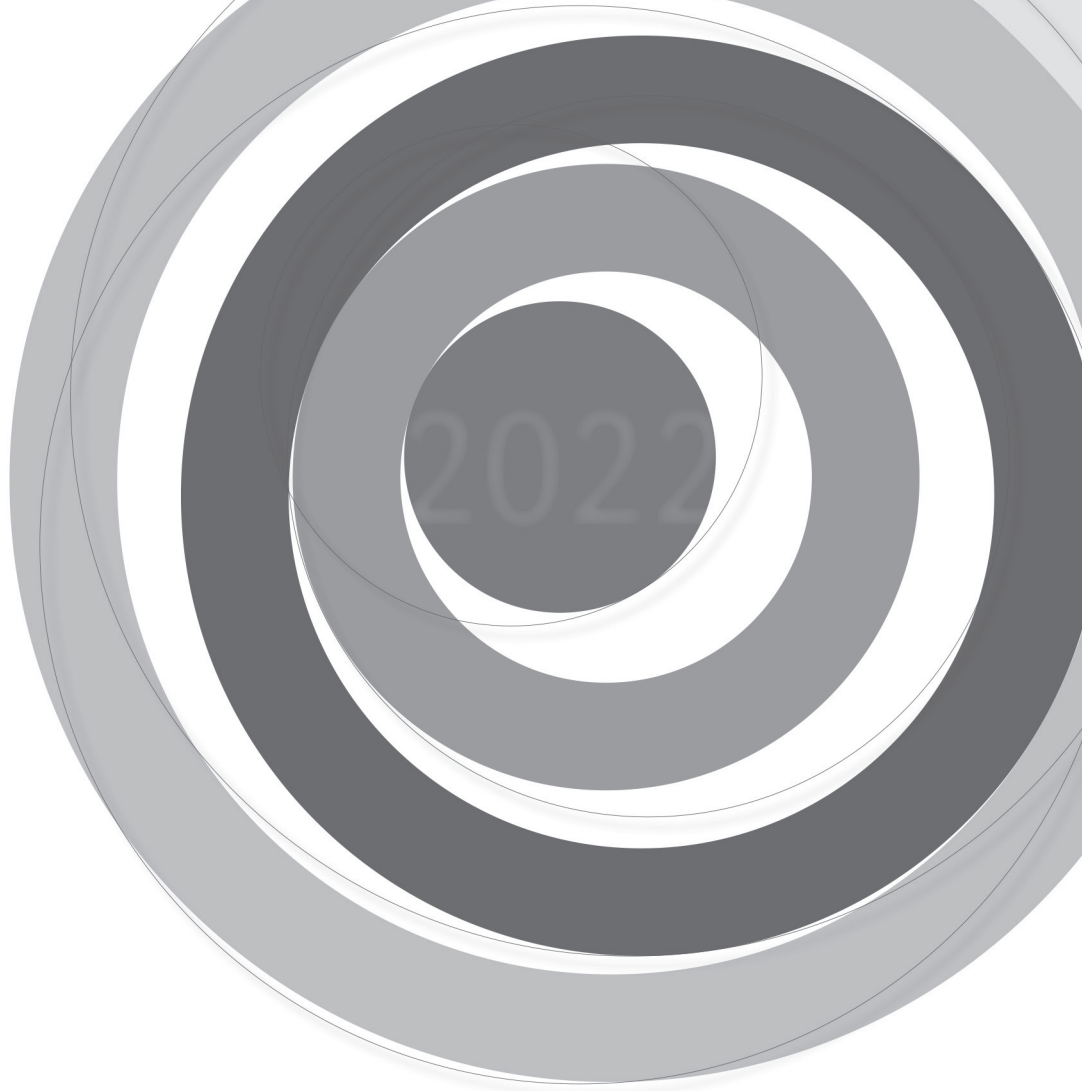




Medijski sponzor

---





# Pravni letopis 2022

*Znanstvena revija Inštituta za primerjalno pravo  
pri Pravni fakulteti v Ljubljani*

**ij** inštitutzapimerjalnopravo

**Izdal**

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

**Založila**

LEXPERA d.o.o.

**Odgovorni urednik:** dr. Lojze Ude

**Uredniški odbor:** dr. Matija Damjan, mag. Nina Betetto, dr. Bojan Bugarič,  
dr. Miha Juhart, dr. Damjan Možina, dr. Ana Vlahek, Jan Zobec

**Mednarodni uredniški svet:** dr. Vlatka Butorac Malnar, dr. Inese Druviete,  
ddr. Johannes Michael Rainer, dr. Jan Hurdík, dr. Marko Ilešič, dr. Meliha Povlakič,  
dr. Jernej Sekolec, dr. Nenad Tešić

*Članki v publikaciji so recenzirani.*

Izdajo Pravnega letopisa 2022 je sofinancirala Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije

© Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani. Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela in njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki.

**Oblikovanje in računalniški prelom:** Anja Tavčar

**Tisk**

Itagraf, d. o. o.  
Ljubljana

**Naklada**

100 izvodov

**Cena z DDV**

31,00 EUR

**Naročila**

tel.: 01 30 91 821  
faks: 01 30 91 815

---

Ljubljana 2022

ISSN 1855-5861

# Kazalo

## I. NEPOGODBENA ODŠKODNINSKA ODGOVORNOST

- 9 Obseg varstva pravnih dobrin v deliktne pravu: kako generalna je generalna klavzula  
Damjan Možina
- 29 Nekompenzatorna povrnitev škode  
Petra Weingerl
- 49 Okoljska škoda in njena povrnitev  
Karmen Lutman

## II. VPLIV SPREMEMBE TRŽNIH CEN NA GOSPODARSKE POGODBE

- 67 Sprememba tržnih cen kot spremenjene okoliščine  
Mitja Kovač
- 101 Sprememba cene v gradbeni pogodbi  
Miha Juhart

## III. PRVE IZKUŠNJE S KOLEKTIVNO TOŽBO

- 117 Stroški postopka in financiranje kolektivne tožbe po Zakonu o kolektivnih tožbah  
Marko Djinović
- 143 Uporaba zakona o kolektivnih tožbah v praksi  
Urša Klemenčič

#### **IV. OBLIGACIJSKA VPRAŠANJA DIGITALNIH TEHNOLOGIJ**

- 163 Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru dobave digitalnih vsebin in storitev  
Jernej Renko
- 185 Sklepanje in izvrševanje pravnih poslov pri uporabi decentraliziranih aplikacij  
Janez Sekirnik
- 207 Odgovornost za neupravičeno odstranitev spletnih vsebin  
Matija Damjan

#### **V. NOMOTEHNIKA**

- 223 Ljudska zakonodajna iniciativa in civilna družba  
Albin Igličar
- 237 Civilna družba kot iniciator zakonodaje  
Urban Lečnik Spaić, Nika Podakar
- 249 Položaj in vloga vladne in parlamentarne zakonodajne službe  
Nika Podakar

#### **VI. DRUGO**

- 257 Uresničevanje volilne pravice na volitvah v študentski svet Pravne fakultete  
Nika Podakar, Peter Podržaj

- 267 **VII. POVZETKI/ABSTRACTS**



*Pravni letopis 2022*

# Nepogodbena odškodninska odgovornost

# I.

DAMJAN MOŽINA

*Obseg varstva pravnih dobrin v deliktne pravu:  
kako generalna je generalna klavzula*

PETRA WEINGERL

*Nekompenzatorna povrnitev škode*

KARMEN LUTMAN

*Okoljska škoda in njena povrnitev*



*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 347.5(497.4)

# Obseg varstva pravnih dobrin v deliktne pravu: kako generalna je generalna klavzula

DAMJAN MOŽINA  
*doktor pravnih znanosti, LL.M.,  
redni profesor na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Vprašanje o tem, katere interese (pravne dobrine) in kako jih varuje nepogodbno odškodninsko pravo, utegne slovenskemu pravniku zveneti nekoliko nenavadno. Pod izrazom varovani interes oziroma pravna dobrina razumemo življenje, telesno celovitost oziroma zdravje, svobodo, duševno celovitost, dostojanstvo, lastnino ter golo premoženje. Odgovor na vprašanje bo najbrž, da deliktno pravo varuje vse te pravne interese oziroma natančneje, da varuje vse interese, ki jih je mogoče subsumirati pod pojem pravno priznane premoženjske ali nepremoženjske škode. Seveda morajo biti izpolnjene tudi preostale predpostavke generalne klavzule krivdne odgovornosti iz čl. 131 (1) OZ. Kot dopolnitev krivdni (subjektivni) odgovornosti pride v primerih izjemno povečanega škodnega tveganja v poštev tudi objektivna odgovornost na podlagi splošnega pravila iz čl. 131 (2) OZ.<sup>1</sup>

Na prvi pogled bi se zdelo, da so na podlagi teh splošnih pravil (generalnih klavzul) pod enakimi pogoji varovani vsi navedeni pravni interesi pred vsemi vrstami posegov. Pojma pravnega interesa ne gre enačiti s pojmom pravno priznane škode, saj ni nujno, da se neka oblika škode, ki je sicer pravno priznana, povrne v vseh položajih. Namen prispevka je ugotoviti, ali je obseg deliktne varstva v slovenskem pravu odvisen od tega, katera pravna dobrina je ogrožena. Izhodišče so nekatere tuje ureditve, v katerih je deliktno varstvo določenih dobrin izrecno omejeno. To zlasti velja za varstvo pred posegi v premoženje, ki jih ne spremlja fizičen poseg v telo oziroma stvar (lastnino) oškodovanca. Škodo, ki nastane zgolj na oškodovančevem premoženju in ni povezana s fizičnimi posegi v osebo oškodovanca ali s fizičnimi posegi

<sup>1</sup> V skladu s čl. 131 (3) OZ je objektivna odgovornost predvidena tudi v nekaterih drugih primerih, glej na primer čl. 156 ter 159 OZ.

v njegovo stvar (lastnino), imenujemo tudi »čista premoženjska škoda« ali »čista ekonomska škoda« (*pure economic loss*).<sup>2</sup> Omejitve izhajajo iz bojazni pred negativnimi družbenimi učinki preobsežne odškodninske odgovornosti. Kompleksna vprašanja, povezana z mejami deliktne odgovornosti v povezavi s čisto premoženjsko škodo, v primerjalnem deliktne pravu spadajo med najpogostejše obravnavane teme.<sup>3</sup> V domači literaturi, vključno s tisto z območja nekdanje Jugoslavije, pa se o tem ni veliko razpravljalo.<sup>4</sup>

Zgolj za namen prikaza bodo v prispevku posegi v različne interese (pravne dobrine) razdeljeni na štiri skupine, glede na to, ali izhodiščno pride do posega (1) v življenje, telo oziroma svobodo, (2) v stvari (lastnino), (3) v golo premoženje ter (4) v čiste nepremoženjske dobrine, tj. posegi v nepremoženjske dobrine, ki niso povezani s posegom v oškodovančevo telo ali stvar.

## 2. Primerjalnopravna izhodišča

V temeljni strukturi sodobnih ureditev deliktne prava lahko razlikujemo tri osnovne problemske sklope: (1) pravila o tem, čigave in katere interese ter pred katerimi vrstami posegov oziroma tveganj varuje pravni red, (2) pravila o nadaljnjih predpostavkah odgovornosti, tj. na eni strani krivdne odgovornosti (odgovornosti za ravnanje) in na drugi strani objektivne odgovornosti (odgovornosti za vir nevarnosti), ter (3) pravila o pravnih posledicah, tj. zlasti o načinu in obsegu povrnitve premoženjske in nepremoženjske škode (povrnitev škode).<sup>5</sup>

Medtem ko vsi pravni redi podobno obravnavajo vprašnji predpostavk odgovornosti in načina ter obsega povrnitve škode, so glede urejanja vprašanja o varstvu pravnih interesov razlike. Te se ne nanašajo na varstvo življenja, zdravja oziroma telesne integritete ter svobode; te pravne dobrine so pod primerljivimi pogoji obsežno varovane v vseh sodobnih sistemih deliktne prava.<sup>6</sup> Tudi pri varstvu pred posegi v lastnino ni bistvenih razlik glede obsega varstva. Pač pa se pravni redi med seboj razlikujejo glede obsega varstva t. i. čistih premoženjskih interesov, tj. premoženjskih interesov v položajih, kjer ni posega v telo oziroma lastnino oškodovanca.<sup>7</sup> Nekateri pravni redi odgovornost za »čisto premoženjsko škodo« omejujejo, da se deliktne odgovornost ne bi razširila čez razumne meje in povzročala negativnih učinkov, tj. čezmerno dušila svobode ravnanja.

<sup>2</sup> Palmer, str. 303.

<sup>3</sup> Glej na primer van Boom, Koziol, Witting (ur.); Wagner, str. 1006; Palmer, str. 284; Van Dunné, str. 397.

<sup>4</sup> Glej na primer: Pavšlar; Gliha, Baretić, Nikšić, str. 249–293; glej tudi Dular, str. 21–22.

<sup>5</sup> Brüggemeier, str. 12 in nasl.

<sup>6</sup> Glej na primer Wagner, str. 1004; glej na primer čl. 2:102 (2) Načel evropskega odškodninskega prava (PETL): življenje in duševna celovitost, dostojanstvo in svoboda uživajo najširše varstvo.

<sup>7</sup> Glej na primer Zweigert, Kötz 1998, str. 598 in nasl.; van Dam, str. 208 in nasl. Glej na primer čl. 2:102(4) Načel evropskega odškodninskega prava (PETL).

To velja na primer za angleško pravo: v najpomembnejšem deliktu v nepogodbenem odškodninskem pravu – *tort of negligence* – se dolžnost skrbnosti (*duty of care*) nanaša le na varstvo pred posegi v ljudi ali stvari, ne pa tudi na varstvo pred čisto premoženjsko škodo.<sup>8</sup> Glede slednje lahko *duty of care* obstaja le izjemoma, v primeru če se oškodovanec razumno zanesa na posebno strokovnost in znanje drugega (s katerim nima pogodbe), na primer banke, ki poda netočno izjavo o solventnosti svoje stranke.<sup>9</sup> V zadevi *Caparo* je bil uveden tristopenjski test posebne bližine med strankama.<sup>10</sup> Povrnitev čiste premoženjske škode pa je mogoča v okvirih t. i. *economic torts*, kamor spadajo dejanski stanovi, ki jih pri nas večinoma uvrščamo med dejanja nelojalne konkurence.<sup>11</sup>

Povrnitev čiste premoženjske škode je tudi v nemškem BGB omejena zaradi bojazni pred preširoko odškodninsko odgovornostjo, ki bi ohromila življenje, zlasti glede ravnanj iz malomarnosti.<sup>12</sup> Deliktne pravo BGB tako ne pozna ene same, ampak tri »majhne« generalne klavzule, med katerimi je najpomembnejša tista iz § 823 (1) BGB, ki predvideva povrnitev škode le za protipravne posege v življenje, telo, zdravje, svobodo in lastnino ter »druge pravice«, ne pa za posege v čisto premoženje. Sledita § 823 (2) BGB, ki določa odgovornost tistega, ki krši kakšen drug zakon, namenjen varstvu oseb, in § 826 BGB, v skladu s katerim se povrne naklepna škoda, povzročena v nasprotju z dobrimi običaji (*contra bonos mores*). Sčasoma so se uveljavile tudi izjeme, ko se lahko vendarle povrne čista premoženjska škoda, denimo v obliki širitve pogodbenega varstva na tretje osebe pod nekaterimi predpostavkami (pogodba z varstvenim učinkom v korist tretjih oseb oziroma *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*).<sup>13</sup>

Francoski Code civil ureja deliktne pravo z eno samo generalno klavzulo, varovanih dobrin pa ne omejuje oziroma razvršča.<sup>14</sup> Za povrnitev čiste premoženjske škode zato ni videti ovir;

<sup>8</sup> Glej na primer Goudkamp, r. št. 5-014, str. 83; van Dam, str. 213.

<sup>9</sup> Glej na primer House of Lords, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v Heller & Partners Ltd.* (1964), AC 465, 528 in nasl.

<sup>10</sup> Tožena stranka je morala razumno predvideti izgubo, ki je nastala tožeči stranki (*foreseeability*), tožeča in tožena stranka morata biti v razmerju bližine (*proximity*), naložitev skrbnosti pa mora biti poštena, pravična in razumna (*fair, just and reasonable*). Glej House of Lords, *Caparo Industries plc. v Dickman* (1990), 2 AL 605, 1 All ER 568. O kritikah in današnjem položaju glej Goudkamp, r. št. 5-025, str. 90.

<sup>11</sup> Med »*economic torts*« spadajo: »*inducing breach of contract and interference with contract*«, »*interference with trade or business*«, »*economic duress*« ter »*conspiracy to injure or to use unlawful means*«, glej na primer van Dam, str. 215 in nasl.

<sup>12</sup> Glej na primer Zimmermann, str. 1037. V literaturi so pogosto citirani Jheringovi pomisleki proti preširoki odgovornosti (Jherings *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1861, str. 12), objavljeni mdr. tudi v Zweigert, Kötz 1998, str. 598.

<sup>13</sup> Glej na primer Markesinis, Bell, Janssen, 2019, str. 29 in nasl.

<sup>14</sup> Glej čl. 1382 (po reformi 2016): »Kakršnokoli človeško ravnanje, katerega posledica je škoda drugega, zavezuje tistega, ki je ravnal krivdno, k njegovi povrnitvi.« (»Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.«)

o omejitvah se v literaturi ne razpravlja veliko. V teoriji sta znani dve kategorizaciji posegov v varovane dobrine, najprej razlikovanje glede na sfero, v kateri nastane poseg, med *dommage corporel*, *dommage moral* in *dommage matériel*; nato razlikovanje sfere, v kateri se izrazijo posledice posega: *conséquences patrimoniales* in *conséquences extrapatrimoniales*.<sup>15</sup> Seveda pa se z vprašanjem omejitve odgovornosti ukvarja tudi francosko pravo, a pri tem uporablja bolj posredne načine, denimo variacije pojma skrbnosti glede na okoliščine, ter zahtevo, da je škoda osebna, gotova in priznana ter neposredna posledica škodnega ravnanja.<sup>16</sup> Tako je denimo v primeru škode zaradi nelojalne konkurence odgovornost vezana na nepošteno ravnanje in kršitev standarda poštenega trgovca.<sup>17</sup>

V primerjalnopravni literaturi obstajajo zelo različni pogledi na pojem in na utemeljenost omejevanja odgovornosti za čisto premoženjsko škodo. Za namene tega prispevka so zelo na kratko predstavljene nekatere tipične pojavne oblike, o katerih se večinoma razpravlja. Gre za čisto premoženjsko škodo, ki (1) nastane neposredno oškodovancu, ker ta na primer v zanašanju na informacije ali strokovni nasvet druge osebe (brez pogodbe z njo) sprejme odločitev, zaradi katere utrpí škodo. Med primere čiste premoženjske škode spada nadalje (2) premoženjska škoda oškodovanca, ki nastane kot posledica fizičnega posega v neko drugo osebo ali stvar. V angleškem jeziku se ta pojavna oblika imenuje tudi *ricochet loss*, kar bi lahko prevedli kot »škodo, ki se odbije« od enega in zadene še drugega oškodovanca.<sup>18</sup> Primer takšne škode je, če nastane zaradi smrti ene osebe škoda v obliki izgube preživetja oziroma podpore druge osebe. O (3) preneseni škodi (*transferred loss*) je govor v primerih, ko je škoda povzročena eni osebi oziroma njeni lastnini, vendar se zaradi določenega pravnega razmerja prenese na drugo osebo, na primer na nosilca zavarovanja, ki izvaja storitve ali zagotavlja dajatve neposrednemu oškodovancu, ali delodajalca, ki mora v primeru poškodbe delavca temu izplačevati nadomestilo plače.<sup>19</sup> O čisti premoženjski škodi pa se razpravlja tudi v zvezi s (4) škodami, ki nastanejo na infrastrukturnih objektih, kot na primer če ladja povzroči zastoj v prekopu, zaradi česar se pot za druge ladje podaljša in podraži; ali pa se na primer pri izvajanju gradbenih del poškoduje podzemna napeljava, kar povzroči ustavitev proizvodnje v oškodovanem podjetju.

<sup>15</sup> Leczykiewicz, str. 184.

<sup>16</sup> Glej na primer van Dam, str. 210.

<sup>17</sup> Wagner, str. 1007.

<sup>18</sup> Palmer, str. 303.

<sup>19</sup> Prav tam, str. 304.

### 3. Slovensko nepogodbno odškodninsko pravo

#### 3.1. Splošno

##### 3.1.1. Krivdna odgovornost

Sistem krivdne odgovornosti temelji na generalni klavzuli iz čl. 131 (1) Obligacijskega zakonika (OZ)<sup>20</sup> oziroma čl. 154 (1) ZOR.<sup>21</sup> Ureditev se v osnovi zgleduje po francoskem Code civil,<sup>22</sup> s tem da ji je po vzoru sovjetskega prava dodano splošno obrnjeno dokazno breme glede krivde,<sup>23</sup> po uveljavitvi Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, 1978), pa se je ohranila zahteva po protipravnosti ravnanja kot posebni predpostavki odgovornosti, ki je sicer zakon ne omenja.<sup>24</sup> Koncept protipravnosti sicer prihaja iz nemškega prava, uveljavljen pa je bila tudi na podlagi Občega državljanskega zakonika (ODZ), ki se je uporabljal pred ZOR.<sup>25</sup> Predpostavke odgovornosti so torej: protipravno ravnanje, škoda, vzročna zveza med njima ter krivda – glede slednje se, če so izkazane ostale predpostavke, vzpostavi (ovrgljiva) domneva, ki pa se nanaša le na navadno malomarnost; naklep in veliko malomarnost mora dokazati tožeča stranka.<sup>26</sup> Predpostavke krivdne odgovornosti niso povsem ločene in med seboj neodvisne kategorije.

Presoja krivde (navadne malomarnosti) je objektivizirana; ravnanje povzročitelja se primerja z abstraktnim standardom skrbnosti (dobrega gospodarja oziroma strokovnjaka).<sup>27</sup> Naklep oziroma veliko malomarnost je treba izkazati v smislu zavestne in voljne komponente (subjektivna presoja). Primerov, da bi OZ vezal posledice zgolj na naklep in veliko malomarnost, je

<sup>20</sup> Uradni list RS, št. 83/01, 40/07 in 64/16.

<sup>21</sup> Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89.

<sup>22</sup> Glej Tot, str. 15; Karanikić Mirić 2019, str. 283.

<sup>23</sup> Glej čl. 444 Civilnega zakonika sovjetske ruske republike (1964), ki so mu sledili pravni redi drugih sovjetskih republik in socialističnih držav, na primer Češkoslovaška, Madžarska, Nemška demokratična republika, Bolgarija, Albanija, Mongolija in Jugoslavija. Glej Will, Vodinelić, str. 307.

<sup>24</sup> Več Možina 2021, str. 229.

<sup>25</sup> Glej na primer Kozioł, str. 139 in nasl., ter Cigoj, str. 94 in nasl.

<sup>26</sup> Sklepi XIV. skupne seje Zveznega sodišča, Vrhovnega vojaškega sodišča, vrhovnih sodišč republik in avtonomnih pokrajin z dne 25. in 26. 3. 1980, Beograd (obj. v Privreda in pravo št. 5/1980, str. 64). Tudi glede navadne malomarnosti pa domneva v določenih položajih ne velja; denimo pri prekoračnem silobranu, čl. 138 (1) OZ, povrnitvi škode od tistega, ki je kriv za nastanek škodne nevarnosti, čl. 138 (2) OZ, odgovornosti osebe, ki je kriva za začasno nerazsodnost povzročitelja, čl. 136 (2) OZ, posebne odgovornosti staršev, čl. 145 OZ. Glej Jakaša, str. 61 in nasl.

<sup>27</sup> Posebna presoja krivde (skrbnost kot v lastnih zadevah) je mogoča v položaju, ko je oškodovalec deloval v oškodovančev korist, čl. 170 (2) OZ; pri čemer lahko sodišče v okviru diskrecije odškodnino tudi zniža.

sicer malo.<sup>28</sup> Pojem krivde se deloma prekriva s pojmom protipravnosti; ključna razlika med njima je v dokaznem bremenu.

Protipravnost pomeni ravnanje v nasprotju z dolžnostjo, ki lahko izhaja iz zakona, pa tudi iz avtonomnih norm ali moralnih načel. Kadar dolžnost ravnanja ni vnaprej predpisana, o njej in posledično o protipravnosti sodimo na podlagi tehtanja interesov in okoliščin. Interes potencialnega oškodovanca, da ni oškodovan, je treba uravnotežiti s svobodo ravnanja, razvoja in drugih aktivnosti druge stranke. Med upoštevni dejavniki so vrsta ogrožene pravne dobrine, stopnja nevarnosti aktivnosti, predvidljivost nastopa škode in možnost razumnih preventivnih ukrepov.<sup>29</sup> Tako je na primer Vrhovno sodišče v zadevi, v kateri je šlo za odškodninski zahtevek proti šoli zaradi otrokove poškodbe ob igri med odmorom, v smislu tehtanja poudarilo, da bi bili pretiran nadzor in prepovedi tudi tistih iger, ki nosijo minimalna tveganja (tj. tveganja za lažje poškodbe), v nasprotju s cilji pedagoškega procesa.<sup>30</sup>

Vzročnost se nanaša tako na vzročno zvezo med ravnanjem in škodnim dogodkom kot škodnim dogodkom in konkretnim obsegom škode. Osnova za presojo je naravna vzročnost (*condicio sine qua non*), ki pa jo je treba dopolniti z normativnim elementom, zlasti z adekvatno vzročnostjo (upoštevanjem rednega, predvidljivega teka dogodkov). Ne gre torej (le) za ugotavljanje vzročnosti v naravoslovno-tehničnem smislu, temveč predvsem za vrednostno presojo sodišča, ali in katero škodo je primerno pripisati povzročitelju.

### 3.1.2. Objektivna odgovornost

Številni pravni redi poznajo primere odgovornosti ne glede na krivdo, zlasti v zvezi z izjemnimi škodnimi tveganji.<sup>31</sup> Za slovensko (jugoslovansko) pravo je značilno, da drugače kot na primer nemško pravo, kjer se objektivna odgovornost (tj. *Gefährdungshaftung*) uvaža s posebnimi zakoni, širjenje z analogijo pa ni mogoče,<sup>32</sup> in podobno kot francosko pravo (odgovornost za stvari)<sup>33</sup> predvideva objektivno odgovornost s splošno določbo (generalno klavzulo). V skladu s čl. 131 (2) OZ odgovornost temelji na povečanem škodnem tveganju za okolico, pri čemer je odločanje o tem, kaj škodi za povečano škodno tveganje za okolico (»nevarna stvar«

<sup>28</sup> Posledice velike malomarnosti in naklepa so načeloma enake, glej čl. 170 (1) OZ in 147 (3) OZ ter čl. 148 (3) OZ. Zgolj na naklep zakon veže posledice le v čl. 147 (2) OZ, čl. 168 (4) OZ ter čl. 316 OZ.

<sup>29</sup> Glej tudi Možina 2020, str. 116.

<sup>30</sup> VS RS II Ips 269/94 z dne 12. 10. 1995.

<sup>31</sup> Glej na primer Werro, Palmer, Hahn, str. 3.

<sup>32</sup> Glej BGH, III ZR 208/68 z dne 25. 1. 1971, obj. v. NJW 1971, str. 607.

<sup>33</sup> Glej čl. 1384 Code civil (pred reformo), ki določa odgovornost osebe za ljudi, ki so pod njenim nadzorom, ter za stvari, ki jih ima v rokah oziroma jih varuje (*«ou des choses que l'on a sous sa garde»*), ter odločitev Cour de Cassation iz leta 1930 (Jand'heur, Cass. Ch Reunies, 13. 2. 1930), da gre za podlago za splošno in avtonomno odgovornost za stvari vseh vrst.

oziroma »nevarna dejavnost«), prepuščeno sodiščem.<sup>34</sup> Poleg tega OZ pozna še vrsto »posebnih primerov« objektivne odgovornosti, denimo odgovornost proizvajalca stvari z napako (čl. 155 OZ) ter odgovornost organizatorja prireditve (čl. 157 OZ).

## 3.2. Posegi v življenje in telo ter svobodo

### 3.2.1. Premoženjska škoda

V primeru posegov v človeško življenje, telesno celovitost oziroma zdravje je obsežno priznana tako premoženjska kot nepremoženjska škoda. To velja ne glede na to, ali odgovornost izhaja iz krivdne ali iz objektivne odgovornosti.

Povrnitev premoženjske škode v primeru smrti, poškodbe in okvare zdravja ureja OZ v III. točki odseka o povrnitvi škode (čl. 172–176 OZ). Osnovna določba je čl. 174 OZ, ki predvideva povrnitev stroškov zdravljenja in drugih potrebnih stroškov s tem v zvezi ter izgubljenega zaslužka, kolikor niso povrnjeni iz obveznega zdravstvenega zavarovanja; povrnejo se tudi stroški morebitnih povečanih potreb in škoda zaradi zmanjšanih možnosti za razvoj in napredovanje. Iz določbe izhaja, da se ta škoda povrne neposrednemu oškodovancu.

Drugače pa določa čl. 173 (1) OZ, ki za primer smrti osebe, ki je nekoga drugega preživljala ali redno podpirala, določa, da mora tisti, ki je odgovoren za njeno smrt, tej osebi oziroma osebam zagotavljati preživljanje ali podporo (znesek, ki bi ga upravičenec dobival od umrlega). To je primer povrnitve čiste premoženjske škode, ki se »odbije« od neposrednega oškodovanca in zadene posrednega oškodovanca (t. i. *ricochet loss*).

Na neki način gre tudi pri povrnitvi stroškov za pogreb ter morebitnih stroškov ali povrnitvi izgube zaslužka v primeru smrti, ki jo predvideva čl. 172 OZ, za povrnitev posrednim oškodovancem, čeprav je ta škoda nekoliko bližje (pokojnemu) neposrednemu oškodovancu od tiste, ki nastane kot posledica izgubljenega preživljanja in podpore.

Iz teh določb in njihovega konteksta bi bilo mogoče sklepati, da se – razen navedenih – druge oblike premoženjske škode v primeru smrti, telesne poškodbe ali okvare zdravja ne priznajo oziroma se ne priznajo drugim »posrednim« oškodovancem.<sup>35</sup>

Sodna praksa tako ne priznava premoženjske škode v obliki začasne izgube delovne sile, ki jo ima delodajalec v primeru poškodbe delavca. Ta škoda lahko nastopi na primer v obliki stroškov, ki nastanejo delodajalcu, ker mora plačati drugemu delavcu, da opravi delo poškodovanega delavca, ali v obliki izgube dobička. Sodna praksa šteje, da je delodajalec posredni oškodovanec, ki v škodnem dogodku ni bil udeležen; pravico zahtevati povrnitev bi imel

<sup>34</sup> Karanikić Mirić 2013, str. 17.

<sup>35</sup> Za hrvaško pravo glej Gliha, Baretić, Nikšić, str. 249 in nasl.

le, če bi mu zakon to pravico posebej priznaval.<sup>36</sup> Neposredni oškodovanec je poškodovani delavec kot fizična oseba; on lahko seveda zahteva povrnitev zaslужka, ki ga zaradi poškodbe ni mogel doseči (kolikor ga ne dobi od delodajalca oziroma ZZZS v obliki bolniškega nadomestila). To velja tudi, če deluje kot samostojni podjetnik, tedaj izguba, ki jo utrpi s. p., pomeni njegovo izgubo.<sup>37</sup> Če pa je ista poškodovana oseba (edini) družbenik enoosebne d. o. o., potem njegova izguba, čeprav vsebinsko enaka, ni priznana, saj gre za drugo osebo in s tem za posrednega oškodovanca.<sup>38</sup> Sodišča poskušajo ta rezultat utemeljiti tudi z vzročno zvezo, češ da takšna škoda za odgovorno osebo ni »objektivno predvidljiva« posledica (v smislu aдекватne vzročnosti),<sup>39</sup> vendar je vprašanje, ali je mogoče na ta način razlikovanje med s. p. in (enoosebno) d. o. o. prepričljivo razložiti. To je pravnopolitična odločitev o omejitvi odgovornosti.

Sodna praksa prav tako ne priznava premoženjske škode drugim »posrednim« oškodovancem, denimo materi poškodovanca v prometni nesreči, ki je bila zaradi skrbi zanj v bolniškem staležu in je prejela nižjo plačo (nadomestilo plače); ampak sodišča v takih primerih neposrednemu oškodovancu priznavajo pavšalno odmerjeno odškodnino za pomoč in oskrbo, ki mu jo zagotavljajo bližnji.<sup>40</sup>

Sodišča delodajalcu, ki mora delavcu, poškodovanemu v prometni nesreči, po zakonu izplačevati nadomestilo plače (prvih 30 dni odsotnosti, do 120 dni letno), čeprav delavec ne dela, ne priznavajo subrogacijskega zahtevka proti zavarovalnici povzročitelja, češ da gre za posrednega oškodovanca; takšno pravico pa imata ZZZS in ZPIZ, ki delavcu prav tako nudita nadomestilo plače oziroma invalidsko pokojnino, a ju omenja Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP)<sup>41</sup> v čl. 18, zato sta »priznana« posredna oškodovanca (oziroma upravičenca do subrogacije).<sup>42</sup> Tudi to je pravnopolitična odločitev, čeprav ni najbolj razumljivo, zakaj bi morali delodajalci nositi stroške prometnih nesreč, za katere odgovarjajo tretje osebe oziroma njihove zavarovalnice, in jih s tem razbremeniti.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> Glej na primer VSL II Cp 2374/2011 z dne 14. 9. 2011, tč. 7.

<sup>37</sup> Glej na primer VS RS III Ips 3/2020 z dne 19. 5. 2020.

<sup>38</sup> Primerjaj sodbo VS RS III Ips 20/2013 z dne 9. 12. 2014. Glej tudi na primer VSL I Cpg 127/2002 z dne 2. 12. 2003.

<sup>39</sup> Glej na primer odločbo VS RS iz prejšnje opombe, tč. 11.

<sup>40</sup> Glej na primer VSL II Cp 797/2017 z dne 23. 8. 2017, tč. 5 in 16.

<sup>41</sup> Uradni list RS, št. 70/94, 67/02, 13/05, 35/05, 30/06, 110/06, 52/07, 41/17.

<sup>42</sup> Glej na primer VS RS III Ips 144/2014 z dne 29. 3. 2016, tč. 12, ki navaja, da gre po vsebini za regresni zahtevek.

<sup>43</sup> Možina 2014, str. 1505.

### 3.2.2. Nepremoženjska škoda

Seveda je mogoče v primeru posegov v telo oziroma zdravje zahtevati tudi denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo, kolikor slednja dosega zadostno intenzivnost in trajanje; v poštev pridejo predvsem škodne postavke v okviru čl. 179 (1) in 181 OZ: zmanjšanje življenjskih aktivnosti, skaženost, strah in kršitev (spolnega) dostojanstva. V vseh teh primerih gre za neposredne oškodovance. Tako se na primer denarna odškodnina za strah načeloma prizna le oškodovancu za strah za lastno usodo (oziroma izid zdravljenja), ne pa na primer za strah ob ogroženosti oziroma poškodbah drugih ljudi; meje sicer ni mogoče vedno natančno določiti.<sup>44</sup> Podobno kot fizičen poseg v človeško telo lahko obravnavamo poseg v fizično svobodo. V smislu oblike nepremoženjske škode iz čl. 179 (1) OZ se tedaj prizna okrnitev svobode.

Zakon pa v čl. 180 OZ v primeru smrti ali posebno težke invalidnosti omogoča tudi povrnitev denarne odškodnine določenim najbližjim svojcem (zakoncu, otrokom, staršem, pod določenimi pogoji še bratom in sestram ter zunajzakonskemu partnerju). Sodna praksa te osebe šteje za posredne oškodovance, čeprav se odškodnina v resnici prizna za njihovo lastno škodo (žalovanje, trpljenje, prizadetost ob izgubi oziroma hudi poškodbi ali okvari zdravja); gre za to, da niso bili inicialni oškodovanci, ki so bili neposredno objekt napada.<sup>45</sup> Tudi tu gre na neki način za škodo, ki se »odbije« od fizično poškodovanega neposrednega oškodovanca in zadene druge oškodovance. Tudi tu bi bilo mogoče iz določbe in njenega konteksta sklepati, da se drugačne oblike posredne nepremoženjske škode v primeru smrti ali težke poškodbe ne priznajo oziroma se ne priznajo osebam zunaj kroga zakonsko opredeljenih upravičencev. Vendar so sodišča tu manj restriktivna, saj priznavajo tudi »škodo lastnega izvora«, kadar se prizadetost osebe iz kroga upravičencev kaže kot na primer zmanjšanje njenih življenjskih aktivnosti (nepremoženjska škoda) ali nezmožnost za delo (premoženjska škoda), če presodijo, da med prizadetostjo in posledico obstaja vzročna zveza.<sup>46</sup> Tudi tu je priznavanje vzročne zveze zlasti pravnopolitična odločitev. Ker gre vendarle za posledice hude čustvene prizadetosti zaradi smrti ali hude poškodbe bližnjega, so sodišča manj zadržana do priznavanja povrnitve premoženjske škode posrednim oškodovancem, čeprav jih zakon ne omenja, oziroma širjenja priznavanja denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

<sup>44</sup> Glej na primer VSL II Cp 792/2020 z dne 12. 6. 2020. Oškodovanka je v prometni nesreči utrpela le razmeroma bagatelne telesne poškodbe, vendar tudi hud strah, ki je prešel v posttravmatsko stresno motnjo. Strah je bil posledica tega, da je videla, kako sta motorista drsela po vozišču in trčila v njeno vozilo, pri čemer je eden na kraju nesreče umrl, drugi pa je bil hudo poškodovan. Sodišče je njen šok in strah ob spremljanju nesreče upoštevalo pri pravični denarni odškodnini za strah.

<sup>45</sup> Glej na primer VS RS II Ips 268/2016 z dne 24. 9. 2018, tč. 14.

<sup>46</sup> Glej na primer VSL II Cp 220/2017 z dne 29. 3. 2017 ter VS RS II Ips 412/1993 z dne 24. 3. 1994, VS RS II Ips 875/2006 z dne 7. 12. 2006, VS RS II Ips 689/2008 z dne 10. 9. 2009 in VSL II Cp 2597/2013 z dne 29. 1. 2014.

### 3.3. Posegi v stvari (lastnino)

V primeru poškodbe ali uničenja stvari se načeloma vedno prizna povrnitev premoženjske škode. Ta se lahko povrne na različne načine, na primer kot povrnitev stroškov popravila (restitucija), povrnitev vrednosti stvari pred škodnim dogodkom (kompenzacija) ali povrnitev morebitne tržne manjvrednosti stvari kljub popravilu.<sup>47</sup> Škoda zaradi začasne nemožnosti uporabe stvari zaradi poškodbe oziroma popravila stvari se lahko v primeru gospodarske rabe povrne kot izgubljeni dobiček, sicer pa kot strošek najema nadomestne stvari.<sup>48</sup>

Poseg v stvar (lastnino) sam po sebi načeloma ne upravičuje povrnitve nepremoženjske škode. Na načelni ravni velja, da lahko nemožnost uporabe stvari vpliva tudi na nepremoženjske dobrine (če je na primer slep človek prikrajšan za psa vodnika). Zakon oškodovancu v primeru naklepnega uničenja ali poškodovanja stvari, ki je imela za oškodovanca posebno vrednost, kot na primer domača žival v smislu hišnega ljubljence (ali psa vodnika), omogoča povrnitev škode z upoštevanjem čustvene povezanosti oškodovanca s stvarjo (*pretium affectionis*).<sup>49</sup> Ta oblika povrnitve premoženjske škode torej vsebuje določen nepremoženjski element.

Povrnitev premoženjske škode za poseg v pravice intelektualne lastnine ni omejena; zakon predvideva olajšano dokazovanje izgubljenega dobička (na podlagi običajne licenčnine), zakon pa pozna celo civilno kazen, ravno tako namenjeno odvracanju.<sup>50</sup>

### 3.4. Posegi v golo premoženje

Varstvo (čistih) premoženjskih interesov je seveda zlasti predmet pogodbenega odškodninskega prava. V primeru kršitve pogodbe se – v okviru predvidljivosti – povrne premoženjska škoda, vključno z izgubljenim dobičkom, ne glede na to, ali je prišlo do posega v osebo ali stvar upnika.<sup>51</sup>

V nepogodbenem odškodninskem pravu pa težko govorimo o splošnem varstvu pred posegi v premoženje, ki niso hkrati tudi posegi v telo oziroma svobodo ali stvar (lastnino) oškodovanca. Omenili smo že primere fizičnih posegov v eno osebo (neposrednega oškodovanca), katerih posledice se izrazijo v premoženju druge osebe (posrednega oškodovanca); povrnitev se ji prizna le v primeru podlage v zakonu.

<sup>47</sup> Glej Možina 2014, str. 87.

<sup>48</sup> Glej Možina 2010, str. 129.

<sup>49</sup> Čl. 169 (4) OZ.

<sup>50</sup> Glej čl. 121a Zakona o industrijski lastnini (ZIL-1), Uradni list RS, št. 45/01, zadnja spr. 23/20, ter čl. 168 Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP), Uradni list RS, št. 21/95, zadnja spr. 130/22.

<sup>51</sup> Glej Možina 2016a, str. 290.

Drugače pa se rešujejo primeri neposrednih posegov v golo premoženje oškodovanca, pri čemer sploh ne pride do fizičnega posega v telo ali lastnino kogarkoli. Poleg bojazni pred negativnimi učinki preširoke odškodninske odgovornosti (na primer dušenje svobode ravnanja, spodbujanje splošne defenzivne drže) na obseg odgovornosti med drugim vpliva tudi okoliščina, da je drugače kot pri človeškem telesu, fizični svobodi ali lastnini, pri katerih je meja varovanega interesa zelo jasna, ta meja pri »golem premoženju« težje določljiva.

Za neposreden poseg v golo premoženje drugega bi šlo, če bi bila posledica ravnanja ene osebe zmanjšanje premoženja druge osebe, ne da bi med njima prišlo do kakršnegakoli fizičnega stika. Predstavljajmo si na primer podjetnika, ki odpre pekarno nedaleč od konkurentove pekarnice. Čeprav ima celo namen, da slednjemu prevzame stranke, je konkurenca na trgu dovoljena in zaželena, zato njegovega poslovanja, čeprav konkurentu povzroča izgubo, ne moremo šteti za protipravno ravnanje. To bi bilo mogoče šele, če bi podjetnik tekmoval na nepošten, nemoralen (ZPOmk-2: »nelojalen«) način, tj. v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji (*contra bonos mores*). Za tak primer bi šlo, če bi na primer poskušal doseči, da bi tretje osebe prekinile pogodbe s konkurentom, ustvarjal zmedo na trgu z neupravičeno uporabo njegove firme ali znamke, nepošteno prevzemal njegove delavce ali pridobival oziroma izkoriščal njegove poslovne skrivnosti.<sup>52</sup> To implicira tudi naklepno ravnanje. V primeru škode zaradi nelojalne konkurence torej minimalne zahteve, ki izhajajo iz generalne klavzule, ne zadoščajo, saj je treba izkazati tudi nemoralno ravnanje. Tako je že v času sprejetja ZOR določal »Zakon o suzbijanju nelojalne utakmice i monopolističkih sporazuma«, ki je za nelojalno konkurenco predvideval odškodninske sankcije.<sup>53</sup> Danes je to določeno v čl. 134 in 135 ZPOmk-2, skupaj s primeri dejanj nelojalne konkurence.<sup>54</sup> Na pogoj nemoralnega ravnanja lahko gledamo kot na dodatno zahtevo v okviru predpostavke protipravnosti ravnanja.

Podobno velja za odškodninsko odgovornost zaradi zlorabe pravice. Tudi to je »delikt«, katerega posledica je načeloma odgovornost za čisto premoženjsko škodo, a za odgovornost ne zadoščajo minimalne zahteve na podlagi generalne klavzule, ampak je treba izkazati tudi zavestno zlorabo pravice, tj. nemoralni namen oziroma izključni ali očitni namen drugemu povzročiti škodo.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Glej primere iz čl. 134 (3) Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmk-2), Uradni list RS, št. 130/22.

<sup>53</sup> Glej Uradni list SFRJ, št. 24/1974, čl. 2 (pojem nelojalne konkurence), 15 in 16 (ki je omogočal celo povrnitev nepremoženjske škode zaradi posega v poslovni ugled). Dejanja nelojalne konkurence so primeroma naštet v čl. 8. Glej tudi Temeljni zakon o prometu blaga, Uradni list SFRJ, št. 1-8/1967, čl. 54, ter Cigoj, str. 560 in nasl.

<sup>54</sup> Uradni list RS, št. 130/22. Prejšnji zakon (ZPOmk-1) je enako določal v čl. 63 (a) in 63 (b).

<sup>55</sup> Glej na primer VS RS II Ips 231/2013 z dne 24. 10. 2014.

Vrhovno sodišče je v zadevi, v kateri je stranka zahtevala povrnitev škode, ker se je zaradi podjetniške dejavnosti druge stranke (gradnja nepremičnine) zmanjšala tržna vrednost njene nepremičnine (izguba razgleda), napotilo na tehtanje interesov strank v povezavi z merili sosedskega prava (krajevno običajno izvrševanje lastninske pravice), pri tem pa med drugim opozorilo, da »varovanje tržne vrednosti nepremičnine samo po sebi ni ustavno zagotovljeno«.<sup>56</sup>

Premoženje se lahko zmanjša tudi, če nekdo izjavi nekaj, kar škodi poslovanju oškodovanca. OZ (ZOR) v posebni točki (IV.) oddelka o povrnitvi škode predpisuje posebne pogoje odgovornosti za posege v premoženje z razžalitvijo ali širjenjem neresničnih trditev.<sup>57</sup> V skladu s čl. 177 (1) OZ odgovornost ni podana za kakršnokoli trditev, katere posledica je zmanjšanje premoženja oškodovanca. Če je trditev resnična, odgovornosti ni in se ji prizadeta oseba na podlagi te določbe ne more zoperstaviti. Tudi če trditev ni resnična, pa odgovornosti ni, če izjavljajoči ni vedel, da trditev ni resnična, in ga je pri izjavi ali njenem posredovanju tretji osebi vodil »resen interes« (čl. 198 (2) OZ). Zakon napotuje na tehtanje »resnega interesa« izjavljajočega in interesa oškodovanca. Metoda tehtanja sicer ni specifična le za presojo posegov v golo premoženje z izjavo, vendar zakon nanjo napotuje le v tem kontekstu. Iz določbe izhaja, da je za odgovornost na podlagi čl. 177 (1) OZ – drugače kot po generalni klavzuli iz čl. 131 (1) OZ – potrebna zavest izjavljajočega o neresničnosti izjave (naklep).

Premoženjske posledice zanašanja na izjave drugih so tudi v našem pravu zelo omejene. Tako na primer ni mogoče brez nadaljnjega zahtevati povrnitve škode, ki bi nastala na primer zaradi tega, ker bi oškodovanec ravnal v zanašanju na pravilnost vremenske napovedi na televiziji ali časopisu. Takšna – nepogodbena – odgovornost za informacije bi zaradi visoke cene, posledice zavarovalnih premij, povsem ohromila podajanje novic. Tudi Vrhovno sodišče RS je (*obiter dictum*) zapisalo, da ni splošne odgovornosti za napačne informacije, priporočila ali mnenja, saj bi ta prekomerno obremenila vsakdanjo komunikacijo.<sup>58</sup>

Slovenska sodišča pa so po zgledu iz primerjalnega prava uvedla izjemo: odgovornost za informacijo je lahko vendarle podana, kadar se prejemnik zaradi posebne bližine s ponudnikom

<sup>56</sup> VS RS II Ips 25/2019 z dne 30. 5. 2019, tč. 19. Vrhovno sodišče je razveljavilo sodbi nižjih sodišč, ki sta odškodnino za zmanjšanje tržne vrednosti priznali na podlagi čl. 133 (3) OZ. Zavrnilo je idejo gradnje kot splošno koristne dejavnosti; gre za uresničevanje zasebnih lastninskih interesov. Sodišču prve stopnje je naložilo, naj v kontekstu deliktne prava v povezavi z merili sosedskega prava opravi tehtanje interesov obeh strank z metodo praktične konkordance, pri tem pa je poudarilo, da varovanje tržne vrednosti nepremičnin samo po sebi ni ustavno zagotovljeno, da se spremembam v prostoru v svobodni družbi ni mogoče izogniti, da so prostorska razmerja dinamična in da je pri zapolnjevanju pojma izvrševanja upravičen glede na krajevne običaje treba upoštevati, ali gre za ekscesno (neobzirno) izvrševanje ali pa za krajevno običajno in s tem predvidljivo ter znosno spreminjanje okolja. Glej tudi Brus, str. II, IX in X.

<sup>57</sup> Primerjaj § 824 BGB. Vprašanje je, ali je umestitev tega vprašanja v odsek deliktne prava o povrnitvi škode ZOR/OZ najprimernejša, saj ne gre za vprašanje povrnitve škode, ampak za pogoj odgovornosti.

<sup>58</sup> VS RS II Ips 103/2009 z dne 30. 6. 2011, tč. 12.

lahko utemeljeno zanese na njeno pravilnost. Zanimivo je, da se sodišča pri tem sklicujejo tudi na ureditev iz modelnega zakona – DCFR (čl. VI.-2:207).<sup>59</sup> Do odgovornosti lahko pride, kadar informacijo poda oseba, ki uživa posebno zaupanje (strokovnjak) in ki lahko predvidi, da se bo določena ali določljiva oseba – s katero ni v pogodbenem razmerju – nanjo zanesla pri poslovni odločitvi določene vrste.<sup>60</sup> Sodišče je odločalo v primeru, ko je cenilec, ki ga je pogodbeno angažirala stranka, previsoko ocenil vrednost nepremičnine; cenitev je nato stranka predložila banki, ta pa ji je odobrila kredit, zavarovan s hipoteko na nepremičnini. Ko stranka kredita ni vrnila, banka pa je nepremičnino lahko unovčila šele za bistveno nižji znesek od ocenjenega, se je zastavilo vprašanje, ali lahko razliko izterja od cenilca: slednji je sicer kršil pogodbo s stranko, a z banko ni imel pogodbe; sodišče je njegovo odgovornost utemeljilo na deliktu s posebnimi predpostavkami.<sup>61</sup> Vrhovno sodišče je te predpostavke, ki jih lahko štejemo za posebno obliko protipravnosti, poimenovalo »specialno razmerje«<sup>62</sup> oziroma poseben, bližnji odnos, v katerem se prejemnik informacije lahko upravičeno zanese na njeno pravilnost, ponudnik informacije pa to lahko predvidi.<sup>63</sup> Odgovornost strokovnjakov nasproti tretjim torej ne obstaja na splošno, ampak le nasproti predvidljivemu krogu oseb v zvezi s predvidljivimi odločitvami.<sup>64</sup>

Druge primere deliktne odgovornosti za izjave oziroma podane informacije uvajajo posebni zakoni, denimo v zvezi s prospektom pri javni ponudbi vrednostnih papirjev.<sup>65</sup>

Odgovornost za čisto premoženjsko škodo je – vsaj v nekaterih položajih – omejena tudi z zakonom. Tako je v čl. 157 OZ objektivna odgovornost organizatorja prireditve omejena na škodo zaradi smrti ali telesne poškodbe. Prizna se torej le (premoženjska in nepremoženjska) škoda zaradi posega v življenje oziroma telo, ne pa tudi škoda zaradi posega v stvari in tudi ne škoda zaradi posega v premoženje. Enako glede na čl. 156 OZ velja za objektivno odgovornost države za terorizem in demonstracije.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> Prav tam in VSL II Cp 373/2016 z dne 6. 7. 2016, tč. 7, ter VSL II Cp 1650/2017 z dne 6. 9. 2017, tč. 11.

<sup>60</sup> Prav tam in VS RS III Ips 38/2010 z dne 22. 1. 2013 (specialno razmerje). Glej tudi Možina 2015, str. 291.

<sup>61</sup> VSL II Cp 1650/2017 z dne 6. 9. 2017, glej tudi VSL II Cp 373/2016 z dne 6. 7. 2016.

<sup>62</sup> VS RS III Ips 38/2010 z dne 22. 1. 2013.

<sup>63</sup> Glej VS RS II Ips 103/2009 z dne 30. 6. 2011. V tej zadevi je sicer Vrhovno sodišče v drugih točkah kasneje spreminjalo odločitve, glej VS RS II Ips 331/2014 z dne 28. 5. 2015, US Up-781/15-16 z dne 24. 11. 2016 VS RS II Ips 337/2016 z dne 20. 3. 2017.

<sup>64</sup> Možina 2015, str. 309.

<sup>65</sup> Glej na primer čl. 81 (3) Zakona o trgu finančnih instrumentov (ZTFI-1), Uradni list RS, št. 77/18 in nasl. Primerjaj merila razbremenitve s pogoji zgoraj opisane odgovornosti strokovnjaka nasproti tretjim osebam. Glej tudi čl. 29 Zakona o prevzemih (ZPre-1), Uradni list RS, št. 79/06 in nasl., zadnja spr. 75/15.

<sup>66</sup> To velja opozoriti, da ne gre za civilnopravno odškodninsko odgovornost, ampak za posebno obliko odgovornosti države, ki ni vezana na protipravno ravnanje ali nevarno stvar oziroma dejavnost (povrnitvena shema).

Tudi posebna oblika objektivne odgovornosti proizvajalca za proizvod je omejena na varstvo določenih pravnih dobrin. Že OZ v čl. 155 (1) govori le o »škodni nevarnosti za osebe ali stvari« (in ne tudi o škodni nevarnosti za druge dobrine), čl. 58 (1) ZVPot-1, ki uresničuje Direktivo Sveta z dne 25. julija 1985 o približevanju zakonov in drugih predpisov držav članic v zvezi z odgovornostjo za proizvode z napako (Direktiva 85/374/EGS o odgovornosti proizvajalca),<sup>67</sup> pa omogoča povrnitev le, kadar zaradi napake proizvoda (nezadostne varnosti) pride do smrti, telesne poškodbe oziroma okvare zdravja. Škoda na drugih stvareh se v skladu s čl. 58 (2) ZVPot-1 povrne le nad mejo 500 evrov in pod pogojem, da se je proizvod uporabljal v zasebne namene. Povrnitev čiste premoženjske škode je izključena. Na ta način želi direktiva vzpostaviti ravnotežje med interesi proizvajalca ter oškodovanca in omejiti »preveliko število sodnih sporov«.<sup>68</sup>

V nekaterih posebnih primerih odškodninske odgovornosti je ta omejena po višini: tako na primer člani posloводства in nadzornega sveta upnikom na podlagi Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP)<sup>69</sup> odgovarjajo za opustitev določenih dejanj le do določenih zneskov.

Zdi se, da se slovenska sodišča doslej niso soočila z dilemami, ki nastajajo v zvezi z eno od tipičnih oblik čiste premoženjske škode – deliktними posegi v infrastrukturo, na primer v električno napeljavo, zaradi česar se začasno ustavi proizvodnja v nekem podjetju (t. i. *cable cases*).<sup>70</sup>

Namen tega sestavka seveda ni celovito obravnavati vprašanja čiste premoženjske škode, zlasti ne utemeljenosti omejitev njenega priznavanja, ampak le opozoriti, da je deliktno varstvo »golega premoženja« – vsaj na večini področij, ki so bila omenjena – omejeno oziroma dostopno le pod dodatnimi predpostavkami. V tem smislu torej tudi za slovensko pravo velja, da je deliktnopravno varstvo golega premoženja manj obsežno kot varstvo življenja, zdravja, svobode in lastnine.

### 3.5. Poseg v »čiste« nepremoženjske dobrine

Omeniti moramo še neposredne posege v nepremoženjske dobrine, ki niso povezani s fizičnim posegom v oškodovanca (oziroma njegovega bližnjega). Za namene razlikovanja jih poimenujemo »čiste« nepremoženjske dobrine. Sem spadajo na primer posegi v čast in dobro ime ter zasebnost oziroma druge osebnostne pravice. Na tem mestu obravnavamo le posledice na nepremoženjskem področju (nepremoženjsko škodo), možne pa so tudi glede premoženja.

<sup>67</sup> UL L 210.

<sup>68</sup> Glej uvodno izjavo 9 k Direktivi 85/374/ES.

<sup>69</sup> Uradni list RS, št. 126/07, zadnja spr. 157/22. Glej čl. 42, 43 ter 44.

<sup>70</sup> Glej pregled tuje sodne prakse pri Kadner Graziano, str. 69 in nasl.

Kolikor gre za premoženjsko škodo zaradi razžalitve ali širjenja neresničnih trditev (čl. 177 OZ), smo jo že obravnavali. Seveda so osebnostne pravice na visokem mestu v hierarhiji varovanih interesov, vendar je tudi njihovo priznavanje v odškodninskem pravu na določen način omejeno oziroma podvrženo dodatnim korakom. To velja že zato, ker poseg v osebnostne pravne dobrine sam po sebi še ne upravičuje do denarne odškodnine; ta se prizna le, če gre za poseg, ki se odrazi v eni od priznanih oblik nepremoženjske škode ter povzroči trpljenje (duševne bolečine) določene intenzivnosti in trajanja. Slednje sicer velja tudi za posege v nepremoženjske dobrine, ki so povezane s fizičnim posegom v človeka oziroma njegovo svobodo.

Bistvena značilnost posegov v »čiste« nepremoženjske dobrine – vsaj ko govorimo o posegih v čast in dobro ime ter zasebnost – je, da meje varovanja praviloma ni mogoče ugotoviti brez tehtanja nasprotujočih si interesov. Sodna praksa je izoblikovala merila tehtanja, na primer pravice ene stranke do svobode govora in pravice druge stranke do časti in dobrega imena. Zakon sicer glede posegov v (»čiste«) nepremoženjske dobrine ne napotuje na metodo tehtanja tako kot pri povrnitvi premoženjske škode zaradi neresničnih izjav. Problem pa je vsebinsko primerljiv. Glede oškodovanca je denimo pomembno, ali gre za javno osebnost ali morda celo osebnost, ki deluje v političnem prostoru (na primer politiki, novinarji, mnenjski voditelji) in mora biti načeloma pripravljena sprejeti ostrejšo kritiko, ali ne. V tej zvezi je pomembno tudi, ali je šlo za politično izražanje, ki uživa posebno varstvo.<sup>71</sup> Prav tako je lahko pomemben način izražanja (metoda komunikacije) in razumevanje povprečnega naslovnika ter kontekst sporne izjave; nadalje, ali je želel izjavljajoči nasprotnika predvsem zaničevati ali razpravljati o zadevah javnega pomena.<sup>72</sup> Pomembno je tudi, ali je izjava resnična oziroma ali je bil izjavljajoči v opravičeni zmoti oziroma je zasledoval legitimen interes, in tudi, ali bi imela odškodninska odgovornost lahko zastraševalni učinek na izvrševanje človekovih pravic. Upoštevati je skratka treba tudi stališča, ki sta jih za razreševanje kolizije med temeljnimi človekovimi pravicami izoblikovali Ustavno sodišče ter ESČP.<sup>73</sup>

Podobno velja tudi glede pravice do zasebnosti. Tudi tu morajo javne osebnosti dopustiti več posegov, pri tehtanju s pravico svobode govora oziroma javne obveščenosti pa je eden od dejavnikov tudi prispevek k diskusiji v javnem interesu; če tega ni, so posegi dopustni v manjši meri.<sup>74</sup> Tudi v teh primerih je torej za ugotovitev meje dovoljenega ravnanja treba opraviti (kompleksno) presojo nasprotujočih si interesov in upoštevati vrsto meril.

<sup>71</sup> Glej na primer VS RS II Ips 75/2019 z dne 6. 2. 2020, tč. 27.

<sup>72</sup> Prav tam, tč. 31 in nasl.

<sup>73</sup> Glej Zobec, str. 16.

<sup>74</sup> Glej na primer ESČP *Caroline von Hannover proti Nemčiji* z dne 24. 6. 2004, št. 59320/00, VS RS II Ips 296/2002 z dne 25. 9. 2003 in VS RS II Ips 23/2020 z dne 28. 8. 2020.

Sklenemo torej lahko, da so čast in dobro ime ter zasebnost varovani pod nekaterimi drugačnimi predpostavkami kot nepremoženjski interesi, ki so povezani s posegom v človeka. Tudi za te dodatne predpostavke (tehtanje interesov, upoštevanje okoliščin) lahko rečemo, da spadajo k ugotavljanju meje med dovoljenim in nedovoljenim ravnanjem ter jih obravnavamo v okviru predpostavke protipravnosti.

Denarno odškodnino za poseg v »čiste« nepremoženjske interese pa je mogoče zahtevati tudi za duševne bolečine zaradi posega v moralno avtorsko pravico, kolikor to opravičujejo okoliščine, zlasti stopnja in trajanje bolečin.<sup>75</sup> Pojem nepremoženjske škode se razvija tudi na podlagi področne zakonodaje: denarno odškodnino za nepremoženjsko škodo je mogoče zahtevati tudi v primeru trpinčenja na delovnem mestu (*mobbing*), ki je lahko tudi povsem »nefizično«, <sup>76</sup> diskriminacije<sup>77</sup> ter obdelave osebnih podatkov v nasprotju s Splošno uredbo o varstvu osebnih podatkov (GDPR)<sup>78</sup> – obravnava teh primerov pa presega okvire tega prispevka.

## 4. Sklepne ugotovitve

Čeprav slovensko nepogodbno odškodninsko pravo ne pozna hierarhije pravno varovanih interesov (pravnih dobrin), je mogoče ugotoviti, da vse pravne dobrine ne uživajo enake ravni varstva oziroma varstva pod enakimi pogoji. Določena hierarhija pravnih dobrin je vtkana že v presojo protipravnosti kot predpostavke krivdne odgovornosti: obsežnejše dolžnosti varstva se nanašajo na ogroženost življenja ali zdravja kot na grožnjo manj pomembne telesne poškodbe, ogroženost lastnine ali celo zgolj premoženja. Pravni sistem lahko področje deliktne-ga varstva definira s pravili ravnanja, tako da prepove ali zapove določeno ravnanje, iz česar je mogoče sklepati, katere dobrine želi varovati, ali pa opiše varovane dobrine in na razmeroma splošen način prepove posege vanje; večina pravnih sistemov obe metodi kombinira.<sup>79</sup> To velja tudi za slovensko pravo; vrsta in stopnja ogroženosti pravne dobrine sta pomemben dejavnik za presojo protipravnosti.

Deliktno pravo izvirno in najobsežneje varuje pred fizičnimi posegi v življenje, zdravje, telesno celovitost in svobodo, podobno velja za varstvo pred posegi v stvari (lastnino). Varstvo pred neposrednimi posegi v čiste premoženjske dobrine (povrnitev čiste premoženjske škode)

<sup>75</sup> Čl. 169 ZASP.

<sup>76</sup> Glej na primer Možina 2016b, str. 371.

<sup>77</sup> Glej čl. 39 Zakona o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD), Uradni list RS, št. 33/16 in 21/18.

<sup>78</sup> Glej čl. 82 Uredbe 2016/679 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov (GDPR), UL L 119; ter Sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Camposa Sánchez-Bordone z dne 6. 10. 2022 v zadevi C-300/21 (*UI proti Österreichische Post AG*).

<sup>79</sup> European Group on Tort Law, čl. 2:102, r. št. 1, str. 30.

pa je – vsaj v obravnavanih primerih – zagotovljeno le pod nekaterimi dodatnimi predpostavkami, ki presegajo minimalne elemente krivdne odgovornosti iz čl. 131 (1) OZ, kot na primer nasprotovanje morali (v primerih nelojalne konkurence) ali zavestno zlorabo (zloraba pravice). V teh primerih bi lahko govorili tudi o naklepnih deliktih. Tudi v nekaterih drugih položajih (poseg v premoženje z neresnično izjavo) se za odgovornost zahteva zavest o neresničnosti izjave ali »resen interes«, ki pretehta nad interesom oškodovanca. Sodna praksa je po vzoru iz primerjalnega prava razvila tudi institut odgovornosti za strokovno mnenje pod pogojem bližnjega odnosa (»specialnega razmerja«), v katerem se prejemnik mnenja lahko upravičeno zanese na pravilnost, ponudnik pa to lahko predvidi. V primerih, v katerih fizična škoda nastane eni osebi, škoda pa se nato odrazi (tudi) pri drugi osebi (posredna premoženjska škoda), sodna praksa cilja omejitve odgovornosti ne naslavlja neposredno, ampak prek pojmovanja vzročne zveze oziroma z razlikovanjem neposrednih in posrednih škod. V nekaterih posebnih primerih objektivne odgovornosti, na primer pri odgovornosti proizvajalca, izključuje povrnitev čiste premoženjske škode že zakon.

Čeprav so v hierarhiji varovanih pravnih dobrin visoko, je tudi pri varstvu »čistih« nepremoženjskih dobrin, tj. povrnitev nepremoženjske škode v primerih, kjer ni hkrati fizičnega posega v oškodovanca, na primer pri posegu v čast in dobro ime ali zasebnost, mejo med dovoljenim in nedovoljenim (protipravnim) ravnanjem pogosto mogoče ugotoviti šele s kompleksnim tehtanjem interesov obeh strani.

Kratek pregled pokaže, da slika o varstvu različnih pravnih dobrin v slovenskem nepogodbemnem odškodninskem pravu kaže obrise, ki niso bistveno drugačnih od tistih v primerjalnem pravu, vključno s pravnimi redi z izrecno hierarhijo varovanih interesov.

## Literatura

- BOOM, Willem van, KOZIOL, Helmut, WITTING, Christian A. (ur.). *Pure economic loss*. Durnaj/New York: Springer, 2004.
- BRUS, Marko. Ob dveh nedavnih pomembnih odločbah VS RS. *Pravna praksa*, 2020, št. 26-27, Priloga, str. II, IX in X.
- BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht*. Heidelberg: Springer, 2006.
- CIGOJ, Stojan. *Odškodninsko pravo Jugoslavije*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, 1972.
- DAM, Cees van. *European Tort Law*, 2. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- DULAR, Drago. Ekonomska izguba kot vrsta škode. *Pravna praksa*, 2003, št. 41, str. 21–22.
- DUNNÉ, Jan M. van. Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A comparatist's view of the Civil law – Common law Split on Compensation of Non-physical Damage in Tort Law?. *European Review of Private Law*, 1999, Vol. 7, Issue 4, str. 397.

- European Group on Tort Law. *Principles of European Tort Law*. Dunaj, New York: Springer, 2005.
- GLIHA, Igor, BARETIĆ, Marko, NIKŠIĆ, Saša. Pure Economic Loss in Croatian Law. V: Bussani, M. (ur.), *European Tort Law—Eastern and Western Perspectives*. München: Sellier European Law Publishers, 2007, str. 249–293.
- GOUDKAMP, James. *Winfield & Jolowitz on Tort*, 20. izdaja. London: Sweet & Maxwell, 2020.
- JAKAŠA, Branko. Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima. *Naša zakonitost*, 1979, št. 6, str. 59.
- KADNER GRAZIANO, Thomas. *Comparative Tort Law – cases, materials and exercises*. Routledge, 2018.
- KARANIKIĆ MIRIĆ, Marija. *Objektivna odgovornost za štetu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2013.
- KARANIKIĆ MIRIĆ, Marija. Postjugoslovenski »život« pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji. V: Možina, D. (ur.), *Razvojne tendence v obligacijskem pravu*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Založba Pravne fakultete, 2019, str. 263.
- KOZIOL, Helmut. *Österreichisches Haftpflichtrecht I*. Dunaj: Manz, 1997.
- LECZYKIEWICZ, Dorota. Loss and its compensation in the proposed new French regime of extra-contractual liability. V: Borghetti, J.-S., Whittaker, S. (ur.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2019, str. 184.
- MARKESINIS, Basil S., BELL, John, JANSSEN, Andre. *Markesinis's German Law of Torts*, 5. izdaja. Hart Publishing, 2019.
- MOŽINA, Damjan. Delodajalci in posledice prometnih nesreč. *Podjetje in delo*, 2014, št. 8, str. 1505.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost za nasvet in informacije ter vprašanje zahtevkov tretjih oseb. *Podjetje in delo*, 2015, št. 2, str. 291.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost za kršitev pogodbe. *Podjetje in delo*, 2016a, št. 2, str. 290.
- MOŽINA, Damjan. Fault, Presumption of Fault, and Wrongfulness in the Yugoslav Obligations Act. *Journal of European Tort Law*, 2021, št. 3, str. 229.
- MOŽINA, Damjan. Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu – nekaj misli ob 8. čl. ZDR-1. V: Žnidaršič Skubic in dr. (ur.), *Liber Amicorum Lojze Ude*. Ljubljana: Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, 2016b, str. 371.
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost za poškodbe pri športu. V: Bergant Rakočević, V. (ur.), *Šport in pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2020.
- PALMER, Vernon Valentine. A comparative law sketch of pure economic loss. V: Bussani, M., Sebok, A. J. (ur.), *Comparative Tort Law, Global perspectives*. Edward Elgar Pub, 2015, str. 284.
- PAVŠLAR, Aleksander. *Neposlovna odgovornost za čisto premoženjsko škodo*, doktorska disertacija. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, 2009.

- TOT, Ivan. Poredbenopravni utjecaji na Zakon o obveznim odnosima. V: Tot, I., Slakoper, Z. (ur.), *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*. Zagreb: Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2022, str. 15.
- WAGNER, Gerhard. Comparative tort law. V: Reimann, M., Zimmermann, R. (ur.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2019, str. 995.
- WERRO, PALMER, HAHN. Strict liability in European tort law: an introduction. V: Werro, Palmer (ur.), *The boundaries of strict liability in European tort law*. Carolina Academic Press, 2004, str. 3.
- WILL, Michael, VODINELIĆ, Vladimir. Generelle Verschuldensvermutung – ein unbekantes Wesen. V: Magnus, U., Spier, J. (ur.), *European Tort Law – Liber Amicorum Helmut Koziol*. Peter Lang Publishing, 2000, str. 307.
- ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. New York: Oxford University Press, 1996.
- ZOBEC, Jan. Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji. *Pravosodni bilten*, 2011, št. 2, str. 16.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. izdaja. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, 3. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 1998.



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.426.6

# Nekompenzatorna povrnitev škode

PETRA WEINGERL  
doktorica pravnih znanosti,  
docentka na Pravni fakulteti  
Univerze v Mariboru

## 1. Uvod

Na vprašanje, ali v slovenskem pravnem redu poznamo nekompenzatorne oblike povrnitve škode, bi marsikdo odgovoril, da je taka oblika povrnitve škode neskladna z domačim pravnim redom oziroma mu je celo tuja. Ob tem pogosto pomislimo na kaznovialno odškodnino (*punitive damages*), do katere imajo pravniki tradicionalno odklonilen odnos. Vendar v civilnem pravu, tako v obligacijskem pravu kot zunaj tega okvira, najdemo nemalo primerov nekompenzatorne povrnitve škode, ki pomeni odmik od načel popolne in pravične odškodnine.<sup>1</sup> Glede na to je potrebna vsebinska razprava o dejanskem stanju in o tem, kaj so razlogi za odklonilen odnos do določenih funkcij odškodnine ter v katerem primeru javni interes opravičuje nekompenzatorno povrnitev škode.

Ko gre za povrnitev premoženjske škode, je v slovenskem pravnem redu uzakonjeno načelo popolne odškodnine v 169. členu OZ. Načelo popolne odškodnine pomeni, da sodišče oškodovancu prisodi odškodnino v znesku, ki je potreben, da postane njegov premoženjski položaj takšen, kakršen bi bil, če ne bi bilo škodljivega dejanja ali opustitve. Glede nepremoženjske škode pa drugi odstavek 179. člena OZ izrecno navaja, da je višina odškodnine za nepremoženjsko škodo odvisna od pomena prizadete dobrine in namena te odškodnine, ne sme pa podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom. Je nekompenzatorna povrnitev škode skladna s to dikcijo? Odgovor na to vprašanje je odvisen od tega, katere funkcije določen pravni red pripisuje odškodnini za nepremoženjsko škodo. Pri iskanju odgovora

<sup>1</sup> Glej 169. in 179. člen Obligacijskega zakonika (OZ), Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

nam lahko pomaga pregled narave in namena, ki jih želijo doseči različne ureditve »pravnih sredstev«<sup>2</sup> (ali »odškodnin« ali »nadomestil« ali »civilnih kazni«) v zakonodaji in sodni praksi.

Prispevek bo najprej kratko opredelil nekompenzatorno povrnitev škode in osvetlil težnje po preventivnem učinku pravnih sredstev v kontekstu civilnega prava na ravni EU. Temu bo sledil prikaz elementov nekompenzatorne odškodnine v domačem pravnem redu. Te elemente lahko razdelimo na tiste, ki jih najdemo v okviru splošnega obligacijskega prava, in na tiste zunaj tega okvira, ki jih najdemo na različnih pravnih področjih. Prispevek bo osvetlil različne oblike in njihove skupne značilnosti ter razlike med njimi, predvsem glede na namen, za katerega so dodeljene, ter glede na faktorje, ki se upoštevajo pri odmeri višine zneska, namenjenega povrnitvi škode. Za nekatere elemente je v pravni teoriji nesporno, da so nekompenzatorne narave in želijo doseči preventivne in tudi kaznovalne cilje, s tega vidika pa so bili tudi že večkrat obravnavani.<sup>3</sup> Posledično se bo prispevek osredotočil na pravna sredstva, ki jih najdemo zunaj okvira splošnega obligacijskega prava, torej na posebnih pravnih področjih. Ta pravna sredstva pogosto vstopajo v domač pravni red na podlagi prenosa prava EU, zato je nujno poznavanje evropske zakonodaje in sodne prakse SEU glede pravnih sankcij za kršitev prava EU.

## 2. Opredelitev nekompenzatorne povrnitve škode: namen in višina odškodnine

### 2.1. Negativna definicija: trenja med izravnalnim in odvračilnim namenom odškodnine

Pozitivno pravo ne opredeljuje nekompenzatorne povrnitve škode. Za začetek se lahko opremo na negativno definicijo, po kateri je nekompenzatorna povrnitev škode tista, ki pomeni odmik od načela popolne odškodnine (kompenzacije). To zajema primere, ki pomenijo nekaj več od popolne odškodnine, t. i. nadkompenzatorna odškodnina (na primer kaznovalna odškodnina, večkratni znesek odškodnin, nadomestil itd.), in tudi primere, ki pomenijo povrnitev škode v manjšem obsegu od nastale škode (na primer simbolični znesek, nominalna odškodnina, vnaprej določeni najvišji zneski odškodnine, nadomestil itd.).

Nadkompenzatorna povrnitev škode – in zlasti njena prepoved – razkriva trenja med dvema ciljema, ki se običajno pripisujeta odškodninskemu pravu – med izravnalno in odvračilno

<sup>2</sup> S tem so mišljene vse oblike civilnih sankcij, ki so naložene povzročitelju škode ali kršitelju pravic. Kot sopomenko za »civilne sankcije« prispevek uporablja tudi besedno zvezo »pravna sredstva v civilnem pravu« (v smislu angleškega pojma *remedies*). Civilne sankcije je treba ločiti od »civilnih kazni«, ki so ena izmed oblik civilnih sankcij.

<sup>3</sup> Glej na primer Varl 2019, poglavje 8; Možina 2016, str. 384–388; Piršič.

funkcijo.<sup>4</sup> Primarna cilja, ki ju želi doseči odškodninsko pravo, sta izravnava (restitucija) in zadoščenje (satisfakcija). V določenih primerih pa želi doseči tudi druge cilje, na primer kaznovanje in prevencijo (specialno in/ali generalno). Medtem ko je izravnalna funkcija odškodnine po naravi retroaktivna, saj je namenjena povrnitvi povzročene škode, je odvračilnost perspektivna in je namenjena odvratitvi »od ravnanja, podobnega ravnanju, ki ga sankcionira pravno sredstvo, v prihodnosti«.<sup>5</sup> Ta prispevek tako kaznovalni kot preventivni namen odškodnine razume kot izraza odvračilnosti, vsaj do določene mere, saj imata oba vidika perspektiven značaj s ciljem vplivati na prihodnje vedenje povzročitelja škode oziroma kršitelja pravice.<sup>6</sup> Kot bo razvidno iz prispevka, se z zakonodajo tako v Sloveniji kot v EU želijo doseči (tudi) nameni prevencije, medtem ko obstaja večja zadržanost glede možnosti kaznovanja v okviru civilnega prava.

Za potrebe tega prispevka odvračilni namen prepoznamo na podlagi njegove perspektivne usmeritve (preventivni učinek) in upoštevanja sfere povzročitelja škode, ne le sfere oškodovanca. Slednje se kaže tako, da se pri odmeri višine civilne sankcije upošteva ravnanje povzročitelja škode, torej tudi stopnja njegove krivde. S tem gre za odmik od klasičnega odškodninskega prava, skladno s katerim je krivda sicer predpostavka za odškodninsko odgovornost, a načeloma ne vpliva na višino odškodnine. Tak odmik je v primerjalnem pravu utemeljen z javnim interesom zaradi zavržnosti ravnanja povzročitelja na področjih, kot sta trpinčenje na delovnem mestu, varstvo potrošnikov itd. Odvračilni namen civilne sankcije se kaže tudi v tem, da je v določenih primerih oškodovancem olajšano dokazovanje predpostavk odškodninske odgovornosti (na primer obrnjeno dokazno breme) oziroma določene predpostavke ni treba dokazovati (na primer škode).

V pravni teoriji in praksi so dobro znani ugovori zoper kaznovalne odškodnine.<sup>7</sup> Če jih na kratko povzamemo, se kaznovalne odškodnine pogosto dojemajo kot v nasprotju z javnim redom, ker (1) naj bi bile v nasprotju z logiko odškodninskega prava, (2) ker zamegljujejo razliko med civilnimi in kazenskimi funkcijami prava (pri tem pa civilnopravni postopek ne ponuja ustreznih procesnih jamstev za dodelitev odškodnin, ki so po naravi kaznovalne), (3) ker so v primeru kaznovalnih odškodnin oškodovane stranke neupravičeno obogatene in (4) ker se kaznovalne odškodnine dodelijo na arbitraren način in ustvarjajo določeno stopnjo pravne negotovosti. Obstaja še en ugovor, ki je po svoji naravi manj konceptualen in temelji

<sup>4</sup> Glej na primer Weinrib, str. 5; Robertson, str. 3–4; Nebbia, str. 36–39; Leczykiewicz 2013, str. 279.

<sup>5</sup> Cane, str. 207.

<sup>6</sup> Glej na primer Weingerl 2016, str. 140; Leczykiewicz 2013.

<sup>7</sup> Za pregled ugovorov zoper kaznovalne odškodnine glej na primer McBride, str. 194 in nasl.; Koziol, str. 751–758; Meurkens 2014, poglavje 6; Meurkens in Nordin (ur.), poglavje 3.

na političnih razlogih, tj. da je z njihovim podeljevanjem sodni postopek podvržen tveganjem za zlorabe (t. i. »kulturi nepoštenega pravedanja«).<sup>8</sup>

Ti klasični ugovori zoper kaznovalno odškodnino zadevajo razlikovanje med javnim in zasebnim pravom na splošno, ki pa je »sad moderne dobe«,<sup>9</sup> saj se je uveljavilo po znani debati med nemškima akademikoma Savignyjem in Thibautom glede kodifikacije nemškega prava v 19. stoletju (*Kodifikationsstreit*), ter zlasti med kazenskim in odškodninskim pravom.<sup>10</sup> Na podlagi te ločnice med javnim in zasebnim se pripisuje odvračilna funkcija prvemu in izravnalna funkcija drugemu.<sup>11</sup> Vendar je stališče Ustavnega sodišča, da ni treba o vsakem sankcioniranju odločati v okviru kazenskega postopka, v katerem morajo biti izpolnjena vsa ustavna procesna jamstva.<sup>12</sup>

Prispevek se bo osredotočil zlasti na odvračilnost, in sicer na preventivni namen odškodnine. Splošno je sprejeto, da sta tako kompenzacija kot odvrčanje funkciji odškodnin, čeprav v različni meri. V nacionalnih pravnih sistemih je odškodnina običajno v ospredju oziroma njen primarni cilj, medtem ko je odvrčanje pogosto razumljeno kot njen (pozitiven) stranski učinek. V slovenski pravni teoriji pa Plavšakova celo meni, da je preventiva glavni razlog za odškodnine na splošno.<sup>13</sup> Pri tem poudarja, da so odškodnine civilnopravne sankcije in jim pripisuje tudi kaznovalno funkcijo.<sup>14</sup> Nasprotno pa Jadek Pensa razlikuje med kaznovalno in preventivno funkcijo odškodnine ter zgolj za slednjo meni, da lahko ima vlogo pri določanju višine odškodnine.<sup>15</sup>

Težnje po razlikovanju med preventivno in kaznovalno funkcijo so se pojavile tudi v kontekstu EU. Značilnost prava EU je, da se lahko države članice načeloma same odločijo, s katerimi pravnimi sredstvi bodo sankcionirale njegove kršitve, pri čemer morajo upoštevati načeli učinkovitosti in enakovrednosti.<sup>16</sup> Tako se lahko odločijo tudi za uporabo pravnih sredstev

<sup>8</sup> Glej uvodno izjavo 15 preambule in 31. točko Priporočila Komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije, UL L 201, 26. 7. 2013.

<sup>9</sup> Wagner 2006, str. 69. V rimskem pravu je imela odškodnina (tudi) kaznovalno funkcijo.

<sup>10</sup> Glej Weingerl 2018, str. 19–25; Cappelletti 2015.

<sup>11</sup> Prav tam.

<sup>12</sup> Odločba US RS U-I-145/03 z dne 23. 6. 2005. V tej zadevi je šlo za kaznovanje odvetnika zaradi žaljivih vlog po 109. členu Zakona o pravnem postopku (ZPP), Uradni list RS, št. 73/07 in nasl.

<sup>13</sup> Plavšak, v: Juhart, Plavšak (ur.), str. 1057.

<sup>14</sup> Prav tam.

<sup>15</sup> Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.).

<sup>16</sup> Pogoji, ki so jih določile nacionalne zakonodaje na področju povrnitve škode, ne smejo biti manj ugodni od pogojev za podobne zahtevke, ki zadevajo zgolj nacionalno pravo (načelo enakovrednosti), niti ne smejo biti oblikovani

civilnega prava, v določenih primerih pa se to od njih zahteva s sekundarno zakonodajo EU.<sup>17</sup> A pogoj, ki ga morajo izpolniti, kot ga je razvilo SEU in kodificiralo več aktov sekundarne zakonodaje EU, je, da morajo pravna sredstva za kršitve prava EU izpolnjevati zahteve »triade načel« – učinkovitost, sorazmernost in odvračilnost.<sup>18</sup> Ta formula se na splošno uporablja v pravu EU – v civilnem, upravnem in kazenskem pravu.<sup>19</sup>

Wagner trdi, da učinkovite sankcije za kršitve prava EU za namene odvracjanja niso enake kaznovalnim odškodninam in da je treba posledično odvračilno funkcijo odškodninske odgovornosti razlikovati od kaznovalne funkcije v tehničnem smislu povračila za škodo.<sup>20</sup> Po njegovem mnenju sodna praksa SEU in zakonodajni akti EU ne ustrezajo klasičnemu pogledu na dvojno funkcijo kaznovalnih odškodnin, temveč zajemajo zgolj odvračilno funkcijo.<sup>21</sup> Zaradi konceptualne jasnosti je šel tako daleč, da je za ta evropski institut predlagal nov izraz, na primer »preventivna škoda«. Generalni pravobranilec Jääskinen je takšno razlikovanje izrecno sprejel v zadevi *Geistbeck*, ko je obravnaval »razumno nadomestilo«, ki ga mora kmet

---

tako, da v praksi onemogočijo ali preveč otežijo pridobitev odškodnine (načelo učinkovitosti) (C-46/93 in C-48/93, *Brasserie du pêcheur in Factortame*, EU:C:1996:79, točka 67; C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, točka 58).

<sup>17</sup> Gre za pravna sredstva civilnega prava, kot so začasna odredba, odškodnina, ničnost, razveljavitev pogodbe, restitucija itd. Direktive večinoma ne navajajo, kaj točno je mišljeno s pravnimi sredstvi. Obstajajo pa izjeme, ki pravna sredstva izrecno določajo ravno z željo, da bi se povečal odvračilni učinek zasebnega uveljavljanja prava EU. Glej Direktivo (EU) 2019/2161 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. novembra 2019 o spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in direktiv 98/6/ES, 2005/29/ES ter 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta zaradi boljšega izvrševanja in posodobitve pravil Unije o varstvu potrošnikov (Omnibus direktiva), UL L 328, 18. 12. 2019, ki s 3. členom spreminja Direktivo o nepoštenih poslovnih praksah in v ta namen določa: »Potrošniki, oškodovani zaradi nepoštenih poslovnih praks, imajo dostop do sorazmernih in učinkovitih pravnih sredstev, vključno z nadomestilom za škodo, ki so jo utrpeli, in, kadar je ustrezno, znižanjem kupnine ali razdrom pogodbe. Države članice lahko določijo pogoje za uporabo in učinek teh pravnih sredstev. Države članice lahko po potrebi upoštevajo težo in naravo nepoštenih poslovne prakse, škodo, ki so jo utrpeli potrošniki, in druge ustrezne okoliščine.«

<sup>18</sup> To splošno pravilo prava EU je razvilo SEU v zadevi 14/83, *Von Colson*, EU:C:1984:153, v kateri je odločilo, da mora izbrana sankcija za kršitev prepovedi diskriminacije iz Direktive 76/207/EGS zagotoviti »resnično in učinkovito sodno varstvo« in imeti »resničen odvračilni učinek« na morebitne kršitelje. Glej na primer Cafaggi in Iamiceli, str. 575.

<sup>19</sup> Glej na primer C-42/15, *Home Credit Slovakia*, EU:C:2016:842; C-377/14, *Radlinger and Radlingerova*, EU:C:2016:283 (sankcije na področju prava varstva potrošnikov); C-218/15, *Paoletti*, EU:C:2016:748 (kazenske sankcije). Zanimiv je drugi odstavek 8. člena Direktive 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije, UL L 349, 5. 12. 2014. Ta določa: »Države članice zagotovijo, da so kazni, ki jih lahko naložijo nacionalna sodišča, učinkovite, sorazmerne in odvračilne. Kar zadeva ravnanje strank v postopku odškodninske tožbe, kazni, ki je na voljo nacionalnim sodiščem, vključuje možnost sprejetja odločitve v škodo strank, kot so domneva, da je relevantno vprašanje dokazano, ali popolna ali delna zavrnitev zahtevkov in ugovorov ter možnost odreditve plačila stroškov.«

<sup>20</sup> Wagner 2012, str. 5.

<sup>21</sup> Glej tudi Pavillon.

plačati imetniku žlahtniteljske pravice v EU.<sup>22</sup> Čeprav je takšno razlikovanje zanimiva in za pravnike očitno tudi »sprejemljiva« možnost, je vprašanje, ali in kako je mogoče preventivne in kaznovalne vidike resnično – in v celoti – ločiti. Tako preventivna kot kaznovalna funkcija zajemata perspektiven značaj in si prizadevata spremeniti prihodnje vedenje kršitelja.<sup>23</sup>

## 2.2. Spodbujanje odvračilnega namena pravnih sredstev v pravu EU

Vprašanje, na katero bi bilo treba odgovoriti, je, kaj omenjena triada načel vključuje oziroma zahteva. SEU je v kontekstu civilnega prava sicer še ni podrobno razlagalo.<sup>24</sup> Navedlo je, da mora biti strogost sankcij sorazmerna z resnostjo kršitev, za katere so naložene, zlasti z zagotavljanjem resničnega odvračilnega učinka ob spoštovanju splošnega načela sorazmernosti.<sup>25</sup> Tako lahko sklepamo, da bi lahko bila v nekaterih primerih dodelitev nadkompenzatorne škode z namenom doseganja »učinkovite« stopnje »odvračilnosti« legitimna in združljiva z zahtevami »sorazmernosti«. Sodišče je potrdilo, da kaznovalne odškodnine lahko izpolnjujejo zahteve sorazmernosti na različnih področjih prava EU (konkurenčno pravo, intelektualna lastnina, delovno pravo).<sup>26</sup>

Zasnova zasebnega uveljavljanja prava v EU daje poudarek na dojemanju posameznikov kot »enforcerjev« prava, kot podaljšane roke javnega aparata, Komisije, tržnih inšpektoratov itd.<sup>27</sup> S tem pa je tudi poudarek na odvračilnosti, ki je sicer koncept, značilen za javno pravo, predvsem kazensko pravo oziroma kazenske sankcije. Na področju konkurenčnega prava EU je SEU izrecno poudarilo odvračilno funkcijo odškodnine kot pravnega sredstva zasebnega uveljavljanja prava EU kot dopolnilno odvračilni funkciji javnega uveljavljanja prava. Na tem področju Direktiva 2014/104 sicer poudarja načelo popolne odškodnine in izraža odklonilen odnos do nadkompenzacije, vendar je takšna ureditev neskladna z ustaljeno sodno prakso na tem področju.<sup>28</sup> Prelomno sodbo je SEU izdalo v zadevi *Courage*, v kateri je odločilo, da imajo posamezniki pravico zahtevati odškodnino za škodo, ki jim je nastala zaradi kršitev konku-

<sup>22</sup> C-509/10, *Geistbeck*, sklepni predlogi generalnega pravobranilca Jääskinena, EU:C:2012:187.

<sup>23</sup> Weingerl 2018, str. 179.

<sup>24</sup> Glej na primer Pavillon, str. 1300 in nasl.; glej tudi Caffagi in Iamicieli.

<sup>25</sup> C-81/12, *Asociația Accept*, EU:C:2013:275, točka 63; C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais*, EU:C:2014:190, točka 45.

<sup>26</sup> Na obeh področjih prava EU se je sodišče v tistih delih sodb, ki obravnavajo kaznovalne odškodnine, sklicevalo na zadevo C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:46. Za področje delovnega prava glej C-407/14, *María Auxiliadora Arjona Camacho v Securitas Seguridad España*, EU:C:2015:831 (*Arjona Camacho*); za pravo intelektualne lastnine glej C-367/15, *Stowarzyszenie 'Oławska Telewizja Kablowa'*, EU:C:2017:36.

<sup>27</sup> Glej na primer že 26/26, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

<sup>28</sup> Glej Weingerl 2018.

renčnega prava (101. in 102. člen PDEU).<sup>29</sup> V pravni literaturi so sledile številne polemike glede narave te odškodnine. Pereče vprašanje je bilo, ali ima ta odškodnina tudi nekompenzatorne namene, predvsem odvratilni in preventivni namen. SEU je v zadevi *Skanska*, sprejeti po uveljavitvi Direktive 2014/104, razblinilo dvome o tem in potrdilo, da je bistven namen te odškodnine odvratilnost, ne le povrnitev škode, saj ta pravica »krepi delovanje pravil Unije o konkurenci in lahko odvrča od pogosto prikritih sporazumov ali ravnanj, ki lahko omejujejo ali izkrivljajo konkurenco, s čimer prispeva k ohranjanju učinkovite konkurence v Uniji«. <sup>30</sup> Nadaljevalo je, da so »odškodninske tožbe zaradi kršitve pravil Unije o konkurenci sestavni del sistema izvajanja teh pravil, katerega namen je sankcioniranje protikonkurenčnih ravnanj podjetij in odvrčanje podjetij od tega, da bi se posluževala takih ravnanj«. <sup>31</sup> Posamezniki so torej v veliki meri razumljeni kot orodje za povečanje učinkovitosti prava EU, s čimer delujejo v javnem interesu. <sup>32</sup> Glede na to je SEU v zadevi *Manfredi* potrdilo, da kaznovalna odškodnina v nacionalnem pravu ni neskladna s pravom EU. <sup>33</sup>

Tudi iz sodne prakse na področju protidiskriminacijske zakonodaje EU in prava intelektualne lastnine je razvidno, da so kaznovalne odškodnine skladne s pravom EU, če se spoštujeta načeli enakovrednosti in učinkovitosti. <sup>34</sup> Iz dikcije SEU izhaja, da bi bila »manj znatna« nadkompenzacija, če je sorazmerna in učinkovita, skladna s pravom EU, do zlorabe pravic pa bi prišlo zgolj izjemoma: »Gotovo ni mogoče izključiti, da v izjemnih primerih povračilo škode, izračunane na podlagi dvakratnega zneska hipotetičnega nadomestila, očitno in znatno presega dejansko utrpljeno škodo, tako da bi lahko predlog v tem smislu pomenil zlorabo pravic.« <sup>35</sup> Zdi se, da je torej odvratilna funkcija lahko problematična v primeru, če očitno prevzame prednost pred kompenzacijsko funkcijo, ne pa v primeru, ko jo dopolnjuje. <sup>36</sup>

V zadevi *Manfredi* je SEU sicer res opozorilo na posledico neupravičene obogatitve oškodovancev, vendar iz analize sodne prakse SEU jasno izhaja, da to ni mišljeno specifično glede kaznovalne odškodnine. Gre za pristavek, ki se nanaša na načeli enakovrednosti in učinkovitosti (klasični načeli, ki omejujeta nacionalno procesno avtonomijo na področju sankcioniranja kršitev prava EU) ter ga je SEU vključilo že v zadevo *Courage*, ki sploh ni obravnavala

<sup>29</sup> C-453/99, *Courage in Crehan*, EU:C:2001:465.

<sup>30</sup> Prav tam, točka 44.

<sup>31</sup> Prav tam, točka 45.

<sup>32</sup> Glej na primer Ioannidou, str. 7; Wilsher, str. 27; Cseres, str. 439.

<sup>33</sup> C-295/04, *Manfredi*, EU:C:2006:46.

<sup>34</sup> C-367/15, *Stowarzyszenie 'Oławska Telewizja Kablowa'*, EU:C:2017:36, točka 28.

<sup>35</sup> Prav tam, točka 31.

<sup>36</sup> Glej tudi Pavillon, str. 1302.

kaznovanih odškodnin.<sup>37</sup> Zato argumenta o neupravičeni obogatitvi v tem kontekstu ne bi smeli brati kot omejitev razpoložljivosti kaznovanih odškodnin za kršitve konkurenčnega prava EU.<sup>38</sup> V vsakem primeru pa se je treba vprašati, sploh glede na težnje po odvračilnosti v evropskem zasebnem pravu, ali se takšna nadkompenzacija družbi res zdi »neupravičena« obogatitev.

Težnje po odvračilnosti v evropskem zasebnem pravu so posebej aktualne na področju varstva potrošnikov. Na tem področju je poudarek na pravičnosti pri uveljavljanju prava EU, ki se uporablja kot leitmotiv v podporo konceptu odvračilnosti.<sup>39</sup> Spodbujanje aktivnega uveljavljanja pravic potrošnikov v praksi je bil namen Novega dogovora za potrošnike (New Deal for Consumers), ki ga je Komisija predstavila v aprilu 2018.<sup>40</sup> Rezultat je modernizacija potrošniškega prava z Omnibus direktivo 2019/2161, ki je bila sprejeta leta 2019. Nacionalni predpisi, sprejeti na njeni podlagi, so se začeli uporabljati konec maja 2022. V Novem dogovoru za potrošnike je Komisija namesto krilatice »pravičnost za rast« (angl. *justice for growth*, včasih prevedeno tudi kot »pravosodje za rast«), ki jo je uporabljala v preteklosti in ki se povezuje z ekonomijo blaginje, začela poudarjati »pravičnejši notranji trg« (angl. *a fairer single market*)<sup>41</sup> in »krepitev pravic potrošnikov« (angl. *strengthening consumer rights*).<sup>42</sup> »Pravičnost« je v tem kontekstu torej povezana z »odvračilnostjo«.<sup>43</sup>

Omnibus direktiva vsebuje strožja pravila o kaznih za kršitve zakonodaje EU o varstvu potrošnikov in je namenjena povečanju njihovega odvračilnega učinka. Potreba po odvračilnosti je utemeljena z neučinkovitim uveljavljanjem potrošniškega prava v praksi.<sup>44</sup> Ker zgolj javno-pravno varstvo v obliki upravnih odločb in glob za prekrške ni dovolj učinkovito za sankcioniranje kršiteljev potrošniškega prava, se nova pravila osredotočajo na civilnopravno varstvo, obe obliki varstva pa želita doseči isti cilj: odvračilni učinek na trgovca.<sup>45</sup> S tem se želi poudariti preventivni učinek civilnopravnih sankcij, kar pomeni odmik od načelne narave splošnih pravil civilnega prava. Skladno z novostmi imajo potrošniki v vseh državah članicah pravico do uveljavljanja individualnih pravnih sredstev (na primer denarne odškodnine, odstopa od

<sup>37</sup> Weingerl 2018, str. 172–173.

<sup>38</sup> Podrobneje glej Weingerl 2018, str. 172–173.

<sup>39</sup> Glej Weingerl 2022. Ta del prispevka je delno povzet po tem članku.

<sup>40</sup> Evropska komisija, Sporočilo za medije: Nov dogovor za potrošnike: Komisija krepi pravice potrošnikov v EU in njihovo izvrševanje, Bruselj, 11. aprila 2018, dosegljivo na [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3041\\_sl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_sl.htm).

<sup>41</sup> Komisija (2015). A deeper and fairer Single Market: Commission boosts opportunities for citizens and business.

<sup>42</sup> Hesselink, str. 23.

<sup>43</sup> Weingerl 2022.

<sup>44</sup> Omnibus direktiva, preambula, točka 2.

<sup>45</sup> Weingerl in Bratina, str. 77.

pogodbe, zmanjšanje kupnine), če so bili oškodovani zaradi nepoštenih poslovnih praks, kot je agresivno ali zavajajoče trženje. Nova pravila so namenjena torej temu, da se aktivirajo potrošniki, ki so tarča nepoštenih poslovnih praks, da ukrepajo zoper nepoštenega podjetnika.

Triada načel in poudarek na odvračilnosti v pravu EU sta pomembna za razumevanje nekompenzatornih oblik povrnitve škode, ki bodo obravnavane v nadaljevanju, saj je večina teh institutov, ki so urejeni zunaj splošnega obligacijskega prava, v naš pravni red prenesenih ravno iz prava EU.

### 3. Primeri nekompenzatorne povrnitve škode v slovenskem pravnem redu

V civilnem pravu najdemo kar veliko primerov nekompenzatorne povrnitve škode, ki pomeni odmik od načel popolne in pravične odškodnine. Te institute najdemo tako pri splošnem obligacijskem pravu kot tudi na posebnih pravnih področjih. Instituti, ki jih najdemo v OZ in ki želijo doseči (tudi) druge namene, razen odškodninskih, tj. imajo vsaj delno kaznovalni ali preventivni namen, so na primer denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, odškodnina zaradi kršenja osebnostnih pravic s tiskom (134. člen OZ), odškodnina zaradi okrnitve ugleda in dobrega imena pravne osebe (183. člen OZ), pogodbena kazen (247. člen OZ in nasl.), sodni penali (269. člen OZ) in institut cene posebne priljubljenosti (*praetium affectionis*) (četrti odstavek 168. člena OZ). Pravna narava teh institutov je bila že večkrat obravnavana in se ne zdi sporna v pravni teoriji in praksi, zato je prispevek ne bo podrobneje obravnaval. Prispevek je že opozoril na težnje po krepitevi prevencije v slovenski pravni teoriji glede odškodnine za nepremoženjsko škodo.<sup>46</sup> Strinjam se s stališčem, da bi bilo lahko to doseženo že s samo spremembo sodne prakse, saj pravni okvir ne nasprotuje funkciji preventive. Namen prispevka je prikazati še druge institute, ki želijo doseči nekompenzatorne cilje, na podlagi tega pa se moramo kot družba vprašati, ali je nadkompenzatorna oblika povrnitve škode res neskladna z namenom in težnjami, ki jih podpira naš pravni red.<sup>47</sup>

Ko govorimo o primerih nekompenzatorne povrnitve škode, ki jih najdemo zunaj OZ, gre v večini primerov za institute, s katerimi se v slovenski pravni red prenaša sekundarna zakonodaja EU, na primer na področju diskriminacije, trpinčenja na delovnem mestu, odškodnin žrtvam kaznivih dejanj, avtorskih pravic in poslovne skrivnosti. Posledično morajo biti ta pravna sredstva skladna z zahtevami t. i. triade načel, načel učinkovitosti, sorazmernosti in odvračilnosti. Njihova skupna značilnost je, da se na njihovi podlagi dodeli plačilo v znesku, ki

<sup>46</sup> Plavšak, v: Juhart, Plavšak (ur.); Bergant Rakočević; Mežnar; Petek; tudi Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak (ur.), str. 666; Možina 2016, str. 387; Weingerl 2016.

<sup>47</sup> Glej tudi Varl 2016, str. 258–259.

odstopa od načela popolne odškodnine, pri tem pa se upošteva sfera povzročitelja škode ali kršitelja pravic. To se kaže predvsem v upoštevanju njegove stopnje krivde. Vendar v slovenskem pravnem redu težko govorimo o stopnjevanju krivde z učinkovitim odvratilnim namenom, kar bo predstavljeno v nadaljevanju.

### 3.1. Odškodnina za trpinčenje na delovnem mestu (ZDR-1):<sup>48</sup> odvratilnost le na papirju?

Odškodnina za diskriminacijo in trpinčenje na delovnem mestu je urejena v 8. členu Zakona o delovnih razmerjih (ZDR-1),<sup>49</sup> ki prenaša 18. člen prenovljene Direktive 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano) (Direktiva o enakem obravnavanju).<sup>50</sup> Slednji določa, da mora biti odškodnina ali povračilo za diskriminacijo dejanska in učinkovita in odvratilna ter sorazmerna z utrpjeno škodo. Omenjeni so torej vsi elementi triade načel – učinkovitost, sorazmernost in odvratilnost. Ta člen dodatno določa, da takšna odškodnina ali povračilo ne sme biti omejena z vnaprejšnjo določitvijo zgornje meje. Triada načel je prenesena v 8. člen ZDR-1, ki določa, da je delodajalec v primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu kandidatu oziroma delavcu dolžan zagotoviti odškodnino po splošnih pravilih civilnega prava, da je ta učinkovita in sorazmerna s škodo, ki jo je utrpel kandidat oziroma delavec, in da odvrča delodajalca od ponovnih kršitev.

ZDR-1 torej izrecno določa, da mora odškodnina odvrčati delodajalca od ponovne kršitve (izrecno je usmerjen v specialno prevencijo). V zakonskem predlogu, ki je privedel do sprejetja ZDR-1, je zapisano, da je na podlagi prava EU nepremoženjski škodi primerno pripisati tudi preventivno in kaznovialno funkcijo ter da to pomeni odmik od pravil splošnega civilnega prava.<sup>51</sup> S tem je slovenski zakonodajalec izvajal zahtevo, ki jo je prvotno postavila sodna praksa Sodišča, da mora biti odškodnina »odvratilna«. Ta določba torej zahteva upoštevanje položaja kršitelja (povzročitelja škode) pri določitvi višine odškodnine,<sup>52</sup> s čimer ji pripisuje perspektivno naravo.

SEU je že imelo priložnost odločati o vprašanju, ali pravila, ki zahtevajo, da je odškodnina za spolno diskriminacijo resnična, učinkovita, odvratilna in sorazmerna z utrpjeno škodo (to-

<sup>48</sup> Ta del prispevka je delno povzet po Weingerl 2016.

<sup>49</sup> Uradni list RS, št. 21/13 in nasl.

<sup>50</sup> UL L 204, 26. 7. 2006.

<sup>51</sup> Poročevalec Državnega zbora, 19. 10. 2012, str. 117.

<sup>52</sup> Glej tudi Možina 2016, str. 388.

rej triada načel), zahtevajo kaznovalno odškodnino za spolno diskriminacijo v zadevi *Arjona Camacho*. V tej zadevi je špansko sodišče zanimalo, ali zakonodaja EU nacionalnemu sodišču omogoča, da žrtvi dodeli razumno kaznovalno odškodnino, ki je »dodatna«, torej naložena v znesku, ki presega polno odškodnino.

Za odgovor na to vprašanje sta v Direktivi 2006/54 ključni dve določbi – 18. člen, ki obravnava »odškodnino ali povračilo«, in 25. člen, ki obravnava »kazni«. Člen 25 določa, da lahko kazni vključujejo plačilo odškodnine žrtvi. Obe določbi uporabljata pojme »učinkovito, sorazmerno, odvračilno«, kar poudarja semantično in konceptualno zmedo, ki spremlja razpravo o odškodninah in kaznih, kar kaže na zabrisanost ali celo odsotnost jasnih meja med nameni teh pravnih sredstev in utemeljitvami, ki se pripisujejo tem pojmom.<sup>53</sup>

Po besedah generalnega pravobranilca Mengozzija Direktiva 2006/54 o enakem obravnavanju niti ne zahteva niti ne nasprotuje državam članicam, da žrtvi dodelijo kaznovalno odškodnino.<sup>54</sup> Sodišče se je strinjalo z generalnim pravobranilcem Mengozzijem in poudarilo, da 25. člen Direktive 2006/54, ki obravnava kazni (ne pa tudi 18. člen, ki obravnava odškodnine), »omogoča, vendar ne zahteva, da države članice sprejmejo ukrepe za plačilo kaznovalne odškodnine osebi, ki je bila žrtev diskriminacije na podlagi spola«. Tako pravni okvir te direktive »omogoča« kaznovalne odškodnine, vendar le če se država članica odloči zagotoviti tak ukrep z zakonodajo. Nacionalna sodišča nimajo pooblastil za naložitev kaznovalne odškodnine po uradni dolžnosti.

Taka odločitev je svojevrsten paradoks, saj odškodnina, ki mora biti v obeh primerih učinkovita, sorazmerna in odvratilna, po 18. členu ne sme biti kaznovalna, po 25. členu pa je lahko. Vpeljujeta se torej dva različna standarda odvratnosti. Na podlagi zadeve *Arjona Camacho* je pojasnjeno, da odvratnost na podlagi 25. člena lahko vodi tudi do kaznovalne odškodnine, torej do nadkompenzatorne oblike povrnitve škode. Vprašanje, ki pa še vedno ni zadostno pojasnjeno v teoriji in praksi, je, kaj v tem kontekstu pomeni odvratnost v okviru 18. člena. Ali odvratnost v tem kontekstu zahteva nekaj več od popolne odškodnine (vendar manj od kaznovalne)?

Menim, da preventivna funkcija, ki jo je zakonodajalec izrecno poudaril, v določenih primerih lahko vodi do nadkompensatorne odškodnine, da se s tem zadosti zahtevam triade načel, ki so uzakonjene z 8. členom ZDR-1 in se morajo razlagati glede na sodno prakso SEU.<sup>55</sup> Vendar bi bilo to opravičljivo le v primerih, ko popolna odškodnina sama po sebi ne bi imela do-

<sup>53</sup> Weingerl 2018, str. 205–224.

<sup>54</sup> *Arjona Camacho*, sklepni predlogi generalnega pravobranilca Mengozzija, EU:C:2015:534, točka 36.

<sup>55</sup> Glej tudi Možina 2013; Varl 2016, str. 257.

volj odvrčilne funkcije.<sup>56</sup> Pomanjkanje odvrčilnosti popolne odškodnine je v takem primeru treba ustrezno utemeljiti, na primer s ponavljanjem kršitev v primerih t. i. dobičkonosnih kršitev.<sup>57</sup> Zdi se, da so bila tudi slovenska sodišča na začetku naklonjena ideji, da se lahko za doseganje odvrčilnosti naloži višja odškodnina od popolne.<sup>58</sup> Vrhovno sodišče je vsaj navidezno razrešilo dilemo s sodbo v zadevi VIII Ips 14/2021, v kateri je odločilo, da element odvrčilnosti ne pomeni podlage za odmero višje odškodnine kot »za (v konkretnem primeru) popolne odškodnine za nepremoženjsko škodo žrtvam diskriminacije in trpinčenja«.<sup>59</sup>

Vrhovno sodišče v tej zadevi meni, da je triada načel z zadevo *Arjona Camacho* postala *acte éclairée* (točka 25), čemur pa ne morem pritrditi, saj SEU v kontekstu civilnega prava še ni pojasnilo zahtev načel triade, še posebej ne odvrčilnosti.<sup>60</sup> Iz konkretne zadeve izhaja le, da triada ne zahteva, da nacionalni sodniki naložijo kaznovalno odškodnino, če to ni predvideno z nacionalno zakonodajo, ni pa izrecno izključena določena nadkompenzatorna odškodnina, ki bi želela doseči namene prevencije, in ne kaznovanja. Spomnimo, da SEU poudarja preventivni namen odškodnine v številnih kontekstih, vse bolj pa je pomemben tudi na ravni zakonodaje in politike EU, kar je vidno tudi s prej omenjeno Omnibus direktivo.

### 3.2. Limitirano nadomestilo zaradi diskriminacije (ZVarD): neskladnost s pravom EU?

Zakon o varstvu pred diskriminacijo (ZVarD)<sup>61</sup> ureja varstvo posameznikov pred diskriminacijo glede na številne osebne okoliščine. Ta zakon v slovenski pravni red prenaša vsebino kar petih direktiv.<sup>62</sup> Z določbo o pravnem varstvu (39. člen) omogoča diskriminirani osebi, da s tožbo zahteva prenehanje diskriminacije, izplačilo nadomestila zaradi diskriminacije oziro-

<sup>56</sup> Glej tudi Možina 2016, str. 387.

<sup>57</sup> Možina 2016, str. 387; glej tudi Weingerl 2016.

<sup>58</sup> Višje delovno in socialno sodišče je v sodbi VDSS Pdp 214/2014 z dne 9. 4. 2014 odločilo: »V skladu s členom 45/3 ZDR je bil delodajalec delavcu v primeru trpinčenja odškodninsko odgovoren po splošnih pravilih civilnega prava. Odškodnina za nepremoženjsko škodo po določbah civilnega prava nima kaznovalne funkcije. Šele 8. člen novega ZDR-1 je določil, da je namen denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo v primeru kršitve prepovedi diskriminacije ali trpinčenja na delovnem mestu tudi odvrčanje delodajalca od ponovnih kršitev.«

<sup>59</sup> Sodba VS RS VIII Ips 14/2021 z dne 6. 7. 2021.

<sup>60</sup> Glej na primer Pavillon, str. 1300.

<sup>61</sup> Uradni list RS, št. 33/16 in nasl.

<sup>62</sup> Direktiva Sveta 2000/43/ES z dne 29. junija 2000 o izvajanju načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, UL L 180, 19. 7. 2000; Direktiva Sveta 2000/78/ES z dne 27. novembra 2000 o splošnih okvirih enakega obravnavanja pri zaposlovanju in delu, UL L 303, 2. 12. 2000; Direktiva Sveta 2004/113/ES z dne 13. decembra 2004 o izvajanju načela enakega obravnavanja moških in žensk pri dostopu do blaga in storitev ter oskrbi z njimi, UL L 373, 21. 12. 2004; Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (preoblikovano),

ma objavo sodbe v medijih. Pri tem določa višino nadomestila v zneskih od 500,00 evra do 5.000,00 evra in upošteva trajanje diskriminacije, izpostavljenost hujšim oblikam diskriminacije in druge okoliščine primera. ZVarD torej ureja »nadomestilo«, ki je navzdol in navzgor omejeno. Za upravičenost do nadomestila je dovolj izpostavljenost diskriminaciji, saj 39. člen ne omenja škode. Slednje diskriminirani osebi olajša dostop do denarnega nadomestila, saj ji ni treba dokazovati ene izmed predpostavk, ki jo je sicer treba izkazati, ko se dokazuje škoda po splošnih pravilih civilnega prava. Poleg tega v postopku velja obrnjeno dokazno breme – diskriminirana oseba izkazuje dejstva, ki upravičujejo domnevo, da je bila kršena prepoved diskriminacije, kršitelj pa mora dokazati, da v obravnavanem primeru ni kršil te prepovedi, oziroma da je neenako obravnavanje dopustno (prvi odstavek 40. člena ZVarD).

To je torej pravno sredstvo, ki je glede na morebitno škodo v nekem primeru lahko pod- ali nadkompenzatorne narave ali pa povsem nekompenzatorne narave, če škoda sploh ni nastala. Pri določitvi višine nadomestila se upošteva tudi krivda povzročitelja diskriminacije (tretji odstavek 39. člena ZVarD).

Ker gre s tem pravnim sredstvom za uresničevanje prava EU, je treba »nadomestilo« po 39. členu ZVarD razlagati skladno s sekundarno zakonodajo EU in sodno prakso SEU. Tudi direktive, ki jih ZVarD prenaša, se sklicujejo na triado načel. Tako na primer 15. člen Direktive 2000/43, ki ureja sankcije za kršitve načela enakega obravnavanja oseb ne glede na raso ali narodnost, določa: »Sankcije, ki lahko zajemajo tudi plačilo nadomestila žrtvi, morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne.« Druge direktive, ki jih prenaša ZVarD, v določbi o sankcijah ne govorijo o nadomestilu, temveč o odškodnini, in se prav tako sklicujejo na triado načel.<sup>63</sup> Zanimivo je, da triada načel v ZVarD ni izrecno zapisana, kot je to v primeru 8. člena ZDR-1, a to seveda ne pomeni, da nadomestilo po ZVarD ni treba izpolniti teh zahtev. Posledično mora biti to nadomestilo tudi odvračilno.

Glede na to, da gre za limitirano obliko nadomestila, lahko govorimo o odmiku od načela popolne odškodnine. Seveda se pri tem postavi vprašanje, kakšne pravne narave sploh je »nadomestilo«. Glede na jezikovno razlago ne gre za odškodnino. Tudi Vrhovno sodišče meni, da obstaja razlika med odškodnino in nadomestilom po ZVarD, čeprav je ne pojasni.<sup>64</sup> Razlika je tudi v primerjavi z nadomestilom po Zakonu o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP)<sup>65</sup> in Zakonu o poslovni skrivnosti (ZPosS),<sup>66</sup> ki je pravzaprav civilna kazen. V primeru ZASP in

UL L 204, 26. 7. 2006; Direktiva 2014/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. aprila 2014 o ukrepih za lažje uresničevanje pravic, podeljenih delavcem v okviru prostega gibanja delavcev, UL L 128, 30. 4. 2014.

<sup>63</sup> Glej 17. člen Direktive 2000/78, 8. in 14. člen Direktive 2004/113 ter 18. in 25. člen Direktive 2006/54.

<sup>64</sup> Sodba VS RS VIII Ips 14/2021 z dne 6. 7. 2021, točka 24.

<sup>65</sup> Uradni list RS, št. 16/07 in nasl.

<sup>66</sup> Uradni list RS, št. 22/19.

ZPosP se nadomestilo namreč dodeli za uporabo (bodisi avtorske pravice bodisi poslovne skrivnosti), uporaba »nadomestila« v kontekstu ZVarD pa ni jasna. Vendar je treba poudariti, da v drugih jezikovnih različicah Direktive 2000/43 ni uporabljena beseda za nadomestilo, temveč beseda za odškodnino (v angleški različici je uporabljena beseda *compensation*, v nemški *Schadenersatzleistungen*, v francoski *le versement d'indemnités*). Kot že omenjeno, druge direktive, ki jih prenaša ZVarD, v določbi o sankcijah ne govorijo o nadomestilu, temveč o odškodnini. Poimenovanje pravnega sredstva v zakonu, skupaj z neomembo triade načel, s katerimi mora biti to pravno sredstvo skladno, vpliva na razumevanje pravne narave in ciljev takega pravnega sredstva. Posledično menim, da se zaradi limitiranega nadomestila lahko utemeljeno postavi vprašanje, ali je pravno varstvo v ZVarD sploh urejeno na način, ki je skladen s pravom EU. Primernejša bi bila ureditev, ki je podobna tisti v 8. členu ZRD-1. Ta člen tudi izrecno prepoveduje omejevanje višine odškodnine. SEU je že večkrat izključilo možnost določanja zgornje meje odškodnine zaradi neenakega obravnavanja,<sup>67</sup> ureditev v ZVarD pa odstopa od tega.

### 3.3. Limitirana odškodnina: ZOZKD in ZPPŽP

V slovenskem pravnem redu poznamo tudi primere limitiranih odškodnin. Zakon o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj (ZOZKD)<sup>68</sup> prenaša vsebino Direktive Sveta 2004/80/ES z dne 29. aprila 2004 o odškodnini žrtvam kaznivih dejanj.<sup>69</sup> Ta v drugem odstavku 12. člena določa, da se mora žrtvam kaznivih dejanj zagotoviti poštena in primerna odškodnina. ZOZKD v 8. členu najprej našteva oblike priznane škode (telesne bolečine ali okvaro zdravja, duševne bolečine, izgubljeno preživetje, stroške v zvezi z zdravljenjem, pogrebne stroške, škodo za uničene medicinske pripomočke, stroške zaradi uveljavljanja odškodnine). Odškodnina je torej namenjena tako premoženjski kot nepremoženjski škodi, pa tudi na primer povračilu stroškov zaradi uveljavljanja odškodnine. V 9. členu je urejena odškodnina za telesne bolečine ali okvaro zdravja in najprej določa, da je odškodnina izključena v primeru telesne poškodbe, zaradi katere je le začasno prizadeta zunanost ali začasno in v manjši meri okvarjeno zdravje. Nadalje limitira odškodnino od 50 evrov za lažje primere do 10.000 evrov za izjemno hude primere. Odškodnina za duševne bolečine, ki je urejena v 10. členu, je prav tako limitirana z zneskom 10.000 evrov. To je torej odstop od načela popolne odškodnine, saj si lahko predstavljamo primer, v katerem zaradi limitirane odškodnine škoda ne bo v celoti povrnjena.

<sup>67</sup> Na primer v kontekstu Direktive 2000/78, ki jo ZVarD prav tako prenaša: C-271/91, *Marshall*, EU:C:1993:335; C-180/95, *Draehmpaehl*, EU:C:1997:208.

<sup>68</sup> Uradni list RS, št. 101/05 in nasl.

<sup>69</sup> UL L 261, 6. 8. 2004.

To omejevanje zneskov je Upravno sodišče utemeljilo z upoštevanjem objektivnih materialnih možnosti države, saj se sredstva za odškodnine po ZOZKD zagotavljajo v okviru proračuna.<sup>70</sup> To je skladno z namenom te odškodnine, posledično pa tudi morebitni preventivni in/ali kaznovalni cilj takih odškodnin ne bi bil smiseln. To je podobna situacija kot v primeru, ko bi bila zavarovalnica primorana plačati kaznovalno odškodnino za bolnišnico zaradi ravnanja zdravnika, za katero je bolnišnica objektivno odgovorna.<sup>71</sup>

ZOZKD uzakonja tudi posebno dolžnost mitigacije škode (*duty to mitigate*), saj 16. člen določa, da se pri odločanju o višini odškodnine upošteva tudi ravnanje upravičenca ob dejanju in po njem, njegov prispevek k nastanku in obsegu škode. Posledično se lahko odškodnina tudi ustrezno zniža ali zavrne.

Drug primer limitirane odškodnine je urejen v Zakonu o prevoznih pogodbah v železniškem prometu (ZPPŽP).<sup>72</sup> Ta v 22. in 23. členu limitira višino odškodnine za smrt in poškodbe potnika ter zamudo in za ročno prtljago ob predpostavki, da škoda ni bila povzročena name-noma ali iz hude malomarnosti. Tako se pri določitvi limitirane odškodnine, ki lahko sama po sebi pomeni odmik od načela popolne odškodnine, upošteva tudi stopnja krivde prevoznika. Ker gre za objektivno odgovornost,<sup>73</sup> preventivni in/ali kaznovalni namen te odškodnine ni smiseln, saj ne bi dosegel svojega cilja.

### 3.4. Civilne kazni: ZASP in ZPosS

Poleg odškodnin in nadomestil so v slovenskem pravnem redu urejene tudi civilne kazni. Urejata jih ZASP in ZPosS, ki oba v naš pravni red prenašata vsebino sekundarne zakonodaje EU. Ker sta določbi, ki urejata civilno kazen, v obeh zakonih zelo podobni, ju prispevek obravnava skupaj.

Naslov 168. člena ZASP in 10. člena ZPosS je »Povrnitev škode in civilna kazen«. Določata, da je kršilec dolžan upravičencu plačati odškodnino skladno s splošnimi pravili civilnega prava ali v obsegu, ki je enak dogovorjenemu ali običajnemu honorarju ali nadomestilu za zakonito uporabo avtorske pravice ali poslovne skrivnosti. Na tej točki je treba poudariti kon-fuzijo namena »odškodnine« in »nadomestila«, saj se v tem primeru obe vrsti pravnih sredstev uporabljata za povrnitev povzročene škode zaradi kršitve.

<sup>70</sup> Sodba I U 586/2010 z dne 9. 12. 2010.

<sup>71</sup> Sodba VS RS II Ips 130/2012 z dne 8. 11. 2012, točka 7.

<sup>72</sup> Uradni list RS, št. 61/00.

<sup>73</sup> Glej na primer sklep VSL II Cp 922/2000 z dne 30. 8. 2000, ki je sicer zadeval starejši Zakon o prevoznih pogodbah v železniškem prometu (Uradni list SFRJ, št. 2/74) in Zakon o spremembah in dopolnitvah le-tega (Uradni list SFRJ, št. 17/90).

Če je bila pravica iz ZASP ali ZPosS kršena namerno ali iz hude malomarnosti, lahko upravičenec zahteva plačilo dogovorjenega ali običajnega honorarja ali nadomestila za tovrstno uporabo, povečanega do 200 odstotkov. To pravico ima ne glede na to, ali je zaradi kršitve pretrpel kakšno premoženjsko škodo ali ne. Medtem ko je v primeru ZPPŽP prevoznik za škodo, ki jo je povzročil namenoma ali iz hude malomarnosti, dolžan posledično plačati polno odškodnino (in ne le limitirane), gre v tem primeru za funkcijo kaznovanja, v ta namen pa je povračilo nadkompenzatorno (nadkompenzatorno pa je v vsakem primeru ob odsotnosti škode). Določba sama to povračilo izrecno poimenuje kot civilno kazen. Upoštevanje sfere povzročitelja pri določitvi višine povračila, torej tudi stopnje krivde, se poudari tudi s tretjim odstavkom obeh navedenih členov, skladno s katerim sodišče pri odločanju o zahtevku za plačilo civilne kazni in odmeri njene višine upošteva vse okoliščine primera, zlasti pa stopnjo krivde kršilca, velikost dogovorjenega ali običajnega honorarja ali nadomestila ter preventivni namen civilne kazni.

Navedena člena v obeh zakonih določata še, da ima v primeru, če je premoženjska škoda večja kot civilna kazen, imetnik avtorske pravice ali poslovne skrivnosti pravico zahtevati razliko do polne odškodnine.

Kot pojasnjuje Vrhovno sodišče, 168. člen ZASP omogoča sodniku »široko polje proste presoje in s tem popolno prilagoditev sankcije konkretnemu dejanskemu stanju. Določba, ki jo je glede na njeno (kaznovalno) naravo treba restriktivno tolmačiti, zahteva upoštevanje vseh okoliščin, ki zadevajo obnašanje obeh pravnih strank med izvrševanjem pogodbe, zlasti pa stopnjo krivde kršilca.«<sup>74</sup> Pri tem Vrhovno sodišče kaznovalne narave izrecno ne omeji zgolj na tisti del določbe, ki govori o civilni kazni. Tudi v poznejši sodni praksi Vrhovno sodišče ne razmeji različnih namenov pravnih sredstev glede na odškodnino in civilno kazen, temveč civilni kazni poleg preventivnega in kaznovalnega pripiše tudi odškodninski namen:

»Imetnikom avtorskih pravic je pogosto težko dokazovati obseg njihove škode ali koristi kršilcev. Namen civilne kazni je zato (poleg preventivnega in kaznovalnega) tudi v varstvu odškodninskega položaja avtorja. Ta zavaruje odškodnino in olajšuje njen izračun. Seveda pavšalnost izkazovanja ne pomeni samovoljnosti. Pojem pavšalnosti je treba razumeti izključno v razmerju do siceršnjega standarda zatrjevanja in dokazovanja škode po splošnih pravilih civilnega prava. Višina civilne kazni pa s tem ni arbitrarna, saj je vezana na vprašanje, kakšen honorar ali nadomestilo bi bila običajna.«<sup>75</sup>

Iz tega izhaja, da je namen civilne kazni olajšati vtoževanje odškodnine v primeru, da je kršilec ravnal s hujšo obliko krivde. Funkcije enega ali drugega pravnega sredstva so torej prepletene, očitno pa je, da je namen določbe, da oškodovana stranka prejme odškodnino, v določenih

<sup>74</sup> Sklep VS RS II Ips 190/2001 z dne 15. 11. 2001.

<sup>75</sup> Sklep VSL I Cp 2900/2011 z dne 24. 8. 2011.

primerih tudi nadkompenzatorno, če to opravičujejo okoliščine, ki so v sferi povzročitelja škode. Ne glede na poimenovanja gre torej za nadkompenzatorno obliko povrnitve škode.

Glede na to, da lahko v primeru, da civilna kazen ne dosega višine popolne odškodnine, imetnik pravice zahteva razliko do popolne odškodnine, se pojavi vprašanje, ali bi bila tako nizka civilna kazen sploh upravičena. Temu bi bilo tako v primeru, da bi sodnik ocenil, da tako nizka civilna kazen zadostuje za doseganje preventivnega in kaznovalnega namena, za zadostitev odškodninskemu namenu pa se potem dovoli razlika do popolne odškodnine. A glede na to se sprašujemo o smiselnosti civilne kazni na splošno, če gre v praksi zgolj za (lažje dokazljiv) substitut za odškodnino. Civilna kazen bi bila bolj smiselna kot nekaj dodatnega k popolni odškodnini, tako kot je to značilno za kaznovalno odškodnino v ZDA, Združenem kraljestvu in drugod.<sup>76</sup>

Po sedANJI ureditvi si lahko predstavljamo primere, ko bo imela prav odškodnina bolj preventivni namen kot sama civilna kazen. Primer je sodba I Cp 1490/2016, v kateri je VSL utemeljilo, da je škoda, nastala zaradi duševnih bolečin zaradi kršitve moralnih pravic, pravno priznana škoda. Toženka, izdajateljica revije, je v svoji reviji objavila tožnikovo fotografijo brez njegovega dovoljenja. Sodišče je prisodilo 1.000,00 evra odškodnine za duševne bolečine zaradi kršitve osebnostnih pravic. Običajni honorar za takšno fotografijo pa je sodišče ocenilo na 50,00 evra, upošteva je cenik Društva profesionalnih fotografov. Civilno kazen v višini 200 odstotkov je utemeljilo s tem, da je bilo ravnanje tožene stranke hudo malomarno.<sup>77</sup>

Tudi v zadevi I Cp 3081/2014 je VSL prisodilo visoko odškodnino zaradi kršitve osebnostnih pravic avtorja, ker je nekdo uporabil njegovo delo brez njegove vednosti in ni označil njegovega imena. Kot ugotavlja Drobeževa, je navedena praksa »pomembna, saj odvrča od kršitev v primerih, kjer so kršitve pogoste in ima kršitelj z dostopom do dela in njegovo uporabo neznatne stroške, izračun škode po licenčni analogiji pa je zelo nizek, zato je nizka tudi civilna kazen (na primer uporaba fotografij, dostopnih na spletu)«. <sup>78</sup> Nadalje meni, da bi bilo treba višino odškodnine za kršitev avtorske in sorodnih pravic presojati celostno, brez preveč formalističnih ločevanj na posamezne odškodninske postavke.<sup>79</sup>

Namen odškodnine in kazni v obravnavanih členih je prepleten, med njima ni jasne ločnice, saj se želijo doseči tako odškodninski kot tudi preventivni in kaznovalni nameni. To se kaže tudi v različni naravi, ki so jo civilni kazni pripisovala slovenska sodišča. Najprej je bilo za-

<sup>76</sup> Meurkens 2012, str. 3.

<sup>77</sup> Drobež, str. 72.

<sup>78</sup> Prav tam.

<sup>79</sup> Prav tam, str. 73.

vzeto stališče, da gre za odškodninsko naravo,<sup>80</sup> a je poznejša sodna praksa zavzela stališče, da je civilna kazen po svoji pravni naravi podobna pogodbeni kazni. Za deliktno obveznost velja triletni zastaralni rok, za pogodbeno kazen pa petletni.<sup>81</sup>

## 4. Sklep

Iz obravnavanih primerov vidimo, da v slovenski zakonodaji obstajajo določbe, ki odkrito želijo doseči odvračilni namen, vendar je njihova odvračilnost v praksi vprašljiva. Instituti, za katere bi na podlagi terminologije lahko domnevali, da gre za institute, ki želijo doseči namen preprečitve in morebiti tudi kaznovanja, so v praksi pogosto oblikovani in razlagani tako, da te namene težko dosežejo.

Glede odškodnine po ZRD-1 Vrhovno sodišče meni, da triada načel ne zahteva odmika od načela popolne odškodnine. Po drugi strani pa so civilne sankcije v ZASP in ZPosS urejene na način, da je sicer mogoče 200-odstotno zvišanje nadomestila, ko gre za hujšo obliko krivde, a si je enostavno predstavljati primere, ko takšno zvišanje sploh ne dosega popolne odškodnine. Preventivni učinek civilne kazni bi lahko bil večji, če bi se lahko kumulirala s popolno odškodnino. Vendarle pa ne gre spregledati pozitivnega vidika civilne kazni, ki se kaže v tem, da imetniku blagovne znamke ali poslovne skrivnosti olajša vtoževanje odškodnine, saj mu v primeru hujše oblike krivde ne bo treba dokazovati vseh predpostavk odškodninske odgovornosti, hkrati pa se lahko zaradi stopnje krivde povzročitelja škode dosodi nadkompenzatorna odškodnina.

Ureditev glede nadomestila v ZVarD triade načel izrecno niti ne prenaša v naš pravni red, kar je lahko vprašljivo z vidika skladnosti s pravom EU, če se ta načela ne bodo upoštevala v praksi pri določitvi višine t. i. nadomestila. Glede na zahtevo po odvračilnosti bi lahko bilo sporno omejevanje višine teh nadomestil, takšno omejevanje pa je tudi v nasprotju z ustaljeno sodno prakso SEU.

Če se vrnemo k pravični odškodnini za nepremoženjsko škodo in vprašanju, ali so težnje po odvračilnosti združljive z njeno naravo in namenom, vidimo, da našemu pravnemu redu odvračilnost ni tuja. Še več, v določenih primerih, ko gre za sankcioniranje kršitev prava EU, je celo nujna. Zdi se, da razlog za odklonilen odnos do odvračilnosti v praksi ni v sami funkciji, ki jo civilna sankcija želi doseči, temveč v njenem poimenovanju. Gre za neke vrste prevlado forme nad vsebino. Kakor hitro civilno sankcijo poimenujemo kot kaznovavno odškodnino, je to problematično, če pa govorimo o »nadomestilu« ali »civilni kazni«, je to sprejemljivo<sup>82</sup> kljub

<sup>80</sup> Sodba VSL I Cp 2628/2012 z dne 19. 12. 2012.

<sup>81</sup> Sodba in sklep VSL I Cp 2133/2015 z dne 18. 11. 2015 ter sodba in sklep VSL II Cp 737/2018 z dne 12. 9. 2018.

<sup>82</sup> Podobno ugotavlja tudi Varl 2019, str. 16–17.

enakim pomislekom kot v primeru kaznovalne odškodnine (nadkompenzatornost, neupravičena obogatitev, odsotnost procesnih kavtel itd.).

## Literatura

- BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji. *Pravna praksa*, 2006, letn. 25, št. 15/16, str. 6–7.
- CAFAGGI, Fabrizio, IAMICELI, Paola. The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions. *European Review of Private Law*, 2017, letn. 25, št. 3, str. 575–618.
- CANE, Peter. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- CSERES, Kati. Towards a European Model of economic justice: the role of competition law. V: Micklitz, H.-W. (ur.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, str. 405–450.
- DROBEŽ, Eneja. Novejši razvoj sodne prakse s področja avtorskega prava. *Pravosodni bilten*, 2020, št. 1, str. 63–74.
- HESELINK, Martijn W. Reconstituting the Code of Capital: could a progressive European code of private law help us reduce inequality and regain democratic control?. *European Law Open*, 2022, letn. 1, št. 1, str. 316–343.
- IOANNIDOU, Maria. *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- KOZIOL, Helmut. Punitive Damages – A European Perspective. *Louisiana Law Review*, 2008, letn. 68, št. 3, str. 741–768.
- LECZYKIEWICZ, Dorota. Enforcement or Compensation? Damages Actions in EU Law after the Draft Common Frame of Reference. V: Kenny, M., in Devenney, J. (ur.), *The Transformation of European Private Law*. Cambridge: CUP, 2013, str. 276–294.
- McBRIDE, N. J. Punitive Damages. V: Birks, P. (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-first Century*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- MEURKENS, R. C. Lotte. *Punitive Damages*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- MEURKENS, L., NORDIN, E. (ur.). *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*. Cambridge: Intersentia, 2012.
- MEŽNAR, Špela. Novejši trendi v odškodninskem pravu. *Podjetje in delo*, 2006, letn. 34, št. 6–7, str. 1284–1293.
- MEŽNAR, Špela. Odškodnina v primeru kršitve prepovedi diskriminacije in mobinga. *Delavci in delodajalci*, 2010, letn. 10, št. 2/3, str. 439–458.

- MOŽINA, Damjan. Pogodbena in nepogodbena odškodninska odgovornost: ODZ (1811) in Obligacijski zakonik (2001). V: Polajnar Pavčnik, A. (ur.), *Izročilo Občnega državljankega zakonika*. Ljubljana: GV Založba, 2013, str. 343–357.
- MOŽINA, Damjan. Povrnitev škode zaradi diskriminacije in trpinčenja na delovnem mestu: nekaj misli ob 8. členu ZDR-1. V: Žnidaršič Skubic, V., Damjan, M., in Koritnik, B. (ur.), *Izbrani vidiki ustavnega, civilnega in gospodarskega prava: liber amicorum Lojze Ude*. Ljubljana: Pravna fakulteta, Inštitut za primerjalno pravo, 2016, str. 371–389.
- NEBBIA, Paolisa. Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?. *European Law Review*, 2008, št. 33, str. 23–43.
- PAVILLON, Charlotte. Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive. *European Review of Private Law*, 2019, letn. 27, št. 6, str. 1297–1328.
- PIRŠIČ, Katja. Sivo polje kaznovanja – pravičnost kaznovalnih odškodnin. *Pravna praksa*, 2017, št. 22, str. II–VIII.
- ROBERTSON, Andrew. Introduction: Goals, Rights and Obligations. V: Robertson, A., in Tang, H. W. (ur.), *The Goals of Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- VARL, Maruša. *Kaznovalna odškodnina*. Ljubljana: GV Založba, 2019.
- VARL, Maruša. Elementi kaznovalne odškodnine v slovenskem pravu. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2016, letn. 76, str. 235–262.
- WAGNER, Gerhard. *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*. Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- WAGNER, Gerhard. Punitive Damages in European Private Law. V: Hopt, K. J., Basedow J., in Zimmermann, R. (ur.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- WILSHER, Dan. The Public Aspects of Private Enforcement in EC law: Some Constitutional and Administrative Challenges of a Damages Culture. *The Competition Law Review*, 2006, letn. 3, št. 1, str. 27–45.
- WEINGERL, Petra. The Implementation of the Antitrust Damages Directive in Slovenia: Tensions with the (Lurking) Preventive Character of Liability in Damages?. *LeXonomica*, 2016, letn. 8, št. 2, str. 139–159.
- WEINGERL, Petra. *Effective judicial protection and damages in EU law: the case for the deterrent effect*, doktorska disertacija, Oxford, 2018.
- WEINGERL, Petra. Pravičnost v okviru zasebnega uveljavljanja prava EU. *Dignitas*, 2022, v objavi.
- WEINGERL, Petra, BRATINA, Borut. Varstvo potrošnikov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na energetskem trgu EU. V: Bratina, B., Šepec, M., Tomažič, L. M., in Stajniko, J. (ur.), *Sodobne dileme prekrškovnega prava energetike*. Maribor: Univerzitetna založba, 2020, str. 77–96.
- WEINRIB, J. Ernest. *The Idea of Private Law*. Oxford: OUP, 2012.

*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 349.6:347.426.6

# Okoljska škoda in njena povrnitev

KARMEN LUTMAN  
*doktorica pravnih znanosti, LL.M.,  
docentka na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Pravni redi po vsem svetu so tradicionalno antropocentrični in postavljajo v ospredje človeka ter si prizadevajo za zaščito njegovih pravic in interesov. Slovensko pravo pri tem ni nikakršna izjema. Kljub temu se že več desetletij vztrajno krepi zavest o pomenu pravne zaščite okolja kot takega, k čemur so do zdaj pomembno pripomogle tudi mednarodne konvencije. Varstvo okolja je ena pomembnih agend mednarodnega prava in prava Evropske unije. Kljub temu, da si države po svetu – nekatere bolj, druge manj – prizadevajo za preprečevanje nastanka okoljske škode in sankcioniranje njenih povzročiteljev, zlasti z javnopravnimi mehanizmi, je v zadnjem času zaslediti tudi težnje po uporabi klasičnih mehanizmov civilnega prava, ki so usmerjeni v povrnitev okoljske škode. Tako je Francija z reformo Code civil leta 2016 uvedla institut civilnopravne odgovornosti za ekološko škodo, za katero veljajo pravila deliktnege prava. Pred nacionalnimi sodišči je tudi vedno pogostejše zaslediti take vrste podnebnih tožb, pri katerih se tožniki sklicujejo na splošna pravila odškodninskega prava.

Namen prispevka je analizirati ureditev odgovornosti za okoljsko škodo v slovenskem pravu v luči nekaterih primerjalnopravnih trendov na tem področju. Kot bo prikazano v nadaljevanju, se za zaščito okolja poleg javnopravnih mehanizmov vse pogostejše – praviloma bolj kot dopolnitev – pojavljajo tudi pravna sredstva zasebnega prava. V prispevku je pretežno uporabljen izraz »okoljska škoda«, ponekod pa tudi »ekološka škoda«, pri čemer je v obeh primerih mišljena škoda na naravnem okolju.

## 2. Pravni okvir za uveljavljanje odškodninskih zahtevkov za škodo »v zvezi z okoljem«

Mednarodnopravni okvir na področju varstva okolja je sorazmerno širok in vključuje številne deklaracije, mednarodne pogodbe in konvencije. Med njimi velja izpostaviti nekaj najpomembnejših,<sup>1</sup> kot so Konvencija o biološki raznovrstnosti, Konvencija o čezmejni presoji vplivov na okolje, Konvencija o varstvu svetovne kulturne in naravne dediščine, Konvencija o onesnaževanju zraka na velike razdalje preko meja, Dunajska konvencija o varstvu ozonskega plašča, Okvirna konvencija o podnebnih spremembah (skupaj s Kjotskim protokolom), Pariški sporazum in Aarhuška konvencija (Konvencija o dostopu do informacij, udeležbi javnosti pri odločanju in dostopu do pravnega varstva v okoljskih zadevah).

Na ravni Evropske unije je okolje varovano že s primarno zakonodajo (191. člen PDEU in 37. člen Listine EU), na podlagi katere so bili sprejeti številni sekundarni pravni akti, med drugim tudi Direktiva 2004/35/ES o okoljski odgovornosti v zvezi s preprečevanjem in sanacijo okoljske škode (Direktiva 2004/35/ES o okoljski odgovornosti ali Direktiva o okoljski odgovornosti), ki je pomembno vplivala tudi na razvoj odgovornosti za okoljsko škodo v slovenskem pravnem redu.<sup>2</sup> Drugače kot pri Evropski konvenciji za človekove pravice, ki varuje okolje le posredno, praviloma prek posameznikove pravice do zasebnega življenja iz 8. člena (vključujoč pravico do zdravega življenjskega okolja), je s pravnimi akti EU varovano tudi okolje samo.<sup>3</sup>

Ustava RS prav tako varuje okolje le posredno, prek posameznikove pravice do zdravega življenjskega okolja (72. člen).<sup>4</sup> To ureditev je presegla Direktiva 2004/35/ES o okoljski odgovornosti, ki je bila implementirana v naš pravni red z Zakonom o varstvu okolja (ZVO-2).<sup>5</sup> Medtem ko se določba tretjega odstavka 72. člena URS, ki vzpostavlja odškodninsko odgovornost povzročitelja škode v življenjskem okolju, nanaša na škodo, ki jo zaradi posega v zdravo življenjsko okolje utrpí posameznik (antropocentrični pristop), se Direktiva o okoljski odgovornosti osredinja izključno na povrnitev škode na okolju (ekocentrični pristop), pri čemer je (premoženjska ali nepremoženjska) škoda posameznikov zaradi onesnaženja okolja iz Direktive izrecno izključena.<sup>6</sup> Za te vrste škode se tako uporabljajo nacionalna pravila držav članic

<sup>1</sup> Podrobneje glej na primer Šifkovič Vrbica, str. 35 in nasl.

<sup>2</sup> Pred Direktivo 2004/35/ES o okoljski odgovornosti čista okoljska škoda praviloma ni bila pravno priznana v večini držav članic. Glej Wagner 2011.

<sup>3</sup> Knez, v: Avbelj, str. 574 in 575.

<sup>4</sup> Prav tam, str. 576, r. št. 12.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 44/22.

<sup>6</sup> Uvodna izjava 14 preambule Direktive o okoljski odgovornosti.

– v slovenskem pravu na področju obligacijskega prava predvsem odstranitveni, opustitveni in odškodninski zahtevek iz 133. člena Obligacijskega zakonika (OZ),<sup>7</sup> na področju stvarnega prava pa imisijsko varstvo iz 75. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ).<sup>8</sup>

### 3. Civilnopravno varstvo

#### 3.1. Slovenska ureditev

Odškodninsko pravo v OZ je usmerjeno v pravno varstvo premoženjskih in nepremoženjskih interesov posameznika, medtem ko s pravili o povrnitvi škode okoljska škoda ni pravno priznana. Institut okoljske škode je pri nas urejen v ZVO-2, njegova uveljavitev pa je pridržana javnopravnim organom. V obligacijskem pravu je okolje načeloma varovano le toliko, kolikor vpliva na človeka. V določeni meri je okolje varovano z določbo prvega odstavka 133. člena OZ, ki uzakonja odstranitveni in opustitveni zahtevek, ko grozi večja škoda, kar lahko vključuje tudi onesnaženje okolja.<sup>9</sup> Določba se razlaga tako, da za uveljavitev pravnega varstva zadošča tudi grozeča škoda na okolju kot takem (nevarnost nastanka premoženjske ali nepremoženjske škode ni pogoj).<sup>10</sup> Okolje pa je zgolj posredno varovano z določbo tretjega odstavka 133. člena OZ, ki je podlaga za odškodninski zahtevek za povrnitev škode, ki nastane posameznikom zaradi splošno koristne dejavnosti in presega običajne meje (ta pogosto prizadene tudi okolje).<sup>11, 12</sup> Druga škoda, ki posamezniku nastane zaradi posegov v okolje in prizadene njegove premoženjske ali nepremoženjske interese ter ki je določba tretjega 133. člena OZ ne zajema, se povrne v skladu s splošnimi pravili odškodninskega prava (krivdna ali objektivna odgovornost<sup>13</sup>). V tem smislu tudi druge, splošnejše določbe deliktnega prava v določeni meri

<sup>7</sup> Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 87/02 in nasl.

<sup>9</sup> Primerjaj Jadek Pensa, v: Juhart, Plavšak, str. 766 in nasl.

<sup>10</sup> Prav tam.

<sup>11</sup> Za imisije hrupa (praviloma zaradi železniškega ali cestnega prometa) glej na primer odločbe VS RS II Ips 44/2021 z dne 1. 9. 2021, II Ips 126/2019 z dne 29. 5. 2020, II Ips 129/2018 z dne 29. 5. 2020 in II Ips 130/2019 z dne 29. 5. 2020, ki obravnavajo odškodninsko odgovornost države za škodo posameznikov zaradi hrupa (vertikalno razmerje, ki zahteva uporabo prilagojenih pravil odškodninskega prava, v skladu s 26. členom URS). Odmeven primer je bil tudi sodni postopek zasavskih kmetov proti Cementarni Trbovlje, Termoelektrarni Trbovlje, Steklarni Hrastnik in Tovarni kemičnih izdelkov Hrastnik, ki so bile spoznane za odgovorne za škodo, ki so jo kmetje imeli zaradi uničenja poljščin ter onesnaženja travnikov, sadnega drevja in gozdov (več glej sodba VSL II Cp 511/2016 z dne 9. 6. 2016). Glede uporabe tretjega odstavka 133. člena OZ pri odškodninskih zahtevkih zoper državo glej Možina, str. 235–262.

<sup>12</sup> Primerjaj Damjan, str. 246–249.

<sup>13</sup> Glej na primer sodbo VSL II Cp 1914/2018 z dne 6. 2. 2019, v kateri je bilo ugotovljeno, da je toženec za ogrevanje uporabljal odpadno olje (nevarna dejavnost) in je za škodo, ki je nastala zaradi njegovega izlivanja, objektivno odgovoren (prvi odstavek 153. člena OZ).

posredno ščitijo tudi okolje. Posredno je okolje varovano tudi s stvarnopravnim institutom prepovedanih imisij,<sup>14</sup> ki se uresničuje z negatorno ali motenjsko tožbo. V tem primeru se najprej varujejo interesi ljudi, zato o ekocentričnem pristopu ne moremo govoriti.

### 3.2. Primerjalnopravni trendi

Zanimivo je, da smernice v evropskem zasebnem pravu predlagajo priznanje okoljske škode kot pravno relevantne v okviru zasebnega prava. Tako predlaga nacionalnim zakonodajalcem Osnutek skupnega referenčnega okvira (Draft Common Frame of Reference, v nadaljevanju: DCFR), ki v čl. VI. – 2:209 v okviru modelnih pravil neposlovne odškodninske odgovornosti okoljski škodi podeljuje status pravno priznane škode.<sup>15</sup> Čeprav je govor o t. i. čisti ekološki škodi (angl. *pure ecological damage*<sup>16</sup>), ki naj bi bila z zadevno določbo pravno varovana, je vendarle tudi tu zaslediti določeno stopnjo povezave s »škodo na ljudeh«, saj avtorji komentarja govorijo o škodi, ki jo ima javnost kot taka.<sup>17</sup> Po tej razlagi se zdi, da so varovani (kolektivni) interesi ljudi v smislu škode, ki v skupnosti nastaja zaradi onesnaženja okolja (onesnaženje podtalnice in posledično znižanje kakovosti pitne vode na določenem območju ipd.). Glede na navedeno razlago se sprašujem, ali bi bila pravno priznana tudi škoda v naravi, ki je oddaljena od ljudi in pri kateri ne bi bilo mogoče dokazati vpliva na človeško skupnost. Menim, da je primerna le tista razlaga, ki zajema tudi tako škodo, saj je le v tem primeru mogoče govoriti, da DCFR priznava »čisto ekološko škodo«.

Kot poudarjajo pisci, ima določba zasebnopravne in javnopravne elemente.<sup>18</sup> Medtem ko temelji na zasebnopravnem institutu civilnopravne (neposlovne) odgovornosti, kar zahteva uporabo splošnih pravil civilnega prava, so aktivno legitimirane za zahtevek država ali pristojne oblasti, ki imajo stroške z obnovo prizadetih delov okolja, kar daje določbi javnopravno naravo.<sup>19</sup> Če bi okoljsko škodo saniral posameznik ali pravna oseba zasebnega prava, bi lahko povrnitev stroškov zahtevala le po splošnih pravilih posloводства brez naročila.<sup>20</sup>

Priznanje okoljske škode v okviru civilnega prava pa tudi nekaterim nacionalnim pravnim redom ni tuje. Tudi v Evropi, na primer v Belgiji, Španiji in na Nizozemskem,<sup>21</sup> tako niso

<sup>14</sup> Več glej na primer Damjan, str. 245.

<sup>15</sup> »Stroški, ki jih imajo država ali pristojne oblasti z obnovo bistveno prizadetih elementov okolja, kot so zrak, voda, zemlja, flora in favna, so pravno priznana škoda države ali teh oblasti.«

<sup>16</sup> Primerjaj Wagner 2011.

<sup>17</sup> Von Bar, str. 3363.

<sup>18</sup> Prav tam.

<sup>19</sup> Prav tam.

<sup>20</sup> Prav tam, str. 3365.

<sup>21</sup> Taylor, str. 82.

redki zahtevki različnih združenj ali nevladnih organizacij, ki v imenu okolja od onesnaževalcev (zasebnopravnih subjektov) zahtevajo povrnitev škode, ki so jo ti povzročili okolju. To so zahtevki na horizontalni ravni in so v domeni zasebnega prava.

Tudi Francija je z reformo Code civil leta 2016 uzakonila pravila zasebnopravne odgovornosti za okoljsko škodo (1246. do 1252. člen Code civil). To je ureditev, ki je ločena od upravno-pravne odgovornosti za okoljsko škodo, ki tudi v Franciji predstavlja implementacijo Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti.<sup>22</sup> Priznanje okoljske škode v zasebnem pravu v določeni meri zahteva prilagoditev pravil klasičnega deliktnega prava, zlasti glede ugotavljanja obsega škode in njene povrnitve.

Francoska ureditev civilnopravne odgovornosti za ekološko škodo temelji na modelu objektivne odgovornosti, v skladu s katero je oseba, odgovorna za ekološko škodo, le-to dolžna povrniti (1246. člen Code civil). To je odgovornost brez krivde, ki temelji na vzročni zvezi med ravnanjem osebe, odgovorne za nastanek ekološke škode, in nastalo škodo.<sup>23</sup> Pojem škode je definiran širše kot v Direktivi 2004/35/ES o okoljski odgovornosti:<sup>24</sup> gre za vsak nezamisljiv škodljiv učinek na delovanje ekosistema ali na kolektivne interese ljudi do okolja (1247. člen Code civil). Kot poudarjajo pisci, je prevladal termin »ekološka« škoda, saj ta – drugače kot »okoljska« škoda – jasno opredeljuje, da gre izključno za škodo na naravnem okolju.<sup>25</sup>

Aktivno legitimiran za vložitev odškodninskega zahtevka je vsakdo, ki ima upravičenje in interes za tako tožbo, pri čemer zakonik primeroma našteva osebe, ki imajo pravni interes: država, francoska Agencija za okolje, lokalne oblasti in združenja za zaščito okolja. Tako široka aktivna legitimacija dopušča, da v imenu okolja tožbo vloži tudi fizična oseba. To bo sicer v praksi redko, če že, bo najbrž posameznik zahtevke v imenu okolja vložil poleg zahtevka za povrnitev svoje škode.

Primarna je naturalna restitucija (sanacija okolja) (prvi odstavek 1249. člena Code civil), saj je namen odgovornosti za ekološko škodo vzpostaviti stanje, ki je obstajalo pred onesnaženjem. Sanacijski ukrepi v tem primeru so bodisi usmerjeni v odpravo posledic onesnaženja bodisi v vzpostavitev pogojev za naravno obnovo prizadetega okolja.<sup>26</sup> Plačilo denarne odškodnine je subsidiarno, če odgovorna oseba ne more izvesti (zadostnih) sanacijskih ukrepov ali ti niso mogoči (oziroma bi imeli še dodatne negativne učinke na okolje). Kot poudarjajo pisci, je

<sup>22</sup> Čl. L. 160-1 in nasl. Okoljskega zakonika (fr. *Environment Code*). Glej Foulon.

<sup>23</sup> Taylor, str. 85.

<sup>24</sup> Ta zajema le določene vrste škode – škodo na zavarovanih vrstah in naravnih habitatih, škodo na vodah in škodo, povzročeno tlom.

<sup>25</sup> Taylor, str. 85.

<sup>26</sup> Martin, str. 115.

vzpostavitev prejšnjega stanja mogoča le v sorazmerno redkih primerih.<sup>27</sup> V tem primeru povzročitelju sodišče naloži, da tožniku plača denarni znesek, ki naj ga ta porabi za sanacijo okolja (namenska odškodnina); če pa tožnik sanacijskih ukrepov ne bi mogel izvesti, se namenska odškodnina plača državi.

V francoski sodni praksi se je razvilo pet različnih metod odmerjanja odškodnine za ekološko škodo, ki se med seboj ne izključujejo in se lahko dopolnjujejo. Prva je metoda pavšalnega vrednotenja, po kateri se odškodnina odmeri na način, da se enota prizadetega dela ekosistema (na primer hektar gozda, posamezna žival, kubični meter vode) pomnoži s povprečno (denarno) vrednostjo te enote in številom prizadetih enot.<sup>28</sup> Metoda je pogosto kritizirana, saj se odškodnina določa zgolj pavšalno in na podlagi (ekonomske) vrednosti, ki jo ima okolje za človeka (na primer vrednost rib, ki jih je mogoče ujeti v kubičnem metru vode, pri čemer so drugi organizmi povsem zanemarjeni).<sup>29</sup> Druga metoda temelji na stroškovnem pristopu, in sicer se odškodnina odmeri glede na stroške rehabilitacije okolja, čeprav ta iz tehničnih, etičnih ali drugih razlogov ni mogoča.<sup>30</sup> Po tretji metodi je za odmero odškodnine ključna višina sredstev, ki jih je določena institucija (na primer narodni park) investirala v določen ekosistem, ta investicija pa se je zaradi onesnaženja izkazala za brezpredmetno (odškodnina se odmeri glede na višino »izgubljenih« vloženi sredstev, pri čemer se upošteva število let, ki bo potrebnih, da se okolje spet obnovi).<sup>31</sup> Po četrti metodi se odškodnina odmeri glede na vrednost ekoloških (ekosistemskih) storitev, ki jih okolje zaradi škode ne more več zagotavljati<sup>32</sup> (na primer opraševanje, zagotavljanje hrane, lesa in čistega zraka, filtriranje vode). Peta metoda je nadgradnja četrte, in sicer vključuje še stroške ukrepov, potrebnih za naravno obnovo okolja.<sup>33</sup> Pisci opozarjajo, da je treba pri izbiri metode vselej preveriti, ali ta ustreza ekocentrično naravnani ureditvi odgovornosti za ekološko škodo v Code civil, ter k sodelovanju vselej, ko je to potrebno, pritegniti strokovnjake ustrezne stroke.

Odškodninski zahtevek zastara v desetletnem roku, šteto od dneva, ko je tožnik izvedel ali bi lahko izvedel za nastanek ekološke škode. Rok je subjektivni in se razlikuje od tridesetletnega objektivnega zastaralnega roka iz Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti (prvi odstavek 2226. člena Code civil).

<sup>27</sup> Prav tam.

<sup>28</sup> Prav tam, str. 116.

<sup>29</sup> Več glej Martin, str. 116.

<sup>30</sup> Prav tam.

<sup>31</sup> Prav tam.

<sup>32</sup> Prav tam.

<sup>33</sup> Prav tam.

Kot poudarjajo pisci, je civilnopravna odgovornost za ekološko škodo v Code civil v določenih pogledih zasnovana širše od odškodninske odgovornosti v Direktivi 2004/35/ES o okoljski odgovornosti: širša je definicija pravno priznane škode, prav tako je širša aktivna legitimacija, zahtevek se lahko uveljavlja kot dopolnitev zahtevku za povrnitev druge škode pri individualnem ali kolektivnem pravnem varstvu, pri čemer mora sodišče paziti, da zaradi uporabe različnih pravil ne bi prišlo do dvojne kompenzacije.

#### 4. Upravnopravno varstvo

Slovenska ureditev odgovornosti za okoljsko škodo v ZVO-2 je v največji meri rezultat implementacije Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti (ta je bila v slovenski pravni red implementirana že z ZVO-1, z novelo ZVO-2 so bile z vidika implementacije prilagojene le določene malenkosti<sup>34</sup>). Slednja je instrument minimalne harmonizacije,<sup>35</sup> kar pomeni, da lahko države za vzpostavitev odškodninske odgovornosti določijo tudi strožje pogoje (gleđano z zornega kota onesnaževalcev).<sup>36</sup> Direktiva vzpostavlja odgovornost za okoljsko škodo, ki pa je javnopravne narave in nima veliko skupnega z odškodninsko odgovornostjo v smislu deliktnege prava.<sup>37</sup>

Pravno varovana je škoda na okolju (angl. *environmental damage*),<sup>38</sup> pri čemer so pravno priznane le določene oblike tovrstne škode (škoda, povzročena zavarovanim vrstam in njihovim habitatom, škoda na vodah, škoda na tleh – podrobneje glej 162. člen ZVO-2). Ker ZVO-2 uporablja termin »okoljska škoda«, je ta izraz uporabljen tudi na tem mestu. Nekatere oblike okoljske škode so iz varstva po ZVO-2 izrecno izključene. To so izjeme, ki jih je treba razlagati ozko.<sup>39</sup> Tako je izvzeta okoljska škoda, ki je posledica razpršenega onesnaževanja, saj je v teh primerih praviloma zelo težko (če ne nemogoče) ugotoviti vzročno zvezo med okoljsko škodo in dejavnostjo posameznega povzročitelja. Če je slednje vendarle mogoče, se tudi za tako obliko škode uporabljajo pravila ZVO-2. Pri tem je pomembno, da se za konkreten primer presodi, ali je vzročno zvezo med okoljsko škodo in dejavnostjo posameznega povzročitelja mogoče ugotoviti ali ne (upravna odločba se mora o tem izreči, saj je v nasprotnem primeru

<sup>34</sup> Za primerjalnopravni vpogled v pristope k implementaciji Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti glej na primer Wagner 2011.

<sup>35</sup> Glej tudi Study on the Harmonisation of EU Environmental Law, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, februar 2022, <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL\\_STU\(2022\)705033](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)705033)> (15. 11. 2022).

<sup>36</sup> Glej uvodno izjavo 29 preambule Direktive 2004/35/ES o okoljski odgovornosti.

<sup>37</sup> Wagner 2011. Primerjaj Damjan, str. 254.

<sup>38</sup> Hinterreger, str. 13.

<sup>39</sup> Sodba UPRS I U 1652/2015 z dne 23. 6. 2016, točka 14.

sodišče ne more preizkusiti).<sup>40</sup> Pri ugotavljanju obsega škode na okolju pomaga pristojnim organom tudi Pravilnik o podrobnejših merilih za ugotavljanje okoljske škode.<sup>41</sup>

Ureditev temelji na načelu »onesnaževalec plača« (angl. *pollutor pays*), pri čemer je v določenih primerih vzpostavljena objektivna odgovornost (če se povzročitelj ukvarja s katero od dejavnosti, taksativno naštetih v drugem odstavku 161. člena ZVO-2), za druge primere pa velja krivdna odgovornost (tretji odstavek 161. člena ZVO-2). Za izvajanje zakonskih določb o okoljski škodi so pristojni javnopravni organi, tj. pristojno ministrstvo (ministrstvo, pristojno za okolje in prostor), ki postopa po pravilih upravnega prava. Zasebnopravne organizacije ali posamezniki nimajo pravne legitimacije za uveljavljanje zahtevkov (v imenu okolja) iz naslova čiste okoljske škode,<sup>42</sup> jim pa ZVO-2 priznava določeno možnost udeležbe v postopku (zahteva za ukrepanje, stranska udeležba v upravnem postopku, legitimacija za upravni spor).

Ministrstvo lahko povzročitelju škode z odločbo naloži ukrepe za preprečitev nastanka okoljske škode, če pa je do nje že prišlo, ukrepe za sanacijo take škode. Preventivne ali sanacijske ukrepe odredi z upravno odločbo ministrstvo, sodišče pa lahko tako odločitev presoja le v primeru, ko je zoper tako odločbo sprožen upravni spor. Sodišča po ZVO-2 namreč niso pristojna za odrejanje ukrepov v primeru okoljske škode.<sup>43</sup>

Primarna je restitucija v naravi, praviloma vzpostavitev prejšnjega stanja (in ne plačilo denarne odškodnine). Če povzročitelj ne ravna v skladu s tako odločbo, je zavezan plačati stroške preprečevalnih oziroma sanacijskih ukrepov, ki jih v tem primeru na njegov račun zagotovi država. Po izrecni zakonski dikciji torej »denarna odškodnina« (ZVO-2 sicer tega termina ne uporablja) zajema stroške preprečevalnih oziroma sanacijskih ukrepov ter stroške ugotavljanja vrste, obsega in pomena okoljske škode ali njene neposredne nevarnosti, stroške vodenja upravnega postopka in zbiranja podatkov ter stroške spremljanja in nadzora izvajanja ukrepov (prvi in drugi odstavek 167. člena ZVO-2). Medtem ko ZVO-2 izrecno določa, da je zoper odločbo, s katero je ministrstvo povzročitelju odredilo izvedbo preprečevalnih ali sanacijskih ukrepov, mogoč upravni spor, to ni določeno za sklep, s katerim ministrstvo odloči o izvedbi odrejenih ukrepov na račun povzročitelja. V slednjem primeru bo povzročitelj dolžan plačati vrednost izvedenih ukrepov v denarju. Iz določb ZVO-2 o odgovornosti za preprečevanje in sanacijo okoljske škode jasno izhaja, da so primarno sredstvo za preprečitev ali sanacijo take škode ukrepi v naravi. Tako ZVO-2 tudi nima določb o odmeri odškodnine za okoljsko ško-

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Uradni list RS, št. 46/09 in nasl.

<sup>42</sup> Da so za uveljavljanje zahtevkov iz naslova okoljske škode pristojni javnopravni organi, določa tudi uvodna izjava 15 preambule Direktive o okoljski odgovornosti.

<sup>43</sup> Sklep VS RS I Up 15/2018 z dne 21. 3. 2018, točka 9.

do, saj se le-ta določi po stroškovni metodi (strošek preventivnih ali sanacijskih ukrepov, ki jih je namesto povzročitelja izvedla država).

Natančnejše smernice za določitev sanacijskih ukrepov v primeru nastanka okoljske škode določa Uredba o vrstah ukrepov za sanacijo okoljske škode.<sup>44</sup> To so ukrepi primarne sanacije (njihov cilj je vrnitev okolja v stanje, ki bi obstajalo, če ne bi prišlo do okoljske škode) ter ukrepi dopolnilne sanacije (ukrepi, ki pridejo v poštev, če vrnitev v prejšnje stanje ni mogoča) in kompenzacijske sanacije (ukrepi za nadomestitev začasnih izgub zaradi nastanka okoljske škode, iz katerih pa so izvzeta finančna nadomestila javnosti).<sup>45</sup> Uredba določa tudi metode denarnega vrednotenja<sup>46</sup> prizadetih delov okolja, kadar vrnitev v prejšnje stanje ni mogoča. Te metode se delijo v dve večji skupini: (1) metode, pri katerih se denarna vrednost določi na osnovi neposredne uporabnosti, ki jo prizadeti deli okolja oziroma njihove funkcije zagotavljajo ljudem (na primer vrednost pašnika za kmete); (2) metode, pri katerih vrednosti prizadetih delov okolja oziroma njihovih funkcij temeljijo na vlogi, ki jo imajo funkcije ekosistema pri proizvodnji tržnih dobrin (na primer vrednost mokrišča, ki deluje kot ovira za visoke valove in blažilec poplav ter tako zmanjšuje škodo zaradi poplav na zasebni lastnini).<sup>47</sup> Iz javno dostopne upravne in sodne prakse ni razvidno, na kakšen način in kako pogosto se navedene metode uporabljajo v praksi, ima pa v vsakem primeru prednost ukrep vzpostavitve prejšnjega stanja (restitucija v naravi).

Novela ZVO-2 je okrepila vlogo širše (zainteresirane) javnosti v postopkih za preprečevanje in sanacijo okoljske škode, kar je skladno s cilji Aarhuške konvencije.<sup>48</sup> Tako imajo po novem tudi civilne iniciative (poleg nevladnih organizacij in prizadetih pravnih ali fizičnih oseb) pravico, da pristojne državne oblasti (ministrstvo) obvestijo o okoljski škodi in zahtevajo ukrepanje (prvi odstavek 168. člena ZVO-2). Zoper odločbo, s katero je ministrstvo ugotovilo, da okoljska škoda ni nastala, lahko po noveli ZVO-2 upravni spor sproži tudi civilna iniciativa. Velja omeniti, da je dosedanja sodna praksa s področja okoljske škode v slovenskem pravnem prostoru izjemno skromna, kar kaže na to, da je v teh primerih le redko prihajalo do sodnih sporov. Najbrž ni pričakovati, da bi razširjena aktivna legitimacija na civilno iniciativo ta trend bistveno spremenila.

<sup>44</sup> Uradni list RS, št. 55/09 in nasl.

<sup>45</sup> Tako tudi Priloga II Direktive o okoljski odgovornosti.

<sup>46</sup> Direktiva o okoljski odgovornosti metod denarnega vrednotenja ne določa, temveč to prepušča pristojnim organom držav članic (točka 1.2.3 Priloge II).

<sup>47</sup> Podrobneje glej Prilogo 3 (Metode denarnega vrednotenja) Uredbe o vrstah ukrepov za sanacijo okoljske škode.

<sup>48</sup> Glede pomena in vloge nevladnih organizacij in civilnih iniciativ v okoljskih sporih glej tudi Eliantonio; Garben, v: Kellerbauer, Klamert, Tomkin, str. 1524 in nasl.

ZVO-2 je z vidika odgovornosti za okoljsko škodo prinesel tudi pomembno novost, in sicer obvezno zavarovanje odgovornosti za okoljsko škodo. Zavarovanje je tako po novem obvezno za vse tiste, ki se ukvarjajo z dejavnostmi, pri katerih je riziko nastanka okoljske škode povečan<sup>49</sup> in zaradi česar je njihova odgovornost postrožena (odgovarjajo objektivno) (sedmi odstavek 161. člena ZVO-2).

Skladno z Direktivo 2004/35/ES o okoljski odgovornosti določa ZVO-2 tridesetletni objektivni rok za zastaranje odgovornosti za okoljsko škodo (šteto od dneva vzroka njenega nastanka, če v tem času ni bil proti povzročitelju sprožen noben postopek ugotavljanja njenega nastanka) (prvi odstavek 170. člena ZVO-2). To je zastaralni rok, ki je posledica implementacije evropske zakonodaje in ki vidno odstopa od pravil zastaranja odškodninskih zahtevkov v drugih primerih. Tako (premoženjska ali nepremoženjska) škoda na ljudeh, ki izvira iz iste obremenitve okolja, zastara v splošnem zastaralnem roku za deliktne zahtevke (subjektivni triletni in objektivni petletni zastaralni rok – prvi in drugi odstavek 352. člena OZ<sup>50</sup>), medtem ko bi škoda na okolju zastarala v tridesetletnem objektivnem roku. Najbrž bi težko upravičili, da je okolje na lestvici varovanih pravnih dobrin hierarhično bistveno višje od pravno varovanih interesov ljudi (življenje, zdravje, lastnina ipd.).

## 5. Kolektivne tožbe

Zakon o kolektivnih tožbah je prinesel možnost kolektivnega pravnega varstva na področju okoljskih nesreč. Kot določa, se »lahko s kolektivno tožbo uveljavljajo tudi zahtevki iz naslova odškodninske odgovornosti zaradi povzročitve okoljske nesreče, kot jo določa zakon o varstvu okolja« (6. točka prvega odstavka 2. člena ZKoliT). Po ZVO-2 je okoljska nesreča »nenadzorovan ali nepredviden dogodek, povezan s posegom v okolje, ki ima zaradi obremenitve okolja takoj ali pozneje za posledico neposredno ali posredno ogrožanje življenja ali zdravja ljudi ali kakovosti okolja« (4.7. točka 3. člena ZVO-2). Okoljska nesreča lahko povzroči škodo na ljudeh ali/in škodo na okolju. Za primer okoljske nesreče ZVO-2 določa tako ukrepe za zavarovanje ljudi kot tudi ukrepe za sanacijo okoljske škode (63. člen ZVO-2). Na prvi pogled ni povsem jasno, ali ZKoliT zajema zahtevke za škodo na ljudeh ali tudi zahtevke za škodo na okolju (v obeh primerih seveda le tisto, ki izvira iz okoljske nesreče). Medtem ko odgovora na to vprašanje v (javno objavljenem) zakonodajnem gradivu ni zaslediti, Galič in Vlahek opozarjata, da so pri teh sporih »individualno utrpljene škode zelo različne glede na okoliščine, ki so lastne le posameznim oškodovancem in zahtevajo (v tem delu) individualno obravnavo

<sup>49</sup> Te dejavnosti so taksativno naštet v drugem odstavku 161. člena ZVO-2.

<sup>50</sup> Glej na primer sodbo VSM I Cp 1470/2010 z dne 22. 2. 2011.

ter individualni dokazni postopek»,<sup>51</sup> kar bi kazalo na to, da je mišljena le škoda na ljudeh. Tudi glede na to, da je namen kolektivnega varstva izboljšati dostop do sodišča v primeru množičnega oškodovanja, ko je oškodovanih več oseb na bistveno podoben način in so njihovi zahtevki v bistvenem podobni, se zdi, da ZKoIT zajema zahtevke posameznikov za povrnitev njihove (premoženjske ali nepremoženjske) škode, ki je posledica okoljske nesreče, ne pa tudi zahtevkov za povrnitev škode na okolju. Okolje je namreč eno samo in zato po logiki ne gre za več (v bistvenem podobnih) zahtevkov, ki bi jih bilo treba združiti s kolektivno tožbo.

## 6. Podnebne tožbe in civilno pravo

Pod pojmom »podnebne tožbe« gre praviloma razumeti tožbe, ki jih zoper države (ali naddržavne tvorbe) vlagajo različna okoljevarstvena združenja ali (redkeje) posamezniki in od njih zahtevajo spoštovanje mednarodnopravnih obveznosti na področju varstva okolja.<sup>52</sup> Slaba polovica do zdaj evidentiranih podnebnih tožb je »pravih«, kar pomeni, da se zahtevek nanaša na podnebne spremembe, v drugih primerih pa so podnebne spremembe del drugih okoljskih zahtevkov (onesnaževanje zraka, varovanje gozdov, trgovanje z emisijskimi kuponi ali dvigovanje morske gladine ipd.).<sup>53</sup> Podnebne tožbe so predmet obravnave ali pred nacionalnimi sodišči, SEU ali regionalnimi sodišči za človekove pravice.<sup>54</sup>

V zadnjem času je zaslediti pojav podnebnih tožb v horizontalnih razmerjih, tj. med zasebnopravnimi subjekti. To so tožbe, ki jih vlagajo združenja ali posamezniki zoper zasebnopravne onesnaževalce (praviloma podjetja), in sicer pred nacionalnimi sodišči, pogosto s sklicevanjem na (nacionalna) pravila odškodninskega prava. Čeprav odškodninski zahtevki v teh primerih praviloma niso usmerjeni v povrnitev škode na okolju, temveč škode na ljudeh, gre vendarle za fenomen, ki je v zadnjem času predmet številnih razprav.<sup>55</sup>

Eden takih primerov je *Luciano Lliuya proti RWE AG*,<sup>56</sup> sodni spor, ki trenutno poteka pred Višjim deželnim sodiščem v Hammu (Nemčija). V tem sporu je leta 2015 kmet, ki živi v Huarazu (Peru), s podporo nevladne organizacije Germanwatch vložil tožbo z opustitvenim in odškodninskim zahtevkom zoper največjega nemškega ponudnika elektrike – družbo RWE. Tej očita, da je prispevala k podnebnim spremembam z znatnimi izpusti toplogre-

<sup>51</sup> Galič, Vlahek, str. 30.

<sup>52</sup> Primerjaj Groh, v: Weber in dr., »Klimaklage«. Glej tudi Kovič Dine, str. 6.

<sup>53</sup> Kovič Dine, str. 6.

<sup>54</sup> Prav tam.

<sup>55</sup> Glej na primer Wagner 2021, str. 2256–2263; Haller, Risse, str. 3500–3505; Weller, Tran, str. 574–605; Wagner, Arntz, str. 405–428; Sindico, Mbengue, KcKenzie, str. 680 in nasl.

<sup>56</sup> Sodba Deželnega sodišča v Essnu 2 O 285/15 z dne 15. 12. 2016 (v pritožbenem postopku).

dnih plinov in naj bi bila zato soodgovorna za taljenje ledenika nedaleč od mesta Huaraz (gladina ledeniškega jezera se dviguje od leta 1975, eksponentno pa od leta 2003 in ogroža okoliške prebivalce). Po tožnikovih navedbah naj bi družba RWE v 0,47-odstotnem deležu prispevala h globalnim industrijskim izpustom toplogrednih plinov in naj bi zato v tem odstotku nosila tožnikove stroške protipoplavnih ukrepov. Medtem ko je prvostopenjsko sodišče tožnikovo zahtevo za pravno varstvo v celoti zavrnilo (z obrazložitvijo, da imisijsko varstvo zoper podjetje, ki deluje v javno korist, ni mogoče, medtem ko za odškodninski zahtevek med drugim ni izkazana vzročna zveza med ravnanjem in škodo), pritožbeni postopek še vedno traja.<sup>57</sup>

Z vidika civilnega prava je primer zanimiv zato, ker tožnik odškodninski zahtevek utemeljuje s sklicevanjem na splošna pravila nemškega deliktne prava (par. 823(1) BGB<sup>58</sup>). Izgledi za uspeh tovrstnih podnebnih tožb so sorazmerno neobetavni. Po nemškem pravu je namreč za odškodninsko odgovornost po par. 823(1) BGB treba dokazati troje: (1) poseg v pravno varovano dobrotno, (2) vzročna zveza in (3) krivdo. Glede prve predpostavke pisci poudarjajo, da nekatere oblike škod, ki jih imajo posamezniki in so povezane s podnebnimi spremembami, v nemškem deliktne pravu niso priznane.<sup>59</sup> Medtem ko je škoda, ki nastane zaradi posega v življenje, telo, zdravje, svobodo gibanja in lastnino, pravno priznana, pa je iz varstva izvzeta »čista premoženjska škoda«. Tako do odškodnine ne bo upravičen lastnik smučarske koč, če je bilo smučišče opuščeno zaradi pomanjkanja snega. Prav tako nemško deliktne pravo – enako kot slovensko – ne varuje okolja kot takega. Najtrši oreh pa je gotovo dokazovanje vzročne zveze med ravnanjem posameznega deležnika in nastalimi posledicami podnebnih sprememb (škodo). Dokazati, da je določen subjekt s svojim ravnanjem v določenem deležu prispeval k taljenju ledenika na drugem koncu sveta, je praktično nemogoče. V konkretnem primeru je vprašljiv tudi pogoj krivde, saj je podjetje ves čas delovalo v javno korist in v skladu z veljavnimi okoljskimi standardi (potrebna je *ex ante*, in ne *ex post* presoja škodljivosti ravnanja).<sup>60</sup>

Omeniti velja tudi primer *Milieudéfense et al. proti Royal Dutch Shell plc*.<sup>61</sup> To je tožba okoljevarstvenih združenj zoper nizozemski koncern Shell, v kateri mu očitajo kršitev dolžne skrbnosti v smislu nizozemskega deliktne prava (člen 6:162 Nizozemskega civilnega za-

<sup>57</sup> Stanje decembra 2022.

<sup>58</sup> »Kdor namerno ali iz malomarnosti protipravno poseže v življenje, telo, zdravje, svobodo, lastnino ali kakšno drugo posameznikovo pravico, je temu dolžan povrniti škodo, ki mu zaradi tega nastane.« (Prevod K. L.)

<sup>59</sup> Wagner, Arntz; Weller, Tran, str. 598.

<sup>60</sup> Podrobneje glej Wagner, Arntz.

<sup>61</sup> Sodba Okrožnega sodišča v Haagu v zadevi C/09/571932 z dne 26. 5. 2021 (trenutno v pritožbenem postopku).

konika<sup>62</sup>) in kršitev človekovih pravic (drugače kot v primeru *Urgenda*,<sup>63</sup> ko je bila tožena država, gre v tem primeru za tožbo zoper zasebnopravni subjekt). S tožbo zahtevajo, da družba zmanjša izpuste ogljikovega dioksida za 45 odstotkov do leta 2030 (glede na leto 2010) in na 0 do leta 2050 skladno s Pariškim sporazumom o podnebnih spremembah. Okrožno sodišče v Haagu je zahtevku na prvi stopnji ugodilo in podjetju Shell naložilo zmanjšanje izpustov toplogrednih plinov,<sup>64</sup> kar naj bi zahtevala tudi dolžna skrbnost v smislu generalne klavzule deliktnega prava. O zadevi še ni bilo pravnomočno odločeno, saj je bila zoper odločitev vložena pritožba, o kateri med pripravo tega prispevka še ni bilo odločeno.

Čeprav je zaslediti marsikatero kritiko glede uporabe institutov klasičnega deliktnega prava v podnebnih tožbah,<sup>65</sup> lahko civilno pravo ponuja vsaj komplementarno, dopolnilno funkcijo v boju zoper podnebne spremembe.<sup>66</sup> Dodaten nabor pravnih možnosti tako ustvarja določen pritisk (tudi) na zasebnopravne subjekte, da ravnajo okolju prijazno in svoje ravnanje podredijo dogovorjenim okoljskim standardom. Čeprav se zdi, da je civilno pravo pri preprečevanju posledic podnebnih sprememb kot slon v trgovini s porcelanom, saj ni bilo krojeno za take primere, vendarle ne gre povsem zanemariti njegove vloge v boju za okolju prijaznejši jutri.

## 7. Sklep

Okoljska škoda v slovenskem civilnem pravu ni pravno priznana, je pa okolje kot tako z določenimi mehanizmi zasebnega prava (odškodninsko pravo, imisije) varovano predvsem posredno. Zaskrbljenost glede podnebnih sprememb in posledično večja skrb za okolje pa se ne odražata le v mednarodnih sporazumih in javnem pravu, temveč v zadnjem času vse intenzivneje prodirata tudi v civilno pravo. Tako je Francija uvedla civilnopravno odgovornost za ekološko škodo, ki pomeni pomemben vzporedni mehanizem javnopravni odgovornosti za

---

<sup>62</sup> Besedilo člena v angleškem prevodu: »1. *A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof.* 2. *As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour.* 3. *A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion).*«

<sup>63</sup> Sodba Vrhovnega sodišča Nizozemske v zadevi 19/00135 z dne 20. 12. 2019 (angleški prevod, ecli:NL:HR:2019:2007). To je prelomna sodba (v svetovnem merilu), vezana na podnebne spremembe, s katero je bilo državi pred nacionalnim sodiščem naloženo znižanje toplogrednih izpustov kot ključnega dejavnika globalnega segrevanja. Več glej Plauštajner Metelko, str. 14–15.

<sup>64</sup> Več o primeru glej Dacar, str. 13.

<sup>65</sup> Tako na primer Wagner 2021, str. 2256–2263.

<sup>66</sup> Primerjaj Weller, Tran, str. 575 in nasl.; Sindico, Mbengue, KcKenzie, str. 677.

okoljsko škodo, ki je implementacija Direktive o okoljski odgovornosti. Tudi DCFR narekuje priznanje okoljske škode kot samostojne kategorije deliktnega odškodninskega prava.

V slovenskem pravnem prostoru so mehanizmi za odpravo okoljske škode v domeni upravnega prava. Pravzaprav ne gre za odškodninsko pravo v pravem, civilnopravnem smislu, temveč za ukrepe za preprečevanje oziroma sanacijo okoljske škode, ki jih odredi pristojno ministrstvo. Sodna presoja tovrstnih ukrepov je – na podlagi javno dostopnih podatkov – izjemno redka. Določeno novost je na področju okoljske škode prinesel ZKolT, ki je uvedel možnost vložitve kolektivne tožbe za povrnitev škode iz okoljske nesreče, zdi pa se, da je tovrstno pravno varstvo namenjeno predvsem zahtevkom za škodo »na ljudeh«.

V zadnjem času je v mednarodnem prostoru opaziti pojav vlaganja podnebnih tožb v horizontalnih razmerjih. Pred nacionalnimi sodišči posameznih držav so vložene tožbe zoper podjetja, s katerimi okoljevarstvena združenja ali (redkeje) posamezniki zahtevajo okolju prijaznejše ravnanje, v določenih primerih pa tudi odškodnino zaradi podnebnih sprememb, h katerim naj bi prispevali tudi konkretni deležniki. Čeprav instituti civilnega prava niso prilagojeni tovrstnim zahtevkom in so ustrežnejši mehanizmi za reševanje tovrstnih težav politične narave, ne gre zanemariti komplementarne funkcije civilnega prava v boju za okolju prijaznejše prakse in upočasnitev podnebnih sprememb.

## Literatura

- AVBELJ, Matej (ur.). *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Nova Gorica: Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, 2019.
- DACAR, Rok. Pot do sodne odgovornosti podjetij za podnebne spremembe. *Pravna praksa*, 2021, št. 47, str. 13.
- DAMJAN, Matija. Množični zahtevki zaradi posegov v zdravo življenjsko okolje. *Pravni letopis*, 2011, str. 243–270.
- ELIANTONIO, Mariolina. Collective Redress in Environmental Matters: a Role Model or a 'Problem Child'? *Legal Issues of Economic Integration*, 2014, 41(3), str. 257–273.
- FOULON, Julie. Recent developments in French environmental law: Recognition and implementation of ecological damage in French tort law. *Environmental Law Review*, 2019, vol. 21, issue 4, str. 309–317.
- GALIČ, Aleš, VLAHEK, Ana. Zakon o kolektivnih tožbah. *Pravosodni bilten*, 2/2018, str. 25–48.
- HALLER, Heiko, RISSE Jörg. Klimaschutzklagen und Streitverkündung gegen den Staat. *NJW*, 2021, str. 3500–3505.
- HINTERREGER, Monika. International and supranational systems of environmental liability in Europe. V: Hinterreger, M. (ur.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, str. 3–32.

- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina (ur.). *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- KELLERBAUER Manuel, KLAMERT, Marcus, TOMKIN, Jonathan (ur.). *The EU Treaties and The Charter of Fundamental Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- KOVIČ DINE, Maša. Podnebne sodbe nacionalnih sodišč. *Pravna praksa*, 2021, št. 20, str. 6–7.
- MARTIN, G. J. Ecosystem-based approach and restoration or compensation for ecological damage. *Vie et Milieu – Life and Environment*, 2020, 70 (3–4), str. 113–120.
- MOŽINA, Damjan. Nepremoženjska škoda zaradi posega v pravico do zdravega življenjskega okolja: odškodninska odgovornost države za cestni hrup. V: Možina, D. (ur.), *Odškodninska odgovornost države*. Ljubljana: GV Založba, 2015, str. 235–262.
- PLAUŠTAJNER METELKO, Katja. Podnebne spremembe pred nizozemskim sodiščem: zadeva Urgenda. *Pravna praksa*, 2020, št. 5, str. 14–15.
- PÖTTKER, Erik. *Klimahaftungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- SINDICO, Francesco, MBENGUE, Makane, MCKENZIE, Kathryn. Climate Change Litigation and the Individual: An Overview. V: Boele-Woelki, K. in dr. (ur.), *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XXème Congrès général de l'Académie internationale de droit comparé*. Springer, 2021, str. 675–691.
- ŠIFKOVIČ VRBICA, Senka. Varstvo okolja – od teorije k praksi (1. del). *Pravna praksa*, 2018, leto 37, št. 12/13, str. II–VII.
- TAYLOR, Simon. Extending the Frontiers of Tort Law: Liability for Ecological Harm in the French Civil Code. *Journal of European Tort Law*, 2018, vol. 9, no. 1, str. 81–103.
- VON BAR, Christian (ur.). *Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR)*. München: Sellier, 2009.
- WAGNER, Gerhard. Environmental Liability in European Private Law, 2011. Dostopno na: <<https://ssrn.com/abstract=1766114>> ali <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1766114>> (15. 11. 2022).
- WAGNER, Gerhard. Klimaschutz durch Gerichte. *NJW*, 2021, str. 2256–2263.
- WAGNER, Gerhard, ARNTZ, Arvid. Liability for Climate Damage under the German Law of Torts. V: Kahl, W., Weller, M. P. (ur.), *Climate Change Litigation: A Handbook*. München: Beck, 2021, str. 405–428.
- WEBER, Klaus (ur.). *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*. München: C. H. Beck, 2022.
- WELLER, Marc-Philippe, TRAN, Mai-Lan. Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?. *ZEuP*, 2021/29, str. 574–605.





# Vpliv spremembe tržnih cen na gospodarske pogodbe

# II.

MITJA KOVAČ

*Sprememba tržnih cen kot spremenjene okoliščine*

MIHA JUHART

*Sprememba cene v gradbeni pogodbi*



*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 347.447.63:338.5

# Sprememba tržnih cen kot spremenjene okoliščine

MITJA KOVAČ  
*doktor pravnih znanosti, LL.M.,  
redni profesor na Ekonomski fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Problematika spremenjenih okoliščin kot eden od mogočih vzrokov za razvezo ali spremembo pogodb spada med največje teoretične in praktične probleme sodobnega pogodbenega prava. To je problem spremenjenih okoliščin v pogodbah, ko zaradi nepredvidljivih okoliščin izpolnitev pogodb postane veliko bolj obremenjujoča, kot je bilo pričakovano, ali pa se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, ki nato ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank. Že vse od antičnih časov je bila problematika spremenjenih okoliščin predmet poglobljenih pravnih razprav, v zadnjem času pa je pritegnila tudi pozornost primerjalnopravne in ekonomske znanosti.<sup>1</sup> Poleg tega se pravna ureditev instituta spremenjenih okoliščin pogosto uporablja tudi kot primer ostre delitve med kontinentalnim in anglosaškim pravom.<sup>2</sup>

Vojna v Ukrajini in pandemija covid-19 sta bili v splošni javnosti prikazani kot nepričakovana in nepredvidljiva dogodka, ki sta vir stalnih negotovosti in tveganj. Eno takšnih tveganj, s katerim se srečujejo pogodbene stranke, je tudi učinek pandemije covid-19 in vojne v Ukrajini na spremembe tržnih cen. Pri tem se pojavi vprašanje, ali bi se te spremembe tržnih cen lahko štele za okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali pa se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe.

Ta prispevek se zato z namenom nekonvencionalne osvetlitve opisane problematike vključuje v obstoječo akademsko razpravo ter zajema glavne izsledke in regulatorne rešitve, ki jih lahko pravno-ekonomska znanost ponudi slovenski pravni znanosti, zakonodajalcu, sodni-

<sup>1</sup> Glej Smythe, str. 6.

<sup>2</sup> Glej Tallon, str. 327; Treitel, str. 265; Berman, str. 1413.

kom in oblikovalcem ekonomskih politik. Pri tem pa k obstoječi pravno-ekonomski literaturi<sup>3</sup> prispeva na naslednje tri načine. Prvič, prispeva k obsežni znanstveni razpravi o tem, ali naj se zaradi vojne v Ukrajini in pandemije covid-19 povzročene spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine in s tem za podlago za razvezo ali spremembo pogodb (doktrina *rebus sic stantibus*). Drugič, pri analizi vpliva sprememb tržnih cen ponuja predloge o mogočih pristopih k pogodbenim zahtevkom, ki se sklicujejo na določila instituta spremenjenih okoliščin. In tretjič, pri oblikovanju regulatornih ukrepov podaja najnovejša spoznanja behavioristične pravne ekonomije.

Uporabljena primerjalnopravna in pravno-ekonomska analiza v tem prispevku je tako pozitivna kot normativna.<sup>4</sup> Poleg tega metodologija sledi klasični primerjalnopravno-ekonomski analizi.<sup>5</sup> Ta klasični primerjalnopravno-ekonomski metodološki pristop je most med dejstvi in normativnimi sklepi, med ekonomsko teorijo in političnimi predlogi za izboljššan pravni sistem.<sup>6</sup> Ekonomska analiza prava oziroma pravna ekonomija (*law and economics, rechtseconomie*) je v zadnjih petdesetih letih postala ena najuspešnejših pravnih in raziskovalnih disciplin<sup>7</sup> s številnimi Nobelovimi nagradenci za ekonomijo (Coase, Williamson, North, Becker, Hart, Thaler), katere glavni cilj je z analizo spodbud, tveganj in transakcijskih stroškov najti čim boljša pravna pravila. Seveda je očitno, da lahko ima kriterij »dobrega« vsaj dve razsežnosti; eno glede na formulacijo in dikcijo ter drugo glede na samo vsebino pravnega pravila. Brez pretiravanja lahko rečemo, da se večina pravno-ekonomske znanosti ukvarja prav s to drugo, pri čemer želi ne glede na samo tehnično formulacijo ugotoviti, katera pravila imajo najbolj zaželene družbene učinke. Vendar ekonomska analiza prava ne glede na to vsebinsko osredotočanje zagotavlja tudi čisto konkretna priporočila za neposredno izboljšavo dikcije pravnih norm.<sup>8</sup> Ta zmožnost podajanja konkretnih priporočil izhaja iz mnogokrat spregledanega dejstva, da zakonodajalec, takrat ko ima na voljo alternativne rešitve (norme), običajno tehta med prednostni in slabostni predlaganih alternativnih rešitev (norm). Navkljub temu, da je takšno tehtanje pogosto izraženo z retoriko »pravičnosti« in »enakosti«, si ekonomska analiza prava prizadeva za definiranje teh prednosti in slabosti na veliko bolj artikuliran način.<sup>9</sup> Zato lahko navsezadnje tudi veliko natančneje razloži dejanske zakonodajalčeve rešitve in posledično tudi same zakonske norme.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Kovač (2018a), str. 344; Kovač (2018b), str. 288.

<sup>4</sup> Glej Shavell; De Geest; Posner; MacKaay.

<sup>5</sup> Mattei, str. 123; Bergh, str. 21.

<sup>6</sup> Mattei, str. 124; Bergh, str. 22.

<sup>7</sup> Glej Posner (1981, 1990, 2001, 2009, 2011); Towfigh.

<sup>8</sup> Glej De Geest (2001); Schäfer; Posner (2011); MacKaay; Cooter (2013).

<sup>9</sup> Ogus; Calabresi.

<sup>10</sup> De Geest (2009), str. 113; Cooter (2014).

Velja tudi poudariti, da je pravo v očeh pravnika-ekonomista ne samo sofisticiran mehanizem *ex post* razreševanja (preteklih) sporov, ampak predvsem dovršen sistem *ex ante* zagotavljanja primernih spodbud in motivov (*incentives*) za spreminjanje in/ali doseganje družbeno želenega obnašanja ljudi in preostalih pravnih subjektov. Pravni sistem je torej nabor pravnih pravil in sankcij, ki usmerjajo človekovo obnašanje v družbeno zaželeni smeri.

Poudariti velja tudi dve temeljni premisi tega prispevka. Prva je povezana z relevantnostjo znanstvenih izsledkov, druga pa s številom analiziranih tem. Ozko gledano ekonomska analiza prava namreč ni samostojna pravna doktrina, ampak predvsem metoda, katere cilj je oplemenitenje in izboljšanje dosedanje pravne znanosti ter vzpodbujanje nadaljnje poglobljene znanstvene razprave. Zato ta članek ob dodajanju nekaterih novih spoznanj predvsem povzema in sistematizira njene najbolj impozantne dosedanje izsledke.<sup>11</sup> Ti izsledki pa zajemajo tako tiste, o katerih je bilo doseženo soglasje, kakor tudi tiste, ki še danes razvnamajo znanstveni diskurz.<sup>12</sup> Zaradi dejstva, da so v sodobni svetovni literaturi objavljeni predvsem novi izsledki in dognanja, ne pa komentarji dosedanjih, velja poudariti, da ugotavljanje soglasja še zdaleč ni enostavno in enoznačno. Zato sistematizacija in povzetje izsledkov v tem članku ustrezata predvsem mojemu osebnemu pogledu na to, kakšni bi morali biti ti izsledki in dognanja. Druga pomembna premisa se nanaša na sam obseg tega prispevka, saj zaradi preobsežne materije ni mogoče zajeti celotnega področja najrazličnejših tveganj in negotovosti. Prispevek se zato posveča samo spremembam tržnih cen, preostale institute pa prepusti v nadaljnjo diskusijo in obravnavo.

Prispevek predstavlja pravno-ekonomsko analizo učinkov spremenjenih okoliščin. Na dveh sklopih temelječa analiza najprej predstavi glavne, več kot štiridesetletne izsledke pravno-ekonomske znanosti (kakor tudi spoznanja behavioristične pravne ekonomije) na področju doktrine spremenjenih okoliščin in potem na podlagi teh izsledkov podaja ekonomsko navdahnjen konceptualni okvir za analitično kategorizacijo najrazličnejših institutov spremenjenih okoliščin (odsek 2). Poleg tega ta del obravnava tudi vprašanje, ali bi se morale iz pandemije in ukrajinske vojne izhajajoče spremembe tržnih cen šteti za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi se lahko pogodbe razvezale ali spremenile. Drugi del nato podaja primerjalnopravno analizo angleškega, nemškega, ameriškega in francoskega pogodbenega prava (odsek 3). V tretjem delu pa sledi analiza trenutne ureditve in rešitev v slovenskem pravu (odsek 4). Na koncu je predstavljenih nekaj kratkih ugotovitev.

<sup>11</sup> Marciano; Leitzel; Bouckaert; Schäfer (2004).

<sup>12</sup> Kovač (2020), str. 445.

## 2. Sistematizacija in povzetje ugotovitev pravno-ekonomske znanosti s področja spremenjenih okoliščin

Ta del prispevka identificira in sistematizira nekaj najbolj presenetljivih temeljnih pravno-ekonomskih dognanj o institutu spremenjenih okoliščin, ki jih lahko ponudi pravno-ekonomska znanost in ki se na koncu uporabijo tudi kot enotna analitična osnova za primere spremenjenih okoliščin, ko se mora sodišče odločiti, ali je treba materializacijo določenega dogodka opredeliti kot spremenjeno okoliščino, na podlagi katere lahko pride do razveze ali spremembe pogodbene obveznosti, ali pa je treba pogodbo (obveznost) uveljaviti v izvorni obliki.<sup>13</sup>

### 2.1. Temeljni pogoji za aktivacijo instituta spremenjenih okoliščin

Večina pravno-ekonomske literature o spremenjenih okoliščinah hkrati analizira različne koncepte in pojme, kot so koncept »popolne nezmožnosti izpolnitve obveznosti« (*impossibility*), »komercialne/praktične neizvedljivosti izpolnitve obveznosti« (*commercial impracticability*) in »frustracije namena pogodbe« (*frustration of purpose*). Posner in Rosenfield v svojem znamenitem članku o popolni nemožnosti izpolnitve in spremenjenih okoliščinah ter s tem povezanih doktrinah v pogodbenem pravu predlagata, da bi moralo biti pravo vprašanje pri tem, ali lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe (oziroma njeno spremembo), v resnici vprašanje o tem, katera od pogodbenih strank naj prevzame tveganje povečanja stroškov izpolnitve.<sup>14</sup> Posner in Rosenfield tako predlagata, da bi bilo treba v primerih, ko pogodba sama izrecno ne določa, katera od strank prevzame tveganje materializacije spremenjenih okoliščin, to tveganje prenesti na superiornega nosilca tveganj (*superior risk bearer*).<sup>15</sup> Na primer, če je stranka, ki bi morala izpolniti pogodbo (dolžnik), hkrati tudi »superiorni nosilec tveganja«, potem je treba neizpolnitev pogodbene obveznosti obravnavati kot kršitev pogodbe, in če velja obratno, je treba dovoliti razveljavitev ali spremembo pogodbe. Številni drugi avtorji osredotočajo svojo analizo na razporeditev tveganj in dobrin ter trdijo, da je pri vprašanju spremenjenih okoliščin najpomembnejše oblikovanje učinkovitih pravnih sredstev za primere kršitev pogodb.<sup>16</sup> Ti so namreč ugotovili, da je odškodnina za pričakovanje

<sup>13</sup> Ta del povzema glavna spoznanja, objavljena v mojih predhodnih delih in analizah. Glej na primer Kovač (2013), str. 129; Kovač (2018a, 2018b).

<sup>14</sup> Posner (1977), str. 83. Glej tudi Givati; Gergen, str. 45; Joskow, str. 119; Goldberg, str. 137.

<sup>15</sup> Glej na primer Bruce, str. 311; Schäfer (2006), str. 327–376; Trebilcock, str. 130; Ott, str. 250–258; Roberts, str. 129–145; Eisenberg, str. 207; Camero, str. 3.

<sup>16</sup> Shavell (1980), str. 466; Polinsky, str. 427; Shavell (1984), str. 121; White, str. 353.

(*expectation damages*) tista, ki se najbolj približa Pareto učinkovitosti in je tako superiorna v primerjavi s pravilom ničelne odškodnine (tj. razveza ali sprememba pogodbe).<sup>17</sup>

Kljub izjemni pronicljivosti omenjenih spoznanj ta članek dodaja še nekatera nova in predlaga, da bi za sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin (doktrina *rebus sic stantibus*) poleg analize superiornega nosilca tveganj morali biti izpolnjeni naslednji predpogoji:

Prvič, če je pogodba aleatorna (aleatorne pogodbe), pri čemer je tveganje del same pogodbe, kar pomeni implicitni dogovor o razporeditvi tveganja, potem se mora takšna pogodba uveljaviti ne glede na to, kako nepredvidljive so bile takšne spremenjene okoliščine, kako so povečale stroške izpolnitve ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe.<sup>18</sup> Uveljavitev instituta spremenjenih okoliščin bi v takšnem primeru povzročila razrast moralnega hazarda in oportunističnega obnašanja med pogodbenimi strankami in na splošno v družbi.

Drugič, če je bilo samo tveganje izrecno dodeljeno s sporazumom strank ali z dobro uveljavljenimi pravnimi pravili eni od strank, potem kriterij maksimiranja blaginje zahteva uveljavitev takšne pogodbe. Če je vsebina pogodbe postala nezakonita, potem kriterij ekonomske učinkovitosti zahteva razvezo takšne pogodbe.<sup>19</sup>

Tretjič, če pogodbeni obveznost ni bila aleatorna in če tveganje ni bilo izrecno dodeljeno s pogodbenim dogovorom strank ali z dobro uveljavljenimi pravnimi pravili, potem se je treba vprašati in analizirati, ali je bilo to tveganje oziroma ali so bile spremenjene okoliščine predvidljive ali pa so bile nepredvidljive. Kriterij ekonomske učinkovitosti namreč zahteva, da mora biti takšna spremenjena okoliščina oziroma materializacija tveganja za uspešno sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin *ex ante* ob sklenitvi pogodbe nepredvidljiva (in s strani sodišča *ex post* preverljiva). Ta članek definira nepredvidljivo okoliščino kot okoliščino, ki je sicer *ex post* preverljiva, pri kateri pa so *ex ante* stroški predhodne kognitivne obdelave/procesiranja takšne okoliščine presegli *ex ante* pričakovane koristi od izrecne pogodbene alokacije takšnega tveganja oziroma spremenjene okoliščine (*processing trade-off*).<sup>20</sup> Takšno procesno

<sup>17</sup> Glej Sykes, str. 43; Triantis, str. 450; Kull, str. 4; Fried, str. 59–73; Perloff, str. 121.

<sup>18</sup> Če je pogodba aleatorna, pri čemer je tveganje uničujočih izgub ali povečanih stroškov izpolnitve del same pogodbe, pogodbeni stranki dejansko stavita na prihodnjo materializacijo tveganj in zato ne bi smeli imeti nobenega opravičila za neizpolnitev svoje obveznosti. Razveza pogodbe bi v takšnih primerih ustvarila spodbude za moralni hazard in oportunistično obnašanje strank (ki pomeni vir neučinkovitosti in neposredno zmanjšuje družbeno blaginjo).

<sup>19</sup> V takih okoliščinah sta namreč analiza in iskanje superiornega nosilca tveganj brezpredmetna, saj se je stranka sama izrecno zavezala oziroma je izrecno sprejela takšno tveganje, ki ga mora zato v skladu s kriterijem ekonomske učinkovitosti potem tudi prevzeti. To pa tudi pomeni, da uporaba instituta spremenjenih okoliščin v takšnih primerih ni zaželeno (v nasprotnem primeru se odpira Pandorina skrinjica moralnega hazarda in oportunizma). Glej na primer Posner (1977).

<sup>20</sup> Zato uporaba optimalnega pravila zahteva, da mora biti zadevno tveganje nepredvidljivo, kadar predhodni stroški pogodbene obdelave/opisovanja takšnega tveganja presegajo pričakovane koristi procesiranja obdelave za primere

oziroma kognitivno ravnotežje namreč sugerira, da je določene okoliščine *ex ante* v resnici učinkovito zanemariti (oziroma jih pogodbeno ne nasloviti), saj pričakovane koristi takšnega pogodbenega naslavljanja in procesiranja zaradi nizke verjetnosti njihove materializacije ne upravičijo stroškov njihovega kognitivnega procesiranja (in pogodbenega alociranja). Novost predlaganega koncepta je tako v ugotavljanju fenomena naraščajočih mejnih stroškov zagotavljanja in procesiranja oddaljenih nepredvidenih dogodkov kakor tudi učinka diskontiranja nizke verjetnosti na koristi procesiranja takšnih dogodkov ter ustreznega določanja praga za naknadno identifikacijo o tem, katera tveganja/okoliščine bi se morale šteti kot predvidljive in katere ne. Nekdo bi lahko na primer trdil, da se pogodbene stranke zaradi problema nepopolnih informacij *ex ante* niso zavedale možnosti materializacije nekaterih oddaljenih tveganj, saj se na primer morda niso zavedale možnosti izbruha vojne v Ukrajini ali svetovne pandemije covid-19 in posledične rasti tržnih cen.<sup>21</sup> Prav tako bi lahko nekdo trdil, da čeprav so se stranke nekje v ozadju svojih misli in kognitivnih procesov sicer zavedale možnosti takšnega nepredvidenega dogodka, *ex ante* diskontirane koristi v primerjavi s stroški obdelave/procesiranja takšnih dogodkov z vidika racionalnega obnašanja stroškovno preprosto ne upravičujejo izrecnega pogodbenega določila, ki bi obravnaval takšno tveganje (previsoki stroški opisa, procesiranja in pogajanja – alokacije tveganj za primere takšnih okoliščin).

Z drugimi besedami, pogodbene stranke, ki se predhodno srečujejo s tem kompromisom pri procesiranju takšnih dogodkov, se preprosto racionalno odločijo, da ne bodo posebej pogodbeno predvidele kaj storiti (kaj se zgodi s pogodbenimi obveznostmi) v primerih materializacije takšnih nepredvidenih okoliščin. Seveda pa se zunanjim opazovalcem in sodiščem lahko takšna odločitev *ex post* po tem, ko že pride do materializacije takšne okoliščine, ki povzroči nesluten in izjemno velik dvig dolžnikovih stroškov izpolnitve, zariše kot popolnoma neracionalna odločitev. Predstavljeni koncept tako omogoča dodaten pogled oziroma dodatno razlago, zakaj je v resnici nekatere dogodke treba *ex post* obravnavati kot *ex ante* nepredvidljive okoliščine. Povedano drugače, zaradi vse bolj negotovega pojavljanja najbolj nejasnih dogodkov imajo stranke vse manj izkušenj pri srečevanju s temi dogodki in zagotavljanju teh dogodkov, zato se stroški procesiranja (informacije, pogodbeno določila, izračuni, pogajanja itd.) povečujejo za vsako dodatno pogodbeno določilo. Približevanje neskončni negotovosti dogodka tako po definiciji povečuje stroške vsakega dodatnega pogodbenega določila, s katerim bi pogodbene stranke poizkušale zajeti takšne vse bolj oddaljene in vse manj verjetne okoliščine. Z drugimi besedami, pri samem sklepanju pogodb mora tako obstajati točka, na kateri dodatna pogajanja, obdelava, procesiranje, izračunavanja in priprava pogodbenih dolo-

takšnega nepredvidljivega dogodka. Glej Kovač (2022), str. 7.

<sup>21</sup> Čeprav se to morda zdi zelo malo verjetno, lahko povprečno izobražen človek srednje starosti prav vse dogodke tako ali drugače obravnava kot predvidljive.

čil in pogojev za vse mogoče nepredvidene situacije nimajo več smisla. Vsi takšni dogodki bi potem v sodni presoji morali spadati v kategorijo *ex post* nepredvidljivih okoliščin.

Četrtrič, če so izpolnjeni vsi predhodni predpogoji (v točno tem vrstnem redu), je nadaljnji pogoj ta, da nobena od strank očitno ni bila superiorni nosilec tveganja. Namreč če je bilo tveganje mogoče preprečiti ali zavarovati, potem maksimiranje blaginje zahteva preložitve tega bremena na stranko, ki je v boljšem položaju, da prepreči, da bi se tveganje uresničilo (po nižji ceni kot druga stranka), ali ki je v boljšem položaju, da se zavaruje za primere takšnih nepredvidljivih okoliščin in tveganj (stranka, ki se lahko ceneje ali učinkoviteje zavaruje).<sup>22</sup>

Petič, eksogenost dogodka (eksogena nepredvidljivost) je treba obravnavati kot nujen predpogoj za delovanje instituta spremenjenih okoliščin. Če je zadevni nepredviden dogodek nastal po krivdi ene pogodbene stranke (ali bi ga lahko ta preprečila) in tako ni bil eksogen, potem tudi ni prostora za implementacijo, uporabo instituta nepredvidenih okoliščin in potencialno razvezo pogodbe.<sup>23</sup> Pogoj eksogenosti namreč zagotavlja, da odločitve o stopnji previdnosti (preprečevanju) in omilitvi posledic materializacije določenih dogodkov niso izkrivljene, pogodbenim strankam pa daje spodbudo, da omejijo svoje, na zaupanju temelječe pogodbene investicije zanašanja (tj. *reliance investments*) in s tem odvrtačajo oportunistem in moralni hazard.

Izpolnjevanje predstavljenih pogojev za sklicevanje na institut spremenjenih okoliščin se uporablja za preprečevanje in odvrtačanje moralnega hazarda in oportunistizma, spodbuja optimalno zanašanje, daje spodbude za optimalno ublažitev in preprečitev škode, dosega optimalno razporeditev tveganja ter znižuje transakcijske stroške. A vendar so omenjeni predpogoji samo prvi del potrebne analize, ali bi moralo priti do razveze pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin. Namreč vsi ti pogoji morajo biti izpolnjeni, da lahko potem preidemo na druge dele analize, usmerjene na gibanje samih izpolnitvenih stroškov pogodbene obveznosti.

## 2.2. Zmerno povečanje izpolnitvenih stroškov

Za primer si predstavljajte pogodbo, v kateri se dolжник strinja, da bo upniku dobavil določeno število enot specializiranega blaga ali storitev. Neto vrednost pogodbe za upnika je razlika med njegovo vrednostjo izpolnitve in ceno, ki jo mora plačati, medtem ko je neto korist za dolžnika razlika med pogodbeno ceno (plačilom, ki ga dobi ob izpolnitvi pogodbene obveznosti) in njegovimi stroški izpolnitve te pogodbene obveznosti. Takšna struktura pogodbe tudi predpostavlja, da vrednost izpolnitve presega pogodbeno ceno, ta cena pa presega stroške

<sup>22</sup> Določena pogodbeni stranka je v takšnem superiornem položaju, kadar ima prek samo- ali tržnega zavarovanja nižje stroške ocenjevanja tveganja in transakcijskih stroškov, kot pa jih ima druga pogodbeni stranka; glej Posner (1977).

<sup>23</sup> Wagner, str. 55.

pogodbene izpolnitve. Tako lahko tudi domnevamo, da se dolžnik in upnik pogajata o pogodbi, ki je Pareto učinkovita.<sup>24</sup> Takšna, ekonomsko učinkovita pogodba bi od dolžnika zahtevala izpolnitev, če in samo če stroški izpolnitve ne bi bili večji od vrednosti pogodbene izpolnitve. Ob vsem tem zdaj predpostavimo, da neki nepredvidljivi dogodek povzroči dvig stroškov izpolnitve za tolikšen obseg, da ti stroški presegajo pogodbeno ceno, medtem ko vrednost izpolnitve ostane nespremenjena, a je še vedno nad novimi stroški izpolnitve. Z ekonomskega vidika je takšna pogodba še vedno učinkovita in jo je zato treba spoštovati ter uveljaviti.<sup>25</sup> Dolžnik mora v takšnem primeru ali izpolniti pogodbeno obveznost ali pa prekršiti pogodbo ter plačati pričakovano odškodnino. Stranke morajo pri tem upoštevati, kdaj postane kršitev pogodbe učinkovita ali kdaj izpolnitev postane neučinkovita glede na njihovo oceno pričakovane odškodnine.<sup>26</sup> Zato v primerih spremenjenih okoliščin, katerih posledica je samo rahlo povečanje stroškov izpolnitve, sodišča tudi v primerih, ko so bile takšne okoliščine nepredvidljive, eksogene, ko pogodba ni bila aleatorna, tveganje ni bilo eksplicitno dodeljeno s pogodbenimi določili in ni mogoče najti superiornega nosilca tveganj, ne bi smela odobriti nobene razveljavitve ali spremembe pogodbe in bi morala takšne pogodbe preprosto uveljaviti.

### 2.3. Izrazito draga pogodbeni izpolnitev – pretirani stroški izpolnitve

Razpravo nadaljujemo s situacijo, ko spremenjena okoliščina povzroči izjemno rast stroškov izpolnitve. Za ponazoritev takšne situacije predpostavimo, da neto vrednost izpolnitve pogodbene obveznosti po realizaciji spremenjene okoliščine ostane nespremenjena, vendar ta isti dogodek zdaj tako močno poveča stroške izpolnitve, da ti presegajo neto vrednost same pogodbene izpolnitve. V takih okoliščinah se ekonomsko gledano pogodba ne bi smela izpolniti, saj stroški izpolnitve presegajo neto vrednosti izpolnitve in bi vsaka takšna izpolnitev pomenila alokacijsko neučinkovitost (nepotrebno izgubo dobrin in resursov). V skladu s klasično ekonomsko analizo prava bi bilo treba takšno pogodbo ali izpolniti ali pa bi moral dolžnik v skladu s teorijo učinkovite kršitve kršiti pogodbo in upniku plačati pričakovano odškodnino.<sup>27</sup> Drugače kot klasična literatura ta članek argumentira, da je v takšnih okoliščinah razveza pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin, ki sočasno z enormnim povišanjem stroškov izpolnitve povečajo tudi vrednost izpolnitve obveznosti (na primer hiperinflacija), veliko učinkovitejše in zaželeno pravno sredstvo, kot pa je brezpogojna uveljavitev pogodb. Takšna rešitev, tj. razveza

<sup>24</sup> Glej Ogus, str. 27; Leitzel, str. 4–7.

<sup>25</sup> V takšnih primerih se torej stranki nista upravičeni sklicevati na institut spremenjenih okoliščin in posledično tudi nista upravičeni zahtevati razveljavitve pogodbe.

<sup>26</sup> Odškodnina za pričakovanje zagotavlja spodbude strankam, da izpolnijo pogodbo samo takrat, kadar je takšna izpolnitev ekonomsko učinkovita. Glej Shavell (1980); Mahoney.

<sup>27</sup> O teoriji učinkovite kršitve pogodbene obveznosti glej Leitzel, str. 33; Ogus, str. 205; MacKaay, str. 403; Schäfer (2004), str. 329; Shavell (2004), str. 304.

pogodbe, namreč ekonomsko gledano pomeni »delitev tveganj« med dolžnikom in upnikom (*risk-sharing*). Takšna delitev tveganj ekonomsko gledano tudi pomeni, da tako upnik kot dolžnik izgubita oziroma ne dosežeta *ex ante* pričakovanega pogodbenega dobička.

Klasična pravno-ekonomska teorija nadalje sugerira, da če določen pravni sistem ne pozna izpolnitve v naravi, potem lahko dolžnik v skladu s »teorijo učinkovite kršitve« enostavno prekrši pogodbo (jo preneha izpolnjevati) in pač upniku plača pričakovano odškodnino.<sup>28</sup> V skladu s klasično argumentacijo bi tako dolžnik v sorazmerju s svojim začetnim pričakovanjem imel izgubo v višini razlike med vrednostjo in stroški izpolnitve. Takšen znesek pa bi tudi dejansko pomenil mejo dolžnikove izpostavljenosti tveganju. Vendar si lahko predstavljamo situacijo hiperinflacije, pri kateri se zaradi spremenjene okoliščine povešajo stroški izpolnitve, hkrati pa se povečajo tudi koristi izpolnitve (ki pa še vedno ne presega stroškov izpolnitve). V takšnih primerih pa postane ekonomska analiza veliko bolj zapletena in argumentacija v prid razveze pogodbe precej tehtnejša. Za ponazoritev si predstavljamo okoliščino (na primer hiperinflacijo), ki ne vpliva samo na dolžnikove stroške izpolnitve, ampak povzroči tudi izjemno veliko spremembo v tržnih cenah, ki povzroči tudi rast upnikove vrednosti izpolnitve. V takšnih okoliščinah se ekonomsko gledano hkrati zaradi instituta (in odgovornosti) pričakovane odškodnine poveča tudi dolžnikova izpostavljenost tveganju (povečanje višine tveganja). Dolžnik namreč zdaj sam prevzame celotno tveganje povečanih stroškov izpolnitve,<sup>29</sup> upnik pa z gotovostjo pridobi svojo pogodbeno korist.<sup>30</sup> Trimarchi tako prepričljivo argumentira, da dolžnik v takem primeru ne deluje le kot zavarovalec obljubljenega začetnega pričakovanja, ampak tudi kot zavarovalec upnikovih nepredvidljivih koristi, do katerih upnik *ex ante* ni bil pogodbeno upravičen niti jih ni pričakoval.<sup>31</sup> Ekonomsko načelo učinkovitega zavarovanja preprosto ne upravičuje, da bi dolžniku naložili prenos denarja ali kakšne druge koristi na upnika in bi mu s tem omogočili pridobitev neutemeljenega in neupravičenega dobička (*windfall gain*).<sup>32</sup> V takšnih okoliščinah je zato razveza pogodbe ekonomsko gledano najučinkovitejše pravno sredstvo.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Glej Barton, str. 277; Diamond (1980), str. 165; Diamond (1981), str. 19; Shavell (2004), str. 19.

<sup>29</sup> Sykes navaja, da pravno sredstvo odškodnine za pričakovano škodo ne uspe doseči ene od izjemno pomembnih značilnosti takšne pogodbe, in sicer ne zagotavlja delitve tveganj med pogodbenima strankama.

<sup>30</sup> Ki je enaka razliki med povečano vrednostjo (koristi) pogodbe in pogodbeno ceno.

<sup>31</sup> Trimarchi, str. 69.

<sup>32</sup> Prav tam.

<sup>33</sup> Še več, izsledki vedenjske ekonomije in vedenjskih eksperimentov kažejo, da teorija učinkovite pogodbene kršitve ni v skladu z ugotovitvami eksperimentalne ekonomije (tj. ugotovljeno je bilo neskladje med hipotezo o učinkoviti kršitvi in kognitivnim dojetjem pogodb s strani ljudi). Glej Lewinsohn-Zamir, str. 151; Bernstein str. 1724; Macaulay, str. 55.

Takšna pridobitev neupravičenega dobička je lahko dejavnik, ki ga stranke *ex ante* lahko upoštevajo pri predhodni oceni tveganj sklepanja pogodb. A vendar racionalne pogodbene stranke najverjetneje ne namenjajo svojega časa razmišljanju o morebitnem nepredvidljivem izidu, saj so lahko stroški informacij za oceno takšnega scenarija pretirani in verjetno špekulativni.

Pogodbeni stranki lahko predvidevata možnost, da bo pogodba privedla do nepričakovanega izida za eno od strank, ali vsaj predvidevata spremenjene okoliščine v tržnih vrednostih, ki jih stranke lahko ocenijo. V nekaterih primerih se pogodbe sklenejo posebej za razporeditev/delitev/alokacijo tveganja za eno ali obe pogodbeni stranki ali se sklenejo zaradi špekulacije o prihodnji vrednosti izpolnitve. To lahko povzroči zaplete pri opcijskih pogodbah, ki so v resnici mehanizem, ki se uporablja za razpršitev/delitev tveganj med sofisticiranimi deležniki na trgu.<sup>34</sup> Sodišča bi morala biti še posebej previdna pri uporabi doktrine in instituta spremenjenih okoliščin pri takšnih vrstah pogodb, ki specifično predvidevajo določeno mero negotovosti in zelo določno specifikirajo razporeditev tveganja med strankama v zvezi s takšnimi negotovostmi.

## 2.4. Nesmiselnost namena pogodbe (frustracija namena, *frustration of purpose*)

Predpostavimo, da se po sklenitvi pogodbe uresniči nepredvidljiva okoliščina, ki povzroči močan padec obljubljenе vrednosti izpolnitve, tako da je zdaj vrednost takšne izpolnitve za upnika enaka nič (ali zelo blizu – namen pogodbe postane za upnika nesmiseln), medtem ko pogodbena cena in stroški izpolnitve ostanejo nespremenjeni. V tem primeru je izpolnitev za dolžnika seveda povsem mogoča, saj ni bilo nikakršnega povečanja stroškov izpolnitve, medtem ko za upnika takšna izpolnitev postane povsem brezpredmetna, nesmiselna (vrednost takšne izpolnitve je enaka nič ali blizu takšne ničelne vrednosti). Ekonomsko gledano samo dejstvo, da je izpolnitev za upnika izgubila pomen, vrednost ali preprosto postala manj vredna, ne bi smelo pomeniti nobenega opravičila za upnikovo obveznost izpolnitve njegovega dela pogodbene obveznosti. V takšnih primerih bi torej bila uporaba instituta spremenjenih okoliščin škodljiva in ekonomsko neupravičena, saj bi vodila do popolnega razpada predvidljivosti in stabilnosti pogodbenih izmenjav in bi s tem tudi ogrozila delovanje celotnega tržnega sistema. V takšnih primerih mora veljati spoštovanje pogodbenih zavez (*pacta sunt servanda*), upnik pa mora ali izpolniti svojo pogodbeno obveznost ali jo prekršiti in prevzeti

<sup>34</sup> Dobavitelji se tako lahko pogodbeno obvežejo, da bodo upoštevali tržne razlike ali kako lahko podjetje z neznanimi prihodnjimi potrebami po vložkih sklene pogodbo za možnost nakupa vložkov v prihodnosti po določeni ceni, ki je lahko neizogibno drugačna od dnevne cene (na primer nakup goriva s strani letalskih družb – *fuel hedging*). Te pogodbe so zasnovane posebej za razporeditev tveganj na eno ali pa tudi v točno določenih razmerjih deljeno med obe pogodbeni stranki.

posledice takšne kršitve svoje pogodbene obveznosti.<sup>35</sup> Razveza pogodbe bi v takšnih okoliščinah povzročila nesluten razrast moralnega hazarda, ustvarila bi spodbude za oportunistično vedenje, suboptimalno sklepanje pogodb, suboptimalno zagotavljanje previdnostnih ukrepov za blažitev ali preprečevanje nastanka škode, nesluteno bi povečala transakcijske stroške in bi dodelila tveganja na pogodbeno stranko, ki ni superiorni nosilec tveganj, in s tem povzročila nepotrebna tveganja ter neposredne in posredne stroške prevzemanja takšnih tveganj.

Edina mogoča izjema, na katero lahko pomislimo pri takšni situaciji nesmiselnosti pogodbenega namena, bi lahko bil primer, ko bi ena stranka delovala tudi kot zavarovalec upnikovega nepričakovanega dobička (*windfall gain*). Na primer lahko se zgodi, da se po dolžnikovi kršitvi pogodbe upnik pogaja z drugo stranko, pri čemer uporabi isti izpolnitveni predmet kot v prejšnji pogodbi. Upnik bi tako pridobil del celotne koristi od posla, ki se verjetno ne bi veliko razlikoval od tistega, kar bi pridobil po prvotni pogodbi, s čimer bi pridobil dvakratni dobiček. Upnik bi tako pridobil odškodnino zaradi neizpolnitve prvotnega posla, hkrati pa še dodaten dobiček, ki bi ga pridobil s to drugo, »nadomestno« pogodbo, ki bi jo sklenil z drugo stranko. Pri tem bi dolžnikovo »zavarovanje« začetnega pričakovanja dalo upniku »neupravičen« (dvojni) dobiček. Le v teh redkih primerih bi načela ekonomske učinkovitosti sugerirala razvezo takšne neučinkovite pogodbene obveznosti.

## 2.5. Sočasno izrazito povečanje stroškov in koristi izpolnitve

Nazadnje še predpostavimo, da so se zaradi naknadne nepričakovane okoliščine izrazito povečali tako stroški kot vrednost same izpolnitve. Pri tem se je vrednost izpolnitve tako povečala, da presega tudi te izrazito povečane stroške izpolnitve (medtem ko pogodbeni cena ostaja nespremenjena). Čeprav je takšna popolnoma nepričakovana okoliščina povzročila izrazito povečanje stroškov izpolnitve, se je upnikova vrednost izpolnitve povečala še za večjo magnitudo kot sami izpolnitveni stroški, tako da je ekonomsko gledano izpolnitev takšne pogodbe še vedno upravičena (ekonomsko učinkovita). Vendar se v takšnih primerih postavi vprašanje, katera od pogodbenih strank naj potem prevzame materializacijo takšnih tveganj, ki so izjemno povečali izpolnitvene stroške. Ali bi moral v takšnih primerih vse uničujoče izpolnitvene stroške kriti dolžnik in pri tem delovati kot *de facto* zavarovalec upnikovih nepričakovanih, izjemnih ter nepredvidljivih koristi? Ali pa naj dolžnik enostavno krši svojo pogodbeno obvez-

<sup>35</sup> V nasprotju s prej obravnavano problematiko pretirano obremenjujoče izpolnitve je zdaj upnik tisti, ki prevzame tveganje nepredvidljivih okoliščin in ki deluje kot *de facto* zavarovalec dolžnika. Glavna razlika pa je v tem, da zavaruje le dolžnikovo začetno pričakovanje in ne kot prej tudi njegovih nepričakovanih dobičkov. Upnik tako zdaj prevzame tveganje, ki ga ni mogoče preprečiti, za katerega pa je bil »nagrajen« z *ex ante* popustom na ceno, pri čemer ekonomska načela zavarovanja upravičijo takšno alokacijo tveganja.

nost (in s tem plača izjemno visoko odškodnino) ali pa je razveza ali sprememba pogodbe s strani tretje osebe (sodišče) boljše in učinkovitejše pravno sredstvo?<sup>36</sup>

Analitično gledano je dolžnik zaradi dejstva, da nova vrednost presega celo nove izpolnitvene stroške, ujet med »prekletstvo pogodbe« (izpolnitev pogodbene obveznosti) in/ali plačilo »pričakovane odškodnine« upniku. Dolžnik mora namreč izpolniti pogodbo in ima zaradi izjemnega povečanja teh izpolnitvenih stroškov uničujoče izgube ali pa plačati še večjo pričakovano odškodnino upniku.<sup>37</sup> To pomeni, da dolžnik zdaj navkljub temu, da takšne alokacije tveganj *ex ante* ni nikoli sprejel, prevzame celotno tveganje povečanih stroškov izvedbe, upnik pa z gotovostjo prejme celotno pogodbeno korist. Dolžnik tako ne deluje le kot *de facto* zavarovalec upnikovega prvotnega pričakovanja, temveč tudi kot zavarovalec njegovih nepričakovanih dobičkov. Poleg tega pa dejstvo, da se dolžnik nikakor ne more izogniti uničujočim izgubam, pomeni tudi zelo veliko verjetnost bankrota takšnega dolžnika. Nastali finančni šok škoduje dolžnikovemu načrtovanju in organizaciji, kar pomeni, da ne gre za igro ničelne, nevtralne vsote (in preprosto nevtralno redistribucijo, ko so izgube za eno stranko enake dobičkom druge stranke), ampak se uničenje vrednosti ne izravna z nobenim ustreznim dodatnim dobičkom (koristjo) na strani upnika. V takih primerih imajo racionalne stranke, ki niso naklonjene tveganju, raje medsebojno deljenje tveganj in takšna delitev tveganj je ekonomsko gledano tudi najoptimalnejša rešitev za materializacijo uničujočih spremenjenih okoliščin in tveganj (*risk-sharing*). Tudi v klasični ekonomski teoriji pogosto zagovarjan koncept, da dolžnik za takšno prevzemanje tveganja in posledično *de facto* zavarovanje upnikovih pričakovanih koristi prejme nadomestilo v obliki *ex ante* zavarovalne premije (tj. zvišanje pogodbene cene, ki vključuje tudi premijo za prevzemanje teh tveganj), ne more vzdržati kritične ekonomske presoje. Namreč ekonomsko načelo prevzemanja tveganja in zavarovanja zahteva *ex ante* poznavanje verjetnosti materializacije takšnega dogodka in višine nastale škode.<sup>38</sup> V takšnih okoliščinah je razveza pogodbe, ki je v resnici mehanizem delitve tveganj (*risk-sharing mechanism*), ekonomsko gledano najoptimalnejše pravno sredstvo za ravnanje v takšnih nepredvidljivih spremenjenih okoliščinah.

A vendar bi lahko nekdo tudi argumentiral, da razveza takšne pogodbe hkrati tudi pomeni izgubo določene vrednosti transakcije, ki bi nastala z izpolnitvijo takšne pogodbe. Seveda je pozitivne učinke, vrednost takšne transakcije, nato še vedno mogoče doseči, saj se lahko iste

<sup>36</sup> Če je bila okoliščina posledica dolžnikove krivde ali če je bilo to tveganje alocirano na eno od pogodbenih strank s samimi pogodbeni določili ali pravnimi pravili ali če je bil dolžnik superiorni nosilec tveganj, potem seveda razveza takšne obveznosti ni upravičena.

<sup>37</sup> Nova vrednost izpolnitve zdaj presega tudi nove izrazito povečane stroške izpolnitve. Ta znesek pa je v resnici razlika med novo vrednostjo izpolnitve in *ex ante* dogovorjeno pogodbeno ceno.

<sup>38</sup> Poleg tega Sykes in Goldberg poudarita, da upnik v takšnem primeru izgubi spodbude za ublažitev škode in da lahko tudi zaradi takšne alokacije tveganj ustvarimo spodbude za njegovo prekomerno investiranje v pričakovani pogodbeni podjem – prekomerno zanašanje; Sykes, str. 63; Goldberg (2015), str. 138.

(ali tudi druge) stranke po razvezi takšne obveznosti še vedno prosto pogajajo in dogovorijo (pod drugačnimi pogoji) za izvedbo takšne transakcije.<sup>39</sup> Takšna *ex post* ponovna pogajanja lahko obema stranema omogočijo pridobitev koristi iz takšne transakcije ob hkratni rešitvi problema izgubljenih družbenih koristi od takšne transakcije (in kjer bi institut učinkovite kršitve pogodbe vodil do neoptimalnih družbenih rezultatov).

## 2.6. Povzetek ekonomskih pogledov na spremembo tržnih cen in institut spremenjenih okoliščin

Na podlagi povedanega lahko ugotovimo, da spoznanja pravno-ekonomske znanosti sugerirajo izjemno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Razveza pogodb zaradi spremenjenih okoliščin naj bi se ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporabila res v zelo, zelo izjemnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija, pri čemer bi ta dosegala (ali presegala 200 odstotkov).

Razveza pogodbe bi torej bila priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj, pri tem pa bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu (in ki so hodile v srednjo šolo, kjer so slišale o inflaciji v naši polpretekli zgodovini ali pa o dvigu cen nafte na podlagi različnih vojn, ekonomskih kriz in podobno), ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati).

## 3. Primerjalnopravni pregled ureditve instituta spremenjenih okoliščin

Ta del prispevka identificira in na podlagi primerjalnopravne analize sistematizira nekaj najpomembnejših spoznanj, ki jih ponuja ameriška, angleška, nemška in francoska jurisprudenca

<sup>39</sup> Glej tudi Trimarchi, str. 75.

pri vprašanju uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin, ko se mora sodišče odločiti, ali je treba materializacijo določenega dogodka opredeliti kot spremenjeno okoliščino, na podlagi katere lahko pride do razveze ali spremembe pogodbene obveznosti, ali pa je treba pogodbo (obveznost) uveljaviti v izvorni obliki.

### 3.1. Spremenjene okoliščine v angleškem in ameriškem pogodbenem pravu

Angleško običajno pravo deluje s tako imenovanim konceptom frustracije namena, ki nastane, ko pogodbenih obveznosti ni več mogoče izpolniti zaradi nepredvidljivih okoliščin, na katere nobena od strank ne more vplivati.<sup>40</sup> Institut frustracije pogodbenega namena na splošno deluje na izpolnitev pogodbe, kadar po sklenitvi pogodbe dogodek povzroči, da je izpolnitev pogodbe nemogoča,<sup>41</sup> nezakonita ali nekaj izrazito drugačnega od tistega, o čemer so stranke razmišljale ob sklenitvi pogodbenega razmerja.<sup>42</sup>

Poleg tega angleško pogodbeno pravo izhaja iz tega, da je odgovornost za neizpolnitev pogodbenih obveznosti striktna. Razen v primerih osebnih storitev bo neizpolnitev obljubljenega v pogodbi pomenila kršitev pogodbe in povod za odškodninski zahtevek.<sup>43</sup> Angleško običajno pravo, vsaj praviloma, ni razvilo doktrine razveze ali prilagoditve pogodbe v primerih le pretirano obremenjujočega izpolnjevanja.<sup>44</sup>

Pronicljiva ocena angleške sodne prakse razkriva, da angleška sodišča ne razlikujejo vedno ostro med obremenjevanjem in nezmožnostjo.<sup>45</sup> Občasno je mogoče najti izjave v primerih, kot na primer v zadevi *Horlock proti Bealu*, ko je lord Loreburn dejal, da je »izpolnitev te pogodbe postala nemogoča, kar pomeni neizvedljiva v komercialnem smislu«.<sup>46</sup> Stone in dr. poudarjajo, da nemogoča izvedba zajema tudi pojem »komercialne nezmožnosti«.<sup>47</sup> V sodbi *Davis Contractors Ltd proti Fareham UDC*<sup>48</sup> je na primer sodišče jasno navedlo, da le bolj obremenjujoča izpolnitev ne bi smela biti razlog za olajšavo in da v tem primeru to ni bilo poslovno nemogoče, saj so lahko Davis Contractors izpolnili svojo pogodbeno obveznost za samo 23 odstotkov nad pogodbeno ceno. Bistvo njihove trditve je bilo, da je zanje postalo

<sup>40</sup> Burrows (2016a), str. 731; McDermott, str. 1003; McKendrick (2014), str. 7.

<sup>41</sup> Treitel, str. 63.

<sup>42</sup> Burrows (2016b), str. 164; McKendrick (2016), str. 849. Glej tudi Upex (2004), str. 256; Beatson, str. 530; Perrilo, str. 5.

<sup>43</sup> Swadling, str. 3.

<sup>44</sup> Glej na primer Smits, str. 205; Smith (2005), str. 187. Glej tudi Stone in dr., str. 481.

<sup>45</sup> Glej Treitel, str. 64.

<sup>46</sup> *Horlock v. Beal* (1916) 1 A.C. 486, 499.

<sup>47</sup> Stone in dr., str. 486.

<sup>48</sup> 1 *Davis Contractors Ltd v Fareham UDC* 956 AC 696.

poslovno neugodno izpolniti pogodbo po dogovorjeni ceni. Vendar taka le »težja izpolnitev« in ne »prekomerno obremenjujoča izpolnitev« ni priznana kot podlaga za uveljavitev instituta frustracije pogodbenega namena in posledične razveze pogodbe.<sup>49</sup>

Angleško pravo na splošno zahteva tudi izpolnjevanje več predpogojev, potrebnih za sprožitev uporabe instituta frustracije namena. To pomeni, da je stranka oproščena svojih pogodbenih obveznosti, če je frustrirajoči dogodek eksogen, nepredvidljiv, nastane brez krivde strank in onemogoča nadaljnje izpolnjevanje.<sup>50</sup>

Prvič, tradicionalno splošno pravilo je, da dogodek običajno ne more pomeniti frustracije, če je zajet v sami pogodbi.<sup>51</sup> Če pogodba izrecno določa zadevni dogodek, bo pogodba tista, ki bo urejala vpliv, ki ga bo ta dogodek imel na obveznosti iz pogodbe, in ne doktrina frustracije.<sup>52</sup>

Drugič, dogodka ni mogoče obravnavati kot frustrirajočega, če je bil le-ta tisti, ki je bil predviden ali predvidljiv v trenutku sklenitve pogodbe in torej v okviru premišljevanja strank.<sup>53</sup> Tako stranka ne more obravnavati tveganja, ki bi ga bilo mogoče predvideti in proti kateremu bi lahko bila oblikovana rezervacija, kot frustrirajoči dogodek.<sup>54</sup> Vendar je treba poudariti, da ima angleška sodna praksa, kot poudarja McKendrick, očitno težavo s to formulo, in sicer ima težavo z ugotavljanjem, kaj je in kaj ni predvidljivo v trenutku sklenitve pogodbe.<sup>55</sup> Bell trdi, da se doktrina frustracije uporablja, kadar ne bi bilo razumno pričakovati, da bodo stranke sprejele posebne določbe za tveganje ali da bi ga obravnavale kot običajno tveganje, ki so ga pričakovale.<sup>56</sup> Vendar McKendrick trdi, da je vprašanje, kako predvidljiv mora biti dogodek, preden prepreči zanašanje na doktrino frustracije, vprašanje stopnje, magnitude takšne nepredvidljivosti.<sup>57</sup> Po drugi strani Beatson trdi, da gre le za vprašanje konstrukcije in interpretacije same pogodbe.<sup>58</sup> Poleg tega se včasih predlaga, da mora biti zadevni dogodek nepredviden ali nepričakovan, da bi prišlo do frustracije.<sup>59</sup> V zadevi *McGuill proti Aer Lingus & United Airlines* je J. McWilliam govoril o nepričakovanem dogodku in menil, da če je

<sup>49</sup> Stone in dr., str. 486.

<sup>50</sup> Bell, str. 208. Glej tudi Whincup.

<sup>51</sup> McDermott, str. 1021.

<sup>52</sup> McKendrick (2016), str. 860.

<sup>53</sup> Hall.

<sup>54</sup> Treitel, str. 466.

<sup>55</sup> McKendrick (2016), str. 862.

<sup>56</sup> Bell, str. 208.

<sup>57</sup> McKendrick to ponazori s primerom potresa, ki je predvidljiv, saj se vsi zavedamo, da se lahko zgodi. Toda v nekaterih delih sveta so bolj predvidljivi kot v drugih, McKendrick (2016), str. 862.

<sup>58</sup> Beatson, str. 548.

<sup>59</sup> McDermott, str. 1020.

stranka pričakovala ali bi morala predvideti možnost dogodka, se ji ne bi smelo dovoliti, da se zanaša na dogodek.<sup>60</sup>

Vendar je lord Denning MR v *Ocean Tramp Tankers Corp proti V/O Sovfrach* presenetljivo predlagal, da zahteva, da dogodek ne bi smel biti predviden, dejansko pomeni, da stranke ne bi smele predvideti tega v pogodbi, in navedel: »Pogosto je bilo rečeno, da doktrina frustracije velja le, če je nova situacija 'nepredvidena' ali 'nepričakovana' ali 'nepredstavljiva', kot da je to bistvena značilnost. Ampak ni. Ne gre toliko za to, da je 'nepričakovano', temveč za to, da stranki tega ne bi smeli predvideti v svoji pogodbi.«<sup>61</sup>

Tretjič, sodna praksa tudi trdno zagovarja stališče, da se stranka ne sme sklicevati na dogodek, ki bi motil pogodbo, če je le-ta posledica njenega lastnega ravnanja ali ravnanja tistih, za katere je odgovorna (samopovzročena).<sup>62</sup> Za vložitev pritožbe na frustracijo je bistveno, da je dogodek zunaj nadzora katerekoli od pogodbenih strank brez kakršne koli krivde (pri tem pa bi zadostovala tudi samo malomarnost).<sup>63</sup>

Četrtič, v skladu z angleško zakonodajo mora biti frustrirajoči dogodek takšen, da se izpolnitev bistveno razlikuje od tiste, ki jo je določala pogodba.<sup>64</sup> Čeprav kot se strinjajo komentatorji, samo dejstvo, da izpolnitev pogodbe postane le bolj obremenjujoča, ne zadošča, še zdaleč ni jasno, ali bi pretirano obremenjujoča izvedba lahko štela za »nekaj radikalno drugačnega«.<sup>65</sup>

V zadnjem času pa je še več jasnosti v razumevanje in aplikacijo angleške doktrine frustracije namena prinesla sodba angleškega višjega sodišča v zadevi *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd proti Evropski agenciji za zdravila*.<sup>66</sup> Nedavni pravni spor, ki vključuje EU in zasebno britansko podjetje, bi lahko osvetlil, kako bi lahko bila videti prihodnja razlaga pogodbe brez posebne klavzule o brexitu. Primer vključuje najem nepremičnine s strani Evropske agencije za zdravila (v nadaljevanju: EMA) od Canary Wharf Ltd. Sodba višjega sodišča v zadevi *Canary Wharf* opredeljuje najverjetnejšo razlago nepredvidljivega značaja brexita. Pogodbene stranke, ki niso neposredno sklenile pogodbe zaradi nepredvidljivega dogodka, lahko namreč še vedno navedejo, kako bi pogodbene stranke ravnale glede na to, da je nekaj motilo pogodbo. Stranke bi lahko na primer določile, kaj bi se zgodilo, če bi se zgodili nekateri drugi dogodki, kot je

<sup>60</sup> Prav tam.

<sup>61</sup> It has frequently been said that the doctrine of frustration only applies when the new situation is 'unforeseen' or 'unexpected' or 'uncontemplated,' as if that were the essential feature. But it is not. It is not so much that it is 'unexpected,' but rather that the parties should have made no provision for it in their contract; (1964) 1 All ER 161.

<sup>62</sup> Treitel, str. 682. Glej tudi McKendrick (2016), str. 866; Beatson, str. 550; Smith, str. 186; Whincup, str. 266.

<sup>63</sup> McDermott, str. 1024. Glej tudi Bell, str. 209.

<sup>64</sup> Lord Radcliffe, David Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C. (1965) AC 696, 729.

<sup>65</sup> Treitel, str. 244.

<sup>66</sup> [2019] EWHC 335 (Ch) (Canary Wharf).

dodelitev najema v primeru, da najemnik ne bi več potreboval nepremičnine ali bi želel še naprej uporabljati zakupljeno nepremičnino.

Ta pristop pogodbene razlage je tisto, na kar opozarja sodnik Marcus Smith v svoji sodbi v korist Canary Wharf Ltd., pri čemer ugotavlja, da najem ni bil onemogočen zaradi brexita. Po mnenju sodnika Marcusa Smitha je »neprostovoljni odhod agencije EMA s sedeža v prostorih zaradi okoliščin, ki so zunaj njenega (ali dejansko Evropske unije) nadzora, nekaj, kar je bilo izrecno določeno s klavzulo 4.21.1(c) njihove najemne pogodbe«. Možnost agencije EMA, da pod kakršnimikoli okoliščinami zapusti prostore, je bila tako izrecno določena s pogodbo in višje sodišče se je pri svoji odločitvi opiralo na te izrecne določbe.

Še več, v dveh nedavnih sodbah, in sicer v primeru *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-Uk Ltd (2021) EWHC 1013* in v primeru *Spice Jet 2022*, je sodišče presodilo, da izbruh pandemije covid-19 ni zadosten razlog za uporabo instituta frustracije namena (spremenjenih okoliščin) in zato tudi ne more priti do razveze pogodb.

Po drugi strani je bila ameriška doktrina komercialne nepraktičnosti (ekvivalent našega instituta spremenjenih okoliščin) utemeljena v zadevi *American Mineral Park Land Co. proti Hovardu* o komercialni neizvedljivosti, v kateri je bila, kot se splošno pripisuje, izrečena sodobna ameriška doktrina komercialne neizvedljivosti. V tem primeru se je ena od razsežnosti razvoja prava osredotočila na pomen izraza »nezmožnost«, ki opozarja na vprašanje, ali je mogoče merilo fizične nezmožnosti izpeljati tudi iz vmesnih dogodkov, ki so naredili uspešnost pretirano obremenjujočo. V tej pomembni odločitvi je bil pomen izraza »nezmožnost« razširjen, da bi vključeval tudi pojem, kaj je komercialno neizvedljivo. V tej odločbi, v kateri je bilo dejansko uporabljeno načelo iz prejšnje zadeve *Moss proti Smithu*, je sodišče ugotovilo, da je izjemno povečanje stroškov pridobivanja gramoza upravičilo toženčevo neizpolnitev. Čeprav kot poudarjajo komentatorji, izvedba očitno ni bila dobesedno nemogoča (pravzaprav ni bila niti »subjektivno« nemogoča), je bila dovolj drugačna od tistega, kar sta obe stranki v času sklenitve pogodbe predvidevali kot »neizvedljivo«. Sodišče je v sodbi navedlo, da je stvar »nemogoča v pravni kontemplaciji, kadar ni izvedljiva; in stvar je neizvedljiva, če jo je mogoče narediti samo s pretirano in nerazumno ceno [...], kjer je razlika v stroških tako velika kot tukaj in ima učinek, kot je bilo ugotovljeno, da je delovanje neizvedljivo, situacija ni drugačna od tiste popolne odsotnosti zemlje in gramoza.«

Ta odločitev je zdaj tudi splošno priznana kot sodoben temelj doktrine neizvedljivosti in je pogosto združena z izjemami običajnega prava od splošnega pravila, da nemožnost ali neizvedljivost ne opravičuje uspešnosti. Od takrat je bilo rešenih veliko primerov v zvezi z zakupom mineralnih surovin iz različnih razlogov. Kot poudarja Corbin, je izvedba lahko tako težka in draga, da je opisana kot »neizvedljiva«, izvršba pa se lahko zavrne zaradi nemožnosti. Nadalje, kot poudarja, se bi v običajnem pravu uporabljali izrazi, kot so fizična nezmožnost, pravna

nezmožnost, neizvedljivost, subjektivna in objektivna nezmožnost, osebna nezmožnost, povečana težavnost in frustracija predmeta – vsi so različni pojmi, pri čemer tudi veljavna pravila niso enotna.

Zelo povedno pa ameriška sodišča skoraj nikoli ne uveljavijo instituta spremenjenih okoliščin samo zaradi spremembe tržnih cen. Takšna sprememba mora biti v skladu z ameriško sodno prakso izjemna (več kot 190-odstotni dvig cen) ali v primerih hiperinflacije.<sup>67</sup> Še več, ameriška sodišča so dosledno zavračala uveljavitev doktrine spremenjenih okoliščin v primerih, ko so se cene povišale za 70 odstotkov.<sup>68</sup>

### 3.2. Spremenjene okoliščine v nemškem in francoskem pogodbenem pravu

V francoskem pravu se je učinek nepredvidljivih okoliščin na obstoječa pogodbeni razmerja tradicionalno obravnaval z doktrino višje sile.<sup>69</sup> To tradicionalno stališče francoskega civilnega prava je bilo jasno in je povzročilo jasno delitev: bilo je vse ali nič. Francosko civilno pravo ni dovoljevalo razveze ali prilagoditve pogodbe, ki postane pretirano obremenjujoča.<sup>70</sup> Pogodbo je bilo treba izpolniti ne glede na to, kako zahtevno je postalo njeno izvajanje. Civilna sodna praksa je v nasprotju z upravnim zavračala teorijo *imprévision*; sodniku je zavrnila pooblastilo za revizijo ali razveljavitev pogodbe, tudi če je le-ta postala uničujoča za eno od strank.<sup>71</sup> Sodišča niso mogla nadomestiti »dejanskega dogovora«, ki so ga izrazile stranke, z »domnevnim dogovorom« in nobeno »pravično nadomestilo« sodiščem ni dovolilo, da bi spremenila pogodbo.<sup>72</sup> Temu togemu pristopu smo sledili vse do leta 2016,<sup>73</sup> čeprav je mogoče nekatere zadnje odločitve razlagati, kot da so sodišča ravnala v skladu s tretjo alinejo 1134. člena in 1135. členom C. Civ.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Glej *Seaboard Lumber Co.* 308 F.3d; *Soletanche Rodio Nicholson* 8JV), 94-1 BCA (CCH); *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, 291 (1916).

<sup>68</sup> *Gulf & W. Indus. Inc.*, ASBCA No. 21090; *Iowa Elec. Light & Power v. Atlas Corp.*, 467 F. Supp. 129, 140; *Short Bros., PLC v. United States*, 65 Fed. Cl. 695, 785 (2005); *Am. Trading & Prod. Corp. V. Shell Int'l Marine Ltd.*, 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972); *Spindler Constr. Corp.*, 2006 ASBCA LEXIS 66; *Publicker Indus. Inc. V. Union Carbide Corp.*, 17 U.C.C. Rep. Serv. 989 8E.D. Pa. 1975.

<sup>69</sup> David.

<sup>70</sup> Glej na primer *De Lamberterie*; Beale in dr., str. 629.

<sup>71</sup> Beale in dr., str. 629.

<sup>72</sup> Gordley, str. 1044.

<sup>73</sup> Glej *Cass. Comm.*, 18. 12. 1979, *Bull. civ. IV*, 329.

<sup>74</sup> Beale, Hartkamp, Kötz in Tallon, opomba 42, str. 629.

Pod vtisom mednarodne uspešnosti določb o nepredvidenih izrednih razmerah so številni francoski pravniki dolgo trdili, da je treba odpraviti odločbo v Canal de Craponne<sup>75</sup> in poznejšo sodno prakso.<sup>76</sup> Ti poskusi reform so se pravzaprav začeli pred več kot sto leti in so se v zadnjih 15 letih močno okrepili. Nazadnje je bilo 11. 2. 2016 francosko obligacijsko pravo, kot ga izraža francoski civilni zakonik, po 200 letih dokončno posodobljeno in revidirani oddelek je začel veljati 1. 10. 2016.<sup>77</sup> Francoska sodna praksa je ob priznavanju zastarelih načel in resne nepopolnosti zakonika ponudila tudi niz argumentov, ki podpirajo to dolgo pričakovano posodobitev francoskega civilnega zakonika.<sup>78</sup>

Poleg tega je francoska sodna praksa spoznala, da je vpliv zakonika v tujini močno upadel.<sup>79</sup> Prav tako je bilo francosko pogodbeno pravo zaznano kot manj privlačno kot na primer angleško običajno pravo kot veljavno pravo izbire v mednarodnih gospodarskih pogodbah.<sup>80</sup> Dojeli so ga kot manj komercialnega in za neugodno primerjavo glede ukrepov, kot sta pragmatizem in spodbujanje transakcijske gotovosti.<sup>81</sup> Zato je bila nedavna posodobitev civilnega zakonika namenjena temu, da bi postal bolj konkurenčen v globalizirajočem se svetu in postal privlačnejši za mednarodna podjetja kot zakoni nekaterih držav običajnega prava.<sup>82</sup>

Novi zakonik vsebuje tudi novost o nepredvidenih dogodkih, ki jo najdemo v 1195. členu novega Civilnega zakonika. Ta člen daje sodišču široka pooblastila za prilagoditev pogodbe, ko se je zaradi nepredvidenih okoliščin kupčija neupravičeno podražila.<sup>83</sup>

Tako 1195. člen odstopa od prejšnjega francoskega pristopa in obrne znamenito odločitev Canal de Craponne:

»(1) Če je zaradi nepredvidenega pogoja, ki je bil ob sklenitvi pogodbe nepredvidljiv, izpolnitev pretirano obremenjujoča za stranko, ki ni prevzela tveganja takšne spremembe, lahko ta stranka od druge pogodbene stranke zahteva, da se o pogodbi ponovno pogaja. Prva stranka mora še naprej izpolnjevati svoje obveznosti med ponovnimi pogajanjem.

<sup>75</sup> Civ. 6 Mar. 1876, Canal de Craponne, DP 1976.1.193.

<sup>76</sup> Glej na primer Philippe.

<sup>77</sup> Ordonance no 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF no 0035, februar 2016.

<sup>78</sup> Solene.

<sup>79</sup> Prav tam.

<sup>80</sup> Van Loock.

<sup>81</sup> Prav tam.

<sup>82</sup> Solene.

<sup>83</sup> New Code Civil, Article 1195, Chapter IV, The Effects of Contracts, Section 1, The Effects of Contracts between the Parties, Sub-section 1.

(2) V primeru zavrnitve ali neuspeha ponovnih pogajanj se lahko stranki dogovorita za odpoved pogodbe z dnem in pod pogoji, ki jih določita, ali pa sporazumno zahtevata od sodišča, da se loti njene prilagoditve. Če dogovora v razumnem roku ni, lahko sodišče na zahtevo stranke spremeni pogodbo ali jo odpove od dneva in pod pogoji, ki jih določi.«<sup>84</sup>

Sprememba je temeljna, saj je bilo prejšnje načelo nevmešavanje sodnika v pogodbo. Od 1. 10. 2016 lahko sodnik posega v pogodbo, podpisano po tem datumu. Dejansko se lahko od 1. 10. 2016 pogodba spremeni ali odpove zaradi nepredvidenih okoliščin, zaradi katerih je za eno stranko pretežno izpolnjevanje njenih obveznosti. Stranke, ki se o tem ne morejo dogovoriti, lahko zdaj od sodnika zahtevajo prilagoditev ali odpoved pogodbe.

Po drugi strani splošno izhodišče nemškega prava ostaja isto, kot je bilo v celotnem dvajsetem stoletju: pogodbene stranke imajo pravico zahtevati izpolnitev svojih obveznosti *in specie*. Vendar je poleg nezmožnosti izpolnitve ena najpomembnejših izjem primer spremenjenih okoliščin, ki so po reviziji BGB našle nov zakonski dom v 313. členu BGB pod naslovom *Störung der Geschäftsgrundlage*.<sup>85</sup> Motnja temeljev posla (*Störung der Geschäftsgrundlage*) vključuje obliko motenj, ki jo koncept običajnega prava opisuje kot onemogočen namen; nezmožnost zaradi nepredvidenih dogodkov uresničiti primarni namen ene ali obeh strani; situacije, ko postane strogo in dobesedno nemogoče izvesti obljubljeni izvedbo, pa tudi celotno področje prej opisanih primerov, ko je obljubljena izvedba še vedno mogoča, vendar je zaradi nekaterih nepričakovanih nepredvidenih okoliščin postala komercialno neizvedljiva – pretirano obremenjujoča; končno vključuje tudi primere napak v osnovnih predpostavkah.<sup>86</sup>

Toda kmalu po uveljavitvi BGB je izbruhnila prva svetovna vojna in nemška sodišča so se vse pogostejše ukvarjala s primeri nepredvidenih situacij, in ker jih je zakonodajalec pustil brez delujočega instrumenta, so morala sama poiskati pravično rešitev. Kot sta poudarila Zweigert in Kötz, sta se sprva držala besed BGB in razglasila izvedbo »nemogoče« v smislu 275. člena BGB, tudi ko je izvedba postala le ekonomsko nemogoča.

Po prvi svetovni vojni so gospodarske posledice mirovne pogodbe povzročile najprej hiperinflacijo v dvajsetih letih prejšnjega stoletja in nato deflacijo pod vodstvom Američanov v tridesetih letih prejšnjega stoletja. Te katastrofalne posledice so sledile izredno hitro, kar se je v svetovni zgodovini zgodilo prvič. Po prvi svetovni vojni je nemško gospodarstvo dejansko uničila hiperinflacija (propad nemške marke) skoraj neverjetnega obsega. Ti katastrofalni dogodki so, kot poudarjajo Markesinis, Unberath in Johnston, zahtevali zakonodajno posredovanje, vendar problemov ni bilo mogoče enostavno rešiti in so sodišča sčasoma začela sama

<sup>84</sup> Prav tam.

<sup>85</sup> Zimmermann (2005), str. 43.

<sup>86</sup> Glej Markesinis in dr. (2006), str. 320; Markesinis in dr. (1997); Larenz; Köhler, str. 295.

ukrepati, saj zakonodajalci niso mogli ali niso hoteli ukrepati.<sup>87</sup> Težave so morali reševati na pragmatičen način, vendar so potrebovali teorijo, s katero bi utemeljili svoje delo. Nemška sodišča so nato opustila strog koncept zavezujoče sile pogodbe in na koncu odločila, da lahko olajšajo gospodarske stiske, kot posledico načela dobre vere, ki ga najdemo tudi v nemškem civilnem zakoniku (BGB).<sup>88</sup>

Nemški pravni pisци so kmalu izdelali splošno teorijo, ki je bila podlaga za odločitve sodišč o problemu spremenjenih okoliščin. Najpomembnejši od teh je bil profesor Paul Oertmann, ki je razvil doktrino *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (izginotje podlage pogodbe).<sup>89</sup> Njegova teorija, ki je dejansko preoblikovala in izboljšala Windscheidovo doktrino, se je pojavila ravno takrat, ko naj bi inflacija vzletela in vstopila v svojo zadnjo in najbolj smrtonosno fazo. V skladu s to teorijo je osnova transakcije domneva ene strani, ki je postala očitna drugi strani, pri čemer je privolila, da so določene okoliščine, ki jih štejejo za pomembne, obstoječe ali pa se bodo zgodile, čeprav ta predpostavka ni bila izražena v njihovih izjavah, ki so si jih izmenjali ob sklenitvi pogodbe.<sup>90</sup> Čeprav kot ugotavljajo avtorji, Oertmannova teorija ni popolna, saj recimo vzbuja resne pomisleke in je neuporabna ravno v najpomembnejših primerih, ko stranke ob sklenitvi pogodbe ne morejo razumno predvideti naknadne spremembe okoliščin, je kljub temu vsekakor izboljšava predhodne Windscheidove teorije.<sup>91</sup> Oertmannova zasnova *Geschäftsgrundlage*, na katero se gleda kot na emanacijo klavzule o »dobri veri«, je dejansko doživela takojšen uspeh in je postala standardni pristop v veliko odločbah, v katerih so nemška sodišča uporabila to teorijo in odločila, da pri plačilu dolgov zaradi hiperinflacije ni več treba sprejeti zakonitega plačilnega sredstva (*de facto* razveza dolžnikove izpolnitvene obveznosti), saj noben dolжник ne bi mogel *ex ante* v dobri veri dati takšne uničujoče ponudbe.<sup>92</sup>

Po drugi svetovni vojni so se nemška sodišča znova znašla v težavah, takrat pa v težavah brez primere (popolno uničenje države, milijoni brezdomcev, uničena podjetja itd.), in zaradi takšne katastrofe so se sodišča nujno morala ukvarjati z vplivom spremenjenih okoliščin. Zakonodajalec je sodiščem spet zelo malo pomagal in Lorenzov pregled primerov, o katerih so nemška sodišča odločala po letu 1945, razkriva, da so sodišča še naprej uporabljala liberalno različico Oertmannove doktrine o propadu osnove transakcij (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).<sup>93</sup> Ker pa se je sodna praksa razvijala, bi lahko sodišče v primeru pretirano obremenjujoče izpolnitve

<sup>87</sup> Markesinis in dr. (2006), str. 86.

<sup>88</sup> Prav tam.

<sup>89</sup> Zweigert, str. 519. Glej tudi Schmitz.

<sup>90</sup> Oertman, str. 37.

<sup>91</sup> Glej Markesinis in dr. (2006), str. 320; Markesinis in dr. (1997).

<sup>92</sup> Larenz, str. 295; Köhler, str. 295.

<sup>93</sup> Prav tam.

bodisi odpovedalo pogodbo bodisi jo prilagodilo, da bi nepredvideno breme pravično porazdelilo med stranke.

Tako je 1. 1. 2002 začela veljati najobsežnejša reforma nemškega BGB in je preoblikovala velike dele nemškega obligacijskega prava. Z »*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*« je bila doktrina *Wegfall der Geschäftsgrundlage* sprejeta v BGB in je zdaj kodificirana v skladu s par. 313 BGB *Störung des Geschäftsgrundlage* – Motnje temeljev transakcije – spremenjene okoliščine, v skladu s katerimi se lahko prvotna pogodba prilagodi novim okoliščinam, razdre ali pa se zahteva njena izpolnitev.<sup>94</sup> Člen 313 BGB določa:

»(1) Če so se okoliščine, ki so postale temelj pogodbe, po sklenitvi pogodbe resno spremenile in če pogodbeni stranki pogodbe ne bi sklenili ali bi jo sklenili z drugačno vsebino, če bi to spremembo predvideli, potem se lahko zahteva prilagoditev pogodbe, v kolikor ni mogoče pričakovati spoštovanja nespremenjene pogodbe od ene stranke ob upoštevanju vseh okoliščin posameznega primera in zlasti pogodbene ali zakonske delitve tveganja.

(2) Enakovredno je spremembi okoliščin, če se izkaže, da so bistvene predpostavke, ki so bile temelj pogodbe, postale napačne.

(3) Če prilagoditev pogodbe ni mogoča ali je od stranke ni mogoče pričakovati, lahko prikrajsana stranka odstopi od pogodbe. Pri dolgoročnih obligacijskih razmerjih pravica do odpovedi z odpovednim rokom nadomesti pravico do odstopa.«<sup>95</sup>

Ta določba, ki zagotavlja vseobsegajočo zakonsko podlago za doktrino o spremenjenih okoliščinah, poskuša zajeti osnovna načela doktrine, kot so jo razvili akademiki in uporabljajo sodišča, na abstrakten, a prilagodljiv način. Poleg tega sta nemožnost in komercialna neizvedljivost (prekomerno obremenjujoča izvedba) zajeti v 275. členu BGB, nezakonitost izvedbe pa v 134. členu BGB. Še več, 275. člen I BGB se uporablja za vse vrste nemožnosti: za objektivno nezmožnost (ko nihče ne more opraviti), subjektivno nezmožnost (določen zavezanec ne more opraviti), začetno nezmožnost, naknadno nezmožnost, delno nezmožnost in popolno nezmožnost. Vendar če pustimo ob strani vse doktrinarne spore, je treba opozoriti, da novi 275. člen (2) BGB zajema tudi spremembe v ravnotežju pod naslovom nemožnosti, če pa se povečajo stroški uspešnosti in temu ustrezno poveča zanimanje za uspešnost, zavezanec ni oproščen na podlagi novega 275. člena (2) BGB in mora zahtevati morebitno oprostitev po novem par. 313 BGB. Kot poudarja Zimmermann, je ta določba zasnovana tako, da upošteva tisto, kar je bilo poimenovano kot »praktična nezmožnost« (*faktische Unmöglichkeit*), v nasprotju z »ekonomsko nezmožnostjo« (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), zato se napor, potreben za izvedbo, meri proti interesu upnika za izpolnitev.<sup>96</sup> Čeprav preučevanje doktrinarnih vprašanj

<sup>94</sup> Zimmermann (2002).

<sup>95</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts of 26 of November 2001, BGBI I, 3138 ff.

<sup>96</sup> Zimmermann (2005), str. 43.

presega obseg razmišljanja tega poglavja, je treba opozoriti, da je, kot poudarja Backhaus, razmerje med 275. členom (2) BGB in 313. členom BGB precej nejasno in sporno.<sup>97</sup>

Na koncu je treba opozoriti, da je 313. člen BGB odprt in potrjuje uvedbo doktrine v nemško pravo ter pooblašča sodišča, da posežejo in spremenijo pogodbene pogoje, kadar menijo, da je to potrebno zaradi spremenjenih okoliščin in posledične odprave motenj temeljev pogodbe. V zvezi z vprašanjem pravnih posledic oziroma s tem, ali je taka »pokvarjena« pogodba razveljavljena ali prilagojena, je treba opozoriti, da je v skladu s 313. členom III BGB najprej potrebna prilagoditev pogodbe in le če taka operacija zapolnjevanja vrzeli ni mogoča, se pogodba lahko odpove.<sup>98</sup> Poleg tega ne gre zanemariti, da *pacta sunt servanda* še vedno velja kot splošno pravilo in da je treba naknadno spremembo pogojev pogodbe omejiti na skrajne primere, ko ni mogoče razumno zahtevati, da ena stranka prevzame tveganje naknadne spremembe dogodkov.

Pregled nemške sodne prakse razkrije podobno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin kot v angleškem, francoskem in ameriškem pravu. V primeru BGH NJW 1977, 2262 je sodišče potrdilo, da na primer povečanje stroškov izgradnje hiše za 60.000 DM še ne zadostuje za uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Omeniti je treba znameniti primer dviga cen nafte med iransko vojno, pri čemer je sodišče nedvoumno ugotovilo, da je bilo že pred samim izbruhom vojne junija 1973 jasno, da se lahko cene nafte izrazito povišajo, in da je toženec zato sam odgovoren za zmanjšanje lastnih izgub. Sodišče je tudi potrdilo, da je sprememba pogodbe zaradi spremembe okoliščin, v katerih je bila pogodba podpisana, upravičena le za dolgoročne pogodbe. Zadevna pogodba je bila omejena na eno leto in naj bi potekla dva meseca in pol po tem, ko je tožena stranka prenehala dobavo.

V novejši sodni praksi je sodišče ob izbruhu pandemije covid-19 še enkrat potrdilo, da tudi v primeru pandemije ni splošne uporabe 313. člena BGB (na primer pri komercialnih najemih). Vzpostavitev uporabe instituta izjemnih okoliščin je tako po mnenju sodišča mogoča samo s sprejetjem posebne zakonodaje. Nemčija je tako sprejela poseben zakon (Störung der Geschäftsgrundlage wegen Covid-19 im Gewerbemietrecht und Auswirkungen auf die Immobilienfinanzierung)<sup>99</sup> za nadaljnje skrajšanje postopka odpusta preostalega dolga in pri-

<sup>97</sup> Backhaus.

<sup>98</sup> Markesinis in dr. (2006), str. 324.

<sup>99</sup> »Zakon za nadaljnjo skrajšanje postopka odpusta preostalega dolga in prilagoditev predpisov, povezanih s pandemijo, v pravu družb, zadrug, združenjih in ustanovah ter v najemnem in patentnem pravu« – Bundestag Drucksache 19/ 25251. Gre za spremembo prejšnjega zakona z dne 27. 3. 2020 za omilitev posledic pandemije covid-19 v civilnem, insolvenčnem in kazenskoprocesnem pravu. Novela zakona je začela veljati 31. 12. 2020 in prinaša dve večji spremembi: Po eni strani je kot del tako imenovane motnje pogodbene podlage (par. 313 BGB) zasidrana pravna domneva, da odloki o zaprtju, povezani s korono, povzročijo resno spremembo pogodbene podlage med najemnikom in s tem odpirajo možnosti za prilagoditev pogodbe. Po drugi strani pa bosta za sodne postopke o prilagoditvah naje-

lagoditev predpisov, povezanih s pandemijo, v pravu družb, zadrug, združenjih in ustanovah ter v najemnem in patentnem pravu. Nato pa je Zvezno sodišče (Bundesgerichtshof) v svoji presenetljivi sodbi z dne 12. 1. 2022 tudi prvič odločilo, ali lahko izbruh pandemije covid-19 štejeemo za upravičen razlog instituta spremenjenih okoliščin.<sup>100</sup> Sodišče je tako odločilo, da vprašanje o tem, ali je najemnik upravičen do prilagoditve najemnine v skladu s 313. členom BGB v primeru odredbe o zaprtju, povezanem s pandemijo, je in ostaja vprašanje vsakega posameznega primera in da splošna in široka uporaba 313. člena BGB ne pride v poštev. Sicer pa je Zvezno sodišče odločilo, da odredba o zaprtju države ne vodi do napake na najetem premoženju oziroma do izključitve obveznosti plačila najemnine zaradi nezmožnosti/spremenjenih okoliščin. Rzsodba BGH tudi pojasnjuje, da državni sklep o zaprtju, povezan s pandemijo, načeloma ne upravičuje neplačila najemnine niti ne izključuje najemodajčevega zahtevka za plačilo najemnine zaradi nezmožnosti izpolnitve. Poleg tega Zvezno sodišče postavlja visoke zahteve glede nerazumnosti, ki se zahteva za najemnika v okviru 313. člena (1) BGB. Še več, čeprav se Zvezno sodišče v sodbi o višini ustreznega znižanja najemnine ne poglobi v podrobnosti, iz obrazložitve sodbe izhaja, da bo pazilo tudi na izjemen značaj 313. člena (1) BGB in najemnikom ne bo dalo pretiranih znižanj najemnine v primeru pandemije povezanih državnih znižanj najemnin, sklepov o zaprtju ali celo nižjih omejitev. Na koncu velja omeniti še sedanjo visoko inflacijo in tudi tu je nemška sodna praksa zelo jasna, do splošne uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin lahko pride samo v primeru hiperinflacije.

---

mnin, povezanih s covid-19, veljala prednostna zahteva in zahteva po pospešitvi. V zvezi z novo pravno domnevo, ki v mnogih primerih odpira področje uporabe par. 313 BGB, je priporočljiva previdnost, saj ne nadomešča individualne obravnave, potrebne za konkretne rezultate.

V obrazložitvi zakona (Bundestag Drucksache 19/25322) zakonodajalec prav tako pojasnjuje, da z omejitvijo začasne odpovedi, uvedeno spomladi 2020, ni želel posegati niti v najemno pravo niti v splošno zakonodajo o neizpolnjevanju obveznosti. Enako velja za spremembo zakona. Oba zakona na primer ne določata, ali ukrepi za zaprtje, ki jih je naložila država, pomenijo pomanjkljivost v smislu 535. člena nemškega civilnega zakonika.

<sup>100</sup> Sodba BGH se je nanašala na tekstilni diskont na Saškem, ki je moral začasno zapreti svojo trgovino zaradi splošnega odloka državnega prava za zajezeitev pandemije covid-19. Medtem ko je najemodajalec zahteval tudi plačilo celotnega zneska najemnine za to obdobje, je najemnik zahtevke za plačilo v celoti zavrnil in se skliceval na pomanjkljivost najete nepremičnine v skladu s oddelkom 536 (1) BGB, oprostitev pravice do plačila najemnine v skladu s členom 326 (5), 275 BGB zaradi nezmožnosti kot tudi zaradi motenj poslovne osnove v skladu s členom 313, odstavek 1 BGB. Na prvi stopnji je deželno sodišče v Chemnitzu obravnavalo zadevo in najemniku naložilo plačilo celotne najemnine. V pritožbenem postopku je višje deželno sodišče v Dresdnu razveljavilo sodbo deželnega sodišča v Chemnitzu, najemnika obsodilo le na plačilo 50 odstotkov najemnine in zavrnilo preostali del zahtevka za plačilo najemnine. Dresdensko višje deželno sodišče se je sklicevalo na člen 313 (1) BGB, ki po mnenju sodišča upravičuje (pavšalno) znižanje najemnine za 50 odstotkov, saj nobena od pogodbenih strank ni povzročila pandemije ali je predvidela. BGH je zdaj temu nasprotoval: Takšna splošna uporaba par. 313, odst. 1 BGB je zakonsko napačna.

## 4. Diskusija in trenutna ureditev v slovenskem pravu

Predhodna primerjalnopravna in pravno-ekonomska analiza sugerira izjemno restriktivno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Tako na primer analiza ameriškega prava pokaže, da ameriška sodišča skoraj nikoli ne uveljavijo instituta spremenjenih okoliščin samo zaradi spremembe tržnih cen.<sup>101</sup> Takšna sprememba mora biti v skladu z ameriško sodno prakso izjemna (več kot 190-odstotni dvig cen) ali v primerih hiperinflacije.<sup>102</sup> Ameriška sodišča so tako dosledno zavračala uveljavitev doktrine spremenjenih okoliščin v primerih, ko so se cene povišale za 100 odstotkov.<sup>103</sup> Iz vseh analiz tudi jasno izhaja, da naj bi se splošni institut razveze pogodb zaradi spremenjenih okoliščin ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporabil res v zelo, zelo izjemnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Splošna razveza pogodbe je v skladu s pravno-ekonomskimi načeli priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj. Pri tem bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen).

Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija ali eksplozivna rast stroškov in cen (presegač 200 odstotkov). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, v skladu s primerjalnopravno in pravno-ekonomsko analizo ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu, ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati). V praksi to tudi pomeni, da naj stranke čim bolj uporabljajo specifične pogodbene klavzule, kot so na primer eskalacijska klavzula, klavzula o prilagoditvi cene, obvezujoče določbe o delitvi

<sup>101</sup> Glej Restatement of the law second. Contracts. American Law Institute, Treatise Area: Contract Law, KF395. A2 C65, American Law Institute (22. 8. 2013).

<sup>102</sup> Glej na primer Seaboard Lumber Co. 308 F.3d; Soletanche Rodio Nicholson 8JV, 94-1 BCA (CCH).

<sup>103</sup> Glej na primer Gulf & W. Indus. Inc., ASBCA No. 21090; Iowa Elec. Light & Power v. Atlas Corp., 467 F. Supp. 129, 140; Short Bros., PLC v. United States, 65 Fed. Cl. 695, 785 (2005); Am. Trading & Prod. Corp. V. Shell Int'l Marine Ltd., 453 F 2d 939 (2d Cir. 1972); Spindler Constr. Corp., 2006 ASBCA LEXIS 66; Publicker Indus. Inc. V. Union Carbide Corp., 17 U.C.C. Rep. Serv. 989 8E.D. Pa. 1975.

stroškov, klavzule o nepredvidenih dodatkih, ponudbeni dodatki, široko zapisane »*force majeure*« klavzule in podobno.

Nazadnje še nekaj kratkih misli o trenutni slovenski ureditvi instituta spremenjenih okoliščin. V slovenskem pravnem redu je klavzula *rebus sic stantibus* urejena v določbah od 112. do 115. člena Obligacijskega zakonika (OZ)<sup>104</sup> pod naslovom Razveza ali sprememba pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin.<sup>105</sup> Sam institut spremenjenih okoliščin je v splošnem delu urejen v 112. členu OZ in se glasi:

»(1) Če nastanejo po sklenitvi pogodbe okoliščine, ki otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke, ali če se zaradi njih ne da doseči namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti jo v veljavi takšno, kakršna je, lahko stranka, ki ji je izpolnitev obveznosti otežena, oziroma stranka, ki zaradi spremenjenih okoliščin ne more uresničiti namena pogodbe, zahteva razvezo pogodbe.

(2) Razveze pogodbe ni mogoče zahtevati, če bi bila morala stranka, ki se sklicuje na spremenjene okoliščine, ob sklenitvi pogodbe te okoliščine upoštevati ali če bi se jim bila lahko izognila oziroma, če bi njihove posledice lahko odklonila.

(3) Stranka, ki zahteva razvezo pogodbe, se ne more sklicevati na spremenjene okoliščine, ki so nastale po izteku roka, določenega za izpolnitev njene obveznosti.

(4) Pogodba se ne razveže, če druga stranka ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji pravično spremenijo.

(5) Če sodišče razveže pogodbo zaradi spremenjenih okoliščin, naloži na zahtevo druge stranke stranki, ki je razvezo zahtevala, da povrne drugi stranki pravičen del škode, ki ji je zaradi razveze pogodbe nastala.«<sup>106</sup>

Na podlagi 112. člena OZ lahko tako stranka zahteva razvezo pogodbe, če po sklenitvi pogodbe nastanejo okoliščine, ki ji otežujejo izpolnitev obveznosti, ali če zaradi njih ne more uresničiti namena pogodbe, v obeh primerih pa v tolikšni meri, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi jo bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti v veljavi takšno, kakršna je.<sup>107</sup> Slovenska sodišča pri tem upoštevajo zlasti namen pogodbe, tveganja, ki so za pogodbene stranke v poslovnem prometu običajna pri izpolnjevanju pogodb iste vrste, in uravnoteženost interesov obeh pogodbenih strank.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Uradni list RS, št. 97/07.

<sup>105</sup> Glej tudi Cigoj, str. 334.

<sup>106</sup> Glej tudi Dolenc in dr., str. 594.

<sup>107</sup> Drnovšek.

<sup>108</sup> Prav tam.

Vrhovno sodišče RS je pri tem na primer leta 1993 v sodbi III Ips 17/93 zavzelo stališče, da zaradi »otežkočenja« izpolnitve denarne obveznosti ni mogoče zahtevati razveze pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin.<sup>109</sup> Vendar je potem Višje sodišče v Ljubljani v sodbi I Cp 1507/2010 ugodilo zahtevku stranke za razvezo prodajne pogodbe zaradi spremenjenih razmer na trgu.<sup>110</sup> Po drugi strani pa je Višje sodišče v svoji sodbi iz leta 2015 pojasnilo: »Če je do zvišanja cen prišlo zaradi naraščanja cen v daljšem časovnem obdobju (zaradi trenda naraščanja cen nepremičnin v gospodarstvu), to ne predstavlja nepredvidljivega dogodka, na katerega bi se tožnik po nasprotni tožbi lahko utemeljeno skliceval, in to ne glede na končni rezultat (npr. 100% ali več kot 100% višje cene). Drugače bi veljalo v primeru velikega in izjemno naglega skoka cen.«<sup>111</sup> Pri tem velja še poudariti, da je sodišče tudi pojasnilo, da »spremenjene okoliščine stranko, ki se nanje sklicuje, opravičujejo le do razveze, ne pa do spremembe pogodbe – možnost, da ponudi ali privoli, da se ustrezni pogodbeni pogoji spremenijo, pa je dana samo nasprotni stranki, če želi takšno pogodbo vzdržati v veljavi. Tožeča stranka s tožbo namreč spremembe že sklenjene pogodbe ne more izsiliti.«<sup>112</sup> Grlic pri tem poudari, da je glavni analitični problem uveljavitve instituta spremenjenih okoliščin ugotavljanje, ali je določena spremenjena okoliščina pričakovana ali nepričakovana.<sup>113</sup>

Primerjava trenutne slovenske ureditve s preostalimi štirimi pravnimi sistemi razkrije, da je slovenska sodna praksa na splošno v skladu z restriktivnim pristopom, identificiranim v angleškem, ameriškem, nemškem in francoskem pogodbenem pravu. Še več, takšen restriktivni pristop in analitične predpostavke so tudi na splošno v skladu s pravno-ekonomskimi koncepti. Vendar bi implementacija nadaljnjih analitičnih instrumentov, ki jih sugerirata pravno-ekonomska (na primer ekonomski kriterij nepredvidljive okoliščine, superiornega nosilca tveganj, eksogenosti dogodka in natančna klasifikacija obsega povečanja stroškov izpolnitve)

<sup>109</sup> Prav tam.

<sup>110</sup> Sodba VSL I Cp 1507/2010 z dne 17. 3. 2011.

<sup>111</sup> Sodba in sklep VSL I Cpg 573/2015 z dne 8. 7. 2015. Glej tudi sodbo in sklep VSL II Cp 829/2012 z dne 16. 5. 2012; sodbo VSL I Cpg 803/2013 z dne 7. 1. 2015 in sodbo VSM I Cp 581/2015 z dne 13. 10. 2015; sodbo II Ips 641/2008, enako tudi II Ips 1053/2008, II Ips 347/2008, II Ips 967/2008 z dne 11. 12. 2008; sodbo in sklep VSL I Cpg 606/2010 z dne 7. 9. 2010; sodbo VSL I Cpg 772/2013 z dne 11. 2. 2015; sodbo in sklep VSL I Cpg 1120/2012 z dne 20. 11. 2013. Nadalje je sodišče v sklepu VSL II Cp 3916/2009 z dne 7. 4. 2010 poudarilo: »Spreminjanje cen nepremičnin na trgu je splošno znano dejstvo, ki ga stranke morajo in morejo upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Na zvišanje (ali padec) cen je torej treba računati in se v primeru normalnega poslovnega rizika, kot tudi zvišanja cen, če se gospodarstvo usmerja k zvišanju cen, na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb oziroma takšen dvig cen (bistven), da stranko prizadene v takšni meri, ki ima naravo očitnega nesorazmerja, neekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dajatev.«

<sup>112</sup> Sodba VSL II Cp 1820/2014 z dne 12. 11. 2014. Glej tudi Možina, str. 57–73.

<sup>113</sup> Navajanje gospodarske krize ni *prima facie* spremenjena okoliščina, ni pa tudi izključeno njeno uspešno uveljavljanje pod pogojem, da je zahtevek podprt z dejstvi, dokazi; Grlic, str. 33–46.

ter tudi primerjalnopravna znanost (morebitna zelo restriktivna sekundarna uporaba instituta spremembe pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin) trenutno ureditev še izboljšala in jo postavila ob bok nemškemu, francoskemu, angleškemu in ameriškemu pravnemu sistemu.

## 5. Sklep

Na podlagi povedanega lahko ugotovimo, da tako primerjalnopravna spoznanja analize angleškega, ameriškega, francoskega in nemškega pogodbenega prava kot spoznanja pravno-ekonomske znanosti sugerirajo izjemno restriktivno splošno uporabo instituta spremenjenih okoliščin. Razveza pogodb zaradi spremenjenih okoliščin se naj ob izpolnitvi vseh potrebnih predpogojev uporablja v zares zelo, zelo izjemnih, ekstremnih primerih, ko gre res za izrazite spremembe, za izrazito povečanje stroškov izpolnitve. Odgovor na vprašanje o tem, ali se lahko spremembe tržnih cen štejejo za spremenjene okoliščine, na podlagi katerih bi lahko prišlo do razveze pogodbe, tako zahteva analizo vseh predpogojev, hkrati pa mora biti ta sprememba res izrazita – na primer hiperinflacija, pri čemer bi ta dosegala (ali presežala 200 odstotkov). Seveda pa povedana argumentacija velja za splošno uporabo načela razveze pogodb zaradi spremenjenih okoliščin in se ne nanaša na morebitne specialne ureditve določenih tipov pogodb, pri katerih pa ekonomska narava takšnih pogodb (kot je na primer gradbena pogodba) zaradi visokih fiksnih stroškov surovin, dolgoročnosti načrtovanja izpolnitve, velikih naložb, specifičnih za določeno pogodbeno razmerje, učinkovitega zanašanja in optimalne alokacije tveganj napotuje na specialno ureditev področja.

Primerjalnopravna in ekonomska analiza pokažeta, da je splošna razveza pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin priporočljiva samo takrat, kadar pogodba ni bila aleatorna, tveganje samo ni bilo dodeljeno s samimi pogodbenimi določili ali z izrecnimi pravnimi normami, kadar je okoliščina popolnoma nepredvidljiva in eksogena in kadar nobena od pogodbenih strank ni bila superiorna nosilka tveganj, pri tem pa bi seveda morala biti takšna sprememba tržnih cen še hkrati tako velika, da bi povzročila tudi ekstremno, izrazito povečanje stroškov izpolnitve (na primer preseganje 200-odstotnega praga dviga tržnih cen). Manjše spremembe dviga tržnih cen, tudi tja do 60 odstotkov ali 90 odstotkov, ne bi smele ob upoštevanju vseh preostalih kriterijev biti resnični razlog za razvezo določenih pogodb, saj povečanje določenih tržnih cen v višini 60 odstotkov za racionalne stranke, ki že nekaj časa delujejo na trgu (in ki so hodile v srednjo šolo, kjer so slišale o inflaciji v naši polpretekli zgodovini ali pa o dvigu cen nafte na podlagi različnih vojn, ekonomskih kriz in podobno), ni nekaj nepričakovanega ali nekaj nepredstavljivega oziroma nekaj, na kar pogodbene stranke nikakor ne bi mogle pomisliti (ali upoštevati).

## Literatura

- BACKHAUS, Richard. The limits of the duty to perform in the principles of European contract law. *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, letn. 8, št. 1.
- BEALE, Hugh, HARTKAMP, Arthur, KÖTZ, Hein, TALLON, Denis. *Contract law: cases, materials and text*. London: Hart Publishing, 2002.
- BARTON, H. James. The economic basis of damages for breach of contract. *Journal of Legal Studies*, 1972, letn. 1, št. 2, str. 277–304.
- BEATSON, James. *Anson's law of contract*, 29th ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BELL, John. The effect of changes in circumstances on long-term contracts. V: Harris, D., in Tallon, D. (ur.), *Contract law today, anglo-french comparisons*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- BERGH, Roger Van den. *The Roundabouts of European Law and Economics*. Den Haag: Eleven International Publishing, 2018.
- BERMAN, H. Joseph. Excuse for nonperformance in light of contract practices in international trade. *Columbia Law Review*, 1963, letn. 63, št. 8, str. 1413–1439.
- BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms and institutions. *Michigan Law Review*, 2001, letn. 99, št. 1, str. 1724–1790.
- BOUCKAERT, Boudewijn, DE GEEST, Gerrit. *Encyclopedia of law and economics*, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- BRUCE, L. Christopher. An economic analysis of the impossibility doctrine. *Journal of Legal Studies*, 1982, letn. 11, št. 2, str. 311–332.
- BURROWS, Andrew. *A casebook on contract*, 5th ed. London: Hart Publishing, 2016a.
- BURROWS, Andrew. *A restatement of the English Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 2016b.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CAMERO, Jennifer. Mission impracticable: the impossibility of commercial impracticability. *The University of New Hampshire Law Review*, 2015, letn. 13, št. 1, str. 1–34.
- CIGOJ, Stojan. *Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava*, ponatis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2003.
- COOTER, D. Robert, PORAT, Ariel. *Getting incentives right: improving torts, contracts and restitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2014.
- DAVID, René. Frustration of contract in french law. *Journal of Comparative Legislation*, 1946, letn. 28, št. 3–4.
- DE LAMBERTERIE, Isabelle. The effect of changes in circumstances – French report. V: Harris, D., in Tallon, D. (ur.), *Contract law today, Anglo-French comparisons*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- DE GEEST, Gerrit. Comparative law and economics and the design of optimal doctrines. V: Deffains, B., Kirat, T. (ur.), *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: JAI Elsevier, 2001, str. 107–124.

- DE GEEST, Gerrit, KOVAČ, Mitja. The formation of contracts in the Draft Common Frame of Reference. *European Review of Private Law*, 2009, letn. 17, št. 2, str. 113–132.
- DE GEEST, Gerrit. *Contract law and economics – Encyclopaedia of law and economics*, Volume 6, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- DIAMOND, A. Pieter, MASKIN, Eric. An equilibrium analysis of search and breach of contract. *Bell Journal of Economics*, 1980, letn. 10, št. 1, str. 282–316.
- DIAMOND, A. Pieter, MASKIN, Eric. An equilibrium analysis of search and breach of contract II. A non-steady state example. *Journal of Economic Theory*, 1981, letn. 25, št. 2, str. 165–195.
- DRNOVŠEK, Klemen. Institut spremenjenih okoliščin v novejši sodni praksi. *Podjetje in delo*, 2016, letn. 42, št. 8, str. 1486–1503.
- DOLENC, Mile, JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- EISENBERG, A. Melvin. Impossibility, impracticability and frustration. *Journal of Legal Analysis*, 2009, letn. 1, št. 1, str. 207–261.
- FRIED, Charles. *Contract as a promise: a theory of contractual obligation*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- GERGEN, P. Mark. A defense of judicial reconstructions of contracts. *Indiana Law Journal*, 1995, letn. 71, št. 1, str. 45–100.
- GIVATI, Yehonatan, KAPLAN, Yotam. A new theory of impossibility, impracticability, and frustration. *Journal of Legal Studies*, 2022, v tisku.
- GOLDBERG, P. Victor. *Rethinking contract law and contract design*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- GORDLEY, James, VON MEHREN, A. Taylor. *An introduction to the comparative study of private law: readings, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- GRILC, Peter. Gospodarska/finančna kriza kot spremenjena okoliščina. *Pravni letopis*, 2011, letn. 6, št. 1, 33–46.
- HALL, G. Clifford. Frustration and the question of foresight. *Legal Studies*, 1984, letn. 4, št. 3; str. 300–304.
- JOSKOW, L. Paul. Commercial impossibility, the uranium market and the Westinghouse case. *The Journal of Legal Studies*, 1977, letn. 6, št. 1, str. 119–176.
- KÖHLER, Kerstin. Die lehre von der geschäftsgrundlage als lehre von der risikobefreiung. *Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, letn. 50, št. 1.
- KOVAČ, Mitja. Unforeseen contingencies in English and French Law. *The journal of comparative law*, 2013, letn. 8, št. 1, str. 119–145.
- KOVAČ, Mitja, PONCIBO, Cristina. Towards a theory of imprévision in the EU?. *European review of contract law*, 2018a, letn. 14, št. 4, str. 344–373.
- KOVAČ, Mitja. Frustration of purpose and the French Contract Law reform: the challenge to the international commercial attractiveness of english law?. *Maastricht journal of European and comparative law*, 2018b, letn. 25, št. 3, str. 288–309.

- KOVAČ, Mitja. Duty to renegotiate in international commercial law and un contemplated behavioural effects. *Maastricht journal of European and comparative law*, 2020, letn. 27, št. 4, str. 445–464.
- KOVAČ, Mitja, AUBRECHT, Paul. Frustration of purpose, brexit, the COVID-19 pandemic and commercial contracts. *Nordic journal of commercial law*, 2022, letn. 12, št. 1, str. 1–32.
- KULL, Andrew. Mistake, frustration, and the windfall principle of contract remedies. *Hastings Law Journal*, 1991, letn. 43, št. 1, str. 1–55.
- LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und vertragserfüllung. Die bedeutung veränderter umstände im zivilrecht*, 2nd ed. München: C. H. Beck, 1957.
- LEITZEL, Jim. *Concepts in law and economics*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. Can't buy me love: monetary versus in-kind remedies. *University of Illinois Law Review*, 2013, letn. 2013, št. 1, str. 151–194.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. *American Sociological Review*, 1963, letn. 28, št. 1, str. 55–67.
- MACKAAY, Ejan. *Law and economics for civil law systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- MAHONEY, G. Paul. Contract remedies: general. V: Bouckaert, B., in De Geest, G. (ur.), *Encyclopaedia of law and economics*, 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- MARCIANO, Alain, BATTISTA RAMELLO, Giovanni. *Encyclopedia of law and economics*, 1st ed. New York, Springer, 2019.
- MARKESINIS, S. Basil, LORENZ, Werner, DANNEMANN, Gerhard. *The German law of obligations: the law of contracts and restitution: a comparative introduction*. London: Clarendon Press, 1997.
- MARKESINIS, S. Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The German law of contract: a comparative treatise*, 2nd ed. London: Hart Publishing, 2006.
- UGO, Mattei. *Comparative law and economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.
- MCDERMOTT, A. Paul. *Contract Law*. London: Butterworths Ltd, 2001.
- MCKENDRICK, Ewan. *Force majeure and frustration of contract*, 2nd ed. London: Routledge, 2014.
- MCKENDRICK, Ewan. *Contract law: text, cases and materials*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2001, str. 57–73.
- OERTMAN, Paul. *Die geschäftsgrundlage; ein neuer rechtsbegriff*. Berlin: Deichert, 1921.
- OGUS, Anthony. *Costs and cautionary tales: economic insights for the law*. London: Hart Publishing, 2006.
- OTT, Carl. *Lehrbuch des ökonomischen analyse des zivilrechts*. New York: Springer, 2012.
- PERILLO, M. Joseph. Force majeure and hardship under the Unidroit principles of international commercial contracts. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1997, letn. 5, št. 1, str. 5–25.
- PERLOFF, M. Jeffrey. The effects of breaches of forward contracts due to unanticipated price changes. *Journal of Legal Studies*, 1981, letn. 10, št. 1, str. 221–235.

- PHILIPPE, M. Denise. *Changement de circonstances et bouleversement de l'economie contractuelle*. Paris: Bruylant, 1986.
- POLINSKY, A. Mitchell. Risk sharing through breach of contract remedies. *Journal of Legal Studies*, 1983, letn. 12, št. 2, str. 427–444.
- POSNER, A. Richard, ROSENFELD, M. Andrew. Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis. *Journal of Legal Studies*, 1977, letn. 6, št. 1 str. 83–118.
- POSNER, A. Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- POSNER, A. Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- POSNER, A. Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- POSNER, A. Richard. *A failure of capitalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- POSNER, A. Richard. *Economic analysis of law*, 8th ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.
- ROBERTS, Thomas. Commercial impossibility and frustration of purpose: a critical analysis. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2003, letn. 16, št. 1, str. 129–145.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- SCHÄFER, Hans-Bernd, GOLDBERG, Victor. *Framing contract law: an economic perspective*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- SCHMITZ, Franz. *Clausula rebus sic stantibus. Rechtsvergleichendes Handwoertbuch*. Berlin: Bound, 1929.
- SOLENE, Rowan. The new French law of contract. *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, letn 46, št. 4, str. 805–831.
- SHAVELL, Steven. Damage measures for breach of contract. *Bell Journal of Economics*, 1980, letn. 11, št. 2, str. 466–483.
- SHAVELL, Steven. The design of contracts and remedies for breach. *Quarterly Journal of Economics*, 1984, letn. 99, št. 1, str. 121–148.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- SMITH, A. Stephen. *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 2005.
- SMITS, M. Jan. *Contract law: a comparative introduction*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.
- SMYTHE, J. Donald. Impossibility and impracticability. V: De Geest, G. (ur.), *Contract law and economics – Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- STONE, Richard, DEVENNEY, James, CUNNINGTON, Ralph. *Text, cases and materials on contract law*, 2nd ed. London: Routledge, 2011.
- SYKES, O. Alan. The doctrine of commercial impracticability in a second-best world. *Journal of Legal Studies*, 1990, letn. 19, št. 1, str. 43–94.
- SWADLING, William. The judicial construction of force majeure clauses. V: McKendrick, E. (ur.), *Force majeure and frustration of contract*, 2nd ed. London: Routledge, 2014.
- TALLON, Daniel. Hardship. V: Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Chantal, M., in Pe-ron, E. (ur.), *Towards a European civil code*. Amsterdam: Kluwer, 2010.

- TOWFIGH, V. Emanuel, PETERSEN, Niels. *Economic methods for lawyers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- TREBILCOCK, J. Michael. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- TREITEL, H. Gunther. *Frustration and force majeure*. London: Sweet & Maxwell, 2004.
- TRIANI, G. George. Contractual allocation of unknown risks: a critique of the doctrine of commercial impracticability. *University of Toronto Law Journal*, 1992, letn. 42, št. 4, str. 450–483.
- TRIMARCHI, Pietro. Commercial impracticability in contract law: an economic analysis. *International Review of Law and Economics*, 1992, letn. 11, št. 1, str. 63–82.
- UPEX, Robert, BENNETT, Geoffrey. *Davies on contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd, 2004.
- VAN LOOCK, Sander. The reform of the French law of obligations: how long will the Belgians remain Napoleon's most loyal subjects?. V: Stijns, S., in Jansen, S. (ur.), *The French contract law reform: a source of inspiration?*. London: Intersentia, 2016.
- WAGNER, Gerhard. In defence of the impossibility defence. *Loyola University Chicago Law Journal*, 1995, letn. 27, št. 1, str. 55–96.
- WHINCUP, H. Michael. *Contract law and practice*, 3rd ed. Amsterdam: Kluwer Law International, 1996.
- WHITE, M. James. Contract breach and contract discharge due to impossibility: a unified theory. *Journal of Legal Studies*, 1988, letn. 17, št. 2, str. 353–376.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the new German law of obligations*. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.
- ZIMMERMANN, Reinhardt. *The new German law of obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.44:624:338.5

# Sprememba cene v gradbeni pogodbi

MIHA JUHART  
doktor pravnih znanosti,  
redni profesor na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani

## 1. Zvišanje cen kot spremenjene okoliščine

Ena bistvenih posebnosti gradbene pogodbe kot specialno urejene pogodbe posebnega dela obligacijskega prava je, da odstopa od načela monetarnega nominalizma, ki velja kot eno temeljnih načel, ki velja za denarne obveznosti. Načelo monetarnega nominalizma je določeno s 371. členom Obligacijskega zakonika (OZ)<sup>1</sup> (prej 394. člen Zakona o obligacijskih razmerjih – ZOR<sup>2</sup>) in njegova bistvena vsebina je pravno pravilo, da mora dolжник upniku plačati tisto število denarnih enot, na katero se glasi obveznost. Ob uveljavitvi načela monetarnega nominalizma pa zakon dopušča, da se pogodbeni stranki posebej dogovorita za prilagajanje vsebine denarne obveznosti razmeram po sklenitvi pogodbe. Načelo monetarnega nominalizma torej ni strogo načelo, ampak velja med strankama samo, če se ti nista dogovorili drugače v okviru možnosti, ki jih dopuščajo pravila obligacijskega prava. Dogovorjena vsebina denarne obveznosti načeloma pomeni trdno obveznost dolžnika, ki mora izpolniti tisto, kar je bilo med strankama dogovorjeno, ne glede na to, kaj se je dogajalo po sklenitvi pogodbe. Upnik od dolžnika ne more zahtevati več, kot je bilo dogovorjeno, in dolžniku tudi ni treba plačati več. Vendar so od tega pravila določene nekatere izjeme.

Najpomembnejša splošna izjema je institut spremenjenih okoliščin (112. člen OZ oziroma 133. člen ZOR) oziroma klavzule *rebus sic stantibus*. Da se stranka lahko sklicuje na spremenjene okoliščine, morajo biti izpolnjene naslednje predpostavke: (1) okoliščine morajo nastati po sklenitvi pogodbe; (2) okoliščine bodisi otežujejo izpolnitev obveznosti ene stranke ali se

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list SFRJ, št. 29/78 in nasl.

zaradi njih ne da doseči namena pogodbe; (3) vplivnost spremenjenih okoliščin mora biti taka, da pogodba očitno ne ustreza več pričakovanjem pogodbenih strank in bi jo bilo po splošnem mnenju nepravilno ohraniti v veljavi takšno, kakršna je; (4) da spremenjenih okoliščin stranka, ki se nanje sklicuje, ni mogla upoštevati ob sklenitvi pogodbe in se jim tudi ni mogla izogniti ali odvrniti njihovih posledic.<sup>3</sup>

Bistvena značilnost instituta spremenjenih okoliščin je, da lahko pogodbeni stranka, ki jo bremenijo spremenjene okoliščine, zahteva razveljavitev pogodbe. Ne more pa zaradi tega zahtevati prilagoditve vsebine dogovorjene pogodbe takšni spremembi. Vsebina pogodbe se lahko spremeni samo s soglasjem druge pogodbene stranke, ki se po svoji volji raje kot za razveljavitev pogodbe odloči za to, da pogodba ostane veljavna s spremenjeno vsebino (četrti odstavek 112. člena OZ). Ta sprememba vsebine pa se lahko nanaša bodisi na izpolnitev ene pogodbene stranke bodisi tudi na izpolnitev druge pogodbene stranke.

V tej razpravi se postavlja vprašanje, ali lahko spremembo cene elementov, ki vplivajo na oblikovanje pogodbene cene, obravnavamo kot spremenjeno okoliščino, ki je podlaga za zahtevek pogodbene stranke za razvezo pogodbe. Zakonska določba 112. člena OZ o spremenjenih okoliščinah podrobneje ne določa, kateri dogodki lahko pomenijo spremenjene okoliščine. Razvojno gledano pa so na obravnavo spremenjenih okoliščin v našem pravu pomembno vplivale Splošne uzanice za blagovni promet (SUBP).

V tem pogledu je zanimivo pravno pravilo uzance 56: »Za nenavadne dogodke, zaradi katerih se lahko zahteva sprememba ali razveljavljanje pogodbe, veljajo zlasti: – naravni dogodki, kot so suša, poplava, potres; – upravni ukrepi, kot so prepoved ali omejitev uvoza ali izvoza in druge omejitve blagovnega prometa, sprememba sistema cen, sprememba tarif in predpisanih cen, sprememba standardov; – gospodarski pojavi, kot so posebno nagel in velik padec ali skok cen.« Navedeno pravno pravilo kot tipično pojavno obliko spremenjenih okoliščin določa gospodarske razloge in pri tem izrecno navaja nagel in velik padec ali skok cen.

Čeprav to pravno pravilo ni bilo prevzeto v ureditev spremenjenih okoliščin v OZ, še zmeraj vpliva na razvoj sodne prakse, ki je večkrat sprejela stališče, da lahko nagla in pomembna sprememba cen pomeni spremenjene okoliščine, ki so lahko podlaga za razvezo pogodbe. Naj ob tem navedemo le dve referenčni odločbi: »Spreminjanje cen nepremičnin na trgu je splošno znano dejstvo, ki ga stranke morajo in morejo upoštevati v primeru vestnega in skrbnega ravnanja. Na zvišanje (ali padec) cen je torej treba računati in se v primeru normalnega poslovnega rizika, kot tudi zvišanja cen, če se gospodarstvo usmerja k zvišanju cen, na neke normalne oziroma predvidljive spremembe cen stranka v okviru spremenjenih okoliščin ne more uspešno sklicevati. Drugače pa je, če gre za takšno intenziteto sprememb oziroma takšen dvig cen

<sup>3</sup> Podrobneje Dolenc, v: Juhart, Plavšak, str. 600.

(bistven), da stranko prizadene v takšni meri, ki ima naravo očitnega nesorazmerja, neekvivalentnosti vzajemnih pogodbenih dajatev.«<sup>4</sup> Iz navedene sodne odločbe povsem jasno izhaja stališče sodne prakse, da ima pomembnejša sprememba cen na trgu lastnost spremenjenih okoliščin, če so izpolnjene vse druge zakonske predpostavke. Pri tem je pomembno tudi stališče, da mora pogodbeni stranka prevzeti določena tveganja, ki lahko otežijo njeno izpolnitev, kolikor gre za normalna in običajna tveganja, ni pa dolžna prevzeti celotnega tveganja. Zelo podoben pogled na spremenjene okoliščine je izražen v poznejši odločbi: »Če je do zvišanja cen prišlo zaradi naraščanja cen v daljšem časovnem obdobju (zaradi trenda naraščanja cen nepremičnin v gospodarstvu), to ne predstavlja nepredvidljivega dogodka, na katerega bi se tožnik po nasprotni tožbi lahko utemeljeno skliceval, in to ne glede na končni rezultat (npr. 100% ali več kot 100% višje cene). Drugače bi veljalo v primeru velikega in izjemno naglega skoka cen.«<sup>5</sup> Čeprav je sodišče v tem primeru odločilo, da ne gre za spremenjene okoliščine, je spet zelo jasno pokazalo, da gre kot spremenjene okoliščine obravnavati predvsem pomembno in hitro spremembo cen.

Poleg splošnega instituta spremenjenih okoliščin pa ureditev nekaterih pogodb določa pravne posledice specifičnih spremenjenih okoliščin. To so posebna pravila, ki so določena predvsem zaradi tega, ker je ohranitev ekvivalence medsebojnih izpolnitev v nekaterih primerih posebej poudarjena. Načelo ekvivalence oziroma enake vrednosti nasprotnih dajatev (izpolnitev) iz 8. člena OZ je posebnost med splošnimi načeli pogodbenega obligacijskega prava, saj ima porušena ekvivalenca pravne posledice samo takrat, kadar to posebej določa zakon.<sup>6</sup>

Med pogodbami, v katerih je načelo enake vrednosti dajatev posebej poudarjeno, je tudi gradbena pogodba. Ta značilnost gradbene pogodbe se kaže v določbah 655. in 656. člena OZ (prej 636. in 637. člen ZOR), ki urejata zakonski institut spremembe pogodbene cene v povezavi z načelom enakopravnosti v pogodbenih razmerjih ter načelom ekvivalence oziroma enake vrednosti dajatev.<sup>7</sup> Ta posebna pravila se v osnovi razlikujejo od splošnega instituta spremenjenih okoliščin, saj so prisilne narave (!).<sup>8</sup> Prav tako pa ohranjajo sklenjeno pogodbo primarno veljavno, saj je osnovna pravna posledica spremenjenih okoliščin ustrezna prilagoditev pogodbe (zvišanje oziroma znižanje dogovorjene cene) in le v posebnih primerih prenehanje pogodbe (657. člen OZ oziroma 638. člen ZOR). Takšna posebna ureditev spremenjenih okoliščin je izraz namena zakonodajalca, da se odpravi neenakost med vrednostjo opravljenih gradbenih del ter dogovorjeno ceno, če takšna neenakost nastopi. Izvajalec gradbenih del se s pogodbo

<sup>4</sup> Sklep VSL II Cp 3916/2009.

<sup>5</sup> Sodba in sklep VSL I Cpg 573/2015.

<sup>6</sup> Glej podrobneje Kranjc, v: Juhart, Plavšak, str. 120.

<sup>7</sup> Glej Biro, v: Blagojević, Krulj, str. 1535.

<sup>8</sup> Prav tam, str. 1537.

lahko odpove uveljavljanju spremenjenih okoliščin samo do določene meje, ne more pa se odpovedati temu institutu v celoti. Zato je jasno poudarjena kogentna narava 656. člena OZ. Izvajalec gradbenih del praviloma privoli v nespremenjeno ceno zato, ker je v razmerju do naročnika v inferiornem položaju. S kogentno določbo o učinku spremenjenih okoliščin, katere pravna posledica je sprememba (prilagoditev) pogodbene cene, se izvajalca gradbenih del varuje pred prevelikimi izgubami, ki bi lahko ogrozile tudi njegovo gospodarsko eksistenco.<sup>9</sup>

A obstajajo tudi drugačna stališča, ki dopuščajo, da se pogodbeni stranki gradbene pogodbe dogovorita, da se mehanizem spreminjanja pogodbene cene v celoti izključi.<sup>10</sup> Takšno stališče ni najbolj logično, saj dogovor, da je cena nespremenljiva, ne zadošča, ampak bi bil potreben dogovor, da je cena še posebej nespremenljiva in da je posebej izključena uporaba določbe, ki določa spremembo cene pri pogodbah s klavzulo o nespremenljivi ceni. Pa tudi po vsebini lahko takšna dvojna izključitev pomeni zlorabo močnejšega položaja ali nasprotuje dobri veri in poštenju. Pri dopustnosti uporabe tovrstnega dogovora je treba biti skrajno restriktiven.

Zato lahko sklenemo, da je revalorizacija cene gradbenih del ena bistvenih značilnosti gradbene pogodbe, ki jo morata pogodbeni stranki sprejeti kot sestavni del te pogodbe in je ne moreta v celoti izključiti. To je posebej določena pravna posledica spremenjenih okoliščin, ki se nanašajo na spremembo cen elementov, ki vplivajo na določitev cene gradbenih del. Na spremembo cen elementov, ki vplivajo na določitev cene gradbenih del, pogodbeni stranki ne moreta posebno vplivati in jasno je izražen namen zakonodajalca, da se tveganje takšnih sprememb porazdeli med naročnika in izvajalca, saj je samo tako mogoče ohraniti ekvivalenco med nasprotnimi dajatvami oziroma pravo vrednost izpolnitev med strankama.

## 2. Sprememba cene in viri avtonomnega gospodarskega prava

Pravila o spremembi pogodbene cene v gradbeni pogodbi so kogentne narave, kar pomeni, da jih morata pogodbeni stranki upoštevati in jih ne moreta v celoti izključiti. Vseeno pa se v zvezi s tem postavlja vprašanje, ali ima kogentno pravo naravo tudi način spreminjanja pogodbene cene, določen v 655. in 656. členu OZ, ali pa se pogodbeni stranki lahko dogovorita za poseben način prilagajanja pogodbene cene spremembam cen elementov na trgu. To vprašanje je še posebej relevantno, ker pravila avtonomnega gospodarskega prava za gradbeno pogodbo urejajo ta mehanizem, ureditev pa je nekoliko drugačna kot v splošnih pravilih OZ. Pri tem lahko izpostavimo predvsem Posebne gradbene uzance 2020 (PGU 2020) in Pogoje gradbenih pogodb za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje naročnik (Rdeča knjiga, prva

<sup>9</sup> Prav tam.

<sup>10</sup> Glej Cigoj, str. 1855; Kranjc, str. 424

izdaja, 1999), ki jo je izdalo FIDIC.<sup>11</sup> Oba avtonomna pravna vira se pogosto uporabljata bodisi na podlagi izrecno izražene volje pogodbenih strank bodisi na podlagi domneve iz 12. člena OZ, da se v pogodbenih razmerjih med gospodarskimi subjekti za presojo potrebnih ravnanj in njihovih učinkov upoštevajo poslovni običaji, uzance in praksa, vzpostavljena med strankama. Oba avtonomna pravna vira urejata mehanizem spreminjanja pogodbene cene zaradi spreminjanja cen elementov, ki vplivajo na oblikovanje cene. Ta posebna pravila pa se razlikujejo od splošne ureditve v OZ. Če so pravila PGU 2020 koncipirana na podoben način kot splošna pravila OZ, pa je ureditev tega mehanizma v Rdeči knjigi FIDIC (podčlen 13.8) povsem drugačna.

Pri odgovoru se je treba vprašati, s kakšnim namenom je zakon na kogenten način določil prilagajanje cene spremenjenim okoliščinam zvišanja cen elementov na trgu. Vprašati se je treba, ali je namen zakona splošnejši in je v zagotovitvi ustreznega načina porazdelitve tveganj sprememb na trgu med obe pogodbeni stranki. Ali pa je specialnejši in se razteza tudi na metodo prilagajanja. V tem primeru ni dovolj, da se pogodbeni cena prilagodi spremenjenim okoliščinam, ampak se lahko prilagodi samo na takšen način, kot je določena z OZ. Mislim, da namen zakona ni šel tako daleč in je predvsem v tem, da se zagotovi ustrezna porazdelitev tveganj med strankama gradbene pogodbe. Sam način porazdelitve tveganj oziroma metoda izračuna spremenjene cene pa je lahko predmet posebnega dogovora pogodbenih strank.<sup>12</sup> To pomeni, da stranki lahko način uredita s posebnim pogodbenim dogovorom. Če se za gradbeno pogodbo uporabljajo PGU ali Rdeča knjiga FIDIC, potem se uporabijo tam določena pravila. In končno, pravila OZ se uporabijo samo, če prilagajanja pogodbene cene ne ureja nobeno od prej naštetih pravil. S takšno razlago je po mojem mnenju dosežen namen zakona. Zakon zahteva upoštevanje spremembe cene elementov, ne zahteva pa, da bi se prilagoditev cene izvedla samo na način, kot ga določata 655. in 656. člen OZ.

V nadaljevanju bomo obravnavali način prilagoditve pogodbene cene po pravilih zakona in PGU 2020, ne bomo pa se posebej ukvarjali z Rdečo knjigo FIDIC.<sup>13</sup>

### 3. Načini določanja cene v gradbeni pogodbi

Način določanja cene v gradbeni pogodbi ima poseben pomen z več vidikov. Običajno je v ospredju, kako na pogodbeno ceno (ceno, določeno v pogodbi) vplivajo vrste del, ki jih je bilo

<sup>11</sup> V Sloveniji je ta pravila sprejelo Združenje inženirsko svetovalnih podjetij ZISP, GZS.

<sup>12</sup> V tej smeri Furlan, točka 2.1.1.1.

<sup>13</sup> Glej podrobneje Huse, str. 391. Po pravilih FIDIC je pogodbeni klavzula o prilagoditvi cene del dogovora med strankama, zato mora pogodba vsebovati določene pogoje, če naj se takšna klavzula uporabi. To pa postavlja vprašanja, ki zahtevajo natančnejšo obdelavo in presegajo namen tega prispevka. Glej tudi Furlan, točka 2.7.

dejansko treba opraviti za končanje objekta, in dejanski obseg teh del v primerjavi s tistimi vrstami in obsegom del, ki sta jih stranki ob sklenitvi gradbene pogodbe predvideli.<sup>14</sup> Določitev cene v gradbeni pogodbi zato pomeni dogovor o obsegu in vrsti del, katerih vrednost je obsežena s pogodbeno ceno.<sup>15</sup>

Pravna pravila gradbene pogodbe določajo dva osnovna načina oblikovanja cene, to sta cena na enoto in skupaj dogovorjeno ceno (654. člen OZ oziroma 21. ukanca PGU 2020), klavzula ključ v roke pa je samo posebna oblika klavzule za skupaj dogovorjeno ceno.<sup>16</sup>

Cena na enoto se opira na popis del in količine, kot te izhajajo iz projektne dokumentacije. Celoten podjem gradnje je razdeljen na posamezne elemente in za vsak element je določena cena, ki upošteva vse stroške za izvedbo tega elementa. Za vsako mersko enoto pogodbenih del mora izvajalec predvideti količine in cene materialov, število delovnih ur posameznih vrst delavcev in stroške gradbene mehanizacije, ki bodo potrebni za izvedbo merske enote del.<sup>17</sup> Cena za posamezno mersko enoto dogovorjenih del je tako zaključena celota in ima kot takšna naravo skupaj dogovorjene cene za to mersko enoto (drugače od skupaj dogovorjene cene za celoten objekt).<sup>18</sup> Pri takšnem načinu določanja pogodbene cene je običajno, da se na koncu seštejejo vse enote, vključene v pogodbo. Takšen seštevek je podoben skupaj dogovorjeni ceni, vendar gre le za podobnost. Seštevek daje pogodbenima strankama orientacijo glede skupnega plačila po pogodbi, ne pa zagotovila, da bo gradnja izvedena za ta znesek.

Skupaj dogovorjena cena je cena, ki je določena za celoten objekt, ki je predmet gradbene pogodbe. Struktura cene se določi tako, da se najprej določijo cene za posamezne elemente, skupna cena pa pomeni njihov seštevek. Razlika od načina določanja cene na enoto je v obsegu jamstva glede obsega del po pogodbi, ki je pri skupni ceni obširnejše. Najobširnejše jamstvo izvajalca glede obsega del, zajetih v pogodbeno ceno, pa je pri klavzuli ključ v roke.<sup>19</sup>

Zaradi odstopanja med predvidenimi in izvedenimi deli se lahko tudi spremeni pogodbeni cena, če tveganje njihove izvedbe glede na tip klavzule o določitvi cene prevzema naročnik del. Vendar nas ta razlog za spremembo cene v nadaljevanju ne zanima. Zanima nas, kako na ceno vpliva zunanji dogodek, to je sprememba cen dejavnikov, ki so bili uporabljeni pri izračunu pogodbene cene. Pri vseh oblikah cenovne klavzule se pogodbeni cena izračunava in v tem primeru se spremenijo vrednostne, ne pa količinske predpostavke izračuna. Pri tem vprašanju

<sup>14</sup> Glej Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.2.

<sup>15</sup> Prav tam.

<sup>16</sup> Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.4.3.

<sup>17</sup> Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.4.1.

<sup>18</sup> Prav tam.

<sup>19</sup> Obseg del, ki je zajet v ceno pri posameznem načinu določanja cene, odlično prikazuje preglednica v Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.4.4.

pa je pomembno, ali je bila med strankama gradbene pogodbe dogovorjena spremenljiva ali nespremenljiva cena.

## 4. Prilagoditev cene zaradi spremembe cen na trgu

### 4.1. Pogodbe brez klavzule o nespremenljivi ceni

Če pogodba ne vsebuje klavzule o nespremenljivi ceni oziroma ne določa posebnega načina spremembe cene, pride v poštev določba 655. člena OZ oziroma uzance 24, 25 in 26 iz PGU 2020.

Mehanizem prilagajanja pogodbene cene pri pogodbah, ki ne vsebujejo klavzule o nespremenljivi ceni, je vezan na sorazmerno nizko spremembo cen elementov, ki so bili upoštevani pri izračunu pogodbene cene. Razlika med pogodbami s klavzulo o ceni na enoto in klavzulo o skupni ceni je v načinu izračunavanja spremembe. Če je bila dogovorjena cena na enoto, potem se upravičenost zahtevati spremembo obravnava in izračunava za vsak element posebej. Že en element, pri katerem je izpolnjen pogoj spremembe, zadošča, da se cena ustrezno prilagodi. V okolju rastočih cen, ki je običajno, je ta cenovna klavzula najugodnejša za izvajalca del. Pri skupaj dogovorjeni ceni pa je drugače. Kot podlaga izračuna se vzame celotna cena in prilagoditev pride v poštev, če zvišanje cen posameznih elementov v zadostnem obsegu vpliva na celotno ceno. Tudi zelo visoka podražitev enega elementa ne bo zadoščala, če bo skupna cena še zmeraj ostala v okvirih zakonske tolerance. Določba OZ zanimivo nagrajuje izvajalca del, ki v roku konča izvedbo del. Izvajalec, ki je v pogodbenem roku izpolnil svojo obveznost, lahko zahteva zvišanje cene za dela, če so se v času od sklenitve pogodbe do njene izpolnitve zvišale cene za elemente, na podlagi katerih je bila določena, tako da bi morala biti ta cena višja več kot za dva odstotka (prvi odstavek 655. člena OZ). Če izvajalec zaradi vzrokov, za katere odgovarja, ni izvedel del v pogodbenem roku, lahko zahteva zvišanje cene, če so se zvišale cene za elemente za več kot za pet odstotkov (drugi odstavek 655. člena OZ). Pri časovnem okviru izračuna je treba upoštevati še četrti odstavek 655. člena OZ. Izvajalec se ne more sklicevati na zvišanje cen, če so se cene zvišale po tem, ko je prišel v zamudo. Zakonska določba pa nam ne odgovori, kakšen je položaj izvajalca, ki zamuja z izpolnitvijo del po svoji krivdi. Na prvi pogled bi lahko sklepali, da v takšnem primeru izvajalec nima nobenega zahtevka za prilagoditev pogodbene cene. Argument za takšno stališče je enostaven. Izvajalec ne izpolnjuje pogojev iz 655. člena OZ. Razlaga pa bi lahko bila tudi drugačna. Zamuda izvajalca z izvedbo del je sankcionirana z drugimi mehanizmi, predvsem pa s pogodbeno kaznijo za zamudo in odškodninsko odgovornostjo za škodne posledice zaradi zamude. Ni videti pravega razloga, zakaj ne bi bil do prilagoditve cene iz »zunanjega« razloga upravičen izvajalec, ki je kršil svoje obveznosti, če med tem razlogom in kršitvijo ni nobene povezave. Seveda pa ob upoštevanju pravila iz četrtega odstavka 655. člena OZ. Tretji odstavek 655. člena pa ureja obseg zahtevka.

Izvajalec ni upravičen do celotnega zvišanja spremenjene cene, ampak mora del zvišanja cene vzeti v svoje breme. Zahteva lahko le zvišanje nad 2 oziroma nad 5 odstotki.<sup>20</sup>

Nekoliko drugače urejajo prilagoditev pogodbene cene PGU 2020. Ta pravila so za izvajalca ugodnejša od zakonskih pravil. Osnova je uzanca 24. Ta zelo jasno določa, da se uporablja za oba načina določanje cene v gradbeni pogodbi in kaže na povezavo med popisom del in ceno. Izvajalec lahko uveljavlja zvišanje cene postavke iz popisa del, če je cena določena na enoto, oziroma zvišanje skupaj dogovorjene cene, če se elementi, na podlagi katerih je bila cena izračunana, zvišajo za več kot 2 odstotka. Pri ceni na enoto se sprememba cene lahko uveljavlja za vsako posamezno postavko, pri skupaj dogovorjeni ceni pa se upošteva dvoodstotno zvišanje celotne cene. Predvsem pa PGU 2020 nimajo določbe, ki bi bila enaka tretjemu odstavku 655. člena OZ. To pomeni, da lahko izvajalec zahteva celotno zvišanje cene in ne samo tistega dela zvišanja, ki presega dvoodstotni prag. Uzanca 26 določa drugačna pravila spremembe cene za primer izvajalčeve zamude. Izvajalec v zamudi ni sankcioniran z višjim pragom kot pogojem za spremembo cene. Določeno pa je, da pogodbeni stranka ne more zahtevati spremembe cene zaradi spremenjenih okoliščin, ki so nastale po preteku roka, določenega za izpolnitev njegove obveznosti, razen če je za zamudo kriva druga pogodbeni stranka. To lahko razumemo tako, da lahko spremembo cene zahteva tudi izvajalec, ki je zamudil, vendar ne more uveljavljati sprememb cene, ki so nastale po nastopu zamude. Pa tudi tu je določena izjema. Tudi te spremembe se lahko upoštevajo, če je za zamudo kriv naročnik.

PGU 2022 urejajo še poseben način prilagajanja pogodbene cene s povezavo na splošno inflacijsko gibanje, ki ga izraža indeks rasti cen življenjskih potrebščin. Sprememba se lahko zahteva leto dni po sklenitvi pogodbe, če kumulativno zvišanje ali znižanje indeksa rasti cen življenjskih potrebščin preseže 5 odstotkov vrednosti. Zanimivo ta uzanca omenja tako zvišanje kot znižanje pogodbene cene. Verjetno ni nobenega razloga, da tudi prej navedeni mehanizmi ne bi učinkovali tudi v smer znižanja cene, čeprav to ni posebej določeno.<sup>21</sup> Uzanca 25 določa tudi, da se sprememba indeksa rasti cen življenjskih potrebščin ugotavlja po podatkih pristojnega organa Republike Slovenije za statistiko. Ne določa pa, ali se lahko zahteva celotno zvišanje ali le v delu spremembe nad 5 odstotki. Če upoštevamo analogijo z uzanco 24, potem je pogodbeni stranka upravičena do celotne spremembe. Obeh mehanizmov spremembe cene, tistega iz uzance 24 in tistega iz uzance 25, pa ni dopustno kumulirati. »Namen obeh pravic (ratio) je namreč enak: prilagoditi vsebino pogodbenega razmerja spremenjenim okoliščinam, ki se kažejo kot inflacija (oziroma deflacija). Le merilo ugotavljanja te spremenjene okoliščine je različno (bodisi gradbeni indeksi bodisi indeks rasti življenjskih potrebščin).«<sup>22</sup> Pogodbena

<sup>20</sup> Zelo natančno strukturiranje predpostavk zahtevka glej pri Furlan, točka 2.1.1.

<sup>21</sup> Kritično do takšnega zapisa uzance tudi Furlan, Plauštajner, točka 2.3.

<sup>22</sup> Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.6.2.

stranka, ki izpolnjuje pogoje za uveljavljanje obeh mehanizmov, se mora odločiti za enega od obeh načinov.

## 4.2. Pogodbe s klavzulo o nespremenljivi ceni

Drugačen mehanizem prilagajanja pogodbene cene je predviden, če pogodba vsebuje klavzulo o nespremenljivi ceni. Prav pri teh pogodbah se vidi kogentna narava mehanizma prilagajanja. Tudi če sta se stranki izrecno dogovorili, da se pogodbeni cena ne bo spremenila, se ta lahko spremeni, če se izpolnijo predpisani pogoji. V tem delu sta si mehanizma po OZ in PGU 2020 nekoliko bližje in se tudi bistveno ne razlikujeta.

Če je v gradbeni pogodbi med strankama dogovorjena pogodbeni klavzula o nespremenljivosti pogodbene cene, so pravne posledice zvišanja cen elementov določene v 656. členu OZ. Za pogoj, ki sproži nastop posebnih pravnih posledic, se na podlagi prvega odstavka navedene določbe šteje zvišanje cen za elemente, na podlagi katerih je bila določena cena, če so se cene za elemente toliko zvišale, da bi morala biti cena za dela več kot za deset odstotkov višja. Uporaba splošnih izrazov kaže, da se ta mehanizem lahko uporabi pri obeh načinih določanja pogodbene cene. Nadalje drugi odstavek tega člena določa, da je izvajalec gradbenih del v primeru relevantnega zvišanja cen upravičen zahtevati spremembo pogodbene cene samo v obsegu razlike v ceni, ki presega deset odstotkov. Ta določba kaže na povsem jasno razmejitev tveganj spremenjenih cen med naročnikom in izvajalcem gradbenih del, če je med njima dogovorjena cena na enoto skupaj s klavzulo o nespremenljivosti cene. Tveganja zvišanja cen do 10 odstotkov izhodiščne vrednosti prevzame izvajalec gradbenih del, tveganje večjega zvišanja pa naročnik, ki mora kljub temu, da si je v pogodbi izgovoril nespremenjeno ceno, plačati več, kot je bilo dogovorjeno s pogodbo.

Smiselno enako določa tudi uzanca 27 PGU 2020, vendar je ureditev nekoliko širša, saj sta spet določena dva mehanizma prilagajanja. Upoštevajo se lahko tako spremenjene okoliščine kot tudi rast indeksa cen življenjskih potrebščin. Kot spremenjene okoliščine pa lahko razumemo predvsem zvišanje cen elementov, na podlagi katerih je bila določena pogodbeni cena. Na približevanje zakonski ureditvi pa kaže pravilo, da se lahko zahteva samo zvišanje cene nad pragom 10 odstotkov.

## 4.3. Časovni okvir uveljavljanja spremembe pogodbene cene

V dispoziciji določbe 656. člena OZ je izražen tudi časovni okvir. Določba govori o zvišanju cen »po sklenitvi pogodbe«. Ob tako zapisani določbi s povsem enostavno jezikovno razlago lahko oblikujemo sklep, da se kot izhodišče vzamejo cene za posamezne elemente, na podlagi katerih je določena cena na enoto, kot so veljale v trenutku sklenitve pogodbe. Takšen sklep

je skladen tudi z vsemi primeri, ko se pogodbeni cena med strankama oblikuje kot posledica skupne volje pogodbenih strank v trenutku sklenitve gradbene pogodbe. Pogosto pa se gradbena pogodba sklepa na poseben konkurenčen način, ko naročnik izbira nasprotno stranko na podlagi konkurenčnosti cene oziroma drugih relevantnih meril, ki lahko vplivajo na kakovost izvedbe naročenih gradbenih del. To je predvsem splošen licitacijski (tundrski) postopek in še posebej postopek javnega naročanja. Pri tem ne gre za enoten način sklepanja gradbene pogodbe, saj se tovrstni postopki med seboj pomembno razlikujejo, se pa lahko zgodi, da med začetkom postopka in sklenitvijo pogodbe poteče daljše časovno obdobje. To velja zlasti za postopke sklepanja pogodbe po pravilih javnega naročanja, pri čemer imajo udeleženci postopka možnost zahtevati pravno varstvo, zaradi katerega se lahko postopek upočasni ali za določen čas ustavi. Zelo pogosto se v teh postopkih zgodi, da mora izvajalec gradbenih del v postopku posredovati zavezujočo (fiksno) ponudbo, katere čas trajanja je bistveno daljši od časa trajanja vezanosti ponudnika na ponudbo, ki izhaja iz zakonske določbe. Ponudba, dana odsotni osebi, v kateri ni določen rok za sprejem, veže ponudnika toliko časa, kolikor je običajno potrebno, da ponudba prispe do te osebe, da jo ta prouči ter o njej odloči in da odgovor o sprejemu prispe do ponudnika (tretji odstavek 26. člena OZ). Ta določba je splošna in je dispozitivne narave ter dopušča drugačne dogovore, ni pa mogoče zanikati, da kaže pogled zakonodajalca na časovno obdobje, v katerem se sklepa pogodba. V skladu s splošnimi pravili o sklepanju pogodbe spremenjene okoliščine v času trajanja vezanosti (fiksni, trdnosti ponudbe) bremenijo ponudnika, ki mora v svoje breme prevzeti tveganja spremenjenih gospodarskih okoliščin in zvišanja cen elementov, ki vplivajo na elemente ponudbe. Vendar enako velja po splošnih pravilih tudi za vsako pogodbeno stranko. Tudi pogodbeni stranka prevzema tveganje spremenjenih okoliščin do meje, ki jo pomeni določba o spremenjenih okoliščinah po 112. členu OZ. Kot je bilo prikazano, pa za gradbeno pogodbo veljajo posebna pravila. Naj pri tem poudarimo, da posebna pravila veljajo samo za gradbeno pogodbo kot posebno obliko podjemne pogodbe, in ne za podjemno pogodbo kot splošno obliko pogodbe, pri čemer gre za izvajanje storitve proti plačilu denarja. Posebnost gradbene pogodbe je kogentna določba, na podlagi katere je mogoče zahtevati spremembo pogodbene cene zaradi spremenjenih okoliščin elementov, ki vplivajo na njeno določitev. To posebnost pa je treba po mojem mnenju upoštevati tudi v fazi sklepanja gradbene pogodbe. Zakon tega izrecno ne določa, vendar je namen zakonodajalca zelo jasen in tveganja spremembe cen elementov ne želi v celoti preložiti na izvajalca gradbenih del. Prav nobenega razloga ni, da bi na drugačen način obravnavali ponudnika gradbenih del, ki je vezan s svojo ponudbo in ki ne more več vplivati na določitev cene v pogodbi.<sup>23</sup> Sploh pa gre to upoštevati v primerih, ko je rok vezanosti ponudnika na

<sup>23</sup> Naj omenimo, da smo upoštevali tudi možnost razlage, da bi zakonodajalec, če bi želel, lahko v 656. členu OZ navedel, da se kot podlaga vzamejo cene iz ponudbe. To seveda drži, vendar je treba upoštevati, da pogodba lahko nastane tudi na drugačen način.

ponudbo pomembno daljši od običajnega roka, določenega s tretjim odstavkom 26. člena OZ. Namen zakonodajalca, izražen v 656. členu OZ, je pravična razdelitev tveganj med pogodbenima strankama zaradi zagotavljanja enake vrednosti dajatev, to ekvivalenco pa je mogoče v primeru dolgotrajnega postopka sklepanja gradbene pogodbe ohraniti samo v primeru, če se kot podlaga za uporabo te določbe vzame cena elementov, ki je veljala v trenutku, ko je izvajalec gradbenih del pripravil svoj predlog pogodbene cene. To pa je trenutek priprave ponudbe oziroma zaradi varovanja nasprotnega interesa trenutek, ko je ponudba prispela k naročniku. Ne nazadnje ima do tega trenutka ponudnik možnost, da ponudbo prekliče oziroma umakne (glej drugi odstavek 25. člena OZ). Na smiselnost razlage, da je pri gradbeni pogodbi kot izhodišče za uporabo 656. člena OZ treba vzeti cene, ki so bile uporabljene kot podlaga za izračun, kaže tudi naslednje stališče: »Klavzula o fiksni ceni ima smisel samo takrat, kadar je pogodbeni cena določena na ravni cen, ki so veljale v času sklenitve pogodbe oziroma izstavitve ponudbe.«<sup>24</sup> To stališče se neposredno ne izrazi o odprtem vprašanju in predvsem sugerira, da naj se glede tega vprašanja pogodbeni stranki posebej dogovorita. Ne glede na to pa lahko iz njega jasno razberemo, kako naj bodo med strankama porazdeljena tveganja zvišanja cen elementov in kako naj se ustvarja ekvivalenca med njima. Naj sklenem, da je treba pri razlagi določbe 656. člena OZ upoštevati predvsem namen zakonodajalca in pri uporabi te določbe izhajati iz cen elementov, kot so veljale v trenutku ponudbe, še posebej če je med ponudbo in sklenitvijo pogodbe poteklo daljše časovno obdobje. Nobenega dvoma ni, da to velja v primerih, ko sta se stranki s pogodbo posebej dogovorili, da naj se kot podlaga za izračun vzame cena elementa, kot je veljala ob ponudbi. Po mojem mnenju pa je treba to izhodišče upoštevati tudi takrat, kadar ni posebej dogovorjeno med pogodbenima strankama, sploh če zato obstajajo posebne okoliščine posameznega primera, ki kažejo na to, da je mogoče samo tako doseči pravično porazdelitev tveganj med strankama in zagotoviti ekvivalenco. Torej je takšna pomembna okoliščina čas trajanja med oddajo ponudbe in sklenitvijo pogodbe, tej pa se lahko pridruži tudi način sklepanja pogodbe.

V primeru gradbene pogodbe, sklenjene v postopku javnega naročanja, je zato treba še dodatno upoštevati, da gre v večini primerov odprtega postopka javnega naročanja za položaj, ko se stranki ne pogajata o vsebini pogodbe in mora ponudnik, ki želi sodelovati v postopku, sprejeti pogodbeno vsebino, kot jo je vnaprej pripravil naročnik. Ponudnik ni v položaju, da bi lahko uveljavljal svoj interes, da se kot izhodišče za izračun spremembe cen vzame stanje cen ob ponudbi, čeprav sam izvršuje vse svoje izračune v tem trenutku in ob poznavanju tega stanja cen. Zato je v takšnih okoliščinah sklepanja pogodbe mogoče ponudnika obravnavati kot gospodarsko šibkejšo stranko in uporabiti posebna pravila, ki varujejo stranko, ki pristopa k vnaprej pripravljeni pogodbi. Zato ponudnikom gradbenih del v postopkih javnega naročanja ni mogoče očitati, da bi si morali pri sklenitvi pogodbe posebej zagotoviti, da se pri uporabi

<sup>24</sup> Glej Plavšak, Furlan, v: Plavšak, razdelek 14.23.6.5.

instituta spremembe pogodbene cene po 656. členu OZ kot podlaga za izračun vzamejo cene iz ponudbe.

Iz dispozicije 656. člena OZ ni mogoče natančno razbrati, kdaj se obdobje izračuna konča. Ta vsebinska nedoločenost pa kaže, da je treba v vsakem posameznem primeru upoštevati način, kako je med strankama gradbene pogodbe dogovorjen način plačila. Še najjasnejši je odgovor, če je bilo med strankama dogovorjeno, da mora naročnik plačati predujem za nabavo materiala. Ta položaj rešuje 28. uzanca PGU 2020 (29. uzanca PGU 1977), ki določa, da če je s pogodbo dogovorjeno, da se da izvajalcu predujem ali del predujma za nabavo materiala, ta ne more zahtevati spremembe cene zaradi spremenjene cene za material, če je mogel s prejetim predujmom izključiti, da bi spremenjena cena za material vplivala na pogodbeno ceno. Iz besedila lahko izluščimo pravilo, da mora izvajalec gradbenih del s predujmom razumno ravnati in pravočasno nabaviti material, ki je potreben za gradnjo. Hkrati pa lahko razberemo, da naj se pri upoštevanju spremenjenih okoliščin zvišanja cen upošteva čas, ko je izvajalec glede na dinamiko izvedbe del moral nabaviti material. Namen spremembe cene je vzpostavljanje dejanske ekvivalence, nikakor pa ne špekulativno ravnanje. Do spremembe cene ne more biti upravičen izvajalec, ki ni nabavil materiala po nižji ceni, ko bi ga moral in mogel nabaviti. Prav tako pa ni mogoče priznati upravičenega zahtevka izvajalcu, ki je vgradil material pred zvišanjem njegove cene. Zato je po mojem mnenju pravilno, da se pravilo, ki ga PGU določajo za predujem, smiselno uporablja tudi za nekatere druge položaje. Eden takih položajev je prav gotovo tudi plačevanje gradbenih del na podlagi začasnih situacij.

Razprava o pravni naravi začasne situacije in na tej podlagi izvedenega plačila presega okvir tega prispevka. Začasna situacija seveda nima pravne narave predujma, vendar določene podobnosti ni mogoče zanikati. Toliko bolj ker se začasna situacija nanaša na točno določena (konkretna) izvedena dela, ki vsebujejo tudi točno določeno porabo materiala. Začasna situacija ni abstrakten nedoločen pojem, kar jasno potrjuje tudi sodna praksa. »Dogovor o plačevanju na podlagi začasnih situacij je po svoji pravni naravi dogovor o izplačevanju akontacij na račun izvedenih del. Res je, da se posamezne postavke (količine, vrste in cene del) dokončno preverijo šele ob končnem obračunu, to pa še ne pomeni, da je naročnik s plačili na podlagi izstavljenih in potrjenih začasnih situacij podjemniku plačal nedoločljiv del pogodbene cene. Nobenega dvoma ni, da se po začasnih situacijah plačujejo izključno in samo tista dela, ki so zajeta v posamezni situaciji, ne pa katerakoli druga dela, ki se jih je podjemnik zavezal opraviti po podjemni pogodbi.«<sup>25</sup> Zato je po mojem mnenju v primeru, da je med pogodbenima strankama dogovorjeno plačevanje opravljenih del na podlagi začasnih situacij, kot končni čas obdobja izračuna iz 656. člena OZ treba vzeti čas izstavitve začasne situacije. Iz začasne situacije izhaja poraba tistega elementa, katerega cena se je zvišala, in na tej podlagi se zagotavlja

<sup>25</sup> Sodba VS RS III Ips 152/2015.

ekvivalenca z instrumentom spremembe cene. Ta je upravičena, če je izvajalec dejansko moral nabaviti material po višji ceni od načrtovane. Upoštevati je treba, da se lahko cene nekaterih materialov na trgu hitro spreminjajo in da se zato lahko spreminjajo tudi predpostavke za uporabo instituta spremenjene cene. Ker ta institut zelo jasno izraža namen zakonodajalca, da se pravično porazdelijo tveganja, je treba pri iskanju rešitve čim bolj upoštevati način izvedbe del in uporabo instituta temu prilagoditi. Zato naj se poišče točka, ko je v konkretnem primeru prišlo do učinkovanja spremembe cene, to pa je čas, ko so bila dela opravljena, kar izhaja iz začasne situacije. Drugačna stališča so v nasprotju z namenom instituta, kot je bilo že prikazano, in vodijo v špekulativno ali nerealno spreminjanje cene. Seveda pa tudi pri tem veljajo splošna pravila o razmerju med začasno in končno situacijo. Če se v končni situaciji pokaže, da je dejanska količina manjša, potem se pravne posledice uredijo upoštevaje spremenjeno ceno, ne pa dogovorjene. Zato ne gre pritrditi stališču, da je merodajen čas izpolnitve obveznosti, ki pa nastopi šele ob končnem obračunu.

#### 4.4. Način uveljavljanja spremembe pogodbene cene

Zahtevek za spremembo (prilagoditev) pogodbene cene izhaja neposredno iz zakonske določbe, če so izpolnjeni vsi pogoji, ki jih določa zakon. Zato gre pri uveljavljanju te pravice za tipičen primer oblikovalne pravice, s katero lahko upravičena stranka enostransko spremeni pogodbeno vsebino. To je smiselno enak položaj kot pri zahtevku za znižanje kupnine oziroma spremembo pogodbene cene zaradi napak na blagu ali storitvi v okviru pravil, ki urejajo jamčevanje za napake izpolnitve. Razlika med položaji, da je jamčevanje za napake posledica dolžnikove kršitve, pri spremembi pogodbene cene zaradi zvišanja cen pa gre za zunanji vzrok, ne igra posebne vloge. Pri uveljavljanju pravice do zvišanja pogodbene cene gre za enostransko izjavo volje in naročnik takšnemu zahtevku ne more nasprotovati.<sup>26</sup> Zadošča že zahteva izvajalca, soglasje naročnika pa ni potrebno in prav tako ni treba spremeniti pogodbe. Seveda pa lahko naročnik takšni zahtevi nasprotuje, kar pomeni, da jo bo moral izvajalec uveljavljati v sodnem sporu.

Takšno pravilo velja po mojem mnenju tudi v pogodbah, sklenjenih v postopku javnega naročanja. Sprememba cene zaradi rasti cen elementov ni sprememba pogodbe po volji strank, ampak gre za pravico, ki jo daje zakon pogodbeni stranki. V tem primeru ne gre za dogovarjanje o vsebini spremembe, ampak samo za ugotovitev, da se dolgovana izpolnitev naročnika spremeni na podlagi objektivnih meril.

Dokazno breme zvišanja cene elementov je na izvajalcu. Ta mora dokazati, da je v časovnem razdobju od dneva, ki se vzame za izhodišče, do končnega upoštevnega dneva prišlo do zvi-

<sup>26</sup> Plavšak, v: Juhart, Plavšak, str. 1014.

šanja cene, ki presega merilo, ki je določeno v relevantnem pravnem pravilu. V poštev pridejo vsa dokazna sredstva, verjetno pa je v teh primerih smiselno upoštevati predvsem gibanje tržnih cen in različne javno objavljene indekse, ki te spremembe spremljajo. Posebnost je samo mehanizem iz uzanc 25 in 26, v katerih pravno pravilo samo napotuje na spremembo indeksa rasti cen življenjskih potrebščin.

## Literatura

- BLAGOJEVIĆ, Borislav, KRULJ, Vrleta (ur.). *Komentar ZOO, II. knjiga*. Beograd: Savremena administracija, 1983.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij*. Ljubljana: Uradni list, 1985.
- FURLAN, Mojca. Sprememba cene pri podjemni in gradbeni pogodbi zaradi rasti cen na trgu. *Podjetje in delo*, 2018, št. 1, str. 57.
- FURLAN, Mojca, PLAUSTAJNER, Petja. Vprašanja, ki jih odpirajo Posebne gradbene uzance 2020. *Odvetnik*, 2022, letn. 104, str. 7–18.
- HUSE, Joseph. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. London: Sweet & Maxwell, 2002.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. Povečanje pogodbene cene zaradi rasti cen gradbenih materialov. *Pravna praksa*, 2021, št. 19, str. 19–20.
- KRANJC, Vesna. *Gospodarsko pogodbeno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- PLAVŠAK, Nina (ur.). *Komentar posebnega dela Obligacijskega zakonika*. Ljubljana: Tax-Fin-Lex d. o. o., ABC Nepremičnine, d. o. o., 2021.



*Pravni letopis 2022*

## Prve izkušnje s kolektivno tožbo

# III.

MARKO DJINOVIČ

*Stroški postopka in financiranje kolektivne  
tožbe po Zakonu o kolektivnih tožbah*

URŠA KLEMENČIČ

*Uporaba Zakona o kolektivnih tožbah v praksi*



*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 347.921.2:347.921.6

# Stroški postopka in financiranje kolektivne tožbe po Zakonu o kolektivnih tožbah

MARKO DJINOVIĆ  
*magister pravnih znanosti,*  
*generalni sekretar Stalne*  
*arbitraže pri GZS*

## 1. Uvod

Mineva pet let od sprejetja Zakona o kolektivnih tožbah (ZKoIT),<sup>1</sup> ki je v pravnem redu Republike Slovenije zagotovil možnost kolektivnega uveljavljanja denarnih in drugih kompenzacijskih zahtevkov v primerih nekaterih množičnih oškodovanj (kolektivna odškodninska tožba), enotno ureditev kolektivnih opustitvenih tožb<sup>2</sup> in kolektivno poravnavo kot poseben institut sporazumnega reševanja sporov v korist oškodovancev v primerih množičnega oškodovanja.<sup>3</sup> Vendar je kolektivno sodno varstvo v Sloveniji zares zaživelo šele pred kratkim, saj je bilo samo v letošnjem letu vloženih 15 od skupaj 19 kolektivnih tožb, ki so vpisane v register kolektivnih tožb.<sup>4</sup> Večina teh kolektivnih tožb je financiranih s strani tretje osebe in je v fazi certifikacije, kar pomeni idealno priložnost, da slovenska sodišča v sorazmerno kratkem času oblikujejo stabilno sodno prakso (standarde) na področju stroškov postopka in financiranja kolektivnih tožb.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 55/17. ZKoIT je bil sprejet 26. 9. 2017, veljati je začel 21. 10. 2017, uporabljati pa se je začel 21. 4. 2018.

<sup>2</sup> Prvi odstavek 2. člena ZKoIT določa vrste zahtevkov, ki se lahko uveljavljajo s kolektivno tožbo, pri čemer področje uporabe opredeljuje široko (zahtevki potrošnikov iz pogodbenih razmerij oziroma zaradi kršitve pravic, zahtevki s področja antitrusta, zahtevki iz naslova kršitve pravil trgovanja na organiziranih trgih, zahtevki delavcev, odškodninski zahtevki zaradi povzročitve okoljske nesreče). Glede na široko področje uporabe ZKoIT je tudi v prihodnje pričakovati stabilen dotok novih primerov kolektivnih tožb.

<sup>3</sup> O sistemu kolektivnega sodnega varstva pravic po ZKoIT podrobneje Galič, Vlahek, str. 25–48. Glej tudi Vlahek, str. 495–515.

<sup>4</sup> Glej register kolektivnih tožb <[https://www.sodisce.si/sodni\\_postopki/register\\_kolektivnih\\_tozb/](https://www.sodisce.si/sodni_postopki/register_kolektivnih_tozb/)> (9. 11. 2022).

Stroške postopka in financiranje kolektivne tožbe ZKoIT ureja v V. poglavju, pri čemer večinoma prenaša besedilo Priporočila Evropske komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije 2013/396/EU<sup>5</sup> (v nadaljevanju: Priporočilo Evropske komisije). Ureditev iz V. poglavja ZKoIT je zanimiva za analizo predvsem zato, ker v slovenski pravni red uvaja nekatere nove, v našem pravnem okolju sorazmerno nepoznane institute. To so financiranje pravde (kolektivne tožbe) s strani tretje osebe (glej 59. člen ZKoIT),<sup>6</sup> *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja (glej 61. člen ZKoIT) in varščina za stroške postopka (glej 2. točko tretjega odstavka 29. člena ZKoIT).<sup>7</sup> Poleg tega spada Slovenija med peščico držav članic EU, ki posebej normativno urejajo institut financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe. Na splošno pa velja, da v državah članicah EU (še) ni dovolj izkušenj z uporabo tega instituta, sodna praksa večjih kontinentalnih jurisdikcij, na katero bi se morebiti lahko oprla naša sodišča, pa je skromna.<sup>8</sup>

Ker ZKoIT pri urejanju instituta financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe slepo sledi Priporočilu Evropske komisije, je nasledil tudi njegova številna protislovja. Zato bodo slovenska sodišča morala neizogibno odgovoriti na nekatera zahtevna vprašanja v zvezi z uporabo tega instituta. V prispevku se bo namreč potrdila teza, da je glede na ureditev iz 59. člena ZKoIT pristno (*stricto sensu*) financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe dejansko onemogočeno, saj je strukturirano kot dolžniški instrument (posojilo). Na njegovo mesto pa stopa sporno *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega

<sup>5</sup> UL L 201, 26. 7. 2013. Financiranje kolektivnih tožb s strani tretjih oseb je prišlo na dnevni red oblikovalcev politik EU pred približno desetletjem s sprejetjem Priporočila Evropske komisije 2013/396/EU, zatem pa Direktive (EU) 2020/1828 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2020 o zastopniških tožbah za varstvo kolektivnih interesov potrošnikov in razveljavitvi Direktive 2009/22/ES, UL L 409, 4. 12. 2020. Direktiva ni prinesla nobenega napredka na področju razumevanja in pravnega urejanja instituta financiranja kolektivnih tožb s strani tretjih oseb na ravni EU. Prišlo je celo do nazadovanja pravne ureditve, saj je direktiva odpravila nekatere varovalke pred morebitnimi zlorabami sodnih postopkov, ki so že bile vključene v Priporočilo Evropske komisije, na kar je tedaj opozarjala stroka. Glej Djinović, Vlahek, str. 78–82.

<sup>6</sup> V angleški pravni terminologiji se je uveljavilo poimenovanje *third-party litigation funding*.

<sup>7</sup> Varščina za stroške postopka (*security for costs*) je institut, ki je uveljavljen v *common law* pravnih sistemih.

<sup>8</sup> Evolucijsko gledano je TPLF proizvod sodnih sistemov vodilnih *common law* jurisdikcij. Poznavanje vzrokov za razvoj TPLF v teh sodnih sistemih zato pomeni osnovo za njegovo razumevanje v kontekstu regulacije na ravni EU in ZKoIT. V večjem delu Evrope je TPLF precej nerazvit koncept tako glede sodne prakse kot veljavne regulative, z izjemo Anglije in Walesa ter v omejenem obsegu tudi Nemčije, Nizozemske in Švice. V večini držav članic EU ni dostopne sodne prakse o TPLF. Empiričnih podatkov in izkušenj je malo. To pa ne pomeni, da se TPLF ne uporablja v EU. Ker je TPLF nov koncept za zakonodajo EU in sisteme civilnega pravosodja njenih držav članic, se zakonodajalci v EU ne morejo zanašati na evropske izkušnje s TPLF, temveč se lahko pri vzpostavljanju lastnega regulativnega okvira za TPLF učijo iz bogatih izkušenj vodilnih neevropskih jurisdikcij (denimo Anglija in Wales, Avstralija, Kanada, ZDA). Izčrpen primerjalnopravni pregled zakonodaje in sodne prakse sta pripravila Djinović, Vlahek, str. 38–56.

tveganja iz 61. člena ZKoIT, pri čemer pa ni jasno, ali tudi zanj veljajo jamstva in varovalke iz 59. člena ZKoIT.

Tematika je zaradi izrazitega povečanja števila vloženih kolektivnih odškodninskih tožb v letošnjem letu zelo aktualna. Namen tega prispevka je zato z analizo določb V. poglavja ZKoIT poudariti odprta vprašanja uporabe instituta financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe, poiskati odgovore nanje in ponuditi oporne točke za napolnjevanje številnih pravnih standardov, s katerimi je prežeta ureditev v ZKoIT. Namen prispevka je tudi ponuditi mogoče predloge za sistemske spremembe in dopolnitve V. poglavja ZKoIT skladno z najnovejšimi smernicami razvoja na ravni EU in v primerjalnem pravu.

## 2. Financiranje pravde s strani tretje osebe – v iskanju definicije

### 2.1. ZKoIT ne vsebuje definicije TPLF

Financiranje pravde s strani tretje osebe (angl. *third-party litigation funding*, v nadaljevanju: TPLF<sup>9</sup>) je nov institut, ki ga je v pravni red Republike Slovenije uvedel ZKoIT. Ena glavnih pomanjkljivosti ZKoIT (in Priporočila Evropske komisije, na katerega se opira<sup>10</sup>) je, da med opredelitvijo izrazov ne vsebuje definicije TPLF. Res je sicer, da gre pri TPLF za sorazmerno nov in raznovrsten pojav, finančna udeležba tretjih oseb v pravdi pa je mogoča v različnih oblikah, med katerimi je pogosto težko potegniti ostro ločnico. Vendar bi ob uvedbi povsem novega instituta tako opredelitev vsekakor pričakovali pod predpostavko, da je zakonodajalec v celoti razumel predmet zakonskega urejanja.<sup>11</sup> Odsotnost definicije TPLF v ZKoIT navsezadnje otežuje delo sodišč pri napolnjevanju pravnih standardov in ustrezni aplikaciji zakonskih varovalk pred nedobrovernim pravdanjem. Kot bomo videli v nadaljevanju prispevka, na podlagi 59. člena ZKoIT namreč ni mogoče zanesljivo opredeliti pravne narave instituta financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe. Če želimo analizirati V. poglavje ZKoIT, moramo zato najprej opredeliti TPLF.

<sup>9</sup> Poimenovanja za ta institut slovenska pravna terminologija do sprejetja ZKoIT ni poznala. V teoriji in praksi je najpogostejše uporabljen angleški izraz *third-party litigation funding* (TPLF), ki ga za potrebe tega prispevka prevajam kot »financiranje pravde s strani tretje osebe« in kot nadpomenka obsega tudi institut »financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe« v smislu 59. člena ZKoIT. V nadaljevanju bom iz praktičnih razlogov za označevanje vseh njegovih pojavnih oblik (v širšem pomenu besede) uporabljal kratico TPLF. Terminološki odenki in njihov praktični pomen bodo obravnavani v nadaljevanju prispevka.

<sup>10</sup> Tudi kasneje sprejeta Direktiva (EU) 2020/1828 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2020 se izogne opredelitvi TPLF in tozadevno ne prinaša dodane vrednosti.

<sup>11</sup> Glede kritike veljavne ureditve in priporočil evropskemu ter nacionalnim zakonodajalcem pri normativnem urejanju TPLF v postopkih kolektivnega sodnega varstva glej Djinić, Vlahek, str. 75–85.

## 2.2. Gospodarski pomen TPLF<sup>12</sup>

TPLF je investiranje v tuj zahtevek. Finančniki poudarjajo, da financierji ne sledijo enotnemu poslovnemu modelu.<sup>13</sup> Njihova skupna značilnost je, da z investiranjem kapitala strankam sodnih postopkov zagotavljajo brezregresno financiranje stroškov postopka<sup>14</sup> v zameno za dogovorjeno premijo v primeru uspeha zahtevka. Glavno vprašanje, ki zaposluje finančnike, je torej, kako financierji verjetnost uspeha zahtevka pretvorijo v investicijo. S pomočjo odvetnikov, finančnikov in poslovnih svetovalcev financierji za vsak zahtevek skrbno ocenijo možnosti za uspeh v postopku.<sup>15</sup> Od možnosti za uspeh zahtevka so odvisni pogoji, pod katerimi je financer pripravljen investirati v zahtevek stranke (pričakovani donos – v denarju izražena premija za uspeh). Torej, večje kot je tveganje za neuspeh zahtevka, višja je zahtevana donosnost (cena) in manj kapitala so financierji pripravljeni investirati v zahtevek. Zato se tudi pogoji financiranja razlikujejo od primera do primera. Pri razpravljanju o gospodarskem namenu transakcije je navsezadnje pomembno tudi, da financer ni stranka sodnega postopka. Kot tretja oseba pridobi financer z investicijo le ekonomski interes za izid postopka, zato je zainteresiran za aktivno sodelovanje pri sprejemanju strateških odločitev v zvezi z upravljanjem zahtevka.<sup>16</sup>

Motivi za povpraševanje strank po TPLF so raznoliki. Iskanje zunanjih virov financiranja stroškov sodnega postopka je lahko potrebno že zato, da je finančno šibki stranki sploh omogočena uveljavitev zahtevka (dostop do pravice).<sup>17</sup> Lahko pa so motivi strank za uporabo TPLF bolj sofisticirani in sledijo (pragmatični) gospodarski logiki. Eden takih motivov je iskanje »računovodsko nevtralnih« rešitev za financiranje stroškov pravde, ki ne vplivajo na likvidnost stranke in ne bremenijo njene bilance. Posamezne stranke se tudi niso pripravljene izpostaviti stroškovnemu tveganju neuspeha v pravdi in ga želijo deliti s financierjem. Nekateri ocenjujejo, da se je TPLF hitro uveljavil zato, ker uporabnikom omogoča, da z vključitvijo financierja sprostijo znatna finančna sredstva, ki bi sicer obtičala v nerešenih zahtevkih, pri čemer lahko učinkovito obvladujejo tveganje neuspeha v postopku.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Za podrobno razvojno in vzročno analizo TPLF, vključno z razčlenbo različnih definicij TPLF v teoriji in praksi, glej Djinović, *Financiranje*, str. 343–384, po katerem je povzet prikaz v tej točki.

<sup>13</sup> Affaki, str. 11. Glej tudi Veljanovski, str. 430.

<sup>14</sup> Zlasti sodne takse, stroške pravnega zastopanja in stroške dokazovanja, na podlagi posebnega dogovora pa pogosto tudi (adversarne) stroške nasprotne stranke v primeru neuspeha z zahtevkom.

<sup>15</sup> Glej tudi Hodges, Peysner, Nurse, str. 15–65.

<sup>16</sup> Te odločitve obsegajo med drugim izbiro odvetnika, dokazovanje, postavitev izvedencev in določanje strategije pravljanja ter pogojev za poravnavo.

<sup>17</sup> Happ, v: Shannon, Bench-Nieuwveld, str. xix.

<sup>18</sup> Bgart, str. 3.

Aktualni so tudi primeri, ko se stranke odločijo za TPLF zaradi izenačenja orožij (pogajalske moči) v pravdi. Praksa kaže, da pravda ni vselej spopad enakovrednih nasprotnikov,<sup>19</sup> predvsem v smislu razpoložljivih finančnih sredstev in izgub, ki so jih stranke sposobne absorbirati. V tem primeru lahko uporaba TPLF (če je znana nasprotni stranki) bistveno spremeni razmerje moči v pravdi. Financirana stranka ima namreč poleg stabilnega financiranja stroškov postopka zagotovljen tudi dostop do odvetniških storitev in poglobljene analize utemeljenosti zahtevka s strani financerja.<sup>20</sup> TPLF je tako pomemben signal za gospodarsko močnejšo stranko.<sup>21</sup>

Vendar ne gre podcenjevati tudi možnosti, da pride do obrnjenega položaja, ko TPLF odločilno spremeni razmerje moči tako, da postane tožnik močnejša stranka. Kolektivna tožba se lahko tedaj (kljub sicer šibkim možnostim za uspeh) zlorabi kot sredstvo za izvajanje pritiska na toženca (običajno korporacijo) s ciljem sklenitve zanj neugodne poravnave.<sup>22</sup> Do takšnih položajev lažje pride v tistih sistemih kolektivnega pravnega varstva (kakršen je tudi po ZKoIT), v katerih je stroškovno tveganje tožnika sorazmerno majhno oziroma je administrativno znižano s posebnimi pravili o določitvi vrednosti spornega predmeta ter financiranja kolektivne tožbe.<sup>23</sup> Sorazmerno nizki stroški postopka in majhno stroškovno tveganje ne delujejo preventivno, v smeri odvracanja tožnikov od nedobrovernega pravljanja. Ravno nasprotno, lahko spodbujajo kulturo pravljanja in tako strankam omogočajo zgolj dostop do foruma, ne pa nujno tudi dostopa do pravice. Zato bi morala biti sodišča pri presoji varovalk v fazi certifikacije kolektivne tožbe posebej pozorna na vidik možne zlorabe kolektivnega pravnega varstva s strani »serijskih« oziroma »instant« vlagateljev kolektivnih tožb.

### 2.3. Opredelitev TPLF

Osvetlitev ekonomskega ozadja TPLF nam omogoča, da v nadaljevanju postavimo njegovo delovno definicijo.<sup>24</sup> Ta je v kontekstu ZKoIT pomembna, saj nam bo v nadaljevanju poma-

<sup>19</sup> Galanter, str. 97–114.

<sup>20</sup> Več o tem Steinitz, str. 1300–1318.

<sup>21</sup> Glej de Mompurgo, str. 382–383.

<sup>22</sup> Glej Djinović, Vlahek, str. 14.

<sup>23</sup> V obrazložitvi zakonodajnega gradiva predlagatelj izrecno poudarja, da je »treba upoštevati, da kolektivna odškodninska tožba zasleduje tudi javni interes, zato je upravičeno, da se določitev vrednosti spora (od katere se računajo sodne takse) določi pod resnično ekonomsko vrednostjo spora«. Temu načelu sledijo tudi posebna pravila o določanju vrednosti spornega predmeta iz 58. člena ZKoIT. Glej predlog Zakona o kolektivnih tožbah, EVA 2016-2030-0007, str. 16, dostopen na: <<https://e-uprava.gov.si/.download/edemokracija/datotekaVsebinska/257817?disposition=inline>> (7. 11. 2022).

<sup>24</sup> V teoriji in praksi se o definiciji TPLF veliko razpravlja. Avtorji ponujajo razne opredelitve, ki se med seboj razlikujejo predvsem po tem, kako širok spekter različnih pojavnih oblik finančne udeležbe tretjih oseb v pravdi zajamejo pod pojem TPLF. Glej Khouri, Hurford, str. 3; Park, Rogers, str. 4–5.

gala pri kvalifikaciji institutov financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe iz 59. člena ZKoliT in odvetniškega financiranja kolektivne tožbe iz 61. člena ZKoliT.

Za namen tega prispevka ponujam naslednjo delovno opredelitev TPLF:

TPLF pomeni, da tretja oseba (financer) zagotavlja stranki financiranje stroškov postopka v zameno za dogovorjeno premijo v primeru uspeha z zahtevkom, običajno kot delež na izkupičku iz odločbe, izdane v sodnem postopku, oziroma poravnave, dosežene v postopku.<sup>25</sup>

Za pravi (*stricto sensu*) TPLF je torej značilno, da financer zagotavlja stranki brezregresno financiranje stroškov pravde v zameno za dogovorjeno premijo v primeru uspeha z zahtevkom, običajno kot delež na izkupičku iz postopka ali večkratnik plačanih stroškov. Plačilo financerja je odvisno od uspeha stranke z zahtevkom, zato v primeru neuspeha financer ne prejme ničesar. Financer ni stranka postopka, zato kot tretja oseba z investicijo pridobi le ekonomski interes za zahtevek (izid postopka), ne pa tudi pravnega.<sup>26</sup>

Z analizo v nadaljevanju prispevka se bo pokazal paradoks ureditve iz V. poglavja ZKoliT, saj institut *sui generis* odvetniškega financiranja kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja iz 61. člena ZKoliT<sup>27</sup> dejansko ustreza ponujeni definiciji TPLF *stricto sensu*, medtem ko institut financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe iz 59. člena ZKoliT od te definicije bistveno odstopa v smeri dolžniškega instrumenta.

## 2.4. Razmejitev med TPLF in sorodnimi oblikami finančne udeležbe tretjih oseb v postopku<sup>28</sup>

Poleg pravega TPLF imajo stranke na voljo tudi številne druge možnosti financiranja pravde, ki predvidevajo različne oblike finančne udeležbe tretjih oseb. Predvsem gre za odvetniške

<sup>25</sup> Primerjaj Djinovič, Vlahek, str. 11–13. Primerjaj tudi definicijo iz 3. člena nedavno sprejete Resolucije Evropskega parlamenta z dne 13. septembra 2022 s priporočili Komisiji za odgovorno zasebno financiranje pravnih postopkov (2020/2130(INL)) »financer pravnih postopkov pomeni podjetje, ki sklene sporazum o financiranju s strani tretje osebe v zvezi s postopki, čeprav ni niti stranka v teh postopkih, niti odvetnik niti drug pravni strokovnjak, ki zastopa stranko v takih postopkih, niti ponudnik reguliranih zavarovalnih storitev stranki v teh postopkih, in katerega glavni cilj je prejeti povračilo naložbe, ki jo izvede z zagotavljanjem financiranja v zvezi s temi postopki, ali pridobiti konkurenčno prednost na določenem trgu«.

<sup>26</sup> Povzeto po Djinovič, Vlahek, str. 11–14.

<sup>27</sup> ZKoliT institut sicer poimenuje »plačilo v deležu od prisojenega zneska«, kar je zavajajoče, saj v prvem odstavku 61. člena ureja dva različna pravna instituta, ki imata različno pravno naravo.

<sup>28</sup> Podrobnejšo razmejitev med pravim TPLF in sorodnimi oblikami finančne udeležbe tretjih oseb v postopku, zlasti odvetniškimi, zavarovalnimi in drugimi produkti, ki jih teorija in praksa pogosto razumeta kot TPLF v širšem pomenu besede, določa Djinovič, Financiranje, str. 343–384.

storitve, storitve zavarovalnega trga in druge sorodne instrumente, ki jih teorija pogosto šteje za TPLF v širšem pomenu besede (»TPLF *lato sensu*«).<sup>29</sup>

TPLF sorodne instrumente financiranja stroškov pravde lahko glede na njihov ekonomski namen in obliko finančne udeležbe tretje osebe kategoriziramo v štiri skupine: (1) dolžniški instrumenti (*debt instruments*); (2) instrumenti za izognitev tveganjem (*risk-avoidance instruments*); (3) lastniški instrumenti – investicija v zahtevek (*equity instruments*); (4) sprememba pripadnosti zahtevka (*assignment*).<sup>30</sup> Posamezne modalitete se med seboj razlikujejo le v nekaterih odtenkih, ki pa lahko imajo pomembne ekonomske in pravne učinke.

Na eni strani spektra so klasični dolžniški instrumenti, pri katerih gre pravzaprav za posojilno razmerje med financirano stranko in posojilodajalcem (na primer bančno posojilo). Ne glede na izid postopka mora financirana stranka posojilo vrniti. Ločnica s TPLF je jasna: tveganje neuspeha v celoti prevzema financirana stranka. V teh primerih financirana stranka zadrži polni nadzor nad postopkom in razpolaganjem z zahtevkom. Druga skrajnost pa je sprememba pripadnosti zahtevka, katere posledica je, da se na strani tožnika zamenja stranka postopka. Običajno se izvede z odplačnim odstopom terjatve iz temeljne pogodbe v razmerju med odstopnikom (tožnikom) in prevzemnikom (novim tožnikom) ter obvestilom odstopljenemu dolžniku (toženi stranki).<sup>31</sup> Tipična primera sta cesija in faktoring. Originalni tožnik (odstopnik) izgubi možnost razpolaganja z zahtevkom. Obe skupini instrumentov je razmeroma preprosto ločiti od TPLF.

Dolžniškim oblikam financiranja sledijo po gradaciji navzgor instrumenti za izognitev tveganjem. V to skupino se večinoma uvrščata odvetniško financiranje na osnovi t. i. *conditional fee* (CFA) dogovorov in zavarovanje za stroške postopka (*legal expenses insurance* – LEI, ki vključuje *after the event insurance* – ATE in *before the event insurance* – BTE).

*Conditional fee* (CFA) dogovor pomeni, da pravni zastopnik (odvetnik) prevzame zastopanje stranke pod predpostavko, da v primeru neuspeha v postopku ne bo prejel polnega plačila, temveč le znižano plačilo. V primeru uspeha v postopku pa odvetnik stranki zaračuna svojo običajno tarifo, poleg tega pa tudi dodatek (premijo) za uspeh, ki je običajno izračunana kot odstotek od običajne tarife in izraža raven tveganja, ki ga s takim financiranjem prevzema odvetnik. Odvetniki tako ne prevzamejo polnega tveganja za neuspeh in so v vsakem primeru upravičeni do znižanega plačila, v primeru uspeha pa do premije, ki upošteva prevzeto tveganje. V teh primerih se tveganje porazdeli med odvetnika in financirano stranko.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Primerjaj Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 4–7.

<sup>30</sup> Kategorizacija povzeta po van Boom, str. 25–28. Glej tudi Park, Rogers, str. 4.

<sup>31</sup> Van Boom, str. 25–26.

<sup>32</sup> Hodges, Peysner, Nurse, str. 11 in 17–18. Glej tudi Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 5.

LEI pomeni zavarovanje za stroške, ki stranki nastanejo zaradi uveljavljanja zahtevka ali obrambe pred zahtevkom v pravdi. Večina zavarovanj LEI krije tako lastne stroške, ki jih ima stranka v postopku, kot tudi tveganje, da bo morala stranka povrniti stroške nasprotni stranki. Zavarovalno kritje je običajno omejeno navzgor. V praksi se uporabljata dve obliki zavarovanj LEI: BTE LEI in ATE LEI. Za BTE LEI je značilno, da ga stranka pridobi pred nastankom spora (zahtevka), tj. pred nastankom zavarovalnega primera, kot zaščito pred tveganjem nastanka prihodnjih stroškov postopka. Zavarovanec običajno v ta namen plačuje letno premijo,<sup>33</sup> ki je neodvisna od uspeha v postopku, zato zavarovatelj BTE tudi nima neposrednega ekonomskega interesa glede izida postopka.<sup>34</sup> Drugače pa je v primeru ATE LEI, ko si stranka prisrbi zavarovanje po nastanku spora (zahtevka). ATE LEI običajno ščiti financirano stranko (zavarovanca) pred tveganjem, da bo morala v primeru neuspeha povrniti nasprotni stranki stroške postopka.<sup>35</sup> V primeru uspeha financirane stranke v postopku je zavarovalnica upravičena do dogovorjene premije. Plačilo premije je torej odloženo do konca postopka in se aktivira zgolj v primeru uspeha financirane stranke. Pogoji zavarovanja se v praksi razlikujejo, vendar ATE zavarovatelj za financirano stranko praviloma ne plačuje (zalaga) stroškov postopka, temveč jo ščiti pred stroškovnim tveganjem, če izgubi spor (*risk-avoidance instrument*).<sup>36</sup> V primeru ATE LEI financirana stranka ohrani omejen nadzor nad postopkom, saj zavarovalnica opravi začetno oceno utemeljenosti zahtevka in želi imeti vpliv na strategijo vodenja postopka.<sup>37</sup> Zaradi vsečnosti premije za uspeh je zavarovalnica (ekonomske) zainteresirana glede izida postopka. V tem je ATE LEI tudi najbolj podoben TPLF, bistvena razlika med njima pa je investicijski vidik, ki je bistvena prvina TPLF, v ATE LEI pa ga ne zasledimo.<sup>38</sup>

V zadnji skupini so lastniški instrumenti financiranja. Njihova skupna značilnost je investicija v tuj zahtevek, ki lahko ima različne oblike. V to skupino spadajo t. i. *contingency fee* dogovori,<sup>39</sup> s katerimi se odvetnik zaveže zastopati stranko v pravdi na lastne stroške in tveganje, financirana stranka pa se zaveže odvetniku odstopiti delež (odstotek) od zneska, ki ga sodišče prisodi stranki oziroma ga stranka pridobi iz naslova pravnave. Če stranka v postopku

<sup>33</sup> Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 11.

<sup>34</sup> Clanchy, str. 66.

<sup>35</sup> Kantor, str. 57.

<sup>36</sup> Clanchy, str. 58–59.

<sup>37</sup> Van Boom, str. 28.

<sup>38</sup> Seidel, str. 353.

<sup>39</sup> Taki dogovori so v nekaterih jurisdikcijah prepovedani (na primer v Avstriji, Belgiji, na Nizozemskem, v Franciji in na Irskem), dopuščeni pa so na primer v ZDA, Kanadi, Italiji, Španiji, Nemčiji in Sloveniji. Pregled po jurisdikcijah je pripravil Veljanovski, str. 409.

ne uspe, odvetnik ne prejme ničesar.<sup>40</sup> *Contingency fee* dogovor omogoča financirani stranki, da v zameno za primerno premijo prenese na odvetnika tveganje plačila stroškov pravnega zastopanja. Avtorji enotno poudarjajo, da so odvetniki pripravljeni sklepati take dogovore s strankami le, če prej ocenijo, da obstajajo velike možnosti za uspeh zahtevka po temelju in višini ter so potencialno prisojeni zneski dovolj visoki, da odtehtajo tveganje.<sup>41</sup> *Contingency fee* dogovori zato predpostavljajo močno vlogo in izrazito poudarjen vpliv financerja na potek postopka in določanje strategije pravednosti.<sup>42</sup> Te značilnosti *contingency fee* dogovore močno približujejo pravemu TPLF, zaradi česar je med njima težko potegniti ostro ločnico. Nemara je ključna razlika med obema oblikama financiranja v tem, da pri prvem financer investira svoje storitve in čas, pri drugem pa kapital.<sup>43</sup>

### 3. Stroški postopka in financiranje kolektivne tožbe v sistemu ZKoLT

#### 3.1. Prvine normative ureditve in pravni standardi

Pravna pravila o stroških postopka in financiranju kolektivne tožbe iz V. poglavja ZKoLT imajo implikacije v številnih določbah zakona (v različnih fazah postopka). Zaradi lažje predstave je v nadaljevanju podan pregled relevantnih določb ZKoLT in povezav med njimi.

| Člen ZKoLT                             | Institut/predmet urejanja                                          |
|----------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| <b>Temeljna ureditev (V. poglavje)</b> |                                                                    |
| 58.                                    | Posebna pravila o določitvi vrednosti spornega predmeta            |
| 59.                                    | Financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe                |
| 60.                                    | Načelo uspeha<br>Specialno pravilo o nujnih »predpravnih« stroških |
| 61.                                    | Plačilo v deležu od prisojenega zneska                             |
| 62.                                    | Odgovornost članov skupine za stroške                              |
| 63.                                    | Prioriteta poplačila stroškov                                      |
| <b>Implikacije v postopku</b>          |                                                                    |
| 11.                                    | Smiselna uporaba ZPP                                               |

<sup>40</sup> Steinitz, str. 1292. Glej tudi Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 5.

<sup>41</sup> Khouri, Hurford, str. 12.

<sup>42</sup> Van Boom, str. 27–28.

<sup>43</sup> Primerjaj Steinitz, str. 1293–1294.

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>17/1 (4)</b>   | Nerazumni stroški kot razlog za zavrnitev potrditve kolektivne poravnave s strani sodišča                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>25</b>         | Posebno pravilo o razporeditvi stroškov med stranke v postopku kolektivne poravnave                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>26/1 (13)</b>  | Obvezne sestavine kolektivne odškodninske tožbe: podatki o stroških postopka in morebitnem financiranju kolektivne tožbe s strani tretje osebe v skladu z 59. členom ZKoIT                                                                                                                                                  |
| <b>28/4 (6,7)</b> | Pogoji za odobritev kolektivne tožbe: predhodna sodna kontrola izpolnjenosti pogojev iz 59. člena ZKoIT in razumnosti dogovora z odvetnikom o plačilu po deležu od prisojenega zneska po 61. členu ZKoIT                                                                                                                    |
| <b>29/3 (2)</b>   | Varščina za stroške postopka (kot možen pogoj za učinkovanje sklepa o odobritvi kolektivne tožbe)                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>32/1 (8)</b>   | Obvestilo sodišča članom skupine o odobritvi odškodninske kolektivne tožbe: podatki o morebitnem dogovoru tožnika z odvetnikom o plačilu nagrade iz deleža prisojenega zneska (61. člen ZKoIT) in pouk o tem, da člani skupine v primeru neuspešne tožbe ne nosijo tveganja povrnitve adversarnih stroškov (62. člen ZKoIT) |
| <b>35/4</b>       | Odgovornost prvotnega tožnika za plačilo stroškov v primeru zamenjave tožnika na podlagi sklepa sodišča                                                                                                                                                                                                                     |
| <b>38/1 (8)</b>   | Sestavine kolektivne odškodninske sodbe: odločitev o stroških postopka                                                                                                                                                                                                                                                      |

Za ureditev stroškov postopka in financiranja kolektivne tožbe po ZKoIT je značilna uporaba pravnih standardov, ki jih morajo sodišča napolniti v posameznih primerih. Med njimi velja poudariti:

- navzkrižje interesov med tretjo osebo ter tožečo stranko in člani njegovega kolektiva (prva alineja drugega odstavka 59. člena ZKoIT);
- zadostna sredstva tretje osebe za izpolnitev finančnih obveznosti do tožeče stranke (druga alineja drugega odstavka 59. člena ZKoIT);
- zadostna sredstva in ustrezna zavarovanja tožeče stranke za poplačilo stroškov nasprotnne stranke v primeru neuspeha s tožbo (tretja alineja drugega odstavka 59. člena ZKoIT);
- poskus odločilnega vplivanja na procesne odločitve tožeče stranke (prva alineja tretjega odstavka 59. člena ZKoIT);
- nujne stroške, ki jih je tožeča stranka imela pred vložitvijo tožbe (drugi odstavek 60. člena ZKoIT);
- razumnost dogovora z odvetnikom o plačilu po deležu iz prisojenega zneska (sedma alineja četrtega odstavka 28. člena ZKoIT).

Posamezni pravni standardi (ki kažejo na pomembna pravno-politična vprašanja) so podrobneje obravnavani v nadaljevanju prispevka.

### 3.2. Načelo uspeha v postopku

Med glavne prvine ZKoliT spada (univerzalno sprejeto<sup>44</sup> in v slovenskem pravnem redu zasidrano) načelo uspeha v postopku, po katerem mora stranka, ki v kolektivni tožbi ne uspe, nasprotni stranki povrniti stroške, ki so bili potrebni za postopek. Skladno s pravilom 11. člena ZKoliT o smiselni uporabi določb Zakona o pravdnem postopku (ZPP)<sup>45</sup> bo sodišče pri odločanju o stroških postopka smiselno uporabljalo (tudi) pravila dvanajstega poglavja ZPP, denimo pravila o povrnitvi stroškov v posebnih procesnih položajih, izjeme od načela uspeha itn.

ZKoliT ureja zastopniške kolektivne tožbe, kar pomeni, da posamezni oškodovanci (člani skupine) niso stranke postopka kolektivnega sodnega varstva. Procesno upravičenje (legitimacijo) za vložitev kolektivne tožbe imajo skladno s 4. členom ZKoliT predvsem upravičene organizacije, tj. pravne osebe zasebnega prava, ki opravljajo nepridobitno dejavnost in pri kateri obstaja neposredna povezava med njenimi glavnimi cilji delovanja in pravicami, ki naj bi bile kršene in v zvezi s katerimi se vlaga tožba.<sup>46</sup> Ker oškodovane osebe (člani skupine), v korist katerih je vložena tožba, niso stranke postopka, ne prevzemajo stroškovnega tveganja, ampak ga prevzema tožeča stranka. Izpeljava tega načela je zajeta v 62. členu ZKoliT, ki določa, da člani skupine niso odgovorni za povračilo stroškov nasprotni stranki, razen stroškov, ki so jih povzročili po svoji krivdi.

Za prakso utegne biti zanimiva tudi določba drugega odstavka 60. člena ZKoliT, po kateri se med stroške postopka štejejo tudi nujni stroški, ki jih je tožeča stranka imela pred vložitvijo tožbe z aktivnostmi glede organiziranja in obveščanja članov skupine o nameri vložitve kolektivne tožbe. To je nov koncept (kategorija stroškov), zato bodo morala sodišča pri odločanju o stroških postopka napolniti standard nujnosti (glede kvalifikacije in razumne višine teh stroškov), pri čemer beseda »nujni« napotuje na utesnjeno razlago. Pričakovati je tudi, da bodo v praksi financerji kot »del paketa« prevzemali financiranje teh »predpravnih« stroškov, tožniki pa bodo pri odločanju sodišča o certifikaciji kolektivne tožbe to uporabljali kot argument v

<sup>44</sup> Načelo uspeha v postopku, ki je vsebovano v prvem odstavku 60. člena ZKoliT, je tudi eno od osrednjih načel Priporočila Evropske komisije (glej 13. točko).

<sup>45</sup> Uradni list RS, št. 73/07 in nasl.

<sup>46</sup> Pričakovati je, da bodo (na aktivni strani) stranke postopkov kolektivnega sodnega varstva predvsem različne potrošniške organizacije, gospodarska in druga interesna združenja, sindikati ter nevladne organizacije (NVO), ki se lahko ustanovijo tudi *ad hoc*, v povezavi s konkretnim postopkom.

prid razumnosti dogovorjene premije financerja.<sup>47</sup> Menim, da v teh primerih ne bi smelo zadostovati le pavšalno sklicevanje tožnika na tak dogovor s financerjem, temveč da bi moral tožnik že v kolektivni tožbi<sup>48</sup> transparentno izkazati in dokumentirati te predpravdne stroške (ki so predmet financiranja), da bi sodišče lahko ocenilo njihov vpliv na prevzeto stroškovno tveganje, ki je odločilno pri presoji razumnosti plačila financerja.

Poleg tega bo morala sodna praksa odgovoriti na vprašanje, ali se tudi »obresti« iz tretje alineje tretjega odstavka 59. člena ZKoliT, ki jih je tožeča stranka morala plačati financerju v zameno za (posojilno) financiranje kolektivne tožbe, štejejo za stroške, ki so potrebni za postopek. Menim, da je plačilo financerju iz tretje alineje tretjega odstavka 59. člena ZKoliT treba obravnavati smiselno enako kot premijo za uspeh, ki jo prejme odvetnik na podlagi dogovora iz drugega stavka prvega odstavka 61. člena ZKoliT.<sup>49</sup> V teh primerih se odvetnik zaveže, da bo v primeru neuspeha v pravdi sam poravnal vse stroške postopka, zato njegova premija za uspeh, ki je omejena pri 30 odstotkih od prisojenega zneska, ni le plačilo za zastopanje, temveč odvetnik s prevzemom (sicer zanj netipičnega) celotnega stroškovnega tveganja postane financer *stricto sensu*. Upoštevati moramo tudi, da bo v večini primerov plačilo odvetniku po deležu iz prisojenega višje od plačila, ki bi ga dobil po odvetniški tarifi. Obveznost povrnitve stroškov za nasprotno stranko pa se glede odvetniške nagrade računa skladno z določili ZPP, po odvetniški tarifi.<sup>50</sup> To pomeni, prvič, da lahko financirana stranka, ki je uspela v postopku, od nasprotne stranke zahteva povrnitev premije za uspeh odvetnika le do višine sicer razumnih stroškov pravnega zastopanja v konkretnem primeru. In drugič, povrnitev premije za uspeh financerja kot take ni mogoče zahtevati, je pa mogoče zahtevati (razumne) stroške postopka, ki jih je financer plačal za stranko.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Primerjaj 7. točko četrtega odstavka 28. člena ZKoliT.

<sup>48</sup> Ker morajo ti stroški po dikciji drugega odstavka 60. člena ZKoliT nastati »pred vložitvijo tožbe«, jih je po naravi stvari mogoče dokumentirati in kvantificirati že ob vložitvi tožbe.

<sup>49</sup> Oboji morajo prestatiti tudi predhodno sodno kontrolo v fazi odobritve (certifikacije) kolektivne tožbe. Primerjaj 6. in 7. točko četrtega odstavka 28. člena ZKoliT.

<sup>50</sup> Primerjaj 11. člen ZKoliT.

<sup>51</sup> Smiselno enako velja tudi za primere plačila odvetniku v deležu od prisojenega zneska skladno s prvim stavkom prvega odstavka 61. člena ZKoliT (klasični *pactum de quota litis*). Koristna je primerjava z mednarodno gospodarsko arbitražo, pri čemer je že večinsko sprejeto stališče, da premija za uspeh, ki jo mora financirana stranka v primeru uspeha z zahtevkom plačati odvetniku (*contingency fee*) oziroma financerju (v primeru pravega TPLF), pomeni kompromis, ki ga financirana stranka sprejme zato, da financer nase prevzame tveganja, povezana s plačilom stroškov postopka, in ta obljuba premije ni povezana s postopkom kot takim oziroma je osebne narave. Zato načeloma ni primerno, da bi tribunali pri odločanju o stroških financiranim strankam prisojali takšne premije za uspeh, saj premija ni strošek postopka, ki bi bil neposredno povezan z uveljavljanjem zahtevka. O tem vprašanju (v kontekstu arbitraže) podrobneje in podprto z arbitražno prakso Djinović, Odločanje, str. 231–235.

### 3.3. Posebna pravila za določitev vrednosti spornega predmeta

ZKoLT v 58. členu vsebuje posebna pravila za določitev vrednosti spornega predmeta. V prvem odstavku vrednost spornega predmeta kolektivne odškodninske<sup>52</sup> tožbe administrativno znižuje na dvajset odstotkov seštevka ocenjene vrednosti vseh zneskov članov skupine ali dvajset odstotkov zahtevka za plačilo agregatne odškodnine. S tem se občutno zmanjša stroškovno tveganje za tožnike (in financerje) glede sodnih taks in tudi glede višine povrnitve stroškov zastopanja stranki, ki v postopku uspe. Načeloma to povečuje dostop do kolektivnega pravnega varstva v Sloveniji, istočasno pa zmanjšuje potencialno povpraševanje po pristnem TPLF. Kot bomo videli v nadaljevanju, je zaradi omejevanja stroškovnega tveganja v kombinaciji z liberalizacijo odvetniškega financiranja možnost za financiranje kolektivne tožbe po 59. členu ZKoLT praktično izničena. Na drugi strani pa pravila ZKoLT o določitvi vrednosti spornega predmeta lahko pomenijo pritisk na nižanje stroškov zastopanja in spodbudo za dogovore o plačilu od prisojenega zneska po 61. členu ZKoLT. Težko si je namreč predstavljati, da bi odvetnik v sistemu stroškov, kot ga ureja ZKoLT, prevzel zastopanje tožeče stranke po odvetniški tarifi.<sup>53</sup> To pa lahko postavi pod vprašaj skladnost 61. člena ZKoLT s pravnopolitičnimi cilji iz 29.<sup>54</sup> in 30.<sup>55</sup> točke Priporočila Evropske komisije, ki državam članicam priporoča restriktiven pristop pri urejanju plačila odvetnikov od prisojenega zneska (angl. *contingency fee*), ne pa spodbujanje le-tega. Kaže torej, da je naš zakonodajalec v tem delu zavestno ubral Priporočilo Evropske komisije nasproten pristop, pri čemer razlogov za takšen odklon ni pojasnil.

<sup>52</sup> V postopku s kolektivno opustitveno tožbo pa vrednost spornega predmeta ne glede na dejanski ekonomski pomen spora ne sme presegati 10.000 evrov, pri čemer sodišče upošteva zapletenost in pomen zadeve z vidika tožene stranke, kolektivnih pravic in javnega interesa (drugi in tretji odstavek 58. člena ZKoLT). Primerjaj točko 52 obrazložitve kolektivne opustitvene sodbe Okrožnega sodišča v Ljubljani I Pk 3/2019 z dne 4. 5. 2021, iz katere izhaja dolžnost tožene stranke, da tožeči stranki povrne stroške zastopanja v znesku 1.612,36 evra. Če temu prištejemo še ob vložitvi kolektivne tožbe plačano sodno takso v vrednosti 180,00 evra, je jasno, da je stroškovno tveganje tožeče stranke zanemarljivo. Dostopno v registru kolektivnih tožb: <[https://www.sodisce.si/sodni\\_postopki/kolektivne\\_tozbe/321S03201900003/](https://www.sodisce.si/sodni_postopki/kolektivne_tozbe/321S03201900003/)> (8. 11. 2022).

<sup>53</sup> Hitra analiza v registru javno dostopnih kolektivnih odškodninskih tožb, ki so bile vložene v letih 2021 in 2022, pokaže, da je bilo v vseh primerih na podlagi 61. člena ZKoLT dogovorjeno odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja proti plačilu 30-odstotne premije od prisojenega zneska.

<sup>54</sup> »Države članice bi morale zagotoviti, da odvetniške nagrade in metoda, po kateri se izračunajo, ne spodbujajo sodnih sporov, ki z vidika interesov katere koli od strank niso nujni.«

<sup>55</sup> »Države članice ne bi smele dovoliti odvetniških nagrad, vezanih na višino odškodnine, ki bi lahko povzročile take spodbude. Države članice, ki izjemoma dovoljujejo takšne nagrade, bi morale zagotoviti ustrezno nacionalno ureditev navedenih nagrad v zadevah na podlagi kolektivnih pravnih sredstev, pri čemer bi bilo treba zlasti upoštevati pravico članov kolektiva tožnika do polnega nadomestila.«

### 3.4. Financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe

Določba 59. člena ZKoIT ne vsebuje opredelitve financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe in drugih ključnih pojmov (denimo »financer«, »pogodba o financiranju«),<sup>56</sup> temveč zgolj parcialno ureja tri sklope varovalk za uporabo tega instituta:

- dolžnost tožeče stranke, da javno razkrije in sodišču prijavi izvor sredstev, ki jih bo uporabila za financiranje sodnega postopka;
- zadržke za odobritev (certifikacijo) kolektivne tožbe;
- nedopustna ravnanja financerja, kadar je financer oseba zasebnega prava.<sup>57</sup>

V nadaljevanju prispevka podrobneje analiziram posamezne varovalke iz 59. člena ZKoIT, čeprav ni jasno, kako se bodo v praksi te varovalke uporabljale za institut, ki ni opredeljen.<sup>58</sup>

Razkritje morebitnega financiranja kolektivne tožbe s strani tretjega je skladno s prvim odstavkom 59. člena ZKoIT ključna dolžnost tožeče stranke in *conditio sine qua non* za delovanje preostalih zakonskih varovalk, ki so namenjene preprečevanju zlorabe pravic in varovanju integritete postopka. Razkritje je tako osnova za ugotavljanje obstoja morebitnih zadržkov za odobritev kolektivne tožbe (obstoj navzkrižja interesov, vprašljiva solventnost financerja), skladnosti financiranja s kogentnimi določili ZKoIT in presojo morebitnih nedopustnih ravnanj financerja. Zakon je jasen v delu, v katerem določa, da mora biti razkritje izvora sredstev, ki jih bo tožeča stranka uporabila za financiranje sodnega postopka, javno. Zato odpadejo razkritja sodišču po načelu *ex parte* oziroma *in camera*, pri katerih bi se tožniki sklicevali na varovanje zaupnosti. V izvedbenem smislu je besedno zvezo »prijaviti sodišču« razumeti v kontekstu 13. točke prvega odstavka 26. člena ZKoIT, ki med obveznimi sestavinami kolektivne tožbe določa tudi podatke o stroških postopka in morebitnem financiranju pravde s strani tretje osebe. Na drugi strani pa na ravni zakona ni izčrščeno vprašanje, kako široka je obveznost razkritja. Sodišča bodo morala odgovoriti na vprašanje, ali v okviru prvega odstavka 59. člena ZKoIT vselej zadostuje zgolj razkritje identitete financerja in dogovorjene višine plačila (premije) ali lahko sodišče zahteva razkritje dodatnih podatkov, predvsem kopije pogodbe o financiranju stroškov pravde (angl. *litigation funding agreement*).<sup>59</sup> Težko si je namreč predstavljati, da bi lahko sodišče v praksi učinkovito preverilo na primer, ali skuša financer odločilno vplivati na procesne odločitve tožeče stranke, vključno z odločitvami za poravnavo, ne da bi vpogledalo v pogodbo o financiranju stroškov pravde, ki sta jo sklenila tožeča stranka

<sup>56</sup> Glej Djinović, Vlahek, str. 82.

<sup>57</sup> Določba 59. člena ZKoIT je skoraj dobesedni prenos 14. do 16. točke Priporočila Evropske komisije.

<sup>58</sup> To je podobno, kot če na primer Obligacijski zakonik v poglavju o zavarovalni pogodbi ne bi opredelil pojma zavarovalne pogodbe.

<sup>59</sup> Več o pogodbi o financiranju stroškov pravde in njenih tipičnih sestavinah Djinović, Vlahek, str. 15–18.

in financer. V teh pogodbah namreč redno zasledimo določila, ki financerju omogočajo vpliv na strateške odločitve v pravdi (na primer izbira pravnega zastopnika, dokazovanje, sklenitev poravnave, opustitev zahtevka) ter *ex ante* in *ex post* nadzor nad potekom in stroški postopka, pri čemer omenjena določila ne pomenijo nujno odločilnega vpliva financerja. To bo moralo sodišče presojati od primera do primera (pravni standard), pri čemer se velikokrat ne bo moglo zanesti zgolj na morebitne »zunanje razpoznavne znake« takega vpliva, temveč bo moralo preučiti pogodbo o financiranju stroškov pravde.

Po tem, ko je tožnik opravil razkritje izvora sredstev, ki jih bo uporabil za financiranje postopka, lahko sodišče presodi, ali obstajajo morebitni zadržki za odobritev kolektivne tožbe iz drugega odstavka 59. člena ZKoIT. Sodišče kolektivne tožbe ne odobri, če v primeru financiranja kolektivne tožbe s strani tretjega:

- obstaja navzkrižje interesov med tretjo osebo ter tožečo stranko in člani njegovega kolektiva;
- tretja oseba nima zadostnih sredstev za izpolnitev finančnih obveznosti do tožeče stranke;
- tožeča stranka ne izkaže, da ima zadostna sredstva ali ustrezna zavarovanja za poplačilo stroškov nasprotne stranke, če v postopku s kolektivno tožbo ne bi uspela.

Zanimivo je, da se je ZKoIT pri prvem zadržku omejil le na (teoretično) možnost navzkrižja interesov med tretjo osebo in tožnikom, prezrl pa je (z vidika ZKoIT precej verjetnejše) navzkrižje interesov med tožečo stranko in njenim odvetnikom v primerih, kadar odvetnik skladno z drugim stavkom prvega odstavka 61. člena ZKoIT financira kolektivno tožbo in prevzame stroškovno tveganje. V teh primerih bo odvetnik, ki je investiral sredstva in prevzel stroškovno tveganje, želel imeti odločujoč vpliv na potek postopka ter določanje strategije pravljanja. Navzkrižje interesov se najpogosteje pokaže na primeru poravnave, kadar si odvetnik želi zgodnje in »poceni« poravnave z namenom hitre povrnitve investicije ob čim nižjih stroških, financirana stranka pa verjame, da v postopku lahko iztrži več, in take poravnave ni pripravljena skleniti. Kadar je odvetnik ekonomsko zainteresiran za izid postopka, obstaja nevarnost, da bo tak zastopnik stranki svetoval poravnavo, ki ni (nujno) v interesu oškodovancev.<sup>60</sup> Sodišča naj bodo zato pozorna na etične dileme odvetnikov, ki se bodo zaradi določbe 61. člena ZKoIT v praksi lahko znašli razpeti med lojalnostjo stranki, ki jo zastopajo, na eni in lastnimi ekonomskimi interesi na drugi strani.<sup>61</sup>

Ena ključnih varovalk za uporabo financiranja kolektivne tožbe s strani tretjega je tudi sposobnost financerja, da izpolni finančne obveznosti do tožeče stranke, tj. plača stroške postopka, vključno s stroški zastopanja, in povrne morebitne stroške nasprotni stranki v primeru ne-

<sup>60</sup> Glej tudi Khouri, Hurford, str. 7–8.

<sup>61</sup> Na preozek pogled evropskega zakonodajalca opozarjata Djinović, Vlahek, str. 84.

uspeha z zahtevkom. Vidik finančne sposobnosti financerja je za tožečo stranko odločilen, saj lahko v nasprotnem primeru izgubi možnost uveljavitve zahtevka (dostopa do pravice).<sup>62</sup> Zato je logično, da neobstoj te predpostavke pomeni zakonski zadržek za certifikacijo kolektivne tožbe skladno z drugo alinejo drugega odstavka 59. člena ZKoliT. Praksa bo pokazala, kakšna merila za presojo bodo izoblikovala sodišča. V vsakem primeru pa menim, da bi moralo sodišče morebiten obstoj tega zdržka preverjati tudi pri odvetniku, ki skladno z drugim stavkom prvega odstavka 61. člena ZKoliT financira kolektivno tožbo s prevzemom stroškovnega tveganja, saj gre za situacijo, ki je analogna tisti iz druge alineje drugega odstavka 59. člena ZKoliT, potreba po varovanju položaja financirane stranke pa v tem primeru ni nič manjša.

Tretji zadržek za odobritev kolektivne tožbe je podan, če tožeča stranka ne izkaže, da je v primeru neuspeha v postopku sposobna toženi stranki povrniti stroške postopka oziroma zagotoviti ustrezno zavarovanje. Sodišča bodo tako morala napolniti pravna standarda »zadostna sredstva« in »ustrezno zavarovanje«. Velikokrat bo to vprašanje v praksi zastavil toženec, ki bo v okviru svoje obrambe zatrjeval slab finančni položaj tožnika in po možnosti zahteval od sodišča tudi odreditev varščine za stroške postopka. Zato je zadržek iz tretje alineje drugega odstavka 59. člena ZKoliT treba obravnavati v povezavi z določbo tretjega odstavka 29. člena ZKoliT, ki v naš pravni red uvaja nov institut varščine za stroške postopka (angl. *security for costs*). Sodišče lahko namreč (na predlog toženca ali *sua sponte*) kot pogoj za začetek učinkovanja sklepa o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe tožeči stranki naloži plačilo varščine za stroške postopka, ki bi jih bilo treba v primeru neuspeha povrniti toženi stranki. Namen tega začasnega ukrepa je zavarovanje izpolnitve prihodnje kolektivne sodbe v delu, ki se nanaša na odločitve o stroških postopka. Varščina za stroške postopka je eden najučinkovitejših začasnih ukrepov, ki jih lahko izda sodišče, saj ta ukrep sam po sebi sili tožečo stranko k njegovi izvršitvi pod grožnjo procesnih posledic. Vendar tega ukrepa ne gre uporabljati preveč lahkotno, temveč le v izjemnih okoliščinah, ko bi se sicer načelo uspeha v postopku zaradi tožnikovega slabega finančnega položaja izrodilo. Pri odločanju je treba upoštevati tudi, da je institut varščine za stroške postopka v sistemu ZKoliT nekoliko zrelativiziran zaradi pravil 58. člena o znižanju vrednosti spornega predmeta in posledično majhnega stroškovnega tveganja strank. V sodni praksi bo zato treba izluščiti našemu pravnemu okolju primerna ter jasna vsebinska merila (kriterije) za odobritev tega ukrepa, da se ne sprevrže v sredstvo za nagajanje toženca tožniku.<sup>63</sup> Zlorabo tega ukrepa s strani toženca pa bi lahko sodišče upoštevalo pri odločanju o stroških postopka ne glede na izid pravde (načelo krivde). Z vidika prakse je relevantno

<sup>62</sup> Ta kvatela počasi že prerašča v standard industrije TPLF in je posebej poudarjena v Code of Conduct for Litigation Funders of England and Wales, točka 9.4. Glej tudi Steinitz, Field, str. 758. Avtorica komentira, da je ta zaveza financerja pomembna, saj drugače kot pri zavarovalnicah regulacija minimalnih kapitalskih zahtev za financerje ne obstaja.

<sup>63</sup> Institut varščine za stroške postopka je značilen za *common law* pravne sisteme. Več o tem institutu v arbitražnem pravu, vključno z vsebinskimi merili za odločanje tribunalov, v Djinović, Odločanje, str. 239–247.

tudi vprašanje, na kakšne načine lahko tožnik zagotovi varščino za stroške postopka in kako razlagati pravni standard »ustrezno zavarovanje« iz tretje alineje drugega odstavka 59. člena ZKoIT. Zlasti ali se poleg deponiranja denarnih sredstev za ustrezno varščino oziroma zavarovanje šteje denimo tudi predložitev zavarovalne police ATE LEI ali predložitev pogodbe s financerjem ali odvetnikom (po prvem odstavku 61. člena ZKoIT), iz katere izhaja, da je prevzel stroškovno tveganje, vključno z obveznostjo poplačila stroškov nasprotné stranke, če tožnik v postopku ne bi uspel.

Pri preverjanju obstoja zadržka za odobritev kolektivne tožbe iz tretje alineje drugega odstavka 59. člena ZKoIT bi moralo sodišče upoštevati tudi določila pogodbe o financiranju pravde, ki urejajo položaje, v katerih lahko financer odpove pogodbo. Praksa kaže, da si financerji pridržujejo pravico do enostranske odpovedi pogodbe (široko opredeljenih) primerih kršitve pogodbe s strani financirane stranke in tudi v primeru spremembe okoliščin, ki so bile podlaga za sklenitev pogodbe (na primer poslabšanje možnosti za uspeh zahtevka).<sup>64</sup> Obstaja namreč utemeljena bojazen, da bi si financer (kot močnejša stranka) v pogodbi pridržal preširoko diskrecijo glede presoje okoliščin, ki utemeljujejo odpoved pogodbe, in bi z arbitrarno odpovedjo destabiliziral finančni položaj stranke v postopku. V teh primerih tožeča stranka izgubi financiranje, kar bo največkrat pomenilo njeno nesolventnost in ustavitev postopka. Istočasno pa tožena stranka v primeru uspeha v postopku praktično izgubi možnost, da bi si povrnila pravdne stroške, še posebej če je tožnik *ad hoc* subjekt, ustanovljen v povezavi s konkretnim postopkom. Omenjeno tveganje enakovredno pride do izraza tudi v primerih odvetniškega financiranja kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja po prvem odstavku 61. člena ZKoIT. Upoštevati je namreč treba, da je prevzem stroškovnega tveganja obligacijskopravna zaveza odvetnika v razmerju do tožeče stranke, možne negativne posledice odpovedi pogodbe v razmerju med odvetnikom (financerjem) in tožečo stranko pa se raztezajo tudi na toženo stranko. Po drugi strani pa sodišče nima pooblastila, da bi povrnitev toženčevih pravdnih stroškov naložilo odvetniku (tretji osebi), ki ni stranka postopka. Zato bi moralo sodišče (že) v okviru presoje obstoja zakonskega zadržka in pri eventualnem odločanju o varščini za stroške postopka zavarovati legitimne interese tožene stranke pred nevarnostjo odvetnikove arbitrarne odpovedi pogodbe. Navedeno pomeni dodaten razlog, da sodišče v fazi odobritve kolektivne tožbe od tožnika zahteva razkritje pogodbe o financiranju pravde.

Naposled se velja ustaviti še pri nedopustnih ravnanjih financerja, ki pa jih tretji odstavek 59. člena ZKoIT pripisuje le financerju, ki je oseba zasebnega prava.<sup>65</sup> Morebiten obstoj ne-

<sup>64</sup> Glej Smith, v: Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 22.

<sup>65</sup> Pripisovanje nedopustnih ravnanj zgolj osebam zasebnega prava je nelogično in povzroča precej nejasnosti. Ali je torej *a contrario* mogoče, da oseba javnega prava (na primer občina, javni zavod) financira kolektivno tožbo mimo varovalk iz tretjega odstavka 59. člena ZKoIT? Zakonodajalec v obrazložitvi zakonodajnega gradiva ne ponudi pojasnila za tak pristop, jezikovna analiza Priporočila Evropske komisije pa pokaže, da gre za dobesedni prenos sicer

dopustnih ravnanj se presoja v fazi certifikacije kolektivne tožbe, na kar lahko sklepamo iz določbe šeste alineje četrtega odstavka 28. člena ZKoliT. Ni pa povsem jasno, kakšna je (procesna ali druga) sankcija za morebitna nedopustna ravnanja, ki se pokažejo po tem, ko je kolektivna tožba že prestala fazo potrditve, denimo v primeru odločilnega vplivanja financerja na procesne odločitve tožeče stranke, vključno z odločitvami za poravnavo, o katerem je že bil govor pri razpravi o dolžnosti razkritja virov financiranja.

Za nedopustno ravnanje se šteje tudi financiranje kolektivne tožbe zoper toženo stranko, ki je konkurent financerja, ali zoper toženo stranko, od katere je financer odvisen. Pričakovati je, da sodišča z opredelitvijo »konkurenta«<sup>66</sup> ne bodo imela težav, medtem ko opredelitev pojma »odvisnosti« financerja od tožene stranke utegne biti zahtevnejše.

Nemara najbolj problematična je določba tretje alineje tretjega odstavka 59. člena ZKoliT, po kateri se za nedopustno ravnanje financerja šteje, če ta za zagotovljena finančna sredstva zaračuna obresti po obrestni meri, ki presega z zakonom določeno obrestno mero. Jasno je treba povedati, da namen zakonodajalca, da z zakonom določi zgornjo mejo za plačilo (premijo) financerja in jo podvrže sodni kontroli, ni sporen. Ne nazadnje ta namen izhaja tudi iz 32. točke Priporočila Evropske komisije,<sup>67</sup> ki ga je zakonodajalcu uspelo dosledno izpeljati v prvem odstavku 61. člena ter četrtem odstavku 28. člena ZKoliT, ko gre za odvetniško financiranje kolektivne tožbe. Očitno pa mu to ni uspelo v tretjem odstavku 59. člena ZKoliT, ki ureja splošna pravila o financiranju kolektivne tožbe s strani tretjega, saj je najvišjo dovoljeno plačilo (premijo) financerja vezal na nelogično in v praksi popolnoma neuporabno merilo »z zakonom določene obrestne mere«. Dejstvo je, da institut financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe iz 59. člena ZKoliT bistveno odstopa od splošno uveljavljene definicije TPLF *stricto sensu*<sup>68</sup> in zaradi določitve financerjevega plačila v obliki »obresti«<sup>69</sup> še najbolj spominja na posojilno razmerje, pri katerem mora tožnik financerju vrniti posojeni znesek in mu plačati obresti kot ceno za dobljen kredit oziroma posojilo. Ker ZKoliT ne vsebuje opredelitve

---

jezikovno neposrečene določbe 16. točke omenjenega priporočila, pri čemer tudi evropski zakonodajalec ne obrazloži ozadja te določbe.

<sup>66</sup> Če izvzamemo najočitnejše primere, lahko v praksi pride tudi do zanimivejših položajev, denimo, ko tožnik pri eni banki najame posojilo za financiranje kolektivne tožbe zoper drugo banko.

<sup>67</sup> »32. Kadar kolektivne odškodninske tožbe financira tretja oseba, ki je oseba zasebnega prava, bi morale države članice zagotoviti, da je poleg splošnih načel financiranja prepovedano, da bi bili plačilo financerju ali obresti, ki jih ta zaračuna, odvisni od zneska dosežene poravnave ali dodeljenega nadomestila, razen če tako ureditev financiranja nadzoruje javni organ, da se zavarujejo interesi strank.« (Poudaril M. D.)

<sup>68</sup> Glej točko 2.3. To pa kot rečeno ne velja tudi za odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja iz 61. člena ZKoliT, ki dejansko ustreza definiciji TPLF *stricto sensu*, kar je svojevrsten paradoks.

<sup>69</sup> To je posledica nekritičnega prenosa besedila 16. točke Priporočila Evropske komisije v tretji odstavek 59. člena ZKoliT, s čimer so se vse pomanjkljivosti iz priporočila prenesle v ZKoliT. Odsotnost obrazložitve v zakonodajnem gradivu kaže na to, da se zakonodajalec ni ukvarjal z analizo učinkov omenjene določbe.

TPLF, ni mogoče zanesljivo opredeliti pravne narave financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe, vendarle pa se ponuja zaključek, da je zakonodajalec ta institut v 59. členu ZKotT nevede strukturiral kot dolžniški instrument (posojilo). Ker gre za kogentne določbe, menim, da v okviru 59. člena ZKotT financiranja pravde ni mogoče strukturirati drugače kot v obliki dolžniškega instrumenta. Tako se financer, ki ni odvetnik, s tožnikom na primer ne more dogovoriti, da v primeru uspeha v postopku prejme plačilo v obliki deleža od prisojenega zneska. Zaradi tega ocenjujem, da je financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe po 59. členu ZKotT dejansko onemogočeno in nezanimivo za trg, saj ne upošteva osnovne prvine pristnega TPLF, tj. da premija financerja izraža prevzeto stroškovno tveganje.

### 3.5. *Sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja

Financiranje kolektivne tožbe (s prevzemom stroškovnega tveganja) je v okviru ZKotT mogoče zagotoviti predvsem s posebnim dogovorom z odvetnikom. Predhodno smo ugotovili, da je zakonodajalec v 59. členu ZKotT financiranje kolektivne tožbe z nerazumno vezavo plačila financerju na »z zakonom določeno obrestno mero« napravlil za popolnoma neuporabno. Zamuje pa je po drugi strani očitno nadoknadil v 61. členu ZKotT, v katerem je v nasprotju s Priporočilom Evropske komisije<sup>70</sup> uzakonil na ravni EU unikaten institut *sui generis* odvetniškega financiranja kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja.<sup>71</sup>

Skladno s prvim odstavkom 61. člena ZKotT se lahko odvetnik s tožečo stranko dogovori za plačilo tudi tako, da kot nagrado prejme največ 15-odstotni delež od zneska, ki ga bo prisodilo sodišče. Če se ob tem zaveže, da bo v primeru neuspeha v pravdi sam poravnal vse stroške postopka, se dogovorjena nagrada lahko zviša do 30-odstotnega deleža od zneska, ki ga bo prisodilo sodišče. Prvi stavek prvega odstavka 61. člena ZKotT ureja klasičen dogovor o plačilu odvetniku v deležu največ 15 odstotkov od prisojenega zneska (*pactum de quota litis*, angl. *contingency fee*), ki je skladen s splošno ureditvijo tega instituta v tretjem odstavku 17. člena Zakona o odvetništvu (ZOdv),<sup>72</sup> in se z njim v prispevku podrobneje ne ukvarjam. V nadaljevanju pa drugi stavek prvega odstavka 61. člena ZKotT omogoča odvetniku, da si lahko zviša

<sup>70</sup> Priporočilo Evropske komisije v 30. točki jasno določa: »Države članice ne bi smele dovoliti odvetniških nagrad, vezanih na višino odškodnine, ki bi lahko povzročile take spodbude. Države članice, ki izjemoma dovoljujejo takšne nagrade, bi morale zagotoviti ustrezno nacionalno ureditev navedenih nagrad v zadevah na podlagi kolektivnih pravnih sredstev, pri čemer bi bilo treba zlasti upoštevati pravico članov kolektiva tožnika do polnega nadomestila.«

<sup>71</sup> Iz zakonodajnega gradiva implicitno izhaja (zgrešeni) namen slovenskega zakonodajalca, da odvetniki prevzamejo vlogo »institucionalnih financerjev« kolektivnih tožb, torej ne zgolj v okviru običajnih *contingency fee* dogovorov, ki predvidevajo plačilo v deležu od prisojenega, temveč s prevzemanjem stroškovnega tveganja. Glej predlog Zakona o kolektivnih tožbah, EVA 2016-2030-0007, str. 9.

<sup>72</sup> Uradni list RS, št. 18/93 in nasl.

plačilo do 30 odstotkov od prisojenega zneska, če za primer neuspeha v pravdi v celoti prevzame tudi stroškovno tveganje. Razlika med obema aranžmajema je bistvena; dejansko gre za dva različna pravna instituta z različno pravno naravo, zato je s sistemskega vidika neustrezno, da se obravnavata v istem odstavku 61. člena ZKoliT. V prvem položaju odvetnik v primeru neuspeha v pravdi tvega le izgubo honorarja, v drugem pa, da bo poleg izgubljenega honorarja moral plačati tudi vse stroške postopka, vključno s stroški nasprotne stranke. Drugače povedano, v drugem primeru odvetnik brezregresno prevzame celotno stroškovno tveganje financirane tožeče stranke v zameno za dogovorjeno premijo v primeru uspeha v postopku. *Sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe iz drugega stavka prvega odstavka 61. člena ZKoliT po pravni naravi zato lahko uvrstimo med TPLF *stricto sensu* in zavarovanje ATE LEI<sup>73</sup> (instrument za izognitev tveganjem). Poudariti je treba, da prevzem stroškovnega tveganja ni tipičen (običajen) za odvetnike, temveč za zavarovalnice in institucionalne financerje. V praksi je namreč običajno, da so za prevzem različnih tveganj specializirani različni subjekti na trgu, zato se klasični *contingency fee* dogovori običajno kombinirajo z zavarovanji ATE LEI,<sup>74</sup> pri čemer vsak od udeležencev prevzame tista tveganja, za katera je specializiran. Člen 61 ZKoliT zato odvetnike iz pravnih zastopnikov strank spreminja v investitorje oziroma zavarovatelje (brez licence), v sistem kolektivnega pravnega varstva pa vgrajuje visoko tveganje za navzkrižje interesov v razmerju med odvetnikom in tožečo stranko (tveganje, da bi odvetnik varnost lastne naložbe postavil pred interese oškodovancev), kar je unikum na ravni EU.<sup>75</sup>

Z analizo se je potrdila teza, da je le odvetnikom po 61. členu ZKoliT omogočen pravi TPLF, drugim financerjem iz 59. člena ZKoliT pa zgolj obrestovano posojilo. Istočasno pa v zakonu ostaja nerešeno ključno vprašanje (pravna praznina), ali se jamstva ter varovalke iz 59. člena ZKoliT uporabljajo tudi za odvetnika, ki nastopa v vlogi financerja po 61. členu ZKoliT. Neposredna povezava med obema določbama namreč ni vzpostavljena, zato je vprašanje, ali lahko sodišča do nje pridejo z analogijo.

Visoka se zdi tudi zgornja meja za plačilo odvetniku, ki je določena na 30 odstotkih od prisojenega zneska, če upoštevamo, da ZKoliT v 58. členu s pravili o določitvi spornega predmeta znatno omejuje (zmanjšuje) stroškovno tveganje strank. To pa ni združljivo s koncepcijo, da kolektivna tožba sledi tudi javnemu interesu in kot taka ni »tržno blago«, saj 61. člen ZKoliT omogoča odvetnikom, da pridobijo sorazmerno visoko premijo za uspeh ob prevzemu dokaj zmernih stroškovnih tveganj. Poudariti je treba tudi, da 30-odstotni delež od prisojenega pomeni maksimalno mogočo, ne običajne premije odvetnika, zato imajo sodišča pri odločanju

<sup>73</sup> Za oba je značilna višечnost premije, ki se izplača le v primeru uspeha v pravdi, ter obveznost plačila stroškov v primeru neuspeha. Glej točko 2.4.

<sup>74</sup> Glej Djinović, Vlahek, str. 12.

<sup>75</sup> Take rešitve ne pozna nobena od tistih držav članic EU, ki sicer podobno kot Slovenija z nekaterimi omejitvami dovoljujejo klasične *contingency fee* dogovore. Prav tam, str. 36–58.

o certifikaciji kolektivne tožbe pomembno nalogo, ko ocenjujejo, ali je morebitni dogovor z odvetnikom o plačilu v deležu iz prisojenega zneska razumen glede na okoliščine posameznega primera (glej sedmo alinejo četrtega odstavka 28. člena ZKoIT). Drža sodišč pri presoji standarda razumnosti financerjeve (odvetnikove) premije bi morala biti restriktivna, cilj te presoje pa dvojen; prvič, zagotoviti, da premija financerja dejansko izraža prevzeto stroškovno tveganje, in drugič, preprečiti situacije, ko bi odvetniške premije namesto resničnega varstva pravic oškodovancev postale glavni namen vlaganja kolektivnih odškodninskih tožb (spodbujanje industrije pravdanja). Vloga sodišča bi lahko bila še pomembnejša, če bi praksa vlaganja kolektivnih tožb v prihodnje pokazala, da se tožeče stranke z odvetniki kar po avtomatizmu dogovarjajo za 30-odstotno premijo in pričakujejo od sodišča zgolj formalno potrjevanje (certifikacijo) takih dogovorov.

ZKoIT v drugem odstavku 61. člena sicer določa varovalko, da se v primeru izvedbe postopka po sistemu izključitve (*opt-out*) delež od prisojenega zneska računa od zneska, ki mora biti izplačan članom skupine, ki so izplačilo dejansko uveljavljali, pri čemer ta znesek ne sme biti nižji od 30 odstotkov zneska, do katerega bi bil odvetnik upravičen, če bi bila oškodovancem izplačana celotna odškodnina iz 40. člena ZKoIT. Očitno je zakonodajalec želel s tem preprečiti, da bi odvetnik v sistemu *opt-out* prejel nerazumno visoko premijo zaradi visoke agregatne odškodnine »na papirju« v primerih, ko bi le manjše število članov dejansko uveljavilo izplačilo odškodnine. Vendar je v naslednjem koraku omenjeno varovalko zrelativiziral z določilom, da premija ne sme biti nižja od 30 odstotkov zneska, do katerega bi bil odvetnik upravičen, če bi bila oškodovancem izplačana celotna odškodnina. Ta (garantirani) znesek se mu izplača takoj, morebiten preostanek pa po poteku roka iz četrtega odstavka 40. člena ZKoIT.<sup>76</sup>

Če vzamemo primer agregatne odškodnine v znesku 25.000.000 evrov, ki se terja s kolektivno odškodninsko tožbo po sistemu *opt-out*, bi v primeru uspeha s celotnim zahtevkom maksimalna premija odvetnika za uspeh v postopku znašala 7.500.000 evrov (30 odstotkov od prisojenega zneska) pod predpostavko, da so izplačilo odškodnine uveljavili vsi člani skupine. V vsakem primeru pa bi bil odvetnik upravičen do takojšnjega plačila premije v znesku najmanj 2.500.000 evrov, ne glede na to, koliko članov skupine je uveljavilo izplačilo. Pri tem ni nepomembno, da bi se v danem primeru vrednost spornega predmeta skladno z 58. členom ZKoIT določila pri 5.000.000 evrov (20 odstotkov zahtevka za plačilo agregatne odškodnine), kar pomeni, da bi odvetnik financiral približno 6.500,00 evrov sodne takse.<sup>77</sup> Razkorak med prevzetim stroškovnim tveganjem in premijo za uspeh (potencialno koristjo) je očiten, tudi

<sup>76</sup> Sodišče v sodbi določi rok, ki ne sme biti krajši od 90 dni in ne daljši od šestih mesecev ter v katerem je treba uveljavljati izplačilo. Glej tretji odstavek 61. člena ZKoIT.

<sup>77</sup> Zakon o sodnih taksah (ZST-1), Uradni list RS, št. 37/08 in nasl. ne predvideva posebnega plačila za začetek postopka s kolektivno odškodninsko tožbo. Takse, določene v preglednici 1.1 taksne tarife (za redni pravdni postopek pred sodiščem prve stopnje), se plačujejo tudi v postopku s kolektivno tožbo po zakonu, ki ureja kolektivne tožbe,

če temu prištejemo še morebitno financiranje nujnih predpravnih stroškov<sup>78</sup> in upoštevamo prevzem tveganja za plačilo pravnih stroškov nasprotne stranke (tj. stroškov zastopanja po odvetniški tarifi) v primeru neuspeha z zahtevkom.

Glede na navedeno menim, da varovalka iz drugega odstavka 61. člena lahko zgolj teoretično rešuje posamezne ekscese v sistemu *opt-out*, ne bi pa smela vplivati na potrebo po restriktivni drži sodišč pri presoji standarda razumnosti financirjeve premije.

Poleg garantirane minimalne premije je tudi samo izplačilo premije odvetniku zagotovljeno kar na ravni zakona, saj če ga ni mogoče zagotoviti iz stroškov, ki jih mora povrniti neuspešna tožena stranka, se sorazmerno znižajo zneski individualnih izplačil, do katerih so upravičeni člani skupine (glej četrti odstavek 61. člena ZKoIT). Ta mehanizem velja za obe vrsti postopkov, po sistemu *opt-in* in *opt-out*.

Poleg tega 63. člen ZKoIT za poplačilo odvetnikove premije določa tudi prioritetni vrstni red v razmerju do izplačil odškodnine posameznim oškodovancem. Ta določba je sporna, saj smo predhodno že ugotovili, da odvetnik v primerih iz drugega stavka prvega odstavka 61. člena ZKoIT ni plačan le za pravno zastopanje (ne tvega le plačila za zastopanje), temveč nastopa kot investitor in zavarovatelj, za kar prejme posebno premijo. Plačilo te premije je v razmerju med tožečo stranko in financerjem, zato ni videti upravičenega razloga za varovanje vrstnega reda poplačila financirjeve premije. Zakon tako pri vrstnem redu poplačila daje neupravičeno prednost ekonomskim interesom financirjev pred člani kolektiva (oškodovanci), istočasno pa neenako obravnava financirje po 59. členu ZKoIT, ki take ugodnosti ne uživajo.

## 4. Sklep

Ugotavljam, da je pravna ureditev stroškov postopka in financiranja kolektivne tožbe v ZKoIT večinoma prenesena iz Priporočila Evropske komisije, ne da bi zakonodajalec pri tem samostojno preigral nove pravne institute, jih ustrezno opredelil ter analiziral morebitne težave pri njihovi uporabi v praksi. To je tudi razlog, da je ZKoIT nasledil večino pomanjkljivosti in protislovij omenjenega priporočila.<sup>79</sup>

Ena glavnih pomanjkljivosti ZKoIT je, da med opredelitvijo izrazov ne vsebuje definicije TPLF. Na podlagi 59. člena ZKoIT zato ni mogoče zanesljivo opredeliti pravne narave insti-

pri čemer v postopku odloča okrožno sodišče. Primerjaj tudi sklep Delovnega in socialnega sodišča v Ljubljani Pk 1/2018 z dne 6. 12. 2018, točka 18.

<sup>78</sup> Tj. nujnih stroškov, ki jih je tožeča stranka imela pred vložitvijo tožbe z aktivnostmi glede organiziranja in obveščanja članov skupine o nameri vložiti kolektivno tožbo. Glej drugi odstavek 60. člena ZKoIT.

<sup>79</sup> Glej Djinović, Vlahek, str. 74.

tuta financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe, kar otežuje delo sodišč pri napolnjevanju pravnih standardov in uporabi zakonskih varovalk.

V prispevku se je potrdila tudi v izhodišču postavljena teza, da je glede na kogentne določbe 59. člena ZKoIT pristno financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe (TPLF) dejansko onemogočeno, saj je strukturirano kot dolžniški instrument (posojilo). Na njegovo mesto pa stopa *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja (61. člen ZKoIT), ki sicer ustreza definiciji TPLF, ne odgovori pa na ključno vprašanje, ali zanj veljajo jamstva in varovalke iz 59. člena ZKoIT. Ker v okviru 59. člena ZKoIT financiranja ni mogoče strukturirati drugače kot v obliki dolžniškega instrumenta, v praksi verjetno ne bo zaživel.

Na drugi strani pa ZKoIT izrazito daje prednost financiranju pravde s strani odvetnikov (ki je medtem v praksi že zaživel) in v nasprotju s Priporočilom Evropske komisije v drugem stavku prvega odstavka 61. člena uzakonja institut *sui generis* odvetniškega financiranja kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja. Analiza pokaže, da je *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe popoln unikum na ravni EU, ki se po pravni naravi uvršča med TPLF *stricto sensu* in zavarovanje ATE LEI (instrument za izognitev tveganjem). Institut je sporen, saj prevzem stroškovnega tveganja ni tipičen (običajen) za odvetnike, ki zaradi tega poleg vloge pravnih zastopnikov strank prevzemajo vlogo investitorjev in zavarovateljev. To pa pomeni v sistem vgrajeno tveganje za navzkrižje interesov v razmerju med odvetnikom in stranko.

V koliziji z deklariranim ciljem zakona, da kolektivne tožbe sledijo javnemu interesu, je tudi precej visoko postavljena zgornja meja za plačilo odvetniku (financerju), ki je določena na 30 odstotkih od prisojenega zneska. Če upoštevamo, da ZKoIT v 58. členu s posebnimi pravili o določitvi spornega predmeta znatno omejuje (zmanjšuje) stroškovno tveganje strank, 61. člen ZKoIT na drugi strani omogoča odvetnikom, da pridobijo sorazmerno visoko premijo za uspeh ob prevzemu dokaj zmernih stroškovnih tveganj. Zato obstaja bojazen, da bi lahko odvetniške premije namesto resničnega varstva pravic oškodovancev postale glavni namen vlaganja kolektivnih odškodninskih tožb. Sodišča imajo zato še posebej pomembno nalogo, da že v fazi certifikacije *a limine* preprečijo, da bi se kolektivne tožbe sprevrgle v cenovno ugodno sredstvo za nadlegovanje korporacij.

Sporne so tudi določbe ZKoIT, ki odvetniku garantirajo prioritarno izplačilo premije pred izplačilom zneskov individualnih izplačil, do katerih so upravičeni oškodovanci (63. člen ZKoIT). Zdi se, da ZKoIT v tem delu ni uspel najti pravega ravnotežja in je dal prednost ekonomskim interesom financerjev pred interesi članov kolektiva (oškodovancev).

Glede na vse navedeno velja *de lege ferenda* razmisliti o sistemskih spremembah in dopolnitvah V. poglavja ZKoIT in povezanih določb, ki bi vključevale zlasti:

- oblikovanje definicije TPLF in drugih ključnih pojmov (denimo »financer«, »pogodba o financiranju stroškov pravde«);
- opredelitev plačila (premije za uspeh) financerja v obliki deleža od prisojenega zneska ob določitvi zgornje meje takega plačila v tretji alineji tretjega odstavka 59. člena ZKofT;
- črtanje *sui generis* odvetniškega financiranja kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja iz drugega stavka prvega odstavka 61. člena ob ohranitvi možnosti uporabe klasičnega instituta *pactum de quota litis* (plačilo v deležu od prisojenega zneska) iz prvega stavka omenjene določbe;
- celovito ureditev varovalk za uporabo TPLF s poudarkom na obveznosti razkritja in navzkrižju interesov;
- opredelitev obveznih sestavin in nedopustnih določb pogodbe o financiranju pravde;
- razmislek o ustreznosti določbe 63. člena ZKofT in odpravo drugih protislovij trenutne ureditve.<sup>80</sup>

## Literatura

- AFFAKI, Georges. A Financing is a Financing is a Financing ... V: Cremades, B. M., Dimolitsa, A. (ur.), *Third-party Funding in International Arbitration*, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law. Pariz: ICC, 2013.
- BOGART, Cristopher. *Third Party Funding in International Arbitration: An Overview of Arbitration Finance*. Burford Capital, 2013.
- CLANCHY, James. Third Party Funding in Arbitration: Breaking Down Barriers and Building Bridges. *Croatian Arbitration Yearbook*, 2016, vol. 23, str. 53–69.
- Code of Conduct for Litigation Funders of England and Wales (2018), dostopno na: <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/documents/> (7. 11. 2022).
- DE MORPURGO, Marco. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2011, vol. 19, str. 343–411.
- DJINOVIĆ, Marko, VLAHEK, Ana. *Uncharted Waters: An Analysis of Third-Party Litigation Funding in European Collective Redress*. U.S. Chamber Institute for Legal Reform, oktober

<sup>80</sup> Več o tem prav tam, str. 75–85. Avtorja razdelata sistematičen pristop zakonodajalca k normativnemu urejanju TPLF.

Na ravni EU se že nakazujejo mogoči trendi regulacije na področju financiranja kolektivnih tožb s strani tretjih oseb. Tako je bila nedavno sprejeta Resolucija Evropskega parlamenta z dne 13. septembra 2022 s priporočili Komisiji za odgovorno zasebno financiranje pravnih postopkov (2020/2130(INL)) s predlogom Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o regulaciji financiranja pravnih postopkov s strani tretjih oseb, dostopna na: [https://www.europarl.europa.eu/docoe/document/TA-9-2022-0308\\_SL.html](https://www.europarl.europa.eu/docoe/document/TA-9-2022-0308_SL.html) (8. 11. 2022). Resolucija pomeni določen napredek evropskega zakonodajalca v razumevanju TPLF v primerjavi s Priporočilom Evropske komisije (2013/396/EU).

- 2019, dostopno na: <https://instituteforlegalreform.com/research/uncharted-waters-analysis-of-tplf-in-european-collective-redress/> (6. 11. 2022).
- DJINOVIĆ, Marko. Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb. *Pravnik*, 2018, letn. 73, št. 5/6, str. 343–384.
- DJINOVIĆ, Marko. Odločanje o stroških in varščini za stroške postopka v arbitražah, ki jih financirajo tretje osebe. *Pravni letopis: zbornik Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani*, 2018, str. 223–252 in 292–293, dostopno na: <https://www.dlib.si/stream/URN:NBN:SI:DOC-U3Q4NCZA/4b93c528-dfbf-4766-bd7c-8c8aad1442e/PDF> (6. 11. 2022).
- GALANTER, Marc. Why the »Haves« Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review*, 1974, vol. 9, no. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One.
- GALIČ, Aleš, VLAHEK, Ana. Zakon o kolektivnih tožbah. *Pravosodni bilten*, Ministrstvo za pravosodje: Center za izobraževanje v pravosodju, 2018, letn. 39, št. 2, str. 25–48, dostopno na: [https://cip.gov.si/media/1599/pb2\\_2018.pdf](https://cip.gov.si/media/1599/pb2_2018.pdf) (6. 11. 2022).
- HODGES, Christopher, PEYSNER, John, NURSE, Angus. Litigation Funding: Status and Issues. *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, 2012, No. 49.
- KANTOR, Mark. Risk Management Tools for Respondents – Here be Dragons. V: Cremades, B. M., Dimolitsa, A. (ur.), *Third-party Funding in International Arbitration*, Dossier X of the ICC Institute of World Business Law. Pariz: ICC, 2013.
- KHOURI, Susanna, HURFORD, Kate, BOWMAN, Clive. Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding. *Transnational Dispute Management*, 2011, Vol. 8, issue 4.
- PARK, W. William, ROGERS, A. Catherine. Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force. *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015; Boston Univ. School of Law, *Public Law Research Paper*, No. 14–67; *Penn State Law Research Paper*, No. 42–2014.
- SAULNIER, Jérôme, MÜLLERWITH, Klaus, KORONTHALYOV, Ivona. *Responsible private funding of litigation: European added value assessment*. Brussels: Directorate-General for Parliamentary Research Services (EPRS) of the Secretariat of the European Parliament, 2021, dostopno na: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS\\_STU\(2021\)662612\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf) (6. 11. 2022).
- SEIDEL, Selwyn. *Insurers Today, Third-Party Funders Tomorrow*. Insurance Day, 2011.
- SHANNON, Victoria, BENCH-NIEUWVELD, Lisa. *Third Party Funding in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012.
- STEINITZ, Maya. Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding (August 2, 2010). *Minnesota Law Review*, 2011, Vol. 95, No. 4; *U Iowa Legal Studies Research Paper*, No. 11–31, str. 1269–1302.
- VAN BOOM, Willem H. *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*. Rotterdam: Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2011.

- VELJANOVSKI, Cento. Third-Party Litigation Funding in Europe. *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012, Vol. 8, str. 405–451.
- VLAHEK, Ana. Kolektivne tožbe kot novo pravno sredstvo zoper množične kršitve pravic iz delovnopravnih razmerij. *Delavci in delodajalci: revija za delovno pravo in pravo socialne varnosti*, 2018, letn. 18, št. 2/3, str. 495–515, dostopno na: <https://www.dlib.si/stream/URN:NBN:SI:doc-Y0D4E7TK/b32c28b6-cc1e-48e9-a7aa-51df0919ebb4/PDF> (6. 11. 2022).
- VOSS, Axel. *Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation* (A9-0218/2022). Bruselj: Committee on Legal Affairs, European Parliament, 25. 7. 2022, dostopno na: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218\\_EN.html#\\_section4](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0218_EN.html#_section4) (7. 11. 2022).

*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 331.109-057.15:331.109:347.922.7

# Uporaba Zakona o kolektivnih tožbah v praksi

URŠA KLEMENČIČ  
*magistrica pravnih znanosti,*  
*okrožna sodnica na Delovnem in*  
*socialnem sodišču v Ljubljani*

## 1. Uvod

Zakon o kolektivnih tožbah (ZKoIT)<sup>1</sup> se je v Sloveniji začel uporabljati 21. 4. 2018 (glej 67. člen ZKoIT). Cilj ZKoIT je omogočiti kolektivno uveljavljanje denarnih in drugih kompenzacijskih zahtevkov v primeru množičnih oškodovanj. S kolektivno odškodninsko tožbo se želi olajšati dostop do sodišča zlasti, ko so zahtevki nižji in se zaradi stroškov postopka posamezniki ne odločijo za vložitev tožbe, potencialne kršitelje odvrgniti od protipravnih ravnanj in razbremeniti sodišča pred večjim številom samostojnih tožb v primeru množičnega oškodovanja.<sup>2</sup>

ZKoIT ureja kolektivno odškodninsko in opustitveno tožbo ter kolektivno poravnavo. S kolektivno odškodninsko tožbo lahko upravičena oseba zahteva plačilo nadomestila za prikrajšanje v korist oseb, ki so bile oškodovane v primeru množičnega oškodovanja. Pri tem ni nujno, da gre le za odškodninski zahtevek, ampak se lahko uveljavlja tudi obogatitveni ali spolnitveni zahtevek (glej 1. točko 3. člena ZKoIT). Področja, na katerih se lahko uporabi kolektivna tožba, določa ZKoIT v prvem odstavku 2. člena. Eno od področij, na katerih se lahko vloži kolektivna tožba, so tudi zahtevki delavcev s področja individualnih delovnih sporov (glej 5. točko prvega odstavka 2. člena ZKoIT).

Čeprav se kolektivne odškodninske tožbe večinoma uporabljajo pri potrošniških sporih, je bila prva kolektivna odškodninska tožba v Sloveniji vložena le nekaj mesecev po začetku uporabe ZKoIT, in sicer 20. 7. 2018, s področja individualnih delovnih sporov. To niti ni

<sup>1</sup> Ur. l. RS, št. 55/17.

<sup>2</sup> Predlog Zakona o kolektivnih tožbah, EVA: 2016-2030-0007, str. 3.

bilo nepričakovano glede na to, kdo lahko vloži kolektivno tožbo, in dejstvo, da mora tožeča stranka zagotoviti ustrezno financiranje. Prvo kolektivno tožbo v Sloveniji je vložil Sindikat Ministrstva za obrambo.<sup>3</sup> To je reprezentativni sindikat s področja obrambe, ki opravlja neprireditno dejavnost in lahko iz svojih sredstev tudi financira vložitev takšne tožbe ter zagotovi ustrezno zastopanost delavcev, za katere se zatrjuje množična kršitev pravic. S kolektivno odškodninsko tožbo je sindikat zahteval plačilo odškodnine za delavce, ki jim med delovnim časom ni bil zagotovljen odmor, ter plačilo za delo za delavce, ki so morali pred nastopom izmene in po njenem zaključku opraviti primopredajo dela, za ta čas pa niso bili plačani. Zadeva se je vodila pred Delovnim in socialnim sodiščem v Ljubljani pod opr. št. Pk 1/2018. Ker je šlo za prvi primer kolektivne odškodninske tožbe v Sloveniji, se je pri obravnavi tega primera pojavilo več vprašanj in dilem, predstavljenih v nadaljevanju.

## 2. Predhoden preizkus tožbe

Postopek s kolektivno tožbo je sestavljen iz več faz, in sicer faze presoje dopustnosti in popolnosti tožbe, certifikacije, faze vključevanja oziroma izključevanja članov skupine, vsebinskega odločanja in faze izplačila prisojene odškodnine oziroma plačila s pomočjo upravitelja kolektivne odškodnine.

Ob prejemu kolektivne odškodninske tožbe je bilo najprej treba opraviti predhodni preizkus tožbe, ali je kolektivna odškodninska tožba dopustna in popolna. Kaj mora vsebovati kolektivna odškodninska tožba, da je popolna, določa 26. člen ZKoliT, njeno dopustnost pa ureja 27. člen ZKoliT.

### 2.1. Dopustnost kolektivne odškodninske tožbe

Kolektivna odškodninska tožba je dopustna, če jo je vložila upravičena oseba, spor pa se nanaša na eno od področij uporabe ZKoliT (glej prvi odstavek 27. člena).

Pri preverjanju dopustnosti kolektivne odškodninske tožbe ni bilo težav, saj sindikati (večinoma) izpolnjujejo pogoje, določene za presojo, ali je tožbo vložila upravičena oseba iz prvega odstavka 4. člena ZKoliT.<sup>4</sup> Sindikat Ministrstva za obrambo je pravna oseba zasebnega prava, ki opravlja nepridobitno dejavnost, njegov cilj je uveljavljanje pravic delavcev, zaposlenih pri Ministrstvu za obrambo. Vlagatelj je izpolnjeval tudi pogoje za reprezentativnost iz drugega

<sup>3</sup> Kolektivna tožba je objavljena v registru kolektivnih tožb ([www.sodisce.si/sodni\\_postopki/kolektivne\\_tozbe/](http://www.sodisce.si/sodni_postopki/kolektivne_tozbe/)).

<sup>4</sup> Sindikat pridobi lastnost pravne osebe, ko je izdana odločba o hrambi statuta ali drugega temeljnega akta (2. člen Zakona o reprezentativnosti sindikatov (ZRSin), Ur. l. RS, št. 13/93). Mogoče je ustanoviti tudi sindikat, ki nima lastnosti pravne osebe, vendar v takem primeru ne izpolnjuje pogojev za vložitev kolektivne tožbe iz 4. člena ZKoliT, saj lahko kolektivno tožbo vloži le pravna oseba.

odstavka 5. člena ZKoliT. Prav tako ni bilo sporno, da je tožeča stranka s kolektivno odškodninsko tožbo uveljavljala zahtevke delavcev, ki so lahko predmet individualnih delovnih sporov. S kolektivno odškodninsko tožbo se je namreč zahtevalo plačilo odškodnine zaradi neizkoriščenega odmora med delovnim časom ter plačilo za opravljeno nadurno delo za čas primopredaje. Šlo je torej za zahtevke, ki so predmet individualnih delovnih sporov.<sup>5</sup> Več dilem pa je nastalo pri presoji, ali je kolektivna odškodninska tožba z dne 20. 7. 2018 popolna.

## 2.2. Popolnost kolektivne odškodninske tožbe

Kolektivna odškodninska tožba mora, da bo popolna, glede na prvi odstavek 26. člena ZKoliT vsebovati vse sestavine, ki jih vsebuje vsaka tožba, tj. zahtevek glede glavne stvari in stranskih terjatev, dejstva in dokaze, navedbo sodišča, prebivališče oziroma sedež strank, njihovih zakonitih zastopnikov in pooblaščenec, sporni predmet in podpis.<sup>6</sup> Poleg sestavin, ki jih mora vsebovati vsaka tožba, mora kolektivna odškodninska tožba vsebovati še:

1. navedbo, da se vloga kot kolektivna odškodninska tožba;
2. podatke o strankah postopka, naslovih in zakonitih zastopnikih;
3. dejstva in dokaze, ki izkazujejo izpolnjevanje pogojev za odobritev tožbe iz četrtega in petega odstavka 28. člena ZKoliT, predvsem okoliščine, ki so skupne ali podobne vsem članom skupine, okoliščine, ki so pomembne le za nekatere člane skupine, in druge okoliščine, na podlagi katerih se lahko oceni, da je kolektivna tožba primerno sredstvo;
4. opis množičnega oškodovanja, dejstva, dokaze ter pravne argumente, s katerimi se utemeljuje zahtevek;
5. opis skupine ter podskupine, če jih skupina vsebuje glede na naravo in višino škode;
6. oceno števila članov skupine ter podskupine, če so le-te oblikovane;
7. opredelitev, ali se predlaga sistem vključitve ali izključitve, ter razlog za izbiro;
8. oceno skupnega zneska denarne odškodnine oziroma nadomestila, pri čemer mora biti ocena podana tudi za podskupine, če so le-te oblikovane;
9. obrazložitev načina izračuna zneska odškodnine oziroma nadomestila;
10. predlog načina odmere odškodnine v skladu z 39. ali 40. členom ZKoliT ter razloge za izbrani način odmere odškodnine;
11. predlog načina obveščanja članov skupine;
12. predloge glede pogojev za presojo upravičenosti do odškodnine;

<sup>5</sup> Na podlagi 5. člena Zakona o delovnih in socialnih sodiščih (ZDSS-1), Ur. l. RS, št. 2/04 in nasl., delovno sodišče v individualnem delovnem sporu med drugim odloča o pravicah in obveznostih iz delovnega razmerja, kar vključuje odločanje o plačilu za delo in odškodninski odgovornosti delodajalca zaradi kršitve pravic iz delovnega razmerja.

<sup>6</sup> Glej 180. člen Zakona o pravnem postopku (ZPP), Ur. l. RS, št. 26/99 in nasl.

13. podatke o stroških postopka in morebitnem financiranju pravde s strani tretje osebe v skladu z 59. členom ZKoliT;
14. podatke o tem, ali je organ, pristojen za varstvo konkurence, že izdal odločbo o kršitvi in ali je že pravnomočna.

Kolektivni odškodninski tožbi je treba priložiti morebitne odločbe o kršitvi in druge listine, na katere se sklicuje v tožbi, če je to mogoče, pa tudi seznam znanih članov skupine s podatki o prebivališču oziroma sedežu (glej drugi odstavek 26. člena ZKoliT).

Ob preizkusu popolnosti kolektivne odškodninske tožbe se je postavilo vprašanje, ali lahko sodišče od tožeče stranke zahteva, da oblikuje več skupin ali podskupine, če že iz trditev izhaja, da bo potrebno njihovo oblikovanje, stranka pa opisuje le eno skupino. Tožeča stranka je namreč v zadevi Pk 1/2018 zahtevala plačilo zaradi dveh različnih primerov zatrjevanega množičnega kršenja pravic pri delu, in sicer zaradi kršitve pravice do odmora med delovnim časom in zaradi neplačila za čas primopredaje ob menjavi izmen, torej plačilo za opravljeno nadurno delo.<sup>7</sup> Iz tožbe je nato izhajalo, da pri vseh članih nista podana oba zatrjevana primera oškodovanja, zato bi bila višina odškodnine oziroma plačila odvisna od tega, katera pravica jim je bila kršena. Nato je tožeča stranka navajala, da bo višina odškodnine pri delavcih, ki bodo zahtevali plačilo zaradi kršitve pravice do odmora, odvisna od dolžine izmene in posledično dolžine pripadajočega odmora. Čeprav je šlo za dva različna primera zatrjevanih množičnih kršitev pravic iz delovnega razmerja in dve različni vrsti škode oziroma plačila, pri čemer je bila višina prikrajšanja pri kršitvi pravice do odmora odvisna od dolžine izmene, kar vse vpliva na višino zahtevane odškodnine oziroma plačila, je tožeča stranka trdila, da gre le za eno skupino in da vsi zaposleni pri toženi stranki predstavljajo eno skupino.

Glede na to, da iz 5. točke prvega odstavka 26. člena ZKoliT smiselno izhaja, da morajo biti v primeru, če imajo člani posamezne skupine različno naravo in višino škode, oblikovane podskupine, se je tožečo stranko pozvalo, da opiše tudi podskupine.

Tožeča stranka je po pozivu k popravi tožbe oblikovala dve podskupini, in sicer podskupino A, v katero bi bili vključeni delavci, zaposleni od 20. 7. 2013, ki jim ni bil omogočen odmor med delovnim časom, ter podskupino B, v kateri bi bili delavci zaposleni od 20. 7. 2013, ki jim ni bil plačan čas primopredaje med dvema izmenama.

Sodišče je nato presojalo, ali je tožeča stranka podala ustrezne navedbe glede ocene števila članov skupine. Tožeča stranka v tožbi pri opredelitvi te predpostavke ni podala ocene števila

<sup>7</sup> Pri zatrjevanju kršitvi neplačila časa primopredaje gre za plačilo za opravljeno nadurno delo in ne odškodnino. Zatrjevano je bilo, da so morali delavci priti na delo 15 minut pred izmeno ter ostati na delu po končani izmeni še 15 minut, zato da so opravili primopredajo, ta čas pa se jim ni štel v delovni čas in ga niso dobili plačanega. Torej gre za plačilo za delo iz naslova opravljenih nadur.

članov skupine, ampak je navedla le število članov skupine ob vložitvi tožbe. Istočasno je v tožbi navajala, da ima čez 2500 članov, pri toženi stranki je zaposlenih 6716 oseb, kolektivno odškodninsko tožbo pa naj bi vlagala zaradi množične skupine čez 6000 odškodovanih članov skupine. Navedbe o številu članov skupine so bile zato nejasne. Ni bilo jasno, ali tožeča stranka ocenjuje, da bodo člani le zaposleni, ki so se javili v fazi vložitve tožbe, ali bodo to vsi člani sindikata, vsi zaposleni pri toženi stranki ali 6000 delavcev. Sodišče je glede na navedeno tožečo stranko pozvalo, da poda oceno, koliko članov bo pristopilo h kolektivni tožbi, ter pojasni, na podlagi česa podaja tako oceno. Poleg tega je sodišče ugotovilo, da v navedeni zadevi ne gre le za eno skupino, ampak sta podani vsaj dve podskupini, za kateri ni bilo podatkov o ocenjenem številu članov. Tudi če bi tožeča stranka podala oceno članov skupine in pojasnila, kako je do te ocene prišla, bi bila glede na navedeno dopolnitev še vedno potrebna, saj mora biti ocena števila članov podana tudi za podskupine, k oblikovanju katerih je sodišče pozvalo tožečo stranko.

Ocena članov skupine in podskupin je v kolektivni odškodninski tožbi pomembna tudi zaradi določitve vrednosti spornega predmeta (58. člen ZKoliT) in ocene stroškov postopka. Sodišče mora že v fazi certifikacije kolektivne tožbe oceniti, ali je skupina oškodovancev dovolj številčna, da bi bilo uveljavljanje zahtevkov s samostojnimi tožbami ali drugačne oblike združitve njenih članov, na primer sosporništvo ali združitvev pravnih, manj učinkovito kot vložitev kolektivne odškodninske tožbe. Zato je potrebno, da vlagatelj kolektivne tožbe poda ustrezne navedbe glede ocenjenega števila članov skupine in morebitnih podskupin, tako podano oceno pa tudi pojasni, da se omogoči presoja učinkovitosti kolektivne tožbe in določitve vrednosti spora.

Tožeča stranka je po pozivu sodišča ocenila, da bi v kolektivni tožbi sodelovalo 250 članov, od tega v podskupini A 200 članov, podskupini B 125 članov, 75 članov pa bi bilo vključenih v obe podskupini, ter svojo oceno tudi ustrezno utemeljila.

Ker je sodišče tožečo stranko pozvalo, da poda oceno števila članov skupine in podskupin, jo je moralo hkrati tudi pozvati, da popravi oceno višine odškodnine oziroma plačila. To je tožeča stranka storila in popravila svojo prvotno oceno s 100.000,00 evra na skupaj 500.000,00 evra, pri čemer bi znašala odškodnina za podskupino A 400.000,00 evra, za podskupino B pa 100.000,00 evra.

Ob vložitvi kolektivne odškodninske tožbe mora vlagatelj navesti podatke o stroških postopka in morebitnem financiranju s strani tretje osebe v skladu z 59. členom ZKoliT. Tožeča stranka je prvotno navedla le, da bo postopek financirala sama, iz lastnih sredstev, ni pa podala ocene stroškov postopka. V 13. točki prvega odstavka 26. člena ZKoliT sicer ni izrecno določeno, da mora predlagatelj navesti oceno stroškov postopka, govor je le o podatkih o stroških postopka, vendar mora sodišče pri odločanju o odobritvi kolektivne odškodninske

tožbe ugotoviti tudi, ali so izpolnjeni pogoji glede financiranja postopka, torej ali bo tožeča stranka imela dovolj sredstev za financiranje postopka in kritje stroškov nasprotne stranke, če ji v postopku ne bi uspelo. ZKoliT v 59. členu ne ureja le dolžnosti razkritja izvora sredstev, ki bodo uporabljena za financiranje postopka, ampak zahteva od tožeče stranke tudi zagotovilo, da bo lahko krila tudi stroške, ki bodo nastali toženi stranki, če ji v postopku ne uspe. Sodišče lahko od tožeče stranke zahteva tudi plačilo varščine za stroške postopka, ki bi jih morala povrniti toženi stranki, če ji ne bi uspelo v postopku (glej 2. točko tretjega odstavka 29. člena ZKoliT). Da bo tožeča stranka lahko dala zagotovilo o kritju stroškov postopka nasprotne stranke oziroma da bo sodišče lahko ocenilo, ali je potrebna varščina, je treba narediti tudi približno oceno stroškov postopka, saj se le tako lahko ugotovi, ali ima tožeča stranka dovolj sredstev za financiranje postopka. Toženi stranki mora biti omogočeno, da se izjavi tudi glede tega, ali bo tožeča stranka lahko zagotovila financiranje postopka in krila njene stroške, saj je to ena od predpostavk za certifikacijo kolektivne tožbe. Zato mora tudi tožena stranka vedeti, na kakšni podlagi daje tožeča stranka jamstvo, da bo lahko krila stroške postopka, kakšna je njena ocena, da bodo znašali stroški postopka, ki jih bo lahko krila. Zato se je v navedeni zadevi tožečo stranko pozvalo, da dopolni svojo tožbo glede podatkov o stroških in financiranju postopka tudi z oceno stroškov postopka.

Na oceno stroškov postopka in zmožnost njihovega financiranja vpliva tudi vrednost spornega predmeta, ki je odvisna od zahtevane višine odškodnine in posledično od ocenjenega števila članov skupine in podskupin, zato je bila dopolnitev glede podatkov o stroških postopka potrebna tudi iz tega razloga.

Ob preizkusu popolnosti kolektivne odškodninske tožbe se je pojavilo tudi vprašanje, ali mora tožeča stranka že v tožbi razkriti, ali ima z odvetnikom sklenjen dogovor o plačilu glede na delež prisojenega zneska. Pri odločanju o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe mora sodišče upoštevati tudi razumnost morebitnega tovrstnega dogovora (glej 7. točko četrtega odstavka 28. člena ZKoliT). Toženi stranki se vroči popolna in dopustna kolektivna tožba s pozivom, da se opredeli do pogojev za odobritev kolektivne odškodninske tožbe (glej tretji odstavek 27. člena ZKoliT). Ker je eden od pogojev, ki se presoja pri odobritvi kolektivne odškodninske tožbe, razumnost morebitnega dogovora z odvetnikom o plačilu po deležu glede na prisojen znesek, to smiselno pomeni, da mora že kolektivna odškodninska tožba vsebovati ta podatek, čeprav se v 26. členu ZKoliT navedba tega podatka izrecno ne zahteva. Če takšen dogovor obstaja, bi morala tožeča stranka podati tudi pojasnilo, zakaj meni, da je takšen dogovor razumen.<sup>8</sup> To je podatek, pomemben za odločitev o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe, tožena stranka pa se ima pravico opredeliti do ustreznosti morebitnega

<sup>8</sup> ZKoliT kriterijev za presojo razumnosti dogovora o plačilu odvetnika po deležu glede na prisojen znesek ne vsebuje, zato je toliko pomembnejše, da se pojasni, zakaj tožeča stranka meni, da je takšen dogovor razumen, saj bo sodišče moralo to presojati od primera do primera, glede na konkretne okoliščine in posebnosti posameznega primera.

dogovora o nagradi z odvetnikom, zato je sodišče tožečo stranko pozvalo, da tožbo dopolni tudi s tem podatkom. Ta podatek bi lahko sodišče od tožeče stranke zahtevalo tudi v okviru naroka za odločanje o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe, vendar je treba toženi stranki omogočiti ustrezen rok, da se opredeli do vseh pravno relevantnih dejstev v zvezi z odobritvijo kolektivne odškodninske tožbe. Ta podatek mora tožeča stranka razkriti, zato ni razloga, da se ne bi od nje zahtevalo, da ga razkrije že v fazi vložitve tožbe, s čimer se izogne morebitni dodelitvi dodatnega roka toženi stranki za opredelitev do tega podatka, če se ta podatek razkrije šele na naroku za odločanje o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe in se izkaže, da takšen dogovor obstaja.

## 2. Sodelovanje drugih upravičenih oseb

Po tem, ko je bila kolektivna tožba dopolnjena in vročena toženi stranki v odgovor glede obstoja pogojev za njeno odobritev, je bila skladno s tretjim odstavkom 27. člena ZKotI objavljena v registru kolektivnih tožb. Po objavi kolektivne odškodninske tožbe je sodišče prejelo predlog za priznanje stranske intervencije na strani tožeče stranke s strani drugega sindikata, delujočega pri toženi stranki, ki je prav tako želel vložiti kolektivno odškodninsko tožbo zaradi istih zatrjevanih množičnih kršitev. Svojo pravico do udeležbe je utemeljeval s sklicevanjem na 199. člen ZPP in 11. člen ZKotI. Izrazil je skrb, ali bodo o vloženi tožbi pravilno obveščeni vsi, ki so bili oškodovani, ne le člani tožeče stranke, in kako bo potekalo obveščanje delavcev, ki niso člani tožeče stranke.

ZKotI v 11. členu določa, da se pri postopkih s kolektivno tožbo ZPP uporablja smiselno, torej upoštevajoč posebno ureditev in namen kolektivnih tožb. ZKotI izrecno izključuje možnost sodelovanja članov skupine kot intervenientov (glej četrti odstavek 34. člena ZKotI). Takšne prepovedi pa nima glede sodelovanja drugih upravičenih oseb, vendar hkrati tudi ne predvideva njihovega sodelovanja v vlogi stranskih intervenientov. ZKotI omogoča drugi upravičeni osebi, ki je zainteresirana za izid spora, da sodeluje v postopku v vlogi druge upravičene osebe na način, da lahko sodišču pošlje svoje stališče glede vprašanj odobritve kolektivne odškodninske tožbe, ki jih lahko predstavi tudi na naroku za odobritev kolektivne tožbe (glej tretji odstavek 28. člena ZKotI). Oseba, zainteresirana za izid spora, lahko nato predlaga zamenjavo tožeče stranke, če meni, da huje krši interese skupine ali je ni mogoče šteti za reprezentativno (glej četrti odstavek 35. člena ZKotI). ZKotI je tako uredil sodelovanje zainteresiranih oseb, ki jih imenuje druga upravičena oseba. Na podlagi tega je mogoče sklepati, da se določbe ZPP o stranski intervenciji ne uporabljajo, saj je udeležba osebe, ki je zainteresirana za izid spora, predvidena v drugačni obliki.

Proti možnosti sodelovanja druge osebe poleg tožeče stranke kot stranskega intervenienta kaže tudi posebna narava kolektivne tožbe. Stranski intervenient v tuji pravdi varuje svoj pravni

interes, ne interesa stranke, ki se ji je pridružil. Spor s kolektivno odškodninsko tožbo je specifičen glede na druge pravdne postopke. S kolektivno odškodninsko tožbo tožeča stranka ne varuje svojih pravic, ampak predstavlja skupino več posameznikov, plačilo pa zahteva v njihovem imenu. ZKoIT nalaga tožeči stranki, da deluje pošteno in primerno ter v najboljšem interesu članov skupine (glej drugi odstavek 5. člena v povezavi s prvim odstavkom 35. člena ZKoIT), pri čemer se članstvo glede na namen postopka s kolektivno tožbo ne more interpretirati kot varovanje le interesov članov pravne osebe, ki je vložila kolektivno tožbo, ampak vseh oškodovanih oseb, torej vseh zaposlenih pri posameznem delodajalcu, ki so bili oškodovani v zatrjevanem primeru množičnega oškodovanja. Tožeča stranka mora tako varovati interese vseh oškodovancev, ne le oseb, ki so člani njenega sindikata, če je tožeča stranka sindikat. Drug sindikat, organiziran pri toženi stranki, z udeležbo v postopku ne bi varoval svojih pravic in interesov, kar je namen stranske intervencije, ampak pravice zatrjevanih oškodovancev, kar pa je po ZKoIT naloga tožeče stranke. Tako se 199. člen ZPP tudi glede na namen stranske intervencije, tj. varovanje lastnega pravnega interesa stranskega intervenienta, ne more smiselno uporabiti v postopku s kolektivno tožbo.

Na podlagi navedenega je bil predlog za sodelovanje drugega sindikata kot stranskega intervenienta s sklepom zavržen. Nato je bila podana zahteva, da sodišče s sklepom drugemu sindikatu pri toženi stranki prizna status druge upravičene osebe in ji vroča vse vloge. Tudi temu predlogu sodišče ni sledilo, saj ZKoIT izdaje takšnega sklepa ne predvideva, prav tako ni predvideno, da se morajo drugi upravičeni osebi vročati vloge strank. ZKoIT določa le, da mora sodišče objaviti podatke o kolektivni tožbi, razpisanih narokih za glavno obravnavo ter druge podatke iz 10. člena ZKoIT. ZKoIT nato predvideva še, da lahko sodišče osebo, ki poda stališče glede odobritve kolektivne odškodninske tožbe, povabi na narok za odločanje o njeni odobritvi in ji na naroku omogoči, da predstavi svoja stališča (glej tretji odstavek 28. člena ZKoIT), ni pa določeno, da bi se ji vročale vloge strank. Ker je drugi sindikat sodišče obvestil, da želi v postopku sodelovati, in je podal svoja stališča glede zatrjevanega oškodovanja in pomena kolektivne odškodninske tožbe, je sodišče sindikat kot drugo upravičeno osebo o razpisanem naroku tudi pisno obvestilo in mu omogočilo, da bi na naroku lahko podal svoje stališče glede vložene kolektivne odškodninske tožbe.

### 3. Narok za odločanje o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe

Po prejemu odgovora tožene stranke glede obstoja pogojev za odobritev kolektivne odškodninske tožbe je bilo treba razpisati narok za odločanje o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe. Pri tem se je postavilo vprašanje vrstnega reda razpisovanja zadev. Zadeve se razpisujejo po vrstnem redu glede na datum vložitve tožbe, upoštevajoč prednostne zadeve, pri čemer kolektivna odškodninska tožba v delovnih sporih ni prednostna zadeva. Čeprav ni šlo za

prednostni spor (spor glede prenehanja delovnega razmerja, kolektivni delovni spor), v fazi odločanja o certifikaciji kolektivne tožbe še ne gre za meritorno sojenje, za odločanje o tožbenem zahtevku iz kolektivne tožbe. Gre za odločanje, ali kolektivno tožbo sploh odobriti. Do meritornega sojenja pride šele po pravnomočni odločitvi o odobritvi kolektivne tožbe, če se kolektivna tožba odobri. S tem, ko se razpiše narok za odločanje o odobritvi kolektivne tožbe, kar je predpogoj za odločanje o zahtevku iz kolektivne tožbe, se ne preskoči vrstnega reda razpisovanja zadev, saj se v tej fazi še ne odloča o utemeljenosti kolektivne tožbe, ampak o njeni odobritvi. Pri tem je treba upoštevati tudi, da so vsi samostojni postopki, tj. samostojne tožbe glede istega primera množičnega oškodovanja, v vmesnem času prekinjeni (glej drugi odstavek 7. člena ZKoliT). Če se o kolektivni odškodninski tožbi ne odloči meritorno, se samostojni postopki nadaljujejo. Prav tako se nadaljujejo, če oseba, ki je vložila samostojno tožbo, ne bo sodelovala v kolektivnem sporu, ker ali ne bo uvrščena na seznam ali pa bo njena uvrstitev zavrnjena (glej tretji odstavek 7. člena ZKoliT). Če se narok za odločanje o odobritvi kolektivne tožbe razpiše glede na datum prejema kolektivne tožbe, se s tem podaljšuje čas odločanja v preostalih prekinjenih postopkih<sup>9</sup> in tudi o kolektivni tožbi. Glede na navedeno je bil v zadevi Pk 1/2018 narok za odločanje o odobritvi kolektivne tožbe razpisan po prejemu odgovora tožene stranke o pogojih za odobritev kolektivne tožbe.

V okviru naroka za odobritev kolektivne tožbe je bilo treba razčistiti oziroma ugotoviti, ali so izpolnjeni pogoji za njeno odobritev. V postopkih s kolektivno tožbo je zaradi varovanja interesa vseh udeleženih oseb ter kompleksnosti materialno- in procesnopравnih vprašanj še posebej poudarjeno materialno procesno vodstvo sodišča.<sup>10</sup> Sodišče je zato tožečo stranko na naroku pozvalo, da dodatno pojasni svoje razloge, zakaj meni, da prevladujejo ista, podobna ali povezana dejanska vprašanja in da je zadeva primerna za obravnavo v postopku s kolektivno tožbo. Na naroku se je tudi preverjalo izpolnjevanje pogojev glede financiranja postopka in zmožnosti tožeče stranke za povrnitev stroškov postopka.

#### 4. Presoja izpolnjenosti pogojev za odobritev kolektivne odškodninske tožbe

Kolektivna odškodninska tožba se odobri, če so izpolnjene predpostavke iz četrtega odstavka 28. člena ZKoliT. S kolektivno tožbo se morajo uveljavljati istovrstni zahtevki, postavljeni v imenu določljive skupine oseb, ki zadevajo ista, podobna ali povezana dejanska in pravna vprašanja, se nanašajo na isti primer množičnega oškodovanja in so primerni za obravnavo

<sup>9</sup> Le nekaj dni pred vložitvijo kolektivne tožbe so bile vložene tudi samostojne tožbe zoper toženo stranko zaradi istih zatrjevanih kršitev

<sup>10</sup> Galič, Vlahek, str. 34.

v kolektivnem postopku. Skupna dejanska in pravna vprašanja za celotno skupino morajo prevladovati nad vprašanji, ki se nanašajo samo na posamezne člane skupine. Skupina mora biti tako številčna, da bi bilo uveljavljanje zahtevkov s samostojnimi tožbami ali drugimi oblikami združitve manj učinkovito. Nato se zahteva, da tožeča stranka izpolnjuje pogoje glede reprezentativnosti iz 5. člena ZKoliT, zahtevek ne sme biti očitno neutemeljen, izpolnjeni morajo biti pogoji iz 59. člena ZKoliT glede stroškov in financiranja, morebitni dogovor z odvetnikom o plačilu po deležu prisojene odškodnine pa ne sme biti nerazumen. Zagotoviti je treba, da bo kolektivna tožba zagotovila skupno rešitev pravnih in dejanskih vprašanj za čim več oškodovancev, kar pomeni, da pri ugotavljanju utemeljenosti tožbe ni potreben obsežen dokazni postopek za posameznega člana skupine oziroma podskupine. Prevladati morajo skupna dejstva, poleg tega mora biti zagotovljeno učinkovitejše pravno varstvo kot v primeru uveljavljanja zahtevkov s samostojnimi tožbami ali drugo obliko združitve članov.<sup>11</sup> Če je treba voditi obsežen individualni dokazni postopek za vsakega člana skupine in podskupine, da se ugotovi, ali je upravičen do odškodnine oziroma plačila, to ni zagotovljeno, takšna zadeva pa tudi ni primerna za odobritev kolektivne tožbe.

Sodišče je v zadevi Pk 1/2018 moralo preveriti vse navedene pogoje za odobritev kolektivne odškodninske tožbe. Pri presoji reprezentativnosti tožeče stranke, pogojev glede financiranja in kritja stroškov postopka ter dogovora z odvetnikom glede nagrade ni bilo težav. Tožena stranka niti ni oporekala, da ne bi bili izpolnjeni pogoji iz 4., 6. in 7. točke četrtega odstavka 28. člena ZKoliT. Niso pa bile izpolnjene predpostavke iz 1., 2. in 3. točke četrtega odstavka 28. člena ZKoliT.

S kolektivno tožbo se je uveljavljal zahtevek za plačilo zaradi dveh različnih zatrjevanih množičnih oškodovanj na dveh različnih pravnih podlagah. Pri članih podskupine A se je zahtevala odškodnina zaradi zatrjevanje kršitve pravice do odmora med delovnim časom. Iz navedb tožeče stranke je izhajalo, da naj bi bila vsem članom te podskupine skupna ista organizacija dela, večinoma pa naj jim ne bi bil zagotovljen odmor med delovnim časom, in sicer kadar so bili na delu sami. Tožeča stranka je navedla več različnih služb, pri katerih naj bi prihajalo do kršitev, pri čemer je imela vsaka od navedenih služb svoje specifične dela. Tožena stranka je prerekala trditve, da se delavcem v naštetih službah ne zagotavlja odmor med delovnim časom, in za to navedla svoje argumente ter uveljavljala, da je za vsakega člana podskupine za vsak posamezen dan, ko se zahteva odškodnina, treba ugotoviti, ali mu je bil odmor omogočen. Med strankama je bilo tako sporno, ali je pri vseh članih podskupine A delovni proces organiziran na način, da jim ni bil omogočen odmor med delovnim časom.

Skladno s sodno prakso pravica do odmora med delovnim časom ni kršena samodejno, zato ker delavec ne sme zapuščati delovnega mesta ali zato ker dela v izmeni sam, ampak je treba

<sup>11</sup> Predlog Zakona o kolektivnih tožbah, komentar 28. člena, str. 108.

ugotoviti, ali narava delovnega mesta, obremenjenost in dinamika dela omogočajo koriščenje odmora.<sup>12</sup> To bi bilo treba ugotoviti za vsakega posameznega delavca, ki bi se želel vključiti v spor,<sup>13</sup> in sicer za posamezne dneve, ko zatrjuje, da je bil v izmeni sam<sup>14</sup> in mu odmor ni bil omogočen, saj je bila dinamika dela odvisna tudi od posameznega dneva. Za presojo utemeljenosti zahtevkov za člane podskupine A bi bilo tako treba za vsakega člana, ki bi se prijavil v to podskupino, za obdobje od 20. 7. 2013 do 20. 7. 2018 ugotoviti, kako je bil organiziran njegov delovni proces, kakšna je bila intenzivnost dela na dan, ko naj bi mu bila ta pravica kršena, nato pa tudi, do kolikšne plače in katerih dodatkov je bil upravičen v posameznem obdobju. Brez ugotovitve navedenih dejstev ne bi bilo mogoče odločiti o utemeljenosti vključitve posameznega člana v podskupino A in o višini odškodnine, ki bi bila odvisna od višine plače in dodatkov, ki bi članu pripadali za posamezno obdobje.

Na naroku za obravnavo odobritve kolektivne tožbe je tožeča stranka pojasnila, da bi za ugotavljanje utemeljenosti tožbenega zahtevka bilo treba zaslišati vse člane, postopek pa bi se vodil kot predhoden individualni delovni spor glede istega vprašanja. Postopek s kolektivno odškodninsko tožbo je kontradiktoren, zato mora biti toženi stranki omogočeno nasprotno dokazovanje, kar pomeni, da bi bilo treba zaslišati tudi priče, ki bi jih predlagala tožena stranka. Tožena stranka je že v fazi certifikacije tožbe opozarjala, da so se pisni razporedi dela zaradi raznih nepredvidenih dogodkov spreminjali (na primer zaradi bolniške odsotnosti) in da se je prisotnost napačno registrirala, zato dokazni postopek le z vpogledom v listine, da bi se ugotovilo, kdaj je posamezni član delal, ne bi zadostoval. Poleg tega se je v individualnem delovnem sporu, v katerem se je presojal istovrstni zahtevek delavca, izvedel dokazni postopek z zaslišanjem stranke in več prič.

Sodišče je glede na navedeno ugotovilo, da bi bilo za odločitev o vključenosti in utemeljenosti tožbe za posameznega člana v podskupino A treba izvesti individualni dokazni postopek za vsakega prijavljenega člana z zaslišanjem prič in vpogledom v vrsto listin, da bi se lahko ugotovilo, ali je prišlo do kršitve in kolikokrat. Pri članih podskupine A je bilo skupno le to, da so bili vsi zaposleni pri toženi stranki v raznih službah in so občasno delali v izmeni sami. Skupno je bilo tudi pravno vprašanje, ali mora biti vsakemu zaposlenemu omogočeno izrabiti čas za odmor med delovnim časom in na kakšen način se mora to zagotoviti, vendar bi bila odločitev o tem, ali je bila ta pravica posameznemu delavcu dejansko kršena, odvisna od individualnega dejanskega stanja posameznega člana podskupine A, tj. intenzivnosti dela na posamezni dan. Če bi se ti zahtevki obravnavali v okviru kolektivne odškodninske tožbe,

<sup>12</sup> Glej na primer odločbi VS RS VIII Ips 54/2021 z dne 21. 4. 2022 in VIII Ips 35/2021 z dne 10. 3. 2022.

<sup>13</sup> Predlagan je bil sistem vključitve.

<sup>14</sup> Kršitev je bila zatrjevana le za dneve, ko so bili delavci v izmeni sami, kar ni bilo vsak dan.

bi se dejansko združilo več individualnih sodnih postopkov v enega, čemur pa ni namenjena kolektivna odškodninska tožba.

Enako je bilo ugotovljeno tudi za člane podskupine B, pri kateri je bilo skupno dejansko stanje, da je šlo za zaposlene pri toženi stranki, ki so delali v različnih službah, v katerih se je pred predajo izmene zahtevala oprava primopredaje. Če se čas primopredaje ni štel v izmeno, so bili upravičeni do plačila za nadurno delo, vendar le za dejansko opravljen čas primopredaje. Ker gre za plačilo za opravljeno nadurno delo, bi bilo treba za vsakega člana podskupine B (125 oseb) ugotoviti, ali je bil razporejen na dolžnost, kjer je moral opraviti primopredajo, ali je primopredajo opravil, koliko časa mu je to vzelo in ali se mu je ta čas štel v delovni čas. Tožeča stranka je zatrjevala, da se je zahtevala 15-minutna primopredaja, vendar je tožena stranka pojasnila, da je bilo to le priporočilo, pomembno pa je, koliko časa je primopredaja dejansko trajala, poleg tega pa tudi, ali je bila opravljena še v okviru 12-urne izmene, torej v že plačanem delovnem času, ali zunaj tega časa.<sup>15</sup> Te individualne okoliščine so v celoti prevladale nad skupnim dejanskim stanjem.

Za presojo utemeljenosti kolektivne tožbe bi bilo glede na navedeno treba voditi obsežen individualni dokazni postopek za vsakega od prijavljenih članov skupine, saj načelna ugotovitev, da je vsem članom podskupine A in B kršena pravica iz delovnega razmerja, ni bila mogoča. Načelna ugotovitev, da je podana odškodninska odgovornost tožene stranke, bi bila mogoča le na način, da bi se ugotovilo, da gre za kršitev, če tožena stranka zaposlenim ne zagotavlja pravice do odmora med delovnim časom oziroma zaposlenim časa, ko morajo opravljati delovne obveznosti, ne priznava kot delovni čas. Vendar takšna načelna ugotovitev, ki ne nazadnje izhaja že iz veljavne zakonodaje, ne bi prispevala k preverjanju upravičenosti posameznega člana do odškodnine ali ugotavljanju višine njegove škode, saj bi bilo pri vsakem članu posebej treba ugotoviti, ali mu je bila ta pravica dejansko kršena, kolikokrat, koliko nadur je opravil ter višino plače in dodatkov v času kršitve. Glede na naravo zatrjevanega prikrajšanja pavšalna določitev odškodnine za posameznega člana skupine ne bi bila mogoča. O višini bi se lahko odločilo le z individualno odmero odškodnine oziroma plačila, saj sta se s kolektivno tožbo zahtevala odškodnina za premoženjsko škodo zaradi neizkoriščenega odmora in plačilo za opravljeno nadurno delo, kadar ni mogoče pavšalno povračilo. Iz vlog tožeče stranke je prvotno izhajalo, da bi dejstva, od katerih je odvisna višina plačila, ugotavljal upravitelj odškodnine, na naroku pa je pojasnila, da bi tudi te okoliščine ugotavljalo sodišče. Upravitelj kolektivne odškodnine pri določanju višine odškodnine ne sme voditi postopka, ki je podoben sodnemu postopku. Kolikor bi upravitelj kolektivne odškodnine ugotavljal število kršitev (poleg višine plače in dodatkov) za vsakega posameznega člana podskupine, bi dejansko moral voditi doka-

<sup>15</sup> Tožeča stranka je trdila, da se čas primopredaje ni smel evidentirati, da delavci ne bi imeli zabeleženih več kot 12 ur dela na dan, zato so se evidentirali točno ob uri nastopa in konca izmene, čeprav so prišli na delo prej oziroma končali delo pozneje.

zni postopek. Ugotovitev posamezne kršitve dejansko pomeni odločitev o temelju zahtevka, saj ne prihaja do stalnih, kontinuiranih kršitev (v smislu dnevnih kršitev pri vseh zaposlenih na določenem oddelku), ampak prihaja do zatrjevanih kršitev le občasno. Posledično pomeni ugotavljanje števila kršitev, datuma (pomembno zaradi višine dodatkov, če je šlo za dela prost dan) in trajanja kršitve (ali je imel delavec na voljo 30 ali 45 minut za odmor med delovnim časom, koliko nadur je opravil, 30 minut, več ali manj) odločanje o utemeljenosti tožbenega zahtevka, kar ne more biti prepuščeno upravitelju kolektivne odškodnine.

Na podlagi navedenega je bilo ugotovljeno, da vložena kolektivna odškodninska tožba ne izpolnjuje predpostavke iz 1. točke četrtega odstavka 28. člena ZKolT, saj tovrstni zahtevki niso primerni za obravnavo v kolektivnem sporu, ker zahtevajo vodenje individualnega dokaznega postopka za vsakega posameznega člana vsake od podskupin. Prevladovala so individualna dejanska vprašanja, zato ni bila izpolnjena niti predpostavka iz 2. točke četrtega odstavka 28. člena ZKolT. Zaradi obsega dokaznega postopka, ki bi bil potreben za vsakega člana, je bilo ugotovljeno, da bi bilo takšno uveljavljanje zahtevkov tudi manj učinkovito kot postopek s samostojno tožbo (neizpolnjevanje predpostavke iz 3. točke četrtega odstavka 28. člena ZKolT). Po grobi oceni sodišča, koliko narokov bi bilo treba izvesti za vodenje takšnega postopka v okviru kolektivne odškodninske tožbe,<sup>16</sup> je bilo ugotovljeno, da ne bi bila zagotovljena hitrejša<sup>17</sup> in učinkovitejša rešitev spora kot z vodenjem samostojnih individualnih delovnih sporov, prav tako takšen postopek ne bi bil ekonomičnejši.<sup>18</sup>

Kot argument za odobritev kolektivne odškodninske tožbe se je navajalo, da si delavci v naspornem primeru ne bi upali začeti sodnega postopka. Sodišče temu pojasnilu ni sledilo, saj je bilo v preteklosti vloženi več množičnih tožb delavcev tožene stranke za nižje ali podobne zneske, poleg tega so le nekaj dni pred vložitvijo kolektivne odškodninske tožbe štirje delavci tožene stranke že vložili individualne tožbe, pri čemer so zahtevali plačilo zaradi istih zatrjevanih kršitev.

<sup>16</sup> Zaslišati bi bilo treba 250 članov skupine in približno 100 prič glede na to, da se v individualnih delovnih sporih v tovrstnih zadevah običajno zaslišijo poleg tožeče stranke še vsaj tri priče, ki bi izpovedale glede organizacije dela za posameznega člana. Število prič je bilo poenostavljeno, izhajalo se je iz predpostavke, da bi za 50 članov lahko zaslišali dve isti priči, to število pa bi se zelo verjetno povečalo upoštevajoč, da so člani podskupin iz različnih organizacijskih enot, šlo je za obdobje petih let, v katerem so se nadrejeni in sodelavci, ki bi lahko izpovedali o relevantnem dejanskem stanju, menjali.

<sup>17</sup> Ocenjeno je bilo, da bi se kolektivna tožba na prvi stopnji obravnavala približno štiri leta, glede na število narokov, čas za pripravo, ki bi se moral zagotoviti med naroki, kar bi pomenilo, da bi se opravila približno dva naroka na mesec, vse ob predpostavki, da bi se na vabila na zaslišanje odzvali vsi vabljeni.

<sup>18</sup> Sodišče je ocenilo, da bi morale opraviti 83 narokov, če bi zaslišalo po tri člane naenkrat in tudi posamezne priče, upoštevati pa je treba, da so zaposleni pri toženi stranki večkrat odsotni zaradi udeležbe na mednarodnih misijah in usposabljanjih. V to število narokov sodišče ni vštelo prvega naroka v glavni zadevi in naroka za odločanje o odobritvi kolektivne odškodninske tožbe. Glede na navedeno bi bili stroški postopka verjetno bistveno višji, kot je bila ocena tožeče stranke, ki je ocenila, da bi sodišče opravilo le tri naroke za glavno obravnavo, vložene pa bi bile le tri vloge.

Argument tožeče stranke je bil tudi, da so tovrstni spori v tujini tipični spori, ki so lahko predmet kolektivne tožbe. Glede na to, da je treba za vsakega delavca ugotoviti, ali je opravil nadure, koliko nadur je s primopredajo opravil, ali mu je bilo, čeprav je bil v izmeni sam in ni smel zapustiti delovnega mesta, omogočeno koriščenje odmora, tovrstni delovni spori pri nas v okoliščinah primera Pk 1/2018 ne morejo biti ustrezni za kolektivno odškodninsko tožbo. V navedeni zadevi je bilo sporno, ali so delavci vsakič opravili 30 minut nadur zaradi primopredaje, 15 minut pred začetkom izmene in 15 minut po koncu izmene. Čas primopredaje navedno ni bil zabeležen niti se ni primopredaja opravljala vsakič 15 minut. Če bi bilo zabeleženo, koliko nadur je kdo opravil iz tega naslova, bi bila odločitev lahko drugačna. Enako velja za neizkoriščen odmor. Če bi bila narava in tudi tempo dela za vse delavce enaka ter če bi narava delovnega procesa zahtevala, da mora delavec ves delovni čas opravljati delo enako intenzivno, odmor pa ima lahko le, če se delovni proces prekine, bi verjetno prevladala skupna dejanska vprašanja. V navedeni zadevi pa to ni bilo tako, saj je šlo za posamezne službe, v katerih ni bila zatrjevana takšna organizacija ali tempo dela. Problem individualnih delovnih sporov, ko se zatrjuje kršitev pravice iz delovnega razmerja in se posledično zahteva plačilo iz tega naslova, je, da je za odločitev o tovrstnem zahtevku običajno potrebno ugotavljanje dejanskega stanja za vsakega delavca posebej. Pri kolektivni tožbi mora prevladati skupno dejansko stanje, ne more se voditi obsežen dokazni postopek za vsakega člana skupine posebej. Ker so po oceni sodišča prevladala individualna dejstva, ki bi se lažje obravnavala v individualnih postopkih, še posebej upoštevajoč pravico do izjave obeh strank, se kolektivna odškodninska tožba ni odobrila in je bila s sklepom zavržena.

Odločitev o zavrženju kolektivne odškodninske tožbe je bila pod pritožbo. Višje delovno in socialno sodišče je s sklepom XXX Pdp 185/2019 z dne 4. 7. 2019 potrdilo odločitev sodišča prve stopnje. Strinjalo se je z ugotovitvijo, da zahtevki, ki so se uveljavljali v kolektivni odškodninski tožbi, niso bili primerni za postopek s kolektivno tožbo, ker bi zahtevali vodenje individualnega dokaznega postopka za vsakega posameznega člana. Potrdilo je, da ni mogoča načelna ugotovitev, da je bila vsem zaposlenim pri toženi stranki v določenem obdobju kršena pravica do odmora oziroma jim ni bil plačan čas primopredaje.

## 5. Primerjava primera Pk 1/2018 in zadeve *Braun proti Wal Mart Stores Inc.*

Med postopkom je bilo poudarjeno, da so v ZDA tovrstni spori dovoljeni in se vodijo kot kolektivne tožbe. Tudi v literaturi<sup>19</sup> je bil poudarjen primer *Braun proti Wal Mart Stores Inc.*,<sup>20</sup> v katerem so delavci tožili Wal Mart Inc. zaradi neizkoriščenega odmora med delovnim časom

<sup>19</sup> Vlahek, Pogorelčnik Vogrinc, str. 282.

<sup>20</sup> Tožbo je vložila Michelle Braun v svojem imenu in imenu drugih proti Wal Mart Stores Inc. in Sam's Club v letu 2002, leta 2004 pa še Dolores Hummel v svojem imenu in imenu drugih. Postopka sta bila združena.

in neplačanega dela po koncu izmene. Zatrjevano je bilo enakovrstno prikrajšanje kot v zadevi Pk 1/2018. V zadevi *Braun proti Wal Mart Inc.* je tožena stranka s pravilnikom določila, da so odmori med delovnim časom plačani. Do 10. 2. 2001 je veljalo, da so se morali delavci, ko so šli na odmor in ko so se vrnili z njega, registrirati, po tem datumu pa se to ni več zahtevalo. Do leta 2003 je bilo tudi mogoče, da so se na blagajni registrirali delavci, ki niso bili več v izmeni, z letom 2003 pa to ni bilo mogoče, če tega ni odobril vodja. Tožeča stranka je zatrjevala, da so morali delavci delati med odmori ali pa jih niso smeli vzeti, poleg tega so morali delati po koncu izmene, čeprav je bilo zabeleženo, da so delo končali, tega dela pa niso dobili plačanega.<sup>21</sup>

Kolektivna odškodninska tožba je bila dopuščena.<sup>22</sup> V času odločitve so bili pogoji za certifikacijo v Pensilvaniji podobni kot pri nas:

- skupina je tako številčna, da bi bila združitev zahtevkov nepraktična,
- prevladovanje skupnih dejanskih in pravnih vprašanj,
- zahtevki predstavnikov razreda so tipični za celotno skupino,
- vložnik tožbe bo lahko pravično in ustrezno ocenil in zastopal interese celotne skupine (pod pogoji iz predpisa Rule 1709),
- kolektivna tožba bo zagotovila pošteno in učinkovito povračilo (pod pogoji iz predpisa Rule 1708).

Tudi v tem primeru se je zahtevalo kot pri nas, da prevladujejo skupna dejanska in pravna vprašanja. Iz obrazložitve prvostopenjske odločitve in vrhovnega sodišča je razvidno, da je bilo ugotavljanje kršitve bistveno drugačno, kot bi bilo v primeru Pk 1/2018. Kršitev pravice do odmora in delo po zaključku izmene se je ugotavljalo z zaslišanjem 18 prič, treh strokovnih prič in z več kot 12 zapriseženimi, izvensodnimi zaslišanji (*deposition*). Obe stranki sta predložili tudi več izjav zaposlenih in nekdanjih zaposlenih glede možnosti oziroma nemožnosti koriščenja odmora.<sup>23</sup> Da je prišlo do kršitve, se je primarno ugotavljalo z analizo liste prisotnosti delavcev, registracije na blagajni in plačilnih list. Strokovnjaki so analizirali listine in ugotovili, da večini delavcev odmor ni bil omogočen. Uporabljene so bile tudi notranje revizijske analize tožene stranke glede zagotavljanja oziroma nezagotavljanja odmora, pri čemer je bilo ugotovljeno, da se približno dvakrat na teden odmori niso zagotovili ali pa so bili skrajšani, in so potrjevale ugotovitve strokovnjakov tožeče stranke oziroma se je izkazalo, da

<sup>21</sup> Glej odločitev Vrhovnega sodišča Pensilvanije z dne 15. 12. 2015, <https://caselaw.findlaw.com/pa-supreme-court/1687043.html> (6. 3. 2022).

<sup>22</sup> Odločitev sodišča The court of common pleas of Philadelphia county z dne 27. 12. 2005, [https://donovanlitigationgroup.com/wp-content/themes/donovanlit/documents/Walmart\\_ApproveCC.pdf](https://donovanlitigationgroup.com/wp-content/themes/donovanlit/documents/Walmart_ApproveCC.pdf) (6. 3. 2022).

<sup>23</sup> Glej odločitev Vrhovnega sodišča Pensilvanije z dne 15. 12. 2015 in odločitev prvostopenjskega sodišča o certifikaciji z dne 27. 12. 2005.

so strokovnjaki tožeče stranke ugotovili še nižje število kršitev kot tožena stranka v notranjerevizijem postopku. S tem v zvezi se je zaslišala tudi strokovna priča, ki je povedala, da so bili vodilni delavci plačani za učinkovitost, če so skrajšali odmore delavcem. Sodišče je pri certifikaciji kolektivne tožbe poudarilo, da sta za odločitev o certifikaciji bistveni strokovna analiza dokumentov tožene stranke, evidence prihodov in odhodov, registracije na blagajni in plačilnih list ter tudi notranja revizija tožene stranke, ne pa pisne izjave zaposlenih glede zatrjevanih kršitev. Sodišče je ugotovilo, da je pogoj skupnih dejanskih vprašanj izkazan na podlagi dokumentov tožene stranke.<sup>24</sup> Tudi končna odločitev, da je podana odgovornost tožene stranke, je bila sprejeta predvsem na podlagi analize dokumentov in zaslišanja strokovnjakov glede teh dokumentov.<sup>25</sup>

V zadevi Pk 1/2018 tovrstno ugotavljanje kršitev ni prišlo v poštev. Prvenstveno je bilo zatrjevano, da je bila pravica do odmora delavcem kršena, ker so bili v izmeni sami in niso smeli zapustiti delovnega mesta. Tovrstna kršitev je bila zatrjevana za več različnih služb, v katerih se narava dela razlikuje. Ali je bil odmor kršen ali ne, se ne bi moglo ugotavljati z analizo evidenc delovnega časa in plačilnih list, saj delavci niso zapuščali delovnega mesta, zato čas odmora ni bil evidentiran niti ga niso bili dolžni evidentirati. Dejstvo, da delavec ne sme zapustiti delovnega mesta, ne pomeni samodejno, da mu je kršena pravica do odmora. Ali mu je ta pravica kršena, je odvisno od narave dela. Narava dela delavcev podskupine A ni bila primerljiva z delavci za tekočim trakom, kjer delovnega procesa ne morejo oziroma ne smejo prekiniti, zato mora delodajalec določiti čas odmora in prekiniti proizvodno linijo oziroma poslati zamenjavo. V zadevi Pk 1/2018 bi bilo za posamezne člane treba ugotoviti, kolikšna je bila intenzivnost njihovega dela na dneve, ko so trdili, da je prišlo do kršitve, in ali je bila takšna, da jim je bilo dejansko onemogočeno koriščenje odmora.<sup>26</sup> Glede zahtevka za plačilo za čas primopredaje pa je bilo zatrjevano, da se delavci, ko so prišli na delo, niso evidentirali, ampak so se evidentirali šele ob nastopu izmene, to je po opravljeni primopredaji, prav tako so evidentirali konec dela ob zaključku izmene, in ne po koncu primopredaje, ki je bila po navedbah tožeče stranke opravljena po zaključku izmene. Koliko minut so delavci porabili za primopredajo, tako ni bilo evidentirano, prav tako ni bilo ugotovljeno, koliko minut so dejansko porabili za primopredajo.

Čeprav je tako v zadevi *Braun proti Wal Mart Inc.* kot Pk 1/2018 šlo za zahtevke za plačilo zaradi neizkoriščenega odmora in opravljanja nadur, je bil dokazni postopek v zadevi Wal Mart bistveno drugačen, kot bi moral biti v zadevi Pk 1/2018. V slovenskem primeru ne bi bilo mogoče ugotoviti, ali je prišlo do kršitve, z analizo listin in zaslišanjem nekaj prič oziroma

<sup>24</sup> Glej odločitev prvostopenjskega sodišča o certifikaciji z dne 27. 12. 2005, zlasti str. 8 do 12.

<sup>25</sup> Glej odločitev Vrhovnega sodišča Pensilvanije z dne 15. 12. 2015.

<sup>26</sup> Glej odločbi VIII Ips 54/2021 z dne 21. 4. 2022 in VIII Ips 35/2021 z dne 10. 3. 2022.

izvedencev. Tudi tožeča stranka je predlagala, da se za vsakega člana, ki bi se vključil v podskupino A in B, ugotovi, ali mu je bila pravica kršena in kolikokrat, tako da se vsakega delavca zasliši, tožena stranka pa je zahtevala, da se s tem v zvezi zaslišijo tudi priče. Dokazovanje bi bilo tako bistveno zamudnejše, saj bi bilo treba zaslišati vse člane podskupin in veliko prič. To se pri nas bistveno enostavneje in hitreje ugotovi v individualnem delovnem sporu, še posebej če se želi obema strankama zagotoviti učinkovito pravico do izjave.

## 6. Sklep

Pred sprejetjem ZKoIT je Delovno in socialno sodišče v Ljubljani izrazilo pomislek o ustreznosti reševanja individualnih delovnih sporov s kolektivno tožbo.<sup>27</sup> To je posledica tega, da je v individualnih delovnih sporih običajno treba voditi obsežnejši dokazni postopek, saj je za ugotovitev, ali je prišlo do zatrjevanih kršitev, treba ugotavljati dejansko stanje, ki se ga običajno ne da ugotoviti le z vpogledom v listine. Poleg tega v Sloveniji nimamo sistema kaznovalne odškodnine. Pri zahtevkih delavcev zaradi nastanka premoženjske škode se odškodnina običajno izračuna, kot če bi šlo za plačilo za delo (na primer odškodnina zaradi kršitve pravice do tedenskega počitka). To pomeni, da je potrebna individualna odmera odškodnine, kar je pri kolektivnih tožbah z več člani zelo zamudno. Tudi v primeru, če gre za kolektivno uveljavljanje zahtevkov za plačilo za delo, bi se obvezno moral uporabiti sistem individualne odmere plačila, saj gre za plačilo za dejansko opravljeno delo in delavec ne more prejeti pavšalnega plačila za delo. To seveda ne pomeni, da se na delovnopravnem področju ne more uporabiti kolektivna tožba, vendar se lahko slednja uporabi le v primerih, ko za ugotovitev kršitve ni treba voditi obsežnega dokaznega postopka za posameznega člana skupine in/ali podskupine.

## Literatura

- GALIČ, Aleš, VLAHEK, Ana. Zakon o kolektivnih tožbah. *Pravosodni bilten*, 2018, št. 2, str. 25–48.
- VLAHEK, Ana, POGORELČNIK VOGRINC, Neža. Collective Actions in Labour Disputes in Europe. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Socialrecht*, 2020, št. 2, str. 252–286.

<sup>27</sup> Vlahek, Pogorelčnik Vogrinc, str. 265.





## Obligacijska vprašanja digitalnih tehnologij

# IV.

JERNEJ RENKO

*Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru  
dobave digitalnih vsebin in storitev*

JANEZ SEKIRNIK

*Sklepanje in izvrševanje pravnih poslov  
pri uporabi decentraliziranih aplikacij*

MATIJA DAMJAN

*Odgovornost za neupravičeno odstranitev  
spletnih vsebin*



*Izvirni znanstveni članek*  
UDK 366.5:339.186:004.9

# Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru dobave digitalnih vsebin in storitev

JERNEJ RENKO  
*mag. prava, LL.M.,*  
*asistent na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Kot naslednici umaknjenega predloga Uredbe o skupnem evropskem prodajnem pravu sta bili v istem zakonodajnem paketu maja 2019 sprejeti Direktiva (EU) 2019/770 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev<sup>1</sup> (DCSD) in Direktiva (EU) 2019/771 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb za prodajo blaga, spremembi Uredbe (EU) 2017/2394 in Direktive 2009/22/ES ter razveljavitvi Direktive 1999/44/ES<sup>2</sup> (DSG). Obe direktivi sta del izvedbe strategije EU za enotni digitalni trg<sup>3</sup> in za svojo implementacijo določata načelo popolne harmonizacije ter s tem nacionalnim zakonodajalcem ne dajeta veliko možnosti.

Kljub temu, da sta si ureditvi po obeh direktivah komplementarni, se prispevek osredotoča le na ureditev pogodb o dobavi digitalnih vsebin in storitev po DCSD. Njegov namen je predstaviti poglobljene značilnosti nove ureditve s poudarkom na pravicah potrošnika, ki mu bodo na voljo po implementaciji DCSD v slovenski pravni red.

Rok za implementacijo DSG in DCSD je potekel 1. 7. 2021, rok za uporabo na novo implementiranih nacionalnih predpisov pa 1. 1. 2022. Republika Slovenija je tako s svojim Predlogom spremembe Zakona o varstvu potrošnikov (Predlog ZVPot), v katerega namerava

<sup>1</sup> UL L 136, 22. 5. 2019.

<sup>2</sup> UL L 136, 22. 5. 2019.

<sup>3</sup> Strategija za enotni digitalni trg za Evropo, Bruselj, 6. 5. 2015, COM(2015) 192 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=SL>> (8. 3. 2022).

implementirati obe direktivi, krepko v zaostanku. Ker je predlog navedenega zakona, ki ga je pripravilo Ministrstvo za gospodarski razvoj in tehnologijo Republike Slovenije,<sup>4</sup> ob pisanju tega prispevka še vedno v fazi medresorskega usklajevanja na Službi vlade za zakonodajo, se prispevek osredotoča na DCSD.

## 2. Področje uporabe

### 2.1. Pojem digitalne vsebine in digitalne storitve

Digitalna vsebina po DCSD pomeni podatke, ki so proizvedeni in dobavljeni v digitalni obliki. Digitalna storitev pa skladno z DCSD vključuje: (1) storitev, ki potrošniku omogoča ustvarjanje, obdelavo ali hrambo podatkov v digitalni obliki ali dostop do njih, oziroma (2) storitev, ki omogoča izmenjavo podatkov v digitalni obliki ali katerokoli drugo obliko interakcije s temi podatki, ki jih naložijo ali ustvarijo potrošnik ali drugi uporabniki te storitve. To sta precej široko zastavljena pojma,<sup>5</sup> ki pri določanju kriterijev ne delata razlik glede na uporabljeno tehnologijo in medij prenosa oziroma zagotavljanja digitalnih vsebin in storitev ter tako upoštevata hiter tehnološki razvoj in ohranjanje trajnosti pojmov digitalna vsebina in storitev (19. uvodna izjava DCSD).

DCSD tako na svoje področje uporabe vključuje računalniške programe, aplikacije, video-datoteke, zvočne in glasbene datoteke, digitalne igre, elektronske knjige in druge publikacije ter tudi digitalne storitve, ki omogočajo ustvarjanje, obdelavo ali hrambo podatkov v digitalni obliki ali dostop do takih podatkov, vključno s programsko opremo kot storitvijo (t. i. *software as a service*), kot so izmenjava video- in avdiovsebin ter drugo podatkovno gostovanje, urejanje besedil ali igre, ki se zagotavljajo v oblaku in na družbenih medijih (19. uvodna izjava DCSD).

DCSD se uporablja tudi, kadar je digitalna vsebina ali digitalna storitev razvita v skladu z navodili potrošnika, na primer ko bi potrošnik pri trgovcu naročil izdelavo mobilne aplikacije po meri. Pri pogodbah, sklenjenih s potrošniki, utegne biti ta določba sicer precej manj pomembna kot pri pogodbah med dvema podjetnikoma (B2B), ko je razvoj individualnih rešitev programske opreme precej pomembnejši.<sup>6</sup>

Pravila DCSD veljajo tudi za paketne pogodbe, v okviru katerih je znotraj ene pogodbe združena dobava digitalnih vsebin ali storitev z dobavo blaga ali drugih storitev (na primer

<sup>4</sup> Predlog Zakona o varstvu potrošnikov z dne 19. 5. 2021, <<https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=8592>> (8. 3. 2022).

<sup>5</sup> Staudenmayer, str. 2720.

<sup>6</sup> Metzger (2019), str. 578.

zagotavljanje digitalne televizije in nakup elektronske opreme), in sicer za elemente, ki vključujejo dobavo digitalnih vsebin in storitev. Na podlagi tretjega pododstavka šestega odstavka 3. člena DCSD so nacionalni zakonodajalci svobodni pri določanju posledic prekinitve enega elementa paketne pogodbe za druge elemente paketne pogodbe. To je vidno tudi v Predlogu ZVPot v 106. členu, v katerem je določeno, da potrošnik v primeru odstopa od določenega elementa paketne pogodbe (digitalna vsebina ali storitev) lahko odstopi tudi od drugih elementov te paketne pogodbe, če od potrošnika ni mogoče razumno pričakovati, da bo obdržal druge elemente te paketne pogodbe.

## 2.2. Blago z digitalnimi elementi

DCSD pa iz svojega kroga uporabe izključuje blago z digitalnimi elementi, saj to spada na področje uporabe DSG. To so premične materialne stvari, ki vključujejo digitalno vsebino ali digitalno storitev oziroma so z njo medsebojno povezane na način, da brez te digitalne vsebine ali digitalne storitve ne bi mogle opravljati svoje funkcije (tretji odstavek 2. člena DCSD). Blago z digitalnimi elementi so torej vsi proizvodi, ki jih v tehnološkem žargonu poznamo kot »pametne proizvode« in v sebi že vsebujejo digitalno vsebino (na primer aplikacije, operacijski sistem), brez katere ne morejo opravljati funkcije, za katero so bili oglaševani (na primer pametni televizor, pametna ura, pametni telefon). Razmejitev med samostojno digitalno vsebino, za katero se uporablja DCSD, in digitalno vsebino, ki je medsebojno povezana z določenim materialnim produktom in sestavni del blaga z digitalnimi elementi, za katero pa se uporablja DSG, včasih lahko povzroča preglavice. Zaradi tega se je evropski zakonodajalec odločil, da se v primeru dvoma digitalna vsebina šteje kot sestavni del blaga z digitalnimi elementi.

Posledica ureditve blaga z digitalnimi elementi v DSG je, da se za digitalne vsebine, ki so medsebojno povezane z materialnim produktom, ne uporabljajo določene določbe, ki bi se uporabljale za samostojno digitalno vsebino, saj jih DSG ne ureja. Tako v DSG na primer niso urejene posebne pravice potrošnika v zvezi s prenosljivostjo vsebin, ki niso osebni podatki (t. i. *user-generated content*) po 16. členu DCSD (glej točko 7). DSG za blago z digitalnimi elementi prav tako ne pozna posebne ureditve glede spremembe digitalne vsebine ali storitve po 19. členu DCSD ter svojega področja uporabe ne razširja na pogodbe, v katerih potrošnik v zameno za dobavo blaga z digitalnimi elementi trgovcu posreduje osebne podatke (drugi pododstavki prvega odstavka 3. člena DCSD).

Na področje uporabe DCSD pa na drugi strani spadajo materialni nosilci podatkov (DVD-ji, CD-ji, ključki USB), če materialni nosilec podatkov deluje izključno kot nosilec digitalne vsebine. Ureditev po DCSD pa se ne uporablja za te materialne nosilce glede vidikov obveznosti trgovca za dobavo in zahtevkov v primeru nedobave (20. uvodna izjava DCSD).

### 2.3. Izključitve s področja uporabe

V petem odstavku 3. člena DCSD so določena še področja oziroma pogodbeni razmerja, ki so izvzeta z njenega področja uporabe. Med pomembnejšimi so pogodbe o elektronskih komunikacijskih storitvah (z izjemo t. i. številčno neodvisnih medosebnih komunikacijskih storitev, kot na primer Facebook Messenger, katerega uporaba ni vezana na mobilno številko potrošnika (28. uvodna izjava DCSD)), o zdravstvenem varstvu, o storitvah iger na srečo, o finančnih storitvah ter o storitvah dostopa do interneta. Prav tako na področje uporabe DCSD ne spadajo pogodbe o programski opremi, ki jo ponuja trgovec v okviru proste in odprtokodne licence, kadar potrošnik ne plača kupnine, trgovec pa osebne podatke, ki jih zagotovi potrošnik, obdeluje izključno za namene izboljšanja varnosti, združljivosti ali interoperabilnosti te programske opreme.

DCSD ne vpliva na možnost držav članic, da po svoje uredijo ali ohranijo veljavne vidike splošnega pogodbenega prava, kot so pravila o sklenitvi, veljavnosti, ničnosti ali učinkih pogodb, vključno s posledicami odstopa od pogodbe, kolikor ti vidiki niso urejeni s to direktivo, ali pravico do odškodnine (deseti odstavek 3. člena DCSD).

### 2.4. Posredovanje osebnih podatkov potrošnika kot oblika protistoritve

Najbrž najpomembnejša novost, ki jo na področje potrošniškega pogodbenega prava prinaša DCSD, je razširitev njenega področja uporabe na primere, ko potrošnik namesto kupnine v denarju v zameno za dobavo digitalne vsebine ali storitve trgovcu posreduje svoje osebne podatke. Če pa trgovec potrošnikove osebne podatke obdeluje izključno za namen dobave digitalne vsebine ali storitve oziroma za to, da lahko trgovec izpolni pravne zahteve, ki veljajo zanj, se ti posredovani podatki ne obravnavajo kot pogodbeni izpolnitev po DCSD (drugi pododstavek prvega odstavka 3. člena DCSD). Navedena primera se pokrivata s konstelacijami, v katerih se osebni podatki posameznika obdelujejo na podlagi točk b in c prvega odstavka 6. člena Uredbe (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES<sup>7</sup> (GDPR) in za njihovo obdelavo ni treba pridobiti potrošnikove privolitve.<sup>8</sup>

Opredelitev posredovanja potrošnikovih osebnih podatkov kot načina njegove pogodbene izpolnitve pomeni konec dobe »brezplačnih« storitev, posredovanih potrošnikom, ki so podali privolitev v obdelavo svojih osebnih podatkov. To je ureditev že dolgo obstoječe prakse, ki na

<sup>7</sup> UL L 119, 4. 5. 2016.

<sup>8</sup> Mischau, str. 342.

ravni DCSD načelno izenačuje pravice potrošnikov, ki »plačajo« s svojimi osebnimi podatki, s tistimi potrošniki, ki v zameno za dobavo digitalne vsebine ali storitve plačajo kupnino v denarju.

Kljub pomembnemu koraku v smer povečanega varstva potrošnikov se na drugi strani postavlja precej vprašanj, ki so posledica napetosti med pravom varstva osebnih podatkov in pogodbenim pravom.<sup>9</sup> Eno od mnogih je vprašanje posledice potrošnikovega preklica privolitve v obdelavo osebnih podatkov po tretjem odstavku 7. člena GDPR. Glede na to, da gre v primeru pravice do preklica privolitve za pravico, ki se ji potrošnik ne more veljavno odpovedati,<sup>10</sup> se z vidika pogodbenega prava zdi nekoliko nenavadno sprejeti pogodbo, pri kateri bi ta zaradi možnosti preklica privolitve potrošnika že od samega začetka vključevala možnost, da ne bo izpolnjena. Ker DCSD skladno z desetim odstavkom 3. člena ureditev vidikov splošnega pogodbenega prava (glej točko 2.3) prepušča nacionalnim zakonodajalcem, prav tako ne ponuja rešitve tovrstnega problema, kar lahko pomeni tveganje nasprotujočih si posameznih nacionalnih pravil glede tega precej pomembnega vprašanja. Čeprav mu razmerja med potrošnikovim posredovanjem osebnih podatkov in dobavo digitalne vsebine ali storitve s strani trgovca ni uspelo povsem razjasniti,<sup>11</sup> je nemški zakonodajalec za rešitev problema potrošnikovega preklica privolitve pri svoji implementaciji DCSD s pridom izkoristil načelo abstraktnosti,<sup>12</sup> ki je domače nemškemu civilnemu pravu.<sup>13</sup> Tako je v par. 327q II BGB določeno, da v primeru potrošnikovega preklica privolitve v obdelavo osebnih podatkov pogodba ostaja veljavna, trgovec pa ima na voljo izredno pravico do odstopa od pogodbe, pod pogojem da ob tehtanju interesov obeh strank od trgovca ni mogoče pričakovati nadaljevanja pogodbenega razmerja. Kljub temu, da je načelo abstraktnosti v splošnem specifična nemškega civilnega prava, se zdi smotno zaradi specifične tovrstnega pogodbenega razmerja to konkretno rešitev implementirati tudi v slovensko pravo. Predlog ZVPot navedene situacije ne obravnava in s tem ne rešuje pomembnega vprašanja, ki bi lahko v pogodbah, v katerih potrošnik namesto kupnine v denarju trgovcu posreduje svoje osebne podatke, močno omejilo pravno varnost trgovca. Pravno nevzdržno bi namreč bilo od trgovca zahtevati vztrajanje pri pogodbi, v po-

<sup>9</sup> Za poglobljeno razpravo o temi plačila z osebnimi podatki po DCSD glej tudi Renko, str. 64–80.

<sup>10</sup> Langhanke, Schmidt-Kessel, str. 220.

<sup>11</sup> Klink-Straub, str. 3219.

<sup>12</sup> Načelo abstraktnosti ustvarja jasno ločnico med zavezovalnim in razpolagalnim poslom. Drugače kot pri načelu kavzalnosti, ki ga poznamo v slovenskem civilnem pravu in po katerem neveljavnost zavezovalnega posla povzroči tudi neveljavnost razpolagalnega posla, je skladno z načelom abstraktnosti prvi lahko veljaven, medtem ko je drugi obenem lahko neveljaven. Po tej logiki torej tudi v primeru, da bi bila potrošnikova privolitev zaradi četrtega odstavka 7. člena GDPR (razpolagalni posel) neveljavna, pogodba po DCSD (zavezovalni posel) ne bi bila samodejno neveljavna. Ravno tako potrošnikov preklic privolitve v obdelavo osebnih podatkov ne bi vplival na veljavnost same pogodbe po DCSD.

<sup>13</sup> Glej tudi Metzger (2020), str. 34–35.

vezavi s katero je potrošnik s preklicem privolitve v obdelavo osebnih podatkov učinkovito zahteval nazaj svojo izpolnitev.

### 3. Dobava digitalnih vsebin ali storitev

V petem členu DCSD je urejena dobava digitalnih vsebin in storitev ter določeno, da mora, če se stranki ne dogovorita drugače, trgovec slednjo izvesti po sklenitvi pogodbe brez nepotrebnega odlašanja.

Glede dobave digitalnih vsebin in storitev je bolj specifična ureditev v drugem odstavku 5. člena DCSD, ki opredeljuje trenutek, ko se šteje, da je trgovec izpolnil svojo obveznost dobave digitalne vsebine ali storitve. Šteje se, da je dobava opravljena, ko je trgovec potrošniku omogočil dostop do digitalne vsebine ali storitve na fizični ali virtualni platformi, ki jo je za ta namen izbral potrošnik. Če je platforma, ki jo je izbral potrošnik, neustrezna za dobavo digitalne vsebine ali storitve, trgovec potrošniku ne odgovarja zaradi nedobave, če je razlog zanjo neustreznost platforme. Vendar se ne šteje, da je potrošnik izbral platformo, če to nadzoruje trgovec oziroma je bila izbira te platforme edina možnost, ki jo je potrošniku ponudil trgovec (41. uvodna izjava DCSD).

### 4. Skladnost digitalnih vsebin in storitev s pogodbo

DCSD in DSG na področje potrošniškega pogodbenega prava prinašata nov opis koncepta skladnosti predmeta s pogodbo. Tega odlikujeta preglednost in jasnost, ki izhajata predvsem iz izrecne ločitve subjektivnih in objektivnih zahtev za skladnost.<sup>14</sup> Pri sami vsebini zahtev za skladnost ni bistvenih sprememb, čeprav tako DCSD za digitalne vsebine in storitve kot tudi DSG za blago z digitalnimi elementi vpeljujeta nove zahteve glede funkcionalnosti, združljivosti in interoperabilnosti digitalnih vsebin in storitev ter blaga z digitalnimi elementi.<sup>15</sup>

Za skladnost digitalne vsebine ali storitve s pogodbo mora trgovec potrošniku zagotoviti digitalno vsebino ali storitev, ki poleg subjektivnim zahtevam (7. člen DCSD) ustreza tudi objektivnim zahtevam za skladnost (8. člen DCSD). Nato se šteje, da digitalna vsebina ali storitev ni skladna s pogodbo, če neskladnost izhaja iz nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve v digitalno okolje potrošnika in gre odgovornost za nepravilno integracijo pripisati trgovcu (9. člen DCSD). Slednje velja v primeru, (1) da je bila digitalna vsebina ali storitev integrirana s strani trgovca ali v okviru odgovornosti trgovca oziroma (2) je bilo predvideno,

<sup>14</sup> Morais Carvalho, str. 198.

<sup>15</sup> Prav tam.

da digitalno vsebino ali digitalno storitev integrira potrošnik, do nepravilne integracije pa je prišlo zaradi pomanjkljivih navodil za integracijo, ki jih je zagotovil trgovec.

#### 4.1. Subjektivne zahteve za skladnost

Pojem subjektivne skladnosti digitalne vsebine ali storitve se nanaša na obveznost trgovca, da zagotovi digitalno vsebino ali storitev, ki izpolnjuje v pogodbi dogovorjene lastnosti. Digitalna vsebina ali storitev mora biti skladna zlasti z opisom, količino, kakovostjo, jezikom in različico, ki so bili dogovorjeni v pogodbi (42. uvodna izjava DCSD). Ustrezati bi morala tudi varnosti, funkcionalnosti, združljivosti in interoperabilnosti, ki so bile dogovorjene v pogodbi. Pojem funkcionalnosti se nanaša na načine, na katere se digitalna vsebina ali storitev lahko uporablja, zlasti odsotnost ali prisotnost kakršnihkoli tehničnih omejitev, kot je zaščita prek upravljanja digitalnih pravic ali regijsko kodiranje (43. uvodna izjava DCSD). Pojem interoperabilnosti pa se nanaša na to, ali in koliko lahko digitalna vsebina ali storitev deluje s strojno ali programsko opremo, ki se razlikuje od tiste, s katero se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporablja.

Za izpolnjevanje kriterijev mora biti digitalna vsebina ali storitev skladna tudi z drugimi lastnostmi, o katerih sta se potrošnik in trgovec dogovorila, v povezavi s tem pa bi zahteve pogodbe morale vključevati tudi tiste zahteve, ki izhajajo iz predpogodbenih informacij, ki v skladu z Direktivo 2011/83/EU o pravicah potrošnikov pomenijo sestavni del pogodbe (5. in 6. člen Direktive 2011/83/EU).<sup>16</sup> Skladno s petim odstavkom 6. člena Direktive 2011/83/EU namreč predpogodbene informacije postanejo sestavni del pogodbe, sklenjene na daljavo ali zunaj poslovnih prostorov.

Digitalna vsebina ali storitev mora biti primerna za poseben namen, za katerega jo potrošnik potrebuje in s katerim je potrošnik seznanil trgovca najpozneje ob sklenitvi pogodbe, trgovec pa je s tem soglašal (točka b prvega odstavka 7. člena DCSD). Iz tega sledi, da se trgovec v tem primeru ne more razbremeniti odgovornosti za neskladnost digitalne vsebine ali storitve s tem posebnim namenom, tudi če je ta sicer uporabna, vendar ne ustreza potrošnikovemu posebnemu namenu.

Da bi digitalna vsebina ali storitev izpolnjevala subjektivne kriterije za skladnost, mora biti dobavljena z vsemi dodatki, navodili, vključno za namestitve, in pomočjo strankam, kot je to zahtevano v pogodbi (točka c prvega odstavka 7. člena DCSD). Prav tako je trgovec potroš-

<sup>16</sup> V povezavi z informiranjem potrošnika, predvsem glede lastnosti sledenja potrošnikovega vedenja in s tem povezane obdelave njegovih osebnih podatkov, glej tudi Helberger in dr., str. 1438–1439.

niku zavezan skladno s pogodbenim dogovorom zagotoviti posodobitve digitalne vsebine ali storitve (točka d prvega odstavka 7. člena DCSD).<sup>17</sup>

Kot neizpolnjevanje subjektivnih zahtev za skladnost bi lahko interpretirali tudi trgovčevo neupoštevanje zahtev prava EU varstva podatkov, konkretnije GDPR. To bi bilo mogoče, če bi trgovec v pogodbi izrecno ali konkludentno sprejel obveznost upoštevanja zahtev prava varstva podatkov, ali pa bi bilo mogoče pogodbeno določila razlagati tudi v povezavi z obveznostmi trgovca, ki jih ima v vlogi upravljavca po sedmem odstavku 4. člena GDPR. V tem primeru lahko taka pogodbeni zaveza postane del subjektivnih zahtev za skladnost (48. uvodna izjava DCSD). Ta položaj lahko ponazorimo s primerom ponudnika digitalne storitve družbenega omrežja, ki v politiki zasebnosti kot namen zbiranja in obdelave osebnih podatkov potrošnika navaja le ciljano oglaševanje lastnih storitev, osebne podatke potrošnikov pa bi v resnici posredoval tudi drugim ponudnikom, ki bi lahko na podlagi obdelave le-teh določali ceno svoje storitve za tega posameznega potrošnika. Tedaj bi bila tovrstna obdelava v nasprotju z načelom omejitve namena (točka b prvega odstavka 5. člena GDPR), saj potrošnik skladno s točko a prvega odstavka 6. člena GDPR ni privolil v tovrstni namen obdelave osebnih podatkov. Tako bi se tovrstna kršitev zaveze iz politike zasebnosti razlagala kot kršitev GDPR in potrošnik bi lahko uveljavljal jamčevalne zahtevke kot v primeru neskladnosti s subjektivnimi zahtevami po točki a in b prvega odstavka 7. člena DCSD.

## 4.2. Objektivne (zakonske) zahteve za skladnost

Stranki v pogodbo pogosto ne zapišeta vseh lastnosti, ki naj jih ima digitalna vsebina ali storitev. Zato DCSD ureja dispozitivna pravila in standarde, ki se uporabijo, kolikor se stranki o lastnostih, ki naj jih ima digitalna vsebina ali storitev, nista izrecno ali konkludentno dogovorili.

Glede razmerja med subjektivnimi in objektivnimi zahtevami za skladnost je treba poudariti, da je izvorni predlog DCSD dajal prednost zahtevam, dogovorjenim v pogodbi, pred objektivnimi kriteriji,<sup>18</sup> kar pomeni, da so se slednji uporabili le v primerih, ko je pogodba pomanjkljivo ali na nerazumljiv način urejala merila skladnosti.<sup>19</sup> DCSD pa je subjektivne in objektivne kriterije za skladnost izenačil in s tem povečal raven varstva potrošnikov, saj je

<sup>17</sup> Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 5, <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Statement\\_on\\_DCD.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf)> (8. 3. 2022).

<sup>18</sup> Maňko, str. 13.

<sup>19</sup> Prvi odstavek 6. člena Predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2015\)634&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)634&lang=en)> (8. 3. 2022).

zamejil odstopanje od objektivnih kriterijev prek pogodbenih določb na primere iz petega odstavka 8. člena DCSD. Iz tega izhaja, da mora digitalna vsebina ali storitev, ki jo trgovec dobavi potrošniku, kumulativno izpolnjevati tako subjektivna kot tudi objektivna merila skladnosti. Tako se trgovec z obsežnimi izjavami o omejitvi odgovornosti (angl. *disclaimer*) ne bo mogel razbremeniti odgovornosti za dobavo digitalne vsebine ali storitve, ki ne bo skladna z objektivnimi zahtevami za skladnost.<sup>20</sup> Glede na dejstvo, da potrošniki redko preberejo ali razumejo splošne pogodbene pogoje<sup>21</sup> ter da imajo v razmerju do trgovca dokaj šibak pogajalski položaj<sup>22</sup> (*de facto* položaj »vzemi ali pusti«), gre to potezo evropskega zakonodajalca označiti za dobrodošlo. Predlog DCSD je prav tako določal blažje objektivne kriterije skladnosti za trgovce, ki so digitalno vsebino ali storitev dobavili v zameno za osebne podatke potrošnika.<sup>23</sup> Razlikovanje med temi potrošniki in tistimi, ki so za digitalno vsebino ali storitev plačali kupnino, je bilo v sprejetem besedilu DCSD odpravljeno.

Za objektivno skladnost digitalne vsebine ali storitve mora ta predvsem ustrezati namenom, za katere se istovrstna digitalna vsebina ali storitev običajno uporablja (točka a prvega odstavka 8. člena DCSD). Za izpolnjevanje objektivnih meril za skladnost bi morala digitalna vsebina ali storitev imeti tudi značilnosti in zmogljivostne lastnosti, ki so običajne za digitalno vsebino ali storitev iste vrste in ki jih lahko potrošnik razumno pričakuje glede na naravo digitalne vsebine ali storitve (točka a prvega odstavka 8. člena DCSD). Standard razumnosti v smislu, kaj lahko oseba razumno pričakuje, mora biti vsakokrat objektivno določen, in sicer ob upoštevanju narave in namena digitalne vsebine ali storitve, okoliščin primera ter vrst uporabe in prakse vpletenih strank (46. uvodna izjava DCSD). Navedeni standard razumnega pričakovanja potrošnika DCSD dopolnjuje tudi z obveznostjo upoštevanja kakršnihkoli javnih izjav trgovca o posebnih značilnostih digitalne vsebine ali storitve, ki jo je podal trgovec ali druga oseba v imenu trgovca v predhodnih členih pogodbene verige, vključno s proizvajalcem, zlasti pri oglaševanju ali označevanju (točka b prvega odstavka 8. člena DCSD).<sup>24</sup> Enak način glede upoštevanja javnih izjav prodajalca, proizvajalca ali njegovega zastopnika je znan že iz točke d drugega odstavka 2. člena Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z

<sup>20</sup> Metzger (2019), str. 581.

<sup>21</sup> Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 18–19, <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_elj/Publications/ELI\\_Statement\\_on\\_DCD.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_elj/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf)> (8. 3. 2022), glede branja splošnih pogojev glej tudi raziskavo Luzak in dr.

<sup>22</sup> Smits, str. 9.

<sup>23</sup> Točka a drugega odstavka 6. člena Predloga Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalnih vsebin, 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, <[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2015\)634&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2015)634&lang=en)> (8. 3. 2022), glej tudi Metzger in dr. (2018), str. 106.

<sup>24</sup> Za pogoje razbremenitve trgovca oziroma druge osebe za javno izjavo glej točke i do iii točke b prvega odstavka 8. člena DCSD.

dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij<sup>25</sup> (Direktiva 1999/44/ES).

Nato mora biti digitalna vsebina ali storitev za izpolnjevanje objektivnih zahtev za skladnost dobavljena skupaj z vsemi dodatki in navodili, za katere potrošnik lahko razumno pričakuje, da jih bo prejel (točka c prvega odstavka 8. člena DCSD), ter biti skladna z morebitno poskusno različico ali predogledom digitalne vsebine ali storitve, ki ga da trgovec na razpolago pred sklenitvijo pogodbe (točka d prvega odstavka 8. člena DCSD). Določena je tudi obveznost trgovca, da mora, če ni drugačnega dogovora, potrošniku zagotoviti digitalno vsebino ali storitev v najnovejši različici (šesti odstavek 8. člena DCSD). Zaradi specifičnosti digitalnih vsebin ali storitev kot predmeta pogodbe je bila med objektivne zahteve za skladnost vključena tudi dolžnost trgovca, da potrošniku zagotovi posodobitve in ga o njih tudi obvešča (drugi odstavek 8. člena DCSD). Potrošnik sicer ni dolžan namestiti posodobitev, vsekakor pa nosi negativne posledice, če tega te stori, saj je v tem primeru trgovec skladno s pogoji iz točke a in b tretjega odstavka 8. člena DCSD razbremenjen odgovornosti za neskladnost digitalne vsebine ali storitve s pogodbo.<sup>26</sup>

Če je trgovec potrošnika ob sklenitvi pogodbe izrecno obvestil, da posamezna lastnost digitalne vsebine odstopa od objektivnih zahtev za skladnost (tj. odstopanje subjektivnih od objektivnih meril skladnosti), potrošnik pa je ob sklenitvi pogodbe izrecno in ločeno sprejel to odstopanje, trgovec ne odgovarja za navedeno neskladnost (peti odstavek 8. člena DCSD). Trgovčevo obvestilo o odstopanju od objektivnih zahtev za skladnost mora torej potrošnik sprejeti ločeno od drugih izjav ali dogovorov ter z dejavnim in jasnim ravnanjem. V 49. uvodni izjavi DCSD je kot primer takega sprejema obvestila, ki izpolnjuje pogoj jasnosti in dejavnosti, navedena označitev okenca, pritisk na gumb ali aktiviranje podobne funkcije. Če bi potrošnik lahko razumno pričakoval, da bo na primer računalniški program za vektorsko oblikovanje deloval na operacijskem sistemu Windows, vendar je skladno s petim odstavkom 8. člena DCSD sprejel trgovčevo obvestilo, da navedeni program deluje le na operacijskem sistemu Macintosh, potem trgovec ne bo odgovarjal za neskladnost te digitalne vsebine.

Trgovčevo neupoštevanje zahtev prava varstva podatkov lahko pomeni tudi kršitev objektivnih zahtev za skladnost. To bi lahko prišlo v poštev, ko zaveze varstva podatkov ne bi bile izrecno ali konkludentno vključene v pogodbo. Konkretno bi bilo to mogoče, ko bi kršitev pravil GDPR hkrati povzročila, da digitalna vsebina ali storitev ne bi ustrezala svojemu namenu skladno s točko a prvega odstavka 8. člena DCSD, za katerega bi se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporabljala. V 48. uvodni izjavi DCSD je kot primer za tovrstno neskladnost naveden položaj, ko trgovec programske opreme za šifriranje podatkov ne izvaja s

<sup>25</sup> UL L 171, 7. 7. 1999.

<sup>26</sup> Morais Carvalho, str. 199.

strani GDPR zahtevanih ukrepov za zagotavljanje, da se osebni podatki potrošnika po zasnovi ne razkrijejo nepooblaščenim prejemnikom. Zaradi tega ta programska oprema ne ustreza namenu, za katerega bi se digitalna vsebina ali storitev iste vrste običajno uporabljala, kar v tem primeru pomeni varen prenos podatkov potrošnika predvidenemu prejemniku.

### 4.3. Neskladnost kot posledica nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve

Neskladnost digitalne vsebine ali storitve lahko po DCSD izhaja tudi iz nepravilne integracije digitalne vsebine ali storitve v digitalno okolje potrošnika. Nepravilna integracija se šteje za neskladnost, če je bila digitalna vsebina ali storitev integrirana s strani trgovca oziroma v okviru odgovornosti trgovca ali pa v primerih, ko je integracijo izvajal potrošnik, do nepravilne integracije pa je prišlo zaradi pomanjkljivih navodil trgovca (9. člen DCSD). To je v digitalno dobro prenesena že znana t. i. »Ikea klavzula«<sup>27</sup> iz petega odstavka 2. člena Direktive 1999/44/ES, ki pa je v novo DSG vnesena v 8. člen.

## 5. Pravice tretjih

DCSD v koncept neskladnosti jasno vključuje tudi pravne napake.<sup>28</sup> Omejitev, ki je posledica kršitve pravic tretje osebe, zlasti pravic intelektualne lastnine, in preprečuje ali omejuje uporabo digitalne vsebine ali storitve, lahko pomeni, da digitalna vsebina ali storitev krši objektivne zahteve za skladnost, če gre za lastnosti, ki so običajne za digitalno vsebino ali storitve iste vrste in jih potrošnik lahko razumno pričakuje (53. uvodna izjava DCSD). Potrošnik ima zato v primeru obstoja tovrstne omejitve na voljo jamčevalne zahtevke za primer neskladnosti (10. člen DCSD), razen če drugi predpis določa ničnost ali razveljavitev pogodbe o dobavi digitalne vsebine ali storitve zaradi kršenja pravic tretjih oseb.

Večkrat je bil poudarjen tudi problem, ki ga DCSD z navedeno ureditvijo ne obravnava, in sicer da je sklenitev licenčne pogodbe (angl. *end-user license agreement* – *EULA*) z imetnikom pravic intelektualne lastnine (ko ta ni tudi trgovec z digitalno vsebino) pogosto pogoj za namestitev digitalne vsebine.<sup>29</sup> Tako gre za pravno napako na digitalni vsebini, če o sklenitvi licenčne pogodbe kot predpogoju za uporabo te digitalne vsebine potrošnik ni bil opozorjen

<sup>27</sup> Metzger (2019), str. 581.

<sup>28</sup> Morais Carvalho, str. 198.

<sup>29</sup> Metzger (2019), str. 581.

s strani trgovca ob sami pridobitvi digitalne vsebine, potrošnik pa je to odstopanje sprejel skladno s petim odstavkom 8. člena DCSD.<sup>30</sup>

## 6. Pravice potrošnika v primeru nedobave oziroma neskladnosti in njihovo uveljavljanje

DCSD glede jamčevalnih zahtevkov potrošnika razlikuje med posledicami trgovčeve neizpolnitve (trgovčeve pasivnosti) in posledicami izpolnitve z napako, ko dobavljena digitalna vsebina ali storitev ne ustreza subjektivnim oziroma objektivnim zahtevam za skladnost. Omeniti velja, da DCSD ureja le jamčevalne zahtevke potrošnika, ne pa tudi trgovčevih.

### 6.1. Odgovornost trgovca za nedobavo in neskladnost ter jamčevalni roki

DCSD jasno določa, da je trgovec odgovoren za vsako nedobavo digitalne vsebine ali storitve (prvi odstavek 11. člena DCSD). V razmerju do pravice do odstopa od pogodbe (razdor) DCSD ne dela razlik glede na dejstvo, ali je bila vzrok za neizpolnitev nemožnost izpolnitve.<sup>31</sup> Direktiva v 51. uvodni izjavi nakazuje, da se kratkoročne prekinitve dobave (kadar so te več kot zanemarljive ali se ponavljajo) digitalne vsebine ali storitve ne bi smele obravnavati kot primeri nedobave, temveč kot primeri neskladnosti digitalne vsebine ali storitve (51. uvodna izjava DCSD).

Pri vprašanju odgovornosti trgovca za neskladnost digitalne vsebine ali storitve DCSD razlikuje med načini oziroma modalitetami, ki so v pogodbi določene za dobavo digitalne vsebine ali storitve. Pri enkratni dobavi digitalne vsebine<sup>32</sup> ali storitve oziroma niza posameznih dobav<sup>33</sup> je trgovec odgovoren za vsako neskladnost po 7. do 9. členu DCSD, ki obstaja v času dobave pri enkratni dobavi ali v primeru niza posameznih dobav v času vsake posamezne dobave (drugi odstavek 11. člena DCSD). Pri takšnem načinu dobave jamčevanje trgovca ustreza ureditvi prodajne pogodbe, kar se ujema s trenutkom prehoda nevarnosti oziroma trenutka izročitve digitalne vsebine (primerjaj prvi odstavek 458. člena OZ v povezavi s prvim odstavkom 436. člena OZ). Kadar pa pogodba določa nepretrgano dobavo<sup>34</sup> v določenem obdobju, je trgovec odgovoren za vsako neskladnost po 7. do 9. členu DCSD, ki nastane ali se

<sup>30</sup> Glej tudi Statement of the European Law Institute on the European Commission's proposed Directive on the supply of digital content to consumers, COM (2015) 634 final, str. 25, <[https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Statement\\_on\\_DCD.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf)> (8. 3. 2022), ter Beale, str. 43.

<sup>31</sup> Metzger (2019), str. 582.

<sup>32</sup> Na primer potrošnik enkratno prenese in shrani elektronsko knjigo.

<sup>33</sup> Na primer potrošnik tedensko prejme povezavo za prenos nove elektronske knjige.

<sup>34</sup> Na primer pogodba za storitev shranjevanja datotek v »oblaku« za določen ali nedoločen čas.

pokaže v celotnem obdobju, v katerem je treba v skladu s pogodbo dobaviti digitalno vsebino ali storitev (tretji odstavek 11. člena DCSD). Ko gre za nepretrgano dobavo digitalne vsebine ali storitve, je smiselna analogija s pravili zakupne (najemne) pogodbe,<sup>35</sup> v skladu s katerimi mora zakupodajalec med celotnim obdobjem zakupa stvar vzdrževati in jo zato po potrebi popravljati (primerjaj prvi odstavek 589. člena OZ).

DCSD je za pogodbe z določeno enkratno dobavo ali nizom posameznih dobav uredila jamčevalni rok, ki ne sme biti krajši od dveh let, državam članicam pa je prepustila ureditev nacionalnih zastaralnih rokov, ki pa potrošnikom ne bi smeli preprečevati, da svoje pravice uveljavljajo v celotnem obdobju, ko je trgovec odgovoren za neskladnost (drugi odstavek 11. člena DCSD in 58. uvodna izjava DCSD). Za pogodbe, v katerih je določena nepretrgana dobava, pa je razumljivo, da DCSD omejuje jamčevalno obdobje trgovca na obdobje, v katerem je treba v skladu s pogodbo dobaviti digitalno vsebino ali storitev (tretji odstavek 11. člena DCSD).

## 6.2. Dokazno breme

Korak v smer širjenja pravic potrošnika v povezavi z uveljavljanjem jamčevalnih zahtevkov je DCSD naredila v 12. členu, v katerem breme dokazovanja glede tega, ali je bila digitalna vsebina ali storitev v času dobave skladna po 7. do 9. členu DCSD, prelaga na trgovca, in sicer za obdobje enega leta od trenutka dobave – kadar gre za enkratno dobavo ali niz posameznih dobav (drugi odstavek 12. člena DCSD). V Direktivi 1999/44/ES je bilo to dokazno breme na trgovcu predpisano le za obdobje šestih mesecev, poleg tega pa je ta še določala izjemo, če domneva ni združljiva z vrsto blaga ali naravo neskladnosti (tretji odstavek 5. člena Direktive 1999/44/ES). Odstranitev te omejitve je še dodatno izboljšala položaj potrošnika,<sup>36</sup> še posebej glede na tehnološko kompleksnost digitalne vsebine ali storitve kot predmeta pogodbe ter na primer v zvezi z dokazovanjem obstoja neskladnosti, ki je posledica neupoštevanja zahtev prava varstva osebnih podatkov. V primeru pogodb, v katerih je določena nepretrgana dobava digitalne vsebine ali storitve, DCSD dokazno breme prenaša na trgovca za celotno obdobje, ko se digitalna vsebina ali storitev dobavlja potrošniku (tretji odstavek 12. člena DCSD).

V primeru trgovčeve nedobave (pasivnosti) nosi trgovec dokazno breme, ali je bila digitalna vsebina ali storitev dobavljena (prvi odstavek 12. člena DCSD).

<sup>35</sup> Metzger (2019), str. 580.

<sup>36</sup> Loos (2017), str. 24.

### 6.3. Zahtevek za naknadno vzpostavitev skladnosti digitalne vsebine ali storitve

Če digitalna vsebina ali storitev ne izpolnjuje zahtev za skladnost po 7. do 9. členu DCSD, ima potrošnik na voljo zahtevek za naknadno vzpostavitev skladnosti, zahtevek za sorazmerno znižanje kupnine ter pravico do odstopa od pogodbe (razdor) (prvi odstavek 14. člena DCSD).

DCSD je uveljavljanje naknadnega izpolnitvenega zahtevka določila kot predpogoj za uveljavljanje zahtevkov bodisi sorazmernega znižanja kupnine bodisi odstopa (razdora), razen če bi bil naknadni izpolnitveni zahtevek nemogoč ali nesorazmeren (drugi in četrti odstavek 14. člena DCSD).<sup>37</sup>

Trgovec mora na zahtevo potrošnika neskladnost odpraviti v razumnem roku od trenutka, ko ga je potrošnik obvestil o neskladnosti (tretji odstavek 14. člena). Vzpostavitev skladnosti mora biti izvedena brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika ter ob upoštevanju vrste digitalne vsebine in storitve ter namena, za katerega je potrošnik slednjo potreboval (tretji odstavek 14. člena DCSD).

### 6.4. Sorazmerno znižanje kupnine in razdor pogodbe

DCSD vzpostavlja tako na področju nedobave digitalne vsebine ali storitve kot tudi na področju dobave s pogodbo neskladne digitalne vsebine ali storitve strogo hierarhijo jamčevalnih zahtevkov, kot je poznana že iz ureditve po Direktivi 1999/44/ES. V primeru nedobave digitalne vsebine ali storitve lahko potrošnik odstopi od pogodbe (razdre pogodbo) šele po tem, ko je pozval trgovca k ponovni dobavi, ta pa te ni izvršil brez nepotrebnega odlašanja oziroma v dodatnem obdobju, za katero sta se izrecno dogovorila (prvi odstavek 13. člena DCSD).<sup>38</sup> Potrošnik lahko brez predhodnega ponovnega poziva trgovca k dobavi odstopi od pogodbe (razdre pogodbo) le v primeru, (1) če trgovec izjavi ali je iz okoliščin očitno, da ne bo dobavil digitalne vsebine ali storitve,<sup>39</sup> oziroma (2) če je bil določen čas dobave bistven za potrošnika, trgovec pa digitalne vsebine ali digitalne storitve ne dobavi do tega trenutka ali v tem trenutku<sup>40</sup> (drugi odstavek 13. člena DCSD).

<sup>37</sup> Pri presojanju, ali je bila vzpostavitev skladnosti nemogoča oziroma bi ta povzročila nesorazmerne stroške, je treba upoštevati vse okoliščine primera, vključno z: (a) vrednostjo, ki bi jo digitalna vsebina ali digitalna storitev imela, če ne bi bila neskladna, in (b) pomenom neskladnosti.

<sup>38</sup> Primerjaj tretji odstavek 105. člena OZ v povezavi s prvim odstavkom 104. člena OZ.

<sup>39</sup> Primerjaj 106. člen OZ.

<sup>40</sup> Primerjaj prvi odstavek 104. člena OZ (t. i. fiksni posel).

Pri neskladnosti digitalne vsebine ali storitve je potrošnik upravičen bodisi do sorazmernega znižanja kupnine bodisi do odstopa (razdora) od pogodbe le v naslednjih primerih: (1) če vzpostavitev skladnosti ni mogoča ali je nesorazmerna; (2) če trgovec ni vzpostavil skladnosti v razumnem roku, brezplačno in brez znatnih nevšečnosti za potrošnika; (3) če neskladnost ostaja kljub poskusu trgovca vzpostaviti skladnost; (4) če je narava neskladnosti tako resna, da upravičuje takojšnje znižanje kupnine ali odstop od pogodbe; (5) če je trgovec izjavil ali je iz okoliščin očitno, da ne bo vzpostavil skladnosti digitalne vsebine ali storitve v razumnem roku ali brez znatnih nevšečnosti za potrošnika<sup>41</sup> (četrti odstavek 14. člena DCSD). Vse navedene primere družijo domneva, da v teh primerih potrošnik nima več interesa po poznejši izpolnitvi.<sup>42</sup>

Drugače kot pri naknadni izpolnitvi, ki je namenjena ponovni vzpostavitvi pogodbene ekvivalence z izpolnitvijo v naravi, je zahtevek za znižanje kupnine namenjen temu, da se pogodbeno ravnovesje, ki je bilo porušeno zaradi stvarne napake, vzpostavi tako, da je pogodba še naprej veljavna, višina kupnine pa se prilagodi manjši vrednosti stvari.<sup>43</sup> Že iz pojma jamčevalnega zahtevka sorazmernega znižanja kupnine izhaja, da je predpogoj za njegovo uveljavitev dejansko plačilo kupnine s strani potrošnika, zato DCSD ne predvideva možnosti znižanja kupnine v primerih, ko potrošnik trgovcu v zameno za digitalno vsebino ali storitev posreduje le svoje osebne podatke ter privolitev v njihovo obdelavo (četrti odstavek 14. člena DCSD).

Potrošnikova pravica odstopa od pogodbe zaradi kršitve (razdor) je najtežja sankcija za neskladnost, saj povzroči prenehanje pogodbe.<sup>44</sup> V slovenskem pravu je razdor praviloma mogoč le pod pogojem, da je kupec prodajalcu podal naknadni rok za izpolnitev, prodajalec pa v tem roku ni odpravil napake. V tem primeru je pogodba nato razvezana po samem zakonu (*ipso facto* razdor), vendar jo kupec lahko obdrži v veljavi, če nemudoma izjavi prodajalcu, da pogodba ostaja v veljavi (471. člen Obligacijskega zakonika – OZ<sup>45</sup>). V DCSD pa je uveljavljena ureditev, po kateri mora potrošnik, če želi odstopiti od pogodbe po tem, ko trgovec ni vzpostavil skladnosti digitalne vsebine ali storitve, to storiti z aktivno izjavo, s katero trgovca obvesti o odstopu (razdoru) (15. člen DCSD). Odstop (razdor) od pogodbe pa ni mogoč, če je razlog zanj neznatna neskladnost digitalne vsebine ali storitve, dokazno breme, da je neskladnost neznatna, pa nosi trgovec (šesti odstavek 14. člena DCSD), vendar ima potrošnik, ki namesto kupnine zagotovi osebne podatke, možnost odstopiti tudi v primeru, da je neskladnost neznatna.

<sup>41</sup> Primerjaj drugi odstavek 470. člena OZ (anticipirana kršitev pogodbe).

<sup>42</sup> Možina (2011), str. 62.

<sup>43</sup> Možina (2006), str. 236.

<sup>44</sup> Možina (2012), str. 99.

<sup>45</sup> Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

## 6.5. Odškodninski zahtevek

DCSD je vprašanja v zvezi z odškodninsko odgovornostjo kot jamčevalnim zahtevkom v celoti prepustila nacionalnim zakonodajalcem (deseti odstavek 3. člena DCSD).<sup>46</sup> V 73. uvodni izjavi DCSD ta le določa, da bi moral imeti potrošnik pravico zahtevati nadomestilo za škodo, povzročeno zaradi neskladnosti ali nedobave digitalne vsebine ali digitalne storitve, to nadomestilo pa bi moralo potrošniku čim bolj zagotoviti tak položaj, v katerem bi bil, če bi bila digitalna vsebina ali storitev ustrezno dobavljena in skladna z zahtevami po 7. do 9. členu DCSD. Na podlagi DCSD lahko nacionalni pravni redi prav tako svobodno urejajo odškodninske zahtevke potrošnika proti tretji osebi, ki ni trgovec in ki dobavlja digitalno vsebino ali digitalno storitev ali se k temu zaveže, kot je na primer razvijalec, ki ni hkrati trgovec na podlagi te direktive (13. uvodna izjava DCSD).

## 7. Posledice odstopa od pogodbe (razdora)

Odstop od pogodbe pomeni njeno prenehanje, zato sta stranki druga drugi dolžni vrniti stvari, ki sta jih pridobili na podlagi pogodbe. DCSD ureja obveznosti trgovca (16. člen DCSD) in potrošnika (17. člen DCSD) v primeru potrošnikovega razdora pogodbe.

V primeru razdora pogodbe je trgovec potrošniku zavezan vrniti vse zneske, ki so bili plačani na podlagi pogodbe (prvi odstavek 16. člena DCSD). Če je bila v pogodbi urejena dobava digitalne vsebine ali storitve za določeno obdobje in je bila pred odstopom potrošnika od pogodbe nekaj časa zagotovljena skladnost, trgovec potrošniku povrne le sorazmerni del plačane kupnine (prvi odstavek 16. člena DCSD). Vsa povračila zaradi odstopa mora trgovec opraviti brez odlašanja, najpozneje pa 14 dni od prejema potrošnikovega obvestila, in sicer z uporabo istega plačilnega sredstva, ki ga je uporabil potrošnik, in brez zaračunavanja pristojbin (18. člen DCSD).

Na drugi strani se je po odstopu od pogodbe potrošnik zavezan vzdržati uporabe digitalne vsebine ali storitve ter dajanja le-te na voljo tretjim osebam (prvi odstavek 17. člena DCSD). Prav tako mora na zahtevo trgovca vrniti materialni nosilec, če je bila na njem dobavljena digitalna vsebina (drugi odstavek 17. člena DCSD).<sup>47</sup> Potrošnik za uporabo digitalne vsebine ali storitve v obdobju pred odstopom od pogodbe, v katerem ni bila zagotovljena skladnost le-te, ni zavezan plačati nadomestila, saj bi bil v tem primeru prikrajšan za dejansko varstvo (tretji

<sup>46</sup> Kritično Gsell, str. 79, ki izključitev odškodninskih zahtevkov s področja urejanja DCSD označuje za slabo odločitev in zato zaupanje potrošnikov in trgovcev v učinkovitost ureditve DCSD, ki ima popoln harmonizacijski učinek, v smislu enotnega digitalnega trga EU ocenjuje za vprašljivo.

<sup>47</sup> Člen 17 DCSD je pravzaprav edino mesto, na katerem DCSD ureja obveznosti potrošnika.

odstavek 17. člena DCSD, 72. uvodna izjava DCSD). To pomeni, da potrošnikov odstop (razdor) učinkuje le od trenutka, ko digitalna vsebina ali storitev ne izpolnjuje (več) zahtev za skladnost po 7. do 9. členu DCSD. Nasprotno bi lahko trdili v primerih, ko je digitalna vsebina trajno prenesena v potrošnikovo digitalno okolje in trgovec po prenehanju pogodbe nima sredstev za preprečitev nadaljnje uporabe digitalne vsebine<sup>48</sup> – takrat bi teoretično lahko obstajala možnost trgovca, da od potrošnika zahteva nadomestilo za uporabo po odstopu, saj ta zanjo nima pravne podlage.<sup>49</sup> Nato ima v primeru odstopa potrošnika od pogodbe trgovec pravico potrošniku preprečiti vsakršno nadaljnjo uporabo digitalne vsebine ali storitve, zlasti tako, da potrošniku onemogoči dostop do digitalne vsebine ali storitve oziroma onemogoči potrošnikov uporabniški račun (peti odstavek 16. člena DCSD).

Posledice odstopa od pogodbe so razmeroma razjasnjene glede vračil izpolnitev v denarju, ureditev nadaljnjih implikacij odstopa pa postane kompleksnejša v primeru pogodbe, pri kateri je potrošnik v zameno za digitalno vsebino ali storitev posredoval osebne podatke. Po odstopu potrošnika od pogodbe, bodisi z izjavo bodisi le s preklicem privolitve v obdelavo osebnih podatkov (tretji odstavek 7. člena GDPR), mora trgovec upoštevati določbo drugega odstavka 16. člena DCSD, ki za navedeno situacijo konkretno določa, da mora trgovec glede osebnih podatkov potrošnika izpolnjevati veljavne obveznosti iz GDPR, ki mu jih ta nalaga kot upravljavcu osebnih podatkov potrošnika po sedmem odstavku 4. člena GDPR. Obveznosti po GDPR, ki bi prišle v poštev v primeru odstopa potrošnika od pogodbe, sta pravica do izbrisa osebnih podatkov (17. člen GDPR) ter pravica do prenosljivosti osebnih podatkov (20. člen GDPR).

Svojevrstno pravico do prenehanja uporabe ter prenosljivosti podatkov ureja tudi DCSD, in sicer za vsebine, ki jih je potrošnik ustvaril med uporabo digitalne vsebine ali storitve in ki ne nosijo kvalitete osebnih podatkov (t. i. *user-generated content*) (drugi do četrty odstavek 16. člena DCSD). Uvodoma velja pokritizirati slovenski prevod izraza za tovrstne vsebine oziroma podatke. Angleška različica govori o »*content other than personal data*«, nemška pa o »*Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind*«. Slovenska različica pa je namesto v »*vsebine, ki niso osebni podatki*« zelo neposrečno prevedena v »*vsebine, razen osebnih podatkov*«, kar v branje tretjega odstavka 16. člena DCSD vnaša nemalo zmede, saj se nato stavek glasi »*Trgovec ne sme uporabljati nobene vsebine, razen osebnih podatkov, [...]*«. Predvsem je obžalovanja vredno, da ta redakcijska nejasnost ni bila odpravljena v 124. členu Predloga ZVPot, v katerega je bilo besedilo tretjega odstavka 16. člena DCSD preprosto kopirano.

<sup>48</sup> Mak, str. 26.

<sup>49</sup> Loos in dr. (2011), str. 230–231; v slovenskem pravu prodajalec od kupca lahko zahteva povračilo koristi na podlagi drugega odstavka 477. člena OZ.

Skladno s tretjim odstavkom 16. člena DCSD se mora trgovec po potrošnikovem odstopu od pogodbe vzdržati uporabe vseh vsebin, ki niso osebni podatki, ki jih je potrošnik zagotovil ali ustvaril pri uporabi digitalne vsebine ali storitve. Trgovec pa lahko te vsebine še naprej uporablja v izjemnih primerih, in sicer: (1) ta vsebina zunaj okvira digitalne vsebine ali digitalne storitve, ki jo dobavlja trgovec, ni uporabna; (2) ta vsebina zadeva le dejavnost potrošnika pri uporabi digitalne vsebine ali digitalne storitve, ki jo dobavlja trgovec; (3) je trgovec to vsebino združil z drugimi podatki in je ni več mogoče ločiti oziroma bi bil zato potreben nesorazmeren napor oziroma (4) so to vsebino skupaj ustvarili potrošnik in drugi ter lahko drugi potrošniki to vsebino še naprej uporabljajo (točke a do d tretjega odstavka 16. člena DCSD). Nato pa ima potrošnik skladno s četrtem odstavkom 16. člena DCSD v vseh primerih razen v izjemah iz točk a do c tretjega odstavka 16. člena DCSD pravico od trgovca zahtevati, da mu te vsebine brezplačno in v razumnem roku ter v obliki, ki je v splošni rabi in strojno berljiva, da na voljo. Pri njihovem pridobivanju trgovec potrošnika ne sme ovirati (drugi pododstavek četrtega odstavka 16. člena DCSD).

Čeprav gre pri naštetih primerih iz točk a do d tretjega odstavka 16. člena DCSD za izjeme, so te precej široko zastavljene. Dokler ne bo Sodišče EU določilo podrobnejših pravil njihove interpretacije, bodo nacionalna sodišča tista, ki bodo morala v konkretnih primerih izjeme ozko razlagati, kar bo potrebno, da bo dosežen namen norme. Zlahka si je namreč mogoče predstavljati sklicevanje trgovca, da seznami predvajanja skladb zunaj storitve pretočnega predvajanja glasbe, ki jo sam ponuja, niso uporabni.<sup>50</sup>

Ureditev v tretjem in četrtem odstavku 16. člena DCSD torej varuje potrošnikovo pravico odstopa od pogodbe.<sup>51</sup> Problem ureditve pa je v tem, da se nanaša le na primere, ko trgovec ni ravnal v skladu s pogodbo, potrošnik pa je nato odstopil od nje.<sup>52</sup> Uporaba te določbe je vprašljiva v primerih, ko na primer potrošnik ni izpolnil pogodbe, odstop pa je podal trgovec, ali pa v primerih, ko je bila pogodba izpolnjena in je le potekel čas njene veljavnosti.<sup>53</sup> Potrošniki bi morali biti upravičeni do pridobitve svojih vsebin ne glede na način prenehanja pogodbe, zato za razlikovanje različnih skupin potrošnikov v direktivi ni podlage. Skladno s pristojnostjo nacionalnih zakonodajalcev za urejanje vidikov splošnega pogodbenega prava (glej točko 2.3.) je naloga slovenskega zakonodajalca, da ureditev razširi tudi na omenjene primere, saj interpretacija ureditve po tretjem in četrtem odstavku 16. člena DCSD ne dopušča širitve prek primera potrošnikovega odstopa od pogodbe.

<sup>50</sup> Metzger (2019), str. 583.

<sup>51</sup> Janal, str. 69.

<sup>52</sup> Weber, str. 195.

<sup>53</sup> Prav tam.

## 8. Sprememba digitalne vsebine

Digitalne vsebine in storitve so v svojem bistvu podvržene hitremu razvoju in s tem posledično tudi precej pogostim spremembam. DCSD zato v 19. členu ureja vprašanje, pod katerimi pogoji lahko trgovec digitalno vsebino ali storitev spremeni ter v povezavi s tem določa pravice potrošnika. Sprememba digitalne vsebine ali storitve je tako dopustna samo, če je pogodbeno dogovorjena, tj. če se potrošnik strinja. Poleg tega pa mora trgovec izpolnjevati še veliko drugih pogojev, in sicer (1) mora za spremembo obstajati utemeljen razlog; (2) sprememba mora biti izvedena brez dodatnih stroškov za potrošnika; (3) o spremembi je potrošnik obveščen na jasn in razumljiv način; če pa gre v navedenem primeru za spremembo, ki ima na potrošnikov dostop ali uporabo digitalne vsebine ali storitve negativen učinek (razen če gre za neznamenit učinek), potem mora biti potrošnik na trajnem nosilcu podatkov obveščen o spremembi in o pravici, da v tem primeru lahko v 30 dneh brezplačno odstopi od pogodbe. Pravice do odstopa pa nima, če brez dodatnih stroškov lahko še naprej uporablja nespremenjeno digitalno vsebino storitev.

## 9. Regresna pravica

DCSD v 20. členu ureja še pravico trgovca, da proti odgovornim osebam v predhodnih členih pogodbene verige uveljavlja zahtevek, ki izhaja iz jamčevanja trgovca potrošniku zaradi neskladnosti digitalne vsebine ali storitve, ki je posledica dejanja ali opustitve dejanja s strani te osebe v predhodnih členih pogodbene verige. Možnosti uveljavljanja zahtevkov pa trgovec ne bi imel v primerih, ko bi šlo za odgovornost trgovca zaradi neskladnosti, ki izhaja iz neodplačne dobave programske opreme na podlagi proste in odprtokodne licence (78. uvodna izjava DCSD). Ureditev je podobna določbi iz 4. člena Direktive 1999/44/ES, ki pa ni bila prevzeta v veljavni ZVPot.<sup>54</sup> Predlog ZVPot je skladno z načelom popolne harmonizacije (4. člen DCSD) implementacijo regresne pravice predvidel v svojem 127. členu.

## 10. Sklepne misli ob implementaciji DCSD v slovensko pravo

Na podlagi DCSD so kljub načelu popolne harmonizacije pri nekaterih vidikih nacionalni zakonodajalci dokaj svobodni (glej točko 2.3), v določenih pogledih morda celo preveč. Pogrešana je predvsem ureditev pravic trgovcev, saj je ta bistvena za zagotovitev njihove pravne varnosti. Ko so tako pomembna vprašanja prepuščena v pristojnost urejanja držav članic, vedno obstaja tveganje razlikujočih se nacionalnih ureditev, zato je morda razumljiva zadržanost

<sup>54</sup> Uradni list RS, št. 98/04 in nasl.

nost nacionalnih zakonodajalcev (na primer nemškega) pri sprejemanju ločenih ureditev. Tudi Predloga ZVPot v tem pogledu ne gre označiti za zelo inovativnega, saj je ureditev po DCSD bolj kot ne prepisal v svoje besedilo, urejanja pravic trgovca pa se ni lotil. Predlog ZVPot izkazuje predvsem sistematske pomanjkljivosti. Razlog za umestitev ureditve po DCSD v ZVPot je razumljiv, vendar bi bilo zaradi raznolikega modusa dobave digitalnih vsebin in storitev bolje kot ureditev posebnega ločenega pogodbenega tipa v sprejeto besedilo zakona vključiti sklic na smiselno uporabo določb prodajne pogodbe v primeru enkratne dobave oziroma niza posameznih dobav digitalne vsebine ali storitve, v primeru nepretrgane dobave sklic na smiselno uporabo določb najemne pogodbe ter v primeru dobave digitalnih storitev (na primer družbena omrežja) sklic na smiselno uporabo določb podjemne oziroma mandatne pogodbe. S tem bi se nova ureditev pogodb o dobavi digitalnih vsebin in storitev vpela v že obstoječe koncepte omenjenih pogodbenih tipov in predvsem olajšala njena uporaba, predvsem glede umanjkanja ureditve trgovčevih pravic. Nemški zakonodajalec je za to razjasnitev na primer poskrbel tako, da je določbe o pogodbah o dobavi digitalnih vsebin in storitev premišljeno vključil v splošni del pogodbenega prava (par. 327 do 327u BGB) in s tem zagotovil, da se ne glede na posamezen pogodbeni tip zadevne določbe uporabijo vsakič, ko imajo za predmet digitalno vsebino ali storitev. Prav tako bi se bilo koristno zgledovati po nemški implementacijski rešitvi iz par. 327q II BGB v povezavi s pogodbami, pri katerih potrošnik trgovcu posreduje osebne podatke (glej točko 2.4).

## Literatura

- BEALE, Hugh. Conclusion and Performance of Contracts: An Overview. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*. Baden-Baden: Nomos, 2017, str. 33–57.
- GSELL, Beate. Der europäische Richtlinienentwurf zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte. *ZUM*, 2018, str. 75–82.
- HELBERGER, Natali, ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik, REYNA, Agustin. The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law. *Common Market Law Review*, 2017, Vol. 54, Issue 5, str. 1427–1466.
- JANAL, Ruth. Data Portability - A Tale of Two Concepts. *JIPITEC*, 2017, 8, str. 59–69.
- KLINK-STRAUB, Judith. Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht. *NJW*, 2021, str. 3217–3222.
- LANGHANKE, Carmen, SCHMIDT-KESSEL, Martin. Consumer data as consideration. *Eu-CML*, 2015, 4/6, str. 218–223.
- LOOS, Marco B. M., HELBERGER, Natali, GUIBAULT, Lucie, MAK, Chantal, PESSERS, Lodewijk, CSERES, Katalin J., VAN DER SLOOT, Bart, TIGNER, Ronan. *Final*

*Report: Comparative analysis, Law & Economics analysis, assessment and development of recommendations for possible future rules on digital content contracts.* Amsterdam: University of Amsterdam, 2011, dostopno na: <https://dare.uva.nl/search?identifier=7d3d806d-8315-4aa6-8fb6-1fc565d2b557> (8. 3. 2022).

LOOS, Marco B. M. Not Good but Certainly Content: The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content. V: Claeys, I., Terryn, E. (ur.), *Digital Content and Distance Sales: New Developments at EU Level*. Intersentia, 2017, str. 3–54.

LUZAK, Joasia, LOOS, Marco, ELSEN, Millie. *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&Cs): final report*. European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency, 2020, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2818/950733> (8. 3. 2022).

MAK, Vanessa. *The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content : in-depth analysis*. European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, 2016, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/818979> (8. 3. 2022).

MAŃKO, Rafał. *Towards new rules on sales and digital content : analysis of the key issues : in-depth analysis*. European Parliament, Directorate-General for Parliamentary Research Services, 2017, dostopno na: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/507875> (8. 3. 2022).

METZGER, Axel. A Market Model for Personal Data: State of the Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.) (2017), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V. Baden-Baden: Nomos, 2020, str. 25–45.

METZGER, Axel. Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?. *JuristenZeitung*, 2019, 74(12), str. 577–586.

METZGER, Axel, EFRONI, Zohar, MISCHAU, Lena, METZGER, Jakob. Data-Related Aspects of the Digital Content Directive. *JIPITEC*, 2018, 9 (1), str. 90–109.

MISCHAU, Lena. Daten als »Gegenleistung« im neuen Verbrauchervertragsrecht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2020, 2020/2, str. 335–365.

MORAIS CARVALHO, Jorge. Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771. *EuCML*, 2019, 194, str. 194–201.

MOŽINA, Damjan. *Kršitev pogodbe*. Ljubljana: GV Založba, 2006.

MOŽINA, Damjan. Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi. *Pravni letopis*, 2012, str. 85–104.

MOŽINA, Damjan. Razdor, odpoved in odstop od pogodbe. *Pravni letopis*, 2011, str. 57–73.

RENKO, Jernej. Plačilo storitev z osebnimi podatki? Nekaj misli ob Direktivi o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev. *Podjetje in delo*, 2021, št. 1, str. 64–80.

SMITS, Jan M. *The New EU Proposal for Harmonised Rules for the Online Sales of Tangible Goods (COM (2015) 635): Conformity, Lack of Conformity and Remedies (February 12, 2016)*.

European Parliament Committee on Legal and Parliamentary Affairs, briefing note PE 536.492, 2016.

STAUDENMAYER, Dirk. Verträge über digitalen Inhalt. *NJW*, 2016, str. 2719–2725.

WEBER, Rolf H. Data Protection in the Termination of Contract. V: Schulze, R., Staudenmayer, D., Lohsse, S. (ur.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*. Baden-Baden: Nomos, 2017, str. 189–207.

Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.45:004.9

# Sklepanje in izvrševanje pravnih poslov pri uporabi decentraliziranih aplikacij

JANEZ SEKIRNIK  
doktorski študent na Pravni  
fakulteti v Ljubljani,  
višji pravni svetovalec v Odvetniški  
pisarni Andoljšek d.o.o.

## 1. Uvod

V prispevku obravnavam značilnosti (pogodbenih) razmerij, ki se sklepajo prek decentraliziranih aplikacij.

Decentralizirane aplikacije so spletne aplikacije oziroma platforme z decentralizirano arhitekturo delovanja. Decentraliziranost delovanja aplikacij izhaja iz njihovih osnovnih gradnikov – pametnih pogodb na verigi blokov.

S tem prispevkom želim nadgraditi pogodbenopravni diskurz glede narave in vsebine pametnih pogodb. Večina literature na tem področju se ukvarja z vprašanjem, ali so pametne pogodbe pogodbe v pravnem smislu, čeprav je odgovor zelo jasen in tudi že večinsko sprejet. Pametne pogodbe same po sebi niso pogodbe v pravnem smislu. Pametne pogodbe so le na verigi blokov shranjena programska koda, ki izvršuje transakcije na vnaprej določen način. Pametne pogodbe so torej tehnologija, medij, ki se lahko uporabi na različne načine in za različne namene, med drugim lahko tudi za sklepanje in izvrševanje pravnih poslov.<sup>1</sup> Morebitna vloga pametnih pogodb pri sklepanju in izvrševanju pravnih poslov je torej v celoti odvisna od konkretnega načina uporabe tehnologije pametnih pogodb. Decentralizirane aplikacije omogočajo izvajanje raznovrstnih transakcij in so le eden od načinov uporabe pametnih pogodb, ki ga je treba presojati ločeno.

<sup>1</sup> Pojave je treba presojati na podlagi njihovih učinkov in ne na podlagi tehnologije, na kateri temeljijo. O tem in o načelu tehnološke nevtralnosti podrobneje Skodlar, str. 10–11.

V nadaljevanju prispevka se zato osredotočim na vprašanje, kako izvajanje transakcij in sklepanje pogodb prek decentraliziranih aplikacij deluje in kako uporaba pametnih pogodb vpliva na značilnosti pravnih poslov med uporabniki decentraliziranih aplikacij.

Preseči je treba abstraktno obravnavo pravne narave pametnih pogodb in jih analizirati v »nari«, take kot obstajajo in kot se uporabljajo. Ne gre namreč več za povsem nišno industrijo. V decentraliziranih aplikacijah s področja financ je na dan pisanja tega prispevka le na verigi blokov Ethereum zaklenjenih prek 80.000.000.000 dolarjev digitalnih sredstev,<sup>2</sup> uporablja pa jih prek 4.000.000 uporabnikov.<sup>3</sup> Vse bolj bo zato pomembno, da tudi civilno pravo ponudi smiseln okvir za njihovo delovanje ter s tem poveča stopnjo pravno-poslovne varnosti in predvidljivosti.

V ta namen najprej predstavim decentralizirane aplikacije, nato pa analiziram njihov pravni položaj in pravne posle, ki se sklepajo in izvršujejo prek njih. Pri analizi se opiram tudi na tehnično delovanje decentraliziranih aplikacij. To je ključno za razumevanje njihovih specifičnih lastnosti in učinkov, tudi pravnih.

Cilj prispevka je poudariti specifičnost vloge decentralizirane aplikacije in predstaviti pogodbenopravne posebnosti razmerij, ki se sklepajo in izvršujejo prek njih, ter ponuditi splošen okvir za analizo konkretnih decentraliziranih aplikacij in pravnih poslov, ki jih omogočajo.

## 2. Pojem decentraliziranih aplikacij

### 2.1. Splošno

Decentralizirane aplikacije so spletne aplikacije oziroma platforme z decentralizirano arhitekturo delovanja.<sup>4</sup> Sestavljata jih decentraliziran protokol in uporabniški vmesnik. Decentraliziran protokol je skupek pametnih pogodb na verigi blokov, ki zagotavlja zanesljivo in predvidljivo izvajanje transakcij brez potrebe po zaupanju. Uporabniški vmesnik je spletna stran, prek katere uporabnik dostopa do decentraliziranega protokola.<sup>5</sup>

Pametne pogodbe, ki so osnovni gradniki temeljne funkcionalnosti decentraliziranih aplikacij, v tem kontekstu niso nič več kot le programska koda na verigi blokov, ki izvaja vnaprej

<sup>2</sup> Aktualen podatek je dostopen na <https://www.defipulse.com/> (15. 3. 2022).

<sup>3</sup> Aktualen podatek je dostopen na <https://www.statista.com/statistics/1297745/defi-user-number/> (15. 3. 2022).

<sup>4</sup> Podrobneje so decentralizirane aplikacije opisane v dokumentih verige blokov Ethereum za razvijalce, <<https://ethereum.org/en/developers/docs/dapps/>> (1. 4. 2022).

<sup>5</sup> Podrobneje o tem Wu, str. 1–2.

določeno vsebino transakcije.<sup>6</sup> Decentraliziran protokol aplikacije lahko sestavlja ena ali več medsebojno delujočih in povezanih pametnih pogodb.<sup>7</sup>

Decentralizirane aplikacije zaradi arhitekture svojega delovanja bolj ali manj<sup>8</sup> povzemajo lastnosti tehnologije verige blokov, na kateri temeljijo (nespremenljivost, nepovratnost, razpršenost, brez centralne avtoritete, odpornost).<sup>9</sup> Decentralizirane aplikacije tako omogočajo neposredne transakcije na varen, psevdoanonimen način, ki je odporen proti cenzuri, ne zahteva zaupanja med strankami in je dostopen vsakomur z dostopom do interneta.

Vsaka spletna aplikacija, decentralizirana ali ne, je praviloma sestavljena iz treh osnovnih elementov:<sup>10</sup> (1) baze podatkov, v kateri so shranjene informacije, ki jih aplikacija potrebuje za delovanje; (2) »*back end*« kode, ki določa logiko delovanja aplikacije; (3) »*front end*« kode, ki ureja logiko delovanja uporabniškega vmesnika. Ko uporabnik vstopi na spletno stran, upravlja »*front end*« del spletne aplikacije, ki za izvajanje operacij komunicira z »*back end*« delom, ta pa podatke za delovanje črpa iz baze podatkov.

Pri klasičnih spletnih aplikacijah praviloma bazo podatkov, »*back end*« kodo in »*front end*« kodo upravlja in ima nadzor nad njimi isti subjekt na svojih ali zakupljenih strežnikih.<sup>11</sup> Pri decentraliziranih aplikacijah je to praviloma drugače. Baza podatkov in »*back end*« koda sta ločeni od »*front end*« kode in se nahajata na decentralizirani verigi blokov. »*Back end*« kodo predstavljajo pametne pogodbe, ki določajo logiko delovanja protokola, do katerega pa uporabniki še vedno dostopajo prek uporabniškega vmesnika. Uporabniški vmesnik je lahko napisan v kateremkoli programskem jeziku in je lahko shranjen na decentraliziranih ali

<sup>6</sup> Buterin, str. 1.

<sup>7</sup> Wu, str. 2.

<sup>8</sup> Decentraliziranost aplikacije je spekter in ne povsem jasno definiran nasprotni pol centraliziranosti. Aplikacije so lahko v celoti decentralizirane ali pa je decentraliziran le manjši del njihove funkcionalnosti. Ker je v praksi na prvi pogled težko oceniti stopnjo decentraliziranosti aplikacije ter s tem stopnjo njene varnosti, odpornosti ipd., avtorji to poudarjajo kot enega ključnih problemov pri širši uporabnosti decentraliziranih aplikacij. O tem na področju finančnih decentraliziranih aplikacij na primer Anker-Sorensen in Zetsche. Vprašanje stopnje decentralizacije je s tehničnega vidika obravnavano na <<https://medium.com/hexamount/architecting-modern-decentralized-applications-52b3ac3baa5a>> (15. 3. 2022).

<sup>9</sup> Chatterjee in Chatterjee, str. 1.

<sup>10</sup> Za podrobnejši opis arhitekture decentraliziranih aplikacij glej na primer <https://www.preethikasireddy.com/post/the-architecture-of-a-web-3-0-application> (15. 3. 2022).

<sup>11</sup> Na primer skupina AirBnB upravlja in ima nadzor nad bazo podatkov, »*back end*« kodo in »*front end*« kodo platforme AirBnB in ima s tem popoln nadzor nad vsebino na platformi in pretokom informacij prek nje. Skupina AirBnB lahko kadarkoli spremeni logiko delovanja platforme, izbriše oglase določenih ponudnikov ali spremeni podobo spletne strani.

centraliziranih strežnikih,<sup>12</sup> ki so ali niso pod neposrednim vplivom identificiranih subjektov oziroma subjektov, ki bi jih lahko identificirali.<sup>13</sup>

Pri pravni analizi decentraliziranih aplikacij se je zato vedno treba zavedati ločnice med

1. »back end« delom – decentraliziranim protokolom, ki obstaja na verigi blokov in ima s tem vse lastnosti verige blokov (decentraliziranost, nespremenljivost, nepovratnost, razpršenost, brez centralne avtoritete, odpornost), in
2. »front end« delom – uporabniškim vmesnikom oziroma platformo, ki uporabnikom omogoča interakcijo z decentraliziranim protokolom na verigi blokov.

Decentralizirane aplikacije s temi lastnostmi so se v zadnjih letih začele razvijati na številnih različnih področjih.<sup>14</sup> S pogodbenopravnega vidika je za zdaj najzanimivejši razvoj področja decentraliziranih financ (»DeFi«). DeFi se najbolj poenostavljeno opisuje kot finančni ekosistem, ki poustvarja različne vrste zapletenih finančnih produktov in transakcij na način, ki ne zahteva zaupanja.<sup>15</sup> To zajema aplikacije, ki ponujajo možnost posojanja/izposojanja,<sup>16</sup> trgovanja in ustvarjanja izvedenih finančnih instrumentov,<sup>17</sup> različne zavarovalne produkte<sup>18</sup> ipd. To je torej nov pristop k urejanju in sklepanju sicer tradicionalnih pravnih poslov.

## 2.2. Pravna kategorizacija decentraliziranih aplikacij

Decentralizirane aplikacije so vrsta digitalnih platform. Digitalne platforme so dejavnosti, ki delujejo na dvo- ali večstranih trgih in z uporabo svetovnega spleta omogočajo sodelovanje dveh ali več ločenih, a medsebojno odvisnih skupin uporabnikov z namenom ustvarjanja dodane vrednosti za vsaj eno od skupin.<sup>19</sup> To so torej vsi programski pojavi, ki aktivno spodbujajo interakcijo med ponudniki in povpraševalci vsebin, izdelkov in storitev.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> Glej »INTRODUCTION TO DAPPS«, <<https://ethereum.org/en/developers/docs/dapps/>> (15. 3. 2022).

<sup>13</sup> Za več informacij o delovanju decentraliziranih aplikacij in primerjavi s klasičnimi spletnimi aplikacijami glej na primer <<https://www.gemini.com/cryptopedia/decentralized-applications-defi-dapps>> in <<https://limechain.tech/blog/what-are-dapps-the-2021-guide/>> (15. 3. 2022).

<sup>14</sup> Wu, Ma, Huang in Liu, str. 5, delijo decentralizirane aplikacije glede na vsebino na 17 področij: menjalnice, igre, finance, igre na srečo, razvoj, shranjevanje, visoka tveganja, denarnice, upravljanje, identitete, lastnina, mediji, družabno, varnost, energija, zavarovanje in zdravje.

<sup>15</sup> Glej na primer Sun, str. 3.

<sup>16</sup> Dostop do aplikacije in več informacij <<https://aave.com/>> (15. 3. 2022).

<sup>17</sup> Dostop do aplikacije in več informacij <<https://synthetix.io/>> (15. 3. 2022).

<sup>18</sup> Dostop do aplikacije in več informacij <<https://etherisc.com/>> (15. 3. 2022).

<sup>19</sup> Evropski parlament, str. 3.

<sup>20</sup> Obergfell in Thamer, str. 2–3.

Tudi decentralizirane aplikacije omogočajo povezovanje dveh ali več ločenih, a medsebojno odvisnih skupin uporabnikov z namenom ustvarjanja dodane vrednosti za vsaj eno od skupin. Tako kot klasične digitalne platforme (na primer Uber, AirBnB, Amazon, Ebay ...) so tudi decentralizirane aplikacije programski pojav, ki deluje z uporabo interneta in aktivno spodbuja interakcijo med ponudniki in povpraševalci vsebin, izdelkov in storitev.<sup>21</sup>

Narava in vsebina pravnih poslov na digitalnih platformah sta odvisni zlasti od njihove vloge.<sup>22</sup> Na ravni EU je pri ugotavljanju vloge platforme ključna njena vpletenost v izvajanje glavne storitve in možnost nadzora nad izvajanjem glavnih storitev.<sup>23</sup> Platforma je vedno ponudnik storitev informacijske družbe, lahko pa tudi ponudnik glavnih storitev na platformi, če so izpolnjeni trije kriteriji: (1) možnost določanja cene na platformi, (2) možnost določanja pogodbenih pogojev za izvajanje glavnih storitev in (3) lastništvo sredstev, ki so potrebna za izvajanje storitev. Izpolnjevanje teh treh kriterijev je močan pokazatelj pomembnosti vpliva platforme na izvajanje storitev. Kljub temu in razvijajoči se sodni praksi<sup>24</sup> ter različnim pobudam na ravni EU<sup>25</sup> vloga platform vneprej pogosto ostaja nejasna, posledično pa tudi narava pogodbenih razmerij na digitalnih platformah.

Ker so decentralizirane aplikacije praviloma le programirana infrastruktura za srečevanje povpraševanja in ponudbe, ki je ne upravlja en identificiran subjekt kot pri klasičnih digitalnih platformah, je vprašanje njihove vloge še bistveno kompleksnejše.<sup>26</sup> Pri razmerjih na digital-

<sup>21</sup> Primer decentraliziranega protokola je Aave (<<https://app.aave.com/>>), prek katerega lahko uporabniki sodelujejo kot posojilodajalci in posojilojemalci. Posojilodajalci zagotavljajo likvidnost protokolu v zameno za pasivni dohodek, posojilojemalci pa se lahko iz sredstev v protokolu zadolžijo, če zastavijo ustrezno nadzavarovanje v obliki kriptosredstev in plačajo obresti, podrobneje o delovanju protokola <<https://docs.aave.com/faq/>> (16. 3. 2022). Decentralizirana aplikacija Aave torej prek svetovnega spleta spodbuja in omogoča interakcijo med uporabniki, ki želijo posoditi svoja sredstva, in uporabniki, ki si želijo izposoditi določena sredstva.

<sup>22</sup> Tripartitno razmerje med digitalno platformo in uporabnikoma je pogodbenopravno zanimivo prav zaradi specifičnosti vloge digitalne platforme. Sørensen, str. 68, poudari, da lahko digitalne platforme, odvisno od stopnje in vsebine vpletenosti v glavno razmerje, zavzamejo naslednje vloge: (1) digitalna platforma kot delodajalec; (2) digitalna platforma kot glavna pogodbeni stranka; (3) digitalna platforma kot posrednik ali (4) digitalna platforma kot podredno zavezana pogodbeni stranka.

<sup>23</sup> Podrobno o vsebini storitev na digitalnih platformah in njihovih oblikah Evropska komisija.

<sup>24</sup> Glej na primer sodbo SEU C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi proti Uber Systems Spain SL*, z dne 20. 12. 2017, pri čemer je SEU presodilo, da Uber ne ponuja storitev informacijske tehnologije, temveč storitve prevoza, zaradi česar je posledično podrejen nacionalnim zakonodajam, ki urejajo dejavnost taksislužb. Sodišče pri tej odločitvi ni v celoti sledilo kriterijem Evropske komisije in lastništva nad vozili ni upoštevalo kot enega ključnih kriterijev za presojo vpliva platforme na izvajanje storitev prevoza.

<sup>25</sup> Glej na primer Busch in dr.

<sup>26</sup> Lastnik in upravljaev platforme AirBnb, njenega *front end* in *back end* dela, je skupina družb AirBnb. Platformo lahko spreminjajo, preoblikujejo, jo prodajo, iz uporabe izključijo določene uporabnike itd. Lastnik decentraliziranih aplikacij praviloma ni nihče. Njenega *back end* dela ne more nihče spremeniti, preoblikovati, ga prodati ali kogarkoli izključiti iz njegove uporabe.

nih platformah je vedno jasno vsaj, kdo je v pogodbenem razmerju s kom, čeprav narava tega razmerja ni vedno definirana. Pri razmerjih na decentraliziranih aplikacijah pa se izkaže za problematično že vprašanje, ali sploh pride do sklenitve pogodbe.

### 3. Sklepanje in izvrševanje pravnih poslov z uporabo pametnih pogodb

Za sklenitev pogodbe se ne zahteva nikakršna oblika, razen če zakon ne določa drugače (prvi odstavek 51. člena Obligacijskega zakonika – OZ).<sup>27</sup> Že samo soglasje glede bistvenih sestavin pogodbe lahko pomeni veljavno sklenitev,<sup>28</sup> ne glede na to, v kakšni obliki se soglasje doseže. Soglasje glede bistvenih sestavin pogodbe (dogovora) se lahko doseže tudi z interakcijo (transakcijo) prek programske kode, ki je shranjena na verigi blokov.<sup>29</sup> Pri tem je treba ločevati med vsebino pogodbe (dogovorom) in zunanjo pojavnostjo pogodbe (dokument pogodbe). Pogosto se ta dva pojavi pokrivata, ne pa vedno.<sup>30</sup> Dogovor lahko poleg vsebine dokumenta pogodbe zajema tudi kogentne zakonske določbe, neizražena pričakovanja in domneve strank ipd.

Pametne pogodbe so tehnologija, ki omogoča sklepanje in izvrševanje pogodb, niso pa pametne pogodbe nujno tudi pogodbe v pravnem smislu.<sup>31</sup> Torej pametne pogodbe lahko predstavljajo celoto dogovora, lahko predstavljajo le zunanjo pojavnost dogovora (pogodbo) in s tem le del celotnega dogovora, lahko pa so le sredstvo za sklenitev in/ali izvršitev pravnega posla<sup>32</sup> oziroma celo nič od tega.

Ko govorimo o sklenitvi in/ali izvršitvi pogodb z uporabo pametnih pogodb, dejansko mislimo sklenitev zavezovalnega pravnega posla in/ali izvršitev razpolagalnega pravnega posla.<sup>33</sup> Pametne pogodbe prenašajo digitalna sredstva z enega naslova na drug naslov.<sup>34</sup> V kontekstu pravnih poslov gre pri tem za razpolaganje. Transakcija digitalnih sredstev prek verige blokov je namreč prenos premoženjske pravice. Če gre za prenos od enega subjekta k drugemu, kar ni nujno, gre za razpolagalno dejanje, podobno prenosu lastninske pravice z izročitvijo. Razpolagalni in zavezovalni pravni posel pa sta lahko združena v isti historični dogodek,<sup>35</sup> s

<sup>27</sup> Uradni list RS, št. 97/07 in nasl. Podobno določbo pozna skoraj vsak zahodni pravni sistem.

<sup>28</sup> Možina, str. 45.

<sup>29</sup> Kranjc, komentar 15. člena OZ: »Treba je tudi upoštevati, da se takšna ali drugačna volja ne izraža le z besednimi znaki, ampak tudi drugačnimi ravnanji.«

<sup>30</sup> Mik (2021), str. 9.

<sup>31</sup> Mik (2017), str. 5.

<sup>32</sup> Samec Berghaus in Drnovšek, str. 27, na primer trdita, da so pametne pogodbe le sredstvo garantiranja faze izpolnitve.

<sup>33</sup> O delitvi na zavezovalne in pravne posle najpodrobneje pri nas Juhart.

<sup>34</sup> Mik (2021), str. 3.

<sup>35</sup> Juhart, str. 7.

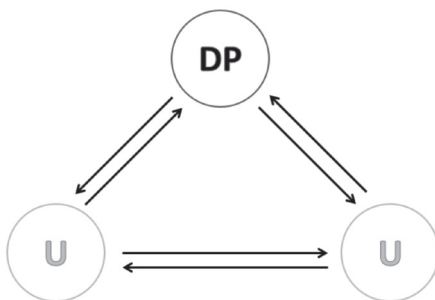
čimer prenos digitalnih sredstev z uporabo pametne pogodbe predstavlja poleg razpolagalnega pravnega posla (»izvršitve pogodbe«) tudi zavezovalni pravni posel (»sklenitev pogodbe«), ni pa to nujno. Vse je odvisno od volje strank in okoliščin konkretne situacije. To razlikovanje je pomembno za nadaljnjo analizo učinkov pravnih poslov na decentraliziranih aplikacijah.

Vloga pametnih pogodb v pogodbenih razmerjih je torej odvisna od konkretnih okoliščin razmerja, ki ga omogočajo oziroma urejajo. Splošne ugotovitve o pravni naravi pametnih pogodb načeloma niso mogoče.<sup>36</sup> Učinke njihove uporabe lahko analiziramo le na konkretnih primerih uporabe, če njihova uporaba dejansko ustvarja, zajema ali izvršuje pogodbene pravice in obveznosti.<sup>37</sup>

Glede na navedeno v nadaljevanju analiziram posebnosti sklepanja in izvrševanja pravnih poslov pri uporabi decentraliziranih aplikacij, ki kot pojasnjeno delujejo na podlagi tehnologije pametnih pogodb.

#### 4. Pravni posli na decentraliziranih aplikacijah

Za »običajne« digitalne platforme je značilen pogodbeni trikotnik med digitalno platformo (DP), uporabnikom na strani povpraševanja (U) in uporabnikom na strani ponudbe (U).



Shema 1: Pogodbeni trikotnik med uporabnikoma in digitalno platformo

Pogodba, na podlagi katere ponudnik povpraševalcu dobavi določeno vsebino, storitev ali blago, je glavna pogodba. To so tradicionalni tipi pogodb, ki se sklepajo na daljavo z uporabo digitalne platforme. Glavno razmerje med povpraševalcem in ponudnikom je specifično zaradi

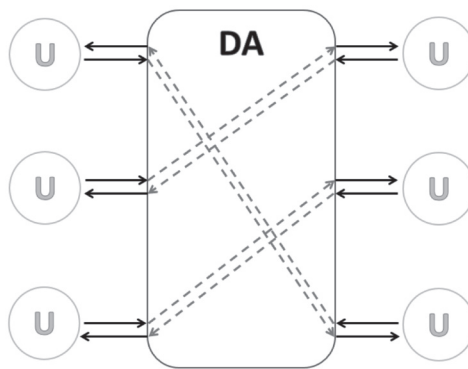
<sup>36</sup> Podobno kot niso mogoče splošne ugotovitve o pravni naravi lista papirja. Na list papirja je lahko zapisan celoten dogovor, lahko pa le del dogovora. List papirja se lahko uporabi za sklenitev pogodbe, lahko pa tudi za izvršitev pogodbe, če se dogovor nanaša na izročitev vrednostnega papirja, ki je zapisan na listu papirja. Podobno kot pametne pogodbe je tudi list papirja v tem kontekstu le tehnologija, ki se lahko uporabi za različne stvari.

<sup>37</sup> Mik (2019), str. 7.

dveh temeljnih pogodb, ki povezujeta digitalno platformo s ponudnikom in povpraševalcem.<sup>38</sup> Na podlagi temeljnih pogodb digitalna platforma kot povezovalni člen vstopi oziroma poseže v glavno razmerje med ponudnikom in povpraševalcem. Povezovalni člen, ki običajno ni le posrednik, temveč ponudniku in povpraševalcu kot interaktivna spletna platforma ponuja še dodatne storitve (navadno) informacijske družbe.<sup>39</sup>

Struktura pravnih poslov, ki se sklepajo in izvršujejo prek decentraliziranih aplikacij, je bistveno bolj raznolika.

Do zdaj sta se vsaj na področju financ razvila dva glavna modela decentraliziranih aplikacij. Prvi model temelji na mehanizmu »peer to peer« transakcij. Decentralizirani protokol omogoči povezovanje posameznih ponudnikov določenih finančnih storitev z ustreznimi povpraševalci po teh storitvah ter zagotovi, da se transakcija med njimi izvede v skladu z vnaprej dogovorjenimi pravili.<sup>40</sup> Protokol omogoča izvrševanje transakcij med dvema določenima subjektoma brez vsakršnega posrednika.<sup>41</sup> Razmerja na decentraliziranih aplikacijah s »peer to peer« modelom si lahko predstavljamo na naslednji način:



Shema 2: Razmerja med uporabniki na decentralizirani aplikaciji »peer to peer« modela

<sup>38</sup> Digitalne platforme prek teh pogodb, ki se sklepajo v okviru splošnih pogojev poslovanja, vzpostavljajo neke vrste zasebni sistem pogodbenega prava, ki podrobno ureja izvajanje pravnih poslov na platformi. S tem se podrobneje ukvarja Grochowski pri svojem projektu Contract law in the digital era – the waning of the state's regulatory monopoly poljske akademije znanosti. Več informacij <<https://www.ncn.gov.pl/index.php/en/przyklady-projektow-grochowski>> (15. 3. 2022).

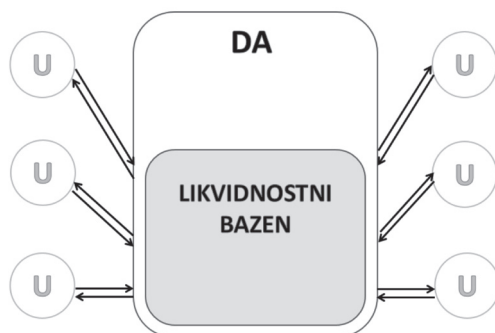
<sup>39</sup> O značilnostih pogodbenega trikotnika na digitalnih platformah podrobneje Orti Vallejo, str. 1000.

<sup>40</sup> Na primer decentralizirana aplikacija poveže uporabnika, ki želi posoditi 100 enot svojih sredstev po letni obrestni meri 10 odstotkov, z uporabnikom, ki si želi izposoditi 100 enot po teh pogojih, in izvrši to transakcijo.

<sup>41</sup> Za natančnejši pregled tega modela decentraliziranih aplikacij na področju financ in njegovih različnih variacij glej Yang in dr., str. 121–126.

Pametne pogodbe decentralizirane aplikacije (DA) povežejo konkretno ponudbo ponudnika (U) z ustreznim povpraševanjem povpraševalca na drugi strani (U). Decentralizirana aplikacija poveže povpraševanje in ponudbo le, če se vsebinsko ujemata.

Drugi model ne temelji na vzpostavljanju »peer to peer« transakcij in razmerij, temveč na združevanju sredstev uporabnikov na strani ponudbe v likvidnostnem bazenu, ki ga lahko povpraševalci na drugi strani uporabljajo za različne finančne storitve.<sup>42</sup> Ponudniki likvidnosti (uporabniki s sredstvi) svoja sredstva deponirajo v likvidnostni bazen, uporabniki na strani povpraševanja (uporabniki, ki potrebujejo sredstva v okviru določenega finančnega produkta) pa si lahko na drugi strani v zameno za ustrezno zavarovanje ter plačilo obresti izposodijo sredstva iz likvidnostnega bazena ali jih uporabijo v okviru drugačnega finančnega produkta.<sup>43</sup> Razmerja na decentraliziranih aplikacijah z modelom likvidnostnega bazena si lahko predstavljamo na naslednji način:



Shema 3: Razmerja uporabnikov na decentralizirani aplikaciji z modelom likvidnostnega bazena

Decentralizirana aplikacija (DA) ne poveže konkretnega uporabnika na strani ponudbe (U) s konkretnim uporabnikom na strani povpraševanja (U), temveč vsa sredstva ponudnikov združi v »bazen«, iz katerega lahko povpraševalci črpajo sredstva. Konkretna ponudba se torej ne nujno ujema s konkretnimi povpraševanji.

V zvezi s predstavljenima modeloma decentraliziranih aplikacij v nadaljevanju obravnavam dva sklopa vprašanj, in sicer me zanimata vsebina in narava razmerja (1) med decentralizirano

<sup>42</sup> Na primer 1000 uporabnikov deponira skupaj 10.000 enot sredstev v likvidnostni bazen. Uporabnik na drugi strani pa si lahko nato iz bazena sposodi želeno količino enot sredstev po programsko določeni obrestni meri in v zameno za ustrezno zavarovanje.

<sup>43</sup> Za natančnejši pregled tega modela decentraliziranih aplikacij na področju financ in njegovih različnih variacij glej Gudgeon, str. 92–112.

aplikacijo in uporabniki ter (2) uporabniki na strani ponudbe in uporabniki na strani povpraševanja.

## 4.1. Razmerje med decentralizirano aplikacijo in uporabniki

Glede razmerja med decentralizirano aplikacijo in uporabniki me zanima, ali decentralizirane aplikacije ponujajo le storitve informacijske družbe ali tudi storitve, ki se izvajajo prek decentralizirane aplikacije. Poleg tega me zanima, kdo v tem primeru izvaja ene ali druge storitve.

### 4.1.1. Storitve informacijske družbe

Prek decentraliziranih aplikacij oziroma njihovega »*front end*« delajo se nedvomno izvajajo storitve informacijske družbe. V točki b prvega odstavka 1. člena Direktive (EU) 2015/1535 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 9. septembra 2015 o določitvi postopka za zbiranje informacij na področju tehničnih predpisov in pravil za storitve informacijske družbe (Direktiva (EU) 2015/1535)<sup>44</sup> je storitev informacijske družbe definirana kot storitev, ki se običajno opravi odplačno, na daljavo, elektronsko in na posamezno zahtevo prejemnika storitev. »Na daljavo« pomeni, da se storitev opravi, ne da bi bile stranke sočasno navzoče; »elektronsko« pomeni, da se storitev pošlje na začetnem kraju in sprejme na cilju z elektronsko opremo za obdelavo (skupaj z digitalnim zgoščevanjem) in shranjevanje podatkov ter se v celoti prenaša, pošilja in sprejema po žici, radijsko, z optičnimi ali drugimi elektromagnetnimi sredstvi; »na zahtevo prejemnika storitev« pomeni, da se storitev opravi s prenosom podatkov na posamezno zahtevo.<sup>45</sup> Uporabnik decentralizirane aplikacije pri interakciji z njenim uporabniškim vmesnikom prejme odplačno<sup>46</sup> storitev prek svetovnega spleta (torej na daljavo in elektronsko) na podlagi konkretne zahteve s podpisom transakcije prek verige blokov.

### 4.1.2. Storitve, ki se izvajajo prek decentralizirane aplikacije

Podobno kot pri digitalnih platformah je tudi pri decentraliziranih aplikacijah smiselno vprašanje, ali poleg storitev informacijske družbe same ponujajo tudi storitve, ki se sicer izvajajo prek decentralizirane aplikacije. To vprašanje se nanaša zlasti na »*back end*« del aplikacije, saj ta določa in omogoča storitve, ki se izvajajo prek decentralizirane aplikacije.

<sup>44</sup> UL L 241, 17. 9. 2015.

<sup>45</sup> Tej definiciji v celoti sledi tudi slovenski Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT) (točka 11 prvega odstavka 3. člena zakona), Ur. l. RS, št. 96/09 in nasl.

<sup>46</sup> Odplačnost je v tem kontekstu definirana izredno široko in zajema vsakršno ekonomsko aktivnost. Glej odstavke 18 uvodnih določb Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu, UL L 178, 17. 7. 2000.

Pri analizi tega vprašanja se lahko opremo na merila Evropske komisije glede vpliva digitalne platforme na glavno razmerje med uporabniki:<sup>47</sup> (1) možnost določanja cene na platformi, (2) možnost določanja pogodbenih pogojev za izvajanje temeljnih storitev in (3) lastništvo sredstev, ki so potrebna za izvajanje storitev.

Sredstva, s katerimi uporabniki upravljajo v okviru decentralizirane aplikacije, ostanejo v njihovi lasti. Praviloma<sup>48</sup> imajo le uporabniki ključ in dostop do sredstev, ki so zaklenjena v decentralizirani aplikaciji. Ponudniki finančnih storitev oziroma likvidnosti so torej vedno sami lastniki svojih sredstev in v tem smislu neodvisni od decentralizirane aplikacije.

Pogodbeni pogoji za izvajanje finančnih storitev na decentralizirani aplikaciji so vedno določeni vnaprej v skladu z logiko delovanja pametnih pogodb. Decentralizirane aplikacije omogočajo standardiziran in optimiziran način sodelovanja med uporabniki, ki je zaradi varnosti in predvidljivosti delovanja manj prilagodljiv. Pri protokolih, ki temeljijo na »*peer to peer*« modelu, imajo uporabniki možnost spremeniti določene parametre razmerij.<sup>49</sup> Pri protokolih, ki temeljijo na modelu likvidnostnega bazena, pa ponudnik in prejemnik storitve na vsebino pogodbenih pogojev ne moreta vplivati, vendar nanjo ne more vplivati niti kdo tretji.<sup>50</sup> Če se uporabnik odloči uporabiti določeno decentralizirano aplikacijo, sprejme s tem njene pogoje delovanja takšne, kot so.

Podobno kot velja za druge pogodbene pogoje, velja tudi za možnost določanja cene storitve na decentralizirani aplikaciji. Pri protokolih, ki temeljijo na »*peer to peer*« modelu, lahko uporabniki sami določijo višino obresti, po katerih posodijo svoja sredstva.<sup>51</sup> Pri protokolih, ki temeljijo na modelu likvidnostnega bazena, pa so obresti določene programsko glede na obseg ponudbe in povpraševanja.<sup>52</sup> V določenih primerih lahko na ceno storitev na decentralizirani aplikaciji in druge pogoje delovanja vpliva tudi skupnost oziroma imetniki upravljalvskega žetona decentralizirane aplikacije na podlagi demokratičnega postopka predlogov in glasovanja.<sup>53</sup> Tudi v tem primeru pogojev in cene ne določa neki določeni subjekt, temveč skupnost uporabnikov protokola.

<sup>47</sup> Evropska komisija.

<sup>48</sup> Seveda je lahko tudi drugače in ima dostop do sredstev zaradi napake ali zlonamerne lastnosti aplikacije tudi kdo tretji, vendar je v tem primeru težko še vedno govoriti o decentralizirani aplikaciji.

<sup>49</sup> Yang, str. 121–126, ali na primer ETHLend Whitepaper, <<https://github.com/ETHLend/Documentation/blob/master/ETHLendWhitePaper.md>> (14. 3. 2022).

<sup>50</sup> Način izračuna obresti je na primer vprogramiran v protokol. Glej Gudgeon, str. 3.

<sup>51</sup> O možnosti določanja pogodbenih pogojev na *peer to peer* protokolih tudi Schar, str. 163.

<sup>52</sup> Gudgeon, str. 3.

<sup>53</sup> Aramonte in dr., str. 28.

Na podlagi analize kriterijev Evropske komisije lahko izhajamo iz položaja, da decentralizirane aplikacije načeloma same ne ponujajo storitev, ki se izvajajo prek njih, že zaradi same tehnologije, na kateri temeljijo, in njihove osnovne arhitekture delovanja. To je digitalna infrastruktura, ki omogoča zanesljivo in vnaprej določeno interakcijo med uporabniki.

#### 4.1.3. Izvajalec storitev

Ne glede na to, ali decentralizirane aplikacije ponujajo le storitve informacijske družbe ali tudi storitve, ki se izvajajo prek decentralizirane aplikacije, je treba odgovoriti še na bistveno pomembnejše vprašanje – kdo sploh ponuja ene ali druge storitve?

Ker so decentralizirane aplikacije že od začetka oblikovane s ciljem decentralizacije subjektivitete »nosilca« platforme, storitev na platformi načeloma ne ponuja en posamezen subjekt. Delovanje decentraliziranih aplikacij omogoča več skupin (velikokrat anonimnih) subjektov: programerji »back end« dela, nosilci »front end« dela aplikacij, imetniki upravljaljskih žetonov in uporabniki aplikacije.<sup>54</sup> To je premišljeno oblikovana struktura delovanja in odgovornosti, ki omogoča izvajanje storitev brez identificiranega nosilca teh storitev.<sup>55</sup> Posledično nekateri zagovarjajo, da so decentralizirane aplikacije bolj podobne javnemu dobremu.<sup>56</sup>

Konkretno ugotovitve so odvisne od stopnje decentralizacije posamezne aplikacije. V primeru skrajno decentralizirane arhitekture aplikacije je na relaciji uporabniki – decentralizirana aplikacija skoraj nemogoče govoriti o obstoju pogodbenega razmerja. Niti storitve, ki se izvajajo na platformi, niti storitve informacijske družbe s strani decentralizirane aplikacije niso izvajane v okviru pogodbenega razmerja, saj na strani ponudnika objektivno ni mogoče identificirati pogodbene stranke oziroma te preprosto ni. Decentralizirana aplikacija je v tem primeru le infrastruktura, tehnologija, ki uporabnikom omogoča izvajanje transakcij in sklepanje pogodbenih razmerij med seboj po vnaprej določenih pogojih. Podobno na primer potrošnik ne sklene pogodbe s prodajnim avtomatom, ko iz njega kupi čokolado, temveč je prodajni avtomat le tehnologija, ki omogoči sklenitev pogodbe na daljavo med potrošnikom in trgovcem na drugi strani.

Ugotovitev pa je lahko drugačna v primeru aplikacije, kjer je stopnja decentralizacije nižja.<sup>57</sup> Če je aplikacija decentralizirana samo v imenu in ima nadzor nad »back end« ali »front end«

<sup>54</sup> O vlogah različnih deležnikov na decentraliziranih aplikacijah glej Jensen in dr., str. 48.

<sup>55</sup> Pravno strukturo decentraliziranih aplikacij, ki omogoča »alegalnost« njihovega delovanja, natančno obravnava Hinkes.

<sup>56</sup> Glej na primer <<https://cointelegraph.com/magazine/2021/10/22/crypto-public-good-22nd-century>> (14. 3. 2022).

<sup>57</sup> Veliko avtorjev meni, da je pri večini decentraliziranih aplikacij decentralizacija le iluzija, o tem na primer Aramonte in dr., str. 27–29.

delom en identificiran subjekt,<sup>58</sup> ki lahko spreminja pogoje delovanja aplikacije, omejuje dostop uporabnikom in upravlja sredstva uporabnikov na aplikaciji, pa dejansko ne gre več za nič drugega kot za običajno digitalno platformo, ki svoje razmerje z uporabniki ureja na podlagi splošnih pogojev delovanja. Kot je bilo pojasnjeno v predhodnih poglavjih, so uporabniki digitalne platforme v tem primeru v pogodbenem razmerju z nosilcem digitalne platforme vsaj glede storitev informacijske družbe, lahko pa, če so izpolnjeni pogoji za to, tudi storitev, ki se sicer izvajajo prek platforme. Presoja glede narave in vsebine pogodbenih razmerij na relaciji uporabnik – decentralizirana aplikacija torej v primeru, ko je na strani decentralizirane aplikacije mogoče identificirati en nosilni subjekt, ni nič drugačna kot pri »običajnih« digitalnih platformah.

Splošne ugotovitve glede narave in vsebine pogodbenih razmerij med decentraliziranimi aplikacijami in uporabniki torej zaradi različne pojavnosti decentraliziranih aplikacij niso mogoče. Vedno je potrebna analiza delovanja konkretne decentralizirane aplikacije. Iz navedenega pregleda pa lahko izluščimo orodje za opravo takšne analize:

- Za odgovor na vprašanje, ali decentralizirana aplikacija ponuja le storitve informacijske družbe ali tudi storitve, ki se izvajajo prek decentralizirane aplikacije, lahko uporabimo kriterije, ki jih je Evropska komisija oblikovala za digitalne platforme.
- Odgovor na vprašanje, ali se identificirane storitve izvajajo v okviru pogodbenega razmerja med decentralizirano aplikacijo in uporabniki ali v okviru kakšne druge pravne podlage, je odvisen od stopnje decentralizacije aplikacije, ki se jo ugotovi z analizo njene pravne strukture.<sup>59</sup>

## 4.2. Razmerje med uporabniki decentralizirane aplikacije

Vsebina razmerja med uporabniki decentraliziranih aplikacij je odvisna od tega, ali decentralizirana aplikacija deluje na »peer to peer« modelu ali na modelu likvidnostnega bazena.

### 4.2.1. Razmerja na decentraliziranih aplikacijah »peer to peer« modela

Razmerja na decentraliziranih aplikacijah »peer to peer« modela (glej shemo 2) s pogodbenega vidika niso bistveno drugačna od razmerij med uporabniki na klasičnih digitalnih platformah (glej shemo 1). To so pogodbeni razmerja med dvema ali več določljivimi subjekti, ki se ne poznajo. Prek »običajne« digitalne platforme pogodbeni stranki vstopita v pogodbeni razmer-

<sup>58</sup> Kot subjekt se v tem kontekstu lahko (vse bolj) razumejo tudi decentralizirane avtonomne organizacije (DAO), ki jih sestavljajo imetniki upravljaljskih (*governance*) žetonov platforme, ki z žetoni glasujejo o odločitvah glede razvoja in delovanja platform. O tem podrobneje Metjahic.

<sup>59</sup> Orodje za analizo pravne arhitekture decentraliziranih aplikacij ponudi Hinkes.

ja, čeprav se ne poznata, ker izvršitev transakcije nadzoruje nosilec digitalne platforme in ker digitalna platforma ponuja različne mehanizme za vzpostavljjanje zaupanja med strankami.<sup>60</sup> Pri decentraliziranih aplikacijah pa vlogo platforme glede vzpostavljanja zaupanja med strankami nadomesti nespremenljivost in avtomatiziranost tehnologije, prek katere se transakcije izvajajo.<sup>61</sup> »Peer to peer« decentralizirane aplikacije so torej le mehanizem za sklepanje in zlasti izvrševanje klasičnih pogodbenih tipov (kot na primer posojilna pogodba, zavarovalna pogodba, menjalna pogodba itd.) na daljavo. Decentralizirana aplikacija konkretnega uporabnika na strani ponudbe na avtomatiziran način pogodbeno poveže s konkretnim uporabnikom na strani povpraševanja, tako da med uporabnikoma omogoči neposredno izvrševanje transakcij. Čeprav se uporabnika med seboj ne poznata, sta določljiva. Ker oba uporabnika pred interakcijo z decentralizirano aplikacijo določita parametre, pod katerimi sta pripravljena izvesti transakcijo, njuna transakcija pomeni izjavo volje o bistvenih sestavinah, s katero skleneta veljavni zavezovalni pravni posel (pogodbo), hkrati pa v okviru istega historičnega dogodka izvršita razpolagalni pravni posel (prenos digitalnih sredstev). Z izvršitvijo transakcije uporabnika izrazita voljo po sklenitvi pogodbe.

Pametna pogodba, prek katere uporabnika izvedeta transakcijo, v tem primeru predstavlja samo pogodbo (v smislu nosilca volje), saj programska koda vsebuje nujne elemente njenega razmerja, hkrati pa tudi sredstvo za sklenitev in izvršitev te pogodbe.

#### 4.2.2. Razmerja na decentraliziranih aplikacijah z modelom likvidnostnega bazena

Bistveno bolj nenavadna z vidika pogodbenega prava so razmerja na decentraliziranih protokolih, ki temeljijo na modelu likvidnostnega bazena (glej shemo 3). Likvidnostni bazeni so pametne pogodbe, v katere uporabniki na strani ponudbe zaklenejo svoja sredstva in jih s tem dajo v uporabo uporabnikom na strani povpraševanja v zameno za ustrezno protiplačilo.<sup>62</sup> Sredstva vseh ponudnikov likvidnosti so zbrana skupaj v enem bazenu, iz katerega jih povpraševalci po likvidnosti v skladu z vnaprej določenimi pogoji uporabljajo za vnaprej določen namen.<sup>63</sup> Pri decentraliziranih aplikacijah tega tipa torej ne pride do neposrednih transakcij med določljivim ponudnikom likvidnosti na eni strani in določljivim povpraševalcem po

<sup>60</sup> To so različni mehanizmi merjenja ugleda, ki na podlagi teorije iger zagotavljajo spoštovanje pogodbenih obveznosti med strankami, ki se ne poznajo, ki si ne zaupajo in ki lahko živijo v različnih jurisdikcijah. O tem podrobneje na primer Cantero Gamito, str. 60.

<sup>61</sup> Za osnovno idejo o tem, kako z uporabo tehnologije izginja potreba po zaupanju, glej Chainlink, Brand-Based vs. Math-Based Agreements (2021), <https://blog.chain.link/brand-based-vs-math-based-agreements/> (15. 3. 2022). Enak pojav izpostavi tudi Ghodoosi, str. 62.

<sup>62</sup> Za preprost opis pojava likvidnostnih bazenov glej <<https://www.gemini.com/cryptopedia/what-is-a-liquidity-pool-crypto-market-liquidity#section-the-role-of-crypto-liquidity-pools-in-de-fi>> (14. 3. 2022).

<sup>63</sup> Glede delovanja in pojavnih vrst likvidnostnih bazenov glej Schär, str. 160–162. Sredstva iz likvidnostnega bazena se lahko uporabljajo za menjavo sredstev (decentralizirane menjalnice kot na primer protokol Uniswap),

likvidnosti na drugi strani. Ker so sredstva agregirana v enem skupnem bazenu, ni nikoli mogoče ugotoviti, kateri konkretni uporabnik je svojo likvidnost ponudil določenemu povpraševalcu po likvidnosti. Uporabnik, ki na strani povpraševanja uporabi sredstva iz bazena, vedno uporabi sredstva več nedoločljivih uporabnikov na strani ponudbe, ne da bi bil z njimi v neposrednem razmerju.

S pogodbenega vidika si lahko zato transakcije prek likvidnostnega bazena razlagamo na tri načine:

(1) Vsak uporabnik na strani povpraševanja vedno nujno vstopi v pogodbeno razmerje z vsemi uporabniki na strani ponudbe. (2) Skupnosti uporabnikov na strani ponudbe se podeli pravna subjektiviteta in se ji s tem omogoči sklepanje pogodb – uporabnik na strani povpraševanja torej sklene pogodbo le s samo skupnostjo, ki pa svoja interna razmerja ureja ločeno v skladu s pogoji likvidnostnega bazena. (3) Med uporabniki na strani ponudbe in uporabniki na strani povpraševanja ne pride do sklenitve pogodbe – zavezovalnega pravnega posla, temveč le do izvršitve razpolagalnega pravnega posla.

Če bi sledili istemu miselnemu toku kot pri decentraliziranih aplikacijah »*peer to peer*« modela, bi se kot pravilna ponudila prva možnost. Čeprav smo pri decentraliziranih aplikacijah »*peer to peer*« modela ugotovili, da pametna pogodba, prek katere uporabnika izvedeta transakcijo, predstavlja samo pogodbo, hkrati pa tudi sredstvo za sklenitev zavezovalnega in izvršitev razpolagalnega pravnega posla, to ne drži nujno tudi v primeru transakcij prek likvidnostnega bazena. V posamezen likvidnostni bazen lahko hkrati deponira sredstva tudi več tisoč uporabnikov. To pomeni, da bi vsak uporabnik na strani povpraševanja ob interakciji z likvidnostnim bazenom sklenil pogodbo z več tisoč uporabniki na strani ponudbe. Uporabniki, ki so razpršeni po jurisdikcijah celotnega sveta, ki so lahko pravne osebe ali potrošniki, ki lahko ponujajo nezakonito pridobljena sredstva, ki morda vsi ne razumejo vsebine in učinkov pogodbe itd.<sup>64</sup> Takšna rešitev ne bi bila samo nepraktična, temveč tudi teoretično napačna z vidika pogojev za sklenitev pogodbe. Ko uporabnik na strani ponudbe deponira sredstva v likvidnostni bazen, še ne izvede transakcije z uporabnikom na strani povpraševanja, temveč le transakcijo na relaciji uporabnik – pametna pogodba.<sup>65</sup> Transakcija deponiranja sredstev v likvidnostni bazen torej ne more predstavljati izjave volje za sklenitev pogodbe, saj v tistem

---

za kreiranje stabilnih kovancev (t. i. »stable coins« kot na primer protokol MakerDAO in stabilni kovanec Dai), za izposojanje sredstev (na primer omenjeni protokol Aave) in druge podobne namene.

<sup>64</sup> Problem se pojavi zlasti, če decentralizirana aplikacija pogodbe ne izvrši na predviden način in pride do kršitve na strani ponudbe. Ker se (vsaj po slovenskem pravu) solidarnost dolžnikov ne domneva in ker decentralizirane aplikacije praviloma solidarnosti izrecno ne določajo, bi moral uporabnik v primeru prikrajšanja tožbo usmeriti proti vsem uporabnikom na strani ponudbe, kar je glede na razpršenost in anonimnost uporabnikov skoraj nemogoče.

<sup>65</sup> Za podrobnejši opis delovanja likvidnostnega bazena in načina zbiranja sredstev ter njihove uporabe s strani uporabnikov na strani povpraševanja za namene posojil glej AAVE, str. 5–7.

trenutku nasprotna stranka še ni znana niti še ni jasno, ali bo sploh kdo na strani povpraševanja uporabil sredstva iz likvidnostnega bazena oziroma v kolikšnem obsegu in po kolikšni ceni jih bo uporabil. Ni torej mogoče govoriti, da vse stranke že želijo isto – da razmerje nastane, saj ni sporazuma o bistvenih sestavinah.<sup>66</sup> Kvečjemu bi lahko govorili o vabilu k dajanju ponudb (tretji odstavek 22. člena OZ), ker je naslovljeno na nedoločeno število oseb, vendar tudi v tem primeru niso znani vsi elementi pogodbe. Uporabnik na strani povpraševanja uporabi sredstva celotnega bazena in ni nikoli jasno ali definirano, koliko od teh uporabljenih sredstev pripada posameznemu uporabniku na strani ponudbe. Tudi sicer pa je težko zagovarjati, da je prava volja uporabnikov pri interakciji z decentraliziranimi aplikacijami vabljenje k dajanju ponudb. Menim torej, da pri uporabi te vrste decentraliziranih aplikacij z izvedbo transakcije ne pride do sklenitve pogodbe med povpraševalcem in vsemi ponudniki.

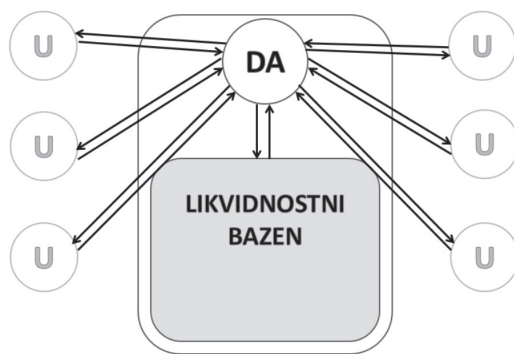
Vsaj z vidika uporabnika na strani povpraševanja določena prej poudarjena vprašanja reši druga možnost, ki pa hkrati zahteva sorazmerno velik premik pri dojemanju pravne subjektivitete udeležencev na trgu. Transakcija sredstev v likvidnostni bazen bi v tem primeru predstavljala izjavo volje glede sklenitve neke vrste societetne pogodbe med vsemi uporabniki na strani ponudbe, ki sodelujejo v likvidnostnem bazenu. Hkrati pa tudi skupno izjavo volje glede vabila k podaji ponudbe uporabnikom na strani povpraševanja. Transakcija uporabnika na strani povpraševanja zoper likvidnosti bazen pa bi nato predstavljala sprejem ponudbe ter sklenitev pogodbe med tem uporabnikom in skupnostjo uporabnikov na strani ponudbe. Pogodba bi bila v tem primeru vedno sklenjena le med dvema strankama: uporabnikom na strani povpraševanja in skupnostjo uporabnikov na strani ponudbe. To poenostavi vprašanja uporabe prava, pristojnosti in narave pogodbenih strank z vidika varstva potrošnikov, vendar zahteva, da civilni skupnosti uporabnikov na strani ponudbe priznamo materialno in procesno pravno subjektiviteto, kar samo po sebi postavi zelo veliko vprašanj. Pravo v določenih primerih civilnim skupnostim sicer priznava pravno subjektiviteto,<sup>67</sup> vendar je način implementacije česa podobnega v primeru uporabnikov likvidnostnih bazenov na strani ponudbe najmanj vprašljivo in nejasno. Tudi podelitev pravne subjektivitete skupnosti uporabnikov pa vsebinsko dejansko nič ne reši. Tako se sicer poenostavi pogodbeno razmerje med povpraševalci in ponudniki, vendar se s tem vsa nerešena praktična vprašanja le preložijo v pogodbeno razmerje civilne skupnosti uporabnikov na strani ponudbe. Druga možnost je zato zanimiv teoretičen konstrukt, vendar ni resna rešitev nejasnosti razmerij na decentraliziranih platformah.

Po tretji možnosti uporabniki na strani ponudbe ne sklenejo pogodbe ne med seboj ne z uporabniki na strani povpraševanja. To si lahko predstavljamo na dva načina: (1) do transakcije

<sup>66</sup> Kranjc, komentar 15. člena OZ.

<sup>67</sup> Tipičen primer so skupnosti etažnih lastnikov (na primer šesti odstavek par. 10 WEG v nemškem pravu in 72. člen Stanovanjskega zakona (SZ-1), Ur. l. RS, št. 69/03 in nasl., v slovenskem pravu).

(razpolagalnega posla) med uporabniki pride brez sklenitve pogodbe (zavezovalnega posla); (2) čeprav se transakcija (razpolagalni posel) izvrši med uporabniki, je pogodba (zavezovalni posel) sklenjena na relaciji decentralizirana aplikacija – uporabniki. Ta možnost v skladu z analizo pod prejšnjo točko ne pride v poštev v primeru skrajno decentraliziranih aplikacij. Ni pa to izključeno v primeru »manj« decentraliziranih aplikacij. Če je decentralizacija res le iluzija, za katero se skriva pravna oseba v obliki (de)centralizirane avtonomne organizacije,<sup>68</sup> ki lahko upravlja sredstva uporabnikov, potem je ugotovitev glede sklepanja pogodbenih razmerij sorazmerno preprosta. Uporabniki med seboj ne sklenejo pogodbe, vsi pa jo sklenejo s pravno osebo, ki upravlja (de)centralizirano aplikacijo. Na strani ponudbe uporabniki na podlagi splošnih pogojev (de)centralizirane aplikacije s to pravno osebo sklenejo depozitno pogodbo z izjavo volje v obliki izvršene transakcije in prenosa sredstev v likvidnostni bazen. Na strani povpraševanja pa uporabniki na podlagi splošnih pogojev decentralizirane aplikacije s to pravno osebo sklenejo pogodbo o uporabi sredstev na določen način z izjavo volje v obliki transakcije med njimi in likvidnostnim bazenom (na primer posojilno pogodbo, menjalno pogodbo, derivativno pogodbo ipd.).<sup>69</sup> Struktura pogodbenih razmerij je v tem primeru zelo podobna pogodbeni strukturi pri klasičnih finančnih institucijah. Struktura razmerij je torej nekoliko drugačna kot pri shemi 3, ki je značilna za decentralizirane protokole z modelom likvidnostnega bazena:



Shema 4: Razmerja na decentralizirani aplikaciji z modelom likvidnostnega bazena, če je nosilec aplikacije pravni subjekt

<sup>68</sup> To ugotavljajo v svojem poročilu Aramonte in dr., v katerem zavzamejo stališče, da so decentralizirane avtonomne organizacije pravne osebe oziroma bi morale biti in da so kot take nosilke pravic in obveznosti.

<sup>69</sup> Decentralizirane aplikacije v splošnih pogojih izrecno in jasno poudarjajo, da niso stranke kakršnekoli pogodbe, ki se sklepa prek decentraliziranega protokola, in da niso odgovorne za transakcije, ki se izvajajo prek pametnih pogodb. Glej na primer Splošne pogoje decentralizirane aplikacije Aave, <https://aave.com/term-of-use/> (14. 3. 2022). Vendar se decentralizirane aplikacije na ta način ne morejo izogniti svoji odgovornosti, če je vsebina razmerja v resnici drugačna.

Takšna rešitev je s pravnega vidika najbolj enostavna, vendar ni uporabljiva pri decentraliziranih aplikacijah, pri katerih ne moremo identificirati nosilca pravne subjektivitete. Tudi pri teh pa pravo dopušča razlago, po kateri pride med uporabniki do transakcije brez sklenitve pogodbe. Ob interakciji s pametnimi pogodbami decentraliziranih aplikacij uporabniki izvajajo razpolagalne pravne posle. Ob interakciji s pametnimi pogodbami uporabniki namreč neposredno učinkujejo na sredstva na verigi blokov in jih prenašajo z enega subjekta na drugega prek verige blokov na vnaprej določen način. Dejansko gre za izročitev sredstev prek decentralizirane digitalne infrastrukture.<sup>70</sup> Mogoče je, da se istočasno v okviru istega historičnega dogodka sklene tudi zavezovalni pravni posel, ni pa to nujno. Kot je bilo pojasnjeno pri analizi prve možnosti, uporabnik ob izvršitvi transakcije ne izrazi volje po sklenitvi zavezovalnega pravnega posla in ga z uporabnikom na drugi strani tudi dejansko ne sklene. V okviru abstraktnega pogleda na razmejitev med zavezovalnimi in razpolagalnimi pravnimi posli je razpolagalni pravni posel veljaven in učinkovit tudi brez zavezovalnega pravnega posla – pogodbe, ki ustvarja obveznost.<sup>71</sup> Med uporabniki na strani povpraševanja in strani ponudbe torej pride do transakcije – razpolagalnega posla, s katero hkrati ne pride tudi do sklenitve pogodbe. Sklenitev pogodbe med uporabniki v okviru abstraktne teorije razpolagalnih pravnih poslov ni pogoj za veljavnost transakcije prek decentralizirane aplikacije. S takšnim pristopom zagotovimo teoretično čistost razmerja med uporabniki, hkrati pa visoko stopnjo varnosti pravnega prometa, kar se kaže predvsem pri usodi nadaljnjih prenosov. Vztrajanje pri kavzalni naravi razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim poslom v tem primeru po moji oceni ne pride v poštev, saj pripelje do nesprejemljivih rezultatov, kot so bili analizirani pri prejšnjih možnostih.

Z vidika teoretične čistosti in poslovne jasnosti in varnosti pravnih razmerij ocenjujem, da je edina smiselna in v praksi uporabna tretja možnost, po kateri med uporabniki na strani ponudbe in uporabniki na strani povpraševanja ne pride do sklenitve pogodbenega razmerja. Bodisi zato ker (de)centralizirano aplikacijo upravlja neke vrste pravni subjekt, s katerim uporabniki sklenejo ustrezne zavezovalne posle, bodisi zato ker uporabniki prek decentralizirane aplikacije med seboj izvršijo le razpolagalne pravne posle, ne pa tudi zavezovalnih pravnih poslov – pogodb. Teorija abstraktnosti razpolagalnih pravnih poslov nam ponudi preprost odgovor na sicer kompleksna vprašanja, kar bi morali izkoristiti in na tem graditi.

## 5. Sklep

Decentralizirane aplikacije so sorazmerno nov pojav, ki je s pravnega vidika, zlasti pogodbenopravnega, bistveno premalo raziskan. Analizo otežuje dejstvo, da je industrija še mlada in

<sup>70</sup> Juhart opredeli, da je za razpolagalni pravni posel značilno, da neposredno učinkuje na obstoječo premoženjsko pravico in jo vsebinsko spreminja, obremenjuje, prenaša ali končuje.

<sup>71</sup> Tudi Juhart izrazito zagovarja uporabo abstraktnega sistema.

se izredno hitro razvija. Kljub temu so se že začele oblikovati osnovne pojavne oblike decentraliziranih aplikacij, kar omogoča konkretnjšo analizo.

Za pravno analizo razmerij na decentraliziranih aplikacijah sta pomembna zlasti dva parametra:

1. stopnja decentraliziranosti aplikacije;
2. model delovanja decentralizirane aplikacije (*»peer to peer«* ali likvidnostni bazen).

Stopnja decentraliziranosti aplikacije se nanaša na vprašanje, ali jo upravlja subjekt,<sup>72</sup> ki je lahko nosilec pravic in obveznosti ter s tem ponudnik storitev na platformi in stranka v razmerjih z uporabniki, ali pa je arhitektura aplikacije dovolj razpršena, da dejansko predstavlja le objekt v razmerju med uporabniki. To ne vpliva le na (ne)obstoj razmerja na relaciji uporabnik – decentralizirana aplikacija, temveč ključno tudi na naravo razmerja med uporabniki. Če tak subjekt na strani decentralizirane aplikacije obstaja, potem je lahko slednji tudi izvajalec storitev na platformi in med uporabniki niti ne pride do sklenitve ter izvršitve pravnega posla.

Model delovanja decentralizirane aplikacije je pomemben za razumevanje pravne narave interakcij med samimi uporabniki. Pri uporabi decentraliziranih aplikacij *»peer to peer«* modela uporabniki z izvršitvijo transakcije izrazijo voljo za sklenitev pogodbe z nasprotno stranko z vsebino, kot jo določita in je znana obema uporabnikoma že pred potrditvijo transakcije. Pametna pogodba, prek katere uporabnika izvršita transakcijo, v tem primeru torej predstavlja sredstvo za sklenitev zavezovalnega pravnega posla in v istem časovnem dogodku že izvršitev razpolagalnega pravnega posla, hkrati pa tudi pogodbo (v smislu dokumenta), ki ureja bistvene elemente njunega razmerja in predstavlja vsaj del celotnega dogovora (v smislu zavezovalnega pravnega posla) med uporabnikoma. Pri decentraliziranih aplikacijah, ki temeljijo na modelu likvidnostnega bazena, je drugače. Pri slednjih uporabnik z izvršitvijo transakcije ne izrazi volje za sklenitev zavezovalnega pravnega posla, temveč z izvršitvijo transakcije le razpolaga s svojimi sredstvi in jih deponira v pametno pogodbo. Ker ob izvršitvi transakcije niso znane bistvene sestavine pogodbe, gre le za golo razpolaganje. V okviru abstraktne teorije razmerja med zavezovalnim in razpolagalnim pravnim poslom je takšno razpolaganje veljavno. Digitalna sredstva se s transakcijo prek likvidnostnega bazena veljavno prenesejo kljub odsotnosti zavezovalnega pravnega posla. V tem primeru pametne pogodbe decentralizirane aplikacije predstavljajo zgolj sredstvo za izvršitev transakcije, ne pa tudi sredstva za sklenitev pogodbe ali celo pogodbo samo kot pri *»peer to peer«* modelu.

Poudarjeno potrjuje uvodno tezo, da je pravna narava pametnih pogodb odvisna od tega, kako in zakaj se uporabijo. Že v okviru različnih pojavnih oblik decentraliziranih aplikacij lahko

<sup>72</sup> Kdorkoli že to je, odvisno od konkretne pravne arhitekture aplikacije: DAO, pravna oseba, skupnost uporabnikov, fizična oseba ...

pametne pogodbe prevzamejo različne vloge (od le sredstva za izvršitev razpolagalnega posla do sredstva za sklenitev zavezovalnega posla in celo oblike oziroma pojavnosti dogovora).

Splošne ugotovitve glede vsebine in pravne narave razmerij pri uporabi decentraliziranih aplikacij zato niso mogoče. Analiza tega prispevka je pokazala, da je vedno potrebna konkretna presoja, ki se opira zlasti na stopnjo decentralizacije aplikacije in načelo njenega delovanja.

## Literatura

- AAVE. Aave Protocol Whitepaper. *Whitepaper*, V1.0, 2020.
- ANKER-SORENSEN, Linn, in ZETZSCHE, Dirk Andreas. From Centralized to Decentralized Finance: The Issue of »Fake-DeFi«. *University of Luxembourg WP*, 2021, št. 12.
- ARAMONTE, Sirio in dr. DeFi risks and the decentralisation illusion. *BIS Quarterly Review*, 2021, št. december 2021, str. 21–36.
- BARTOLETTI, Massimo, in dr. Lending Pools in Decentralized Finance. *Financial Cryptography and Data Security*, 2021, št. 12676, str. 553–578.
- BUSCH, Christoph, in dr. Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms. *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, letn. 5, str. 164–169.
- BUTERIN, Vitalik. Ethereum: A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform. *Whitepaper*, 2014.
- CANTERO GAMITO, Marta. Self-Regulation and Contract Governance in the Platform Economy: A Research Agenda. *European Journal of Legal Studies*, 2017, letn. 9, št. 2, str. 53–68.
- CHATTERJEE, Rishav, in CHATTERJEE, Rajdeep. An Overview of the Emerging Technology: Blockchain. *2017 3rd International Conference on Computational Intelligence and Networks (CINE)*, 2017, str. 126–127.
- EVROPSKA KOMISIJA. A European agenda for the collaborative economy. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2016, COM(2016) 356.
- EVROPSKI PARLAMENT, Panel for the Future of Science and Technology. Liability of online platforms. *European Parliamentary Research Service, Scientific Foresight Unit*, 2021, PE 656.318.
- GHODOOSI, Farshad. Contracting in the Age of Smart Contracts. *Washington Law Review*, 2021, letn. 96, št. 1, str. 51–92.
- GUDGEON, Lewis, in dr. Defi protocols for loanable funds: Interest rates, liquidity and market efficiency. *Proceedings of the 2nd ACM Conference on Advances in Financial Technologies*, 2019, str. 92–112.
- HINKES, Andrew. Law-Proofing DeFi Protocols. *V postopku javne objave*.

- JENSEN, Johannes, in dr. An Introduction to Decentralized Finance (DeFi). *Complex Systems Informatics and Modeling Quarterly*, letn. 150, št. 26, marec/april 2021, str. 46–54.
- JUHART, Miha. Zavezovalni in razpolagalni pravni posli – med kavzalnostjo in abstraktnostjo. *Zbornik znanstvenih razprav*, 1995, letn. 55, št. 129, str. 129–148.
- KRANJC, Vesna. *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem*. GV Založba, 2003.
- METJAHIC, Laila. Deconstructing the dao: the need for legal recognition and the application of securities laws to decentralized organizations. *Cardozo Law Review*, 2017, letn. 39, str. 1533–1567.
- MIK, Eliza. Contracts in code?. *Law, Innovation and Technology*, 2021, letn. 13, št. 2, str. 478–509.
- MIK, Eliza. Smart Contracts: A Requiem. *International Political Economy: Globalization eJournal*, 2019.
- MIK, Eliza. Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity. *Law, Innovation and Technology*, 2017, letn. 9, št. 2, str. 269–300.
- MOŽINA, Damjan, in PUKŠIČ, Mitja. *Obligacijski zakonik z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: GV Založba, 2017.
- OBERGEFELL, Eva Inés, in THAMER, Alexander. (Non-) Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries: The Facts: Context and overview of the state of play. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, letn. 12, št. 5, str. 435–441.
- ORTI VALLEJO, Antonio. Contractual relationships in collaborative economy platforms. *European Review of Private Law*, 2019, št. 5, str. 995–1022.
- SØRENSEN, Marie Jull. Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *Nordic Journal of Commercial Law*, 2018, št. 1, str. 63–88.
- SAMEC BERGHAUS, Nataša, in DRNOVŠEK, Klemen. Iluzija pojma pametne pogodbe. *X. posvet pravo in ekonomija: digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik*, 2018, str. 17–31.
- SCHAR, Fabian. Decentralized Finance: On Blockchain- and Smart Contract-Based Financial Markets. *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, 2021, letn. 2/4, št. 103(2), str. 153–74.
- SKODLAR, Anže. Tehnološka nevtralnost v pravu. *Pravna praksa*, 2021, št. 48, str. 10–12.
- SUN, Xiaotong. Illiquidity Risks in Lending Protocols (LPs): Evidence from Aave Protocol. *Papers arXiv:2206.11973 [q-fin.RM]*, 2021.
- WU, Kaidong. An Empirical Study of Blockchain-based Decentralized Applications. *Papers arXiv:1902.04969 [cs.DC]*, 2019.
- WU, Kaidong, MA, Yun, HUANG, Gang, in LIU, Xuanzhe. A first look at blockchain-based decentralized applications. *Software: Practice and Experience*, 2021, letn. 51, št. 10, str. 2033–2050.
- YANG, Qi, in dr. New Loan System Based on Smart Contract. *Proceedings of the 2019 ACM International Symposium on Blockchain and Secure Critical Infrastructure*, 2019, str. 121–126.



*Pregledni znanstveni članek*  
UDK 347.51:659.23:004

# Odgovornost za neupravičeno odstranitev spletnih vsebin

MATIJA DAMJAN  
*doktor pravnih znanosti,*  
*raziskovalec na Inštitutu za primerjalno*  
*pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani<sup>1</sup>*

## 1. Uvod

Stalna dostopnost vseh vrst informacij na spletu je danes samoumevna v poslovnem življenju, kulturi, medijih, politiki in širše. Podatke iščemo na spletnih straneh, spremljamo spletne medije, priobčujemo na družbenih omrežjih, zabavamo se z gledanjem spletnih videov, kupujemo v spletnih trgovinah – in na vseh teh mestih smo tarče spletnega oglaševanja. Za ponudnika spletnih vsebin je vsak izpad njihove dostopnosti lahko škodljiv. Če video ni dostopen na portalu Youtube ali Facebook, odpade prihodek od nanj vezanih oglasov. Nekatere vsebine morajo biti na spletu dostopne ravno v določenem času. Spletna trgovina, ki prodaja božična drevesca in okraske, mora na primer zanesljivo delovati v predbožičnem obdobju, zato je tedaj najpomembnejša tudi vidnost njenih oglasov. Večini spletnih trgovin lahko škodo povzroči izpad delovanja ali oglasov v času pred črnim petkom ali drugimi sezonskimi razprodajami, ko se prodaja bistveno poveča. Za politične stranke je bistveno, da so njihove spletne strani, objave v spletnih medijih in spletni oglasi dostopni javnosti v času pred volitvami. Onemogočanje dostopnosti spletnih vsebin namreč ne ogroža samo premoženjskih interesov prizadete osebe, ampak lahko posega tudi v njene ustavne pravice, kot so svoboda izražanja, svoboda političnega delovanja, svoboda znanstvenega in umetniškega ustvarjanja ter svoboda gospodarske pobude.<sup>2</sup> Zato je pomembno vprašanje, kdo odgovarja za škodo, če ponudnik storitve spletnega gostiteljstva ali druge spletne storitve takšno vsebino odstrani ali začasno onemogoči dostop do nje, ne da bi za to imel pravno utemeljen razlog.

<sup>1</sup> Prispevek je rezultat raziskav v okviru raziskovalnega programa P5-0337 Pravni izzivi informacijske družbe, ki ga financira Javna agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije.

<sup>2</sup> Geiger, Frosio, Izyumenko, str. 138–152.

Razmerje med stranko, ki zagotavlja vsebino, in ponudnikom spletnega gostiteljstva, ki to vsebino napravi dostopno na internetu, navadno ureja pogodba, tudi če je sklenjena le z uporabnikovo privolitvijo v ponudnikove splošne pogoje opravljanja storitve. Izpad spletne dostopnosti naročnikovih vsebin torej lahko štejemo za napako izpolnitve ali celo neizpolnitev in jo obravnavamo po pravilih o pogodbeni odgovornosti za škodo. Ne glede na svoje pogodbene obveznosti pa so ponudniki gostiteljstva v nekaterih primerih po zakonu dolžni odstraniti vsebine, ki so jih naložili njihovi uporabniki, če prejmejo od tretje osebe prijavo, da gre pri tem za nezakonite vsebine – na primer takšne, ki kršijo avtorske pravice ali znamke, so žaljive ali neupravičeno posegajo v zasebnost tretje osebe. Vendar takšno zahtevo za odstranitev zatrjevano nezakonitih vsebin lahko tržni ali politični konkurent zlorabi za to, da doseže nedostopnost nasprotnikovih informacij ravno v ključnem trenutku (na primer pred volitvami). Po nekaterih podatkih je v praksi vsaj tretjina zahtev za odstranitev vsebin, ki jih prejmejo ponudniki storitev, neutemeljenih.<sup>3</sup> Poleg tega ponudniki storitev gostiteljstva za odločanje o zahtevah za odstranitev pogosto uporabljajo algoritme za prepoznavanje in samodejno odstranjevanje nezakonitih vsebin, pri čemer delovanje teh algoritmov ni povsem zanesljivo in večkrat odstranijo tudi vsebine, ki ne kršijo nobenega predpisa (na primer kadar je zakonitost objave odvisna od njenega konteksta).<sup>4</sup>

Kako je torej z odgovornostjo za škodo, ki je nastala zaradi začasne nedostopnosti odstranjenih spletnih vsebin, če se naknadno izkaže, da je bila zahteva za odstranitev neutemeljena? V prispevku bo obravnavano, pod katerimi pogoji lahko odškodninsko odgovarja oseba, ki je vložila neutemeljeno zahtevo za odstranitev, in kakšni so pogoji za odgovornost ponudnika spletnega gostiteljstva, ki je vsebino neupravičeno odstranil oziroma onemogočil dostop do nje. Pogledali si bomo tudi, kako bo na obravnavana razmerja vplivala prenovljena zakonska ureditev postopkov prijave nezakonitih vsebin.

## 2. Splošna pravila odgovornosti za uporabniške vsebine na internetu

Pri delovanju interneta kot svetovnega omrežja za prenos informacij imajo ključno vlogo različni posredniki, ki informacije hranijo in prenašajo: ponudniki internetnega dostopa, upravljavci strežnikov, na katerih gostujejo spletne strani, upravljavci spletnih strani in spletnih portalov, ponudniki platform za gostovanje blogov, ponudniki družbenih omrežij, moderatorji spletnih forumov in uredniki spletnih medijev, ponudniki iskalnih storitev, ponudniki storitev računalništva v oblaku itd. Vsi imajo tehnično možnost nadzora nad vsebino, ki jo na internet oziroma prek interneta prenašajo uporabniki. Pravna ureditev razmeroma jasno ureja

<sup>3</sup> Urban, Quilter, str. 666, Marsoof, str. 196–200, Erickson, Kretschmer, str. 110–111.

<sup>4</sup> Elkin-Koren, Perel, str. 672.

odgovornost internetnih posrednikov za nezakonite vsebine, ki so jih zagotovili uporabniki njihovih storitev.

Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju)<sup>5</sup> je leta 2000 vzpostavila enoten režim odgovornosti internetnih posrednikov za vse vrste nezakonitih vsebin. Natančneje, ne gre za enotna pravila odgovornosti, ampak za enoten sistem izjem od odgovornosti (t. i. varni pristan), ki se uporablja ne glede na vrsto in naravo pravne odgovornosti.<sup>6</sup> Pravila te direktive v slovensko pravo prenaša drugo poglavje Zakona o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT).<sup>7</sup> Temeljno načelo je, da ponudnik posredovalnih storitev ni dolžan nadzirati ali hraniti ali dejavno raziskovati okoliščin, nakazujočih na morebitno protipravnost podatkov, ki jih zagotovijo prejemniki storitve (tretji odstavek 8. člena ZEPT). Takšne splošne obveznosti nadzora podatkov ponudnikom posredovalnih storitev države članice tudi ne smejo predpisati (15. člen Direktive o elektronskem poslovanju). Ponudnik torej niti ni dolžan nadzirati vsebine niti je sam ne sme nadzirati (zaradi varstva zasebnosti uporabnikov).<sup>8</sup> Ne glede na to pa zakon ponudniku posredovalnih storitev za uporabniške vsebine ne podeljuje blanketne imunitete, temveč odgovornost zanje ureja glede na tri temeljne vrste posredovalnih storitev: izključni prenos podatkov, shranjevanje v predpomnilniku in spletno gostiteljstvo.<sup>9</sup>

Za tu obravnavano vprašanje so odločilna pravila o odgovornosti ponudnika spletnega gostiteljstva. Gostiteljstvo obsega na primer ponujanje gostovanja spletnih strani na strežniku ponudnika storitve, storitve računalništva v oblaku in storitve spletnih platform, ki uporabnikom omogočajo shranjevanje in objavljanje njihovih vsebin (na primer družbena omrežja, spletne videoplatforme, spletne tržnice).<sup>10</sup> V skladu z 11. členom ZEPT ponudnik storitev ne odgovarja za podatke, shranjene na zahtevo prejemnika storitve, ki ne deluje v okviru njegovih pooblastil ali pod njegovim nadzorom, če:

- ne ve za protipravno dejavnost ali podatek in mu v zvezi z odškodninsko odgovornostjo niso znana dejstva ali okoliščine, iz katerih izhaja protipravnost, ali
- nemudoma, ko mu je protipravnost znana, ukrepa tako, da podatke odstrani ali onemogoči dostop do njih.

<sup>5</sup> UL L 178, 17. 7. 2000, str. 1–16.

<sup>6</sup> Arroyo Amayuelas, v: Schulze, Staudenmayer, str. 460.

<sup>7</sup> Uradni list RS, št. 96/09 in nasl.

<sup>8</sup> Arroyo Amayuelas, v: Schulze, Staudenmayer, str. 489–491.

<sup>9</sup> Podrobneje o ureditvi odgovornosti ponudnikov storitev informacijske družbe glej Damjan, str. 153–177.

<sup>10</sup> Wilman, str. 320.

Ponudnik storitve gostiteljstva torej ni dolžan sam iskati nezakonitih vsebin uporabnikov, ki gostujejo na njegovi infrastrukturi, ampak mora ukrepati šele, ko mu postane protipravnost konkretne vsebine poznana ali na podlagi prijave prizadete osebe (sistem prijave in odstranitve, angl. *notice and take down*) ali iz drugih očitnih okoliščin. Prav tako mora ukrepati, če mu ustavitev ali preprečitev kršitve z odstranitvijo določenih podatkov oziroma preprečitvijo dostopa do njih odredi sodišče.<sup>11</sup>

### 3. Odgovornost osebe, ki vloži zahtevo za odstranitev

Oseba, ki je pri ponudniku gostiteljstva vložila prijavo nezakonite vsebine oziroma zahtevo za njeno odstranitev, odgovarja za lastno ravnanje, če se takšna zahteva naknadno izkaže za neutemeljeno. To je vprašanje neposlovne odškodninske odgovornosti, ki temelji na krivdni odgovornosti. Če je bila vsebina odstranjena s spleta zaradi prijaviteljeve zahteve, je med prijaviteljevim ravnanjem in nastalo škodo podana vzročna zveza. Po prvem odstavku 131. člena Obligacijskega zakonika (OZ),<sup>12</sup> ki določa splošno dolžnost povrnitve povzročene škode, mora prijavitelj, ki se želi razbremeniti odgovornosti, sam dokazati, da je škoda nastala brez njegove krivde. Dokazati mora torej, da ni vedel, da je vsebina v resnici zakonita, in da je glede na okoliščine primera lahko upravičeno domneval, da gre za nezakonito vsebino. Kakšne so te okoliščine, je seveda odvisno od okoliščin primera. Če je prijavitelj na primer neupravičeno zatrjeval, da je sam imetnik avtorskih pravic na določenem delu, pa v resnici ni bil, bi moral v pravdi dokazati, da je pred vložitvijo zahtevka z ustrežno skrbnostjo preveril, ali je res imetnik pravic na sporni vsebini.

V primeru tožbe prizadete osebe, katere spletna vsebina je bila neupravičeno odstranjena, zoper prijavitelja nezakonite vsebine se bo v pravdi razpravljalo zlasti o vprašanju skrbnosti prijaviteljevega ravnanja in seveda adekvatnega obsega škode, ki je v vzročni zvezi s prijaviteljevim škodnim ravnanjem (ali ta obsega samo vrednost izpadle storitve spletnega gostiteljstva ali tudi izgubljeni dobiček zaradi zmanjšane obsega poslovanja, vezanega na odstranjene vsebine). Seveda je sporno lahko že samo vprašanje, ali je bila zahteva za odstranitev res podana neupravičeno – na primer če se oseba, ki je zagotovila vsebino, ki je varovana z avtorsko pravico, pri uporabi sklicuje na katero od vsebinskih omejitev avtorskih pravic.

### 4. Odgovornost ponudnika storitev spletnega gostiteljstva

Zanimivejše vprašanje je, ali lahko za škodo zaradi neupravičene odstranitve vsebine (na pogodbeni ali nepogodbeni podlagi) odgovarja tudi ponudnik storitev gostiteljstva ali je ta blan-

<sup>11</sup> Prav tam.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 97/07 in nasl.

ketno razrešen odgovornosti, če je vsebino odstranil na podlagi prejete zahteve za odstranitev. Odstranitev zakonito objavljenih vsebin je z vidika ponudnika posredovalnih storitev problematična tudi zato, ker bi lahko s takšnim ravnanjem kršil pogodbo o spletnem gostovanju s svojo stranko, na primer zakupnikom prostora na strežniku.<sup>13</sup> Kot smo videli, zakon določa, kdaj je izključena ponudnikova odgovornost za morebitno škodo, ki je nastala tretji osebi zaradi spletne objave nezakonitih vsebin, ki jih je zagotovil uporabnik storitve gostiteljstva. Tu pa se nam zastavlja obratno vprašanje: pod katerimi pogoji je ponudnik storitve odgovoren uporabniku storitve kot svoji pogodbeni stranki, če je ponudnik na zahtevo tretje osebe odstranil uporabnikove vsebine, pa se je ta zahteva pozneje izkazala za neupravičeno, ker vsebine niso bile nezakonite.

Jasno je, da je ponudnik spletnega gostiteljstva vsebino dolžan odstraniti ali blokirati, če mu to na zahtevo domnevnega imetnika pravic odredi sodišče, na primer z začasno odredbo (drugi odstavek 11. člena ZEPT). Kaj pa, če je prejel le zahtevo posameznika, ki zatrjuje, da določena vsebina krši njegove pravice? Lahko ponudnik gostiteljstva presoja njeno utemeljenost ali mora ukrepati v vsakem primeru, tudi ob najočitnejše neutemeljenih zahtevah? Več raziskav je pokazalo, da ponudniki storitev po prejemu zahteve največkrat onemogočijo sporno vsebino brez preverjanja točnosti navedb, celo kadar gre za očitno neutemeljeno zahtevo (na primer ker gre za avtorsko delo, ki se mu je že zdavnaj izteklo pravno varstvo).<sup>14</sup>

Slovenski zakon v zvezi s tem ne daje jasnih odgovorov. V 11. členu ZEPT je določeno, da ponudnik storitev ohrani imuniteto, če nemudoma, ko mu je protipravnost znana, ukrepa tako, da podatke odstrani ali onemogoči dostop do njih. Niti zakon niti direktiva ne opredelujeta pomena besede »nemudoma«, zato ni jasno, ali mora ponudnik storitev dostop do spornih podatkov onemogočiti takoj, ko prejme takšno zahtevo domnevnega oškodovanca, ali ima na voljo še primeren čas, da preveri dejstva in o vprašanju pridobi ustrezna pravna mnenja. V dosedANJI slovenski sodni praksi je bil ponudnik storitev gostiteljstva dolžan odstraniti sporne vsebine šele tedaj, ko ga je prizadeta oseba opozorila na konkretno kršitev.<sup>15</sup> Sodišče pa je odločilo, da mora ponudnik storitev ukrepati takoj, ko prejme takšno obvestilo prizadete osebe, in ne čakati na začasno odredbo sodišča ali sodbo, s katero bi mu bila naložena odstranitev podatkov.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Seveda je mogoče v pogodbi o spletnem gostovanju tudi v celoti izključiti odgovornost ponudnika storitve za morebitno škodo zaradi odstranitve vsebine, do katere je prišlo na podlagi prejete zahteve tretje osebe.

<sup>14</sup> Take primere preučuje projekt Lumen, ki je namenjen varstvu zakonitih spletnih dejavnosti pred neutemeljenimi pravnimi grožnjami in ga izvaja Berkman Center for Internet & Society pri harvardski univerzi s partnerji Electronic Frontier Foundation, USF Law School in UC Berkeley, <[www.lumendatabase.org](http://www.lumendatabase.org)> (9. 11. 2022). Glej še pregled raziskav pri Erickson, Kretschmer, str. 112–115.

<sup>15</sup> Sodba VSL I Cp 3037/2011 z dne 9. 5. 2012; sklep istega sodišča I Cpg 862/2013 z dne 9. 10. 2013, točka 9.

<sup>16</sup> Sodba in sklep VSL I Cp 252/2014 z dne 19. 3. 2014, točka 11.

Zakon tudi ne določa oblike niti minimalne vsebine zahteve za odstranitev nezakonitih vsebin, na podlagi katere je ponudnik gostiteljstva dolžan ukrepati. Zadošča elektronska pošta, telefonski klic, SMS-sporočilo? Je zahteva lahko anonimna ali se mora pošiljatelj identificirati kot imetnik pravic in navesti pravice, ki naj bi jih sporna vsebina kršila? Direktiva o elektronskem poslovanju v 46. uvodni izjavi poudarja, da se mora odstranitev ali onemogočenje dostopa izvesti ob upoštevanju načela svobodnega izražanja mnenja in v ta namen določenih postopkov na nacionalni ravni. V nacionalni zakonodaji bi bilo torej mogoče predpisati pogoje in postopke, ki jih morata v primeru zahteve za odstranitev oziroma onemogočanje določenih vsebin izpolniti stranka, ki vlaga zahtevo, in ponudnik storitev informacijske družbe.<sup>17</sup> Vendar države članice na splošno niso izkoristile te možnosti. Kratka analiza ustrezne zakonodaje o e-poslovanju v Sloveniji, na Hrvaškem, v Nemčiji in Avstriji kaže, da nacionalna zakonodaja skoraj dobesedno ponavlja formulacijo iz direktive, ne da bi zagotovila kakršnakoli dodatna procesna jamstva.

Za primerjavo, zakonodaja ZDA (17 US Code § 512) ponudniku internetnih storitev daje imuniteto pred odškodninskimi zahtevki prejemnikov storitev, če je pri onemogočanju oziroma odstranitvi vsebin zaradi domnevne kršitve avtorskih pravic ravnal v dobri veri in v skladu z zahtevo tretje osebe, podano v predpisani obliki.<sup>18</sup> Zakon pri tem določa, da mora biti zahteva za odstranitev ponudniku gostiteljstva poslana v strogo predpisani obliki. Oseba, ki zahteva odstranitev, se mora ustrezno identificirati kot imetnik kršenih pravic (z uporabo digitalnega podpisa, če zahtevo vlaga po elektronski pošti) in navesti podatke o vsebini, ki naj bi kršila njene pravice. Če je zahteva vložena neutemeljeno, je vlagatelj odškodninsko odgovoren. Prejeto zahtevo za odstranitev mora ponudnik storitev poslati ponudniku spornih vsebin, ta pa ima možnost, da se o zahtevi izjavi. Če ponudnik vsebin odstranitvi nasprotuje, mora ponudnik storitev sporno gradivo vrniti na splet. Če vlagatelj zahteve za odstranitev pri tej zahtevi vztraja, morata domnevni oškodovanec in domnevni kršitelj svoj spor rešiti na sodišču. Med trajanjem postopka lahko ponudnik storitev obdrži gradivo na svoji strani, ne da bi bil za to odškodninsko odgovoren, tudi če na koncu sodišče odloči, da je šlo za kršitev pravic.<sup>19</sup>

V odsotnosti podrobnejše zakonske ureditve postopkov prijave nezakonitih vsebin bi bilo mogoče ob upoštevanju uvodnih izjav Direktive o elektronskem poslovanju tudi v našem sistemu tovrstne varovalke vsaj delno uveljaviti z avtonomnimi pravili ponudnikov gostiteljstva. Sodna praksa bi lahko na primer štela, da ponudnik internetnih storitev ni odškodninsko odgovoren prijavitelju nezakonitih vsebin, če je odklonil onemogočanje oziroma odstranitev

<sup>17</sup> Erickson, Kretschmer, str. 106; Arroyo Amayuelas, v: Schulze, Staudenmayer, str. 482.

<sup>18</sup> Čeprav se omenjena določba nanaša samo na zahtevo za odstranitev zaradi kršitve avtorskih pravic, je bil njen vpliv širši, saj so ponudniki spletnega gostiteljstva na enak način uredili postopke za odstranitev vseh vrst nezakonitih vsebin. Erickson, Kretschmer, str. 106–107.

<sup>19</sup> Marsoof, str. 192–193.

vsebin, dokler vlagatelj zahteve z določeno verjetnostjo ne izkaže, da te vsebine res protipravno posegajo v njegov pravni položaj. Sodišče EU je v zadevi L'Oreal namignilo, da se lahko ponudnik posredovalnih storitev izogne odgovornosti za nezakonito vsebino, če je prijava domnevno nezakonitih dejavnosti ali podatkov premalo natančna in utemeljena, da bi na njeni podlagi moral skrben gospodarski subjekt ugotoviti obstoj nezakonitosti.<sup>20</sup> To torej ponudniku gostiteljstva daje prostor za vsaj provizorično presojo utemeljenosti prejete prijave.<sup>21</sup> Dodaten argument za takšno sklepanje daje Direktiva (EU) 2019/790 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. aprila 2019 o avtorski in sorodnih pravicah na enotnem digitalnem trgu in spremembi direktiv 96/9/ES in 2001/29/ES (Direktiva o avtorski pravici na enotnem digitalnem trgu),<sup>22</sup> ki v zvezi z odgovornostjo ponudnikov storitev deljenja vsebin na spletu (tj. podkategorijo ponudnikov gostiteljstva) za kršitve avtorskih in sorodnih pravic v četrtem odstavku 17. člena predvideva, da so dolžni ukrepati šele, ko prejmejo »zadostno utemeljeno obvestilo imetnikov pravic«.

Stališče, da ponudnik gostiteljstva sme preverjati popolnost in utemeljenost zahteve za odstranitev nezakonitih vsebin, ne da bi s tem postal odgovoren za nezakonito vsebino, seveda neposredno ne odgovarja na vprašanje, ali je to tudi dolžan početi, kar je relevantno z vidika njegove odgovornosti za neupravičeno odstranitev vsebine. Odgovor je odvisen od pravne podlage, na kateri se opravlja storitev gostiteljstva.

Če uporabnik, ki zagotovi spletne vsebine, ponudniku gostiteljstva za njegovo storitev plača, se obligacijsko razmerje med njima, tj. pogodba o spletnem gostovanju, navadno kvalificira kot podjemna pogodba. Zagotavljanje spletne dostopnosti naročnikovih vsebin je glavna pogodbeni obveznost ponudnika gostiteljstva kot podjemnika. Podjemnikovo izpolnitveno ravnanje ima značilnosti obveznosti uspeha, torej podjemnik prevzame tveganje za uspeh svojega delovanja.<sup>23</sup> Če je uporabnik vsebine uspešno objavil na ponudnikovi platformi, nato pa jih je ponudnik gostiteljstva zaradi prejete prijave naknadno odstranil, lahko govorimo o napaki izpolnitve ali delni neizpolnitvi, saj se je spletno gostovanje uporabnikovih vsebin predčasno končalo. Če je bila vsebina res nezakonita, razlog za nemožnost pravilne izpolnitve pogodbe izhaja z uporabnikove strani, saj podjemnik ni dolžan zagotavljati nezakonite storitve. Zanimi pa nas obraten položaj, ko je ponudnik gostiteljstva zaradi prejete prijave sporno vsebino odstranil, vendar je bila prijava neutemeljena, vsebina pa v resnici zakonita.

Če je ponudnik s svojo odločitvijo o odstranitvi vsebine kršil pogodbo, ima naročnik pravico zahtevati povrnitev škode, ki mu je zaradi tega nastala, po pravilih pogodbene odškodninske

<sup>20</sup> Sodba SEU C-324/09, *L'Oréal SA in drugi proti eBay International in drugim*, z dne 12. 7. 2011, odstavek 122.

<sup>21</sup> Wilman, str. 336.

<sup>22</sup> UL L 130, 17. 5. 2019, str. 92–125.

<sup>23</sup> Plavšak, v: Plavšak, Juhart, 3. knjiga, str. 726–727.

odgovornosti.<sup>24</sup> Vendar se bo ponudnik gostiteljstva, ki je ravnal v skladu s prejeto zahtevo za odstranitev vsebine, navadno lahko ekskulpiral odgovornosti na podlagi 240. člena OZ, ker je do napake izpolnitve prišlo zaradi po sklenitvi pogodbe nastalih okoliščin, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti. Od tretje osebe prejeta zahteva za odstranitev vsebine je zunanja okoliščina, nastala zunaj sfere ponudnika gostiteljstva, ki jo mora ta v skladu z 11. členom ZEPT ustrezno upoštevati. Čeprav se naknadno izkaže, da je bila prejeta zahteva za odstranitev neutemeljena, ponudnik gostiteljstva ne more nositi celotnega bremena ugotavljanja zakonitosti uporabnikovih vsebin, saj lahko gre pri tem za zelo kompleksna pravna vprašanja.

Čeprav pravna teorija ugotavlja, da se pogodbeni odškodninski odgovornost zelo približuje objektivni odgovornosti,<sup>25</sup> je pri sklicevanju na prejeto prijavo kot ekskulpacijski razlog treba upoštevati tudi skrbnost ravnanja ponudnika gostiteljstva. Ponudnik si mora namreč s skrbnostjo dobrega gospodarstvenika prizadevati za izpolnitev svojih pogodbenih obveznosti (6. člen OZ).<sup>26</sup> Tej skrbnosti ne zadosti s tem, da naročnikove vsebine odstrani na podlagi kakršnekoli zahteve, ki jo je prejel, ampak mora pred tem preveriti, ali je takšna zahteva vsaj na prvi pogled utemeljena. Ta dolžnost preverjanja ne sledi iz določb ZEPT, ampak iz ponudnikove pogodbene zaveze do prejemnika storitve. Glede na zahtevo 11. člena ZEPT, da ponudnik ukrepa nemudoma, presoja utemeljenosti zahteve za odstranitev ne sme biti izgovor za zavlačevanje z ustreznim ukrepanjem, zato je takšna presoja nujno hitra. To pomeni, da ponudnik ne more pridobivati podrobnih pravnih mnenj ali analiz izvedencev, ampak mora presojo opraviti na podlagi podatkov iz prijave nezakonitosti in drugih dostopnih podatkov, iz katerih se lahko presoja zakonitost vsebine (na primer kontekst objave). O prejeti zahtevi za odstranitev in o svoji odločitvi pa mora nemudoma ponudnik storitve čim prej obvestiti naročnika storitve in ga pozvati, da se na zahtevo ustrezno odzove. Če naročnik odstranitvi vsebine nasprotuje in ponudi nove dokaze o njeni zakonitosti, mora ponudnik gostiteljstva na podlagi novih informacij opraviti ponovno presojo o utemeljenosti odstranitve vsebine in po potrebi odločitev spremeniti.

Veliko primerov spletnega gostovanja, sploh na družbenih omrežjih in drugih spletnih platformah, sicer ni plačljivega in jih ne moremo podrediti pravilom podjetne pogodbe, kar seveda omili potencialno odgovornost ponudnika storitve zaradi neutemeljene odstranitve vsebine. Po klasičnih pravilih obligacijskega prava bi odškodninsko odgovornost pri neodplačnih razmerjih smiselno presojali po določbi 537. člena OZ o odškodninski odgovornosti darovalca, kar

<sup>24</sup> Možina, str. 421.

<sup>25</sup> Plavšak, v: Plavšak, Juhart, 2. knjiga, str. 213–216.

<sup>26</sup> Namen podjetne pogodbe je, da mora biti delo izvršeno po določbah pogodbe in pravilih posla, podjetnik ga mora opraviti po pravilih stroke in običajih s skrbnostjo dobrega strokovnjaka. Sodba Višjega sodišča v Kopru I Cp 512/2014 z dne 30. 9. 2014.

dejansko izključuje odškodninsko odgovornost ponudnika neodplačne storitve gostiteljstva. Vendar je položaj nekoliko spremenila Direktiva (EU) 2019/770 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2019 o nekaterih vidikih pogodb o dobavi digitalne vsebine in digitalnih storitev (Direktiva o dobavi digitalnih vsebin),<sup>27</sup> ki potrošniku zagotavlja določene pravice tudi pri pogodbah, pri katerih podjetju za storitev sicer ni plačal, mu je pa v zameno za digitalno vsebino ali storitev zagotovil svoje osebne podatke (prvi odstavek 3. člena direktive). To je torej nekakšna menjalna pogodba, pri kateri se storitev nudi v zameno za osebne podatke. V skladu s prvim odstavkom 104. člena novega Zakona o varstvu potrošnikov (ZVPot-1)<sup>28</sup> se določbe poglavja o pogodbah o dobavi digitalne vsebine ali digitalne storitve uporabljajo tudi za pogodbo, s katero se potrošnik zaveže, da bo podjetju posredoval osebne podatke. V poštev torej vsaj načeloma pride tudi določilo drugega odstavka 118. člena ZVPot-1 o zahtevi za povrnitev škode zaradi neskladnosti digitalne storitve. Obseg odškodninske odgovornosti pri tovrstnih pogodbah bo morala natančneje opredeliti sodna praksa, gotovo pa je tudi tu ponudnik gostiteljstva lahko oproščen odgovornosti na podlagi 240. člena OZ.

Navedeno razpravljanje je seveda delno teoretične narave, saj je ne glede na odplačno ali neodplačno naravo gostiteljstva v pravilih spletnega gostovanja v praksi skoraj vedno izključena odgovornost ponudnika gostiteljstva, če je ravnal v skladu s prejeto zahtevo za odstranitev vsebine.<sup>29</sup> Ker pa že po 242. členu OZ v splošnih pogojih poslovanja ni mogoče izključiti odgovornosti dolžnika za naklep ali veliko malomarnost, v skladu s 4. točko četrtega odstavka 23. člena ZVPot-1 pa takšno določilo velja za nepošten pogodbeni pogoj, je za ponudnika gostiteljstva vseeno smiselno podrobneje opredeliti, kako mora ravnati s prejeto zahtevo za odstranitev vsebine, da se bo izognil očitku velike malomarnosti.

## 5. Podrobnejša ureditev postopkov prijave

### 5.1. Sporočilo Komisije o boju proti nezakonitim spletnim vsebinam

Ustreznost ravnanja ponudnika storitve gostiteljstva v primeru prejete zahteve za odstranitev vsebin bi bilo (tako v razmerju do prijavitelja kot v razmerju do stranke, ki je zagotovila te vsebine) lažje presojati, če bi bili standardizirani postopki ravnanja s takšnimi prijavami jasneje urejeni. Prvi korak v tej smeri je storila Evropska komisija leta 2017 s sprejetjem Sporočila Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru

<sup>27</sup> UL L 136, 22. 5. 2019, str. 1–27.

<sup>28</sup> Uradni list RS, št. 130/22.

<sup>29</sup> Arroyo Amayuelas, v: Schulze, Staudenmayer, str. 482.

in Odboru regij Boj proti nezakonitim spletnim vsebinam: Povečanje odgovornosti spletnih platform (Sporočilo o boju proti nezakonitim spletnim vsebinam).<sup>30</sup>

Sporočilo priporoča, naj spletne platforme uvedejo učinkovite mehanizme, ki olajšujejo posredovanje prijav, ki so dovolj natančne in ustrezno utemeljene, da lahko sprejmejo hitre in informirane odločitve o nadaljnjih korakih. To bi moralo olajšati posredovanje prijav, ki vsebujejo pojasnilo, zakaj prijavitelj meni, da je vsebina nezakonita, in jasno navedbo lokacije potencialno nezakonite vsebine (na primer naslov URL). Takšni mehanizmi bi morali biti vidni, enostavno dostopni, uporabnikom prijazni in kontekstualni. Prav tako bi morali omogočati enostavno prijavo različnih vrst vsebin, na primer z izbiro s seznama kategorij razlogov, zaradi katerih se domneva, da je vsebina nezakonita. Od uporabnikov se običajno ne bi smelo zahtevati, da se identificirajo, ko prijavljajo vsebine, ki jih ocenijo kot nezakonite, razen če je ta podatek potreben za določitev zakonitosti vsebine (na primer uveljavljanje pravic do intelektualne lastnine).

Sporočilo predvideva tudi varovala pred čezmejnim odstranjevanjem in zlorabljanjem sistema, in sicer bi tisti, ki so vsebino naložili, morali imeti možnost ugovarjati odstranitvi s protiprijavo. Če so v protiprijavi podani utemeljeni razlogi za stališče, da prijavljena aktivnost ali podatki niso nezakoniti, bi moral ponudnik platforme vsebino, ki je bila odstranjena, vrniti brez nepotrebnega odlašanja ali pa bi moral uporabniku dopustiti ponovno naložitev brez poseganja v pogoje uporabe platforme. Platforme se spodbuja, da dopustijo poravnavo sporov glede protiprijav s pomočjo organov za izvensodno reševanje sporov.

Sporočilo priznava tudi, da se postopki prijave in odstranitve včasih lahko zlorabijo s slabimi praksami ali zlonamerno. Takšne prakse bi bilo treba po mnenju Komisije preprečevati, na primer z degradiranjem nujnosti obravnave prijav prijavitelja z veliko poslanih neveljavnih prijav ali ki prejme veliko protiprijav ali z odvzemom statusa zaupanja vrednega prijavitelja, in sicer na osnovi uveljavljenih in preglednih meril.

## 5.2. Akt o digitalnih storitvah

Oktobra leta 2022 je bil v Evropskem parlamentu sprejet Akt o digitalnih storitvah,<sup>31</sup> s katerim se med drugim prenavlja ureditev odgovornosti internetnih posrednikov za nezakonite vsebine. Ker gre za uredbo, se bo uporabljala neposredno, brez prenosa v nacionalne pravne re-  
de, kar pomeni, da v slovenskem pravu od 17. 2. 2024 ne bomo več uporabljali določb ZEPT

<sup>30</sup> COM (2017) 555 final.

<sup>31</sup> Uredba (EU) 2022/2065 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. oktobra 2022 o enotnem trgu digitalnih storitev in spremembi Direktive 2000/31/ES, UL L 277, 27. 10. 2022, str. 1–102.

o odgovornosti ponudnikov spletnih posredovalnih storitev.<sup>32</sup> Osnovna pravila odgovornosti ponudnikov posredovalnih storitev sicer v Aktu o digitalnih storitvah ostajajo nespremenjena (4. do 8. člen), Akt pa v 16. do 18. členu podrobneje ureja obveznosti ponudnikov storitev gostiteljstva. V skladu s 16. členom bodo morali ponudniki storitev gostiteljstva vzpostaviti enostavne in dostopne mehanizme za prijavo nezakonitih vsebin, pri čemer morajo ti mehanizmi olajšati predložitev »dovolj natančnih in ustrezno utemeljenih prijav«. Prijave, na podlagi katerih je ponudnik dolžan ukrepati, naj bi vsebovale vse naslednje elemente:

- a) ustrezno utemeljeno pojasnilo razlogov, zakaj posameznik ali subjekt domneva, da je zadevna informacija nezakonita vsebina;
- b) jasno navedbo točne elektronske lokacije navedene informacije, kot je točen URL ali URL-ji, in po potrebi dodatne informacije, na podlagi katerih je mogoče prepoznati nezakonito vsebino, odvisno od vrste vsebine in konkretne storitve gostovanja;
- c) ime in elektronski naslov posameznika ali subjekta, ki je predložil prijavo, razen v primeru informacij, za katere se šteje, da vključujejo katero od kaznivih dejanj zoper spolno nedotakljivost otrok;
- d) izjavo, ki potrjuje, da je posameznik ali subjekt, ki je predložil prijavo, v dobri veri prepričan, da so informacije in navedbe v prijavi točne in popolne.

Po tretjem odstavku 16. člena Akta se šteje, da je ponudnik storitve gostiteljstva ustrezno obveščen o nezakoniti vsebini, kadar prijava skrbnemu ponudniku storitev gostovanja omogoča, »da brez podrobnega pravnega pregleda prepozna nezakonitost zadevne dejavnosti ali informacije«. Jasno je torej, da ponudnik gostiteljstva lahko presoja utemeljenost prejete zahteve za odstranitev, pri čemer pa se lahko omeji na *prima facie* presojo.

V skladu s 17. členom akta pa mora ponudnik storitev gostiteljstva, ki se na podlagi prejete prijave odloči odstraniti ali onemogočiti dostop do konkretnih uporabniških vsebin, prejemniku storitve predložiti jasno in specifično obrazložitev razlogov za svojo odločitev. Obrazložitev vsebuje vsaj naslednje informacije:

- a) informacijo o tem, ali odločitev vključuje odstranitev informacije, onemogočitev dostopa do nje, razvrstitev na nižje mesto ali omejitev vidljivosti informacije ali začasno onemogočitev ali ukinitve denarnih plačil za to informacijo ali uvaja druge ukrepe v zvezi z informacijo, po potrebi pa tudi ozemeljsko področje uporabe odločitve in njeno trajanje;
- b) dejstva in okoliščine, upoštevane ob sprejetju odločitve, po potrebi vključno z informacijo o tem, ali je bila odločitev sprejeta na podlagi prijave ali na podlagi prostovoljnih samoiniciativnih preiskav, in kadar je nujno potrebno, identitete prijavitelja;

<sup>32</sup> V skladu z drugim odstavkom 93. člena Akta o digitalnih storitvah se njegove določbe uporabljajo od 17. 2. 2024.

- c) po potrebi informacije o uporabi avtomatiziranih sredstev pri sprejemanju odločitve, vključno z informacijo o tem, ali je bila odločitev sprejeta v zvezi z vsebino, zaznano ali prepoznano z uporabo avtomatiziranih sredstev;
- d) kadar se odločitev nanaša na domnevno nezakonito vsebino, sklic na uporabljeno pravno podlago in pojasnilo, zakaj se informacija glede na navedeno podlago šteje za nezakonito vsebino;
- e) kadar odločitev temelji na domnevni nezdružljivosti informacije s pogoji poslovanja ponudnika storitev gostovanja, sklic na uporabljeno pogodbeno podlago in pojasnilo, zakaj se informacija šteje za nezdružljivo z navedeno podlago;
- f) jasne in uporabniku prijazne informacije o možnih pravnih sredstvih, ki so na voljo prejemniku storitve v zvezi z odločitvijo, zlasti prek notranjega mehanizma za obravnavo pritožb, izvensodnega reševanja sporov in sodnega varstva, kadar je to potrebno.

Ponudniki storitev gostiteljstva, ki upravljajo spletno platformo,<sup>33</sup> bodo morali v skladu z 20. in 21. členom Akta o digitalnih storitvah vzpostaviti notranji sistem za obravnavo pritožb zoper odločitev, ki jo je ponudnik spletne platforme sprejel po prejemu prijave. Prav tako bodo morali ponudniki spletnih platform prejemnikom storitve, vključno s posamezniki ali subjekti, ki so predložili prijave, omogočiti dostop do mehanizma za izvensodno reševanje sporov v zvezi z navedenimi odločitvami.

## 6. Sklep

Ponudnik storitev gostiteljstva lahko odgovarja za škodo, ki bi nastala uporabniku njegovih storitev zaradi neutemeljene odstranitve uporabnikovih spletnih vsebin, če je te vsebine odstranil na podlagi očitno neutemeljene ali neobrazložene zahteve tretje osebe. Da bi se izognil odgovornosti, mora ponudnik gostiteljstva pred ukrepanjem vsaj hitro preveriti utemeljenost zahteve in po potrebi od vlagatelja zahtevati dodatno obrazložitev. Za pravno varnost ponudnika gostiteljstva in uporabnikov njegovih storitev je smiselno, da se v splošnih pogojih storitve podrobneje opredeli postopek prijave nezakonitih vsebin in odločanja o njihovi odstranitvi. Nova ureditev postopkov v Aktu o digitalnih storitvah bo bistveno razjasnila pravice in dolžnosti ponudnika storitve gostiteljstva pri ravnanju s prejeto prijavo nezakonite vsebine. Pomembna je zlasti določitev minimalnega praga obrazloženosti zahteve za odstranitev, ki mora biti dosežen, da se sploh sproži postopek presoje utemeljenosti zahteve. Izjava prijavi-

<sup>33</sup> V skladu s točko i 3. člena Akta o digitalnih storitvah »spletna platforma« pomeni storitev gostovanja, ki na zahtevo prejemnika storitve shranjuje in razširja informacije v javnost, razen če je navedena dejavnost manjša in zgolj dodatna funkcija druge storitve ali manjša funkcionalnost primarne storitve ter je iz objektivnih in tehničnih razlogov ni mogoče uporabljati brez navedene druge storitve, vključitev funkcije ali funkcionalnosti v drugo storitev pa ni namenjena izogibanju uporabi te uredbe.

telja, da je v dobri veri prepričan, da so informacije in navedbe v prijavi točne in popolne, pa olajšuje tudi uveljavljanje zahtevkov proti morebitnemu zlonamernemu prijavitelju.

## Literatura

- DAMJAN, Matija. Odgovornost ponudnikov storitev informacijske družbe in spletnih medijev za uporabniške vsebine. *Pravosodni bilten*, 2017, letn. 38, št. 1, str. 153–177.
- ELKIN-KOREN, Niva, PEREL, Maayan. Guarding the Guardians: Content Moderation by Online Intermediaries and the Rule of Law. V: Giancarlo Frosio (ur.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020, str. 669–678.
- ERICKSON, Kristofer, KRETSCHMER, Martin. Empirical Approaches to Intermediary Liability. V: Giancarlo Frosio (ur.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020, str. 104–121.
- GEIGER, Cristophe, FROSIO, Giancarlo, IZYUMENKO, Elena. Intermediary Liability and Fundamental Rights. V: Giancarlo Frosio (ur.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2020, str. 138–152.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem, 3. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JUHART, Miha, PLAVŠAK, Nina. *Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- MARSOOF, Althaf. Notice and Takedown: A Copyright Perspective. *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2015, letn. 5, št. 2, str. 183–205.
- MOŽINA, Damjan. *Kršitev pogodbe*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- SCHULZE, Reiner, STAUDENMAYER, Dirk (ur.). *EU Digital Law: Article-by-Article Commentary*. Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; New York: Hart, 2020.
- URBAN, Jennifer M., QUILTER, Laura. *Efficient Process or Chilling Effects – Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*. *Santa Clara High Technology Law Journal*, 2006, letn. 22, št. 4, str. 621–693.
- WILMAN, Folkert. »The EU's System of Knowledge-Based Liability for Hosting Services Providers in Respect of Illegal User Content – Between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act.« *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, letn. 12, št. 3, str. 317–341.





*Pravni letopis 2022*

## Nomotehnika



ALBIN IGLIČAR

*Ljudska zakonodajna iniciativa in civilna družba*

URBAN LEČNIK SPAIČ, NIKA PODAKAR

*Civilna družba kot iniciator zakonodaje*

NIKA PODAKAR

*Položaj in vloga vladne in parlamentarne  
zakonodajne službe*



# Ljudska zakonodajna iniciativa in civilna družba

ALBIN IGLIČAR  
doktor pravnih znanosti,  
zaslužni profesor Pravne fakultete  
Univerze v Ljubljani

## 1. Značilnosti civilne družbe

Pri udejanjanju ljudske zakonodajne iniciative je treba upoštevati glavne značilnosti civilne družbe. Temeljna značilnost civilne družbe kot področja, ki ga določajo človekove potrebe, je v njeni avtonomnosti in pluralnosti. Ta se kaže predvsem v samostojnosti subjekta civilne družbe v primerjavi z državo in tudi z drugimi subjekti civilne družbe.<sup>1</sup> Navedeno avtonomijo omejujejo le splošni okviri družbenega organiziranja, izhajajoči na eni strani iz »pravnosti same civilne družbe«<sup>2</sup> ter na drugi strani iz državne organizacije globalne družbe.<sup>3</sup>

Čeprav v izhodiščnem idealnotipskem modelu deluje civilna družba tam, kjer ni države, se v sodobnosti razlike med civilno družbo in državo intenzivno zmanjšujejo.<sup>4</sup> Civilna družba z aktiviranjem političnih strank in interesnih skupin vse bolj usmerja svoje potrebe in interese v delovanje države, država pa s svojo socialno funkcijo posega v področja, ki so bila v predmodernem času pridržana civilni družbi (socialno varstvo, kultura, gospodarstvo, zdravstvo itd.). Zato naj bi tudi državne odločitve vse bolj izhajale iz objektivnih potreb celotne družbe. S tem država izgublja svojo ekskluzivnost ter razrednost oziroma političnost, civilna družba

<sup>1</sup> Bibič, str. 28.

<sup>2</sup> Na primer z deklaracijami in mednarodnimi konvencijami opredeljene človekove pravice in temeljne svoboščine, avtonomija subjektov civilnega prava.

<sup>3</sup> Na primer ustavno določena državna ureditev, zakonske določbe o druženem, interesnem in političnem združenju.

<sup>4</sup> S tem se pravzaprav vračamo v antiko in v srednji vek, ko tedanja politična zavest ni poznala razlike med civilno družbo in državo. Ločitev teh dveh področij družbenosti (civilna družba – politična država) se je pojavila šele v moderni družbi. Keane, str. 52: »Oblikovanje civilne družbe je dosežek novoveškega sveta.«

pa zasebnost ter svobodo. Na eni strani postaja tehnobirokratska racionalnost osnovni kriterij zakonodajnih in vseh drugih državnih odločitev, na drugi strani pa izstopajo zahteve po zmanjševanju razdalj med civilno družbo in državo z uporabo instrumentov neposredne demokracije oziroma težnje »za neposredno in trajno udeležbo vseh pri vsem in na vsakem področju«.<sup>5</sup>

Opisano stanje omogoča tudi razmah pravnega pluralizma v globalni družbi. Ob državi kot osrednjem pravotvornem subjektu se pojavljajo tudi subjekti civilne družbe kot ustvarjalci pravnih norm v okviru državne zakonodajne politike, od lokalnih skupnosti in društev do gospodarskih organizacij in avtonomnih javnih služb.<sup>6</sup> Poleg tega civilna družba s svojim delovanjem prek javnega mnenja vpliva na zakonodajno politiko države, pri čemer je ta vpliv tem večji, čim bolj je država demokratična.<sup>7</sup> V zakonodajno dejavnost države se združena civilne družbe neposredno vključujejo tudi z institutom ljudske zakonodajne iniciative. Ne glede na dejstvo, da se iz potreb posameznikov in skupin civilne družbe rojevajo posebni in posamični interesi, ljudska zakonodajna iniciativa ne bi smela prezreti splošnega oziroma javnega interesa ter splošnega javnega mnenja.

Za razvito javno mnenje oziroma za obstoj razvite javnosti je potrebno, da približno enako število ljudi mnenje ustvarja in sprejema, da je v njej zagotovljena možnost odgovora na javno izraženo mnenje, da obstaja možnost družbenega delovanja za uresničitev neke ideje in da ne obstaja državna kontrola nad vsebino mnenjskih procesov.<sup>8</sup>

Iz civilne družbe širi javno mnenje svoj vpliv tudi na politično državo, njene institucije in seveda tudi na zakonodajno politiko. Ta ugotovitev velja predvsem za moderno dobo, ko je takšna vloga javnega mnenja povezana z nastajanjem svobodnega tiska in neoviranim razpravljanjem v družbi.<sup>9</sup> Najnovejše teorije poudarjajo v javnem mnenju elemente komuniciranja, konsenza in vplivanja na oblastne institucije.<sup>10</sup>

Za industrijsko družbo je poleg tega značilno kvantitativno ugotavljanje javnega mnenja. Ob tem na stališča respondentov ob časopisih vedno bolj vplivajo radio in televizija, internet, t. i. družbena omrežja ter ideološka in ekonomska propaganda, tako da je samostojno nastajanje

<sup>5</sup> Matteucci, str. 413.

<sup>6</sup> Na primer statuti in odloki občin, statuti in pravila društev, statuti delniških družb in univerz, pravila sindikatov, zbornic itd.

<sup>7</sup> Bučar, str. 81: »Izraz [...] (civilna družba – dodal A. I.) [...] pomeni v bistvu isto kot demokratična družba [...] Pojasnilo je v neposrednosti vpliva na odločanje v javnih zadevah.«

<sup>8</sup> Mills.

<sup>9</sup> Matteucci, str. 282.

<sup>10</sup> Na primer Splichal, str. 4: »Javno mnenje je komunikacijski proces, v katerem si posamezniki in skupine prizadevajo doseči konsenz o spornih javnih zadevah z namenom, da bi vplivali na delovanje institucij oblasti.«

javnega mnenja v civilni družbi že močno ogroženo. Državno vodeni kanali nadzora nad civilno družbo so vse številnejši, kar vodi v zmanjševanje razlik med t. i. občo voljo, ki je osnova demokratičnih oblastnih organov, in javnim mnenjem, ki pomeni kritičen nadzor nad delovanjem teh organov ob ustrezni kulturi razuma in dialoga.

Razumske prvine javnega mnenja postanejo pogosto manj pomembne, saj se javno mnenje prelevi v moralno ocenjevanje neke skupine dejstev.<sup>11</sup> Z vstopanjem moralnih vrednot v vsebino javnega mnenja pa dobi ta oblika zavesti tudi normativno naravo. Normativno vsebino ob vrednotah kot kolektivnih predstavah o zaželenih lastnostih in dobrinah napolnjujejo še številna družbena pravila od običajnih, strokovnih in političnih do zakonskih oziroma pravnih pravil. S tega zornega kota so potem zakonodajna politika in pravna pravila po eni strani ob svojem nastajanju determinirana z vsebino javnega mnenja, po drugi strani pa javno mnenje sama soustvarjajo. Z javnim mnenjem torej vstopajo pravna pravila v družbeno zavest in občo pravno kulturo določene globalne družbe.

## 2. Posredno sodelovanje civilne družbe v zakonodaji

Ljudska zakonodajna iniciativa je le ena od oblik sodelovanja civilne družbe v zakonodajnem procesu. V slovenski ureditvi je splošna javnost vključena v seznanjanje in komentiranje (vladnih) zakonskih predlogov že v fazi, ko so pripravljene v ministrstvih pravzaprav kot delovni osnutki. To je t. i. javna obravnava zakonskega predloga, ki jo pod naslovom sodelovanje javnosti predvideva tudi Poslovnik Vlade RS (9. in 9.a člen).<sup>12</sup>

V tem smislu je tudi v Sloveniji civilna družba pritegnjena v zakonodajni proces<sup>13</sup> že na samem začetku pripravljanja zakonskega akta, torej že v fazi oblikovanja delovnega osnutka besedila prihodnjega zakona in predloga zakona, še preden je le-ta poslan v parlamentarno proceduro.

V ta sklop spada tudi možnost državljanov, da so v okviru sodelovalne (participativne oziroma deliberativne) demokracije<sup>14</sup> informirani o zakonskih predlogih ter na poseben način vključeni v njihovo spreminjanje in dopolnjevanje. Sodelovanje javnosti mora biti organizirano

<sup>11</sup> Lippmann, str. 102.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 43/01 in nasl.

<sup>13</sup> Zakonodajni proces označuje vsa dejanja pri pripravljanju in oblikovanju zakonskega predloga, postopek sprejemanja zakona v zakonodajnem organu ter njegovo izvrševanje v praksi, Igličar, str. 264.

<sup>14</sup> Pušnik, str. 325: »Premisleki in ideje deliberativne demokracije namreč predstavljajo eno od oblik vednosti, na podlagi katerih se zamišlja (nove) načine vladanja, ki (naj) bi prispevali k bolj legitimnim političnim odločitvam, vzpostavljanju občutka vključenosti državljanov v oblikovanje političnih odločitev ter zmanjšanja oddaljenosti političnih predstavnikov do ljudstva.«

in trajno. To pomeni, da je treba spremljati mnenja, stališča in predloge javnosti o pravnem sistemu in delovanju pravnih institucij na splošno ter ob pripravljanju posameznega predpisa še posebej. Prva oblika sodelovanja javnosti poteka bolj spontano, v drugi obliki – v postopku pripravljanja in sprejemanja določenega predpisa – pa se naj uveljavlja večja organiziranost.<sup>15</sup> Ob tem drugem načinu je poseben poudarek namenjen strokovni javnosti oziroma t. i. zainteresirani javnosti.

Z vidika vključevanja splošne javnosti v pravodajne procese je ves čas treba upoštevati dejanske družbene razmere glede zanimanja ljudi za javne zadeve in politiko. Dejansko stanje v sodobni družbi kaže na več kot tretjinski delež ljudi, ki jih javne zadeve zelo malo oziroma celo nič ne zanimajo, naslednja tretjina se vključuje v razprave samo, če je neposredno prizadet kakšen njihov interes, in le tretjina državljanov se redno vključuje v odločevalske procese. Kljub navedenemu dejstvu so po drugi strani znana prizadevanja za »demokratizacijo demokracije«. <sup>16</sup> V sodobni družbi namreč potekajo intenzivni procesi dopolnjevanja predstavniške demokracije s prvinami t. i. participativne oziroma deliberativne demokracije. Nove oblike demokracije naj bi vzpostavile čim bolj neposredne stike z državljani, ki ne bi bili več udeleženi le v volilnem procesu, ampak bi bili kot aktivni in avtonomni pripadniki javnosti tudi v stalni dvostranski komunikaciji z državnimi organi.

Vključevanje državljanov v zgodnje faze pripravljanja predpisov je sicer na prvi pogled celo v nasprotju s težnjami moderne družbe po vedno večji strokovnosti in racionalnosti odločitev, vendar je primat stroke mogoče na svojski način tudi povezovati z vedno večjo informiranostjo državljanov ter argumentiranjem racionalno in strokovno pripravljenih predlogov. S pritegovanjem javnosti v demokratični politični sistem je vsekakor mogoče dosegati večjo stopnjo legitimnosti<sup>17</sup> državnih predpisov.

Za razumevanje in sprejemljivost predpisov v javnosti oziroma t. i. volilni bazi kaže še povečati sodelovanje javnosti pri pripravi predlogov predpisov. S tem se poveča zaupanje javnosti, saj je prav nezaupanje javnosti pogosto eden glavnih razlogov za čezmerno izdajanje predpisov. S tega zornega kota je slovenski upravi naložena naloga, da mora ob pripravljanju predpisa odgovoriti na vprašanja: ali je bil predlog predpisa objavljen na spletnih straneh, katere nevladne organizacije oziroma predstavniki zainteresirane javnosti so bili posebej povabljeni k sodelovanju pri pripravi predpisa, katere nevladne organizacije oziroma kdo iz zainteresirane

<sup>15</sup> Za ta namen je Ministrstvo za javno upravo Republike Slovenije že v letu 2008 pripravilo Priročnik za načrtovanje, vodenje in vrednotenje procesov sodelovanja javnosti.

<sup>16</sup> Giddens.

<sup>17</sup> V drugem razdelku VI. poglavja Resolucije o normativni dejavnosti je zapisano: »Zagotavljanje legitimnosti sprejetih odločitev in zmanjševanje demokratičnega deficita z omogočanjem sodelovanja čim širšega kroga subjektov pri pripravi odločitev predstavljata izhodišče za sprejem kakovostnih in učinkovitih predpisov ter njihovo izvajanje za uresničevanje politik na posameznem področju.«

javnosti je predložil pripombe ter v katerih točkah ni dosežena usklajenost predpisa s subjekti, ki so predložili pripombe, oziroma zakaj pripombe niso bile upoštevane.

Javnosti je treba omogočiti trajno sodelovanje, in sicer s prejemanjem predlogov in mnenj za ureditev ali spremembo posameznega vprašanja ter s predstavitvijo predlogov ureditve v postopku priprave in sprejemanja predpisa. Sodelovanje javnosti je lahko spontano, kadar izhaja iz interesa posameznika, ali pa organizirano s pozivom ciljnim skupinam in strokovnjakom. Ob tem je treba upoštevati, da imajo določene interesne organizacije s posebnimi predpisi oziroma dogovori opredeljeno vlogo v postopkih priprave predpisov.<sup>18</sup>

Pri vključevanju javnosti je smiselna tudi določena previdnost, saj morajo biti osnovne zamisli in cilji predlagatelja vendarle jasni in dorečeni, preden se pritegne h komentiranju pripravljenih delovnih osnutkov predpisov zunanjo strokovno in splošno javnost. V nasprotnem primeru se lahko pojavi v javnosti dezorientacija, ki ji sledijo številne dezinformacije<sup>19</sup> in povsem nepotrebno zapravljanje časa ter energije ali nepotrebno razburjanje ob zamislih, ki jih je pač treba pred obveščanjem javnosti razčistiti znotraj državnega upravnega aparata. Ob prvih zamislih in konturah prihodnjega predpisa je namreč gotovo najboljše najprej temeljito premisliti in analitično doreči njegovo vsebino v ožjem krogu pripravljavcev in v medresorskem usklajevanju ali le ob (nejavni) interni pomoči zunanjih strokovnjakov. V javnost pa naj bodo potem posredovani popolnoma domišljeni osnutki.

Vsa navedena aktivnost dobi globlji pomen in smisel šele ob družbi, ki jo sestavljajo aktivni državljani. Realističen pogled na družbeno stvarnost pa seveda ne sme javnosti niti podcenjevati in tudi ne precenjevati ali jo idealizirati. Javnost oziroma civilna družba, ki se manifestira prek javnosti, nikakor ni samo nekaj dobrega, saj so v civilni družbi navzoče tudi negativne vrednote ter nedemokratična gibanja in organizacije. Zato bodo le zavzeti in »neravnodušni«, aktivni in resni posamezniki izvajali ustrezen pritisk na zakonodajalca in druge normotvorne organe.<sup>20</sup>

Kadar imamo opraviti z nezrelo javnostjo oziroma s t. i. pasivno množično družbo, bodo iz javne razprave izšle številne neprimerne in nespametne pripombe. Prav tako se bo dogajalo, da bodo mnogi predlogi neprimerni ali neuresničljivi zato, ker predlagatelji ne razumejo področja, ki ga je treba normativno urediti, ali si domišljajo, da ga razumejo, oziroma si mislijo, da poznajo pravni sistem. Večkrat se dogaja, da številne pripombe prihajajo od pravnih laikov ali – kar je še bolj problematično – od »samozvanih«<sup>21</sup> poznavalcev ali ljudi, ki mislijo, da se spo-

<sup>18</sup> Na primer Aarhuška konvencija, Zakon o ratifikaciji Konvencije o dostopu do informacij, udeležbi javnosti pri odločanju in dostopu do pravnega varstva v okoljskih zadevah (MKDIOZ), Uradni list RS – MP, št. 17/04.

<sup>19</sup> V javnomnenjskih raziskavah na primer okrog 25 odstotkov respondentov odgovarja, da bolje poznajo kakšen zakon (Igličar, Štajnpihler Božič, str. 469), oziroma jih čez 80 odstotkov odgovarja, da se ne počutijo gotove pri poznavanju zakonov (Raiser, str. 326).

<sup>20</sup> Primerjaj Karpen, str. 17: »Der aktive Bürger drückt auf die Gesetzgebung.«

znajo na pravne kategorije, čeprav jih razumejo popolnoma po svoje in mimo ustaljenih razlag ter pojmovanj. Velika nekritičnost posameznikov pri dajanju pripomb na prihodnje predpise lahko povzroči veliko dela pripravljavcem predpisov, ko bodo pojasnjevali in odgovarjali na povsem neprimerne pripombe in predloge itd.

Ob tem velja opozoriti še na nevarnost prodiranja ozkih posebnih ali celo posamičnih interesov v splošne pravne akte. V normativne določbe se namreč ne smejo »prelivati« le parcialni interesi nekaterih skupin in organizacij ali posameznikov, saj morajo biti v splošnih pravnih aktih institucionalizirani splošni družbeni interesi.

V teku zakonodajnega postopka v Državnem zboru je strokovna in posebej zainteresirana javnost vabljen na javno predstavitev mnenj, kadar je le-ta organizirana v okviru druge obravnave predloga zakona v matičnem delovnem telesu (46. člen Poslovnika Državnega zbora). Poleg tega je poslovniško predvideno, da se lahko na sejo delovnega telesa k obravnavi posameznih točk dnevnega reda povabijo predstavniki institucij, katerih delo je povezano z vsebino obravnavanih vprašanj, ter strokovnjaki in predstavniki zainteresirane javnosti, ki lahko na seji izrazijo in obrazložijo svoja mnenja in stališča o obravnavani zadevi (drugi odstavek 51. člena Poslovnika Državnega zbora).

Navedeni načini vplivanja javnosti kot dejavnika civilne družbe na potek sprejemanja zakona v parlamentu so podprti še z določbo Poslovnika Državnega zbora, ki zahteva, da mora biti matično delovno telo seznanjeno z vsemi predlogi, pobudami in vprašanji, ki jih nanj naslovi civilna družba (tretji odstavek 41. člena Poslovnika Državnega zbora). Z vsem tem je odprta široka pot, ki že zadosti zahtevam participativne demokracije in ne zahteva neposredne aktivnosti civilne družbe v obliki ljudske zakonodajne iniciative.

### 3. Zakonodajna pobuda in predlog zakona

Pri iniciranju zakonodaje je treba razlikovati med pobudo in predlogom. Sama pobuda je lahko ena od oblik peticije<sup>21</sup> in ne narekuje obveznega začetka zakonodajnega postopka. To pa je obvezno v primeru ljudske zakonodajne iniciative. Zato tudi po slovenski ureditvi lahko da pobudo volivcem za vložitev predloga zakona vsak volivec, lahko pa tudi politična stranka ali drugo združenje državljanov. Seveda ta pobuda še ne pomeni ljudske zakonodajne iniciative. Pobudnik pošlje svojo vlogo skupaj z besedilom predloga zakona predsedniku Državnega zbora, ki nato določi šestdesetdnevni rok za zbiranje pet tisoč podpisov.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Grad, Kaučič, Zagorc, str. 397.

<sup>22</sup> Predsednik Državnega zbora v sedmih dneh po prejemu pobude obvesti ministrstvo, pristojno za vodenje evidence volilne pravice, in določi rok za zbiranje podpisov (58. in 59. člen Zakona o referendumu in ljudski iniciativi (ZRLI), Uradni list RS, št. 26/07 in nasl.).

Zakonodajni postopek v predstavniskem telesu se bo začel šele, ko bo zbrano navedeno število podpisov, torej na podlagi predloga in ne že na podlagi pobude. Državni zbor bo nato v prvi obravnavi odločil, ali je zakon primeren za nadaljnjo obravnavo. V primeru pozitivne odločitve se zakonodajni postopek nadaljuje. Če pa poslanci z večino opredeljenih glasov navzočih poslancev odločijo, da predlog zakona ni primeren za nadaljnjo obravnavo, je zakonodajni postopek končan.

Na splošno se zdi, da je civilna družba primernejša za dajanje pobud in začetnih idej o zakonskem urejanju določenega področja družbenih odnosov kot pa za formalno vlaganje zakonskih predlogov. Iz potreb in interesov, ki se pojavljajo v civilni družbi, lahko izidejo utemeljene pobude za pravno normativno urejanje. Te ideje je treba nato soočiti z objektivnimi družbenimi okoliščinami in okviru pravnega sistema ter jih pretvoriti v formalno ter vsebinsko dorečen predlog zakona.

V tem smislu je na primer institucionalizirana tudi državljanska pobuda v okviru Evropske unije. Pogodba o Evropski uniji omogoča najmanj milijonu državljanov iz najmanj četrtnine držav članic, da pozovejo Evropsko komisijo k predložitvi zakonodajnega akta v sprejetje Evropskemu parlamentu in Svetu EU.<sup>23</sup> S posebej oblikovano pravico do državljanske pobude želi Evropska unija spodbuditi udeležbo čim več državljanov v demokratičnem procesu odločanja. Pobuda je umeščena v okvir drugih ukrepov, s katerimi lahko državljani opozorijo organe Evropske unije na pomembna vprašanja. Taki načini so zlasti dialog s predstavniskimi združenji in civilno družbo, posvetovanja, peticije in vloge varuhu človekovih pravic.

Participativna demokracija narekuje, da so postopki in pogoji za državljansko pobudo učinkoviti, pregledni, jasni, preprosti in prijazni uporabnikom. Za evropsko raven je pomembna še reprezentativnost pobude. Zato je določeno najmanjše število podpisnikov (milijon) iz najmanj ene četrtnine držav članic. Vse te procese morajo spremljati tudi verodostojne informacije in možnosti svobodnega organiziranja pobudnikov. Kadar Evropska komisija državljanske pobude ne sprejme, mora podrobno navesti razloge za svojo odločitev ter organizatorje seznanimi s sodnimi in drugimi pravnimi sredstvi, ki so jim na voljo v primeru, da se ne strinjajo z odločitvijo, da Evropska komisija ne bo začela zakonodajnega postopka. Opisana ureditev naj bi pripomogla k povečevanju možnosti za izražanje volje državljanov in k oblikovanju t. i. evropske politične zavesti.

Izdelava predloga zakona oziroma najprej njegovega delovnega osnutka je zato tudi v Sloveniji praviloma zaupana ministrstvu. Tak način je najbližji načelom delitve oblasti in parla-

<sup>23</sup> Četrty odstavek 11. člena Pogodbe o Evropski uniji, 24. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije ter Uredba EU Evropskega parlamenta in Sveta 1019/78.

mentarne demokracije ob upoštevanju strokovnega znanja. Navedena usmeritev je prisotna tudi v slovenski zakonodajni politiki.

V Resoluciji o normativni dejavnosti,<sup>24</sup> ki jo je konec leta 2009 sprejel Državni zbor, je med drugim navedeno: »Priprava oziroma sprejemanje predpisov je poglobljena naloga državne uprave, torej ministrstev.« Za omenjeno zahtevno dejavnost morajo biti javni uslužbenci ustrezno usposobljeni, imeti morajo primerno izobrazbo in specifična znanja ter izkušnje s področja, v katerega posegajo splošni pravni akti. Zelo pomembna okoliščina pri oblikovanju osnutkov zakonodaje je tudi primerna moralna drža upravnih uslužbencev, kot jo narekuje njihov etični kodeks.<sup>25</sup>

Pripravljanje dobrih predpisov v ministrstvih mora biti podprto s širšo politično in pravno kulturo ter razumevanjem upravnih nalog s strani političnih funkcionarjev. V ta sklop okoliščin spada tudi pritegovanje zunanjih strokovnjakov k pripravi predpisov, pri čemer strokovnjaki zunaj uprave ne morejo in ne smejo opravljati nalog namesto uslužbencev v državni upravi. Omenjena Resolucija o normativni dejavnosti v zvezi s tem opozarja, da zunanji strokovnjaki večinoma »nimajo celovitega vpogleda v stanje področja« in »ne morejo biti odgovorni za kasnejše izvajanje in razlaganje posameznih rešitev«. <sup>26</sup> Zato v moderni državi kot materialni zakonodajalec nastopa državni upravni aparat.

Strokovni vidiki pripravljanja zakonodaje morajo slediti vrednotam pravne varnosti za državljane in njihove organizacije. S tem državni organi krepijo pravno državo ter varovanje človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Zato mora tudi normativna dejavnost potekati ob spoštovanju načela delitve oblasti in hierarhije splošnih pravnih aktov ter njihove jasnosti in preglednosti.

## 4. Predpostavke priprave predloga zakona

Vse zahteve dobre zakonodaje mora upoštevati tudi predlog zakona, ki ga vloži pet tisoč volivcev oziroma kakšna organizacija civilne družbe. K pretehtanosti ljudske zakonodajne iniciative pripomore že določba 115. člena Poslovnika Državnega zbora (PoDZ-1), da mora predlog zakona imeti poleg naslova, besedila členov in obrazložitve še uvod z vsemi zahte-

<sup>24</sup> Uradni list RS, št. 95/09.

<sup>25</sup> Kodeks ravnanja javnih uslužbencev, ki ga je sprejela Vlada RS leta 2001 (Uradni list RS, št. 8/01), in Kodeks etike javnih uslužbencev v državnih organih in upravah lokalnih skupnosti, ki ga je sprejel Uradniški svet leta 2011.

<sup>26</sup> Že v IV. poglavju o izhodiščih in načelih za pripravo predpisov Resolucije je zapisano: »Pripravo predpisov je treba v celoti zaupati javnim uslužbencem, ki morajo imeti najboljši pregled nad stanjem na svojem področju, znati predlagati primerne, strokovno utemeljene rešitve, obvladati pravila nomotehnike in skrbeti za uspešno izvedbo in spremljanje sprejetih predpisov.«

vanimi sestavinami.<sup>27</sup> Poleg tega mora predlog zakona slediti vsem splošnim predpostavkam pravnega normiranja.

Pravno normiranje družbenih odnosov zahteva najprej dobro poznavanje teh odnosov. Prelivanje družbene stvarnosti v pravno obliko je torej mogoče le ob izkustvenih informacijah o določenem delu družbene stvarnosti. Za pridobivanje teh informacij zadošča včasih vednost praktikov, drugi pa so potrebne empirične terenske raziskave in poglobljene znanstvene študije. V vsakem primeru morajo biti analize družbenih procesov osnova njihovemu izražanju v splošnih pravnih normah.

Pravne norme morajo čim bolj verno kazati družbeno stvarnost, vnesti vanjo potrebno stabilnost, obenem pa tudi omogočiti objektivno nujne družbene spremembe. Za uveljavitev takšne funkcije prava je treba upoštevati tako splošne zakonitosti strukture in razvoja globalnih družb kot specifičnosti posameznih segmentov konkretnega družbenega okolja. Pri tem je ob splošni sociološki teoriji<sup>28</sup> treba upoštevati še spoznanja posebnih sociologij ter ugotovitve mnogih drugih znanosti od etike, kibernetike, informatike do teorije sistemov, upravljanja, jezikoslovja, zgodovine, ekonomije in filozofije.

<sup>27</sup> Uradni list RS, št. 92/07 in nasl. Uvod obsega:

- oceno stanja in razloge za sprejem zakona,
- cilje, načela in poglavitne rešitve predloga zakona,
- oceno finančnih posledic predloga zakona za državni proračun in druga javna finančna sredstva,
- navedbo, da so sredstva za izvajanje zakona v državnem proračunu zagotovljena, če predlog zakona predvideva porabo proračunskih sredstev v obdobju, za katerega je bil državni proračun že sprejet,
- prikaz ureditve v drugih pravnih sistemih in prilagojenosti predlagane ureditve pravu Evropske unije; prikaz ureditve v drugih pravnih sistemih mora vsebovati prikaz ureditve v najmanj treh pravnih sistemih držav članic Evropske unije,
- presojo posledic na posamezna področja, in sicer:
  - presojo administrativnih posledic,
  - presojo posledic na okolje, ki vključuje tudi prostorske in varstvene vidike,
  - presojo posledic na gospodarstvo,
  - presojo posledic na socialnem področju,
  - presojo posledic glede na dokumente razvojnega načrtovanja in
  - presojo posledic na druga področja,
- prikaz sodelovanja javnosti pri pripravi predloga zakona,
- podatek o zunanjem strokovnjaku oziroma pravni osebi, ki je sodelovala pri pripravi predloga zakona (osebno ime in naziv fizične osebe ali firma in naslov pravne osebe),
- znesek plačila, ki ga je oseba iz prejšnje alineje v ta namen prejela,
- navedbo, kateri predstavniki predlagatelja bodo sodelovali pri delu državnega zbora in delovnih teles.

<sup>28</sup> Pri splošni sociologiji je treba upoštevati obstoj več socioloških paradigem, tako funkcionalistične, marksistične, interakcionistične kot systemske, in drugih interpretativnih pristopov, ker je od izhodiščnega pristopa odvisno razlaganje družbenih procesov in potreb za njihovo pravno regulacijo. Več v Igličar, Štajnpihler Božič, str. 29–46.

Pri oblikovanju splošnega pravnega akta je seveda nujno analizirati pravno prakso, še posebej t. i. ustaljeno sodno prakso, pravno doktrino in značilnosti celotnega pravnega in političnega sistema. Na izdelavo splošnega pravnega akta zelo vplivajo dogajanja v t. i. predzakonodajni dejavnosti. Družbeni procesi, ki potekajo še pred zakonodajnim postopkom, izzovejo zahteve po institucionalizaciji najpomembnejših odnosov. S tem dosežemo vnaprejšnjo ureditev teh odnosov in konfliktov, ki se bodo verjetno pojavljali.

Empirično preučevanje socialnih dejstev in družbenega prostora, v katerega bo posegel zakon, mora zajeti tako objektivni kot subjektivni vidik. Med objektivnimi okoliščinami kaže posebej poudariti ekonomske, teritorialne, ekološke in demografske značilnosti globalne družbe. Med pomembnimi subjektivnimi značilnostmi okolja, v katero posega zakonodajalec, pa velja omeniti politične, ideološke, nacionalne, kulturne in vrednotno-psihične pojave.

Ob tem moderna teorija informacij in komuniciranja v družbenem sistemu<sup>29</sup> poudarja, da je mogoče – na osnovi poznavanja omenjenih okoliščin – oblikovati orientacijsko in programsko vsebino splošne pravne norme. Po tej teoriji pomeni hipoteza orientacijsko informacijo, programsko informacijo pa dispozicija pravne norme. Glede na to se potem zakon pojavlja kot nosilec in kot regulator informacijskih tokov. Za njegovo pripravo je zato treba upoštevati spoznanja teorije odločanja in dialektično enotnost oblike ter vsebine določene kompleksne informacije.

Po omenjeni teoriji je zakon najpomembnejša skupina družbenih odločitev. Prek zakona se v pravnih kategorijah izražajo temeljni družbeni odnosi; obenem zakon z normativnimi sredstvi olajšuje doseganje tistih ciljev družbenega razvoja, ki so jih postavile dominantne socialne sile. Tako je zakon vključen v širše pojmovani proces upravljanja družbe. V zakonu so v koncentrirani obliki izražene in institucionalizirane tudi organizacijske in kontrolne družbene funkcije. Zato je njegovo koncipiranje zelo zahtevno, saj je zakon v evropski kontinentalni pravni kulturi osnova celotne pravne nadstavbe globalne družbe in vseh institucionaliziranih upravljavskih procesov v njej. Posledično je treba pripravljati predlog zakona po ustreznih metodičnih pristopih in ga primerno strukturirati ter oblikovati splošne pravne norme v jezikovno dognanih pojmi in povedih.

## 5. Ljudska zakonodajna iniciativa nekdanj in danes

Nerazdružna povezanost prava in družbe se kaže tudi v pravici določenega števila volivcev, da podajo zakonski predlog zakonodajnemu telesu. Navedeno pravico poimenujemo s sintagmo ljudska zakonodajna iniciativa.

<sup>29</sup> Luhmann, str. 191 in nasl.

Pravico predlagati zakon lahko povezujemo že s spoznanjem klasične antike, izraženim v reku *Ubi societas, ibi ius*,<sup>30</sup> ali s sodobnim konceptom sodelovalne (participativne deliberativne) demokracije. V slovenski ustavi se ta vidik demokracije opira na pravico državljana, da sodeluje pri upravljanju javnih zadev (44. člen), konkretizirana pa je – med drugim – tudi s pravico pet tisoč državljanov, da predložijo zakon v sprejetje Državnemu zboru (88. člen).

Seveda taka pravica ni nekaj popolnoma novega ali nekaj, kar bi bilo vezano le na moderno družbo. Poznala jo je že antična demokracija. Zgodovina poroča o govornikih, ki so v Atenah v petem stoletju pr. n. š. dajali zakonske predloge na zasedanju skupščin. Da so bili predlogi resni in podani odgovorno ter utemeljeno, je bilo poskrbljeno s posebno tožbo, ki jo je bilo mogoče sprožiti proti zakonskemu predlogu. V tožbi, ki je pomenila prekinitev zakonodajnega postopka pred sprejetjem zakona, je tožnik lahko zatrjeval, da predlagatelj zavaja ljudstvo ali da ima zakonski predlog velike pomanjkljivosti, vsebinske in formalne narave. Predlagatelj zakona, ki so mu v posebnem postopku dokazali kakšno od navedenih pomanjkljivosti zakonskega predloga, je bil nato tudi denarno kaznovan ali ga je doletela izguba vseh ali nekaterih državljanskih pravic.<sup>31</sup> Tako je antična demokracija dosegla, da so predlagatelji zakonov ravnali odgovorno, saj je lahkomišelnost in površno predlaganje zakonov imelo za predlagatelja negativne posledice.

Ob tem je zanimivo, da so bili ugovori zoper določen predlog zakona pogosto pravne narave. Tako beremo v Aristotelovi Politiki: »Zoper to pravico pa mnogi pravni strokovnjaki vlagajo tožbo, kakor da bi govornika tožili zaradi nezakonitosti zakonskega predloga (*graphe paranomon*).«<sup>32</sup> Torej je že v antični demokraciji obstajala tudi skrb za pravno pravilnost zakonodaje.<sup>33</sup>

V evropskem srednjem veku, ko je veljala politična doktrina o božjem izvoru oblasti in monarhu kot zakonodajalcu, se seveda vprašanje o morebitni odgovornosti za zakonske predloge sploh ni postavljalo. Ustavne ureditve sodobnih držav pravnih sankcij za neuspele zakonske predloge prav tako ne poznajo. Posledice so lahko zgolj politične narave. Vplivajo lahko na spremenjena razmerja med političnimi silami v globalni družbi in na ocenjevanje predlagatelja v javnem mnenju. Odgovornost vlad kot večinskih predlagateljev zakonov v parlamentarni demokraciji se delno uveljavlja na periodičnih volitvah. To pa vseeno ne pre-

<sup>30</sup> Kjer je družba, tam je pravo.

<sup>31</sup> Aristotel, Hriberšek, Matej, opomba 137 v knjigi, str. 126.

<sup>32</sup> Aristotel, str. 126.

<sup>33</sup> Ali se nam ob teh mislih ne vsiljujejo kar same po sebi primerjave z mnenji vladne ali parlamentarne pravne službe ob zakonskih predlogih v slovenski zakonodajni dejavnosti?

prečuje pogoste neznosne lahkotnosti pri predlaganju zakonov oziroma njihovih sprememb in dopolnitev.<sup>34</sup>

Za resno in odgovorno predlaganje zakonov v obliki ljudske zakonodajne iniciative poskrbijo ustavne norme že z določitvijo potrebnega števila volivcev, ki lahko predlagajo zakonodajnemu telesu sprejetje zakona. Po Ustavi Republike Slovenije je to pet tisoč volivcev, italijanska ustava določa za uveljavitev te pravice petdeset tisoč volivcev (71. člen Ustave Republike Italije), avstrijska pa sto tisoč volivcev (41. člen Zveznega ustavnega zakona Republike Avstrije). Nemška ustava oziroma njihov Temeljni zakon<sup>35</sup> ljudske zakonodajne iniciative ne predvideva. Sestavljavci nemške ustave neposredno po drugi svetovni vojni so bili do oblik neposredne demokracije zadržani. To družboslovci pojasnjujejo z dogajanjem v nemški civilni družbi v času nacizma.<sup>36</sup> Iz tega izhaja tudi ugotovitev, da je ljudska zakonodajna iniciativa povezana z zgodovinskim razvojem globalne družbe ter njeno splošno in politično ter pravno kulturo.

## 6. Državni zbor in ljudska zakonodajna iniciativa

V dosedanji zakonodajni dejavnosti Državnega zbora je bilo sprejetih le nekaj zakonov oziroma njihovih novel na osnovi ljudske zakonodajne iniciative. Na ta način so bile sprejete novele zakonov o dohodnini,<sup>37</sup> o minimalni plači,<sup>38</sup> o povračilih stroškov v zvezi z delom in o urejanju trga dela.<sup>39</sup> Predlogi, ki pa niso bili sprejeti, so zadevali na primer področja družinskih razmerij, volitev, štipendiranja, poštne storitve in kmetijskih zemljišč.

Vpogled v evidence Državnega zbora kaže, da je bilo v dosedanjih mandatnih obdobjih Državnega zbora do začetka mandata 2022–2026 vloženih na podlagi ljudske zakonodajne iniciative 24 predlogov zakonov, in sicer v mandatnem obdobju:<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Pogoste izjave ministrov ali predsednika vlade, ko se pojavi neki družbeni problem: predlagali in sprejeli bomo zakon, če ne bo ustrezen, pa hitro predlagali njegove spremembe itd.

<sup>35</sup> Grundgesetz, 1948.

<sup>36</sup> Von Beyme, str. 53: »Na plebiscitarno demokracijo so v Zvezni republiki Nemčiji še vedno gledali z vidika tveganja.«

<sup>37</sup> V mandatu DZ 2004–2008.

<sup>38</sup> V mandatu DZ 2014–2018.

<sup>39</sup> V mandatu DZ 2018–2022.

<sup>40</sup> Poročila o delu Državnega zbora v navedenih mandatnih obdobjih.

| Mandat    | Predlagani | Sprejeti |
|-----------|------------|----------|
| 1992–1996 | 4          | 0        |
| 1996–2000 | 0          | 0        |
| 2000–2004 | 0          | 0        |
| 2004–2008 | 2          | 1        |
| 2008–2011 | 1          | 0        |
| 2011–2014 | 7          | 0        |
| 2014–2018 | 5          | 1        |
| 2018–2022 | 6          | 2        |

Inicialna zakonodajna aktivnost civilne družbe je stopila v ospredje po nastopu mandata Državnega zbora 2022–2026, saj so volivci nastopili tako neposredno kot predlagatelji zakona<sup>41</sup> kot tudi posredno, ko so predlagateljstvo za vsebino predloga zakona, ki ga je pripravila civilna družba, formalno prevzeli poslanci.<sup>42</sup>

Procesi približevanja civilne družbe in države se torej vidno izražajo tudi v zakonodajni iniciativi. Vse to je posledica vedno večje aktivnosti organizacij oziroma različnih oblik združevanja civilne družbe. »Podružbljanje« zakonodajne dejavnosti pa mora upoštevati stanje demokratičnih procesov v globalni družbi. Glede na stanje politične in pravne kulture v slovenski družbi kaže ob pozitivnih straneh ljudske zakonodajne iniciative upoštevati še mogoče stranpoti in težave, ki se lahko pojavijo ob uveljavljanju te pravice. Zelo vestno bo treba spremljati ozadja ljudske zakonodajne iniciative, da ne bi pri njej prevladali posebni interesi določenih delov družbe na račun splošnega družbenega interesa, ki mora biti vodilo zakonodajne dejavnosti.

Vse navedeno govori v prid sklepu, da naj bo civilna družba predvsem pobudnik zakonov ter aktiven udeleženec v vseh oblikah sodelovanja javnosti v zakonodajnem procesu, kot neposredni predlagatelj pa naj se civilna družba pojavlja izjemoma.

<sup>41</sup> Zakon za zmanjšanje neenakosti in škodljivih posegov politike ter zagotavljanje spoštovanja pravne države (ZZNŠPP), Uradni list RS, št. 105/22.

<sup>42</sup> Novela ZNB.

## Literatura

- ARISTOTEL. *Politika*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- BEYME, Klaus von. *Politični sistem Zvezne republike Nemčije*. Koper: Visokošolsko središče v Kopru, 2002.
- BIBIČ, Adolf. *Politološki preseki – civilna družba in politični pluralizem*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1997.
- BUČAR, Franc. *Demokracija in kriza naših ustavnih institucij*. Ljubljana: Nova revija, 1998.
- GIDDENS, Anthony. *Tretja pot*. Ljubljana: Orbis, 2000.
- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, Univerza v Ljubljani, 2016.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajna politika*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2021.
- IGLIČAR, Albin, ŠTAJNPIHLER BOŽIČ, Tilen. *Pogledi sociologije prava*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2018.
- KARPEN, Ulrich. *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*. Baden-Baden: Nomos, 2006.
- KEANE, John. *Civilna družba*. Ljubljana: Znanstveno in publicistično središče, 2000.
- LIPPMANN, Walter. *Javno mnenje*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- MATTEUCCI, Nikola. *Novoveška država*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1999.
- MILLS WRIGHT, Charles. *Elita oblasti*. Ljubljana: Državna založba Slovenije, 1965.
- PUŠNIK, Tomaž. Politološka refleksija moči v deliberativni demokraciji in njeni agonistični kritiki. *Teorija in praksa*, 2022, letn. LIX, posebna številka, str. 311–329.
- RAISER, Thomas. *Grundlegung der Rechtssoziologie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- SPLICHAL, Slavko. *Javno mnenje*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 1997.

*Strokovni članek*  
UDK 340.134:321.011.5

# Civilna družba kot iniciator zakonodaje

URBAN LEČNIK SPAIČ

*študent 4. letnika dodiplomskega študija  
na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani*

NIKA PODAKAR

*diplomirana pravnica (UN), študentka  
magistrskega študija na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

V zadnjih dveh letih se je povečalo sodelovanje civilne družbe tako pri pripravi kot tudi predlaganju zakonov. Civilna družba tako vse uspešnejše posega po zakonodajni iniciativi, s tem pa postaja pomemben akter na zakonodajnem področju. Državni zbor je v zadnjih dveh letih sprejel štiri zakone, katerih iniciator so bile različne civilnodružbene organizacije. Ti zakoni so: Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika (KZ-1H),<sup>1</sup> Zakon za zmanjšanje neenakosti in škodljivih posegov politike ter zagotavljanje spoštovanja pravne države (ZZNŠPP),<sup>2</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o nalezljivih boleznih (ZNB-D)<sup>3</sup> in Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o Radioteleviziji Slovenija (ZRTVS-1B).<sup>4</sup> ZZNŠPP je civilna družba pripravila in vložila v zakonodajno proceduro, preostale tri zakone pa je civilna družba zgolj pripravila, vložili pa so jih poslanci oziroma Vlada.

Na XX. Nomotehničnih dnevih so predstavniki civilne družbe in akademske sfere na okrogli mizi z naslovom Civilna družba kot iniciator zakonodaje, ki jo je moderiral prof. dr. Samo Bardutzky, razpravljali o sodelovanju v zakonodajnem postopku in problematikah priprave zakonodajnih aktov. V diskusiji je Pravno mrežo za varstvo demokracije predstavljala doc. dr. Barbara Rajgelj (Fakulteta za družbene vede Univerze v Ljubljani), Inštitut 8. marec je zastopala Kristina Krajnc, iz Zavoda center za informiranje, sodelovanje in razvoj nevladnih

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 95/21.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 105/22.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 125/22.

<sup>4</sup> Zakon je bil sprejet na 13. izredni seji Državnega zbora dne 21. 7. 2022, a je bila nato vložena zahteva za izvedbo zakonodajnega referendumu.

organizacij oziroma CNVOS je na okrogli mizi sodeloval Goran Forbici, poleg tega pa je pri razpravi sodeloval še zasl. prof. dr. Albin Igličar (Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani), ki je predstavil akademsko raziskovanje tega področja.

## 2. Ljudska zakonodajna iniciativa

Zakonska iniciativa je v slovenski pravni ureditvi podeljena štirim subjektom: Državnemu svetu (97. člen Ustave Republike Slovenije – URS),<sup>5</sup> vsakemu poslancu, vladi in 5000 volivcem (88. člen URS), slednjo imenujemo tudi ljudska zakonodajna iniciativa.<sup>6</sup> A dejstvo je, da ni lahko zediniti vsaj 5000 volivcev<sup>7</sup> glede istega zakonodajnega predloga in jih toliko navdušiti, da predlog podprejo s svojim podpisom. Za doseg takšne podpore je potrebna organizacija in tu svojo vlogo opravlja civilna družba.

Za moderno družbo je značilna dihotomija med državnim in civilnodružbenim, pri čemer pa je država vse tesneje povezana s civilno družbo. V teh procesih se spreminja tudi normodajna funkcija državnega aparata in posledično se tudi pravodajne funkcije v delu prenašajo na civilno družbo.<sup>8</sup> Izraz tega je med drugim tudi ljudska zakonodajna iniciativa. Civilna družba ima izmuzljivo definicijo, zato jo je lažje zaobjeti z negativno definicijo, po kateri so civilna družba vsi tisti sklopi družbenih odnosov, v katerih ni navzoče državno delovanje. V tem delu družbenega prostora, kjer ni državnih posegov, se namreč pojavlja svobodna dejavnost ljudi in skupin.<sup>9</sup>

Civilna družba v zakonodajnem postopku sodeluje na različne načine. Sodeluje lahko v fazi javne obravnave predloga zakona,<sup>10</sup> lahko sodeluje tudi pri javni predstavitvi mnenj v drugi fazi zakonodajnega postopka, ki poteka na seji matičnega delovnega telesa (46. člen Poslovnika državnega zbora – PoDZ-1),<sup>11</sup> poleg tega pa v drugi fazi zakonodajnega postopka lahko na seji matičnega delovnega telesa sodeluje še pri obravnavi posameznih točk dnevnega reda (drugi odstavek 51. člena PoDZ-1). V skladu z določbo drugega odstavka 51. člena PoDZ-1 se lahko na sejo matičnega delovnega telesa k obravnavi posameznih točk dnevnega reda povabijo predstavniki institucij, katerih delo je neposredno povezano z vsebino obravnavanih vprašanj, strokovnjaki in predstavniki zainteresirane javnosti. Ti lahko na seji izrazijo in obra-

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

<sup>6</sup> Grad, Kaučič, Zagorc, str. 297 in 280.

<sup>7</sup> Italijanska ustava določa 50.000 podpisov volivcev za ljudsko zakonodajno iniciativo, avstrijska 100.000 podpisov, medtem ko nemška pravna ureditev tega instituta ne pozna.

<sup>8</sup> Igličar 2011, str. 323.

<sup>9</sup> Prav tam.

<sup>10</sup> Primerjaj s Palhartinger, str. 237.

<sup>11</sup> Uradni list RS, št. 92/07 in nasl.

zložijo svoja mnenja ter stališča o obravnavani zadevi. Matično delovno telo mora namreč biti seznanjeno z vsemi predlogi, pobudami in vprašanji, ki jih nanj naslovi civilna družba (tretji odstavek 41. člena PoDZ-1).

Civilnodružbene organizacije za vplivanje na poslance lahko uporabljajo tudi zakonite oblike lobiranja (14. točka 4. člena Zakona o integriteti in preprečevanju korupcije – ZIntPK),<sup>12</sup> poleg tega pa na njih lahko vplivajo še z javnimi objavami v medijih in tudi prek delovanje Državnega sveta. Slednji namreč predstavlja zastopstvo socialnih, gospodarskih, poklicnih in lokalnih interesov civilne družbe. Ker Državni svet zastopa prav te partikularne interese, naj bi v teoriji redkeje prihajalo do lobiranja, a to v praksi žal ne drži. Državni svet na potek zakonodajnega postopka lahko vpliva predvsem s svojimi mnenji, zakonodajno iniciativo in suspenzivnim vetom.<sup>13</sup>

Najčistejša oblika vplivanja civilne družbe na zakonodajni postopek je zagotovo ljudska zakonodajna iniciativa. Ta v Sloveniji zagotovo ni neznana. Tako je bilo takšnih ljudskih iniciativ do leta 2018 skupaj 19, uspeli pa sta le dve. Zakonodajni postopek sta namreč prestali zgolj noveli zakonov o dohodnini in o minimalni plači.<sup>14</sup> Od leta 2018 pa se je število uspešnih ljudskih zakonodajnih iniciativ močno povečalo.

Čeprav je ljudska zakonodajna iniciativa v slovenskem pravnem redu zares zaživela šele v zadnjih letih, sam institut ne pomeni nikakršne novosti. Pravzaprav je bil poznan že v antičnih Atenah. V 5. st. pr. n. št. so govorniki lahko podali zakonske predloge na zasedanju skupščin. Za resne, odgovorne in utemeljene predloge so poskrbeli s posebno tožbo, ki jo je bilo mogoče sprožiti proti predlogu zakona. Takšna tožba je pomenila prekinitev zakonodajnega postopka. Tožnik je zatrjeval, da predlagatelj zavaja ljudstvo ali da ima zakonski predlog večje vsebinske ali formalne pomanjkljivosti. Če so predlagatelju zakona katero od teh obtožb dokazali, ga je doletela denarna kazen ali izguba bodisi vseh bodisi nekaterih državljskih pravic. S tem instrumentom so skrbeli za kakovostne in odgovorne zakonodajne predloge.<sup>15</sup>

Teorija ljudsko zakonodajno iniciativo povezuje s procesi dopolnjevanja predstavniške demokracije s prvinami t. i. participativne oziroma deliberativne demokracije. Takšne nove oblike demokracije naj bi pripomogle k čim bolj neposrednemu stiku med državo in državljani. Slednji ne bi bili udeleženci zgolj v volilnem procesu, temveč bi bili kot aktivni in avtonomni pripadniki zainteresirane javnosti tudi v stalni dvostranski komunikaciji z državnimi organi.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 69/11 in nasl.

<sup>13</sup> Grad, str. 99–101.

<sup>14</sup> Igličar 2022, str. 6–7.

<sup>15</sup> Prav tam.

<sup>16</sup> Prav tam.

### 3. Kako civilna družba sodeluje pri pripravi zakonodaje

Načeloma velja, da naj bi bila zaradi zahtevnosti naloge izdelava predloga zakona zaupana javnim uslužbencem v okviru ministrstev.<sup>17</sup> Te osebe imajo zadosti strokovnega znanja, poznajo pravila nomotehnike in imajo dovolj širok pregled nad problematiko, da lahko ustvarijo kakovostne predpise. Nastajanje zakonodajnih predlogov v sferi izvršilne veje oblasti je tudi najbližje načelom delitve oblasti in parlamentarne demokracije. Takšna usmeritev je zastopana tudi v Resoluciji o normativni dejavnosti.<sup>18</sup> Seveda pa se lahko uslužbenci ministrstva pri posameznem vsebinskem sklopu oprejo na pomoč zunanjih strokovnjakov.<sup>19</sup>

V zadnjem času pa nalogo oblikovalcev zakonodajnih predlogov vse bolj opravljajo tudi civilnodružbene organizacije. V tem procesu lahko sodelujejo na različne načine. Organizacija Inštitut 8. marec je do zdaj sodelovala tako pri pripravi kot vložitvi zakonskega predloga, Pravna mreža je v procesu sodelovala zgolj kot pripravljavec zakonskega predloga, nato pa je našla upravičenega predlagatelja (na primer posamezni poslanec ali Vlada), medtem ko CN-VOS praviloma sodeluje kot komentator med pripravo predloga zakona s strani izvršilne veje oblasti. Tako tudi civilna družba pogosteje nastopa kot iniciator zakonodaje.

#### 3.1. Inštitut 8. marec

Zavod raziskovalni inštitut 8. marec<sup>20</sup> je nevladna organizacija, katere glavni namen je boj za pravičnejšo in enakopravnejšo družbo.<sup>21</sup> Njihova predstavnica, Kristina Krajnc, je na okrogli mizi na XX. Nomotehničnih dnevih poudarila, da so kot organizacija pravne probleme, ki jih je treba reševati z ukrepi na zakonski ravni, včasih iskali oni, zdaj pa posamezniki in organizacije s pravnimi problemi v iskanju pomoči pridejo do njih.

Njihova prva zakonodajna iniciativa, ki jo je s podpisi tudi podprlo 5000 volivcev, je bila definicija kaznivega dejanja posilstva in spolnega nasilja v skladu z modelom »samo ja pomeni ja«,<sup>22</sup> s čimer so se spremenili 170. do 172. člen Kazenskega zakonika (KZ-1).<sup>23</sup> S problematiko so se začeli ukvarjati že dolgo pred vložitvijo iniciative. In sicer so že januarja 2019

<sup>17</sup> Prav tam.

<sup>18</sup> Uradni list RS, št. 95/09.

<sup>19</sup> Prav tam.

<sup>20</sup> Glej: <<https://www.bizi.si/INSTITUT-8-MAREC/>> (28. 11. 2022).

<sup>21</sup> Glej: <<https://www.sta.si/2346373/v-novoustanovljenem-institutu-8-marec-za-pravicnejso-in-enakopravnejso-druzbo>> (28. 11. 2022).

<sup>22</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/institut-8-marec-v-dz-vlozil-pobudo-za-zbiranje-5000-podpisov-za-re-definicijo-spolnega-nasilja/551062>> (28. 11. 2022).

<sup>23</sup> To je novela KZ-1H, Uradni list RS, št. 95-2055/2021 z dne 15. 6. 2021.

sprožili peticijo za spremembo navedenih členov KZ-1. Takratna ministrica jim je obljubljala spremembe na tem področju, a ker se konkretne spremembe niso obetale, so se v organizaciji odločili, da usodo vzamejo v svoje roke, in so v začetku leta 2021 začeli zbirati podpise, ki so bili potrebni za vložitev ljudske zakonodajne iniciative.<sup>24</sup> Predstavnica Inštituta 8. marec je poudarila, da drugače kot organizacije, kot je Pravna mreža za varstvo demokracije, v Inštitutu 8. marec spišejo kot tudi vložijo zakonodajni predlog.

Pred pripravo zakonodajnega predloga so precej časa namenili zbiranju podatkov ter predvsem zbiranju osebnih zgodb žrtev spolnih kaznivih dejanj. Šlo je za kampanjo, ki je trajala skoraj leto in pol. Zbrali so 150 pričevanj, pri čemer so jih večino podale ženske, pa tudi šest moških in ena transspolna oseba.<sup>25</sup>

Pri pripravi zakonskega predloga novele KZ-1 so si pomagali tako, da so v postopek priprave besedila vključili kazenskopravno stroko, državne tožilce, sodnike in druge. Pomagali so si tudi z izmenjavo izkušenj oseb iz drugih nevladnih organizacij tako doma kot po svetu. Glede nomotehničnih vidikov pisanja osnutka novele so si pomagali predvsem z nomotehničnimi smernicami. Kranjčeva je pri tem namreč poudarila, da jim strokovnjaka za nomotehnične vidike žal ni uspelo pridobiti ter da teh strokovnjakov zunaj služb, kot sta Zakonodajno-pravna služba in Služba Vlade za zakonodajo, preprosto ni oziroma je teh le peščica. Posledično se v Inštitutu zavedajo, da njihovi izdelki niso nomotehnično popolni, a da pripravijo takšen predlog zakona po svojih najboljših močeh. Zato si tudi ne želijo, da bi celoten zakonodajni postopek temeljil na ljudski zakonodajni iniciativi. Predstavnica pa je poudarila še to, da so v organizaciji uporabili ta institut prav zato, ker se drugi upravičeni predlagatelji zakonodaje vse prepogosto zgolj zavežejo, da bodo neko pravno vprašanje uredili, nato pa se ne zgodi nič. Če pa poslanec predstavi konkreten zakonodajni predlog, je veliko lažje poiskati ustrezno politično podporo za sprejetje.

V Inštitutu 8. marec so potrebnih 5000 podpisov za vložitev zakonodajnega predloga zbirali po celotni Sloveniji, in sicer s terensko mrežo. Kampanji zbiranja podpisov se je pridružilo več kot 100 prostovoljcev. Posledično so se podpisi aktivno zbirali v vseh večjih slovenskih mestih.<sup>26</sup> Ker so bili pri procesu zbiranja podpisov v stiku z veliko različnimi ljudmi, je to odprlo prostor še za razpravo o problematiki spolne kriminalitete in nesprejemljivosti spolnega nasi-

<sup>24</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/institut-8-marec-v-dz-vlozil-pobudo-za-zbiranje-5000-podpisov-za-redefinicijo-spolnega-nasilja/551062>> (28. 11. 2022).

<sup>25</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/polovica-zrtev-spolnega-nasilja-je-mladoletnih-storilca-obicajno-poznajo/496598>> (29. 11. 2022).

<sup>26</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/radio-maribor/novice/samo-ja-pomeni-ja-kampanja-za-redefinicijo-kaznivega-dejanja-posilstva/570444>> (29. 11. 2022).

lja.<sup>27</sup> Vse navedeno je pripomoglo k temu, da se je več govorilo o spolnem nasilju. Slednje sicer predstavlja tematiko, ki vse pre pogosto ostaja za štirimi stenami doma. Pri postopku zbiranja podpisov so se v Inštitutu 8. marec srečali tudi z upravnimi postopki ob zbiranju podpisov. Digitalno oddane overjene podpise morajo namreč upravne enote natisniti in požigosati, nato pa dostaviti Inštitutu. Posledično se nanje čaka več dni.<sup>28</sup>

V Inštitutu 8. marec so se srečali z nepričakovanim zapletom v zakonodajnem postopku. Potem ko so v nekaj več kot enem tednu zbrali zahtevano število podpisov in vložili predlog zakona, jih je pri tem prehitela Vlada. Ta je zgolj en dan prej na večerni seji sprejela svoj predlog sprememb, ki je urejal isto problematiko, in ga vložila v parlamentarni postopek.<sup>29</sup> Zaradi pravila, da v primeru več predlogov zakonov, ki urejajo isto družbeno razmerje, Državni zbor najprej obravnava tisti predlog, ki je bil posredovan najprej (prvi odstavek 117. člena PoDZ-1), bi moral biti najprej obravnavan predlog Vlade in šele nato Inštituta 8. marec. A je bil zaradi napake Vlade nato najprej obravnavan predlog Inštituta, ki so ga vložile poslanke in poslanci takratne opozicije, in bil junija 2021 tudi sprejet.<sup>30</sup>

V Inštitutu 8. marec so mehanizem ljudske zakonodajne iniciative uporabili še pri ZZNŠPP. Potrebnih 5000 podpisov so zbrali že prvi dan, nato pa konec aprila 2022 vložili predlog zakona. Slednji je odpravil pravno podlago za vstop podjetja Uber, zmanjšal vpliv odločanja kulturnega ministra na področju kulturnih programskih in projektnih razpisov in povečeval vpliv strokovnih komisij, odpravil posege v neodvisnost državnih tožilcev in tožilk ter za tuje študente umaknil pogoj, da potrebujejo za študij v Sloveniji na računu 5000 evrov.<sup>31</sup> V ta zakon je koalicija želela z amandmaji dodati precej novosti, a so v Inštitutu to zavrnili. Poudarili so, da zakonskega predloga, ki bi ga amandmaji predrugačili do neprepoznavnosti, ne bi podprli. Svojo podporo pa so izrazili amandmajem, ki so sledili jedrni ideji in namenu zakona, ter predvsem zakon nomotehnično izboljšali. Julija 2022 je bil tudi sprejet.<sup>32</sup> Poleg tega pa

<sup>27</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/kampanjo-samo-ja-pomeni-ja-s-podpisi-podprlo-ze-vec-kot-4000-ljudi/570432>> (29. 11. 2022).

<sup>28</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/boj-za-prestiz-kritike-vlade-ker-je-s-svojim-predlogom-prehitela-pobudo-ljudi/570852>> (29. 11. 2022).

<sup>29</sup> Prav tam.

<sup>30</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/uzakonjen-model-samo-ja-je-ja-nevladniki-to-je-jasno-sporocilo-o-popolni-netoleranci-nasilja/582970>> (29. 11. 2022).

<sup>31</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/vlada-podpira-predlog-zakona-proti-skodljivim-ukrepom-pretekle-oblasti/633689>> (29. 11. 2022).

<sup>32</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/zakon-o-odpravi-skodljivih-posegov-politike-sprejet-sds-za-ustavno-presoj/634158>> (29. 11. 2022).

so v Inštitutu 8. marec avgusta 2022 prek ljudske zakonodajne iniciative vložili še predloga sprememb dveh zakonov, s katerima želijo vsem šolarjem omogočiti brezplačna kosila.<sup>33</sup> Ta zakonodajni predlog je trenutno še v zakonodajnem postopku.

### 3.2. Pravna mreža za varstvo demokracije

Pravna mreža za varstvo demokracije je iniciativa, ki omogoča pravno podporo posameznikom in posameznicam ter organizacijam, ki so se zaradi nenasilnega javnega delovanja znašli v pravnih postopkih različnih vrst. S svojimi pravnimi mnenji, stališči in pozivi varujejo demokratično in svobodno družbo. V okviru pravne mreže strokovno pomoč ponujajo številni pravniki in odvetniške pisarne, njene nosilne organizacije ustanoviteljice pa so PIC – Pravni center za varstvo človekovih pravic in okolja, Amnesty International Slovenija, Danes je nov dan in Zavod za kulturo raznolikosti Open.<sup>34</sup>

Predstavnica Pravne mreže Barbara Rajgelj je na okrogli mizi naprej predstavila okvir, v katerem je bila Pravna mreža vzpostavljena in je začela delovati. Šlo je za čas covid krize, ki pa ni bila samo zdravstvena, temveč tudi pravna kriza. Številni ukrepi in spremljajoče kaznovanje so povzročili številne individualne primere kršitev človekovih pravic, ki pa so imeli skupne značilnosti, iz katerih so se izkristalizirali sistemski problemi, ki so zahtevali sistemske rešitve. Nespoštovanje temeljnih načel pravne države je bilo tako obsežno, da je nepravno delovanje oblasti zahtevalo kolektivno in organizirano delovanje. V tem vzdušju je bila januarja 2021 ustanovljena Pravna mreža za varstvo demokracije.<sup>35</sup>

V prvem letu svojega delovanja so na Pravni mreži tako brezplačno pomagali v več kot 1200 primerih, pripravili 158 vlog v prekrškovnih postopkih, bili uspešni v 36 zahtevah za sodno varstvo in na državno tožilstvo vložili 49 izrednih pravnih sredstev. Poleg tega so na informacijsko pooblaščenko naslovili 16 prijav, opravili 21 opazovanj protestov, podali pripombe k štirim zakonom, organizirali javne in strokovne posvete, uspeli s pobudo na ustavnem sodišču, vložili eno kazensko ovadbo in na različne institucije naslovili sedem pozivov.<sup>36</sup>

Poleg tega so aktivno sodelovali še pri pripravi dveh zakonodajnih predlogov. Skupaj s pravnimi strokovnjaki iz odvetniških in visokošolskih vrst ter ob posvetovanju z epidemiološko stroko so pripravili predlog sprememb in dopolnitev 39. člena ZNB. Ta predlog je navedeno

<sup>33</sup> Glej: <<https://www.rtvsl.si/slovenija/institut-8-marec-zeli-s-spremembo-zakonodaje-zagotoviti-brezplacna-kosila-v-osnovnih-solah/637923>> (29. 11. 2022).

<sup>34</sup> Glej: <<https://pravna-mreza.si/o-nas/>> (29. 11. 2022).

<sup>35</sup> Glej: <<https://sloga-platform.org/ustanovitev-pravne-mreze-za-varstvo-demokracije/>> (29. 11. 2022).

<sup>36</sup> Glej: <<https://pravna-mreza.si/pravna-mreza-za-varstvo-demokracije-obelevuje-prvo-obltnico-delovanja/>> (29. 11. 2022).

določbo usklajeval z Ustavo in obravnaval protiustavno stanje, ki ga je v svojih odločbah ugotovilo Ustavno sodišče.<sup>37</sup> Le pol leta pozneje so z medijskimi strokovnjaki pripravili še izhodišča za novelo ZRTVS-1,<sup>38</sup> katere namen je prispevati k stabilizaciji in depolitizaciji delovanja javnega servisa.<sup>39</sup>

Predstavnica Pravne mreže je povedala, da so se za izdelavo predloga novele ZNB odločili zato, ker se je kljub ugotovljeni neskladnosti z ustavo na tem področju zgodila blokada odločanja. Prejšnja vlada je sicer neskladje z ustavo želela sanirati poleti 2021, a predlog zakona ni dobil potrebne podpore na ponovnem glasovanju v Državnem zboru,<sup>40</sup> potem ko je bil v Državnem svetu zoper njega vložen suspenzivni veto.<sup>41</sup> Pomembno je poudariti, da so se določbe 39. člena Zakona o nalezljivih boleznih (ZNB)<sup>42</sup> kljub ugotovitvi Ustavnega sodišča, da niso skladne z ustavo, še naprej uporabljale. Takšno stanje je bilo pravno nevzdržno. Čeprav je bila jeseni 2021 epidemija koronavirusa še vedno prisotna, je zakonodajna dejavnost države na tem področju povsem zamrla. Za ohranitev zaupanja v pravo in krepitev načela zakonitosti ter ustavnosti je bilo ključno, da se ta pravna razmerja primerno in čim prej uredijo. Ker po oceni Pravne mreže politične volje v koaliciji in opoziciji za prepotrebne uskladitve z Ustavo pred državnozborskimi volitvami ni bilo, so se tega zakonodajnega projekta lotili sami.

Barbara Rajgelj je poudarila, da se je Pravna mreža za pripravo omenjene novele odločila tudi zato, ker spoštovanje pravne države pomeni osrednjo vrednoto njihove organizacije. Pri pripravi osnutka zakonodajne spremembe so sodelovali pravniki in pravnice iz Pravne mreže ter zunanji sodelavci, odvetniki in profesorji prava.<sup>43</sup> Rajgljeva je poudarila, da je pri pripravi besedila novele pogrešala sogovornika, kot sta Zakonodajno-pravna služba in Služba Vlade za zakonodajo. Do dialoga med strokovno službo s področja zakonodaje in predlagateljem pride šele na seji matičnega delovnega telesa v drugi fazi zakonodajnega postopka, kar je za pripravo kakovostnega zakonodajnega predloga absolutno prepozno. Rajgljeva ocenjuje, da če

<sup>37</sup> Glej: <[https://pravna-mreza.si/izjava-za-javnost-pmvd-je-s-pravnimi-strokovnjakinjami\\_ki-ter-ob-posvetovanju-z-epidemiolo%C5%A1ko-stroko-pripravila-predlog-sprememb-39-%C4%8Dlena-zakona-o-nalezljivih-bolezni/](https://pravna-mreza.si/izjava-za-javnost-pmvd-je-s-pravnimi-strokovnjakinjami_ki-ter-ob-posvetovanju-z-epidemiolo%C5%A1ko-stroko-pripravila-predlog-sprememb-39-%C4%8Dlena-zakona-o-nalezljivih-bolezni/)> (29. 11. 2022).

<sup>38</sup> Glej: <<https://pravna-mreza.si/predstavitev-sprememb-zakona-o-radioteleviziji-slovenija/>> (29. 11. 2022).

<sup>39</sup> Glej: <<https://pravna-mreza.si/predstavitev-izhodisc-za-spremembe-zakona-o-radioteleviziji-slovenija-zr-tvs-1/>> (29. 11. 2022).

<sup>40</sup> Glej: <<https://www.delo.si/novice/slovenija/jansa-tonin-in-pocivalsek-o-epidemioloskih-in-drugih-razmerah-v-drzavi/>> (29. 11. 2022).

<sup>41</sup> Glej: <<https://n1info.si/novice/slovenija/drzavni-svet-izglasoval-veto-na-novelo-zakona-o-nalezljivih-bolezni/>> (29. 11. 2022).

<sup>42</sup> Uradni list RS, št. 33/06 in nasl.

<sup>43</sup> Glej: <[https://pravna-mreza.si/izjava-za-javnost-pmvd-je-s-pravnimi-strokovnjakinjami\\_ki-ter-ob-posvetovanju-z-epidemiolo%C5%A1ko-stroko-pripravila-predlog-sprememb-39-%C4%8Dlena-zakona-o-nalezljivih-bolezni/](https://pravna-mreza.si/izjava-za-javnost-pmvd-je-s-pravnimi-strokovnjakinjami_ki-ter-ob-posvetovanju-z-epidemiolo%C5%A1ko-stroko-pripravila-predlog-sprememb-39-%C4%8Dlena-zakona-o-nalezljivih-bolezni/)> (29. 11. 2022).

bi do sodelovanja Zakonodajno-pravne službe in Službe Vlade za zakonodajo s predlagateljem prišlo v predhodnih fazah, bi to pripomoglo k bolj kakovostnim zakonskim predlogom. Za kakovostno zakonodajo pa bi si morali prizadevati vsi deležniki.

Težava ni v tem, da v Pravni mreži ne bi želeli pripraviti kakovostnega predloga, temveč v tem, da je pisanje splošnih pravnih aktov posebna pravna veščina, ki zahteva posebna znanja, izkušnje, kompetence in poznavanje metodologije oblikovanja splošnih pravnih besedil. Pri pripravi besedila predloga jih je najbolj skrbelo, da bi kaj spregledali. Podobno kot predstavnica Inštituta 8. marec je tudi Barbara Rajgelj poudarila, da je strokovnjaka za pripravo zakonodaje in nomotehniko nemogoče najti zunaj strokovnih služb državnih organov. Zaposleni v Zakonodajno-pravni službi in Službi Vlade za zakonodajo so namreč strokovnjaki na svojem področju. Odlikujejo jih predvsem širok pregled nad pravnim redom, sposobnost zaznavanja pravnih in zakonodajnih praznin ter obvladovanje nomotehničnih veščin.

Drugače kot Inštitut 8. marec Pravna mreža ne uporablja instituta ljudske zakonodajne iniciative. Barbara Rajgelj je poudarila, da ni lahko zbrati 5000 podpisov in da je le malo družbenih skupin, ki so tega sposobne. V Pravni mreži poskrbijo drugače kot pri Inštitutu le za pripravo zakonodajnega predloga, nato pa med preostalimi upravičenimi predlagatelji poiščejo nekoga, ki se z zakonodajnim predlogom strinja, ga je pripravljen vložiti v zakonodajni postopek in ki ga bo podpiral.

Novelo ZNB so tako decembra 2021 vložili nepovezani poslanci.<sup>44</sup> Pripravljena je bila javna predstavitev, ki so se je udeležili tudi strokovnjaki, nato pa so nadaljevanje postopka prekinile državnozborske volitve.<sup>45</sup> S prenehanjem mandatne dobe Državnega zbora se namreč končajo vsi zakonodajni postopki in postopki za sprejetje drugih aktov, ki so bili začeti v omenjeni mandatni dobi, razen tistih, ki so bili začeti na predlog Državnega sveta ali 5000 volivcev (prvi odstavek 154. člena PoDZ-1). V novem sklicu Državnega zbora je nato isto zakonsko besedilo, sicer z nekaj manjšimi popravki, ponovno vložila skupina poslancev s prvopodpisano poslanko Janjo Sluga. Ta je bila ena od predlagateljev te novele že v prejšnjem mandatu.<sup>46</sup>

Izkušnja Barbare Rajgelj pri vlaganju in sprejemanju novele ZNB je bila zelo zaznamovana z dialogom z nasprotniki ukrepov za zaježitev epidemije. Tega dialoga niti stara niti nova vlada nista želeli prevzeti nase, saj gre za sorazmerno zahteven, obsežen in aktiven del volilnega telesa. Nova vlada je tako Pravno mrežo delno izkoristila, da se je od predloga lahko distancirala. Namesto da bi ga posvojila in ga morda dopolnjenega in izboljšanega v zakonodajni postopek vložila sama, je predlog vložila poslanka te iste koalicije. Hkrati je vlada poudarjala, da gre za

<sup>44</sup> Glej: <<https://www.dnevnik.si/1042979122>> (29. 11. 2022).

<sup>45</sup> Glej: <<https://www.delo.si/novice/slovenija/vlozene-spremembe-znb-a-ne-s-podpisi-celotne-koalicije/>> (29. 11. 2022).

<sup>46</sup> Prav tam.

predlog, ki je nastal v civilni družbi, in da naj ga še naprej brani civilna družba sama. Na seji matičnega delovnega telesa v drugi fazi zakonodajnega postopka je predstavnik Ministrstva za zdravje izrazil celo stališče, da je predlog zakona treba popraviti. Politika se je od zakonodajnega predloga toliko distancirala, da so se predstavniki Pravne mreže začeli spraševati, ali vlada predlog novele sploh podpira. Pravna mreža se je v zakonodajnem postopku zavedala, da je delno instrumentalizirana s strani oblasti, a je to vlogo sprejela, ker je bil cilj, zagotoviti zakonito podlago za sprejemanje epidemioloških ukrepov, pomembnejši od nelagodja.

V zakonodajnem postopku so se predstavniki Pravne mreže srečevali tako s predstavniki koalicije kot s predstavniki opozicije, pri tem so se samoizpraševali, koga sploh zastopajo in ali sploh imajo zaupanje ljudi za vložitev te zakonodajne spremembe. Že pred vložitvijo predloga v zakonodajni postopek so se dogovorili, da bodo, če bo v zakonodajnem postopku predlog z amandmaji spremenjen do neprepoznavnosti, predlogu javno odrekli podporo. Amandmaje so nato vložili poslanci koalicijskih strank, vendar ti niso posegali v samo bistvo novele in so bili zgolj tehnične narave.<sup>47</sup> Amandmaje so pri Pravni mreži razumeli kot pozitiven prispevek h kakovosti predloga, spremembe, ki so predlog izboljševale, so vedno dobrodošle; če bi poslanci zakonodajni predlog sprejeli brez pripomb, bi to pomenilo, da se mu niso zares posvetili in se niso potrudili, da bi ga preverili in ga vsebinsko izboljšali. ZNB-D je bil sprejet konec junija 2022,<sup>48</sup> Državni zbor pa je nato sprejel še sklep o nedopustnosti razpisa zakonodajnega referenduma.<sup>49</sup> Nedopustnost izvedbe referenduma pa je nato potrdilo tudi Ustavno sodišče.<sup>50</sup>

Barbara Rajgelj je ob koncu poudarila še, da je Pravna mreža pripravila tudi izhodišča za spremembo ZRTVS-1B, katerega končno različico je pripravila in v zakonodajni postopek vložila Vlada.<sup>51</sup> Poleg tega je izrazila še stališče, da temeljne vloge civilne družbe ne vidi v oblikovanju politik ali pripravi zakonodaje, temveč v nadzoru oblasti. Ob tem je v razmislek podala idejo, s katero bi se okrepila nadzorstvena vloga civilne družbe: če bi v postopkih abstraktne presoje ustavnosti civilna iniciativa (na primer več kot 5000 volivcev) imela status privilegiranega predlagatelja in bi na Ustavno sodišče – ob določenih pogojih, ki bi onemogočali zlorabo instituta in preobremenitev sodišča – lahko naslavljalja zahteve, ne le pobud za presojo ustavnosti.

<sup>47</sup> Glej: <<https://n1info.si/novice/slovenija/kaksna-bo-usoda-novele-zakona-o-nalezljivih-boleznihi/>> (29. 11. 2022).

<sup>48</sup> Prav tam.

<sup>49</sup> Uradni list RS, št. 96/2022 z dne 15. 7. 2022.

<sup>50</sup> Odločitve US RS U-I-330/22 z dne 15. 9. 2022, U-I-328/22 z dne 15. 9. 2022 in U-I-321/22 z dne 15. 9. 2022.

<sup>51</sup> Zakon je bil sprejet na 13. izredni seji Državnega zbora dne 21. 7. 2022, a je bila nato vložena zahteva za izvedbo zakonodajnega referenduma.

### 3.3. CNVOS

Zavod Center za informiranje, sodelovanje in razvoj nevladnih organizacij oziroma CNVOS je krovna mreža slovenskih nevladnih organizacij. Združuje več kot 1500 društev, zavodov in ustanov. S svojim znanjem in izkušnjami, s strokovnjaki s področij zagovorništva, prava, vodenja projektov, financ in komuniciranja slovenskemu nevladnemu sektorju zagotavljajo celostno in profesionalno strokovno podporo in spodbujajo kreativnost ter kritično miselnost.<sup>52</sup>

Predstavnik CNVOS Goran Forbici je na okrogli mizi poudaril, da je bilo aktivno sodelovanje civilne družbe v zadnjih dveh letih zaradi družbeno-politične situacije vidnejše in jasno odmevno. Sicer pa je bilo od osamosvojitve sprejetih vsaj 40 zakonov, ki jih je spisala civilna družba, v zakonodajni postopek pa jih je vložila bodisi Vlada bodisi poslanci. Intenzivno sodelovanje med civilno družbo in državnimi organi pri pripravi zakonodaje posledično ne pomeni nič novega. Ne nazadnje pa to zahteva že Resolucija o normativni dejavnosti.

Forbici ocenjuje, da je šlo v letih 2020 do 2022 za ekscesno Vlado, v času katere ni bilo standardnega sodelovanja Vlade in uradništva z javnostjo, zato civilni družbi ni preostalo drugega, kot da uporabi institut ljudske zakonodajne iniciative, če želi urediti kakšno vprašanje na zakonski ravni. Že takoj po konstituiranju novega sklica Državnega zbora v sredini maja 2022 se je v zakonodajni postopek vložilo veliko predlogov in veliko stvari se je premaknilo naprej. Na prste ene roke se da prešteti, koliko zakonov so poslanci sprejeli brez volje Vlade. Praksa kaže, da je zakonodajna iniciativa pretežno v domeni Vlade.

CNVOS že 15 let redno pripravlja zakonodajne predloge novel ali celotnih zakonov.<sup>53</sup> Na letni ravni se ukvarjajo z vsaj 30 zakonskimi predlogi. Z državnimi organi pa najpogosteje sodelujejo z oblikovanjem delovnih skupin ali le s podajanjem komentarjev. Najtesneje sodelujejo z več ministrstvi. Sodelujejo predvsem pri problematikah, glede katerih je težko mobilizirati pomembnejši del javnosti. Najbolj se posvečajo prav pripravi zakonodajnih rešitev. Z največjimi težavami se srečujejo pri vsebini ter oceni učinkov.

Forbici je drugače kot Inštitut 8. marec in Pravna mreža navedel, da z nomotehničnimi pravili običajno nimajo težav. Sicer pa tudi sami vsako leto pripravljajo delavnice o pravilih nomotehlike, o tem, kako pisati amandmaje, itd. Predstavil pa je tudi stališče, da bi se Zakonodajno-pravna služba morala odzvati na zakonodajne iniciative civilne družbe, še preden ta predlog zakona vloži v zakonodajni predlog. Tako bi razbremenili Zakonodajno-pravno službo pri pisanju mnenj v sklopu zakonodajnega postopka, hkrati pa izboljšali kakovost zakonodaje. Takšen predhoden preizkus bi namreč pomenil svojevrstno sito.

<sup>52</sup> Glej: <<https://www.cnvos.si/kdo-smo/>> (29. 11. 2022).

<sup>53</sup> Na primer ZNVO, ZDRU in ZSP.

Poleg tega je Forbici poudaril še stališče, da morebitne težave v zvezi z odprtoostjo zakonodajnega procesa vidi le na teoretični ravni, medtem ko meni, da do težav v praksi ne bi prihajalo. Meni, da v primeru razširitve spektra upravičenih subjektov za vložitev zakonodajne pobude v praksi ne bi prihajalo do množice zakonodajnih pobud. Vendar kljub temu meni, da bi zaradi zagotavljanja kakovosti zakonodaje večina zakonodajnih pobud morala nastajati v državnih organih, kjer takšne predloge pripravljajo uradniki.

## 4. Sklep

V zadnjem času se civilnodružbene organizacije vse pogostejše vključujejo v zakonodajni postopek. Organizacije, kot so Inštitut 8. marec, Pravna mreža za varstvo demokracije in CNVOS, pri sprejemanju zakonodaje ne sodelujejo le s svojimi komentarji in strokovnimi stališči, temveč zakonodajne predloge celo same pripravljajo in v primeru Inštituta tudi vlagajo v zakonodajni postopek. Pri tem uporabijo institut ljudske zakonodajne iniciative. Seveda pa te organizacije nimajo širokega strokovnega zaledja, ki bi bil primerljiv na primer z Vlado. Zato se pri svojem delu srečujejo s problematiko, kot sta kakovost zakonodajnega predloga na vsebinski ravni in tudi usklajenost s pravili nomotehnike. Predvsem pri slednjem je zelo očitno, da strokovnjakov s tega področja zunaj Zakonodajno-pravne službe in Službe Vlade za zakonodajo ni veliko. Civilna družba si želi sodelovati pri zakonodajnem procesu kot aktiven deležnik, vendar se zavedajo svojih pomanjkljivosti, zato predlagajo predvsem, da bi bilo mogoče vzpostaviti dialog s strokovnimi službami s področja priprave in pregleda zakonodaje.

## Literatura

- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Litteralis, 2018.
- GRAD, Franc. *Parlamentarno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2013.
- IGLIČAR, Albin. Normodajna funkcija organizacij civilne družbe. *Pravni letopis*, 2011.
- IGLIČAR, Albin. Ob razmahu ljudske zakonodajne iniciative. *Pravna praksa*, 2022, št. 33.
- PALHARTINGER, Mira. Vplivi resolucije (o normativni dejavnosti) na zakonodajni postopek. *Pravni letopis*, 2010.

*Strokovni članek*  
UDK 342.52:340.134(497.4)

# Položaj in vloga vladne in parlamentarne zakonodajne službe

NIKA PODAKAR  
*diplomirana pravnica (UN), študentka*  
*magistrskega študija na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Naslednja formula nam je še kako poznana – Državni zbor sprejema zakone, ki jih lahko predlagajo vsak poslanec, Vlada, Državni svet in 5000 volivcev.<sup>1</sup> Kar pri tem procesu ostaja skrito, so strokovne službe, ki pri nastanjanju zakonodaje skrbijo za vsebinsko in slogovno skladnost s pravnim sistemom kot celoto.

## 2. Dve strokovni službi, podobni področji delovanja

Strokovni službi, ki sta strokovni dejavnik v sicer političnem procesu sprejemanja predpisov, sta Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora (v nadaljevanju: ZPS) in Služba Vlade RS za zakonodajo (v nadaljevanju: SVZ). Kot že samo ime pove, ZPS deluje kot strokovna služba Državnega zbora pri sprejemanju zakonodaje, SVZ pa kot strokovna služba Vlade pri pripravi predpisov. Njunjo delo je podobno, a hkrati različno.<sup>2</sup> Dejavnost obeh strokovnih služb se hkrati dopolnjuje in si nasprotuje. To je zanimiv preplet strokovnega pravniskega dela, ki je vseskozi prepleten s političnim vidikom ustvarjanja splošnih pravnih aktov.

V sklopu XX. Nomotehničnih dni so predstavniki obeh strokovnih služb na okrogli mizi z naslovom Položaj in vloga vladne in parlamentarne zakonodajne službe, ki jo je moderiral Franc Grad, razkrili, kaj se pravzaprav skriva pod tančico skrivnosti njihovega dela. Jožica Velišček, Karmen Vezjak Progar in Damjan Tušar iz SVZ ter Nataša Voršič, Miroslava Pal-

<sup>1</sup> Glej 88. in 97. člen Ustave Republike Slovenije (URS), Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

<sup>2</sup> Primerjaj s Triller Vrtovec, str. 239.

hartinger in Katarina Kralj iz ZPS so predstavili vlogo, način delovanja in izzive, s katerimi se srečujeta obe službi.

### 3. Naloge Zakonodajno-pravne službe

Razpravljajoči so orisali delo ZPS. Ta podaja mnenja o skladnosti aktov z URS, mnenja o skladnosti predloga zakona s pravnim sistemom kot celoto ter mnenja o pravnotehničnih vidikih.<sup>3</sup> ZPS torej opozarja tako na vsebinske vidike, češ ali se bo predlagan zakonodajni akt lahko brez težav vključil v veljavni pravni red, kot tudi na tehnično-slogovne vidike zakonodajnega predloga.<sup>4</sup> Omenjena strokovna služba poskrbi, da je predlog zakona v vseh pogledih videti kot del slovenskega pravnega reda, pri tem pa je ZPS tudi varuh ustavnosti in zakonitosti v okviru Državnega zbora. Mnenja ZPS so obvezni element zakonodajnega postopka.<sup>5</sup> To so pisna in strokovno argumentirana mnenja, ki so del zakonodajnega gradiva in so posledično javno dostopna. Mnenja so zlasti namenjena poslancem, posredno pa tudi širši splošni in strokovni javnosti.

Še eno pomembno nalogo ima ZPS v postopkih presoje ustavnosti in zakonitosti pred Ustavnim sodiščem. V takšnih postopkih ZPS namreč pripravi odgovor Državnega zbora na pobudo.<sup>6</sup> Tako ZPS deluje tudi kot nekakšen odvetnik Državnega zbora. Poleg tega pa ZPS pripravlja še neuradna in uradna prečiščena besedila zakonov. Delovanje ZPS je izjemno pomembno predvsem za zagotovitev z ustavo skladnega ravnanja Državnega zbora.

### 4. Naloge Službe Vlade za zakonodajo

Medtem pa ima SVZ pomembno vlogo pri delovanju drugega organa – Vlade RS. Skrbi predvsem za to, da zakonodajni predlogi, ki jih pripravi Vlada, sledijo načelom nomotehnike tako v slogu kot v formi.<sup>7</sup> SVZ torej skrbi, da bodo zakonodajni predlogi čim bolj tudi uresničeni, pri tem pa deluje strokovno in politično nevtrarno. Pomembno vlogo SVZ pomeni tudi skrb za skladnost ureditve z domačim ustavnim redom ter s pravnim redom EU.<sup>8</sup> To se izrazi predvsem pri pripravi predlogov zakonodaje, ki prenaša direktive Evropske unije v slovenski red, ter pri pripravi predpisov, ki izvršujejo uredbe Evropske unije. Vloga SVZ je ključna pred-

<sup>3</sup> Grad, str. 214.

<sup>4</sup> Kurent (2009), str. 355.

<sup>5</sup> Prvi odstavek 48. člena Poslovnika državnega zbora (PoDZ-1), Uradni list RS, št. 92/07 in nasl.

<sup>6</sup> Primerjaj s Triller Vrtovec, str. 239.

<sup>7</sup> Glej: <<https://www.gov.si/drzavni-organi/vladne-sluzbe/sluzba-vlade-za-zakonodajo/o-sluzbi/>> (29. 11. 2022).

<sup>8</sup> Primerjaj z Božič, Lalič, str. 169.

vsem pri slednjih, saj gre za podzakonske akte, ki jih sprejema Vlada, in ne Državni zbor, torej ZPS ne bo podala mnenja o skladnosti s pravnim redom, SVZ pa bo edina strokovna služba, ki lahko opozarja na vsebinske in nomotehnične pomanjkljivosti takšnega pravnega akta.<sup>9</sup>

SVZ je tudi pomemben dejavnik nomotehlike. Ta strokovna služba je izdajatelj Nomotehničnih smernic, temeljnega gradiva vede oziroma kar obrti nomotehlike v Sloveniji.<sup>10</sup> Nomotehnične smernice so strokovni dokument, ki ureja strokovna vprašanja, slednja pa seveda ne spadajo na zakonodajno raven. Smernice seveda ne postavljajo pravno zavezujočih pravil poskrbijo pa za enoten slog in obliko predpisov v državi.<sup>11</sup> Poleg tega pa je SVZ tudi ustvarjalka in upravljavka Pravno-informacijskega sistema, s katerim je javno in brezplačno dostopna vsa veljavna zakonodaja v Republiki Sloveniji.

## 5. Ključen problem je časovna stiska

Zanimivo, a pravzaprav nepresenetljivo je, da se obe strokovni službi srečujeta z isto jedrno problematiko – pomanjkanjem časa za pripravo kakovostnih mnenj. ZPS se primarno srečuje s kratkimi roki za pripravo mnenja, ki izhajajo iz Poslovnika Državnega zbora. Nadalje se ta težava še zaostri, saj se niti ti roki ne spoštujejo.<sup>12</sup> Poleg tega je veliko predlogov zakonov, ki jih v proceduro dobi ZPS, slabo pripravljenih in posledično izdelava mnenja zahteva veliko dela. Vse navedeno pa preveva splošen trend naraščanja števila vloženih zakonodajnih predlogov,<sup>13</sup> kar seveda povečuje obseg dela ZPS. Govorci na okrogli mizi so sicer poudarili, da ZPS glede na pripad zadev in njihovo časovno nepredvidljivost še vedno deluje zgledno, a da bi se kakovost njihovega dela izboljšala, če bi imeli na voljo več časa za pripravo svojih mnenj. Njihovi izdelki bi bili tako bolj poglobljeni in bolj premišljeni.

Še posebno težavo pomenijo zakonodajni predlogi, ki so podani v nujnem zakonodajnem postopku. Ta ima še posebej kratke poslovniške roke, ki seveda ne omogočajo kakovostnega dela ZPS.<sup>14</sup> Dodatna problematika nujnega zakonodajnega postopka je, da se ta izvaja mimo vnaprej določenega terminskega plana dela Državnega zbora, zato se ZPS na takšna časovno intenzivna obdobja dela niti ne more vnaprej pripraviti. Poleg tega se število nujnih zakonodajnih postopkov povečuje, zato je opisanih nepredvidljivih in časovno zgoščenih situacij vse

<sup>9</sup> Glej: <<https://www.gov.si/drzavni-organi/vladne-sluzbe/sluzba-vlade-za-zakonodajo/o-sluzbi/>> (29. 11. 2022).

<sup>10</sup> Božič, str. 323.

<sup>11</sup> Igličar, Nomotehnične, str. 29.

<sup>12</sup> Primerjaj s Kurent (2009), str. 355.

<sup>13</sup> Primerjaj z Igličar, Subjektivni, str. 343.

<sup>14</sup> Primerjaj s Kurent (2013), str. 269.

več.<sup>15</sup> Nekoč je ZPS ocenjevala tudi razloge za vrsto zakonodajnega postopka, zdaj pa je to prepuščeno vsakokratni odločitvi Kolegija predsednice Državnega zbora.

S podobno težavo se srečuje tudi SVZ. Tudi ta strokovna služba ima vse pogostejše premalo časa za kakovostno izvedbo svojih nalog. Pogosto se zgodi, da ima SVZ na voljo le nekaj ur za pregled predloga zakona ali pa ga sploh ne dobi v pregled. Za ponazoritev – SVZ je imela le eno uro časa za pregled predloga novele Družinskega zakonika, ki je slednjega uskladil z dvema odločbama Ustavnega sodišča, kar je seveda prekratka časovna doba za kakovostno opravljanje nalog te strokovne službe.

## 6. (Ne)upoštevanje mnenj ZPS

Poleg tega se poslanci v zakonodajnem postopku vse pogostejše alibično sklicujejo na mnenje ZPS, to pa jim služi kot izgovor za sprejem spornih odločitev. Pri tem pa namerno ali nenaumno spregledajo, da mnenja ZPS sploh niso pravno zavezujoča. Paradoksalno je, da se pri spornih odločitvah člani zakonodajnega organa sklicujejo na mnenja ZPS, medtem ko analiza splošnih trendov pokaže, da se mnenja in argumenti ZPS vse manj upoštevajo.

Na sejah Državnega zbora se predstavniki strokovnih služb vse pogostejše srečujejo tudi z očitki, češ da sta ZPS in SVZ v zadevi podali diametralno nasprotni stališči. Takšna razhajanja nato izkoristijo za sprejemanje kontroverznih zakonodajnih rešitev. Z izpostavljanjem takšnih očitkov pa poslanci pokažejo le, da slabo razumejo naloge obeh strokovnih služb. Osrednja vloga SPZ je namreč sodelovanje pri pripravi predloga zakona, središčna vloga ZPS pa podajanje mnenja o skladnosti s pravnim redom ter ustavo. Kar je skupno obema službama, je nadzor nad nomotehničnimi vidiki akta. Poudariti je treba, da Poslovnik Državnega zbora ne daje niti podlag niti mehanizmov, ki bi omogočali ali celo zahtevali, da ZPS in SVZ uskladita svoja mnenja, pomisleke in argumente.

## 7. Zakonodajni predlogi Vlade so kljub vsemu še najbolj kakovostni

Govorci, zaposleni v ZPS, so poudarili še, da ima ZPS pravzaprav najmanj dela in težav pri pripravi mnenj v postopku sprejemanja zakonodajnih predlogov, ki jih vloži Vlada RS. Ti predlogi so vsaj načeloma resorno usklajeni, pri njihovi pripravi pa je vsaj v manjšem obsegu že sodelovala ena strokovna služba – SVZ. Pri pripravi takšnih mnenj ima ZPS kompetentnega sogovornika, posledično pa je verjetneje, da se bodo pomisleki in argumenti ZPS tudi upoštevali, predlog zakona pa bo ustrezno amandmiran, kar seveda naredi zakonodajni akt bolj kakovosten. Pravo nasprotje pa pomenijo zakonodajni predlogi, ki jih vloži Državni svet,

<sup>15</sup> Prav tam.

ljudska iniciativa 5000 volivcev ali posamezen poslanec. Ti predlogi so že v izhodišču slabše pripravljeni,<sup>16</sup> pri čemer je še posebej zaznati slabše upoštevanje pravil nomotehnike, nadalje pa ZPS nima kompetentnega sogovornika, ki bi resnično razumel njihove pomisleke in jih v predlogu zakona ustrezno odpravil.

Primer, ki poudarja problematiko pomanjkanja kompetentnega sogovornika, ki bi pariral ZPS, ter problematiko alibičnega sklicevanja na mnenja ZPS, je sklop treh predlogov, zbranih okoli Zakona o pokrajinah, ki ga je letos vložil Državni svet. Vlada je glede vseh treh zakonodajnih predlogov že podala negativno mnenje. Ampak ker skupina desetih poslancev ni vložila zahteve za splošno obravnavo predloga zakona v prvi fazi zakonodajnega postopka, v kateri bi Državni zbor lahko ugotovil, da omenjeni trije predlogi niso primerni za nadaljnjo obravnavo, bo ZPS morala pripraviti tri zahtevna mnenja. ZPS bo veliko časa namenila pripravi teh mnenj, čeprav bodo vsi trije zakonodajni predlogi skoraj zagotovo zavrženi na seji matičnega delovnega telesa v drugi fazi zakonodajnega postopka, s čimer se bo zakonodajni postopek v tej zadevi zaključil. Seveda se bodo poslanci pri svoji odločitvi skoraj zagotovo sklicevali na mnenje ZPS. Ker bo ZPS veliko časa in kadra porabila za pripravo teh mnenj, bo seveda slabša tudi kakovost drugega dela te strokovne službe, čeprav bi svoje vire lahko bolj gospodarno in pragmatično razporedili.

Še eno področje za izboljšave pomenijo amandmaji, ki jih koalicijski poslanci vložijo na predlog zakona, ki ga je vložila Vlada. Poslovnik Državnega zbora že od leta 2002 ne dovoljuje več, da bi Vlada vlagala amandmaje na lasten zakon, kar naj bi slednjo sililo v višjo kakovost samega predloga zakona že ob vložitvi v zakonodajno proceduro.<sup>17</sup> To pa pomeni, da se to prepoved preprosto obide tako, da amandmaje vlagajo poslanci koalicijskih strank, medtem ko besedilo samega amandmaja pripravi resorno ministrstvo. Ti amandmaji sicer omogočajo boljšo kakovost zakonodaje, saj se odzivajo na pomisleke, pripombe in argumente ZPS. A ker njihovo besedilo pripravi le resorno ministrstvo brez sodelovanja SVZ, to pomeni, da celotno breme skladnosti s pravnim redom, ustavo in pravili nomotehnike prevzame ZPS. Če želimo razbremeniti ZPS in izboljšati kakovost amandmajev, bi bilo smiselno, da se v ta postopek vključi tudi SVZ.

## 8. Sklep

ZPS in SVZ vsaka na svoj način skrbita za kakovostno zakonodajo. Svoje delo opravljata strokovno in politično nevtrarno. ZPS skrbi za usklajenost s pravnim redom kot celoto in ustavo, SVZ pa sodeluje pri pripravi zakonodajnih predlogov. Obema strokovnima službama

<sup>16</sup> Primerjaj s Palhartinger, str. 237.

<sup>17</sup> Primerjaj z Igličar, Nov, str. 19–26.

je skupno, da vsaka pri svojem državnem organu skrbita za upoštevanje pravil nomotehnike. Njuno delo se rahlo prekriva, predvsem pa dopolnjuje. Srečujeta se tudi s podobno problematiko, med drugim predvsem s pomanjkanjem časa za kakovostno opravljanje svojih nalog. Zdi se, da si tako ZPS kot SVZ resnično prizadevata za kakovostno zakonodajo, a za dosego cilja jima primanjkuje predvsem posluh tistih, ki so jim mnenja obeh služb najprej namenjena.

## Literatura

- BOŽIČ, Katja. Nomotehnične smernice – smer proti dobri praksi?. *Pravni letopis*, 2009, str. 323.
- BOŽIČ, Katja, LALIČ, Gordana. Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanjih dveh pravnih redov. *Pravni letopis*, 2018, str. 169.
- GRAD, Franc. *Parlamentarno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2013.
- IGLIČAR, Albin. Nov poslovniški model zakonodajnega postopka. *Pravna praksa*, 2002, št. 42, str. 19–26.
- IGLIČAR, Albin. Nomotehnične smernice. *Pravna praksa*, 2009, št. 10, str. 29.
- IGLIČAR, Albin. Subjektivni pogledi poslancev na zakonodajo in nomotehniko. *Pravni letopis*, 2009, str. 343.
- KURENT, Andreja. Nujni zakonodajni postopek. *Pravni letopis*, 2013, str. 269.
- KURENT, Andreja. Pogled Zakonodajno-pravne službe Državnega zbora Republike Slovenije na zakonodajni proces in nomotehniko. *Pravni letopis*, 2009, str. 355.
- PALHARTINGER, Mira. Vplivi resolucije (o normativni dejavnosti) na zakonodajni postopek. *Pravni letopis*, 2010, str. 237.
- TRILLER VRTOVEC, Katja. Vloga zakonodajno-pravne službe v ustavnem sporu. *Pravni letopis*, 2019, str. 239.



*Pravni letopis 2022*

Drugo

VI.

NIKA PODAKAR, PETER PODRŽAJ  
*Uresničevanje volilne pravice na volitvah  
v študentski svet Pravne fakultete*



*Strokovni članek*  
UDK 342.8:378:34-057.875

# Uresničevanje volilne pravice na volitvah v študentski svet Pravne fakultete

NIKA PODAKAR  
*diplomirana pravnica (UN), študentka*  
*magistrskega študija na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

PETER PODRŽAJ  
*diplomirani pravnik (UN), študent*  
*magistrskega študija na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Na volitvah izbiramo svoje predstavnike, ki s svojimi odločitvami pomembno vplivajo na naše življenje in oblikujejo našo prihodnost.<sup>1</sup> V družbi smo prepoznali, da sta aktivno državljanstvo in politična participacija mladih pomembni vrednoti. Tovrstne vrednote pa ne bodo nastale same od sebe, temveč jih je treba gojiti že zelo zgodaj. To poskušajo uresničevati številne kampanje in projekti, vendar je bistveno učinkoviteje, če so mladi aktivno vključeni v sam proces oblikovanja odločitev v okoljih, s katerimi so bolj neposredno povezani, na primer dijaška skupnost, dijaška organizacija, študentski svet in študentska organizacija.

Aktivno državljanstvo je zaradi same narave študija še toliko pomembnejše za študente prava. Pretirano bi bilo namreč trditi, da lahko vsak študent vpliva na ureditev državnoborskih volitev. Ne glede na to pa lahko vpliva na ureditev volitev v študentski svet. Če želimo graditi zavedanje, da so legitimne in regularne volitve temelj demokratične ureditve in pravne države, je treba začeti na nižjih ravneh, kamor spadajo tudi volitve v študentski svet. Avtorja se zavedava, da študentskih volitev ni mogoče enačiti z državnoborskimi, kar pa ne pomeni, da so študentske volitve pravni »divji zahod«. Kot študenta prava sva imela možnost sodelovati v procesu volitev v študentski svet,<sup>2</sup> zato bova v nadaljevanju s študijo primera predstavila praktične in teoretične vidike določenih aktualnih pravnih vprašanj, ki so se v zadnjih letih

<sup>1</sup> Grad, Sovdat, Zagorc, str. 79; Sovdat, str. 19.

<sup>2</sup> Nika Podakar je kandidirala v študijskih letih 2020/21, 2021/22 in 2022/23, Peter Podržaj pa v študijskem letu 2021/22.

pojavi v zvezi z uresničevanjem volilne pravice na volitvah v ŠSPF. V praksi se kot problematična kažeta podnormiranost področja in pojav nizke volilne udeležbe.

## 2. Pravna podlaga za volitve v ŠSPF

Študentski svet je organ fakultete, ki ga skladno s Statutom Univerze v Ljubljani (v nadaljevanju: Statut UL)<sup>3</sup> sestavljajo izvoljeni predstavniki študentov z enoletnim mandatom (79. člen Statuta UL). Takšen organ ima tudi Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani (v nadaljevanju: PF). Statut UL določa tudi štiri glavne pristojnosti študentskega sveta: dajanje mnenj in predlogov o vseh zadevah, ki se nanašajo na pravice in dolžnosti študentov, dajanje mnenj o pedagoškem delu v postopkih izvolitve v naziv visokošolskih učiteljev ter visokošolskih in raziskovalnih sodelavcev, oblikovanje mnenj študentov članice za študentski svet univerze, volitve članov organov članice ter predlaganje kandidatov za delovna telesa iz vrst študentov, kadar je tako določeno s pravili članice (81. člen Statuta UL). V praksi pa se študentski svet članice pogosto ukvarja tudi z aktualnimi vprašanji, ki zadevajo študentsko populacijo posamezne fakultete.

Volitve v Študentski svet Pravne fakultete Univerze v Ljubljani (v nadaljevanju: ŠSPF) urejata Pravilnik o volitvah predstavnikov študentov v študentske svete članic in organe članic Univerze v Ljubljani<sup>4</sup> (v nadaljevanju: Pravilnik UL) kot pravilnik, sprejet na ravni Univerze v Ljubljani, ter Pravilnik o volitvah v Študentski svet Pravne fakultete<sup>5</sup> (v nadaljevanju: Pravilnik PF) kot pravilnik, ki specialno ureja volitve predstavnikov študentov na Pravni fakulteti.

Aktivna volilna pravica pomeni pravico voliti, pasivna volilna pravica pa pravico kandidirati.<sup>6</sup> Tako Pravilnik UL kot Pravilnik PF postavljata status študenta fakultete kot glavni pogoj za pridobitev aktivne in pasivne volilne pravice (5. člen Pravilnika UL in 6. člen Pravilnika PF). Oba pravilnika urejata pravno varstvo v primerih kršitve določb pravilnika, torej tudi v primeru kršitve določb, ki urejajo volilno pravico. Za obravnavo pritožb v primeru kršitve bodisi Pravilnika UL bodisi Pravilnika PF je pristojen volilni odbor študentskega sveta Univerze v Ljubljani (v nadaljevanju: VO ŠS UL) (14. člen Pravilnika UL). Instituti, ki omogočajo pravno varstvo, so na voljo, saj je pritožba v primeru kršitev mogoča.

Slednja ugotovitev je pomembna predvsem glede na spoznanja sodne prakse upravnega in vrhovnega sodišča, ki glede volitev v Študentski svet fakultete ne dopušča upravnega spora.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 4/17 in nasl.

<sup>4</sup> Pravilnik o volitvah predstavnikov študentov v študentske svete članic in organe članic Univerze v Ljubljani, zadnja sprememba dne 6. 9. 2021, je dostopen na: [https://www.uni-lj.si/o\\_univerzi\\_v\\_ljubljani/organizacija\\_pravilniki\\_in\\_porocila/organi\\_univerze/studentski\\_svet/dokumenti/akti\\_pravilniki\\_in\\_poslovniki/](https://www.uni-lj.si/o_univerzi_v_ljubljani/organizacija_pravilniki_in_porocila/organi_univerze/studentski_svet/dokumenti/akti_pravilniki_in_poslovniki/) (29. 8. 2022).

<sup>5</sup> Pravilnik o volitvah v Študentski svet Pravne fakultete, zadnja sprememba dne 25. 2. 2022, je dostopen na: <https://www.pf.uni-lj.si/fakulteta/katalog-dokumentov/statut-pravila-poslovna-porocila/> (29. 8. 2022).

<sup>6</sup> Glej: <https://e-kurs.si/komentar/opredelitev-in-razmerje-do-drugih-ustavnih-dolocb-23/> (29. 8. 2022).

Upravno sodišče je s sklepom<sup>7</sup> zavrglo tožbo, s katero se je izpodbijal sklep, ki je razveljavil volitve v Študentski svet na eni od fakultet Univerze na Primorskem. Sodišče je odločitev podkrepilo z argumentom, da navedeni sklep ni upravni akt, ki bi bil izdan v okviru izvrševanja javne funkcije. Sklep je označilo za interni akt, ki je bil izdan v okviru avtonomije univerze, pod katero spadajo tudi volitve organov fakultete (glej osmo alinejo drugega odstavka 6. člena Zakona o visokem šolstvu – ZVis<sup>8</sup>). Določba drugega odstavka 20. člena ZVis pa navaja, da je tudi Študentski svet eden od organov fakultete. Stališču upravnega sodišča je pritrdilo tudi vrhovno sodišče, pri čemer je dodalo, da se varstvo volilne pravice znotraj univerze uveljavlja prek organov univerze, med katere spada tudi pritožbeni organ v volilnih zadevah (na primer VO ŠS UL).<sup>9</sup> Kljub temu vrhovno sodišče dopušča možnost sklicevanja na kršitev ustavne pravice do soodločanja iz 75. člena Ustave Republike Slovenije<sup>10</sup> (URS).<sup>11</sup>

Avtorja meniva, da volilna pravica pri volitvah v Študentski svet fakultete ne more uživati vseh razsežnosti varstva volilne pravice na splošnih volitvah, kar pa ne pomeni, da ne uživa nikakršnega varstva. Zaradi ugotovitve, da sodno varstvo volilne pravice pri volitvah v Študentski svet fakultete ni mogoče, je še toliko pomembnejše, da se varstvo volilne pravice zagotavlja v okviru avtonomije univerze. Kljub pomanjkanju sodnega varstva pred upravnim sodiščem pomeni volilna pravica na volitvah v Študentski svet še vedno pravico, ki zahteva določeno stopnjo zaščite. Skladno s tem morajo biti instituti varstva volilne pravice omogočeni, postopki varstva pa učinkoviti. Varstvo pravice mora namreč biti prilagojeno stopnji pomembnosti pravice.<sup>12</sup> Volilna pravica na študentskih volitvah je manj pomembna od tiste na državnoborskih volitvah, zato bo uživala šibkejšo pravno varstvo. Ker sodno varstvo ni na voljo, mora zaščito volilne pravice v skladu s Pravilnikom UL ter Pravilnikom PF zagotavljati VO ŠS UL. Omenjeni organ izvaja nadzor nad pravilnostjo izvajanja določb volilnih pravilnikov in ščiti pravice, ki izhajajo iz avtonomnih pravnih aktov (glej 14. in 16. člen Pravilnika UL ter 16. člen Pravilnika PF).

### 3. Uresničevanje aktivne volilne pravice upravičeno odsotnih študentov

Sprva je bilo predvideno, da bodo volitve v ŠSPF za študijsko leto 2021/22 potekale zgolj »v živo«, torej da bo mogoče glasovati le na fizičnem volišču na fakulteti.<sup>13</sup> Takšna ureditev

<sup>7</sup> Sklep UP RS III U 231/2021-15 z dne 30. 12. 2021.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 32/12 in nasl.

<sup>9</sup> Sklep VS RS I Up 2/2022 z dne 26. 1. 2022.

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 33/91-I in nasl.

<sup>11</sup> Sklep VS RS I Up 2/2022 z dne 26. 1. 2022.

<sup>12</sup> Glej: <https://e-kurs.si/komentar/omejitve-clovekovih-pravic-sorazmernost/> (29. 8. 2022).

<sup>13</sup> Razpis volitev v ŠSPF, z dne 13. 10. 2021, glej: <https://www.pf.uni-lj.si/media/razpis.volitev.2021.pdf> (29. 8. 2022).

bi bila problematična za študente, ki bi bili na dan volitev na študijski izmenjavi v tujini. To bi pomenilo, da na volitvah ne bi mogli oddati svojega glasu in jim posledično ne bi bilo omogočeno uresničevanje aktivne volilne pravice. Eno temeljnih volilnih načel je tudi načelo enakosti volilne pravice. To načelo zahteva, da so volivci pri pridobitvi volilne pravice in pri njenem uresničevanju obravnavani enako. Enakost volilne pravice pomeni tudi, da ima vsak volivec le en glas in da imajo vsi volivci enako število glasov, prav tako mora biti omogočeno kandidiranje pod enakimi pogoji.<sup>14</sup>

Ureditev, ki določa razlikovanje med študenti, prisotnimi na fakulteti, in upravičeno odsotnimi študenti je nenavadna, saj študijska izmenjava predstavlja legitimen in razumen razlog za to, da študent ne more oddati svojega glasu na volišču v prostorih fakultete. Poleg tega ni razloga za razlikovanje med študenti, ki na študijsko izmenjavo odidejo v zimskem semestru, ter med študenti, ki nanjo odidejo v poletnem semestru. Prvi na volitvah namreč ne morejo glasovati, saj glasovanje praviloma poteka novembra (glej prvi odstavek 8. člena Pravilnika PF). Čeprav je študent na izmenjavi, še vedno ohrani status študenta matične fakultete. Študent, ki nima možnosti oddati svojega glasu, ne more vplivati na to, kdo bo njegov predstavnik, čeprav bo v poletnem semestru prisoten na matični fakulteti.

Problemato bi bilo mogoče razrešiti z alternativnimi načini glasovanja, kot sta elektronsko glasovanje in glasovanje po pošti. Med obema ponujenima alternativama je elektronsko glasovanje cenejši in preprostejši način omogočanja izvrševanja aktivne volilne pravice kar najširšemu krogu volilnih upravičencev. Takšen način glasovanja je v ponovljenem razpisu volitev v študijskem letu 2021/2022<sup>15</sup> uporabila Pravna fakulteta in s tem omogočila, da so tudi študentje na izmenjavi lahko izvrševali svojo aktivno volilno pravico na volitvah predstavnikov v ŠSPF. Elektronsko glasovanje je Pravna fakulteta ohranila tudi v letošnjem študijskem letu, s čimer je sledila navedenemu stališču.

## 4. Uresničevanje pasivne volilne pravice študentov

Pri volilnih opravilih na istih volitvah v študijskem letu 2021/2022 so se pojavile težave tudi pri izvrševanju pasivne volilne pravice. Volilni odbor Pravne fakultete (v nadaljevanju: VO PF) je zavrgel dve kandidaturi, ker po mnenju organa nista vsebovali lastnoročnega podpisa.<sup>16</sup> Določba drugega odstavka 9. člena tedaj veljavnega Pravilnika PF je navajala, da mora kan-

<sup>14</sup> Grad, Sovdat, Zagorc, 2021, str. 121–123.

<sup>15</sup> Ponoven razpis volitev v ŠSPF, glej: <https://www.pf.uni-lj.si/media/razpis.volitev.v.ss.pf.pdf> (29. 8. 2022).

<sup>16</sup> Poročilo volilnega odbora o vloženih kandidaturah na volitvah za člane ŠSPF, z dne 28. 10. 2021, glej: <https://www.pf.uni-lj.si/oglasna-deska/i-stopnja-187/zadnjih-30-novic/porocilo-volilnega-odbora-o-vlozenih-kandidaturah-na-volitvah-za-clane-studentskega-sveta-pravne-fak-53690/> (29. 8. 2022).

didatura med drugim vsebovati lastnoročni podpis kandidata. Pri tem ni bilo navedeno, da bi podpis moral biti izvirni oziroma napisan neposredno z roko na stran dokumenta, temveč le da mora biti podpis lastnoročen. Ena od zavrženih kandidatur je bila podpisana s skeniranim podpisom, podpis druge pa je bil ustvarjen z gibi na pametnem telefonu.<sup>17</sup> Volilni odbor podpisa na obeh kandidaturah ni štel za lastnoročna. Pri tem pa volilni odbor ni upošteval vrste dejstev in pravnih argumentov. Skladno s tem je pomen termina lastnoročni podpis pomenil osrednje pravno vprašanje.

Novejša sodna praksa je zavzela stališče, da fotokopiran ali natisnjen podpis v dvomu pomeni lastnoročni podpis. To je še posebej relevantno pri institutu, ki je tesno povezan s svetom vse hitreje razvijajoče se računalniške tehnologije. Takšno stališče je v sklepu zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani.<sup>18</sup> V omenjenem sklepu je sodišče navedlo, da je že več let v sodni praksi in pravni teoriji zaznati trend, ki presojanje vsebine postavlja nad golo presojanje formalnih predpostavk. Opredelilo se je tudi do funkcije podpisa vloge. Navedlo je, da je funkcija takšnega podpisa pravzaprav potrditev, da je vlogo resnično napisal tisti, ki je naveden v njenih generalijah. V navedenem primeru bi to pomenilo, da lastnoročni podpis izraža avtorizacijo kandidata, da se s kandidaturo strinja. Nadalje je sodišče poudarilo tudi, da je pri testu sorazmernosti treba upoštevati še stopnjo avtorizacijske zaščite, ki jo zahteva konkretno stanje. To pa je odvisno od možnosti zlorab in teže posledic v primeru zlorabe. V praksi so zlorabe podpisa na vlogi za kandidaturo zelo redke oziroma le teoretične. Vložena vloga kandidatoma ni dala nobenih neposredno materialnih ugodnosti, temveč jima je omogočila le kandidiranje na volitvah, kar pa ne posega v pravice drugih oseb. V tem se avtorizacijska funkcija lastnoročnega podpisa na vlogi bistveno razlikuje od na primer podpisov na pogodbah in drugih dokumentih, ki osebi prinašajo neposredno materialno korist, ali podpisov, ki so potrebni zaradi varnosti (na primer pri vstopu v varovani objekt). Hkrati se s tem, ko bi volilni odbor potrdil obe kandidaturi, drugim osebam ne bi poseglo v njihove pravice.

V pritožbenem postopku je VO ŠS UL pritrdil argumentom pritožnikov. V obrazložitvi svoje odločitve je poudaril, da »[...] morajo z vidika sodobnega razvoja volilni odbori fakultet termin digitalni podpis interpretirati široko in z vidika namena samega podpisa, ki je torej avtorizacija. Dejstvo, da na kandidaturi ni izvirnega podpisa, temveč le fotokopija tega oziroma je podpis izveden z elektronskimi sredstvi, še ne dokazuje, da candidature ni podpisal kandidat

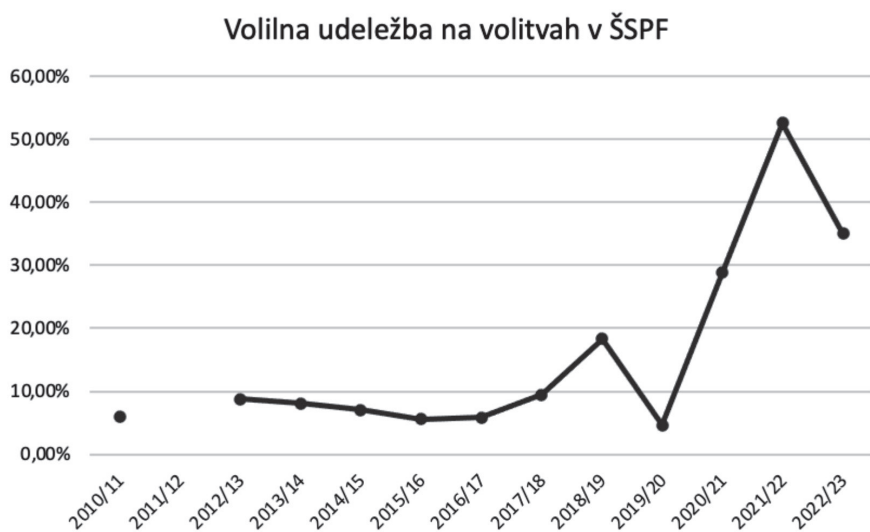
<sup>17</sup> Prvi podpis je bil lastnoročno ustvarjen na kos papirja z zapisom candidature, nato pa dokument v celoti (kandidatura skupaj s podpisom) skeniran in poslan po elektronski pošti ter v nadaljevanju natisnjen in vložen v fizični obliki. Medtem pa je bil drugi podpis ustvarjen na telefonu z gibi roke neposredno v dokument z uporabo posebne storitve aplikacije Microsoft Office. Takšen način podpisovanja se od klasičnega podpisovanja s pisalom na papir bistveno ne razlikuje. Gre namreč za unikatne gibe roke, le da medij prenosa nista pisalo in papir, temveč prst in zaslon telefona. Tako podpisani dokument je bil nato izvožen in poslan kot PDF-dokument ter v nadaljevanju natisnjen in vložen v fizični obliki.

<sup>18</sup> Sklep VSL II Cp 1344/2019 z dne 18. 9. 2019.

oz. da te kandidature ni moč šteti kot digitalno podpisane». <sup>19</sup> Organ je s sklepom še odločil, da se pritožbama ugotovi in sklepa o zavrženju obeh kandidatur odpravita, Pravni fakulteti pa je naložil ponovitev razpisa volitev v ŠSPF ter ponovitev volilnih opravil. <sup>20</sup> Glede na navedeno se je spremenil tudi Pravilnik PF, ki pa te problematike ni odpravil v celoti.

## 5. Volilna udeležba na volitvah v ŠSPF – pomen kompetitivnosti in dostopnosti

Volitve štejemo za legitimne, če imajo volivci široko možnost uresničevanja volilne pravice in če je volilni spor dostopen, presoja pa učinkovita. <sup>21</sup> Na legitimnost volitev pa vplivata tudi njihova dostopnost in kompetitivnost, slednje se kaže tudi pri volilni udeležbi. <sup>22</sup> Na volitvah v ŠSPF je bila volilna udeležba v preteklosti tradicionalno slaba, v zadnjih letih pa se je bistveno povečala, kar je razvidno tudi na spodnjem grafu in v tabeli.



<sup>19</sup> Sklep o pritožbi študentke Nike Podakar, z dne 5. 11. 2021, dostopno na: [https://drive.google.com/file/d/1oBu3F064KyCAHmf2-ck\\_1w\\_Uh6Fy\\_ulp/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1oBu3F064KyCAHmf2-ck_1w_Uh6Fy_ulp/view?usp=sharing) (29. 8. 2022), in Sklep o pritožbi študenta Petra Podržaja, z dne 5. 11. 2021, dostopno na: [https://drive.google.com/file/d/1AibyLaJpL\\_7fcBGMMjEu1WEIXjOE\\_xqou/view?usp=sharing](https://drive.google.com/file/d/1AibyLaJpL_7fcBGMMjEu1WEIXjOE_xqou/view?usp=sharing) (29. 8. 2022).

<sup>20</sup> Prav tam.

<sup>21</sup> Grad, Sovdat, Zagorc, 2021, str. 233; Sovdat, 2013, str. 25.

<sup>22</sup> Grad, Sovdat, Zagorc, 2021, str. 245.

| Leto    | Št. študentov,<br>ki so glasovali | Vsi<br>študentje | Št.<br>kandidatov | Elektronske<br>volitve (D/N) | Volilna<br>udeležba |
|---------|-----------------------------------|------------------|-------------------|------------------------------|---------------------|
| 2010/11 | 126                               | 2120             | 12                | 0                            | 5,94 %              |
| 2011/12 |                                   |                  |                   |                              |                     |
| 2012/13 | 153                               | 1742             | 15                | 0                            | 8,78 %              |
| 2013/14 | 114                               | 1419             | 12                | 0                            | 8,03 %              |
| 2014/15 | 104                               | 1486             | 11                | 0                            | 7,00 %              |
| 2015/16 | 77                                | 1379             | 9                 | 0                            | 5,58 %              |
| 2016/17 | 81                                | 1392             | 9                 | 0                            | 5,82 %              |
| 2017/18 | 118                               | 1254             | 12                | 0                            | 9,41 %              |
| 2018/19 | 217                               | 1183             | 13                | 0                            | 18,34 %             |
| 2019/20 | 52                                | 1123             | 9                 | 0                            | 4,63 %              |
| 2020/21 | 321                               | 1109             | 10                | 1                            | 28,94 %             |
| 2021/22 | 609                               | 1157             | 17                | 1                            | 52,64 %             |
| 2022/23 | 405                               | 1157             | 14                | 1                            | 35,00 %             |

V preteklosti se je volilna udeležba na volitvah v ŠSPF gibala med 5 in 8 odstotki, v zadnjih letih pa je narasla na 18,34 odstotka, 28,94 odstotka in dosegla vrh z 52,64 odstotka v študijskem letu 2021/2022, na zadnjih volitvah pa je padla na 35 odstotkov. Za primerjavo je bila volilna udeležba na državnoborskih volitvah leta 2018 prav tako 52,64 odstotka,<sup>23</sup> leta 2022 pa 70,97 odstotka.<sup>24</sup>

Takšen trend naraščanja volilne udeležbe zahteva analizo razlogov, ki so prispevali k tako visoki volilni udeležbi v zadnjih treh letih, z namenom da bi se tudi v prihodnje lahko ohranila taka množična participacija študentov na volitvah v Študentski svet. Glede na razpoložljive podatke sva izluščila dva dejavnika, ki bi lahko prispevala k večji volilni udeležbi. Ta dejavnika sta število kandidatov na volitvah, s čimer sva skušala zajeti element kompetitivnosti, ter dejavnik, ali so bile volitve izvedene elektronsko ali zgolj v klasični obliki s fizično prisotnostjo, s čimer sva skušala zajeti element dostopnosti volitev. Večkratna regresijska analiza, s katero sva preverila vpliv obeh dejavnikov (neodvisnih spremenljivk) na končno volilno udeležbo (odvisna spremenljivka), je pokazala, da je zlasti elektronska izvedba volitev pomembno vplivala

<sup>23</sup> Volilna udeležba za celotno Slovenijo, glej: <https://www.dvk-rs.si/arhivi/dz2018/#/udelezba> (29. 8. 2022).

<sup>24</sup> Izidi glasovanja, glej: <https://volitve.dvk-rs.si/#/rezultati> (29. 8. 2022).

na končno volilno udeležbo.<sup>25</sup> V zvezi z dostopnostjo je tako poseben porast volilne udeležbe mogoče opaziti v zadnjih treh letih, ko so bile volitve zaradi epidemije izvedene elektronsko.

Prav tako tudi število kandidatov na volitvah vpliva na volilno udeležbo. Slednje je zlasti razvidno z volitev v študijskih letih 2019/20, 2016/17 in 2015/16, ko je za devet mest v ŠSPF kandidiralo zgolj devet kandidatov, vsi pa so bili člani iste študentske organizacije/skupine. Najnazornejši prikaz tega so volitve 2019/20, ko se je od 1123 študentov PF (volilnih upravičencev) volitev udeležilo zgolj 52 volivcev (4,63-odstotna volilna udeležba). Nasprotno se je volitev v študijskem letu 2021/22 od 1157 študentov udeležilo rekordnih 609 volivcev (52,64-odstotna volilna udeležba). Ravno na slednjih sta bila ključna oba omenjena dejavnika, volitve so bile namreč izvedene elektronsko, poleg tega pa se je za mesto v ŠSPF potegovalo 17 kandidatov, kar je največ kandidatov do sedaj.

Poleg omenjenih dveh dejavnikov (število kandidatov in elektronsko glasovanje) na volilno udeležbo vplivajo tudi drugi (bolj vsebinski) dejavniki. Ti povečujejo dostopnost, predvsem pa kompetitivnost volitev, vendar zaradi pomanjkanja celostnih podatkov v tej analizi niso bili zajeti. Misliva zlasti vsebino predvolilnih programov, njihovo predstavitev volivcem, priljubljenost, zavzetost in predanost kandidatov ter predstavitev in soočenje kandidatov ter njihovih programov. V zvezi z navedenim bi poudarila predvsem pomen trajanja predvolilne kampanje (tj. obdobje od dneva potrditve kandidatur do dneva volitev), ki je v študijskem letu 2021/2022 zaradi razveljavitve in ponovnega razpisa volitev trajala bistveno dlje (približno tri tedne) kot pa v preteklih letih, ko je trajala samo od tri do štiri dni. Daljša predvolilna kampanja je namreč omogočila, da so se kandidati bistveno bolj posvetili vsebini svojih programov, volivci pa so imeli na voljo več časa, da so se seznanili z njihovo vsebino. Skladno s tem bi bilo smiselno v prihodnje spremeniti določbe Pravilnika PF tako, da bi se obdobje predvolilne kampanje podaljšalo vsaj na dva tedna. Prav tako bi bilo smiselno in zaželeno, da bi fakulteta v obdobju predvolilne kampanje zagotovila več površin za oglaševanje kandidatov in njihovih programov, s čimer bi se ustvaril vtis, da so volitve v ŠSPF dejansko zelo pomembne. En plakat na oglašni deski namreč teoretično zagotovi seznanitev s kandidati in njihovimi programi, dejanski in praktičen učinek takšnega oglaševanja pa je zanemarljiv. Ne nazadnje bi bilo v prihodnje tudi smiselno, da bi študentje v prostorih fakultete organizirali vsaj eno javno soočenje vseh kandidatov in njihovih programov, s čimer bi bistveno povečali kompetitivnost in vsebinsko obravnavanje programov ter zagotovili študentom dejansko možnost, da sprejmejo informirano odločitev o tem, kdo naj jih zastopa kot njihov predstavnik v ŠSPF in posledično drugih organih fakultete.

---

<sup>25</sup> Glej Prilogo.

## 6. Sklep

Predstavila sva ključna pravna vprašanja glede uresničevanja volilne pravice na volitvah v ŠSPF. To so problematike, ki so po svoji naravi takšne, da se pojavljajo v zvezi z vsakokratnimi študentskimi volitvami. Na zadnjih volitvah v ŠSPF so bile nekatere obravnavane problematike odpravljene z *ad hoc* rešitvami, vendar bi bilo smiselno navedeno urediti na trajnejši način, najlažje z ustreznimi spremembami Pravilnika PF. To bi pripomoglo k povečani legitimnosti volitev, kar bi vplivalo na pozitiven odnos študentov prava do procesa volitev. Skladno z rezultati analize volitev v ŠSPF bi bilo tudi smiselno spremeniti Pravilnik PF, z namenom da se zagotovi in ohrani tako visoka volilna udeležba ob hkratnem zagotavljanju poštenih, pluralnih in verodostojnih volitev. Pri tem bi bilo zlasti smiselno določiti, da se volitve v ŠSPF primarno izvajajo v elektronski obliki, s čimer bi se omogočil enostaven in enak dostop do glasovanja vsem študentom PF. Prav tako bi bilo v prihodnjih letih treba omogočiti daljšo predvolilno kampanjo, v kateri bi bilo smiselno organizirati tudi predvolilna soočenja kandidatov. Če želimo ozaveščene državljane, je treba participacijo in odnos do pomena volitev gojiti že na fakulteti, to pa velja še toliko bolj za pravno fakulteto in študente prava.

## Literatura

- GRAD, Franc, SOVDAT, Jadranka, ZAGORC, Saša. *Volilno pravo*. Ljubljana: Litteralis, 2021.  
SOVDAT, Jadranka. *Volilni spor*. Ljubljana: GV Založba, 2013.  
SOVDAT, Jadranka. *Opredelitev in razmerje do drugih ustavnih določb*, <https://e-kurs.si/komentar/opredelitev-in-razmerje-do-drugih-ustavnih-dolocb-23/> (29. 8. 2022).  
TESTEN, Franc. *Omejitve človekovih pravic – sorazmernost*, <https://e-kurs.si/komentar/omejitve-clovekovih-pravic-sorazmernost/> (29. 8. 2022).

Priloga: Večkratna regresijska analiza

```
Call:
lm(formula = Udelezba ~ Kandidati + Elektronsko, data = Volilna_udelezba)

Residuals:
    Min       1Q   Median       3Q      Max
-0.068653 -0.027270 -0.003073  0.022287  0.069814

Coefficients:
            Estimate Std. Error t value Pr(>|t|)
(Intercept) -0.149379   0.070721  -2.112  0.06384 .
Kandidati    0.020391   0.006088   3.350  0.00853 **
Elektronsko  0.259321   0.034176   7.588  3.37e-05 ***
---
Signif. codes:  0 '***' 0.001 '**' 0.01 '*' 0.05 '.' 0.1 ' ' 1

Residual standard error: 0.04663 on 9 degrees of freedom
(1 observation deleted due to missingness)
Multiple R-squared:  0.9235,    Adjusted R-squared:  0.9065
F-statistic: 54.35 on 2 and 9 DF,  p-value: 9.455e-06
```





*Pravni letopis 2022*

Povzetki  
Abstracts

VII.

UDK 347.5(497.4)

Pravni letopis 2022, str. 9–27

DAMJAN MOŽINA

## Obseg varstva pravnih dobrin v deliktnem pravu: kako generalna je generalna klavzula

Prispevek podaja kratek pregled slovenskega nepogodbenega odškodninskega prava z vidika varstva različnih pravnih interesov (pravnih dobrin). Nekateri pravni redi omejujejo varstvo nekaterih interesov (dobrin), kar velja zlasti za t. i. čisto premoženje (varstvo pred posegi v premoženje, ki jih ne spremlja poseg v oškodovančevo telo ali lastnino). Iz generalne klavzule francoskega tipa, na kateri temelji slovensko deliktno pravo, takšne omejitve ne izhajajo. Vendar to ne pomeni, da so vse pravne dobrine varovane pod enakimi pogoji. Tudi za slovensko pravo velja, da je za odškodninsko varstvo pred nekaterimi posegi v golo premoženje treba izkazati dodatne predpostavke, na primer nemoralnega ravnanja (nelojalna konkurenca) ali zavestne zlorabe (zloraba pravice). Sodna praksa je po zgledu iz primerjalnega prava razvila institut odgovornosti za strokovno mnenje pod pogojem »specialnega razmerja«, v katerem se prejemnik mnenja lahko upravičeno zanese na pravilnost, ponudnik pa to lahko predvidi. V primerih, kjer fizična škoda nastane eni osebi, nato pa se škoda odrazi (tudi) pri drugi osebi (posredna premoženjska škoda), sodna praksa cilja omejitve odgovornosti dosega posredno, preko pojmovanja vzročne zveze (z razlikovanjem neposrednih in posrednih škod).

**Ključne besede:** nepogodbeno odškodninsko pravo, varstvo pravnih dobrin, čista premoženjska škoda, generalna klavzula

*UDC 347.5(497.4)**Pravni letopis 2022, pp. 9–27*

DAMJAN MOŽINA

**Scope of protection of interests in tort law: how general is the general clause?**

The paper provides a brief overview of Slovenian tort law from the point of view of the protection of various legal interests. Some legal systems limit the protection of certain interests, particularly with regard to pure economic loss (patrimonial loss not accompanied by interference with the body or property of the injured party). Such restrictions do not arise from the French-type general clause on which Slovenian tort law is based. However, this does not mean that all legal interests are protected under the same conditions. For some claims regarding pure economic loss additional criteria have to be met, such as immoral behaviour (unfair competition) or deliberate abuse (abuse of rights). Following the examples from comparative law, the courts have developed the institute of liability for expert opinion under the condition of a "special relationship", in which the recipient of the opinion, although without a contract with the expert, can reasonably rely on it and the expert can anticipate it. In cases where physical injury occurs to one person, and then the damage is (also) reflected in another person's pecuniary loss (indirect loss), the courts achieve the goal of limitation of liability indirectly, through the concept of causation (by distinguishing between direct and indirect losses).

**Keywords:** tort law, protection of legal interests, pure economic loss, general clause

UDK 347.426.6

Pravni letopis 2022, str. 29–48

PETRA WEINGERL

## Nekompenzatorna povrnitev škode

Prispevek obravnava elemente nekompenzatorne odškodnine v domačem pravnem redu, pri čemer se osredotoča na pravna sredstva, ki jih najdemo zunaj okvira splošnega obligacijskega prava, torej na posebnih pravnih področjih. Ta pravna sredstva pogosto vstopajo v domač pravni red na podlagi prenosa prava EU, zato je nujno poznavanje evropske zakonodaje in sodne prakse SEU glede pravnih sankcij za kršitev prava EU. Glede na to je ključna t. i. triada načel – učinkovitosti, sorazmernosti in odvratilnosti. Iz obravnavanih primerov vidimo, da v slovenski zakonodaji obstajajo določbe, ki odkrito želijo doseči odvratilni namen, vendar je njihova odvratilnost v praksi vprašljiva. Instituti, za katere bi na podlagi terminologije lahko domnevali, da gre za institute, ki želijo doseči namen preprečitve in morebiti tudi kaznovanja, so v praksi pogosto oblikovani in razlagani tako, da te namene težko dosežejo.

**Ključne besede:** nekompenzatorna povrnitev škode, odškodnina, odvratilnost, preprečitev, kaznovanje, triada načel

UDC 347.426.6

*Pravni letopis 2022, pp. 29–48*

PETRA WEINGERL

## **Non-compensatory damages**

The paper discusses elements of non-compensatory damages in the domestic legal order, focusing on legal remedies that are found outside the framework of general law of obligations, i.e. in specific legal areas. These legal remedies often enter the legal landscape on the basis of the transposition of EU law, therefore familiarity with EU legislation and the case law of the Court of Justice of the EU regarding legal sanctions for breaches of EU law is essential. In this light, the so-called triad of principles - effectiveness, proportionality and deterrence - plays an important role. The analysis shows that there are provisions in the Slovenian legislation that openly pursue a deterrent purpose, but their deterrence in practice is questionable. Institutes that, based on the terminology, could be assumed to pursue the purpose of prevention and possibly also punishment are often designed and interpreted in such a way that they hardly achieve these purposes in practice.

**Keywords:** non-compensatory damages, compensation, deterrence, prevention, punishment, triad of principles

*UDK 349.6:347.426.6**Pravni letopis 2022, str. 49–63*

KARMEN LUTMAN

## **Okoljska škoda in njena povrnitev**

Zaradi naraščajoče skrbi za okolje in glede na trajnostni razvoj mehanizmi za preprečevanje in sanacijo okoljske škode postajajo vse pomembnejši. V slovenskem pravu so ukrepi, povezani z okoljsko škodo, v domeni upravnega prava, medtem ko je varstvo okolja v civilnem pravu sorazmerno omejeno. Tako tudi okoljska škoda v klasičnem odškodninskem pravu ni pravno priznana. Primerjalnopravni trendi kažejo, da ima lahko civilno pravo v razmerju do drugih pravnih področij komplementarno funkcijo v boju za okolju prijaznejše prakse in upočasnitev podnebnih sprememb. V članku so predstavljene nekatere tovrstne prakse iz tujine, zlasti francosko pravo, ki je z novelo Code civil uzakonilo institut civilnopravne odgovornosti za okoljsko škodo. Članek obravnava tudi naraščajoči trend horizontalnih podnebnih tožb, ki v Evropi dobivajo prve sodne epilogue.

**Ključne besede:** varstvo okolja, okoljska odgovornost, okoljska škoda, deliktno pravo, odškodnina, podnebne spremembe, podnebne tožbe

UDC 349.6:347.426.6

*Pravni letopis 2022, pp. 49–63*

KARMEN LUTMAN

## **Environmental liability and compensation for environmental damage**

Due to the growing concern for the environment and in promoting the goals of sustainable development, mechanisms for the prevention and remediation of environmental damage are gaining increasing importance. In Slovenian law, measures related to environmental damage are in the domain of administrative law, while private law has a rather limited role in environmental protection. Environmental damage is not legally recognized in Slovenian tort law. However, comparative trends show that private law can have a complementary function in achieving more environmentally friendly practices and in slowing down of climate change. The author discusses some of these practices from abroad, especially in French law, which introduced the concept of civil liability for environmental damage in the Civil Code. The article furthermore analyses the growing trend of climate change litigation in horizontal relationships.

**Keywords:** environmental protection, environmental liability, environmental damage, tort law, compensation, climate change, climate change litigation

UDK 347.447.63:338.5

Pravni letopis 2022, str. 67–99

MITJA KOVAČ

## Sprememba tržnih cen kot spremenjene okoliščine

Številni pravniki so bili v zadnjih štirih letih pri vsakodnevnem sklepanju pogodb izpostavljeni izjemnim negotovostim in tveganjem. Negotovi izidi brexita, vojne v Ukrajini in pandemije covid-19 ter iz njih izhajajoče tržna nestabilnost in nepričakovane spremembe tržnih cen ter razprava o ustrezni uporabi doktrine o razvezi ali spremembi pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin spadajo med najzahtevnejša vprašanja sodobne pravne znanosti in pogodbenega prava. Ta članek prispeva k obsežni znanstveni razpravi o tem, ali se spremembe tržnih cen, ki so nastale kot posledica pandemije covid-19 in vojne v Ukrajini, lahko štejejo za spremenjene okoliščine. Ta prispevek povzema in sistematizira dosedanje pravno-ekonomsko in behavioristično literaturo s področja spremenjenih okoliščin in z dodajanjem nekaterih novih pogledov podaja priporočila, komentarje in predloge slovenskemu zakonodajalcu, pravnikom ter še posebej pravno-ekonomski znanosti. Poleg tega prispevek dodaja konceptualni okvir za izboljšano pravno intervencijo v primeru spremenjenih okoliščin, ko mora sodišče odločiti, ali se določen dogodek opredeli kot spremenjena okoliščina in ali se naj zaradi tega pogodba razveže, spremeni ali preprosto uveljavi.

**Ključni pojmi:** spremembe tržnih cen, negotovosti in tveganja, spremenjene okoliščine, pogodbeno pravo

UDC 347.447.63:338.5

*Pravni letopis 2022, pp. 67–99*

MITJA KOVAČ

## **Change of market prices as change of circumstances**

During the past four years, many lawyers have been exposed to extreme uncertainties and risks in their daily contracting. The uncertain outcomes of Brexit, the war in Ukraine and the covid-19 pandemic, as well as the resulting market instability and unexpected changes in market prices, as well as the debate on the appropriate application of the doctrine of discharge or adjustment of the contract due to unforeseen contingency, are among the most challenging issues of modern jurisprudence and contract law. This article contributes to the extensive scholarly debate on whether changes in market prices resulting from the covid-19 pandemic and the war in Ukraine can be considered as changed, unforeseen circumstances. This paper summarizes and systematizes the current legal-economic and behavioural literature in the field of changed circumstances and, by adding some new views, gives recommendations, comments and suggestions to Slovenian legislators, lawyers and especially legal-economic science. In addition, the paper adds a conceptual framework for an improved legal intervention in the case of changed circumstances, when the courts has to decide whether a certain event is defined as an unforeseen contingency and changed circumstance and whether, as a result, the contract should be terminated, adjusted or simply enforced.

**Keywords:** change of market prices, uncertainty and risks, unforeseen contingencies, contract law

*UDK 347.44:624:338.5**Pravni letopis 2022, str. 101–114*

MIHA JUHART

## **Sprememba cene v gradbeni pogodbi**

Avtor obravnava mehanizem spremembe cene pri gradbeni pogodbi. To je posebna oblika spremenjenih okoliščin. Mehanizem spremembe cene ima po pravilih OZ naravo kogentnega pravila in se uporablja tudi pri pogodbah z nespremenljivo ceno. Tudi Posebne gradbene uzance urejajo mehanizem spremembe pogodbene cene. Ureditev je nekoliko drugačna od zakonske in je za izvajalca nekoliko ugodnejša. Avtor razpravlja o ključnih problemih uveljavljanja pravice do spremembe pogodbene cene zaradi zvišanja cen materiala in dela. Če gradbena pogodba vsebuje pogodbeno določilo o nespremenljivi ceni, je izvajalec upravičen do spremembe pogodbene cene, če se cene zvišajo za več kot 10 odstotkov. Posebna pozornost je namenjena tudi pogodbam, sklenjenim v postopku javnega naročanja.

**Ključne besede:** gradbena pogodba, sprememba cene, Posebne gradbene uzance, javno naročanje

Pravni letopis 2022, pp. 101–114

### Adjustment of price in construction contracts

**Keywords:** construction contract, price adjustment, public procurement, Special Rules for Construction Contracts (Posebne gradbene uzmace)

**Keywords:** construction contract, price adjustment, public procurement, Special Rules for Construction Contracts (Posebne gradbene uzmace)

UDK 347.921.2:347.921.6

Pravni letopis 2022, str. 117–142

MARKO DJINOVIĆ

## **Stroški postopka in financiranje kolektivne tožbe po Zakonu o kolektivnih tožbah**

Pred petimi leti je bil sprejet Zakon o kolektivnih tožbah (ZKoIT), ki je v pravnem redu Republike Slovenije zagotovil možnost uveljavljanja kolektivne odškodninske tožbe v primeru določenih množičnih oškodovanj, enotno ureditev kolektivnih opustitvenih tožb in kolektivno poravnavo.

Stroške postopka in financiranje kolektivne tožbe ZKoIT ureja v V. poglavju, pri čemer v slovenski pravni red uvaja nekatere nove pravne institute. To so financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe (TPLF), *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja in varščina za stroške postopka. Slovenija tako spada med redke države članice EU, ki zakonsko urejajo institut financiranja kolektivne tožbe s strani tretjih oseb.

ZKoIT pri urejanju financiranja kolektivne tožbe s strani tretjih oseb večinoma nekritično prenaša Priporočilo Evropske komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije 2013/396/EU, s tem pa tudi njegove številne pomanjkljivosti in protislovja.

V prispevku potrdim tezo, da je glede na ureditev iz 59. člena ZKoIT pristno (*stricto sensu*) financiranje kolektivne tožbe s strani tretje osebe dejansko onemogočeno, saj je strukturirano kot dolžniški instrument (posojilo). Na njegovo mesto pa stopa sporno *sui generis* odvetniško financiranje kolektivne tožbe s prevzemom stroškovnega tveganja iz 61. člena ZKoIT, pri čemer pa ni povsem jasno, ali (tudi) zanj veljajo jamstva in varovalke iz 59. člena ZKoIT.

V prispevku z analizo določb V. poglavja ZKoIT poudarjam odprta vprašanja uporabe instituta financiranja kolektivne tožbe s strani tretje osebe, iščem odgovore nanje in slovenskim sodiščem ponujam oporne točke za napolnjevanje številnih pravnih standardov, s katerimi je prežeta ureditev v ZKoIT. Sklepno predlagam tudi razmislek o mogočih sistemskih spremembah in dopolnitvah V. poglavja ZKoIT glede na nedavno sprejeto Resolucijo Evropskega parlamenta z dne 13. septembra 2022 s priporočili Komisiji za odgovorno zasebno financiranje pravnih postopkov (2020/2130(INL)).

**Ključne besede:** kolektivne tožbe, Zakon o kolektivnih tožbah, ZKoIT, stroški postopka, financiranje pravde s strani tretje osebe, TPLF

UDC 347.921.2:347.921.6

*Pravni letopis 2022, pp. 117–142*

MARKO DJINOVIC

## **Procedural costs and third-party litigation funding of collective redress under the Slovenian collective actions act**

Five years ago, the Slovenian Collective Actions Act (ZKolT) was adopted, which in the legal order of the Republic of Slovenia ensured the possibility of compensatory and injunctive collective redress, as well as collective settlement.

Procedural costs and the financing (funding) of collective actions are regulated by the ZKolT in Chapter V, introducing some new legal institutes into the Slovenian legal order, i.e. third-party litigation funding of collective redress (TPLF); *sui generis* attorney funding of collective redress with assumption of cost risk; and security for costs. Slovenia is thus one of the few EU member states that regulate the institution of TPLF of collective actions.

In regulating TPLF of collective redress, the ZKolT cursory transfers the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law (2013/396/EU), thereby as well as its many flaws and contradictions.

In the contribution, I confirm the thesis that according to the regulation from Article 59 of the ZKolT, genuine (*stricto sensu*) TPLF of collective actions is virtually impossible, since it is structured as a debt instrument (loan). In its place comes the controversial *sui generis* attorney financing of collective actions with the assumption of cost risk (Article 61 of the ZKolT), but it is not clear whether the guarantees and safeguards from Article 59 of the ZKolT apply to it.

In the contribution, through the analysis of the provisions of Chapter V of the ZKolT, I highlight intricate issues of the application of TPLF of collective redress, seek for answers, and offer Slovenian courts points of reference for interpreting the numerous legal standards of the ZKolT. I conclude by proposing a reflection on possible systemic changes and additions to Chapter V of the ZKolT, in light of the recently adopted Resolution of the European Parliament of September 13, 2022, with recommendations to the Commission for Responsible Private Financing of Litigation Procedures (2020/2130(INL)).

**Keywords:** collective redress, Collective Actions Act, procedural costs, third party litigation funding, TPLF, ZKolT

*UDK 331.109-057.15:331.109:347.922.7**Pravni letopis 2022, str. 143–159*

URŠA KLEMENČIČ

## **Uporaba Zakona o kolektivnih tožbah v praksi**

Zakon o kolektivnih tožbah (ZKoIT) se je v Sloveniji začel uporabljati 21. 4. 2018, prva kolektivna odškodninska tožba pa je bila vložena 20. 7. 2018, in sicer s področja individualnih delovnih sporov. S kolektivno tožbo je sindikat v imenu zaposlenih pri Republiki Sloveniji, Ministrstvu za obrambo, zahteval plačilo odškodnine zaradi kršitve pravice do odmora med delovnim časom in neplačanega časa primopredaje ob menjavi izmen. Kolektivna tožba ni bila dopuščena, ker je bilo ugotovljeno, da ne gre za spor, ki bi bil primeren za obravnavo po ZKoIT zaradi prevladovanja individualnih okoliščin posameznih članov skupine. Ker je šlo za prvi primer kolektivne odškodninske tožbe, še ni bilo izoblikovane sodne prakse na tem področju, zato se je ob obravnavi pojavilo več dilem, ki bodo predstavljene v nadaljevanju.

**Ključne besede:** ZKoIT, dopustnost kolektivne tožbe, popolnost kolektivne tožbe, sodelovanje zainteresiranih oseb, pogoji za odobritev kolektivne odškodninske tožbe

UDC 331.109-057.15:331.109:347.922.7

*Pravni letopis 2022, pp. 143–159*

URŠA KLEMENČIČ

## **Collective Actions Act in judicial procedure**

In Slovenia application of Collective Actions Act (CCA) began on 21. April 2018. The first collective action was filed on 20. July 2018 from the field of labor law. Union demanded damages from the State, Ministry of Defense in the name of employees for lunch breaks which were not guaranteed and non-paid overtime work during handing over the shifts. The collective action was denied because individual facts dominated over common facts of the members of the collective action. Because it was the first collective action in Slovenia, numerous questions arose during the procedure.

**Keywords:** Slovenian Collective Actions Act, collective action, admissibility of a collective action, completeness of action, participation of persons with interest, conditions for certification of a collective action

*UDK 366.5:339.186:004.9**Pravni letopis 2022, str. 163–184*

JERNEJ RENKO

## **Nova ureditev potrošnikovih pravic v primeru dobave digitalnih vsebin in storitev**

Direktiva (EU) 2019/770 o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev na področje potrošniškega pogodbenega prava prinaša novo posebno ureditev potrošnikovih pravic v primeru, ko je predmet pogodbe med trgovcem in potrošnikom digitalna vsebina ali storitev. Potrošniki, ki v zameno za digitalno vsebino ali storitev trgovcu posredujejo osebne podatke, so v pravicah izenačeni s tistimi, ki kupnino plačajo v denarju. Prispevek se osredotoča na celostno predstavitev področja uporabe Direktive (EU) 2019/770 in posameznih potrošnikovih pravic glede dobave, zahtev za skladnost digitalne vsebine in storitve, jamčevalnih zahtevkov in drugih pravic ter poudarja določene prednosti in pomanjkljivosti na novo sprejete ureditve. Avtor ob opiranju na nemško implementacijo Direktive (EU) 2019/770 v nemški BGB predlaga nekatere prijeme, ki bi jih lahko uporabil tudi slovenski zakonodajalec pri implementaciji direktive v novelo Zakona o varstvu potrošnikov.

**Ključne besede:** Direktiva (EU) 2019/770 o dobavi digitalnih vsebin in digitalnih storitev, DCSD, potrošniško pogodbeno pravo, zahteve za skladnost, jamčevalni zahtevki, Zakon o varstvu potrošnikov, potrošniška prodaja, plačilo digitalnih vsebin in storitev z osebnimi podatki

UDC 366.5:339.186:004.9

*Pravni letopis 2022, pp. 163–184*

JERNEJ RENKO

## **New consumer rights regime in the case of the supply of digital content and services**

Directive (EU) 2019/770 on the supply of digital content and services introduces a new specific regime of consumer rights in the area of consumer contract law where the subject-matter of a contract between a trader and a consumer constitutes digital content or services. Consumers who provide personal data to a trader in exchange for digital content or services have equal contract rights as those who pay the purchase price in cash. This article focuses on a comprehensive presentation of the scope of Directive (EU) 2019/770 and of individual consumer rights with regard to supply, conformity requirements for digital content and services, contractual remedies and other rights, and highlights some advantages and disadvantages of the newly adopted regime. The author, relying on the German implementation of Directive (EU) 2019/770 in the German BGB, suggests some approaches that could also be used by the Slovenian legislator when implementing the Directive in the amendment to the Consumer Protection Act.

**Keywords:** Directive (EU) 2019/770 on the supply of digital content and digital services, DCSD, consumer contract law, conformity requirements, contractual remedies, slovenian Consumer Protection Act, consumer sales, payment for digital content and services with personal data

UDK 347.45:004.9

Pravni letopis 2022, str. 185–205

JANEZ SEKIRNIK

## **Sklepanje in izvrševanje pravnih poslov pri uporabi decentraliziranih aplikacij**

Prispevek obravnava posebnosti sklepanja in izvrševanja pravnih poslov pri uporabi decentraliziranih aplikacij. To so digitalne platforme z decentralizirano arhitekturo delovanja. Narava in struktura razmerij na njih sta drugačni od za digitalne platforme tipičnega pogodbenega trikotnika med ponudnikom, povpraševalcem in digitalno platformo.

Narava in vsebina razmerij med uporabniki in decentralizirano aplikacijo sta odvisni od stopnje decentraliziranosti aplikacije in tipa decentralizirane aplikacije. Stopnja (de)centraliziranosti aplikacije določa (ne)obstoje subjekta – nosilca pravic in obveznosti na strani decentralizirane aplikacije in s tem (ne)obstoje razmerij med njim in uporabniki. Od tipa decentralizirane aplikacije pa sta odvisna vloga pametnih pogodb, ki jo sestavljajo, in posledično pomen transakcije pri sklepanju in izvrševanju pravnega posla prek decentralizirane aplikacije. Transakcija uporabnika prek pametne pogodbe določene decentralizirane aplikacije lahko pomeni le izvršitev razpolagalnega pravnega posla ali pa tudi izjavo volje za sklenitev zavezovalnega pravnega posla z vsebino, kot jo določa pametna pogodba.

Raznolikost pojavnih oblik decentraliziranih aplikacij onemogoča splošne ugotovitve, zato prispevek ponudi orodje in okvir za razumevanje razmerij na konkretnih decentraliziranih aplikacijah.

**Ključne besede:** decentralizirane aplikacije, pametne pogodbe, pravni posli, sklepanje in izvrševanje pravnih poslov

UDC 347.45:004.9

*Pravni letopis 2022, pp. 185–205*

JANEZ SEKIRNIK

## **Concluding and executing legal transactions by using decentralised applications**

This paper discusses the specificities of concluding and executing transactions by using decentralised applications. Decentralised applications are digital platforms with a decentralised operating architecture. The nature and structure of the relationships on them is different from the contractual triangle between the provider, the user and the digital platform typical for digital platforms.

The nature and content of the relationship between the provider, the user and the decentralised application depends on the degree of decentralisation of the application and the type of decentralised application. The degree of (de)centralisation of the application determines the (non-)existence of an entity - the holder of rights and obligations on the side of the decentralised application and thus the (non-)existence of a relationship between it and the users. The type of decentralised application in turn determines the role of the smart contracts that make it up and, consequently, the importance of the transaction in the conclusion and execution of a legal transaction through the decentralised application. A user's transaction through a smart contract of a particular decentralised application may be merely the execution of a dispositive legal transaction or may also be a declaration of intent to enter into a binding legal transaction with the content as defined by the smart contract.

The variety of forms that decentralised applications take makes it impossible to draw general conclusions, thus this paper offers a tool and a framework for understanding the relationships in concrete decentralised applications.

**Keywords:** Decentralised applications, smart contracts, legal transactions, concluding and executing transactions.

UDK 347.51:659.23:004  
*Pravni letopis 2022, str. 207–219*

MATIJA DAMJAN

## **Odgovornost za neupravičeno odstranitev spletnih vsebin**

Ponudnik spletnega gostiteljstva uporabnikom svojih storitev zagotavlja, da bodo vsebine, ki so jih naložili na njegov strežnik, ostale dostopne drugim uporabnikom interneta. Izpad spletne dostopnosti uporabniških vsebin lahko strankam povzroči škodo. Vendar so ponudniki gostiteljstva po zakonu dolžni odstraniti vsebine svojih uporabnikov, če prejmejo od tretje osebe prijavo, da gre za nezakonite vsebine. Prispevek obravnava vprašanje odgovornosti za škodo, ki nastane zaradi začasne nedostopnosti odstranjenih spletnih vsebin, če se naknadno izkaže, da je bila zahteva za odstranitev neutemeljena. Obravnavani so pogoji, pod katerimi lahko odškodninsko odgovarja oseba, ki je vložila neutemeljeno zahtevo za odstranitev, in pogoji za odgovornost ponudnika spletnega gostiteljstva, ki je vsebino neupravičeno odstranil oziroma onemogočil dostop do nje. Predstavljeno je tudi, kako bo na obravnavana razmerja vplivala prenovljena zakonska ureditev postopkov prijave in odstranitve nezakonitih spletnih vsebin, ki jo prinaša Akt o digitalnih storitvah.

**Ključne besede:** gostiteljstvo, sistem prijave in odstranitve, neutemeljena zahteva za odstranitev, odškodninska odgovornost, Akt o digitalnih storitvah

UDC 347.51:659.23:004

*Pravni letopis 2022, pp. 207–219*

MATIJA DAMJAN

## **Liability for unjustified takedown of online content**

A web hosting provider guarantees the users of its services that the content they upload to the provider's server will remain accessible to other internet users. An outage in online availability of the users' content can cause damage to the provider's customers. However, hosting providers are obliged by law to remove their users' content if they receive a notification from a third party that the content is unlawful. The article examines the liability for damage caused by the temporary inaccessibility of the removed online content if it subsequently turns out that the takedown request was unfounded. Discussed are the conditions under which the person who submitted an unfounded takedown request can be held liable for damages as well as the conditions for the liability of the web hosting provider who unjustifiably removed the content or disabled access to it. The article also outlines how the issues in question will be affected by the revised regulation of the notice-and-takedown system brought about by the Digital Services Act.

**Keywords:** hosting, notice-and-takedown system, unfounded takedown notice, liability for damages, Digital Services Act

UDK 340.134:321.011.5  
*Pravni letopis 2022, str. 223–236*

ALBIN IGLIČAR

## Ljudska zakonodajna iniciativa in civilna družba

Temeljna značilnost civilne družbe kot področja, ki ga določajo človekove potrebe, je v njeni avtonomnosti in pluralnosti. Ta se kaže predvsem v samostojnosti subjekta civilne družbe v primerjavi z državo. Čeprav deluje civilna družba tam, kjer ni države, se v sodobnosti razlike med civilno družbo in državo zmanjšujejo. To omogoča razmah pravnega pluralizma v globalni družbi. Ob državi se kot tvorci prava pojavljajo tudi subjekti civilne družbe. V zakonodajno dejavnost države se združenja civilne družbe neposredno vključujejo tudi z institutom ljudske zakonodajne iniciative. Iz potreb posameznikov in skupin civilne družbe nastajajo posebni in posamični interesi, vendar ljudska zakonodajna iniciativa ne bi smela prezreti splošnega oziroma javnega interesa.

**Ključne besede:** civilna družba, pravni pluralizem, zakonodajna dejavnost, interes, ljudska zakonodajna iniciativa

UDC 340.134:321.011.5

*Pravni letopis 2022, pp. 223–236*

ALBIN IGLIČAR

## Popular legislative initiative and civil society

The fundamental characteristic of civil society as an area determined by human needs is its autonomy and plurality. This is reflected in the independence of the subject of civil society vis a vis the state. Although civil society operates where there is no state, in modern times the differences between civil society and the state diminish. This enables the expansion of legal pluralism in global society. Along with the state, civil society entities also appear as law makers. Civil society is also directly involved in the legislative activity of the state through the institute of popular legislative initiative. Individual and special interests arise from the needs of individuals and groups of civil society, but the popular legislative initiative should not neglect the general public interest.

**Keywords:** civil society, legal pluralism, legislative activity, interest, popular legislative initiative

*UDK 340.134:321.011.5**Pravni letopis 2022, str. 237–248*

URBAN LEČNIK SPAIĆ, NIKA PODAKAR

**Civilna družba kot iniciator zakonodaje**

Aktivna vključenost civilne družbe v zakonodajni postopek je v zadnjih dveh letih v javnosti postala zelo odmevna. Organizacije, kot so Inštitut 8. marec, Pravna mreža za varstvo demokracije in CNVOS, pri sprejemanju zakonodaje ne sodelujejo le s svojimi komentarji in strokovnimi stališči, temveč zakonodajne predloge celo samo pripravljajo in v primeru Inštituta tudi vlagajo v zakonodajni postopek. Inštitut 8. marec je z uporabo instituta ljudske zakonodajne iniciative v zakonodajni postopek vložil dva predloga zakonov, en zakonodajni predlog pa so le spisali, medtem ko so ga vložili poslanci. Pravna mreža je prav tako spisala dva predloga zakona. Prvega so vložili poslanci, drugega pa Vlada. Ker pa civilnodružbene organizacije niso organizirane in strokovno podkovane v enaki meri kot na primer Vlada in uradniški aparat, se pri svojem delu srečujejo s številnimi izzivi, predvsem s področja nomotehnike.

**Ključne besede:** civilna družba, ljudska iniciativa, zakonodajna iniciativa, nomotehnika, demokracija, transparentnost, zakonodajni postopek, zakonodajni predlogi, Inštitut 8. marec, Pravna mreža za varstvo demokracije, CNVOS

UDC 340.134:321.011.5

*Pravni letopis 2022, pp. 237–248*

URBAN LEČNIK SPAIĆ, NIKA PODAKAR

## **The civil society as an initiator of legislation**

The active involvement of civil society in the legislative process has gained a great deal of public attention in the last two years. Organizations such as the 8th of March Institute, the Legal Network for the Protection of Democracy and CNVOS not only participate in the adoption of legislation with their comments and expert opinions, but also draft legislative proposals themselves and, in the case of the Institute, submit them into the legislative process. The 8th of March Institute has already submitted 3 bills to the Parliament using the people's legislative Initiative, while the Legal Network for the Protection of Democracy has written two bills. The first has been submitted into the legislative process by MPs and the second by the Government. However, since the NGOs are not as organized or as professional in this field as is the Government and the bureaucratic apparatus, they face a number of difficulties in their work, especially in the area of nomotechnics.

**Keywords:** civil society, people's initiative, legislative initiative, nomotechnics, democracy, transparency of the legislative process, legislative proposals, 8th of March Institute, The Legal Network for the Protection of Democracy, CNVOS

UDK 342.52:340.134(497.4)  
*Pravni letopis 2022, str. 249–254*

NIKA PODAKAR

## **Položaj in vloga vladne in parlamentarne zakonodajne službe**

Zakonodajno-pravna služba in Služba Vlade za zakonodajo vsaka na svoj način skrbita za kakovostno zakonodajo. Svoje delo opravljata strokovno in politično nevtrarno. Zakonodajno-pravna služba skrbi za usklajenost s pravnim redom kot celoto in ustavo, Služba Vlade za zakonodajo pa sodeluje pri pripravi zakonodajnih predlogov. Obema strokovnima službama je skupno, da vsaka pri svojem državnem organu skrbita za upoštevanje pravil nomotehnike. Njuno delo se rahlo prekriva, predvsem pa dopolnjuje. Srečujeta se tudi s podobno problematiko, med drugim predvsem s pomanjkanjem časa za kakovostno opravljanje svojih nalog.

**Ključne besede:** Zakonodajno-pravna služba, Služba Vlade za zakonodajo, nomotehnika, skladnost s pravnim sistemom, skladnost z ustavo, zakonodajni postopek, mnenje ZPS, zakonodajni predlogi

UDC 342.52:340.134(497.4)  
*Pravni letopis* 2022, pp. 249–254

NIKA PODAKAR

## The position and role of the government and parliamentary legislative service

The Legislative and Legal Service and the Government Office for Legislation are each in their own way responsible for the quality of legislation. They carry out their work in a professional and politically neutral manner. The Legislative and Legal Service ensures compliance with the legal order as a whole and the Constitution, while the Government Office for Legislation is involved in the drafting of legislative proposals. What both professional services have in common is that they both ensure that the rules of nomotechnics are respected in their respective public bodies. Their work overlaps slightly, but above all complements each other. They also face similar problems, the most prevalent of them is the lack of time to carry out their tasks to a high standard.

**Keywords:** Legislative and Legal Service, Government Office for Legislation, nomotechnics, compliance with the legal system, compliance with the Constitution, legislative procedure, opinion of the Legislative and Legal Service, legislative proposals

UDK 342.8:378:34-057.875  
*Pravni letopis 2022, str. 257–265*

NIKA PODAKAR, PETER PODRŽAJ

## **Uresničevanje volilne pravice na volitvah v študentski svet Pravne fakultete**

Na volitvah izbiramo svoje predstavnike, ki s svojimi odločitvami pomembno vplivajo na naše življenje in oblikujejo našo prihodnost. Na naše življenje pa ne vplivajo samo volitve na državni in lokalni ravni, temveč tudi tiste na ravni univerze in fakultet, med katere spadajo tudi volitve v Študentski svet Pravne fakultete Univerze v Ljubljani. Tudi na takšnih volitvah mora biti zagotovljeno uresničevanje tako aktivne kot pasivne volilne pravice ter zagotovljeni ustrezni mehanizmi pravnega varstva. Seveda pa si želimo, da so tudi volitve v Študentski svet dostopne in kompetitivne ter da je volilna udeležba čim večja. Ta prispevek analizira nekatere problematike uresničevanja aktivne in pasivne volilne pravice, podaja predloge za izboljšanje ter analizira razloge, ki vplivajo na volilno udeležbo.

**Ključne besede:** študentsko volilno pravo, Študentski svet, volitve, aktivna volilna pravica, pasivna volilna pravica, volilna udeležba

UDC 342.8:378:34-057.875

*Pravni letopis* 2022, pp. 257–265

NIKA PODAKAR, PETER PODRŽAJ

## **Exercising the right to vote in elections to the student council of the Faculty of law**

Elections enable us to choose our representatives, whose decisions have a significant impact on our lives and shape our future. Our lives are affected not only by elections at the state and local level, but also by elections at the university and faculty level. The latter also include elections to the student council of the Faculty of Law of the University of Ljubljana. Even in such elections, the exercise of both the right to vote as well as right to stand for elections must be safeguarded. Furthermore, appropriate mechanisms of legal protection must be ensured. Apart from that, the elections to the student council ought to be accessible, competitive, and with a high voter turnout. This paper analyses certain issues in connection with exercising the right to vote and the right to stand for elections, provides suggestions for improvement, and analyses the reasons which influence voting participation.

**Keywords:** student election law, student elections, student council, elections, right to vote, right to stand for elections, vote turnout

