezi PZ posebno varstvo delavcev pred odpovedjo (112., 114., 115. in 116. člen ZDR-1). Praviloma je to varstvo že po zakonu omejeno na posamezne zaščitene kategorije in se glasi na prepoved delodajalca, da bi v teh primerih delavcu odpovedal PZ. Glede na to in glede na umestitev določb o sodni razvezi PZ za določbami o posebnem varstvu pred odpovedjo bi lahko sklepali, da možnost sodne razveze tudi v sporih o nezakonitosti odpovedi PZ delavcu, ki sicer uživa varstvo pred odpovedjo, ni izključena, razen kolikor se varstvo ne razteza tudi na samo prenehanje delovnega razmerja (npr. tretji odstavek 115. člena in tretji odstavek

116. člena ZDR-1). Utemeljeno pa sodišče med okoliščinami in interesi, od katerih je odvisna presoja možnosti nadaljevanja delovnega razmerja, vsebinsko upošteva dejstva, ki so sicer pogoj za posebno varstvo pred odpovedjo.

3.5 Časovna opredelitev prenehanja PZ na podlagi sodbe sodišča

ZDR-1 ne spreminja določbe o mogočem trajanju delovnega razmerja oziroma o časovni opredelitvi njegovega prenehanja na podlagi razveze PZ. V sodni praksi so bila že zavzeta stališča, da pomeni določba „najdlje do odločitve sodišča prve stopnje“, da lahko sodišče razveže PZ na kateri koli datum od datuma nezakonite odpovedi (nezakonitega prenehanja delovnega razmerja) do odločitve sodišča prve stopnje in da je pri tem treba upoštevati vse odločilne okoliščine (kot take je do zdaj sodišče upoštevalo zlasti zaposlitev delavca pri drugem delodajalcu v vmesnem obdobju, zagotovitev podjetniškega statusa, odklonitev druge ustrezne zaposlitve in izgubo mandata poslovodnega oz. vodilnega delavca).

Ob ugotovitvi objektivnih ovir za nadaljevanje delovnega razmerja pri delodajalcu je vprašanje, koliko lahko na datum sodne razveze vpliva tudi čas nastanka teh ovir (časovna ugotovitev prenehanja potreb po delu oziroma neizpolnjevanje pogojev za opravljanje dela) pri delodajalcu. Kot izrazit primer take dileme omenjam nezakonito odpoved PZ poslovodnega ali vodilnega delavca ob prenehanju mandata. Ali je še upravičljivo, da se takemu delavcu v primeru siceršnje nezakonitosti odpovedi PZ priznavajo pravice iz delovnega razmerja na podlagi njegove PZ na poslovodnem ali vodilnem delovnem mestu za čas trajanja postopka pred (prvostopenjskim) sodiščem, čeprav očitno brez ustreznega mandata del iz te pogodbe pri delodajalcu v tem času ne bi mogel opravljati? Ali mogoče ni ustrezneje njegov položaj reševati z ustrezno odškodnino oziroma zdaj „ustreznim denarnim povračilom“?¹⁵

Tudi sicer se odpira vprašanje, kako bo nova opredelitev „ustreznega denarnega povračila“, pri odmeri višine katerega naj sodišče upošteva tudi pravice, ki jih je delavec uveljavil za čas do prenehanja delovnega razmerja (drugi odstavek 118. člena ZDR-1), vplivala na odločanje o datumu sodne razveze.

3.6 Priznavanje pravic iz delovnega razmerja

ZDR-1 ne spreminja določbe, da ob odločanju v smislu sodne razveze PZ za čas od prvotnega prenehanja delovnega razmerja na podlagi nezakonite odpovedi (nezakonitega prenehanja PZ) do prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodbe sodišča (sodne razveze PZ) sodišče prizna delavcu delovno dobo in druge pravice iz delovnega razmerja. Praviloma so sodišča na tej podlagi nalagala delodajalcu, da delavca za to obdobje prijavi v pokojninsko in invalidsko zavarovanje ter mu izplača plačo, kot če bi delal (torej na podlagi nezakonite odpovedane PZ), v neto znesku z zamudnimi obrestmi po predhodnem obračunu in odvodu davka in prispevkov. Če je delavec v tem obdobju prejemal denarno nadomestilo za čas brezposelnosti,

15 Po nemški pravni ureditvi sodišče ob izpolnjenih pogojih vedno razveže PZ z dnevom, s katerim bi delavcu prenehalo delovno razmerje, če bi bila odpoved zakonita (§ 9/2 KschG.). Ker bo zaradi trajanja sodnega spora praviloma šlo za razvezo PZ za nazaj, delavec za vmesni del trajanja spora izgubi pravico do plače, ki je tudi za primer sodne razveze določena odpravnina nujno ne krije (glej Zollner, Loriz: Arbeitsrecht, 2. Auflage 2001, München, § 23/VII-3).

je sodišče plačilo neto zneska plače praviloma zmanjšalo za znesek denarnega nadomestila, prejetega od zavoda za zaposlovanje.

Menim, da so take odločitve o pravicah iz delovnega razmerja za navedeno obdobje ustrezne tudi glede na sedanje določbe ZUTD in ZMEPIZ-1.

ZUTD določa, da zavod za zaposlovanje odpravi odločbo o priznanju pravice do denarnega nadomestila tudi, če je po njeni izdaji s pravnomočno sodbo, sodno poravnavo ali v postopku mediacije ugotovljeno, da je delavcu delovno razmerje nezakonito prenehalo in ga je delodajalec dolžan pozvati nazaj na delo, oziroma je delovno razmerje vzpostavljeno do datuma, ki ga določi sodišče, kadar samo odloči o prenehanju pogodbe o zaposlitvi (tretji odstavek 65. člena). Hkrati pa določa, da ima v tem primeru zavod pravico zahtevati vračilo že izplačanega denarnega nadomestila za to obdobje, in sicer od delodajalca neto znesek, po vrnitvi le-tega pa mu davčna uprava vrne od predhodno izplačanega denarnega nadomestila obračunane in odvedene prispevke za obvezna socialna zavarovanja ter plačano akontacijo dohodnine (drugi in peti odstavek 140. člena ZUTD).

Ob takih določbah ZUTD ostaja torej delavec za čas sicer priznane delovne dobe brez plačanih prispevkov za socialna zavarovanja in plačane akontacije dohodnine od zneska bruto plače ter brez razlike neto plačil med višino sicer pripadajoče neto plače in višino denarnega nadomestila, ki ga prejme od zavoda za zaposlovanje. Podlago za prijavo v zavarovanje na podlagi delovnega razmerja oziroma za ustrezno spremembo podlage zavarovanja vidim v določbi 82. člena ZMEPIZ-1, ki omogoča spremembo podlage zavarovanja od dneva, navedenega v zahtevi, če je postopek uveden na zahtevo, pa tudi v določbi 89. člena ZMEPIZ-1, ki določa, da se podatki o matični evidenci na zahtevo zavarovanca lahko naknadno dopolnijo ali popravijo na podlagi podatkov iz uradnih evidenc, javnih listin in drugih verodostojnih listin.

Za odločanje v smislu sodne razveze PZ ni nepomembno, da ZUTD prenehanja PZ na podlagi sodbe sodišča ne določa med razlogi oziroma načini prenehanja delovnega razmerja, zaradi katerih delavec oziroma zavarovanec po izgubi zaposlitve ne more uveljavljati pravice do denarnega nadomestila. Ker v primeru sodne razveze PZ delavec, ki nima druge zaposlitve, ni postal brezposeln po svoji volji ali krivdi, temveč glede na ugotovitve sodišča, da nadaljevanje delovnega razmerja ne bi bilo več mogoče, in ker so razlogi, zaradi katerih brezposelna oseba nima pravice do denarnega nadomestila, v 63. členu ZUTD sicer taksativno navedeni, menim, da ima delavec, ki mu preneha PZ na podlagi sodne razveze (sodbe sodišča), ob izpolnjenih drugih pogojih pravico do denarnega nadomestila na zavodu za zaposlovanje ne glede na razlog predhodne (nezakonite) odpovedi PZ oziroma njenega siceršnjega prenehanja.

Pri tem ostaja odprto vprašanje, ali se lahko tudi sodna poravnava, ki vsebuje določbo o prenehanju PZ na podlagi 118. člena ZDR-1, šteje za prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča. Vrhovno sodišče se do tega do zdaj še ni opredelilo.

3.7 Priznavanje ustreznega denarnega povračila

Z vidika uporabe instituta sodne razveze PZ v praksi je ZDR-1 prinesel največje spremembe glede ureditve odškodnine kot neke vrste odmene oziroma nadomestila za vrnitev delavca k delodajalcu. Namesto odškodnine ZDR-1 uporablja izraz ustrezno „denarno povračilo“, ki ohranja dosedanjo zgornjo mejo 18 plač in v nasprotju z dosedanjo ureditvijo izrecno določa, kaj se upošteva pri odmeri njegove višine. Določitev, kako naj sodišče odmeri njegovo višino, se le delno ujema z do zdaj v praksi oblikovanimi stališči do oblikovanja višine odškodnine. V zadevi VIII Ips 211/2012 je Vrhovno sodišče povzelo v praksi že oblikovana stališča, da gre pri odškodnini po 118. členu ZDR za bodočo ocenjeno škodo, ki se po višini določa glede na skupno delovno dobo in delovno dobo delavca pri delodajalcu, zaposlitvene možnosti delavca in njegovo zdravstveno stanje, stanje na trgu dela in aktivnosti delavca pri iskanju nove zaposlitve, lahko pa se upošteva tudi morebitna nižja plača delavca pri drugem delodajalcu. Posebej pa je sodišče poudarilo, da to ni odškodnina za izgubo zaslужka in drugo premoženjsko škodo zaradi nezakonite odpovedi za čas do prenehanja PZ po sodbi sodišča niti odškodnina zaradi morebitnih protipravnih ravnanj delodajalca ob odpovedi PZ.

Ob opredelitvi, da se višina denarnega povračila določi glede na trajanje delavčeve zaposlitve, možnosti delavca za novo zaposlitev in okoliščine, ki so privedle do nezakonnosti prenehanja PZ, ter upoštevaje pravice, ki jih je delavec uveljavil do prenehanja delovnega razmerja (drugi odstavek 118. člena ZDR-1), bi težko vztrajali pri opredelitvi, da tudi tako opredeljeno denarno povračilo pomeni zgolj odmeno za vrnitev delavca na delo, čeprav vsebuje tudi to.

Kot prvo merilo za odmero višine zakon navaja trajanje delavčeve zaposlitve. Menim, da gre za zaposlitev pri delodajalcu, pri katerem je delavcu PZ nezakonito prenehala. Še vedno menim, da je lahko orientacija za priznavanje ustreznega denarnega povračila iz tega naslova sistem višine odpravnin, ki ga za primer redne odpovedi PZ iz poslovnega razloga in razloga nesposobnosti določa 108. člen ZDR-1. Menim, da bi moralo biti v primeru sodne razveze PZ zaradi nezakonnosti odpovedi iz poslovnega razloga ali razloga nesposobnosti, ko je delodajalec delavcu že izplačal odpravnino, iz sodbe sodišča razvidno, ali je in kako je sodišče pri odmeri denarnega povračila upoštevalo že izplačano odpravnino (do katere delavec glede na ugotovljeno nezakonitost odpovedi sicer ne bi bil več upravičen). Če v tem primeru sodišče že izplačano odpravnino všteje v dosojeno denarno povračilo, delodajalec ne glede na nezakonitost odpovedi ne more zahtevati vrnitve plačane odpravnine, ker je bil iz tega naslova njegov dolg iz naslova ustreznega denarnega povračila ustrezno zmanjšán (pobotan).

Kot drugo merilo za določanje višine denarnega povračila ZDR-1 določa možnost delavca za novo zaposlitev. Glede tega merila bodo sodišča utemeljeno še naprej upoštevala objektivne razmere na trgu dela in delavčeve subjektivne okoliščine, ki lahko vplivajo na uspešnost iskanja druge zaposlitve in so se upoštevale že v dosedanji sodni praksi.

Upoštevanje možnosti za novo zaposlitev, pa tudi upoštevanje delavčeve delovne dobe pri delodajalcu sta bili pri odmeri dosedanje odškodnine v zvezi s sodno

razvezo PZ že do zdaj v praksi upoštevni merili, tako da z njuno opredelitvijo v ZDR-1 z vidika sodne prakse pravzaprav ne gre za bistveno novost. Na širšo vsebino denarnega povračila v primerjavi z do zdaj upoštevano odškodnino pa kažeta preostali dve merili, to je upoštevanje okoliščin, ki so privedle do nezakonnosti odpovedi oziroma prenehanja PZ, in upoštevanje pravic, ki jih je delavec uveljavil za čas do prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze PZ. Kako bo sodišče pri tem upoštevalo dejstva, da je bila odpoved PZ nezakonita zgolj zaradi prekoračitve roka za odpoved (morebiti tudi v povezavi z uspešnim izmikanjem delavca) ali zgolj zaradi napak v zvezi z zagovorom ali zaradi neobstoja utemeljenega odpovednega razloga ali mogoče celo zaradi očitno nezakonnega, morda celo razloga, ki pomeni prepovedano diskriminacijo, se bo morala opredeliti sodna praksa. Zdi se mi, da ne gre za razloge za nezakonnost odpovedi PZ, ki bi imeli glede odmere ustreznega denarnega povračila enak pomen. Ob taki opredelitvi bi se dalo zagovarjati tudi stališče, da v primeru odpovednega razloga, ki pomeni diskriminacijo, denarno povračilo lahko zajema tudi odškodnino zaradi kršitve prepovedi diskriminacije (8. člen ZDR-1).

Posebna vprašanja se bodo odpirala pri upoštevanju pravic, ki jih je delavec uveljavil za čas od nezakonnega prenehanja delovnega razmerja pri delodajalcu do prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze PZ.

Že iz opredelitve po drugem odstavku 118. člena ZDR-1 je mogoče sklepati, da ne gre za merilo za odmero ustreznega denarnega povračila, ki bi bilo enako prvim trem navedenim merilom, temveč za neko dodatno navrženo okoliščino, naj sodišče pri tem pač upošteva tudi obseg pravic iz delovnega razmerja, ki so bile delavcu priznane v breme delodajalca za čas, ko pri delodajalcu dejansko že ni več delal.

Praksa se bo morala opredeliti do vprašanja, ali se npr. tudi plača, ki jo sodišče dosodi delavcu za čas do prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze, všteva v kvoto 18 plač kot zgornjo višino priznanja denarnega povračila. Ob dolgotrajnejših postopkih pred sodiščem prve stopnje in priznavanju delovnega razmerja na podlagi sodne razveze PZ do odločitve sodišča se lahko zgodi, da bo že sama delavcu prisojena plača za to obdobje presegla višino 18 plač. Tudi če se ne bo oblikovalo stališče, da se tako prisojena plača matematično všteva v višino denarnega povračila, sodišče navedene zakonske določbe po mojem mnenju ne bo moglo povsem ignorirati. To najmanj pomeni, da v primerih dosojenih plač za daljše časovno obdobje do prenehanja delovnega razmerja na podlagi sodne razveze sodišče na podlagi drugih meril ne bo moglo prisojati maksimalnih oz. višjih denarnih povračil (v skrajnih primerih bodo mogoče lahko prisojene celo le simbolne višine denarnih povračil).

Taka ureditev ima lahko tudi sicer različne učinke. Lahko kaže na to, da čas priznavanja delovnega razmerja oziroma učinkovanja sodne razveze PZ vsaj z vidika delavčevih prejemkov niti ni tako bistven in da naj bi bilo priznavanje delovnega razmerja vse do odločitve sodišča prve stopnje v dolgotrajnejših sodnih postopkih prej izjema kot pravilo. Hkrati pa taka ureditev pomeni tudi dodatni znak za sodišče, naj se spori o prenehanju delovnega razmerja dejansko rešujejo hitro in prednostno, kot že sicer določa 41. člen ZDSS-1. Taka ureditev v bistvu zahteva, da se sodni spor o nezakonnosti odpovedi oziroma prenehanja PZ reši na eni poti skozi postopek (tudi za ceno izvedbe pritožbene obravnave), saj nerazumno

trajanje sodnega spora o prenehanju delovnega razmerja v tem primeru glede pravic iz delovnega razmerja ne more iti v celoti v breme delodajalca.

Opredeleitev meril za odmero denarnega povračila v 118. členu ZDR-1 po mojem mnenju ne pomeni, da bi moralo sodišče v praksi določiti višino povračila iz vsakega naslova posebej, tako da bi na koncu šlo za matematični seštevek skupne višine denarnega povračila. Menim, da lahko pri taki (opisni) določitvi naslovov oziroma meril še naprej izhajamo iz ugotovitev, da ne gre za obračunsko pravdo v smislu matematičnega ugotavljanja višine povračila, temveč za njeno oceno (zadeva VIII Ips 253/2013) glede na (zdaj sicer v zakonu navedena) merila, kot se bodo upoštevala v praksi, upošteva pri tem dejstva, ki jih ugotovi sodišče v sporu o nezakonnosti prenehanja PZ. Gotovo pa lahko dejstva, ki jih bo sodišče ugotovilo v zvezi s posameznim v zakonu opredeljenim naslovom, prispevajo k zvišanju ali znižanju odmere skupne višine denarnega povračila.

Prav tako menim, da lahko tudi za denarno povračilo po ZDR-1 velja stališče, da ga sodišče (posebej v primeru sodne razveze na predlog delodajalca) dosodi ne glede na delavčev zahtevek, pač glede na dejanske ugotovitve v sporu o nezakonnosti prenehanja PZ (tudi upošteva možnosti materialnega procesnega vodstva), kot je Vrhovno sodišče glede odškodnine ugotovilo že v sklepu VIII Ips 196/2007 z dne 28. 5. 2008. Seveda je pri tem dobrodošel in v korist določitvi ustreznega povračila vsaj podredni in ustrezno substancirani zahtevek, na možnost katerega bi ob predlogu delodajalca v okviru materialnega procesnega vodstva sodišče moralo delavca ustrezno opozoriti.

Izplačilo denarnega povračila pomeni vrsto izplačila v zvezi s prenehanjem veljavnosti pogodbe o zaposlitvi oziroma prenehanjem delovnega razmerja, ki ga ZDoh navaja med izplačili, zavezanimi plačilu davka oziroma akontacije dohodnine, s tem pa tudi zavezanimi odvodu prispevkov za socialno varnost. Zato menim, da tudi za plačilo denarnega povračila velja sistem bruto zneskov, od katerih delodajalec za delavca obračuna in odvede davek in prispevke ter mu izplača neto znesek, podobno kot je sodišče to ugotovilo glede dosedanje odškodnine po 118. členu ZDR (zadeva VIII Ips 253/2013).

3.8 Oblikovanje izreka sodbe

Ob odločitvi v smislu sodne razveze PZ na predlog oziroma na podlagi navedb delodajalca mora sodišče praviloma samo oblikovati izrek sodbe. V zvezi z oblikovanjem izreka sodbe v teh primerih do zdaj niso bila sprejeta določna stališča. Praviloma Vrhovno sodišče v tovrstne izreke ni posegalo, čeprav je bilo v posameznih primerih v bistvu le posredno razvidno, da gre za odločitev v smislu sodne razveze.

Osebnostno menim, da bi moral izrek sodbe poleg ugotovitve nezakonnosti odpovedi oziroma prenehanja PZ vsebovati izrecno oblikovalno določbo, da pogodba o zaposlitvi med tožnikom in tožencem preneha (se razveže) z določenim dnevom, nato pa sledi izrek o priznanju drugih pravic, ki so navedene v 118. členu ZDR-1. Gre vendarle za poseben način prenehanja PZ in v tem smislu za oblikovalno sodbo, kar bi moralo biti iz izreka jasno razvidno. Konec koncev tudi ZUTD odpravo odločbe o prejemanju denarnega nadomestila med drugim izrecno veže

na odločitev sodišča o prenehanju PZ (tretji odstavek 65. člena), kar bi moralo biti jasno ugotovljeno v izreku sodbe v individualnem delovnem sporu.

Iz opredelitve vsebine odločitve o sodni razvezi PZ v 118. členu ZDR-1 v bistvu izhaja, da sodišče poleg o prenehanju PZ odloči o vseh spornih vprašanjih v zvezi z ugotovljeno nezakonitostjo predhodnega prenehanja PZ ter tako spor med delavcem in delodajalcem o tem ob sodni razvezi PZ v celoti in dokončno reši. Če pri tem sodišče odloča o denarnih zahtevkih oziroma zneskih, so predpostavke za odločanje o njihovih višinah ob odločitvi sodišča že v celoti ugotovljive. Zato bi moralo sodišče od tožnika zahtevati, da svoje (lahko tudi podredne) denarne zahtevke iz posameznih naslovov tudi po višini opredeli, oziroma si s pomočjo materialnega procesnega vodstva samo zagotoviti predpostavke za tako konkretizacijo izreka sodbe, da tudi njena prisilna izvršba ne bo vprašljiva.¹⁶

4 SKLEPNE UGOTOVITVE

Določbe 118. člena ZDR-1 o sodni razvezi PZ puščajo sodišču odprte možnosti presoje tako v zvezi z možnostjo nadaljevanja delovnega razmerja v primeru sicer nezakonitega prenehanja (ne zgolj odpovedi) delavčeve PZ, presoje dneva, s katerim bo sodišče PZ razvezalo in s tem samo odločilo o prenehanju delovnega razmerja, kot glede plačila ustreznega denarnega povračila, ki ga zakon v bistvu na novo določa za primer, ko delavec kljub nezakonitemu prenehanju PZ ne bo deležen reintegracije v smislu vrnitve na delo na podlagi svoje PZ. Naloga sodišča je, da odprte zakonske določbe v konkretnem sporu glede navedenih vprašanj napolni s svojo odločitvijo, upošteva pri tem vse okoliščine primera. Temu ustrezno določbe 118. člena ZDR-1 posegajo tudi na procesno področje z za pravdni postopek netipičnimi rešitvami (*lex specialis*), da lahko v sporih o nezakonitosti prenehanja PZ vse do zaključka glavne obravnave pred sodiščem prve stopnje odločitev v smislu sodne razveze predlaga tudi tožena stranka in da naj sodišče v primeru odločitve o prenehanju PZ odloči o vseh elementih sodne razveze, ki jih zakon navaja (torej tudi ne glede na formalni zahtevek tožnika).

Ob podanem predlogu za odločitev v smislu sodne razveze PZ in siceršnji pasivnosti nasprotne stranke taka ureditev od sodnika zahteva, da v postopku aktivno uporabi vse možnosti materialnega procesnega vodstva v smislu določb 285. člena ZPP in zahteva od strank (tako tožnika kot toženca) pojasnila o vseh elementih odločanja.¹⁷ Pri tem mora upoštevati, da taka ureditev vpliva tudi na ustrezno uporabo določb o prekluziji navedb in dokaznih predlogov iz 286. in 286. a člena ZPP.

16 Na pomen in obveznost določne opredelitve denarnih zahtevkov in izrekov dajatvenih sodb tudi v delovnih sporih, tako da bo izrek sodbe neposredno prisilno izvršljiv, je na Delovno-socialni sodniški šoli (Čatež od 8. do 10. oktobra 2014) v zvezi s svojim prispevkom izrecno opozorila tudi prof. dr. Vesna Rijavec.

17 Izkušnje mediatorjev, ki v postopku mediacije v sporih o odpovedi oziroma prenehanju PZ ugotavljajo vrsto za obstoj in nadaljevanje delovnega razmerja pomembnih okoliščin, kažejo, da v teh primerih nadaljevanje delovnega razmerja zaradi osebnih in stvarnih razlogov dejansko ni mogoče. Zato je treba tudi v mediaciji smiselno uporabiti 118. člen ZDR-1. To bi morali bolj upoštevati tudi sodniki in se odločiti za ugotavljanje okoliščin in za sodbo na podlagi navedene določbe ZDR-1. Glej Novak, J.: Mediacija pri prenehanju pogodbe o zaposlitvi, Podjetje in delo, št. 5/2014, str. 850.

Nobene ovire ne vidim, da sodnik ob podaji predloga za odločitev v smislu sodne razveze PZ med postopkom in ob razčiščevanju za tako odločitev pomembnih okoliščin s strankama ponovno odpre vprašanje sklenitve sodne poravnave. V primerljivih ureditvah se v praksi posebej spori o odpovedi PZ praviloma končajo s poravnavo, s tem da je delavec pripravljen pristati na prenehanje delovnega razmerja ob prejemu odpravnine (plačila), ki ustreza plačilu oziroma povračilu, predvidenem za primer sodne razveze PZ, ali prejemu višjega zneska.¹⁸

Načelni pomisleki zoper odločitev sodišča v smislu sodne razveze PZ niso utemeljeni.¹⁹ PZ ureja realno dvostransko delovno razmerje, za katero morajo biti podani bistveni elementi, ki izhajajo iz opredelitve delovnega razmerja v 4. členu ZDR-1. Z vidika sodne razveze se kot bistvena elementa delovnega razmerja kažeta zlasti možnost dela za plačilo ter tak odnos med delavcem in delodajalcem, ki tudi v subjektivnem smislu omogoča osebno delo delavca ob varovanju legitimnih pravic in interesov obeh strank.

Če kateri od teh bistvenih elementov preneha obstajati, ZDR-1 ureja možnosti odpovedi ali druge načine prenehanja PZ. Za zakonitost odpovedi ni pogoj le obstoj utemeljenega odpovednega razloga, temveč tudi drugi z zakonom opredeljeni pogoji. Podobno lahko velja tudi za druge načine prenehanja PZ. Zato lahko prihaja do nezakonitosti odpovedi in drugih načinov prenehanja PZ tudi, kadar pogojev za obstoj delovnega razmerja (bistvenih elementov) dejansko več ni ali pa ti prenehajo med sodnim sporom. Vrnitev delavca na delo bi bila v takem primeru brez realne podlage, brez realnih možnosti, da se nadaljuje delovno razmerje, kot ga opredeljuje njegova definicija. Sodna razveza PZ je v ZDR-1 opredeljena kot izhod iz take za dvostransko pogodbeno razmerje nevzdržne situacije ob zagotovitvi dodatnega varstva oziroma dodatnih pravic delavcu v obliki ustreznega denarnega povračila. Zato se sodišče v sporih o nezakonitosti prenehanja PZ ob izpolnjenih drugih pogojih razčiščevanju okoliščin, pomembnih za odločanje o sodni razvezi PZ, ne bi smelo izogibati.²⁰

Upoštevanje izkušnje v primerljivih sistemih,²¹ so najbrž utemeljena pričakovanja, da bo širša uporaba določb o sodni razvezi PZ v praksi privedla do tega, da se bo večina sporov o nezakonitosti prenehanja PZ končala brez vrnitve delavca na delo. Ne glede na to ima načelo vrnitve delavca na delo pomembne preventivne učinke, da bi iz razlogov na strani delodajalca prihajalo do neutemeljenih in nepremišljenih primerov prenehanja PZ, hkrati pa utrjuje delavčev položaj v delovnem sporu (tudi v postopku morebitnega poravnavanja), vključno s položajem v zvezi z odločanjem o sodni razvezi PZ.²²

18 Glej kot pod op. 15.

19 Očitno izhajajo iz nesprejemanja spremembe koncepta delovnega razmerja iz prejšnjega samoupravnega asociativnega razmerja v dvostransko pogodbeno razmerje, za obstoj katerega morajo obstajati realne predpostavke.

20 Več o tem glej pod op. 17, str. 853.

21 Glej pod op. 15.

22 Vsekakor pomen pravno odrejenega varstva nadaljnega obstoja delovnega razmerja v nemškem delovnem pravu ni brez pomena, saj se po eni strani ne sme podcenjevati njegov preventivni učinek. Tveganje izgube pravde s posledico nadaljnega obstoja delovnega razmerja bo veliko delodajalcev odvrnilo od izreka bolj ali manj samovoljnih ali tudi nepremišljenih odpovedi. Po drugi strani je varstvo nadaljnega obstoja delovnega razmerja in s tem povezana posledica obveznosti povračila (plačila) zaradi upnikove zamude za delodajalca bistveni motiv, da skuša doseči in skleniti tudi v sodnem postopku primerno poravnavo z odpravnino.“ Aust-Dodenhoff K.: Delovnopravno varstvo pri prenehanju delovnih razmerij v Zvezni republiki Nemčiji, Pravosodni bilten, št. 1/2002, str. 152.

