



Medijski sponzor

---





# Pravni letopis 2020

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

 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 Povlakić,  
dr. Jernej Sekolec, dr. Nenad Tešić

*Članki v publikaciji so recenzirani.*

Izdajo Pravnega letopisa 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 2020

ISSN 1855-5861

# Kazalo

## **I. NOVELA ZPP-E V PRAKSI: VMESNA BILANCA**

- 9 **O protiuistavnosti ureditve zahteve za varstvo zakonitosti v pravnem postopku**  
Aleš Galič
- 25 **Novela ZPP-E in postopek pred Vrhovnim sodiščem RS**  
Nina Betetto
- 57 **Učinki novele ZPP-E na odločanje pritožbenega sodišča**  
Vesna Bergant Rakočević
- 69 **Novela ZPP-E in postopek pred sodišči prve stopnje**  
Đorđe Grbović
- 99 **Vpliv novele ZPP-E na položaj odvetnika v pravi**  
Bojan Brežan

## **II. KNJIGE FIDIC IN NJIHOVA UPORABA V PRAKSI PRI PRESOJI GRADBENIH IN PROJEKTANTSKIH ZADEV**

- 111 **Uporaba pravil FIDIC pri oddaji javnih naročil**  
Vesna Kranjc

## **III. VPLIV PANDEMIJE NA POGODBENA RAZMERJA**

- 131 **Vpliv pandemije covid-19 na pogodbe o paketnih potovanjih**  
Karmen Lutman

#### **IV. AKTUALNI PROBLEMI ZAVAROVALNE POGODBE**

- 151 **Zavarovanje odgovornosti – nekateri izzivi slovenske zakonodaje**  
Jernej Veberič
- 163 **Zavarovanje jamstev iz prodajne pogodbe**  
Marko Frantar

#### **V. DRUŽBENA OMREŽJA PRED SODIŠČI**

- 175 **Žaljive objave na družbenih omrežjih kot moderni izziv sodišč: so lahko tudi všečki protipravni?**  
Ana Jereb
- 201 **Potrošnik kot uporabnik spletnih storitev**  
Petra Weingerl
- 219 **Družbena omrežja, mediji in pravica do izbrisa**  
Maja Ovčak Kos, Jasna Zakonjšek
- 241 **Odgovornost za vsebino hiperpovezave**  
Marcela Dolenc

#### **VI. DRUGO**

- 267 **Pomen obličnostnih zahtev pri oporočnih poslih**  
Petra Lamovec Hren
- 289 **Varstvo jedi in kuharskih receptov s pravicami intelektualne lastnine**  
Medeja Šuštar

#### **311 VII. POVZETKI/ABSTRACTS**

# Novela ZPP-E v praksi: vmesna bilanca

# I.

ALEŠ GALIČ

*O protiučustavnosti ureditve zahteve za varstvo zakonitosti  
v pravnem postopku*

NINA BETETTO

*Novela ZPP-E in postopek pred Vrhovnim sodiščem RS*

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

*Učinki novele ZPP-E na odločanje pritožbenega sodišča*

ĐORĐE GRBOVIĆ

*Novela ZPP-E in postopek pred sodišči prve stopnje*

BOJAN BREŽAN

*Vpliv novele ZPP-E na položaj odvetnika v pravi*





Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.9:343.157.5

# O protiuustavnosti ureditve zahteve za varstvo zakonitosti v pravnem postopku

ALEŠ GALIČ  
doktor pravnih znanosti  
redni profesor na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani

## 1. Uvod – med germanskim, romanskim in sovjetskim pravnim krogom

Slovenija po ureditvi pravnega postopka v Zakonu o pravnem postopku (ZPP)<sup>1</sup> spada v t. i. germanski pravni krog, ZPP neposredno izvira iz avstrijskega ZPO.<sup>2</sup> V državah tega pravnega kroga je splošno sprejeto, da bi sodelovanje državnega tožilca v rednem pravnem postopku pomenilo nedopusten tujek. Pravdni postopek je namreč namenjen varstvu individualnih pravic in temelji na avtonomiji volje strank.<sup>3</sup> Ob tem je možnost, da se po intervenciji državnega organa doseže sprememba sodbe v civilnopravni zadevi tudi mimo volje strank, neskladna z načelom dispozitivnosti.<sup>4</sup>

V ZPP institut zahteve za varstvo zakonitosti (v nadaljevanju: ZVZ) torej očitno ni bil vključen kot del pravne tradicije, ki izhaja iz avstrijskega ZPO. Po letu 1945 je bil v ZPP dodan kot »uvoz« iz sovjetskega koncepta civilnega procesnega prava.<sup>5</sup> Šlo je za omejevanje avtonomije volje strank, za izraz nezaupanja v svobodo in z njo povezane sposobnosti in odgovornosti posameznika za svoja ravnanja, prav tako pa za način zagotavljanja neomejenega nadzora nad (nižjimi) sodišči.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 26/99.

<sup>2</sup> Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. November 2020 (BGBl. I S. 2466) geändert worden ist.

<sup>3</sup> Glej na primer Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 141, Fasching, str. 1143.

<sup>4</sup> Na primer Hess v: Oberhammer, str. 18.

<sup>5</sup> Prav tam.

To pa ne pomeni, da je sodelovanje državnega tožilca v pravnem postopku z možnostjo vlaganja posebnih izrednih pravnih sredstev na Vrhovno sodišče RS samo po sebi nezdružljivo s sodobno, k varstvu človekovih pravic zavezano in na spoštovanju človekove svobode in lastne odgovornosti temelječo ureditvijo pravnega postopka. V državah romanskega pravnega kroga je uveljavljeno izredno pravno sredstvo, ki je podobno zahtevi za varstvo zakonitosti, in sicer po merilu pomena zadeve za pravni red in njegovo enotnost državni tožilec ali temu podoben državni organ vložijo posebno pravno sredstvo na najvišje sodišče (na primer v Italiji *il ricorso nell'interesse della legge*, na Nizozemskem *cassatie in het belang der wet*). Pri tem pa je treba poudariti, da vrhovna instanca lahko le ugotovi kršitev zakona, ne more pa razveljaviti ali spremeniti sodbe (odločitev sodišča ima torej pomen precedensa za prihodnje ravnanje sodišč, ne koristi oziroma ne škodi pa stranki v obravnavani zadevi).<sup>6</sup>

## 2. Reforme zahteve za varstvo zakonitosti ni mogoče ločiti od reforme revizije

Med tranzicijo so številni v Sloveniji (tudi takrat tu delujoči pravosodni svetovalci iz Nemčije) predlagali hitro ukinitvev zahteve za varstvo zakonitosti. Sam sem tako poenostavljenim (in zaradi zanemarjanja »širšega konteksta« zgrešenim) predlogom nasprotoval.<sup>7</sup> Opozarjal sem na to, da (poleg zgoraj opisanega vidika, da podobni instituti obstajajo v modernih ureditvah držav romanskega pravnega kroga in imajo pozitivne učinke) ureditve ZVZ ni mogoče obravnavati ločeno od širše reforme revizije kot glavnega načina za dostop strank do Vrhovnega sodišča RS. V času, ko je revizija temeljila na kriteriju vrednosti spornega predmeta, namreč ni bilo – razen ZVZ – nobene možnosti, da se Vrhovno sodišče izreče o pravnih vprašanjih, ki so za razvoj prava in enotnost sodne prakse pomembna, vendar pa pri njih ni dosežen vrednostni prag za dopustnost revizije (ali pa revizija že po zakonu ni dopustna). ZVZ ni bilo mogoče kar enostavno ukiniti, vsaj dokler ni prišlo do reforme revizije s tem, da se je kriterij vrednosti spornega predmeta nadomestil s kriterijem pomembnega pravnega vprašanja. Reforma je bila izvedena z uveljavitvijo novele ZPP-D in nato dokončno še z novelo ZPP-E. Obe sta poudarili t. i. »javno funkcijo« Vrhovnega sodišča<sup>8</sup> – to je usmerjevalna, precedenčna funkcija Vrhovnega sodišča in objektivna korist judikatov Vrhovnega sodišča za pravni red, tako z vidika razvoja prava skozi sodno prakso kot z vidika zagotavljanja enotnosti sodne prakse (glej člen 367.a ZPP).<sup>9</sup> Uvedba takih meril za dopustitev pravnega sredstva namreč pomeni,

<sup>6</sup> Glej Galič v: Ude in Galič, str. 1574 in nasl.

<sup>7</sup> Prav tam.

<sup>8</sup> Primerjaj sklep Ustavnega sodišča RS U-I-302/09 z dne 12. 5. 2011. Glej tudi Zobec.

<sup>9</sup> O tej reformi ter o pomenu t. i. »javne funkcije« Vrhovnega sodišča sem veliko pisal, s konsistentnim zavzemanjem za reformo. Na primer Galič 2007, pril. str. II–VIII; Galič 2008; Galič 2015, str. 950–969; Galič 2017; Galič v: Galič, Kramberger Škerl 2019, str. 105–124; Galič v: Adolphsen 2014, str. [159]–173.

da odločitev vrhovnega sodišča o zadevi presega pomen, ki ga ima za posamezni primer. Na splošno se pričakuje, da bo upoštevana v prihodnjih primerih in da bo tako postala dragoceno vodilo nižjim sodiščem ter vsem prihodnjim strankam in njihovim odvetnikom. Samo takšna izbirna merila zagotavljajo, da vrhovno sodišče presoja izključno primere, ki imajo precedenčni pomen. Poleg tega pa samo takšna merila lahko zagotovijo, da vsi takšni primeri pridejo na vrhovno sodišče. Tako vrhovno sodišče lahko učinkovito določa pravila, ki bi se morala uporabiti v prihodnjih primerih z vseh pravnih področij. Druga izbirna merila, kot je vrednost terjatve v civilnih zadevah, niso primerna za ta namen.<sup>10</sup>

Ob reformi revizije se je v Sloveniji postopoma (z novelama ZPP-D<sup>11</sup> in ZPP-E<sup>12</sup>) reformiralo tudi pravno sredstvo zahteve za varstvo zakonitosti. Da bi to pravno sredstvo lahko ostalo v ustavni ureditvi, ki temelji na spoštovanju človekovih pravic, je (bilo) iz njega treba odstraniti elemente, ki so izraz represivnega modela pravnega postopka sovjetskega tipa. Primerjava z ureditvami v državah »romanskega pravnega kroga« (na primer Francija, Italija, Nizozemska) pokaže nujnost dvojega:

- Jasno je treba sprejeti, da namen tega pravnega sredstva ni nadzor nad delovanjem nižjih sodišč ali preverjanje – zaradi koristi strank v konkretnem postopku – pravilnosti odločitve, pač pa mora cilj tega pravnega sredstva presegati pomen konkretne zadeve in korist strank v tej konkretni zadevi; cilj je zagotavljanje objektivne koristi za pravni red v celoti, torej da se Vrhovno sodišče izreče o pravnih vprašanjih, ki so pomembna za razvoj prava skozi sodno prakso in za enotnost sodne prakse.
- Ker ne gre za pravno sredstvo strank v konkretni zadevi, saj je vložitev tega pravnega sredstva neodvisna od volje strank (vložitev ne morejo niti preprečiti niti je zahtevati kot pravice), je treba zagotoviti, da odločitev ne bo posegala v pravnomočno zaključeno zadevo; učinek je lahko le ugotovitveni. Za cilj, ki ga to pravno sredstvo želi doseči (učinek za naprej: usmerjalna vloga vrhovnega sodišča in s tem zagotavljanje predvidljivosti in pravne varnosti, prispevek k razvoju prava in enotnosti sodne prakse), je to povsem dovolj.

Prvi del naloge je v Sloveniji že bil opravljen, najprej s spremembo prakse Vrhovnega državnega tožilstva in prakse Vrhovnega sodišča – oba sta spoznala, da je vložitev zahteve za varstvo zakonitosti upravičena le, kadar se s tem sledi javnemu interesu (v zgoraj opisanem pomenu rešitve pomembnega pravnega vprašanja in zagotavljanja enotnosti sodne prakse), ki presega zgolj konkretno zadevo. To pa je bilo dokončno potrjeno tudi z novelo ZPP-D,

<sup>10</sup> Glej 22. točko Mnenja št. 20 (2017) z naslovom Vloga sodišč v zvezi z enotno uporabo prava, ki ga je pripravil Posvetovalni svet evropskih sodnikov (CCJE). (Svet Evrope me je, kot je v uvodu mnenja tudi navedeno, imenoval kot eksperta za pripravo osnutka tega mnenja skupaj z obrazložitvijo.)

<sup>11</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 10/17.

po kateri zakon v tretjem odstavku 385. člena izrecno določa, da (razen v primerih kršitve tretjega odstavka tretjega člena ZPP v položaju materialnih procesnih dispozicij – kar ni relevantno za obravnavano zadevo) se ZVZ lahko vložijo, če so izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 367.a člena ZPP.

### 3. Nedokončana reforma: odločitev o ZVZ po kriteriju rešitve pomembnega pravnega vprašanja mora imeti le ugotovitveni učinek

Drugi del naloge – zagotovitev, da ima odločitev o ZVZ kot pravnem sredstvu zunaj dispozicije strank (razen v primerih kršitve tretjega odstavka 3. člena ZPP v položaju materialnih procesnih dispozicij) lahko le ugotovitveni učinek in ne more poseči v pravnomočno zaključeno odločitev v sporu med strankama – pa ostaja nedokončan. Zakonodajalec je šele z novelo ZPP-E to spremembo večinoma uveljavil. V zadevah, v katerih je dopustna revizija, ima odločitev o ZVZ le ugotovitveni učinek (tretji odstavek 391. člena ZPP).<sup>13</sup> Sam sem že leta 2017 zapisal, da je ta novost zaradi »zahtev varstva ustavnih procesnih jamstev nujna« in da je bila dosedanja ureditev, po kateri je pravno sredstvo v rokah državnega organa – državnega tožilca – lahko posegalo v pravnomočno rešeno civilno zadevo, »sistemsko zgrešena in v nasprotju z ustavnimi jamstvi«<sup>14</sup> (o razlogih za protiustavnost v nadaljevanju).

Vendar ta reforma – v nasprotju z željo predlagatelja zakona in tudi Državnega tožilstva, ki je reformo podprlo<sup>15</sup> – ni bila izvedena v celoti. V zadnji fazi priprave novele ZPP-E je bila za spremenjeni tretji odstavek 391. člena ZPP zakona uvedena izjema: odločitev o ZVZ (tudi zunaj položajev kršitve tretjega odstavka 3. člena ZPP pri materialnih procesnih dispozicijah) še vedno lahko poseže v pravnomočno odločitev višjega sodišča v konkretni zadevi (sprememba sodbe, razveljavitev sodbe in vrnitev v novo sojenje), in sicer »če zoper pravnomočno sodbo

<sup>13</sup> V ureditvi v letih 2008–2017, torej od novele ZPP-D do novele ZPP-E, zahteva za varstvo zakonitosti v teh primerih sploh ni bila možna. ZPP-E pa je uvedel novost in dopustnost ZVZ *ratione materiae* razširil. Povzeman iz svojih Uvodnih pojasnil k noveli ZPP-E (Galič 2017): »Po kriteriju pomembnega pravnega vprašanja bo zahteva mogoča tudi v primerih, v katerih je sicer mogoča revizija (385. člen). Doslej je bila mogoča le tedaj, ko revizija že abstraktno ni mogla biti dovoljena (na primer stečajni postopek, izvršba, nepravdni postopki, motenje posesti ...). Ali se bo Vrhovno sodišče lahko izreklo o pravnih vprašanjih, pomembnih za razvoj prava in enotnost sodne prakse, poslej torej ne bo odvisno le od tega, ali bodo stranke vložile predlog za dopustitev revizije. Tudi ta novost je pozitivna. Kakovostne zahteve za varstvo zakonitosti lahko pripomorejo k temu, da se pravo razvija in sodna praksa ustrezno poenoti tudi na področjih, na katerih se sicer ta cilj lahko uresničuje z dopuščenimi revizijami.«

<sup>14</sup> Galič 2017, str. 60, op. 43.

<sup>15</sup> Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o pravdnem postopku, EVA 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016,

revizije ni mogoče dopustiti.«<sup>16</sup> To pomeni, da je glede ZVZ, pri kateri revizija ni možna, ureditev tudi po uveljavitvi novele ZPP-E enaka, kot je bila v času ZPP-D. S tem pravnim sredstvom se Vrhovnemu sodišču še vedno odpira možnost, da poseže v konkretno zadevo, kar učinkuje na civilne pravice in obveznosti konkretnih strank.

Zakaj je bila v zadnjem hipu v zakon z novelo ZPP-E dodana ta izjema, mi ni uspelo ugotoviti (pri pripravi ZPP-E nisem sodeloval). Predlog ZPP-E takšne izjeme ni vseboval.<sup>17</sup> S povzemanjem tudi mojih stališč je predlagatelj jasno povedal, da je sprememba ZPP, ki naj doseže, da bo odločitev o ZVZ imela le ugotovitveni učinek, nujna:

»Pri novem tretjem odstavku 391. člena ZPP je predlagatelj sledil utemeljenemu predlogu Vrhovnega državnega tožilstva, po katerem ne bi posegali v pravnomočno sodno odločbo tam, kjer se javni interes kaže v poenotenju sodne prakse ali odločanju o pomembnem pravnem vprašanju. Rešitev je povzeta po vzoru drugega odstavka 426. člena ZKP. Glede na to, da je zahteva za varstvo zakonitosti praviloma vložena v interesu poenotenja sodne prakse ali rešitve pomembnega pravnega vprašanja in torej zasleduje javni interes, naj ima odločba le ugotovitveni učinek, enako kot v državah romanskega kroga, na primer v Franciji in na Nizozemskem.<sup>[18]</sup>

[...] je smiselno ohraniti zahtevo za varstvo zakonitosti v tistih primerih, ko gre za razpolaganja strank v nasprotju s kogentnimi pravili ali moralo, saj stranki v praksi pogosto skleneta sodno poravnavo ali izposlujeta zamudno sodbo, sodbo na podlagi izostanka ali sodbo na podlagi odpovedi, da bi izigrali prisilne predpise (na primer o prenosu lastninske pravice na kmetijskih zemljiščih, o ugotovitvi očetovstva, o pogrebni dejavnosti) ali na nedovoljen način škodili tretji osebi (koluzija, lat. *collusio* – skriven dogovor).<sup>[19]</sup>

Po veljavni ureditvi gre pri zahtevah za varstvo zakonitosti tudi za neenako obravnavanje strank, če so vložene pobude iz enakih razlogov. Ena stranka lahko preko zahteve za varstvo zakonitosti doseže razveljavitev ali spremembo sodne odločbe, druga pa ne, ker več ni izkazan pravni interes [...].«<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Poleg tega še v primeru, da je v isti zadevi poleg ZVZ vložena tudi revizija – vendar to za obravnavano zadevo ni bistveno.

<sup>17</sup> Člen 116 predloga ZPP (EVA 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016): »V 391. členu se doda nov tretji odstavek, ki se glasi: »Če je zahteva za varstvo zakonitosti vložena pod pogoji iz prvega odstavka 367.a člena tega zakona in vrhovno sodišče spozna, da je utemeljena, ugotovi le, da je bil zakon prekršen, ne da bi posegalo v pravnomočno odločbo.«

<sup>18</sup> Glej Galič 2002, str. 1574 in nasl.

<sup>19</sup> Glej sklepe Vrhovnega sodišča RS II Ips 256/2010 z dne 12. 12. 2013, II Ips 211/2013 z dne 21. 11. 2013, II Ips 528/2006 z dne 25. 1. 2007 in II Ips 425/2000 z dne 6. 12. 2000.

<sup>20</sup> Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah zakona o pravnem postopku, EVA 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016.

## 4. Nedopustnost ureditve, ki omogoča poseg v konkretno sodno odločbo, kadar je ZVZ vložena po kriteriju rešitve pomembnega pravnega vprašanja

Določitev izjeme, da ZVZ omogoči poseg v pravnomočno zaključeno konkretno zadevo, čeprav gre za ZVZ po kriteriju »pomembnega pravnega vprašanja«, je napaka. Ta napaka pa je povzročila, da se v ZPP ohranja neskladnost z Ustavo. Ta neskladnost sicer obremenjuje pravno sredstvo ZVZ že ves čas in pomeni, da Vrhovno sodišče še vedno lahko poseže v pravnomočno zaključeno zadevo glede pravice/obveznosti do povrnitve stroškov postopka. Kot sem zapisal že leta 2017: določitev le ugotovitvenega učinka odločb Vrhovnega sodišča, izdanih na podlagi ZVZ (zunaj konteksta kršitev tretjega odstavka 3. člena ZPP pri materialnih procesnih dispozicijah), »je torej v bistvu – zaradi zahtev varstva ustavnih procesnih jamstev – nujna«. Namreč, »[d]osedanja ureditev, po kateri je pravno sredstvo v rokah državnega organa – državnega tožilca – lahko posegalo v pravnomočno rešeno civilno zadevo, je bila sistemsko zgrešena in v nasprotju z ustavnimi jamstvi.«

Zakaj je ta ureditev (torej ureditev, ki je glede učinkovanja odločb VS RS na podlagi ZVZ v času po uveljavitvi ZPP-D veljala v celoti, tudi po noveli ZPP-E pa še vedno velja v primerih, ko se ZVZ vloga v zadevi, v kateri ni dopustna revizija) v nasprotju z Ustavo?

En razlog (enakopravnost strank) je navedel že predlagatelj (glej zgoraj). Bolj pomembno pa je, da možnost, da se na podlagi pravnega sredstva, ki ni v rokah strank, poseže v pravnomočno zaključeno zadevo strank (in pri tem ne gre za varstvo javnega interesa pri preprečevanju nedopustnih razpolaganj v primeru materialnih procesnih dispozicij strank), nasprotuje ustavnim procesnim jamstvom in temeljnim načelom postopka.

### 4.1. Zahteva za varstvo zakonitosti mimo volje strank: kršitev splošne svobode ravnanja po 35. členu Ustave

Če je zahteva za varstvo zakonitosti vložena mimo volje strank ali celo v nasprotju z njihovo voljo (kar po ZPP ni nemogoče, čeprav se to v praksi – kadar ne gre za kontekst nedovoljenih razpolaganj z namenom izigravanja zakona s procesnimi sredstvi – zgodi le izjemoma), to pomeni kršitev načela dispozitivnosti in spoštovanja avtonomije strank<sup>21</sup> ter ni združljivo s temeljnim postulatoma pravnega postopka, namreč da gre za varstvo individualnih pravic, določenih primarno v individualnem interesu strank. Le od volje strank je zato odvisno, ali bodo kaj storile za varstvo svojih pravic (oziroma se – v položaju tožene stranke – branile pred

<sup>21</sup> Glej na primer Rosenberg, Schwab, Gottwald, str. 141; Fasching, str. 1143; Hess v: Oberhammer, str. 18.

morda neutemeljenimi zahtevki, ki lahko posežejo v njihove pravice). Zgolj okoliščina, da stranke v nekaterih primerih dostopa do Vrhovnega sodišča sploh nimajo, tega ne spremeni. Ni v nasprotju z Ustavo, da zakon omogoča le dvostopenjsko sojenje. Ni pa tudi mogoče špekulirati, ali bi v primeru, da bi pravno sredstvo stranke na Vrhovno sodišče bilo mogoče, stranka to pravno sredstvo vložila. Odločanje za opravo procesnih dejanj, odločanje o tem, kateri odvetnik bo za stranko ta dejanja opravil, in o tem, ali bo stranka sprejela stroškovni riziko, povezan s pravnim sredstvom, spada v okvir splošne svobode ravnanja. To ni združljivo z močno paternalističnim konceptom, da bo namesto stranke pravno sredstvo vložil državni tožilec, stranka pri tem ne bo imela vpliva na izbiro, kdo bo (po vsebini – kajti to neposredno vpliva na njene pravice in obveznosti) njeno zadevo zastopal, po drugi strani pa tudi ne bo imela nobenega stroškovnega rizika pri tem. Možnost, da se v pravnem postopku – torej v zadevi, ki se nanaša na civilne pravice in obveznosti – poseže v pravnomočno odločitev (kadar ne gre za javni interes preprečitve izigravanja zakona ob kršitvi tretjega odstavka 3. člena ZPP), je v neskladju s pravico do sodnega varstva po 23. členu Ustave in splošno svobodo ravnanja po 35. členu Ustave.

## 4.2. Zahteva za varstvo zakonitosti na pobudo strank: državno tožilstvo kot nedopusten posrednik med zadevo stranke in sodiščem

Vendar pri nas zahteva za varstvo zakonitosti večinoma ni vložena mimo volje strank. Pobudo za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti praviloma dajo stranke same (to je tudi vgrajeno v sistem; Odvetniška tarifa prav zato že ves čas vsebuje tudi postavko za pobudo za vložitev ZVZ oziroma danes »pobudo za vložitev izrednega pravnega sredstva«, glej 4. točko tarifne št. 21 Odvetniške tarife). Vendar to ni nič manj ustavno sporno.

Če pravno sredstvo – ne glede na to, kdo ga vložijo – posega v pravice in obveznosti stranke, je to treba po vsebini šteti za zadevo stranke. Takoj ko je tako, pa je nedopustno, da »filter«  
glede vprašanja, katere zadeve stranke bodo predložene v presojo sodišču, opravi organ, ki ni sodišče. Ni sporno, da se zadeve »filtrirajo«  
na sodišču, nedopustno pa je, da med sodiščem in stranko obstaja neki tretji organ, ki lahko po lastni diskreciji odloča, zadeve katerih strank bodo predložene sodišču. Pravno sredstvo državnega tožilca je v pravnem postopku načeloma ustavno sprejemljivo le, kadar ga ni mogoče šteti za »zadevo stranke«, to pa je mogoče doseči le z ugotovitvenim učinkom sodbe, ki jo Vrhovno sodišče izda na podlagi tega pravnega sredstva. Tako je tudi v številnih pravnih redih romanskega pravnega kroga.

Da med odločitvijo, ali bo zadeva stranke prišla na sodišče, in samim sodiščem ne sme biti posrednika, ki bi lahko »filtriral«  
zadeve, je – sicer v drugem kontekstu – potrdilo tudi Evropsko sodišče za človekove pravice. V nosilni zadevi *Golder*<sup>22</sup> je ESČP vzpostavilo doktrino, da

<sup>22</sup> ESČP v zadevi 4451/70, *Golder proti Združenemu kraljestvu*, z dne 21. 2. 1975, str. 13. O tem pišem v Galič 2004.

iz pravice do dostopa do sodišča po 6. členu EKČP izhaja, da vsakdo lahko doseže, da njegova vloga, ki jo naslovi na sodišče, tudi dejansko pride pred sodnika. S tem se zagotovi, da med stranko in sodnikom ni posrednika, ki bi lahko odločal, katere vloge bo dal na vpogled sodniku. V zadevi *Golder* je sicer šlo za dejanske ovire, in sicer odločitev o tem, ali ima zapornik kakšno civilno pravico (na primer odškodninski zahtevek v zvezi s pravico do časti in dobrega imena) zoper osebe zapora. Odločitev o tem mora biti prepuščena sodišču in ne upravi zapora. To seveda še bolj velja, kadar gre za pravne ovire, ki med zadevo stranke in sodišče postavljajo posrednika, ki ni sodišče, dana pa mu je možnost, da presoja, katere zadeve strank bodo prišle pred sodišče.

Gotovo se pri kakšnem bralcu na tem mestu postavlja pomislek, »saj vendar pri ZVZ ne gre za zadevo stranke, gre za zadevo državnega tožilca« in torej to sploh ni podobno zgoraj obravnavani problematiki. To drži le v formalnem smislu. Državni tožilec je vlagatelj ZVZ. Vsebinsko pa gre gotovo za zadevo stranke. Če Vrhovno sodišče na podlagi ZVZ lahko poseže v pravnomočno zaključeno zadevo, je to nedvomno odločanje o civilnih pravicah in obveznostih strank. Ni bistveno, kdo je formalni vlagatelj, ključno je, kaj je vsebina zadeve, o kateri se odloča. Kadar odločitev Vrhovnega sodišča ni zgolj ugotovitvena, temveč lahko spremeni ali razveljavi izpodbijano sodbo, je to odločanje o (civilnih) pravicah in obveznostih, za kar morajo biti izpolnjene zahteve iz 6. člena EKČP in prvega odstavka 23. člena Ustave. ZVZ je – ker se ne omejuje na ugotovitveni učinek odločbe VS RS – način, da se odločitev v zadevi individualnih strank odpre in razveljavi ali spremeni. To je neposredno odločanje o obveznostih in pravicah udeležencev v postopku; saj vendar tudi za položaj, v katerem je neskladnost z na avtonomiji in svobodi človeka temelječo ureditvijo pravnega postopka najbolj očitna – torej ko se ZVZ lahko vloži mimo ali celo proti volji obeh strank (pa ne gre za problematiko nedovoljenih razpolaganj pri procesnih dispozicijah) –, najbrž ne bi nihče rekel, da »to ni problem, saj tožilec vlaga ZVZ v svoji zadevi, ne v zadevi strank«. (!) Da je to zadeva (in v vsebinskem smislu tudi vloga) strank, postane še bolj očitno, kadar je vložitev ZVZ sprožila pobuda stranke. V takem primeru pa, kot je bilo obrazloženo, iz pravice do sodnega varstva izhaja, da med zadevo stranke in sodiščem ne sme biti posrednika, ki ni del sodne oblasti (državno tožilstvo ni) in ki bi mu bila prepuščena odločitev, katere zadeve stranke bodo predložene v odločanje sodišču in katere ne. Ta jamstva oziroma zahteve veljajo tudi za Vrhovno sodišče. Ustava sicer ne zagotavlja pravice dostopa do Vrhovnega sodišča. Vendar če zakon postopek pred Vrhovnim sodiščem omogoča, se jamstva glede dostopa do sodišča nanašajo tudi na ta postopek.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Na primer ESČP v zadevi 20627/04, *Liakopolou proti Grčiji*, z dne 24. 5. 2006, odločba Ustavnega sodišča RS Up-1782/08 in U-I-166/08 z dne 18. 6. 2009. O tem glej Galič v: Šturm (ur.), 23. člen.



Da je ureditev ZVZ način filtriranja dostopa do Vrhovnega sodišča, izhaja tudi iz zgodovine reformiranja dopuščene revizije v zadnjem desetletju. Ob pripravi novele ZPP-D je bil namreč izražen strah, ali bo preširoka možnost že samih predlogov za dopustitev revizije nesorazmerno obremenila Vrhovno sodišče. Tedaj je – sam sem sodeloval v delovnih skupinah – zato prevladalo stališče, da »določimo oziroma ohranimo omejitve, na primer za spore pod 2.000 EUR in za zadeve izven ZPP (stečaj, izvršba,časne odredbe, nepravdni postopki), zato pa tam ohranimo ZVZ«.

Ni težava, če je filtriranje zadev določeno v okviru (Vrhovnega) sodišča. Nedopustno pa je, da v vsebinskem smislu ureditev ZVZ – kolikor omogoča poseganje v konkretne zadeve – pomeni, da je organu, ki je del izvršilne oblasti, prepuščena odločitev, katere civilne zadeve zasebnih subjektov bodo sploh dobile možnost, da pridejo do Vrhovnega sodišča. Morda velja spomniti še na dejstvo, da je človekove pravice treba razlagati v vsebinskem smislu in z namenom učinkovitega uresničevanja, ne le v formalnem smislu. Zato za opredelitev, za čigavo zadevo gre (zadevo državnega tožilca ali zadevo strank), ni ključno, kdo je formalni vlagatelj pravnega sredstva, pač pa je bistven učinek – namreč vprašanje, v čigave pravice in obveznosti (še toliko bolj, kadar gre za tiste, ki naj bi bile varovane že z učinkom pravnomočnosti) bo sodišče na podlagi pravnega sredstva lahko poseglo.

Pozornost velja posvetiti standardnemu zapisu v sklepih Vrhovnega sodišča o ZVZ v delu, ki zavrača stroškovne zahtevke strank (te se lahko izjavijo o ZVZ): »ZVZ namreč ni v dispoziciji strank (temveč Vrhovnega državnega tožilstva), zaradi česar jim sodišče ne more priznati v zvezi z njo nastalih pravnih stroškov.« Ta zapis je najbrž v odločbah VS RS o ZVZ po inerciji, na način *copy-paste*, brez posebnega razmisleka. Vendar v resnici dokazuje, kako neskladno s temelji strukture civilnega sodnega postopka je, da Vrhovno sodišče na temelju pravnega sredstva državnega tožilca lahko odloči o civilnih pravicah in obveznostih posameznikov v navadni civilni zadevi. Z vidika stranke, ki ji ZVZ lahko koristi (stranki, ki je v sporu pravnomočno izgubila, je razumljivo v korist, da se prek ZVZ »odpre« možnost obravnave zadeve pred Vrhovnim sodiščem), to dokazuje, da država zanjo prevzema tudi stroškovni riziko – stranka ne potrebuje niti odvetnika, torej pravnega strokovnjaka, čigar ustavna vloga sicer je, da omogoča učinkovito uveljavljanje sodnega varstva svojih klientov, niti ne nosi stroškovnega rizika presoje za primer, da pravno sredstvo ne bo uspešno. Vse to – odločitev o pravnem sredstvu, tudi z vidika stroškovnega rizika, odločitev o tem, kdo bo v korist stranke zastopal njene interese – spada v sfero spoštovanja človekove svobode ravnanja. Po drugi strani pa za nasprotno stranko – tudi če v postopku z ZVZ uspe – dokončno ostaja lastni strošek sodelovanja v postopku. In vsebinsko gre za njen postopek, kajti lahko se zgodi, da bo Vrhovno sodišče spremenilo odločitev v zadevi, ki je bila sicer pravnomočno odločena v njeno korist. Te kompleksne problematike ni mogoče odpraviti s formalistično navedbo, da ZVZ pač ni v dispoziciji strank, zato strankam ni mogoče priznati v zvezi z njo nastalih stroškov. Kar pa bi

v resnici vse veljalo le, če res ne bi šlo za zadevo strank – a to je mogoče doseči le tako, da bo odločitev Vrhovnega sodišča lahko imela samo ugotovitveni učinek, brez posega v odločitev v konkretni zadevi.

Pravno sredstvo državnega tožilca je v pravnem postopku v obeh položajih – torej tako v primeru, ko je vloženo mimo oziroma proti volji strank, kot tudi v primeru, ko je vloženo na pobudo stranke – načeloma ustavno sprejemljivo le, če ga ni mogoče šteti za »zadevo stranke«, to pa je mogoče doseči le z ugotovitvenim učinkom sodbe, ki jo Vrhovno sodišče izda na podlagi tega pravnega sredstva. Drugače je le v primeru, ko je namen ZVZ, da prepreči izigravanje oziroma obid zakona s procesnimi sredstvi – torej ko gre za razlog kršitve tretjega odstavka 3. člena ZPP v položaju materialnih procesnih dispozicij. Obstoječa ureditev po ZPP-E (zdaj tretji odstavek 391. člena ZPP) in v celoti že prej, po ZPP-D, v delu, ki omogoča Vrhovnemu sodišču, da na podlagi ZVZ poseže v pravnomočno odločeno zadevo z učinkom za stranki konkretnega postopka, ni v skladu s prvim odstavkom 23. člena Ustave (pravica do sodnega varstva) in tudi ne s 35. členom Ustave v delu, v katerem iz tega člena izhajajo splošna svoboda ravnanja in avtonomija človeka, tudi v zasebnem in procesnem pravu.

## **5. Zahteva za varstvo zakonitosti in javna funkcija Vrhovnega sodišča: narava javnega interesa, da Vrhovno sodišče reši pomembno pravno vprašanje**

Res je sicer, da ZVZ tudi v primeru, ko se vlaga iz razloga »pomembnega pravnega vprašanja« in torej ne zaradi kršitve tretjega odstavka 3. člena ZPP v položajih materialnih procesnih dispozicij, varuje javni interes. To je interes pravnega reda v celoti – razvoj prava skozi sodno prakso, zagotavljanje enotnosti sodne prakse in preprosto rečeno učinek za naprej: priložnost, da Vrhovno sodišče s tem, ko določeno pravno vprašanje reši najvišja avtoriteta sodne oblasti, zagotovi usmeritev, predvidljivost in pravno varnost nižjim sodiščem, pa tudi strankam in njihovim odvetnikom pri svetovanju klientom in njihovem zastopanju. To je drugačen javni interes kot tisti, ki mu ZVZ sledi v primerih kršitve tretjega odstavka 3. člena ZPP, torej v primerih obida oziroma izigravanja zakona z materialnimi procesnimi dispozicijami. Tam se javni interes izraža v zahtevi, da se konkretna sodna odločba razveljavi in se javni interes zavaruje le s posegom v konkretno odločitev.

Drugače pa je v primeru ZVZ, ki je vložena zaradi rešitve »pomembnega pravnega vprašanja«. To je t. i. »javna funkcija« odločanja Vrhovnega sodišča. Vendar je za polno in učinkovito zagotovitev te funkcije dovolj, da se izda odločitev z ugotovitvenim učinkom. Z vidika učinka za naprej je to povsem enako kot odločitev s posegom v pravnomočno odločeno zadevo. Poseg v konkretno zadevo konkretnih strank ni namenjen varstvu koristi za pravni red v celoti, v smislu zgoraj pojasnjene usmerjevalne vloge Vrhovnega sodišča ter zagotavljanja enotnosti sodne

prakse in razvoja prava. Kadar je na podlagi pravnega sredstva mogoč poseg v konkretno zadevo, je to v funkciji varstva (individualnega) interesa konkretnih strank. To pa ni ustavno sprejemljiv namen pravnega sredstva državnega tožilca v rednem pravnem postopku, torej v postopku, kjer se odloča o individualnih civilnih pravicah posameznikov.

Za stranki konkretnega postopka pa javnega interesa (»javne funkcije vrhovnega sodišča) ni. Vprašanje pravilnosti odločitve v njuni zadevi je vprašanje individualnega interesa strank.<sup>24</sup> Seveda je pomembno tudi to – a se uresničuje z zahtevo po kvalitetnem sojenju na instancah, ki so strankam odprte, ne pa s paternalistično vlogo državnega tožilca, ki naj v korist strank vlaga pravna sredstva, ki jih same bodisi nočejo bodisi ne morejo. Povedano drugače – zgoraj je bilo obrazloženo, da je vloga državnega tožilca in ZVZ v pravnem postopku v obstoječi ustavnopravni ureditvi možna le, če to pravno sredstvo sledi interesu, ki presega individualni interes strank konkretnega postopka, torej le če je v skladu s t. i. javno funkcijo Vrhovnega sodišča. Varstvo pravic strank v konkretnih postopkih v rednem pravnem postopku lahko zahtevajo le same stranke. Če dostopa do Vrhovnega sodišča, torej izrednega pravnega sredstva, za stranke v določeni vrsti zadev ni, to pomeni, da zanje ostane pri tistem, kar je po Ustavi tudi pravilo – spoštovanju pravnomočne sodne odločbe (158. člen Ustave).

## 6. Primerjava namena in ureditve zahteve za varstva zakonitosti in revizije

Položaj pri ZVZ velja glede učinkov odločbe Vrhovnega sodišča primerjati z (dopusčeno) revizijo. Pri reviziji razumljivo ni sporno, da Vrhovno sodišče lahko poseže v konkretno zadevo. S tem namenom namreč stranka revizijo tudi vložiti. Stranke seveda tako ravnaajo zaradi varstva svojega interesa; njih »precedenčni učinek«, usmerjevalna funkcija z učinkom za naprej in poenotenje sodne prakse (praviloma) ne zanimajo. Ta učinek je z vidika stranke konkretnega postopka, ki je vložila revizijo, kolateralne narave. Z vidika namena revizije, kot se izraža skozi kriterije v členu 367.a ZPP, pa je ravno nasprotno: korist revizije je za pravni red v celoti tisto, kar je usmerjeno v prihodnost – odločitev o pomembnem pravnem vprašanju ter s tem korist za razvoj prava in za enotnost sodne prakse. Z vidika uresničevanja »javne funkcije« Vrhovnega sodišča je korist za konkretni stranki povezana le s kolateralnim učinkom – ta je seveda koristen, a vendarle drugoten.<sup>25</sup>

V tem prepletanju položajev in interesov pri reviziji ne gre drugače, kot da je – zaradi koristi individualnih strank, ki vlagajo to pravno sredstvo – zagotovljeno, da si s tem pravnim sredstvom zavarujejo svoje pravice; da torej to pravno sredstvo omogoča poseg v odločitev

<sup>24</sup> Primerjaj sklep Ustavnega sodišča RS U-I-302/09 z dne 12. 5. 2011.

<sup>25</sup> Prav tam. Glej tudi Zobec.

v konkretni zadevi. Pri ZVZ pa tega prepletanja in dvojnosti vlog ni – oziroma natančneje, ne sme ju biti, če naj pravno sredstvo državnega tožilca v pravnem postopku ne bo le relikv sovjetskega prava. Zato mora biti učinkovanje odločbe Vrhovnega sodišča pri ZVZ (v rednem položaju – torej ko je ZVZ vložena iz razloga »rešitve pomembnega pravnega vprašanja«) drugačno kot pri reviziji. Tu je edini dopustni namen ZVZ tisti, ki je usmerjen v korist »za naprej« (razvoj prava, poenotenje sodne prakse ter s tem zagotovitev pravne varnosti in predvidljivosti za vse naslovnike pravnih norm v prihodnjih primerih). To pa se mora odražati tudi v obsegu učinka odločitve Vrhovnega sodišča o tem pravnem sredstvu. Tudi ta odločitev mora biti takšna, da učinkuje le »za naprej«, torej le z ugotovitvenim učinkom.

Pričakujem dva pomisleka. Prvi je, da je tudi pravilnost odločitve v konkretni zadevi v javnem interesu, ne le v interesu strank. To drži. Za zaupanje v sodstvo ter, širše, za zaupanje v pravo in za resnični »pravni mir« je pomembno, da so sodne rešitve sporov pri strankah v strokovni javnosti (teorija, odvetniki) in splošni javnosti v čim večji možni meri sprejete kot pravilne, prepričljive in kvalitetne ter kot produkt poglobljenega in skrbnega sodniškega dela. V tem smislu vprašanje, kako je bilo odločeno v konkretni civilni zadevi, presega pomen zgolj za konkretni stranki konkretnega postopka. A vendar zaradi te ugotovitve ne moremo zanikati delitve na zasebni in javni namen oziroma zasebno in javno funkcijo glede pravnih sredstev na Vrhovnem sodišču<sup>26</sup> ter je uporabiti kot argument za neomejen dostop do tega sodišča – bodisi skozi pravna sredstva strank bodisi skozi reafirmacijo pravnih sredstev državnega tožilstva. Alternativa je namreč:

- sprejem »sovjetskega modela« neomejene možnosti državnega tožilstva, da vsako zadevo, za katero misli, da ni bila odločena pravilno, predloži v kontrolo Vrhovnemu sodišču, ali
- popolno odprtje vrat strankam za dostop do Vrhovnega sodišča brez kakršnekoli možnosti »filtriranja«.

Prva alternativa – to je najbrž danes splošno sprejeto – ni skladna z ureditvijo pravnega postopka, ki naj temelji na spoštovanju avtonomije strank ter s tem povezane svobode in odgovornosti za lastna ravnanja. Za drugo alternativo – popolnoma »odprta vrata« na Vrhovno sodišče – pa je Ustavno sodišče tudi že prepričljivo obrazložilo, da ne pride v poštev in da bi šibila tako položaj Vrhovnega sodišča kot v praktičnem učinku tudi raven varstva pravic strank.<sup>27</sup>

Drugi pomislek je (v kontekstu ureditve, da gre za primere, ko revizija ni možna) morda, da »še vedno bolje, da Vrhovno sodišče v postopkih na podlagi ZVZ lahko v korist konkretnih strank odpravi vsaj kakšno nezakonitost, kot da – če bodo v teh primerih odločbe le ugotovitvene – ne more odpraviti niti ene, saj v teh primerih revizija ni možna«. Vendar to ni res. Ni v

<sup>26</sup> O tej delitvi glej izčrpno sklep Ustavnega sodišča RS U-I-302/09 z dne 12. 5. 2011.

<sup>27</sup> Prav tam.

nasprotju z Ustavo in EKČP, če dostopa do Vrhovnega sodišča ni in če imajo stranke zagotovljen dvostopenjski sodni postopek. V nasprotju z Ustavo pa je, če je dostop do Vrhovnega sodišča mogoč, oziroma širše, če zadeve, v katerih se odloča o civilnih pravicah in obveznostih strank, lahko pridejo do Vrhovnega sodišča, vendar sam postopek dostopa do (Vrhovnega) sodišča in postopek pred tem sodiščem ne ustrezata zahtevam Ustave in ESČP.<sup>28</sup> Zato je v resnici ustavno sprejemljivo naslednje: »bolje noben postopek pred Vrhovnim sodiščem kot postopek, ki ne ustreza ustavnim standardom«.

Ob tem velja spomniti, da ureditev, po kateri državno tožilstvo z diskrepcijo izbira, zadeve katerih strank bodo – z učinkom za te stranke – ponovno odprte pred Vrhovnim sodiščem, ogroža tudi jamstva enakosti pred zakonom po 22. členu Ustave. To velja tako za primerjavo položaja strank v različnih postopkih (glej zgoraj, obrazložitev predloga novele ZPP-E) kot za primerjavo položaja strank v istem postopku. Stranka, katere stališče bo enako stališču državnega tožilstva, bo v bistveno boljšem položaju. Težko si namreč zamislimo – in takšnega primera v praksi po mojem vedenju tudi ni bilo – da bi državni tožilec kljub nesporno velikemu objektivnemu pomenu zadeve in pomembnemu pravnemu vprašanju vložil ZVZ zoper sodbo višjega sodišča, za katero sicer misli, da je pravilna. Če torej v pravdi uspe stranka, ki je zastopala pravna stališča, kakršna zastopa tudi državni tožilec, pobuda nasprotne stranke za vložitev ZVZ gotovo ne bo uspešna. V nasprotnem primeru pa bo realno možno, da bo vložena zahteva za varstvo zakonitosti. Pa vendar so sporna pravna vprašanja (in pričakovana korist od odločitve Vrhovnega sodišča za razvoj prava skozi sodno prakso in za enotnost sodne prakse) v obeh primerih povsem enaka. To je le še en dodaten vidik, ki dokazuje, kako neskladno z zahtevanimi standardi ureditve pravnega postopka je, če se dostop do Vrhovnega sodišča »filtrira« pri državnem tožilstvu in je odvisen tudi od tega, ali so pravna stališča državnega tožilstva ugodna za stranko, ki je v sporu izgubila, ali ne.

## 7. Nujnost razveljavitve dela tretjega odstavka 391. člena ZPP

Ureditev v tretjem odstavku 391. člena ZPP je torej, kolikor tudi v primeru ZVZ, ki je vložena po kriteriju »rešitve pomembnega pravnega vprašanja«, dopušča, da odločitev Vrhovnega sodišča poseže v odločitev v sporu med konkretnima strankama, v neskladju s pravico do sodnega varstva po prvem odstavku 23. člena Ustave in splošno svobodo ravnanja po 35. členu Ustave. Odprava te neskladnosti z Ustavo bi bila enostavna. Sporno določbo je treba v določenem delu razveljaviti. Ker je zakonodajalec to priložnost z novelo ZPP-E zamudil, lahko pričakujemo, da bo to – ko bo vložena ustrezna pobuda (stranke s pravnim interesom) ali zahteva za oceno ustavnosti – storilo Ustavno sodišče. Tretji odstavek 391. člena ZPP se

<sup>28</sup> ESČP v zadevi 20627/04, *Liakopolou proti Grčiji*, z dne 24. 5. 2006; odločba Ustavnega sodišča RS Up-1782/08 in U-I-166/08. O tem glej Galič v: Šturm (ur.), 23. člen.

glasi: »Če je zahteva za varstvo zakonitosti vložena pod pogoji iz prvega odstavka 367.a člena tega zakona in vrhovno sodišče spozna, da je utemeljena, ugotovi le, da je bil zakon prekršen, ne da bi posegalo v pravnomočno odločbo, razen če je bila v tej zadevi vložena revizija ali če zoper pravnomočno sodno odločbo revizije ni mogoče dopustiti.« Ustavno nedopusten in obenem za odločitev v tej zadevi relevanten je del, ki se glasi: »ali če zoper pravnomočno sodno odločbo revizije ni mogoče dopustiti«. Protiustavnost bo odpravljena, če se ta del tretjega odstavka 391. člena ZPP razveljavi. Narava protiustavnosti omogoča (natančneje: zahteva) razveljavitev. Pravni položaj po razveljavitvi te določbe bo tak, da bo tudi v teh primerih, tako kot po splošnem pravilu, kadar gre za ZVZ po kriteriju pomembnega pravnega vprašanja, odločitev o ZVZ imela le ugotovitveni učinek – učinkovala bo torej za naprej, kot precedens oziroma z usmerjevalno funkcijo in funkcijo poenotenja sodne prakse za prihodnje primere. Razveljavitev ne bo povzročila kakšne druge protiustavnosti (kot obrazloženo, Ustava ne zahteva, da morajo vse zadeve strank imeti možnost, da pridejo do Vrhovnega sodišča) ali pravne praznine. Zato ne bi bilo dopustno, da bi Ustavno sodišče zgolj ugotovilo protiustavnost in naložilo zakonodajalcu, da jo v določenem roku odpravi. Ali bo zakonodajalec zaradi te spremembe učinkov ZVZ ocenil, da je primerno razširiti dopustnost dopuščene revizije tudi na zadeve, v katerih je zdaj izključena, je stvar primernosti, ne ustavnosti.<sup>29</sup> Enako velja za vprašanje, kako urediti, da se bo državno tožilstvo seznanjalo z zadevami, v katerih se odpirajo pomembna pravna vprašanja.<sup>30</sup>

## 8. Sklep

S pričakovano ustavnosodno odločitvijo, da sme odločitev o ZVZ, vloženi po kriteriju rešitve pomembnega pravnega vprašanja, imeti le ugotovitveni učinek (torej z razveljavitvijo

<sup>29</sup> V zakonodaji je sicer zadnja leta očitno trend širjenja možnosti revizije kot pravnega sredstva strank. Z novelo ZPP-E je bila odpravljena prepoved, da revizije ni mogoče dopustiti, kadar je vrednost spornega predmeta pod 2.000 EUR (žal je ob tem ostala očitno redakcijska napaka, da revizija ni dopustna v sporih majhne vrednosti, glej osmi odstavek 458. člena ZPP). Širijo se (novela ZIZ-L in v pripravi novela ZIZ-M) možnosti revizije v izvršilnem postopku.

<sup>30</sup> Praktična težava, kako bodo državni tožilci sploh seznanjeni s spornimi in pomembnimi sodnimi odločbami, proti katerim bi lahko vložili zahtevo za varstvo zakonitosti, ni nerešljiva, v nobenem primeru pa tudi ni ustavnopravno odločilna, saj gre za vprašanje primernosti. Sistem je do zdaj deloval, ker so stranke imele jasek interes, da tožilstvu vlagajo pobude za vložitev zahteve za varstvo zakonitosti. Tega interesa zdaj – ker jim tudi ugoditev temu pravnemu sredstvu ne bo nič koristila – ne bo več, vsaj ne v tako veliki meri. Zagotoviti bi bilo torej treba neki drug institucionalizirani način seznanjanja državnega tožilstva s sodbami sodišč druge stopnje, v katerih se odpirajo pomembna pravna vprašanja ali je ogrožena enotnost sodne prakse. Čakati na javno objavo teh sodb ni dovolj, saj bodo roki za vložitev pravnega sredstva že zamujeni. Avtomatično pošiljanje vseh sodb državnemu tožilstvu zaradi prevelikega obsega in neobvladljivosti tudi ne more biti prava rešitev (pa tudi predvideno ni nikjer). Ni pa ovire, da se ne bi mogel vzpostaviti sistem, po katerem bi višje sodišče za zadeve, za katere ocenjuje, da bi bilo koristno, da pridejo do Vrhovnega sodišča, na lastno pobudo lahko poslalo sodbo v vednost (in razmislek o vložitvi zahteve za varstvo zakonitosti) državnemu tožilstvu.

spornega dela tretjega odstavka 391. člena ZPP), bo v pravnem redu Republike Slovenije ostala koristna vloga državnega tožilstva pri omogočanju, da Vrhovno sodišče polno uveljavi svojo funkcijo pri razvoju prava skozi sodno prakso, zagotavljanju enotnosti sodne prakse ter usmerjanju prakse nižjih sodišč in ravnanja vseh naslovnikov pravnih norm za prihodnje primere.

Kvalitetne ZVZ k temu lahko bistveno pripomorejo, obogatijo lahko razvoj prava in učvrstijo enotnost sodne prakse ter prispevajo k pravni varnosti in predvidljivosti. ZVZ je v pravnem redu Republike Slovenije v ZPP torej smiselno ohraniti. To je po mojem mnenju z vidika koristi za pravni red celo zaželeno. Nujno pa je zagotoviti, da se ustavna skladnost funkcije državnega tožilstva v pravnem postopku odraža v ugotovitveni naravi odločb, izdanih na podlagi njegovega pravnega sredstva. Ugotovitvena narava odločb VS RS, izdanih v teh primerih, podobno kot v sodobnih ureditvah civilnega procesa romanskega tipa za dosego teh pozitivnih učinkov zadošča. Možnost posega v konkretno odločitev v konkretni zadevi pa ni skladna z legitimnim namenom ZVZ, če želimo, da se to pravno sredstvo v pravnem redu ohrani.

Vse navedeno seveda velja za tip ZVZ, ki sem jo obravnaval v tem prispevku – to je ZVZ, ki je vložena in dopustna po kriteriju rešitve pomembnega pravnega vprašanja, torej ZVZ, ki sledi cilju ustvarjanja precedensa. Za ZVZ, ki je vložena iz razloga kršitve kogentnih predpisov ali morale pri dispozitivnih ravnanjih strank (poskusi izigravanja zakona s procesnimi sredstvi), razumljivo ni sporno, da naj se možnost posega v konkretno sodno odločbo ohrani. V teh primerih je javni interes vezan na odločitev v konkretni zadevi, ne na zagotavljanje rešitve pomembnega pravnega vprašanja zaradi učinka za naprej.

In kaj če Ustavno sodišče spornega dela tretjega odstavka 391. člena ZPP ne razveljavi? V tem primeru bo v pravnem redu Republike Slovenije v ureditvi civilnih sodnih postopkov ostal relikv sovjetskega prava, neskladen s samo naravo pravnega postopka kot postopka, v katerem se odloča o individualnih civilnih pravicah in ki temelji na spoštovanju avtonomije – svobode in odgovornosti – strank ter tudi zahtev 23. in 35. člena Ustave.

## Literatura

FASCHING, Hans Walter. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1990.

GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.

GALIČ, Aleš. Za reformo revizije v pravnem postopku. *Pravna praksa*, 2007, letn. 26, št. 43, pril. str. II–VIII.

GALIČ, Aleš. *Zakon o pravnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo), z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008.

- GALIČ, Aleš. Ali mora biti sklep Vrhovnega sodišča o nedopustitvi revizije obrazložen. *Podjetje in delo*, 2015, št. 6-7, str. 950-969.
- GALIČ, Aleš. *Zakon o pravnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo), z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.
- GALIČ, Aleš, in UDE, Lojze. Reforma pravnih sredstev v pravnem postopku. *Podjetje in delo*, 2002, št. 6-7, str. 1574-1585.
- GALIČ, Aleš. Does a decision of the Supreme Court denying leave to appeal need to contain reasons?, v: Adolphsen, J. (ur.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2014, str. [159]-173.
- GALIČ, Aleš. Jamstva glede enotnosti sodne prakse kot del pravice do poštenega sojenja v praksi ESČP, v: Galič, A., Kramberger Škerl, J. (ur.), *Liber amicorum Dragica Wedam Lukič*. 1. natis. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2019, str. 105-124, 293-294.
- GALIČ, Aleš. V: Šturm, L. (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije (dopolnitev - A)*. Kranj: Fakulteta za državne in evropske študije, 2011.
- HESS, Burkhard. V: Oberhammer, P., *Richterbild und Rechtsreform in Mitteleuropa*. Wien: Manz, 2001.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*, 15. Auflage. München: Beck, 1993.
- ZOBEČ, Jan. Od individualnega do javnega (precedenčnega) namena Vrhovnega sodišča: ustavnopravni vidik. *Podjetje in delo*, 2015, št. 6-7, str. 919-937.



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.991:347.95

# Novela ZPP-E in postopek pred Vrhovnim sodiščem RS

NINA BETETTO  
magistrica pravnih znanosti  
vrhovna sodnica  
Vrhovno sodišče RS

## 1. Uvod

Čeprav novela Zakona o pravdnem postopku (ZPP)<sup>1</sup> ZPP-E<sup>2</sup> ne spreminja temeljnih izhodišč in načel pravnega postopka, so nekatere spremembe, med drugim novosti v zvezi z ureditvijo postopka pred Vrhovnim sodiščem RS, vsebinske in zato pomembne. Predmet prispevka je predstavitev izkušenj in stališč sodne prakse v zvezi z dopuščeno revizijo kot izrednim pravnim sredstvom in pritožbo zoper razveljavitveni sklep na Vrhovno sodišče.

## 2. Ureditev revizije po noveli ZPP-E

Želja po spremembi paradigme Vrhovnega sodišča v civilnih postopkih – od varovanja zasebnega k varovanju javnega interesa – je z novelama ZPP-D<sup>3</sup> iz leta 2008 in ZPP-E iz leta 2017 dobila normativno podlago. Z novelo ZPP-E je bila skoraj v celoti opuščena ureditev (ne)dovoljenosti revizije po merilu *ratione valoris*. S prehodnimi določbami je bila enaka ureditev sprejeta za delovne in socialne spore,<sup>4</sup> upravne spore<sup>5</sup> ter nepravdne postopke.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 73/07 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 10/17.

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

<sup>4</sup> S črtanjem določbe 31. člena Zakona o delovnih in socialnih sporih (ZDSS-1, Uradni list RS, št. 2/04 in nasl.).

<sup>5</sup> S črtanjem 83. člena Zakona o upravnem sporu (ZUS-1, Uradni list RS, št. 105/06 in nasl.).

<sup>6</sup> S prehodno določbo prvega odstavka 124. člena ZPP-E: »Če drug zakon določa, da je revizija v nepravdnem postopku dovoljena, se ta dopusti pod pogoji iz 367.a člena zakona in po postopku po zakonu.« Glej na primer sklep VS RS II Ips 357/2017 z dne 11. 1. 2018. Tudi novi Zakon o nepravdnem postopku (ZNP-1, Uradni list RS,

V skladu s prvim odstavkom 367.a člena ZPP Vrhovno sodišče revizijo dopusti, če je od njegove odločitve mogoče pričakovati odločitev o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava ali za razvoj prava prek sodne prakse, in sicer zlasti v primerih:

- če gre za pravno vprašanje, glede katerega odločitev sodišča druge stopnje odstopa od sodne prakse Vrhovnega sodišča, ali
- če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodne prakse Vrhovnega sodišča ni, še zlasti če sodna praksa višjih sodišč ni enotna, ali
- če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodna praksa Vrhovnega sodišča ni enotna.

Merilo dovoljenosti revizije je tako postala pomembnost spornega pravnega vprašanja. Vrednostno merilo se ohranja v določbi osmega odstavka 458. člena ZPP, ki z zadnjo novelo ni bila brisana in ki izključuje revizijo v sporih majhne vrednosti.<sup>7</sup> Ureditev revizije se v bistvenem<sup>8</sup> sicer ni spremenila. Postopek ostaja dvofazni: predlog se vloži pri Vrhovnem sodišču, ki v prvi fazi (brez spisa) odloča o (ne)dopustnosti revizije, vsebinska obrazložitev sklepa o nedopustnosti revizije pa ni potrebna. Če zakon določa, da revizije ni, je sodišče ne more dopustiti (drugi odstavek 367. člena ZPP).

## 2.1. »Direktna« dovoljena revizija tudi po noveli ZPP-E

Kljub noveliranemu postopku revizije, utemeljenemu na merilu pomembnosti spornega vprašanja, je »direktna« revizija vsaj začasno in v zelo omejenem obsegu preživela reformo.<sup>9</sup> Pravilo, da mora po zadnji noveli ZPP Vrhovno sodišče revizijo vedno dopustiti, da bi bila ta dovoljena, pozna izjeme. Najprej velja omeniti revizijo zoper sklep, v zvezi s katero ZPP načelno določa, da je dovoljena zoper sklep sodišča druge stopnje, s katerim je bil postopek pravnomočno končan, pod nadaljnjim pogojem, da bi bila v sporu sicer dovoljena revizija zoper pravnomočno sodbo (prvi in drugi odstavek 384. člena ZPP). Ne glede na to, ali je sodišče o glavni stvari torej odločilo s sodbo ali sklepom, se oba položaja obravnavata enako – stranka mora podati predlog za dopustitev revizije zoper sklep. Če tega ne stori in vloži »direktno« revizijo, je ta nedovoljena. Ni dvoma, da je taka rešitev sistemsko ustrezna, saj je skladna z novo zasnovano revizijskega preizkusa.

---

št. 16/17) v 37. členu določa, da je zoper sklep sodišča druge stopnje, s katerim je bil postopek pravnomočno končan, dovoljena revizija pod pogoji, ki jih določa ZPP.

<sup>7</sup> Drugače Galič 2017, str. 54. Galič meni, da je bil spodnji vrednostni prag za revizijo ukinjen in posledično razširjen dostop do Vrhovnega sodišča. Domnevam, da gre pri določbi osmega odstavka 458. člena ZPP za redakcijsko pomanjkljivost, ki pa je z metodami razlage ni mogoče odpraviti.

<sup>8</sup> V četrtem in petem odstavku 367.b člena so le »tehnične« (in ne vsebinske) spremembe glede listin, ki jih mora predlagatelj priložiti predlogu.

<sup>9</sup> Primerjaj Štravs 2017, str. 229.

Izrecno pa je po tretjem odstavku 384. člena ZPP dovoljena revizija zoper sklep, s katerim je sodišče druge stopnje zavrglo vloženo pritožbo oziroma s katerim je potrdilo sklep sodišča prve stopnje, da se revizija zavrže. Ker je torej revizija v teh primerih dovoljena že po samem zakonu, predlog za dopustitev revizije ni dovoljen.<sup>10,11</sup> Ali razlog, da se zagotovi dvostopenjsko odločanje (v prvem primeru) oziroma da se odločitev o dovoljenosti revizije pridrži sodišču, v pristojnosti katerega je odločanje o tem pravnem sredstvu (v drugem primeru), upravičuje odmik od siceršnje konceptualne zasnove dopuščene revizije? O tem resno dvomim. Menim celo, da ureditev revizije zoper sklep v tem delu ni plod zavestne in premišljene odločitve, ampak je predlagatelj ob pripravi novele sporno določbo enostavno spregledal.

Kot relikv se je »direktna« dovoljena revizija ohranila tudi v sporih zaradi objave odgovora ali popravka po Zakonu o medijih (ZMed),<sup>12,13</sup> ki v četrtem odstavku 39. člena določa, da je v sporih zaradi objave popravka zoper sodbo sodišča druge stopnje dovoljena revizija, v drugem odstavku 44. člena pa, da se v teh postopkih pravila pravnega postopka uporabljajo smiselno, če ni s tem zakonom določeno drugače.<sup>14</sup>

Zavzemam se za ureditev dopuščene revizije brez izjem, uzakonjenih z ZPP ali specialnim predpisom. Že v izhodišču se mi zdi zgrešeno razmišljati, kateri primeri so ne glede na objektivni pomen zadeve subjektivno tako pomembni, da bi kazalo odstopiti od koncepta dopuščene revizije in revizijo v vsakem primeru dopustiti, če že ne po merilu *ratione valoris*, pa po merilu *ratione causae*.

## 2.2. Kdaj je predlog za dopustitev revizije nepopoln

Predpostavka za vsebinsko odločitev o predlogu za dopustitev revizije je njegova popolnost. Zakon postavlja stroge zahteve glede obvezne vsebine predloga, ki jih strankam ob uveljavitvi novele ZPP-D ni uspelo zlahka izpolniti.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> Glej na primer sklepa VS RS II Ips 486/2012 z dne 28. 2. 2011 in II Dor 424/2018 z dne 10. 12. 2018.

<sup>11</sup> Od opisanega procesnega položaja je po stališču sodne prakse treba razlikovati vprašanje dovoljenosti predloga za dopustitev revizije, v katerem predlagatelj izpodbija sklep sodišča druge stopnje, s katerim je bil potrjen sklep sodišča prve stopnje o zavrženju pritožbe zoper sodbo sodišča prve stopnje. V tem primeru je predlog dovoljen in ga je treba meritorno obravnavati. Glej na primer sklep VS RS II 479/2018 z dne 15. 4. 2019, neobjavljena odločba: »Vrhovno sodišče je predlog vsebinsko obravnavalo, vprašanje dovoljenosti je bilo predmet razprave, a v sklepu ni obrazloženo.«

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 110/06 do 45/19.

<sup>13</sup> Sklepa VS RS II Dor 183/2016 z dne 6. 10. 2016 in II Dor 50/2018 z dne 8. 3. 2018.

<sup>14</sup> Vprašanje dovoljenosti oziroma dopuščенosti je v teh postopkih vse od uveljavitve ZMed urejeno drugače kot v ZPP. V drugih postopkih, v katerih so posebni zakoni določali, da je »revizija dovoljena«, je to s prehodnimi določbami novele ZPP-E izrecno spremenjeno (črtano). V zvezi s postopki za objavo popravka po ZMed pa novela ne določa ničesar.

<sup>15</sup> Ugotovitev Orehar Ivanc 2009, str. IV.

Poleg navedbe, da gre za predlog za dopustitev revizije, in navedbe sodbe, na katero se predlog nanaša, ZPP v četrtem in petem odstavku 367.b člena določa še štiri obvezne sestavine:

- natančno in konkretno opredelitev spornega vprašanja;
- (a) natančno in konkretno navedbo pravnega pravila, ki naj bi bilo kršeno, oziroma (b) natančen in konkreten opis zatrjevane kršitve postopka, oziroma (c) natančen in konkreten opis sodne prakse, od katere naj bi odločitev odstopala, oziroma (č) natančen in konkreten opis neenotnosti sodne prakse o spornem vprašanju (pri čemer je treba navesti tudi opravilne številke zadev, kopije sodb odločb, na katere se sklicuje, pa mora stranka predložiti, če niso objavljene);
- opredelitev okoliščin, ki kažejo na pomembnost spornega vprašanja;
- kratko obrazložitev, zakaj je sodišče druge stopnje sporno vprašanje rešilo nezakonito.

Statistični podatki po desetih letih obstoja instituta dopuščene revizije kažejo,<sup>16</sup> da delež zavrnjenih predlogov<sup>17</sup> pada že od leta 2012. Razlika med letom 2012, ko je bilo zavrnjenih 34 odstotkov predlogov, in letom 2018, ko je bilo teh 23 odstotkov,<sup>18</sup> je 11 odstotnih točk. Na splošno lahko zaznamo napredek v kakovosti predlogov za dopustitev revizije. To drži kljub dejstvu, da je sodna praksa po začetnem, do odvetnikov bolj prijaznem prehodnem obdobju postopoma zaostrovala zahteve glede obveznih sestavin predloga za dopustitev revizije. Ker se koncept dopuščene revizije s poudarjeno javno funkcijo zelo razlikuje od prejšnjega, v ospredju katerega je bilo varstvo zasebnega interesa, je bila postopnost z vidika pravne varnosti nujna in razumljiva.

Javna funkcija Vrhovnega sodišča se zagotavlja z omejenim in objektivno zasnovanim dostopom do tega sodišča – merilo za dostop je pomembno pravno vprašanje. Temu je treba prilagoditi oblikovanje vlog (predloga za dopustitev revizije in revizije) v revizijskem postopku. Predlog za dopustitev revizije ni revizija; drugače kot pri slednji mora biti poudarek na razlogih, na podlagi katerih je mogoče sklepati o objektivnem pomenu zadeve.

Natančna in konkretna opredelitev spornega pravnega vprašanja je zato najpomembnejša sestavina predloga za dopustitev revizije. Ne zadošča, da stranka le opiše sporno pravno razmerje in na splošno pojasnjuje, zakaj se s sprejeto odločitvijo ne strinja, oziroma zapiše floskulo, da »je od odločitve Vrhovnega sodišča mogoče pričakovati odločitev o pravnem vprašanju, ki je pomembno za zagotovitev pravne varnosti, enotne uporabe prava in razvoja prava prek sodne prakse«. Revizijski postopek se začne, teče in zaključi po volji strank. V polni meri je načelo dispozitivnosti uveljavljeno tudi pri določanju obsega izpodbijanja, kar je izraženo v

<sup>16</sup> Podatki se nanašajo le na civilni oddelek.

<sup>17</sup> Podatki o zavrnjenih predlogih vključujejo nepopolne, nedovoljene (na primer zaradi pomanjkanja postulacijske sposobnosti) in prepozne predloge.

<sup>18</sup> Leta 2017 je bilo zavrnjenih celo manj predlogov, to je 20 odstotkov.

pravilu *tantum devolutum quantum appellatum* (371. člen ZPP). Sodna praksa zato, upoštevaje načelo dispozitivnosti, utemeljeno in vse dosledneje vztraja pri konkretni opredelitvi pravnega vprašanja,<sup>19</sup> saj se samo ob takem pristopu tudi v nadaljevanju vložena dopuščena revizija lahko osredotoča le nanj.<sup>20</sup> Od izhodišča, da mora biti vprašanje oblikovano v pomenu slovnične kategorije, je mogoče odstopiti pod pogojem, da je misel lucidna in jasno izražena ter da je iz nje mogoče nedvoumno razbrati pomembno pravno vprašanje, ki ga vsebuje.<sup>21</sup> Šele tak predlog revizijskemu sodišču omogoča, da opravi presojo zatrjevane pomembnosti vprašanja z vidika pravnega reda kot celote in (ne)enotne sodne prakse.

Daleč najpogostejši primer nepopolne vloge je predlog za dopustitev revizije, ki je to le po naslovu, po vsebini pa gre *de facto* za revizijo. Tak predlog je formalno pomanjkljiv, saj nima obveznih sestavin iz četrtega odstavka 367.b člena ZPP. Prevladujejo predlogi, v katerih ni natančno in konkretno opredeljeno sporno pravno vprašanje, ampak stranka uveljavlja revizijske razloge iz prvega odstavka 370. člena ZPP in utemeljuje, zakaj je sodišče bistveno kršilo določbe pravnega postopka oziroma zmotno uporabilo materialno pravo.<sup>22</sup> S tem nedovoljeno preskakuje dopustitveni del, namenjen presoji javnega interesa.

Vrhovno sodišče v revizijskem postopku ne sprejema stališč o abstraktnih akademskih vprašanjih, kot bi bilo nekakšno polakademsko telo ali kvazizakonodajalec, temveč soustvarja živo pravo, ki temelji na živih primerih *sub iudice*. V tem je dvojna narava preliminarne dopustitvenega revizijskega postopka – iskanje prvin, ki presegajo pomen konkretne zadeve, a so hkrati eksistencialno povezane s predlagateljevim individualnim položajem. Prav zato morajo biti vprašanja oblikovana natančno in konkretno. Tej zahtevi ni zadoščeno, če stranka postavi povsem abstraktno retorično vprašanje, ki že vsebuje odgovor (na primer, ali mora biti sodba obrazložena), praviloma (v tem pogledu sodna praksa ni povsem dosledna) tudi ne, če se pavšalno sprašuje, ali konkreten primer ustreza nekemu abstraktnemu dejanskemu stanu (na primer, ali gre v konkretnem primeru za sodbo presenečenja). V skladu z zahtevo po

<sup>19</sup> Nekaj primerov natančno in konkretno oblikovanih vprašanj: »Ali ima porok pravico zahtevati od glavnega dolžnika povrnitev obveznosti, ki jo je namesto njega poravnal upniku po določi četrtega in petega odstavka 24. člena Stanovanjskega zakona (SZ-1), če je bila obveznost dolžnika v okviru postopka osebnega stečaja predmet odpusta obveznosti?« (sklep II Dor 98/2019 z dne 7. 3. 2019); »Ali je v konkretnem primeru glede okrnitve razgleda materialnopravno pravilno zapolnjen pravni standard preseganja običajne meje?« (sklep II Dor 205/2018 z dne 18. 10. 2018); »Ali je pritožbeno sodišče z zavrnitvijo dokaznega predloga z izvedencem grafologom čezmerno poseglo v toženčevo pravico do izjave?« (sklep II Dor 441/2018 z dne 17. 1. 2018).

<sup>20</sup> Sklep VS RS II Dor 501/2018 z dne 16. 5. 2019: »Vrhovno sodišče bi, če bi po uradni dolžnosti raziskovalo, oblikovalo in iz toženkine vloge samoiniciativno (iz)luščilo potencialno pomembna sporna pravna vprašanja, s tem očitno preseglo svoj pasiven, nepristranski in ambivalenten položaj, ki ga ima v razmerju do pravnih strank z enakimi možnostmi tudi v predlagalnem postopku za dopustitev revizije.«

<sup>21</sup> Primerjaj sklepa VS RS II Dor 501/208 z dne 16. 5. 2019 in II Dor 81/2018 z dne 7. 6. 2018 ter druge.

<sup>22</sup> Sklep VS RS II Dor 547/2010 z dne 3. 2. 2011 in številni drugi.

konkretni navedbi spornega pravnega vprašanja mora tipsko pravno pravilo individualizirati in konkretizirati glede na konkretni dejanski stan<sup>23</sup> (na primer: »Ali je pritožbeno sodišče odgovorilo na pritožbeni očitke, da je sodišče prve stopnje pri oceni mesečnih stroškov otrok nepopolno ugotovilo dejansko stanje, oziroma ali obrazložitev sodišča druge stopnje v tem delu zadosti standardu obrazložene sodne odločbe iz 22. člena Ustave in pravici do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave?«).<sup>24</sup>

Tudi opredelitev (pomembnih spornih pravnih) vprašanj ni dovolj, da bi bil predlog popoln, če stranka (poleg navedbe pravnega pravila, ki naj bi bilo kršeno) kršitve ne opiše oziroma konkretno ne pojasni, zakaj je sodišče druge stopnje sporno pravno vprašanje rešilo nezakonito.<sup>25</sup>

Opis sodne prakse, od katere naj bi odločitev odstopala, oziroma opis neenotnosti sodne prakse o spornem vprašanju mora biti natančen in konkreten, kar pomeni, da mora stranka ne samo opisati sporno pravno vprašanje in opozoriti na okoliščine, ki kažejo na odstopanje oziroma neenotnost, ampak tudi navesti opravilne številke zadev Vrhovnega in višjih sodišč, iz katerih to izhaja. Če sodne odločbe, na katere se sklicuje, niso objavljene, mora v skladu s petim odstavkom 367.b člena ZPP predložiti njihove kopije.<sup>26</sup>

Če je sodna praksa na nekem pravnem področju obsežna, se postavlja vprašanje, v kakšnem obsegu jo mora stranka navesti, da bi bil predlog za dopustitev revizije, v katerem zatrjuje, da odločitev odstopa od sodne prakse, popoln. Zahteva po popolni analizi sodne prakse z navedbo prav vsakega judikata, ki se navezuje na sporno pomembno pravno vprašanje, je pretirana. Pripeljala bi v drugo skrajnost – nepotrebno kopičenje navedb »za vsak primer«. Ni pa nesorazmerno breme za stranko, da se – če trdi, da izpodbijana odločitev odstopa od sodne prakse – z njo seznaniti in trditev podkrepi z vodilnimi odločbami, ki se nanašajo na sporno pravno

<sup>23</sup> Primerjaj sklep VS RS II Dor 201/2015 z dne 20. 8. 2015.

<sup>24</sup> Sklep VS RS II Dor 100/2015 z dne 30. 7. 2015.

<sup>25</sup> Primerjaj sklep VS RS II Dor 247/2011 z dne 8. 12. 2011: »Predlog za dopustitev revizije je nepopoln, ker ne vsebuje natančne in konkretne navedbe ustreznih pravnih pravil, ki naj bi bila kršena, in ker ne navaja konkretne pravne podlage, od katere naj bi izpodbijana odločitev odstopala.« V tej zadevi je toženec med drugim postavil naslednji vprašanji: »Ali mora zavezanec plačevati preživnino, če je upravičenci ne potrebujejo?; Ali je dopustno, da sodišče odloči, da ne bo izvajalo dokaznih predlogov, odloči pa na podlagi zaključkov, ki so utemeljeni na domnevah?« Podobno sklepa VS RS III Dor 124/20176–7 z dne 24. 4. 2018, II Dor 250/2010 z dne 24. 2. 2011 in drugi.

<sup>26</sup> Na primer sklep VS RS II Dor 32/2009 z dne 26. 8. 2009: »Tožnikovo posplošeno sklicevanje na odstopanje od sodne prakse najvišjega sodišča v državi ne izpolnjuje formalnih meril za vsebinsko obravnavanje predloga za dopustitev revizije.« V zvezi z višino pravične denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo glej sklep VS RS II Dor 425/2010 z dne 3. 2. 2011: »Predlagatelj bi moral zatrjevati odstop od sodne prakse utemeljiti tako, da bi obrazložil, v čem je podobnost ponujenih primerov z obravnavanim, ali pa pojasnil, zaradi katerih individualnih značilnosti konkretni škodni primer odstopa (je hujši) od ponujenih. Na podlagi neobrazloženega in pavšalnega zatrjevanja odstopa od sodne prakse ni mogoča presoja, ali gre za pomembno pravno vprašanje.«

vprašanje. Tipičen primer pravnega vprašanja, glede katerega v slovenskem pravu obstaja bogata sodna praksa, je pravni pojem pravične denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo. Vrhovno sodišče je v zvezi s tem že zavzelo stališče, da za popolnost predloga ne zadošča, da se predlagatelj »sklicuje le na eno ali dve sodbi Vrhovnega sodišča«. <sup>27</sup>

Da bi bil predlog popoln, mora stranka vlogi priložiti izvod izpodbijane sodbe in kopije neobjavljenih sodb. Sankcija za kršitev te obveznosti je vrnitev v popravo. <sup>28</sup> Predložitev izvoda sodbe sodišča prve stopnje in kopij drugih listin iz sodnega spisa ni obvezna (tretji odstavek 367.b člena ZPP). Vendar če predlagatelj tega ne stori in tudi dovolj konkretno ne opiše kršitve ter okoliščin, ki kažejo na pomembnost pravnega vprašanja, tvega, da bo Vrhovno sodišče tak predlog zavrglo kot nepopoln, ker ne bo moglo preveriti, ali gre za pomembno pravno vprašanje. <sup>29</sup>

### 2.3. Konkretizacija pravnega pojma »pomembno pravno vprašanje«

Šele analiza, kako Vrhovno sodišče v praksi zapolnjuje vsebino pravnega standarda »pomembnega pravnega vprašanja«, lahko pokaže, ali v zvezi s tem izrednim pravnim sredstvom v resnici opravlja primarno javno funkcijo. Nazorna je na primer primerjava števila »pomembnih pravnih vprašanj«, o katerih odločata avstrijsko in nemško vrhovno sodišče – prvo rešuje več »pomembnih« zadev kot drugo, čeprav v Avstriji živi desetkrat manj prebivalcev kot v Nemčiji. <sup>30</sup>

Če se merilo pomembnosti pravnega vprašanja tolmači široko, lahko postanejo revizibilne tudi zadeve, v katerih je prevladujoč individualni interes.

<sup>27</sup> Sklep VS RS II Dor 382/2010 z dne 13. 1. 2011: »Glede na to, da so v obsežni praksi Vrhovnega sodišča, v kateri so bila zavzeta stališča o vsebini pravnega standarda pravične denarne odškodnine, že izoblikovani kriteriji za njeno odmero, se sklicevanje predlagatelja na eno oziroma na dve sodbi Vrhovnega sodišča pokaže kot neobrazloženo in pavšalno zatiranje odstopa od sodne prakse, na taki podlagi pa ni mogoča presoja, ali gre za pomembno pravno vprašanje, ki bi narekovalo dopustitev revizije.«

<sup>28</sup> Pred novelo ZPP-E je revizijsko sodišče tak predlog zavrglo, ne da bi ga vrnilo v popravo.

<sup>29</sup> Sklep VS RS III Dor 88/2013 z dne 18. 11. 2013: »Vrhovno sodišče ne more preveriti pomembnosti prvega pravnega vprašanja, ki ga zastavlja predlagateljica, saj v postopku odločanja o predlogu za dopustitev revizije razpolaga le s tistimi listinami, ki jih predlogu priloži predlagateljica sama. Stranka mora biti pri zatrevanju nepravilne uporabe pogodbenega prava aktivnejša kot v primeru, ko gre za uporabo zakonskega prava. Pogodbe, na katero se sklicuje, in splošnih pogojev ni priložila, s samim predlogom pa ni dovolj konkretno opisala kršitve pogodbenega prava in okoliščin, ki kažejo na pomembnost pravnega vprašanja, o katerem naj bi Vrhovno sodišče odločalo.«

<sup>30</sup> Bratković 2018, str. 149.

## 2.4. Konkretizacija pravnega pojma »vprašanja načelnega pomena« v praksi nemškega vrhovnega sodišča (BGH)<sup>31</sup>

V nemškem pravu se revizija dopusti, če je sporno pravno vprašanje načelnega pomena (*grundsätzliche Bedeutung*) ali je odločitev revizijskega sodišča potrebna zaradi enotne uporabe prava in razvoja prava (drugi odstavek par. 543 *Zivilprozessordnung* – ZPO).<sup>32</sup> V nemški doktrini je pravno vprašanje načelnega pomena, če odpira pravno vprašanje, pomembno za vnaprej nedoločeno število primerov, ali spodbuja oblikovanje načel (*Leitsätze*) za razlago zakonskih določb ali zapolnjevanje pravnih praznin. Odločitev revizijskega sodišča mora imeti pomen, ki presega pomen konkretne zadeve. Vprašanja, ki se nanašajo na pravo, ki je prenehalo veljati,<sup>33</sup> na jasne in nedvoumne zakonske določbe ali pa so povezana z odločitvami, ki temeljijo na sodnikovi prosti dokazni oceni, niso načelnega pomena. Najpogosteje sicer BGH dopusti revizijo, kadar gre za pravno vprašanje, glede katerega ni enotne sodne prakse.

Najbolj zanimivo je vprašanje, ali so kršitve materialnega in procesnega prava zadosten razlog za dopustitev revizije. Domej ugotavlja, da je odgovor načelno nikalen<sup>34</sup> – naloga nemškega vrhovnega sodišča ni odprava takih napak, ne glede na to, kako hude ali očitne so.<sup>35</sup> Le izjemoma je lahko vprašanje, pomembno v konkretni zadevi, načelnega pomena, če ima spor daljnosežne učinke, zlasti ekonomske. Na prikrit in posreden način je BGH s sklicevanjem na javni interes in zagotavljanje enotnosti sodne prakse vendarle pustilo priprta vrata za izpodbijanje grobih kršitev, resda le v posebej hudih primerih. Kadar je odločitev nižjega sodišča arbitrarna ali je podana kršitev temeljnih procesnih jamstev, je dopustitev revizije po mnenju BGH nujna zaradi ohranitve zaupanja v sodstvo v primerih, ko stranka nima na razpolago drugega pravnega sredstva.<sup>36</sup> Revizijo dopusti tudi, če obstaja abstraktna nevarnost, da se bo kršitev ponovila oziroma da bodo druga sodišča sledila zgledu,<sup>37</sup> ali če so bile kršene ustavne pravice in bi ustavno sodišče ugodilo ustavni pritožbi.<sup>38</sup> Očitno je, da ni lahko odgovoriti na vprašanje, kako huda mora biti teža kršitve, da preraste v arbitrnost in da na tej podlagi BGH dopusti revizijo.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> O tem izčrpno Bratković 2018, str. 141–143; Galič 2014, str. 11; Domej 2014, str. 282.

<sup>32</sup> Drugi odstavek par. 543 nemškega ZPO se glasi: »Die Revision ist zuzulassen, wenn: 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.«

<sup>33</sup> Neue Juristische Wochenschrift 2003, str. 1943.

<sup>34</sup> Domej 2014, str. 282.

<sup>35</sup> Neue Juristische Wochenschrift 2003, str. 65, 831 in 1943.

<sup>36</sup> Neue Juristische Wochenschrift 2002, str. 2957; Neue Juristische Wochenschrift 2003, str. 831 in 1943; Neue Juristische Wochenschrift 2004, str. 2222; Neue Juristische Wochenschrift 2005, str. 65 in 153.

<sup>37</sup> Neue Juristische Wochenschrift 2004, str. 1960.

<sup>38</sup> Neue Juristische Wochenschrift 2003, str. 65.

<sup>39</sup> Primerjaj Galič 2014, str. 12.



## 2.5. Konkretizacija pravnega pojma »pomembno pravno vprašanje« v praksi Vrhovnega sodišča

Kot izhaja iz zakonske ubeseditve 367.a člena ZPP, se ureditev revizije osredinja na varstvo javnega interesa, katerega merilo je pomembno pravno vprašanje. Ustavno sodišče je že pred novelo ZPP-E večkrat poudarilo, da subjektivna dimenzija revizije, tj. varstvo pravic strank v konkretnih sporih, ni primarna;<sup>40</sup> individualne interese posameznikov Vrhovno sodišče varuje predvsem posredno, z varstvom javnega interesa. Takšna ureditev revizije utrjuje vlogo Vrhovnega sodišča kot precedenčnega sodišča, ki jo v povezavi s temeljnimi ustavnimi načeli pravne države in delitve oblasti zarisuje prvi odstavek 127. člena Ustave RS, po katerem je Vrhovno sodišče najvišje sodišče v državi.<sup>41</sup>

Ne glede na poudarjanje javnega interesa v zakonski določbi 367.a člena ZPP o tem, ali prevladuje varstvo javnega ali individualnega interesa, ni mogoče zanesljivo sklepati (samo) na podlagi zakonske ureditve. Odločilno je, kako se zakonska merila za izbor zadev uporabljajo v praksi.<sup>42</sup> To še toliko bolj velja, ker so ta zapisana v obliki pravnega standarda oziroma generalne klavzule. Za pravni standard »pomembnega pravnega vprašanja« je – kakor za vse pravne standarde – značilno, da ga v pravnem aktu ni mogoče ustrezno jezikovno in pravnotehnično izraziti. Pravni standardi so zgled tipičnega pravnega občutka, zapolnjevanje njihove vsebine pa je naloga sodišča, ki odloča v konkretnih primerih. Ne gre za samovoljo, ampak za soodvisnost od okoliščin primera. Nedoločni pravni pojmi so torej nedoločni le na abstraktnoregulativni ravni, vsebinsko določljivi pa so ob stiku s konkretnim družbenim razmerjem.<sup>43</sup>

Statistični podatki kažejo, da je civilni oddelek Vrhovnega sodišča v prvih dveh letih po tem, ko je začela veljati novela ZPP-D, dopustil večje število revizij (v povprečju v 153,5 zadeve) kot v poznejših letih 2013–2017 (v povprečju v 90,3 zadeve), leta 2018 pa je bilo mogoče zaznati precejšen upad števila dopuščenih revizij, tako v absolutnem (67) kot relativnem številu (revizija je bila dopuščena v 14,4 odstotka). Menim, da je (bil) pristop s postopnim zaostrovanjem meril iz razlogov, ki sem jih navedla že v zvezi z nepopolnimi predlogi, pravilen. Podoben trend, kar zadeva razmerje med številom vloženih predlogov in številom dopuščenih revizij, lahko zaznamo na gospodarskem oddelku Vrhovnega sodišča.

<sup>40</sup> Odločbe US RS Up-1782/08 z dne 18. 6. 2009, U-I-166/08 z dne 18. 6. 2009 in Up-678/09 z dne 20. 10. 2009. Po noveli ZPP-E glej odločbe US RS U-I-302/09-12, Up-1472/09-6, U-I-139/10-9 in Up-748/10-6 z dne 12. 5. 2011.

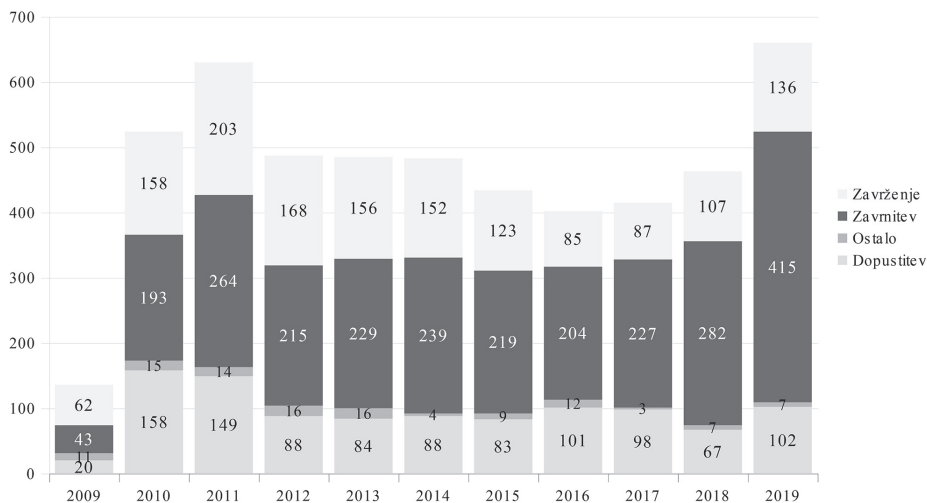
<sup>41</sup> Tako odločbe US RS U-I-302/09-12, Up-1472/09-6, U-I-139/10-9 in Up-748/10-6 z dne 12. 5. 2011, točka 13.

<sup>42</sup> Tako Galič 2014, str. 11–13.

<sup>43</sup> Pavčnik 2007, str. 113.

Slika 1: Število dopuščenih revizij na civilnem oddelku VS RS med letoma 2009 in 2019

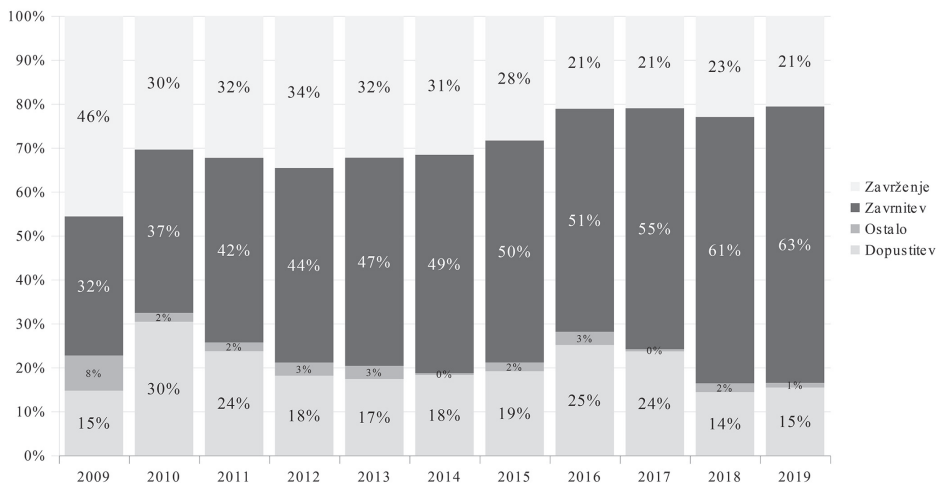
II Dor - Način rešitve, število zadev



Vir: lastna izdelava.

Slika 2: Delež dopuščenih revizij na civilnem oddelku VS RS med letoma 2009 in 2019 (v odstotkih)

II Dor - Način rešitve, deleži



Vir: lastna izdelava.

Kaj je »pomembno«, je kategorija, ki se spreminja v soodvisnosti od časa in prostora.<sup>44</sup> Temeljno merilo, ki se je izoblikovalo v dobrih desetih letih, odkar v Sloveniji obstaja institut dopuščene revizije, je, da mora pomen pravnega vprašanja segati prek konkretne zadeve;<sup>45</sup> vprašanje mora biti torej pomembno, podobno kot v nemškem pravu, za vnaprej nedoločeno število primerov. Menim, da je to posledica povsem prevladujočega zavedanja vrhovnih sodnikov, kaj sta ključna vrednota in ključno poslanstvo najvišjega sodišča – opravlja naj javno funkcijo, varovanje zasebnega interesa pa naj bo posredno. To gledanje ni gola abstrakcija – zaznavno je *in concreto* v odločitvah sodišča.

Pomen pravnega vprašanja ne sega prek konkretne zadeve, kadar spodnjo premiso sestavljajo zelo specifične, celo »eksotične«<sup>46</sup> dejanske okoliščine primera (na primer atipično pogodbeno razmerje) ali specifičen procesni dejanski stan. Odločitev precedenčnega sodišča, ki *ex ante* ustvarja splošno pravilo, je takrat nesmiselna ali vsaj odvečna, saj je verjetnost, da bi se ponovil primer z značilnostmi, ki se v bistvenem ujemajo s spornim, zelo majhna. Ni pomembno pravno vprašanje iz predpisa, ki ne velja več.<sup>47</sup> Nasprotno pa so lahko pomembna denimo vprašanja, povezana z razlago tipičnih pogodbenih klavzul, ki so se uveljavile v gospodarski praksi, ali tipičnih določb v splošnih poslovnih pogojih oziroma v formularnih pogodbah, o katerih še ni stališča Vrhovnega sodišča<sup>48</sup> (na primer glede vprašanja ničnosti pogodbene določbe, ki določa, da v primeru razdrtja posojilne pogodbe zapadejo v plačilo vsi preostali nezapadli obroki, skupaj z obrestmi;<sup>49</sup> veliko je primerov dopuščenih revizij v zvezi z zavarovalnimi pogoji<sup>50</sup> in upravičenji etažnih lastnikov<sup>51</sup>). Načelno lahko tudi stroškovna odločitev vsebuje pomembno pravno vprašanje, pod predpostavko, da so izpolnjeni pogoji iz 367.a člena ZPP.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> Bratković 2018, str. 155.

<sup>45</sup> Tako tudi Dolenc 2015, str. 944. Glej na primer sklepe VS RS III Dor 84/2013 z dne 7. 1. 2013, II Ips 2/2017 z dne 14. 9. 2017 in II Ips 275/2017 z dne 4. 6. 2018.

<sup>46</sup> Tako Dolenc 2015, str. 945.

<sup>47</sup> Sklep VS RS II Dor 398/2010 z dne 20. 1. 2011.

<sup>48</sup> Primerjaj Orehar Ivanc 2009, str. V in VI.

<sup>49</sup> Sklep VS RS III Dor 34/2010 z dne 21. 12. 2010.

<sup>50</sup> Glej na primer sklep VS RS II Dor 56/2018 z dne 18. 4. 2018.

<sup>51</sup> Glej sklepa VS RS III Dor 77/2013 z dne 15. 10. 2013, II Dor 154/2013 z dne 21. 12. 2013 in druge.

<sup>52</sup> Primerjaj na primer sklepa VS RS (na podlagi vložene zahteve za varstvo zakonitosti) II Ips 148/2014 z dne 28. 8. 2014 (v tej zadevi je sodišče ocenilo, da gre za pomembno vprašanje) in II Ips 182/2017 z dne 18. 10. 2018 (v tej zadevi je sodišče ocenilo, da ne gre za pomembno vprašanje).

## 2.6. Kaj je »pomembno pravno vprašanje« z vidika razvoja prava oziroma enotnosti sodne prakse

Pravno vprašanje ni *a priori* pomembno, če Vrhovno sodišče o njem še ni zavzelo stališča.<sup>53</sup> Če je sodna praksa višjih sodišč o določenem vprašanju usklajena, stališča Vrhovnega sodišča pa še ni, je sklep o tem, ali gre za pomembno vprašanje, odvisen od kakovosti argumentov v predlogu za revizijo oziroma od tega, ali predlagatelju uspe vzbuditi dvom o pravilnosti obstoječe sodne prakse. Prav tako ni pomembno vprašanje z jasnim, nedvoumnim odgovorom, ki ga ponujajo medsebojno usklajeni razlagalni argumenti.<sup>54</sup> V obeh primerih gre sicer za položaj iz druge alineje prvega odstavka 367.a člena ZPP (sodne prakse Vrhovnega sodišča ni), a ker niso sočasno izpolnjeni elementi iz generalne klavzule (pravno vprašanje, pomembno za razvoj prava prek sodne prakse), revizija ni dopustna.<sup>55</sup>

Pravkar povedano nakazuje, da dosledno ločevanje med pomembnostjo vprašanja in pravilnostjo odločitve ni vedno mogoče.<sup>56</sup> Oceno »kakovosti argumentov« v predlogu lahko Vrhovno sodišče izdela le tako, da te argumente sooči s tekmujočimi argumenti v izpodbijani sodbi, tega pa ni mogoče storiti, ne da si ustvarilo mnenje o pravilnosti odločitve in naredilo prognozo predlagateljevega uspeha z dopuščeno revizijo. Kadar so trditve očitno neutemeljene, ni izpolnjen pravni standard »pomembnega vprašanja«, zato ni nikakršne potrebe po intervenciji revizijskega sodišča. V teh primerih Vrhovno sodišče zavrnitev včasih utemelji s po mojem mnenju ne preveč posrečenim argumentom, da »kršitev ni verjetno izkazana«, s

<sup>53</sup> Sklep VS RS III Dor 119/2010 z dne 18. 4. 2011.

<sup>54</sup> V zadevi III Dor 17/2014 z dne 27. 5. 2014 je toženec predlagal, da Vrhovno sodišče revizijo dopusti glede vprašanja, ali mora ločitveni upnik, da zavaruje svojo ločitveno pravico v razmerju do izločitvenega upnika, v stečajnem postopku prereka oziroma ugovarjati priznanju izločitvene pravice drugega upnika, čeprav je bila njegova zastavna pravica na nepremičnini ugotovljena s pravnomočno sodno odločbo in pridobljena pred pridobitvijo lastninske pravice drugega upnika oziroma če drugi upnik sploh ni veljavno postal lastnik predmetne nepremičnine ter s tem ni veljavno pridobil izločitvene pravice. Vrhovno sodišče je predlog zavrnilo z utemeljitvijo, da pritrdilni odgovor na predlagano vprašanje izhaja že iz določb Zakona o finančnem poslovanju postopkih zaradi insolventnosti in prisilni poravnavi (ZFPPIPP, Uradni list RS, št. 126/07), ki se nanašajo na prijavo in preizkus terjatev ter ločitvenih in izločitvenih pravic. V zadevi II Ips 125/2018 z dne 6. 6. 2019 je Vrhovno sodišče zavrglo zahtevo za varstvo zakonitosti, ker je presodilo, da ne gre za pomembno pravno vprašanje: »Iz jezikovne razlage pravnega pravila iz tretjega odstavka 62. člena v zvezi z drugim odstavkom 63. člena Zakona o divjadi in lovstvu (ZDLov-1) jasno izhaja, da toženka kot upravljavka lovišča nima pristojnosti odkloniti podaljšanja veljavnosti lovske izkaznice. V skladu s tretjim odstavkom 62. člena ZDLov-1 lahko toženka Lovski zvezi Slovenije le predlaga izvedbo takšnega ukrepa.«

<sup>55</sup> Primerjaj Orehar Ivanc 2009, str. V, ki meni, da si je težko predstavljati primer, v katerem bi šlo za enega od posebej naštetih primerov, pa ne bi bili izpolnjeni elementi generalne klavzule.

<sup>56</sup> O tem obširneje Klun 2016, str. 80–82.

čimer se po nepotrebnem ustvarja vtis, da gre za presojo pravilnosti odločitve. V resnici pa je to povezano s konkretizacijo pravnega pojma pomembnosti pravnega vprašanja.<sup>57</sup>

Podobno pride do prepletanja vprašanj objektivne pomembnosti in pravilnosti odločitve, kadar predlagatelj zatrjuje odstop od enotne sodne prakse. Vrhovno sodišče lahko to trditev preveri samo tako, da sprejme delovno diagnozo pravilnosti izpodbijane odločitve oziroma njene skladnosti z enotno sodno prakso. Ne gre za odmik od izhodiščnega pristopa, ki v ospredje postavlja objektivni pomen zadeve, ampak za pomožno merilo. V tem kontekstu je po mojem mnenju treba razumeti besedno zvezo »verjetno izkazan« kot del obrazložitve nekaterih zavrnilnih sklepov Vrhovnega sodišča v zadevah, v katerih je predlagatelj zatrjeval odstop od sodne prakse.<sup>58</sup>

Pravno vprašanje bo z vidika razvoja prava prek sodne prakse pomembno, kadar bo z odločitvijo o njem dana usmeritev oziroma vodilo sodni praksi za odločanje v podobnih primerih. Zaradi hipertrofije pravnih predpisov, ki se nenehno spreminjajo, so pogosta vprašanja, ki izvirajo iz nove zakonske ureditve, na primer z družinskopravnega področja, ki ga ureja novi Družinski zakonik.<sup>59</sup> Vloga Vrhovnega sodišča je torej ključna tudi pri soustvarjanju prava v primeru pravnih standardov.<sup>60</sup>

Že oblikovana stališča se aktualizirajo, dopolnjujejo in nadgrajujejo z novimi spoznanji teorije in judikature Ustavnega sodišča ter mednarodnih sodišč, zlasti ESČP<sup>61</sup> in Sodišča EU.<sup>62</sup> Kljub utrjeni sodni praksi se odpirajo novi vidiki,<sup>63</sup> ki lahko utemeljijo odstop od že ustaljenih stališč. Vrhovno sodišče je na primer dopustilo revizijo glede vprašanja, ali je z vidika posega v ustavne pravice drugih uporabnikov varovanega oddelka istega zavoda sprejemljiva namestitvev oseb v prezasedene socialnovarstvene zavode,<sup>64</sup> in nato na podlagi dopuščene revizije

<sup>57</sup> Na primer sklepa II Dor 403/2013 z dne 16. 1. 2014 in II Dor 383/2012 z dne 12. 12. 2012. V najnovejši sodni praksi je tovrstna argumentacija redkejša.

<sup>58</sup> Na primer sklepi VS RS II Dor 454/2014 z dne 12. 3. 2015, II Dor 592/2010 z dne 27. 1. 2011 in II Dor 440/2014 z dne 19. 2. 2015.

<sup>59</sup> Uradni list RS, št. 15/17 do 22/19, ki je začel veljati 15. 4. 2017, uporablja pa se od 15. 4. 2019. Glej na primer sodbo VS RS II Ips 35/2019 z dne 18. 4. 2019 (sicer v zvezi z vloženo zahtevo za varstvo zakonitosti) glede vprašanja, ali in kdaj je center za socialno delo lahko skrbnik za posebni primer.

<sup>60</sup> Glej na primer sklep VS RS II Dor 205/2018 z dne 18. 10. 2018 v zvezi s standardom preseganja običajne meje okrnitve razgleda.

<sup>61</sup> Glej na primer sklep VS RS II Dor 59/2013 z dne 21. 3. 2013.

<sup>62</sup> Glej na primer sklep VS RS II Dor 260/13 z dne 21. 11. 2013.

<sup>63</sup> Glej na primer sklep VS RS II Dor 299/2019 z dne 8. 8. 2019. Vrhovno sodišče je v zadevi dopustilo revizijo glede vprašanja ničnosti priznanja očetovstva s strani očeta, ki je vedel, da ni otrokov oče.

<sup>64</sup> Sklep VS RS II Dor 86/2019 z dne 25. 4. 2019.

odstopilo od ustaljene sodne prakse, da prezasedenost zavodov v sodnem postopku ni pravno pomembna okoliščina.<sup>65</sup>

V skladu z določbo 367.a člena ZPP Vrhovno sodišče revizijo med drugim dopusti, če gre za pravno vprašanje, glede katerega sodna praksa Vrhovnega sodišča ni enotna. Menim, da institut dopuščene revizije že po svoji zasnovi ne more biti (dovolj) učinkovito sredstvo za zagotavljanje enotnosti sodne prakse na horizontalni ravni. Revizija je izredno pravno sredstvo v rokah strank. Stranke vlagajo predloge za revizijo in revizije v različnih zadevah, v katerih lahko, neodvisno druga od druge, odpirajo ista pravna vprašanja, ki jih nato sočasno ali sukcesivno obravnavajo različni senati oziroma sodni oddelki. V takem položaju se lahko zgodi, da (vsaj začasno) obvelja in ima precedenčni učinek odločitev, ki ni bila osvetljena z vseh možnih vidikov, ali pa (če se sprejmejo različne odločitve) sodišče samo, katerega naloga kot najvišjega sodišča v državi je predvsem zagotavljanje enotnosti in predvidljivosti sodne prakse, postane vir neenotnosti. To šibko točko bi odpravil institut razširjenih senatov, ki bi dopolnil in nadgradil obstoječi sistem ter tako prispeval k zagotavljanju enotnosti sodne prakse na horizontalni ravni.<sup>66</sup>

## 2.7. Kaj je »pomembno pravno vprašanje« z vidika zagotavljanja pravne varnosti

Konkretizacija pravnega standarda poteka v dveh fazah: sodišče mora najprej ugotoviti vsebino pravnega standarda, torej abstraktno dejansko stanje pravne norme, nato pa s tako ugotovljeno vsebino primerjati dejstva, ki jih je ugotovilo v konkretnem primeru. Kaj je pomembno vprašanje za zagotavljanje pravne varnosti, sodna praksa opredeljuje *per negationem*: pogoji za vsebinsko obravnavo niso izpolnjeni v primerih, ko ni mogoče govoriti o hudi kršitvi prava, ki bi pomenila resno motnjo v strukturi sodne prakse,<sup>67</sup> ali o kršitvi prepovedi sodniške samovolje in kadar ne grozi nevarnost ponovitve očitane napake.<sup>68</sup>

Vrhovno sodišče je pri razlagi pojma »pravne varnosti« bolj popustljivo kot nemški vzornik BGH.<sup>69</sup> Bratković najverjetnejši razlog za razliko v številu dopuščenih revizij kljub primer-

<sup>65</sup> Sklep VS RS II Ips 51/2019 z dne 25. 4. 2019.

<sup>66</sup> O usklajevanju sodne prakse na horizontalni ravni glej Betetto 2015, str. 970–987.

<sup>67</sup> Vprašanje konkretizacije pojma pomembnega pravnega vprašanja z vidika enotnosti sodne prakse kot enega od elementov pravne predvidljivosti in s tem pravne varnosti obravnavam v prejšnji točki.

<sup>68</sup> Glej v zvezi z vloženimi zahtevami za varstvo zakonitosti sklepe VS RS II Ips 125/2018 z dne 6. 6. 2019, II Ips 310/2017 z dne 29. 3. 2018, II Ips 284/2017 z dne 5. 4. 2018 in II Ips 275/2017 z dne 4. 6. 2018.

<sup>69</sup> Tako Bratković 2018, str. 149.

ljivima zakonskima ureditvama vidi prav v večji ali manjši naklonjenosti najvišjega sodišča dopustitvi revizije, kadar stranke uveljavljajo kršitve materialnega in procesnega prava.<sup>70</sup>

Izhajajoč iz slovenske sodne prakse, je mogoče s precejšnjo stopnjo zanesljivosti sklepati, da pojem »pravna varnost« ni sinonim za pravilno in zakonito sodno odločbo. Kršitev materialnega ali procesnega prava mora biti tako huda, da preraste v »kvalificirano« obliko in je zaradi varstva pravne varnosti potreben poseg Vrhovnega sodišča. Med kršitvami, pri katerih je ta standard izpolnjen, je treba postaviti v ospredje kršitve ustavnih in konvencijskih pravic – njihovo varstvo je v prvi vrsti naloga rednih sodišč in v skladu z načelom subsidiarnosti šele nato Ustavnega sodišča. Z vidika razmerja med Vrhovnim in Ustavnim sodiščem v pravnem redu ni nobenega razloga, da ne bi tistih nepravilnosti, s katerimi bi stranka lahko uspela v postopku ustavne pritožbe, odpravilo že Vrhovno sodišče.<sup>71</sup> To sodišče sledi opisanemu izhodišču, pa naj gre za »kvalificirano« postopkovno (na primer kršitev jamstev poštenega sojenja) ali materialnopravno kršitev (na primer pravice do zasebne lastnine ali svobode izražanja).<sup>72</sup> Opisana opredelitev meja revizijskega preizkusa oziroma pomembnega vprašanja zahteva čim bolj dosledno razmejitev med neustavnostjo in zakonitostjo, pri čemer mora biti temeljno vodilo, da mora Vrhovno sodišče (enako kot Ustavno sodišče v zvezi z ustavno pritožbo) sporno pravno stališče neposredno subsumirati pod ustavno normo o človekovih pravicah.<sup>73</sup>

V slovenski sodni praksi ostaja odprto vprašanje, kateri so drugi primeri »kvalificiranih« kršitev materialnega in procesnega prava, ki utemeljujejo dopustitev revizije zaradi zagotavljanja pravne varnosti. Teorija poudarja, da ni vsaka absolutna postopkovna kršitev avtomatično kršitev ene od temeljnih človekovih pravic, zato je pri tovrstnih trditvah strank na mestu zadržanost najvišjega sodišča.<sup>74</sup> Če je kršitev očitna, je tveganje, da bodo drugi sledili slabemu zgledu, praviloma manjše, ne večje.<sup>75</sup> Po začetni vnemi je sicer pristop precej bolj restriktiven,<sup>76</sup>

<sup>70</sup> Prav tam, str. 149.

<sup>71</sup> Orehar Ivanc 2009, str. VI. Pritrdilno tudi Bratković 2018, str. 165, Klun 2016, str. 98.

<sup>72</sup> Na primer sklepi VS RS III Dor 33/2016 z dne 18. 4. 2016 (glede meja dopustnosti uresničevanja svobode novinarskega izražanja), II Dor 496/2018 z dne 16. 5. 2019 (glede skladnosti delnega odvzema poslovne sposobnosti za vse aktivnosti, povezane s sodnimi postopki, z načelom sorazmernosti po 2. členu Ustave RS), II Dor 441/2018 z dne 17. 1. 2019 (glede vprašanja, ali je pritožbeno sodišče z zavrnitvijo dokaznega predloga z izvedencem grafologom čezmerno poseglo v toženčevo pravico do izjave), II Dor 272/2018 z dne 26. 7. 2018 (glede vprašanja, ali sta bili s spremembo sklepa prve stopnje o določitvi socialnovarstvenega zavoda, ki naj sprejme nasprotnega udeleženca, temu zavodu kršeni pravica do izjave in pravica do pritožbe); II Dor 157/2017 z dne 27. 7. 2017 (glede vprašanja, ali obrazložitev sodbe sodišča druge stopnje ustreza zahtevanemu standardu obrazloženosti sodb).

<sup>73</sup> Poglobljeno razpravljanje o merilih za razmejitev med zakonitostjo in neustavnostjo presega okvir tega prispevka. O doktrinarnih stališčih glej na primer izčrpano Galič 2004, str. 451–485.

<sup>74</sup> Bratković 2018, str. 168, Klun 2016, str. 102.

<sup>75</sup> Tako Galič 2014, str. 11.

<sup>76</sup> Enako Dolenc 2015, str. 946.

vendar menim, da bi morale biti Vrhovno sodišče pri tem v prihodnje še manj popustljivo. Kajti če pritrdimo stališču, da absolutne bistvene kršitve procesnega prava *an sich* ogrožajo pravno varnost, skozi priprta vrata namesto javnega vstopa individualni subjektivni interes. Že površen pregled zadev, v katerih je sodišče revizijo dopustilo, še vedno kaže visok delež domnevnih postopkovnih kršitev, ne da bi se stranka v teh zadevah sploh sklicevala na okoliščino, ki bi po vsebini lahko pomenila kršitev ustavnih jamstev, ali pa so trditve v tej smeri posplošene.

## 2.8. Vprašanje mora biti pravno pomembno za konkreten primer

Kot je bilo pojasnjeno že v zvezi z vprašanjem popolnosti predloga, Vrhovno sodišče v postopkih dopuščene revizije ne sprejema stališč o abstraktnih akademskih in hipotetičnih vprašanjih, pa naj so za prakso na načelni ravni še tako pomembna, ampak odloča v posamičnih sporih, v katerih se izrečena pravna stališča opirajo na pravotvorna dejstva konkretnega primera.<sup>77</sup> Obstajati mora torej možnost, da vprašanje vpliva na izid spora v konkretnem primeru – vprašanje mora biti »revizijsko sklepčno«.<sup>78</sup> Vprašati se moramo: ali bo odločitev o reviziji odvisna (tudi) od spornega vprašanja oziroma ali bo stališče o spornem vprašanju eden od odločilnih razlogov revizijske odločbe. Če lahko izpodbijana odločba prestane revizijski preizkus neodvisno od spornega vprašanja, odločanje o njem v konkretnem sporu nima nobenega smisla.<sup>79</sup> (Ne)utemeljenost predlagateljevih argumentov, torej verjetnost revizijskega uspeha, pri presoji, ali je vprašanje »revizijsko sklepčno«, ni pomembna. Zavzemanje stališč v nekontradiktornem postopku in brez spisa bi pomenilo nedopustno prejudiciranje.<sup>80</sup>

Ni redek položaj, ko nižje sodišče ni povsem prepričano o svojem stališču, na primer pomanjkanju stvarne legitimacije, in ga utrdi z »rezervnim argumentom« (*ex abundante cautela*), na primer v odškodninski pravdi s pomanjkanjem vzročne zveze. V tem primeru velja, da če je bil tožbeni zahtevek zavrnjen iz dveh enakovrednih razlogov, v predlogu za dopustitev revizije pa je izpodbijan le eden, se revizija ne dopusti, saj ne more privedi do za tožnika ugodne rešitve.<sup>81</sup>

<sup>77</sup> Glej sklep VS RS II Dor 24/2010 z dne 15. 4. 2010: »Odgovor na vprašanje, kako se vpisuje lastninska pravica na stanovanjskih hišah, ki so bile vrnjene v postopku denacionalizacije, če so bila posamezna stanovanja iz denacionalizacije izvzeta, je sicer načeloma pomembno za zagotovitev pravne varnosti in enotne uporabe prava, vendar na odločitev o tožničinem primarnem in podrejenem tožbenem zahtevku ne more imeti nobenega vpliva.« Podobno sklepi VS RS II Dor 11/2011 z dne 24. 2. 2011, II Dor 314/2013 z dne 9. 1. 2014, II Dor 235/2010 z dne 21. 10. 2010 in drugi. To vprašanje se lahko postavi tudi še po tem, ko je bila revizija že dopuščena. Glej sodbo VS RS III Ips 89/2010 z dne 13. 9. 2011.

<sup>78</sup> Tako Klun 2016, str. 61.

<sup>79</sup> Prav tam.

<sup>80</sup> Prav tam, str. 62.

<sup>81</sup> Sklep VS RS II Dor 46/2009 z dne 6. 4. 2010.



## 2.9. O metodi – ali bi moral biti Vrhovnemu sodišču pri odločanju o dopustitvi revizije predložen celoten spis

V podpoglavju 2.3 je bilo pojasnjeno, da mora stranka zadostiti strogim zahtevam glede obveznih sestavin predloga. Med drugim mora navesti pravno pravilo, ki naj bi bilo kršeno, in opisati kršitev oziroma pojasniti, zakaj je sodišče druge stopnje sporno pravno vprašanje rešilo nezakonito. Iz predloga mora izhajati eksistencialna zveza med pomembnim pravnim vprašanjem in individualnim položajem predlagatelja. Procesno gradivo v postopku odločanja o dopustitvi revizije poleg teh trditev sestavljajo še listine, ki jih predlagatelj mora predložiti (tj. sodba sodišča druge stopnje in kopije neobjavljenih sodb), listine, ki jih priloži, čeprav to ni obvezno (tj. sodba sodišča prve stopnje in kopije drugih listin iz sodnega spisa), ter listine, ki jih ni predložil in tega ni dolžan storiti, se pa nanje sklicuje (tj. objavljene sodne odločbe).

To za odločanje o objektivni pomembnosti pravnega vprašanja za pravni red kot celoto, katere del je presoja, ali je vprašanje pomembno za konkretni primer, povsem zadošča. Enako velja v izjemnih položajih, ko ni mogoče dosledno ločevanje med pomembnostjo pravnega vprašanja in pravilnostjo odločitve (podpoglavje 2.7). Omenjeno je bilo, da če predlagatelj ne predloži listin iz sodnega spisa, ki sicer niso obvezne, in tudi dovolj konkretno ne opiše kršitve ter okoliščin, ki kažejo na pomembnost pravnega vprašanja, pač tvega, da bo Vrhovno sodišče tak predlog zavrglo kot nepopoln, ker ne bo moglo preveriti, ali gre za pomembno pravno vprašanje (podpoglavje 2.2). Predložitev spisa Vrhovnemu sodišču bi bila po mojem mnenju ne samo nepotrebna, temveč potencialno celo škodljiva.<sup>82</sup> Ker bi spisovno gradivo lahko »okužilo«<sup>82</sup> vrhovne sodnike s podatki o individualnem pomenu za stranko, bi se zabrisala meja med obema fazama postopka, zaradi česar bi se presoja o dopustitvi revizije po merilu objektivne pomembnosti lahko prevesila v varstvo zasebnega interesa. V nasprotju z načelom dispoziitivnosti bi bilo, da bi vrhovni sodniki »raziskovali«<sup>83</sup> sodni spis in poskušali izluščiti pravno pomembno vprašanje ter najti prvine, ki bi dodatno osvetlile predlog za dopustitev revizije.

V podkrepitev temu stališču velja dodati, da tudi če se izkaže, da je bila presoja o pomembnosti pravnega vprašanja v preliminarinem postopku o dopustitvi revizije napačna, to ni nepopravljivo, saj Vrhovno sodišče pri odločanju o reviziji na sklep o dopustitvi revizije, natančneje na presojo o pomembnosti vprašanja, ni vezano.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Drugače Dolenc 2015, str. 949.

<sup>83</sup> Tovrstni primeri so sicer redki. Glej sodbe VS RS III Ips 89/2010 z dne 13. 9. 2011 (dopuščeno vprašanje ni bilo pomembno za konkreten primer), III Ips 82/2010 z dne 12. 2. 2013 in II Ips 83/2012 z dne 29. 8. 2013 (v tem primeru je revizijski preizkus razkril, da izpodbijano stališče o neopravičljivosti tožničine (morebitne) zmote ni bilo odločilen, temveč le rezervni razlog za zavrnitev tožbenega zahtevka).

### 3. Pritožba zoper razveljavitveni sklep na Vrhovno sodišče

Sveženj novosti, s katerimi se – s ciljem uresničevanja ustavne pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja – želi povečati število primerov, v katerih bo višje sodišče samo meritorno odločilo, namesto da zadevo razveljavi in vrne sodišču prve stopnje v novo odločanje, poleg spremembe 354. in 355. člena ZPP, ki zapoveduje nujnost testa sorazmernosti pri oceni razmerja pravice do pritožbe in drugih ustavnih pravic, sestavlja »pametna« sankcija (ker naj bi na višje sodnike v prvi vrsti delovala z grožnjo, da bo Vrhovno sodišče razveljavitveni sklep razveljavilo), ki v 357.a členu ZPP predvideva pritožbo zoper sklep sodišča druge stopnje o razveljavitvi sodbe in vrnitvi zadeve sodišču prve stopnje v novo sojenje. Podatki kažejo na statistično pomembno število vloženi pritožb iz tega naslova, in sicer jih je civilni oddelek Vrhovnega sodišča leta 2019 obravnaval 24, v prvi polovici leta 2020 pa 12. Leta 2019 je bilo ugodeno štirim pritožbam, v prvi polovici leta 2020 pa dvema.

#### 3.1. Predmet preizkusa Vrhovnega sodišča

Izhajajoč iz jezikovne razlage prvega stavka odstavka 357.a člena ZPP, bi lahko sklepali, da stranka, ki nasprotuje razveljavitvi, pritožbo lahko vloži le zoper sklep o razveljavitvi sodbe. Taka razlaga po stališču sodne prakse ni sprejemljiva z vidika pravice do enakosti pred zakonom iz drugega odstavka 14. člena Ustave, po kateri je bistveno enake položaje treba obravnavati enako. Cilj novega pravnega sredstva je v največji možni meri zagotoviti dokončno odločitev na drugi stopnji, zato mora biti, enako kot v pravnem postopku, na voljo tudi strankam v nepravdnih postopkih. Pritožba mora biti torej zagotovljena tudi, ko pritožbeno sodišče razveljavi dokončno meritorno odločitev nepravdnega sodišča. Ker so končni sklepi v nepravdnem postopku po svojem smislu v bistvenem enaki kot sodbe in bi se brez zadržka lahko tako tudi imenovali, smiselna uporaba določb ZPP (42. člen ZNP-1) zahteva smiselno enako uporabo določbe 357.a člena ZPP.<sup>84</sup>

To pa ne velja, kadar je razveljavljeni sklep sodišča prve stopnje procesne narave, pa čeprav se z njim postopek konča (na primer sklep o ustavitvi postopka zaradi umika tožbe ali zavrnjenju tožbe zaradi pomanjkanja procesne predpostavke), ne glede na to, ali je izdan v pravnem ali nepravdnem postopku. Kadar gre za tak sklep, pritožbeno sodišče postopka ne vodi v skladu z določbami 25. poglavja ZPP, ki se nanašajo na pritožbo zoper sodbo (333. do 362. člen ZPP), temveč po določbah, ki urejajo pritožbo zoper sklep (363. do 366.a člen ZPP), zato pritožba po 357.a členu ZPP ni dovoljena.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Glej na primer sklepa VS RS Cp 13/2018 z dne 7. 5. 2018 in Cp 6/2019 z dne 7. 2. 2019.

<sup>85</sup> Glej na primer sklepe VS RS Cp 30/2019 z dne 23. 5. 2019 (sodišče druge stopnje je razveljavilo sklep sodišča prve stopnje o ustavitvi postopka v nepravdnem postopku zaradi umika predloga), Cpg 1/2019 z dne 19. 2. 2019

### 3.2. Pritožbeni razlogi in obseg pritožbenega preizkusa

ZPP pritožbene razloge v drugem odstavku 357.a člena ZPP omejuje na preizkus (ne)pravilnosti uporabe kasatoričnih pooblastil, torej na oceno, (a) ali bi kršitev lahko odpravilo že sodišče druge stopnje samo, (b) ali bi glede na naravo stvari in okoliščine primera lahko samo dopolnilo postopek oziroma odpravilo pomanjkljivost ter (c) ali bi moralo samo opraviti novo sojenje, upošteva pri tem tudi pomen ustavne pravice do pritožbe (354. in 355. člen ZPP). Temu dosledno sledi sodna praksa.<sup>86</sup> Pritožnik ne more uspeti s pritožbo, v kateri ne nasprotuje razlogom sodišča druge stopnje za razveljavitev prvostopenjske sodbe, temveč se ukvarja z vsebinskim vidikom odločitve in v resnici uveljavlja pritožbene razloge iz 338. člena ZPP.<sup>87</sup>

To pomeni, da pritožbi po 357.a členu ZPP ni mogoče ugoditi niti, če je razveljavitveni sklep nepravilen ali nezakonit, ker je sodišče druge stopnje zmotno uporabilo materialno pravo<sup>88</sup> ali zmotno presodilo, da je sodišče prve stopnje zagrešilo bistveno kršitev določb pravnega postopka<sup>89</sup>. Vrhovno sodišče mora izhajati iz temelja, da kršitev, ki jo je ugotovilo sodišče druge stopnje, resnično obstaja, ne more pa ocenjevati, ali je stališče sodišča druge stopnje o kršitvi res pravilno.<sup>90</sup> Pri tem pa je treba opozoriti, da je pomembna vsebina kršitve, ne pa njena pravna kvalifikacija. Primeri, ko sodišče druge stopnje napačno kvalificira kršitev, ki jo je zagrešilo sodišče prve stopnje, so v praksi pogosti. Dolenc v zvezi s kršitvijo iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP denimo ugotavlja, da je bilo v pregledanem vzorcu drugostopenjskih sodb kar štiri petine primerov, v katerih je bila v resnici podana kršitev nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja, ne pa absolutna bistvena procesna kršitev, ki bi jo ugotovilo sodišče druge stopnje.<sup>91</sup> Tudi sodna praksa se je že imela priložnost srečati s tem vprašanjem. Če je očitek sodišča druge stopnje (oziroma pravna kvalifikacija) o kršitvi pred sodiščem prve stopnje le navidezen in v resnici prikriva kršitev, ki bi jo sodišče druge stopnje lahko samo odpravilo, po stališču Vrhovnega sodišča pogojev za razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje ni.<sup>92</sup>

---

(sodišče druge stopnje je razveljavilo sklep sodišča prve stopnje o zavrženju tožbe zaradi pomanjkanja pravnega interesa) in Cp 32/2018 z dne 29. 11. 2018 (sodišče druge stopnje je razveljavilo sklep sodišča prve stopnje o izročitvi nepremičnine, izdan v izvršilnem postopku).

<sup>86</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 37/2018 z dne 22. 11. 2018.

<sup>87</sup> Primeri, ko pritožnik napada vsebinsko odločitev, so številni. Glej na primer sklep VS RS Cp 44/2019 z dne 14. 11. 2019.

<sup>88</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 44/2019 z dne 14. 11. 2019. V tej zadevi se pritožnik ni strinjal s presojo sodišča druge stopnje glede višine obrestne mere, ki jo je treba uporabiti za izračun zamudnih obresti.

<sup>89</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 6/2019 z dne 7. 2. 2019.

<sup>90</sup> Enako Galič 2017, str. 54.

<sup>91</sup> Dolenc 2003, str. 97–98.

<sup>92</sup> Sklep VS RS Cp 9/2020 z dne 12. 3. 2020. Iz obrazložitve: »Razloga za razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje namreč ne pomeni že sam očitek kršitve iz 14. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. To je še posebej očitno v

### 3.3. Pritožbeni razlogi morajo biti konkretizirani

Razlogi, s katerimi pritožnik utemeljuje, da bi sodišče druge stopnje kršitev postopka glede na njeno naravo lahko odpravilo samo, ali da bi glede na naravo stvari in okoliščine primera lahko samo dopolnilo postopek oziroma odpravilo pomanjkljivosti, ali da bi moralo samo opraviti novo sojenje, morajo biti konkretizirani. Ne zadostuje, da – kar ni redki primer – le prepíše zakonsko besedilo 357.a člena ZPP ali navede, da »sodišče druge stopnje z razveljavitvijo zavlačuje postopek«, pogoj konkretiziranosti ni izpolnjen.<sup>93</sup> Pritožnik se mora z razlogi, zaradi katerih je sodišče druge stopnje razveljavilo sodbo sodišča prve stopnje, soočiti in pojasniti, zakaj niso pravilni. To bo na primer storil z utemeljitvijo, zakaj bi sodišče glede na okoliščine konkretnega primera lahko samo dopolnilo dokazni postopek.<sup>94</sup>

### 3.4. Razveljavitveni sklep mora biti obrazložen

Pritožnikova dolžnost, da pritožbene razloge konkretizira, predpostavlja, da se sodišče druge stopnje konkretizirano opredeli, zakaj ni moglo samo odpraviti kršitve ali dopolniti postopka oziroma opraviti novega sojenja. Pritožnik lahko učinkovito uresniči svojo ustavno pravico do pritožbe le tedaj, če mu je omogočeno, da spozna razloge, na katerih temelji odločitev o razveljavitvi sodišča druge stopnje. Res je, da Ustava RS zahteva le dvostopenjsko sodno varstvo, a treba je upoštevati, da ima sodišče druge stopnje z vidika 357.a člena položaj sodišča prve stopnje. Tudi Vrhovno sodišče lahko razveljavitveni sklep preizkusi le, če je obrazložen. To pomeni, da mora sodišče druge stopnje navesti razloge za svojo odločitev o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, pri čemer obrazložitev ne sme biti le formularna (s povzetkom zakonskega pogoja, ki utemeljuje izjemo), temveč vsebinska.<sup>95</sup> Z drugimi besedami povedano, kadar sodišče druge stopnje razveljavi sodbo zaradi bistvene kršitve določb pravnega postop-

---

konkretnem primeru, ko je ta utemeljen s (po oceni pritožbenega sodišča) napačno napolnitvijo pravnega standarda največje koristi otrok. V citiranem očitku absolutne bistvene kršitev določb pravnega postopka se tako dejansko skriva vprašanje pravilne uporabe materialnega prava (in nestrinjanje z dokazno oceno sodišča prve stopnje).« Glej tudi sklep VS RS Dsp 2/2018 z dne 23. 8. 2018.

<sup>93</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 1/2019 z dne 8. 4. 2019.

<sup>94</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 28/2019 z dne 16. 5. 2019, s katerim je sodišče ugodilo pritožbi in zadevo vrnilo v odločanje sodišču druge stopnje. V tej zapuščinski zadevi so pritožniki v pritožbi konkretizirano navedli, da »lahko sodišče druge stopnje samo opravi dejanja, ki jih je naložilo sodišču prve stopnje za odpravo kršitve, to pa so ocenitev darila, danega A. A., ugotovitev obračunske vrednosti zapuščine in določitev nujnih deležev nujnim dedičem. Višje sodišče ima vse podatke in vsaj enake možnosti kot prvostopenjsko sodišče. [...] Sodišče prve stopnje je postavilo izvedenko finančne stroke in dediči so že podali pripombe na to mnenje, nato pa je nekritično presodilo, da darilo ni pomembno. Glede na okoliščine primera bi bilo smotrnejše, da bi dokaz z izvedenko končalo sodišče druge stopnje samo.«

<sup>95</sup> Glej na primer sklepe VS RS Cp 13/2018 z dne 7. 5. 2018, Cp 9/2020 z dne 12. 3. 2020 in Cp 37/2018 z dne 22. 11. 2018. Glej tudi Pavčnik 2018, str. 11.

ka, ne zadošča, da v sklepu navede, katere določbe so bile prekršene in v čem je kršitev (drugi odstavek 360. člena ZPP), ampak mora utemeljiti tudi, zakaj ni moglo kršitve odpraviti samo. Podobno tudi, kadar je sodba razveljavljena zaradi zmotno ali nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja, ni dovolj, da navede, v čem so pomanjkljivosti pri ugotovitvi dejanskega stanja oziroma zakaj so nova dejstva in novi dokazi pomembni za pravilno odločbo ter zakaj vplivajo na tako odločbo (tretji odstavek 360. člena ZPP), ampak mora obrazložiti, zakaj ne more samo odpraviti kršitev v zvezi z dokaznim postopkom in ugotovljenim dejanskim stanjem.

### 3.5. Katere kršitve lahko sodišče druge stopnje odpravi samo

Meje pooblastila, zaupanega sodišču druge stopnje, da *sámo* odpravi postopkovno kršitev, so začrtane z vsebino pravice do pritožbe, kot izhaja iz judikature Ustavnega sodišča, podprte z doktrinarnimi stališči. Vsebina načela instančnosti je, kot je že večkrat poudarilo Ustavno sodišče,<sup>96</sup> da lahko organ druge stopnje presoja odločitev prvostopenjskega organa z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici oziroma obveznosti. To pomeni, da 25. člen Ustave zagotavlja meritorno (vsebinsko) oceno pravilnosti prvostopenjske oblastne odločitve. Smisel človekove pravice do pravnega sredstva je, da lahko posameznik z vložitvijo pravnega sredstva učinkovito brani in varuje svoje pravne interese. Pritožnik mora imeti možnost doseči višjestopenjski preizkus izpodbijane odločbe z vidika vseh vprašanj, ki so pomembna za odločitev o pravici oziroma obveznosti, kar pomeni, da mu je treba omogočiti uveljavljanje dejanskih, materialnopravnih in postopkovnih napak pri sojenju pred sodiščem prve stopnje. Ustavna pravica do pravnega sredstva pa ni kršena, če instančno sodišče ugodi pravnemu sredstvu in spremeni izpodbijano sodno odločbo s svojo odločbo, zoper katero ni več pravnega sredstva. Tudi če v takem primeru instančno sodišče spremeni oziroma dopolni dejansko stanje, ugotovljeno na prvi stopnji, to še ne pomeni nujno kršitve 25. člena Ustave. Bistveno je, da sodišče višje stopnje ni pooblaščen, da o vprašanjih, ki pomenijo samostojne pravne celote, ki ne v dejanskem in ne v pravnem pogledu niso bile predmet presoje sodišča prve stopnje ter bi zato sodišče višje stopnje moralo pri njih v celoti in prvič ugotoviti celoten konkretni dejanski stan, oblikuje celoten abstraktni dejanski stan in opravi subsumpcijo, sprejme svoja in (zato) neizpodbojna stališča ter nato nanje opre svojo odločitev o utemeljenosti zahtevka. Tako pooblastilo sodišča višje stopnje bi bilo v neskladju z ustavno varovanim bistvom pravice do pritožbe.

V nadaljevanju tega dela prispevka se osredotočam predvsem na sodno prakso Vrhovnega sodišča, ki zapolnjuje pomensko odprtost standarda (ne)odpravljalivosti kršitve in se je izoblikovala po noveli ZPP-E (medtem ko je pred novelo skoraj ni bilo), zahvaljujoč uzakonitvi novega pravnega sredstva iz 357.a člena ZPP. Ta praksa je najbogatejša pri (ne)odpravljalivih

<sup>96</sup> Odločba US RS Up 455/13 z dne 25. 9. 2014, točka 7, in druge tam citirane odločbe.

procesnih kršitvah. Prav v zvezi z njimi so se sodišča pred novelo (in se delno še vedno) najpogosteje zatekala k floskuli, »da glede na naravo kršitve« ne gre za kršitev, ki bi jo bilo mogoče odpraviti na pritožbeni obravnavi.

### 3.6. Katere procesne kršitve lahko sodišče druge stopnje odpravi samo

Vse do novele ZPP-D je veljalo, da je posledica bistvenih kršitev določb postopka (339. člen ZPP) razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje. Novela je glede tega prinesla pomembno spremembo – sodišče druge stopnje s sklepom razveljavi sodbo sodišča prve stopnje in zadevo vrne v novo sojenje le, če kršitve postopka glede na njeno naravo ne more samo odpraviti (prvi odstavek 354. člena in šesta alineja 358. člena ZPP) bodisi z opravo procesnih dejanj na pritožbeni obravnavi ali brez nje.<sup>97</sup>

Izkazalo se je, da mehak pristop ni prispeval k bistvenemu zmanjšanju števila razveljavitev zaradi procesnih kršitev. Odkar je po noveli ZPP-E z namenom pospešitve postopka za primer, če je sodišče druge stopnje zanemarilo svojo korektivno dolžnost, predpisana sankcija (razveljavitev razveljavitvenega sklepa sodišča druge stopnje), pa to sili k doslednejšemu spoštovanju omenjenih določb ZPP.

Nekaterih absolutnih bistvenih kršitev sodišče druge stopnje že po naravi stvari ne more odpraviti. Tako ne more namesto sodišča prve stopnje napisati sodbe (kršitev iz 14. in 15. točke drugega odstavka 339. člena ZPP)<sup>98</sup> ali odločiti, če je v zadevi na prvi stopnji sodeloval sodnik, ki bi moral biti izločen, ali je bilo sodišče nepravilno sestavljeno (kršitev iz 1. točke drugega odstavka 339. člena ZPP). Nasprotno pa menim, da ne bo poseženo v bistvo poštenega sojenja pri nekaterih oblikah kršitve iz 15. točke drugega odstavka 339. člena ZPP. Na primer, kadar sodišče prve stopnje nepravilno povzame vsebino dokazne listine, sodišče druge stopnje lahko odpravi kršitev tako, da pri odločanju upošteva pravo vsebino listine.

Zaradi zagotavljanja instančnosti sojenja sodišče druge stopnje ne more samo odpraviti procesne kršitve, če pravega sojenja na prvi stopnji sploh ni bilo. Za tak položaj gre, kadar sodišče prve stopnje nepravilno oceni, da so izpolnjeni pogoji za izdajo zamudne sodbe, sodbo na podlagi pripoznave, sodbo na podlagi odpovedi ali vmesno sodbo na podlagi sporazuma strank (kršitev iz 7. točke drugega odstavka 339. člena ZPP). Zaradi napačne odločitve, da so izpolnjeni pogoji za izdajo take sodbe, sodišče prve stopnje ne ugotavlja dejanskega stanja in bi moralo sodišče druge stopnje, da bi odpravilo kršitev, izpeljati celoten dokazni postopek. V

<sup>97</sup> O tem, da je v skladu s šesto alinejo 358. člena ZPP postopkovno kršitev mogoče odpraviti tudi brez pritožbene seje, glej Zobec v: Ude in dr. 2005–2009, str. 482.

<sup>98</sup> Glej Zobec 2007, str. 29–30. Enako sklepa VS RS Cp 19/2019 z dne 11. 4. 2019 in Cp 40/2019 z dne 10. 10. 2019.

tem primeru pa bi bilo kršeno načelo instančnosti, saj bi sodišče višje stopnje prvič odločalo o vprašanjih, ki pomenijo samostojno pravno celoto ter niti v dejanskem niti v pravnem pogledu niso bila predmet presoje sodišča prve stopnje.<sup>99</sup> Iz istega razloga sodišče druge stopnje ne more opraviti glavne obravnave, če tega ni storilo sodišče prve stopnje, pa bi moralo (kršitev iz 10. točke drugega odstavka 339. člena ZPP). Prav tako sodišče druge stopnje ne more prvič odločati o prezrtem pobotnem ugovoru.<sup>100</sup>

Kršitev pravice stranke do sodelovanja v postopku (8. točka drugega odstavka 339. člena ZPP) zajema vrsto procesnih položajev in kombinacij; nekatere, odvisno od okoliščin konkretnega primera, je mogoče sanirati na drugi stopnji, drugih, te so v večini, pa ne. Kršitev na drugi stopnji denimo ni odpravljliva, kadar je stranka prikrajšana v svoji pravici do sodelovanja v postopku, ker zaradi nepravilnega vabljenja (na primer nevročitve tožbe) sploh ni mogla sodelovati v postopku. Če pa je njena pravica do informacije kršena s tem, da ni bila pravilno vabljen na en narok, na katerem je sodišče prve stopnje zaslišalo eno izmed predlaganih prič, bo to pomanjkljivost, tako menim, praviloma mogoče odpraviti s ponovno izvedbo dokaza na glavni obravnavi pred sodišče druge stopnje.<sup>101</sup> Položaj je v bistvenem podoben, kot ga v zvezi z dopolnitvijo postopka na drugi stopnji predvideva prvi odstavek 355. člena ZPP. Če ima sodišče druge stopnje pooblastilo, da s ciljem popolne ugotovitve dejanskega stanja izvede dokaz, ki ga sodišče prve stopnje ni izvedlo, čeprav je bil predlagan, lahko ravna enako tudi pri cilju odprave procesne kršitve.

Podobno velja, če je sodišče prezrlo določeno strankino trditev ali jo prikrajšalo v njenih pravicah v dokaznem postopku (za tak primer bo šlo, če nepravilno, na primer zaradi vnaprejšnje dokazne ocene, zavrne strankin dokazni predlog).<sup>102</sup> Sodišče druge stopnje bo trditev sprejelo kot del dejanskega procesnega gradiva oziroma dopolnilo dokazni postopek.

Sodišče druge stopnje ne more nadomestiti vloge sodišča prve stopnje, ki jo ima to v zvezi z materialnim procesnim vodstvom, ne glede na to, ali pomanjkljivost, odvisno od okoliščin primera, kvalificiramo kot relativno ali absolutno kršitev določb pravnega postopka.<sup>103</sup>

Vrhovno sodišče v novejši sodni praksi odklanja možnost, da bi razloge za zavrnitev dokaznih predlogov navedlo šele sodišče druge stopnje, čeprav bi to moralo storiti že sodišče prve

<sup>99</sup> V zvezi z zamudno sodbo glej sklep VS RS Cp 23/2019 z dne 11. 4. 2019.

<sup>100</sup> Sklep VS RS Cp 32/2019 z dne 5. 9. 2019.

<sup>101</sup> Enako Rijavec in Ude 2008, str. 75. Drugače Zobec v: Ude in dr., 2005–2009, str. 386.

<sup>102</sup> Primerjaj Zobec 2007, str. 29–30.

<sup>103</sup> Sklep VS RS Cpg 16/2019 z dne 21. 1. 2020. Iz obrazložitve: « Po presoji Vrhovnega sodišča je sodišče druge stopnje utemeljeno razveljavilo sodbo sodišča prve stopnje in mu zadevo vrnilo v novo sojenje, ker bo treba ugotavljati dejstva, ki zaradi pomanjkljivega materialnega procesnega vodstva še niso bila zatrjevana. »

stopnje.<sup>104</sup> Razlogi za tako stališče, ki ga je sodišče med drugim utemeljilo s sklicevanjem na pritožnikovo pravico do izjave, se ne zdijo prepričljivi.<sup>105</sup> Ravnanje sodišča druge stopnje je morda res lahko problematično z vidika prikrajšanja strankine pravice do pritožbe, a sodišče bi moralo presoditi, ali gre za odpravljlivo kršitev, upoštevajoč pri tem merilo ustavno dopustne omejitve pravice do pritožbe.

Narava postopkovne kršitve iz 11. točke drugega odstavka 339. člena ZPP (pomanjkanje procesnih predpostavk, ki se nanašajo na stranke) je praviloma takšna, da ne dopušča njenega odpravljanja pred sodiščem druge stopnje. Če denimo stranke, ki je pravna oseba, ni zastopal njen zakoniti zastopnik, je zaradi te pomanjkljivosti okužen celotni postopek pred sodiščem prve stopnje. Položaj je enak, kot da prvostopenjskega postopka ne bi bilo. Dopustnost odprave postopkovnih kršitev na drugi stopnji v teh primerih sicer ni povsem izključena, a je vsekakor bolj izjema kot pravilo.<sup>106</sup>

Nekoliko več možnosti za odpravo pomanjkljivosti je pri relativnih kršitvah pravnega postopka. Zobec kot primer navaja kršitve dokazovanja z izvedenci ali procesne položaje, ko je sodišče prve stopnje naredilo nekaj več, kot bi smelo (neupoštevanje prekluzije glede navajanja novih dejstev in predlaganja novih dokazov, neupoštevanje nespornih dejstev, kršitve razpravnega načela).<sup>107</sup> Sodna praksa k temu dodaja še kršitev temeljnega načela proste presoje dokazov (8. člen v zvezi s prvim odstavkom 339. člena ZPP).<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Sklepa VS RS II Ips 329/2017 z dne 22. 2. 2018 in II Ips 333/2016 z dne 6. 9. 2018.

<sup>105</sup> V zadevi Up-134/03 z dne 12. 1. 2005 je Ustavno sodišče navedlo, da v obravnavani zadevi sodišče prve stopnje v svoji sodbi sicer ni obrazložilo, zakaj predlaganega dokaza z ogledom ni izvedlo, vendar je to napako sodišča prve stopnje popravilo višje sodišče. To je v obrazložitvi svoje sodbe pojasnilo, zakaj izvedba predlaganega dokaza za odločitev sodišča ni bila bistvena. Ustavno sodišče je poudarilo, da je bilo zahtevam, ki v zvezi z jamstvi strank v dokaznem postopku za sodišča izhajajo iz 22. člena Ustave, s tem zadoščeno. Ker očitno ni šlo za kršitev človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kot sta jih zatrjevala pritožnika, Ustavno sodišče ustavne pritožbe ni sprejelo v obravnavo. Zelo podobno je odločilo tudi v zadevi Up-515/04 z dne 11. 2. 2005.

<sup>106</sup> Glej sklep Cp 38/2019 z dne 18. 11. 2019. V tej zadevi je sodišče druge stopnje po prepričanju Vrhovnega sodišča, s tem ko je menilo, da bi bila strankam odvzeta pravica iz 25. člena Ustave, če bi samo prvič odločalo o odprtih dejanskih vprašanih glede aktivne procesne legitimacije za vložitev ugovora, preširoko razlagalo pravico do pritožbe. Navedlo je: »Sodišče druge stopnje ni obrazložilo, zakaj bi poizvedbe (glede novega upnika) lažje opravilo sodišče prve stopnje. Ne nazadnje iz obrazložitve izpodbijanega sklepa izhaja, da je z relevantnimi podatki že razpolagalo – tj. da je novi upnik terjatve družba A., d. o. o.«

<sup>107</sup> Zobec 2007, str. 29–30.

<sup>108</sup> Sklep VS RS Dsp 6/2018 z dne 6. 11. 2018. V obravnavani zadevi je sodišče druge stopnje presodilo, da »dokazna ocena sodišča prve stopnje glede tega, ali je med strankama prislo do dogovora o odstranitvi učinkov tožnikove odpovedi, ni vestna in skrbna ter analitično sintetična. Obrazložilo je, da pomanjkljive dokazne ocene glede na naravo kršitve ne more samo odpraviti, pri čemer je upoštevalo, da bo treba v primeru dokazanosti obstoja ustnega sporazuma o brezpredmetnosti tožnikove odpovedi ugotoviti relevantna dejstva v zvezi z zahtevkom za transformacijo delovnega razmerja iz določenega v nedoločen čas.« Vrhovno sodišče se s tem ni strinjalo in je navedlo, da »je relativno bistveno kršitev iz prvega odstavka 339. člena v povezavi z 8. členom ZPP glede na njeno



### 3.7. Kdaj sodišče druge stopnje ne more samo odpraviti kršitev v zvezi z dokaznim postopkom in ugotovljenim dejanskim stanjem

Razen izrecne zapovedi tehtanja s pravico do sojenja brez nepotrebnega odlašanja (drugi odstavek 355. člena ZPP) širša reformatorična pooblastila sodišča druge stopnje glede *premissae minor*, uvedena z novelo ZPP-D, po noveli ZPP-E ostajajo nespremenjena. Novo pravno sredstvo iz 357.a člena jih pomembno vsebinsko dopolnjuje tako, da predpisuje »sankcijo« (pritožbo zoper razveljavitveni sklep sodišča druge stopnje) za kršitev sodnikovega dolžnostnega ravnanja, da v zadevi dokončno (na seji ali pritožbeni obravnavi) odloči o zadevi.

Kadar sodišče druge stopnje (1) dvomi o pravilnosti ocene izvedenih dokazov (drugi odstavek 347. člena ZPP) ali spozna, da je treba (2) dokazni postopek ali (3) dejansko stanje dopolniti (prvi odstavek 355. člena ZPP), je razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje zaradi zmotno oziroma nepopolno ugotovljenega stanja načelno izključena. ZPP dovoljuje le eno izjemo, in sicer razveljavitev sodbe zaradi nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ki je posledica zmotne uporabe materialnega prava, in še to le pod pogojem, če sodišče druge stopnje glede na naravo stvari in okoliščine primera oceni, da samo ne more dopolniti postopka oziroma odpraviti pomanjkljivosti (prvi odstavek 355. člena ZPP).

Dejansko stanje je zmotno ugotovljeno tedaj, če je sodišče sicer ugotavljalo vsa pravno relevantna dejstva, a si je o njih (ali o nekaterih od njih) ustvarilo napačno predstavo in izoblikovalo nepravilen zaključek.<sup>109</sup> Če izhajamo iz zgornje razvrstitve, je vzrok za zmotno ugotovitev dejanskega stanja bodisi (1) nepravilna ocena izvedenih dokazov ali (2) nepopolno izvedeni dokazni postopek. Sodišče druge stopnje sodbe ne sme razveljaviti ne v prvem ne v drugem primeru.

Kadar dvomi o pravilnosti ocene izvedenih dokazov, po mojem mnenju kljub neposrečeni ubeseditvi drugega odstavka 347. člena ZPP<sup>110</sup> sodišče druge stopnje ne more prosto presoјati, ali je treba dokazni postopek glede na okoliščine primera dopolniti na drugi stopnji ali sodbo razveljaviti in zadevo vrniti v sojenje sodišču prve stopnje, ampak je pritožbena obravnava obvezna.<sup>111</sup> Določba prvega odstavka 355. člena je namreč jasna in obseg kasatoričnih poobla-

---

naravo mogoče odpraviti pred sodiščem druge stopnje. Njena odprava pred sodiščem druge stopnje bo prispevala k hitrejši rešitvi spora, saj bo postopek končan, če bo ugotovljeno, da med strankama ni bilo dogovora o odstranitvi učinkov tožnikove odpovedi.«

<sup>109</sup> Triva in Dika 2004, str. 681.

<sup>110</sup> Znotraj jezikovne razlage je namreč tudi razlaga določbe, da se pritožbena obravnava opravi le takrat, kadar sodišče druge stopnje spozna, da je treba dokaze ponoviti na drugi in ne na prvi stopnji.

<sup>111</sup> Enako Zobec v: Ude in dr. 2005–2009, str. 383. Drugače Dolenc 2003, str. 105.

stil sodišča druge stopnje omejuje na že omenjeni položaj nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, ki je posledica zmotne uporabe materialnega prava.

ZPP zaradi pomanjkljive redakcije prvega odstavka 355. člena ZPP<sup>112</sup> ne predvideva, kako naj sodišče druge stopnje ravna, kadar je zmotna ugotovitev dejanskega stanja posledica tega, da je sodišče prve stopnje dokaz sicer izvedlo, ni pa ga ocenilo. Vrhovno sodišče se je o tem vprašanju že izreklo in, potem ko je praznino zapolnilo s prilagojeno uporabo prvega odstavka 355. člena ZPP, zavzelo stališče, da sodišče druge stopnje lahko samo dopolni dokazni postopek z oceno izvedenega dokaza.<sup>113</sup>

Za nepopolno izvedeni dokazni postopek gre takrat, kadar sodišče prve stopnje ne izvede katerega od pravočasno predlaganih dokazov, zmotno misleč, da ne bi mogel vplivati na rezultat dokazne ocene, pa to ni posledica postopkovne kršitve.<sup>114</sup> V bazi odločb Vrhovnega sodišča ni nobene odločbe, v kateri bi to sodišče presojevalo pravilnost sklepa o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje zaradi nepopolno izvedenega dokaznega postopka, na podlagi česar bi lahko sklepali – če se opremo na do sodnika prijazno razlago – na povečanje števila opravljenih pritožbenih obravnav. Statistični podatki to le delno potrjujejo: na civilnem oddelku Višjega sodišča v Ljubljani je bilo leta 2019 24 pritožbenih obravnav, leta 2020 (do konca meseca julija) pa 10.

Do nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja pa pride takrat, kadar sodišče prve stopnje ni ugotavljalo katerega od odločilnih dejstev. Ni ga ocenilo kot pomembnega, zato o njem ni zavzelo nobenega stališča,<sup>115</sup> sodišče druge stopnje pa je presodilo drugače. Določba prvega odstavka 355. člena ZPP omenja dva položaja: (1) nepopolno ugotovljeno dejansko stanje kot posledica zmotne uporabe materialnega prava (v praksi pogostejše) ter (2) dovoljeno in pravno relevantno uveljavljanje pritožbenih novot (v praksi redkeje). Osrednje vprašanje, ki si ga mora postaviti sodišče druge stopnje, ko spozna, da je bilo zaradi zmotne uporabe materialnega prava dejansko stanje nepopolno ugotovljeno, je, ali lahko kršitev glede na naravo stvari in okoliščine primera samo odpravi, upošteva pri tem že predstavljeno vsebino načela dvostopenjskega sojenja, uveljavljeno v judikaturi Ustavnega sodišča. Bistveno je dejstvo, da sodišče druge stopnje ni pooblaščen, da o vprašanih, ki pomenijo samostojne pravne celote, ki niti v dejanskem niti v pravnem pogledu niso bile predmet presoje sodišča prve stopnje ter

<sup>112</sup> Del besedila prvega odstavka 355. člena ZPP se glasi: »vendar jih sodišče prve stopnje ni ugotavljalo«, da bi se nanašal tudi na dokaze, pa bi se moral glasiti: »vendar jih sodišče prve stopnje ni ugotavljalo oziroma ocenilo«.

<sup>113</sup> Sklep VS RS Cpg 14/2019 z dne 17. 12. 2019. Sodišče prve stopnje v tej zadevi ni dokazno ocenilo listin, ki jih je sicer vpogledalo in prebralo na glavni obravnavi. Glej tudi Zobec v: Ude in dr. 2005–2009, str. 383.

<sup>114</sup> Postopkovna kršitev bo podana, če je sodišče stranko prikrajšalo za njeno pravico do izjave v dokaznem postopku, na primer tako, da ni obrazložilo, zakaj je dokazni predlog zavrnilo, ali pa je podalo vnaprejšnjo dokazno oceno.

<sup>115</sup> Dolenc 2003, str. 102.

bi zato drugostopenjsko sodišče moralo pri njih v celoti in prvič ugotoviti celoten konkretni dejanski stan, oblikuje celoten abstraktni dejanski stan in opravi subsumpcijo, sprejme svoja in (zato) neizpodbojna stališča ter nato nanje opre svojo odločitev o utemeljenosti zahtevka.

Vrhovno sodišče se je o (ne)odpravljalnosti kršitve nepopolno ugotovljenega dejanskega stanja z vidika dopustnosti omejitve pravice do pritožbe v posameznih primerih že izreklo.

Pogosti so primeri, ko sodišče prve stopnje sicer uporabi ustrezno materialno normo, vendar jo nepravilno interpretira ali dejansko stanje napačno subsumira pod pravno normo in nato izda zavrnilno sodbo. Za zavrnitev tožbenega zahtevka zadostuje, da ne obstaja nobeno dejstvo, na katero bi materialno pravo vezalo nastop pravne posledice. Če se sodišče druge stopnje z materialnopravno oceno sodišča prve stopnje ne strinja, sklop dejstev neizogibno ostane neugotavljen. Tipični primeri so zavrnilne sodbe zaradi zastaranja, pomanjkanja aktivne in pasivne legitimacije, nesklepčnosti, pomanjkanja ene od predpostavk odškodninskega delikta in podobno. Če bi na primer sodišče druge stopnje, ki meni, da tožbeni zahtevek ni zastaral, ugotavljalo vse predpostavke odškodninske odgovornosti, bi bilo to v neskladju z ustavno varovanim bistvom pravice do pritožbe.<sup>116</sup> Nabor primerov s tem ni izčrpan: če sodišče prve stopnje zavrne tožbeni zahtevek za ugotovitev obsega in deležev na skupnem premoženju, ker med pravnima strankama ni obstajala zunajzakonska skupnost, ne ugotavlja dejstev glede obsega in deležev na skupnem premoženju; če zavrne tožbeni zahtevek za plačilo preživnine polnoletnega otroka, ker meni, da ni izpolnjen pravni standard rednega šolanja, ne ugotavlja, kakšne so njegove potrebe oziroma zmožnosti njegovih staršev za preživljanje, itd.

Podobno se sodišče prve stopnje ne izreče o bistvenih vprašanih utemeljenosti tožbenega zahtevka, kadar v primeru eventualne kumulacije odloči le o enem zahtevku ali zahtevku zoper enega toženca ali z vmesno sodbo odloči o temelju, sodišče druge stopnje pa se z odločitvijo sodišča prve stopnje ne strinja. O eventualnem zahtevku in višini tožbenega zahtevka sodišče prve stopnje praviloma sploh ni razpravljalo. Vrhovno sodišče je v zadevi, v kateri je tožnik uveljavljal primarni in eventualni tožbeni zahtevek ter je sodišče prve stopnje ugodilo primarnemu zahtevku, pritrdilo stališču sodišča druge stopnje (ki je presodilo, da sodišče prve stopnje zaradi zmotne uporabe materialnega prava ni ugotavljalo več pravno pomembnih dejstev), da ne gre za kršitev, odpravljlivo na drugi stopnji. Če bi sodišče druge stopnje v primeru morebitne zavrnitve primarnega zahtevka moralo (prvič) dokončno odločiti še o eventualnem zahtevku, bi bili stranki s tem prikrajšani za pravico do pritožbe.<sup>117</sup> Tudi pri vmesni sodbi, pri preizkusu katere sodišče druge stopnje ugotovi, da sodišče prve stopnje zaradi zmotne uporabe materialnega prava ni ugotavljalo več pravno pomembnih dejstev, si je težko predstav-

<sup>116</sup> Sklepa VS RS Cp 1/2020 z dne 6. 2. 2020 in Cp 4/2020 z dne 22. 5. 2020.

<sup>117</sup> Sklep VS RS Cp 19/2019 z dne 11. 4. 2019.

ljati, da bi sodišče druge stopnje (prvič) ugotavljalo celoten kompleks dejstev v zvezi z višino tožbenega zahtevka.

Preostane pahljača primerov, ki jim je težko ali nemogoče najti skupni imenovalec in se gibljejo med dvema skrajnostma. Na eni strani spektra so primeri, ko sodišče prve stopnje kljub uporabi nepravilne materialne norme ugotovi vsa pravno odločilna dejstva. Dileme, ali naj sodišče druge stopnje sodbo sodišča prve stopnje razveljavi ali ne, tedaj ni (peta alineja 358. člena ZPP). Druga skrajnost so primeri, ko sodišče na prvi stopnji uporabi nepravilno materialno normo, tipski znaki abstraktne pravne norme, ki bi jo moralo uporabiti, pa se bistveno razlikujejo od tistih v uporabljeni normi. Sodišče na primer preizkusi utemeljenost tožbenega zahtevka na podlagi pravil o odškodninski odgovornosti namesto pravil o neupravičeni obogatitvi; na podlagi pravil o pravnoposlovni pridobitvi lastninske pravice namesto originarni pridobitvi itd. Odgovor, ali sodišče druge stopnje lahko samo odpravi to pomanjkljivost, bo praviloma nikalen. V vseh drugih, zelo raznolikih primerih pa mora sodišče druge stopnje »situacijsko« pretehtati, ali je odprava kršitve na drugi stopnji ustavno dopustna z vidika 25. člena Ustave.<sup>118</sup>

Zakonsko besedilo prvega odstavka 355. člena vsebuje dva napotka – prvi (»sodišče [...] izjemoma razveljavi sodbo sodišča prve stopnje«)<sup>119</sup> se nanaša na razlago, ki naj bo utesnjujoča, drugi pa določa merila vrednostnega tehtanja (»sodišče glede na naravo stvari in okoliščine primera oceni«). Pomenska odprtost drugega napotka je pooblastilo, dano sodniku, da kreativno izoblikuje individualno pravilo za konkretni primer. Okoliščine, ki jih pri tem upošteva, so primeroma: razsežnost omejitve pravice do pritožbe; pomen kršitve z vidika poštenega sojenja, zlasti pravice do izjave; dosedanje trajanje postopka in procesna dejanja, ki jih je treba še opraviti z vidika pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja; primerjava položajev sodišč prve in druge stopnje<sup>120</sup> v zvezi s tem; projekcija stroškov ter narava zadeve in njen pomen za stranki.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Glej na primer sklep VS RS Cp 21/2019 z dne 28. 3. 2019. V navedeni zadevi je sodišče druge stopnje ocenilo, da je zaradi zmotne presoje pogodbe o dosmrtnem preživljanju dejansko stanje ostalo nepopolno ugotovljeno. Sodišče prve stopnje ni presojalo, ali je šlo pri pogodbi delno za darilo, kar bo treba ugotoviti z izvedencem. Če bo ugotovljeno, da gre za mešano pogodbo, bo treba izračunati vrednost darila in počakati še na izid pravde, v kateri tožnica uveljavlja, da v zapuščino spada določen znesek gotovine, zato izvedba postopka na drugi stopnji tudi časovno gledano ne bi bila upravičena.

<sup>119</sup> Glej tudi sklep VS RS Cp 37/2018 z dne 22. 11. 2018, točka 8.

<sup>120</sup> Sodba sodišča druge stopnje postane pravnomočna takoj, zoper sodbo sodišča prve stopnje pa je možna pritožba.

<sup>121</sup> Glej obrazložitev v sklepu VS RS Cp 4/2020 z dne 22. 5. 2020, točka 7: »Okoliščine, ki utemeljujejo izjemno razveljavitev sodbe, so zlasti tiste, zaradi katerih pritožbena obravnava ne bi predstavljala ustreznega sredstva za zagotavljanje sojenja brez nepotrebne odlašanja (postopek bi sama zavlekla bolj kot obravnava pred sodiščem prve stopnje ali pa bi bila neekonomična z vidika potrate človeških in/ali finančnih virov). Prav tako je ponovno sojenje pred sodiščem prve stopnje potrebno takrat, ko bi bilo sicer nesorazmerno poseženo v kakšno drugo ustavno pravico,

## 4. Sklep

Upošteva je navezno okoliščino, ki jo je v prehodni določbi za začetek uporabe zakona po noveli ZPP-E pred sodiščem druge stopnje in pred Vrhovnim sodiščem določil tretji odstavek 125. člena – sodba sodišča prve stopnje mora biti izdana po 14. 9. 2017 –, se instituta dopuščene revizije, katerega edino merilo je pomembno pravno vprašanje, in novega pravnega sredstva po 357.a členu ZPP *de facto* uporabljata šele dobri dve leti. Kljub temu se je zlasti v zvezi prvim, nekaj pa tudi v zvezi z drugim, izoblikovala sodna praksa, ki omogoča prvo oceno ustreznosti nove ureditve.

### 4.1. Sklepno o dopuščeni reviziji po noveli ZPP-E

»Reformo« revizijskega postopka kljub nekaterim kritikam in pomislekom<sup>122</sup> ocenjujem kot pozitivno. Menim, da na normativni ravni ni treba spreminjati ničesar bistvenega, ne glede na vprašanj, ki jih obravnavam v prispevku (opredelitev pojma »pomembno pravno vprašanje« in metoda presoje Vrhovnega sodišča), ne glede drugih vidikov ureditve (na primer glede meja preizkusa v revizijskem postopku in (ne)obrazloženosti sklepa o zavrnitvi predloga za dopustitev revizije). »Direktna« dovoljena revizija, ki je v neznatnem obsegu preživela novelo ZPP-E, je relikv, za katerega verjamem, da bo odpravljen z naslednjo novelo.

Nekoliko več je odprtih vprašanj, povezanih s konkretizacijo pravnega pojma »pomembno pravno vprašanje«. Kljub nesporni pravilnosti temeljnega izhodišča, ki se je izoblikovalo v letih obstoja instituta dopuščene revizije v Sloveniji, da mora pomen pravnega vprašanja segati prek konkretne zadeve, je v izpeljavi tega izhodišča sodna praksa včasih nedosledna in neusklajena. Nedoslednost (ki resda nima velikega praktičnega pomena) je prisotna pri merilih za razlikovanje med nepopolnimi in neutemeljenimi predlogi – ni redko, da Vrhovno sodišče ob enakem procesnem dejanskem stanju predlog enkrat zavrže, drugič pa zavrne. Neusklajenost se kaže v razlikah med posameznimi sodniki<sup>123</sup> in oddelki Vrhovnega sodišča pri vrednotenju, kaj je pomembno pravno vprašanje. Te razlike niso nezanemarljive. Po mojem mnenju to ni posledica šibke zakonske ureditve oziroma pravnotehnično slabo oblikovanih meril za dopustitev revizije,<sup>124</sup> ampak je težava v premalo izčiščenih stališčih v fazi koncreti-

---

zlasti pravico do pravnega sredstva. Tak je, denimo, položaj, ko bi pritožbeno sodišče prvič odločalo o vprašanjih, ki pomenijo samostojno pravno celoto in ne v dejanskem ne v pravnem pogledu niso bila predmet presoje sodišča prve stopnje.«

<sup>122</sup> Glej na primer Dolenc 2015, str. 938–949; Ekart v: Ekart in dr. 2017, str. 149–154.

<sup>123</sup> O tem glej Betetto 2019, str. 15.

<sup>124</sup> Tako Dolenc 2015, str. 949.

zacije pravnega standarda, še zlasti, kot je bilo prikazano v podpoglavju 2.7, v zvezi z dilemo, kaj je »pomembno pravno vprašanje« z vidika zagotavljanja pravne varnosti.

## 4.2. Sklepno o pritožbi zoper razveljavitveni sklep sodišča druge stopnje

Koncept mehkega pristopa v noveli ZPP-D ni prispeval k bistvenemu zmanjšanju števila razveljavitev oziroma k večjemu obsegu zadev, meritorno rešenih na drugi stopnji. Pritožbenih obravnav je bilo zanemarljivo malo, delež razveljavitev pa ogromen, kar ena petina vseh obravnavanih civilnih zadev v letu 2016.<sup>125</sup> Nekatere spremembe, ki naj bi spodbudile k drugačnemu ravnanju (na primer možnost, da pritožbeno obravnavo izpelje sodnik poročevalec), niso imele pravega učinka. Ukrep, ki ravnanje sodnikov usmerja s sredstvom zunanje motivacije, da bi se povečal delež meritorno rešenih zadev na drugi stopnji, je bil zato pričakovan in, tako se zdi se, nujen. Rešitev z novim kontrolnim mehanizmom Vrhovnega sodišča je primerno sredstvo za doseg tega cilja. Višjemu sodniku v primeru razveljavitve sodbe ne nalaga nesorazmernega bremena: poleg obveznih sestavin, ki jih mora imeti sklep v tem primeru (v skladu s tretjim in četrtem odstavkom 360. člena ZPP), se od njega zahteva le minimalen dodaten napor – pojasniti mora, zakaj sodišče ni moglo samo odpraviti kršitve. Merilo »odpravljalnosti« kršitve je dovolj pomensko odprto, da ga sodnik lahko napolni z okoliščinami življenjskega primera. Ocenjujem, da je prožnost ureditve, ki jo novo pravno sredstvo le zaokrožuje, tista prednost, ki jo ima pred bolj togimi in prisilnimi rešitvami, denimo v hrvaškem zakonu o pravnem postopku, ki za doseganje istega cilja predvideva, da lahko sodišče druge stopnje sodbo sodišča prve stopnje razveljavi in vrne v sojenje temu sodišču le enkrat, če pa so ponovno izpolnjeni pogoji za razveljavitev, sodbe ne razveljavi, ampak, da bi se odpravila kršitev, samo izvede postopek po pravilih za postopek pred sodiščem prve stopnje.<sup>126</sup>

Kako pa je v praksi? Podatek o povečanem številu opravljenih pritožbenih obravnav na civilnem oddelku Višjega sodišča v Ljubljani ni preveč spodbuden in daje slutiti, da pritožbena obravnava za višje sodnike ostaja precej grenko zdravilo. Za oceno (ki mora temeljiti vsaj na analizi primerjave statističnih podatkov višjih sodišč pred novelo ZPP-E in po njej), ali je cilj – tj. zmanjšanje števila razveljavitev oziroma večji obseg zadev, meritorno rešenih na drugi stopnji – izpolnjen, je morda le še prezgodaj. V nasprotju s spremembo zakona, ki se lahko zgodi tako rekoč čez noč, je za to potreben čas. Kajti sprememba paradigme z vzpostavitvijo drugostopenjskega sodišča, ki bo dosledno uporabljalo reformatorična pooblastila, je proces, ki ga morajo višji sodniki ponotranjiti. Novo pravno sredstvo po 357.a členu ZPP vsekakor lahko vpliva na to, kako hiter bo.

<sup>125</sup> Glej Bergant Rakočević 2017, str. 137 in 140.

<sup>126</sup> Glej 366.a člen hrvaškega zakona o pravnem postopku. Glede kritike te rešitve glej na primer Tironi 2017, str. 708 in nasl.

## Literatura

- BERGANT RAKOČEVIČ, Vesna. Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku. *Pravni letopis*, 2017, str. 137–144, 252–253.
- BETETTO, Nina. Kako preprečiti, da Vrhovno sodišče postane vir neenotne sodne prakse. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 6-7, str. 970–987.
- BETETTO, Nina. O nekaterih vprašanih dopuščene revizije po ZPP-E. *Odvetnik*, 2019, letn. 21, št. 4, str. 7–15.
- BRATKOVIČ, Marko. *Revizija po dopuštenju* [doktorska disertacija]. Zagreb: Pravna fakulteta Zagreb, 2018.
- DOLENC, Mile. Uporaba določb ZPP o razveljavitvi ali spremembi sodb prve stopnje v gospodarskih sporih. *Pravosodni bilten*, 2003, letn. 24, št. 3, str. 91–114.
- DOLENC, Mile. Dobre in slabe izkušnje z dopuščeno revizijo po ZPP. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 6-7, str. 938–949.
- DOMEJ, Tanja. What is an important case? Admissibility of appeals to the supreme courts in the German-speaking jurisdictions. V: Uzela, A., Van Rhee, C. H., *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, UDE, Lojze, KERESTEŠ, Tomaž. *Zakon o pravnem postopku z novelo ZPP-E*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2017.
- GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš. *A Civil Law Perspective on the Supreme Court and its Functions*. 2014. Dostopno na: <<http://colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/01/Ales-Galic.pdf>> (25. 10. 2020).
- GALIČ, Aleš. *Zakon o pravnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo) z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona s stvarnim kazalom*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.
- KLUN, Gregor. *Vloga Vrhovnega sodišča pri oblikovanju meril za presojo predloga za dopustitev revizije* [magistrska naloga]. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2016.
- OREHAR IVANC, Metoda. Institut dopuščene revizije po ZPP-D. *Pravna praksa*, 2009, letn. 28, št. 28, str. I–VIII.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- PAVČNIK, Tomaž. Pritožba proti razveljavitvenemu sklepu (357.a člen ZPP) – prve izkušnje. *Pravna praksa*, 2018, letn. 37, št. 48, str. 10–11.
- RIJAVEC, Vesna, in UDE, Lojze. *Zakon o pravnem postopku (ZPP): z novelo ZPP-D*. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- ŠTRAVS, Rudi. *Zakon o pravnem postopku: Novela ZPP-E s komentarjem*. Maribor: Poslovna založba MB, 2017.
- TIRONI, Ivan. Postupak po žalbi – između potreba za povećanjem kvalitete suđenja i osiguranja veće učinkovitosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2017, letn. 54, št. 3, str. 705–730.



- TRIVA, Siniša, in DIKA, Mihajlo. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 2004.
- UDE, Lojze, GALIČ, Aleš (red.), in dr. *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, GV Založba, 2005–2009.
- ZOBEC, Jan. Reforma pritožbenega postopka. *Zbornik V. dnevi civilnega prava*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, 2007, str. 23–47.
- ZUPAN, Nina. Pritožba zoper razveljavitveni sklep v praksi – dve leti in pol po uveljavitvi ZPP-E. *Pravna praksa*, 2020, letn. 39, št. 10, str. 9–11.



# Učinki novele ZPP-E na odločanje pritožbenega sodišča

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ  
doktorica pravnih znanosti  
višja sodnica svétnica  
Višje sodišče v Ljubljani

## 1. Uvod

V Zakon o pravdnem postopku (ZPP)<sup>1</sup> je bilo z novelo ZPP-E<sup>2</sup> v pritožbeni postopek vpeljanih kar nekaj novosti. Zakonodajalec si je obetal velik učinek glede sprememb pri sojenju sodišč druge stopnje. Skrajševanje postopkov in še posebej reduciranje sojenja na čim manj stopenj sta bila cilja, ki sta zahtevala zmanjšanje deleža razveljavitev prvostopenjskih sodb in vračanja zadev na sodišča prve stopnje. Že z novelo ZPP-D<sup>3</sup> je zakonodajalec želel povečati število primerov, v katerih višje sodišče meritorno in dokončno odloči v sporu, vendar reforma ni bila uspešna – velik delež razveljavljenih sodb in vračanje zadev v novo sojenje sta ostala sistemski težavi.<sup>4</sup>

Nekatere novosti, ki jih je v pritožbeni postopek vnesla novela ZPP-E, na primer poravnava pred sodnikom posameznikom, izdaja nadomestne sodbe in obvestilo stranki, da njena pritožba nima možnosti za uspeh (v gospodarskih sporih), v praksi niso posebej zaživele. Tudi relativno pomembna praktična sprememba v postopku s pritožbo zoper sklep, po kateri je ta od novele ZPP-E naprej v celoti smiselno izenačen s postopkom, ki velja za pritožbo zoper sodbo, vključno z določbami o odgovoru na pritožbo in o obravnavi pred sodiščem druge stopnje, na sam postopek (trajanje in način odločanja) ni posebej vplivala. Za zelo učinkovito pa se je izkazala uvedba možnosti pritožbe zoper sklep sodišča druge stopnje o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje.

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 10/17.

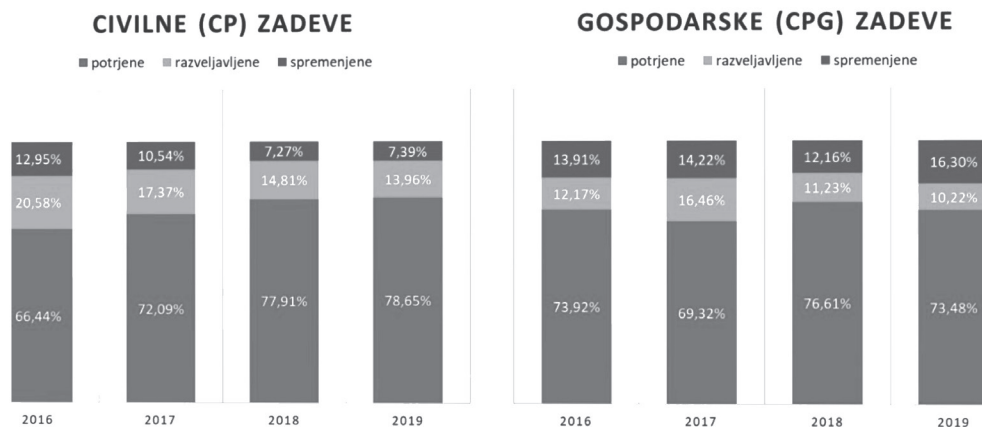
<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

<sup>4</sup> Galič 2017a, str. 1274.

## 2. Analiza učinkov pritožbe zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje

Od uveljavitve novele ZPP-E se je v postopkih pred Višjim sodiščem v Ljubljani,<sup>5</sup> v katerih se ZPP uporablja (pravdni in nepravdni postopki ter gospodarski spori), delež razveljavljenih zadev glede končnih meritornih odločitev bistveno zmanjšal, kar prikazujejo naslednji grafikon v sliki 1:

Slika 1: Primerjava deleža razveljavljenih zadev v civilnih in gospodarskih zadevah



*Vir: lastna izdelava.*

Korelacije tega gibanja z uveljavitvijo novele, ki uvaja pritožbo zoper sklep o razveljavitvi, ni mogoče zanikati. Statistika nadalje kaže, da sta delež in tudi absolutno število vloženih pritožb zoper razveljavitvene sklepe pravzaprav relativno majhna. Leta 2019 je bilo denimo na Višjem sodišču v Ljubljani odločeno v 2464 civilnih zadevah (pravdnih in nepravdnih), od tega je bilo razveljavljenih 334, v gospodarskih sporih pa odločeno v 773 zadevah, od tega razveljavljenih 79. Objavljenih odločb Vrhovnega sodišča RS v postopkih s pritožbo po 357.a členu ZPP je bilo leta 2019 skupno 29 (leta 2018 pa 30),<sup>6</sup> od tega se jih je 10 nanašalo

<sup>5</sup> Višje sodišče v Ljubljani je daleč največje pritožbeno sodišče v RS; delež pripada vseh zadev na Višje sodišče v Ljubljani je glede na vsa štiri pritožbena sodišča (v vseh zadevah) več kot 50 odstotkov.

<sup>6</sup> Vir: portal Tax fin lex.

na civilne zadeve Višjega sodišča v Ljubljani,<sup>7</sup> dve pa na gospodarski spor.<sup>8</sup> Izmed teh 12 je bila uspešna le ena pritožba, skupno izmed vseh vloženih pa devet.

Majhno število vloženih pritožb po 357.a členu ZPP je razumljivo in kakšnega bistvenega povečanja deleža pri tem ni pričakovati niti v prihodnje. Stranka, ki je s pritožbo uspela, pa čeprav je dosegla »le« razveljavitev, in ne spremembe in s tem dokončne odločitve, je vendarle lahko zadovoljna in večinoma pričakuje ugoden izid pred sodiščem prve stopnje v ponovljenem sojenju.<sup>9</sup> Časovno je verjetno nekaj na slabšem, a spet ne bistveno, saj tudi postopek s pritožbo na Vrhovno sodišče nekaj časa traja, ob za pritožnika ugodni odločitvi pa sledi tudi ponovljen pritožbeni postopek. Stroškovno bi bilo za stranko to sicer verjetno ugodnejše, a tu je še psihološki moment, zaradi katerega se uspešen pritožnik večinoma ne želi »preparirati« s pritožbenim sodiščem, ko pa mu je »napol« že ugodilo.

Navedeno lahko kaže, da je že sama možnost pritožbe povzročila določene spremembe pri načinu odločanja pritožbenih sodišč v smislu omejevanja kasatoričnih pooblastil, konkretno ljubljanskega, saj se razlogi za razveljavitev vsebinsko v resnici niso spremenili. Reformatorična pooblastila pritožbenega sodišča je razširila že novela ZPP-D.<sup>10</sup> Izrecno zapovedana nujnost tehtanja pravice do sojenja v razumnem roku ob razveljavitvi sodbe (sprememba 354. in 355. člena ZPP) je sama po sebi zgolj pedagoška.<sup>11</sup>

Bistveno se je povečalo tudi število pritožbenih obravnav, in sicer na civilnem oddelku Višjega sodišča v Ljubljani iz 14 oziroma 15 v letih 2016 in 2017 na 34 oziroma 26 v letih 2018 in 2019.

Vrhovno sodišče RS je že pred novelo ZPP-E spodbujalo pritožbena sodišča k opravljanju pritožbenih obravnav. Ena najbolj jasnih odločb v tej smeri je bil sklep III Ips 14/2014 z dne 25. 3. 2014, s katerim je VS RS razveljavilo sodbo sodišča druge stopnje in zadevo vrnilo temu sodišču z napotkom, naj opravi pritožbeno obravnavo, in naslednjo navedbo razlogov:

»Izvedba pritožbene obravnave od novele ZPP-D dalje ni več izjema, temveč pravilo (prvi odstavek 347. člena ZPP). Sodišče druge stopnje mora tako razpisati obravnavo tudi v primeru, kadar je za popolno ugotovitev dejanskega stanja treba ugotoviti tudi dejstva, ki so jih stranke pred sodiščem prve stopnje zatrjevale, vendar jih sodišče prve stopnje ni ugotavljalo,

<sup>7</sup> Sklepi Cp 12/2019 z dne 23. 5. 2019, Cp 13/2019 z dne 7. 3. 2019, Cp 23/2019 z dne 11. 4. 2019, Cp 25/2019 z dne 9. 5. 2019, Cp 28/2019 z dne 16. 5. 2019, Cp 30/2019 z dne 23. 5. 2019, Cp 36/2019 z dne 8. 8. 2019, Cp 39/2019 z dne 29. 8. 2019, Cp 40/2019 z dne 10. 10. 2019 in Cp 44/2019 z dne 14. 11. 2019.

<sup>8</sup> Sklepa VS RS Cpg 11/2019 z dne 22. 10. 2019 in Cp 38/2019 z dne 18. 11. 2019.

<sup>9</sup> Čeprav se lahko pritoži katerakoli, torej tudi nasprotna stranka, je glede na omejene razloge za pritožbo kaj malo verjetno, da bi se pritožila ta, ki ji je že razveljavitev v škodo.

<sup>10</sup> Galič 2017a, str. 1274–1275.

<sup>11</sup> Prav tam, str. 1277.

ter kadar je za pravilno ugotovitev dejanskega stanja treba izvesti posamezne dokaze, ki jih sodišče prve stopnje ni izvedlo, kljub temu, da jih je stranka pred sodiščem prve stopnje predlagala. Tudi v primerih, kadar sodišče prve stopnje posamezen dokaz izvede (na primer posamezno listino povzame v dokazni sklep), a ga ne oceni oziroma se do njega ne opredeli, pride v poštev smiselna uporaba 347. člena ZPP o obligatorni izvedbi pritožbene obravnave. Na seji senata takih dokazov ni mogoče ocenjevati.

Sodišče druge stopnje je dokazno oceno glede neobstoja vzročne zveze in nastanka škode naredilo na podlagi dokazov, ki s strani sodišča prve stopnje niso bili presojeni oziroma jih sodišče prve stopnje ni ocenjevalo v zvezi z navedenima predpostavkama odškodninske odgovornosti.«

Kasneje je to svoje stališče celo nekoliko omililo, na primer v sklepu II Ips 37/2015 z dne 2. 6. 2016:

»Če ugotovi prvostopenjsko sodišče pravno pomembno dejstvo tudi na podlagi zaslišanja strank ali prič, višje sodišče brez obravnave ne more spreminjati dejanskega stanja. Smisel obvezne pritožbene obravnave je v spoštovanju načela neposrednosti, saj mora imeti pritožbeno sodišče pri izvajanju kontrolne funkcije, ko podvomi v pravilnost dejanskega stanja, ugotovljenega (tudi) z neposredno izvedenimi dokazi, enake spoznavne možnosti kot prvostopenjsko sodišče.«

Še bolj izrazito VS RS v sodbi III Ips 108/2016 z dne 12. 2. 2018:

»Sodišče druge stopnje sme [...] odločati na seji ne samo[, ] kadar odloča o vprašanih pravilne uporabe materialnega prava, pač pa tudi v vseh tistih primerih, ko je pritožbeno sodišče v razmerju do dokaznega gradiva v enakem položaju kot sodišče prve stopnje. Smisel obravnave namreč ni v varovanju pravice do pritožbe, pač pa v spoštovanju načela neposrednosti in izenačevanju spoznavnih situacij sodišča prve stopnje in pritožbenega sodišča ter v zagotavljanju pravice do izjave. Zato je določbe ZPP treba razlagati celo tako, da je tudi postopkovne kršitve, katerih narava to dopušča, mogoče sanirati na pritožbeni seji; nasprotno postopanje bi bilo namreč nesmotrno in zavlačevalno.«

Ključno vprašanje, ki je bilo na dlani že ob uveljavitvi novele, je bilo, kakšni kriteriji se bodo izoblikovali v praksi višjih sodišč pri odločanju, kdaj sodbo sodišča prve stopnje vendarle razveljaviti, kdaj pa naj pritožbeno sodišče bodisi z dopolnitvijo dokaznega postopka (praviloma na pritožbeni obravnavi) bodisi z odpravo ugotovljenih kršitev procesnih pravic samo dokončno odloči. Nekaj teh kriterijev je začrtalo Vrhovno sodišče RS pri odločanju o pritožbah zoper razveljavitvene sklepe, zaradi do zdaj relativno skromne prakse pa so jih nekaj »samoiniciativno« izoblikovala pritožbena sodišča sama.

Vrhovno sodišče v sklepih po 357.a členu ZPP najprej potrjuje enoznačnost jasnega zakonskega besedila, da je pritožba možna le zoper presojo pravilnosti uporabe kasatoričnega

pooblastila višjega sodišča, vsi drugi razlogi pa so izključeni. Torej se mora domnevati, da je sama odločitev pritožbenega sodišča (za razveljavitev) pravilna.

Nadalje, Vrhovno sodišče z razveljavitvenimi sklepi zoper sodbo izenačuje tudi nekatere končne odločbe v nepravdnih postopkih, in sicer po pravilu o smiselni uporabi ZPP (37. člen Zakona o nepravdnem postopku – ZNP<sup>12</sup>)<sup>13</sup> na primer sklep o dedovanju,<sup>14</sup> končni sklep v postopku odvzema poslovne sposobnosti<sup>15</sup> in sklep o vzpostavitvi etažne lastnine in določitvi pripadajočega zemljišča (Zakon o vzpostavitvi etažne lastnine na določenih stavbah in o ugotavljanju pripadajočega zemljišča – ZVEtL-1<sup>16</sup>),<sup>17</sup> ne pa tudi sklepa o izvršbi oziroma drugih sklepov v izvršilnem postopku,<sup>18</sup> sklepa o izdaji začasne odredbe<sup>19</sup> in sklepov o izrekanju ukrepov po Zakonu o preprečevanju nasilja v družini (ZPND<sup>20</sup>).<sup>21</sup> Po stališču Vrhovnega sodišča pritožba po analogiji tudi ni dovoljena zoper sklep o razveljavitvi procesnih sklepov (v pravnem ali nepravdnem postopku), s katerimi se postopek konča, na primer zaradi umika tožbe<sup>22</sup> ali zaradi zavrženja tožbe.<sup>23</sup>

Največkrat je Vrhovno sodišče sklep o razveljavitvi sodbe razveljavilo zato, ker sama odločitev za razveljavitev ni bila zadostno obrazložena.<sup>24</sup> Tako denimo z vidika standarda obrazloženosti ne zadošča, da pritožbeno sodišče navede, da je razveljavitev ocenilo kot potrebno glede na »naravo stvari in okoliščine primera«, če tega ne konkretizira.<sup>25</sup> Razvidno mora biti, kako je pritožbeno sodišče tehtalo pravico do pritožbe s pravico do sojenja v razumnem roku. Zato ne zadošča, če pritožbeno sodišče zapiše, da »zadeve ni moglo rešiti samo, ker bi pravno relevantna dejstva prvič ugotavljalo šele v pritožbenem postopku, s čimer bi strankama odvzelo pravico do pritožbe«. <sup>26</sup> Kaj je razumni rok, je odvisno od konkretnega primera in vseh njegovih

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 16/19.

<sup>13</sup> Primerjaj tudi Pavčnik.

<sup>14</sup> Sklep VS RS Cp 28/2019 z dne 16. 5. 2019.

<sup>15</sup> Sklep VS RS Cp 29/2018 z dne 13. 9. 2018.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 34/17.

<sup>17</sup> Sklep VS RS Cp 39/2019 z dne 29. 8. 2019.

<sup>18</sup> Sklep VS RS Cp 23/2018 z dne 28. 6. 2018.

<sup>19</sup> Sklep VS RS Cp 30/2018 z dne 4. 10. 2018.

<sup>20</sup> Uradni list RS, št. 16/08 in nasl.

<sup>21</sup> Sklep VS RS Cp 15/2018 z dne 16. 5. 2018.

<sup>22</sup> Sklep VS RS Cp 30/2019 z dne 23. 5. 2019.

<sup>23</sup> Sklep VS RS Cpg 11/2019 z dne 22. 10. 2019.

<sup>24</sup> Sklepi VS RS Dsp 1/2018 z dne 23. 8. 2018, Dsp 4/2019 z dne 16. 4. 2019, Dsp 6/2018 z dne 6. 11. 2018, Dsp 8/2018 z dne 6. 11. 2018, Dsp 9/2019 z dne 22. 7. 2019, Cp 13/2018 z dne 7. 5. 2018, Cp 37/2018 z dne 22. 11. 2018.

<sup>25</sup> Sklep VS RS Dsp 9/2019 z dne 22. 7. 2019.

<sup>26</sup> Sklep VS RS Dsp 4/2019 z dne 16. 4. 2019.

okolščin.<sup>27</sup> Teža pravice do pritožbe mora biti v relaciji z omenjeno pravico in je ne pretehta vedno. Uveljavljeno je, da ta pravica kljub njeni ustavni ravni ne sme biti absolutna, kar v praksi pomeni, da stranka ne more uveljavljati pravice do pritožbe zoper prav vsako dejansko ugotovitev.<sup>28</sup> Galič nazorno in prepričljivo razloži, da dejstva ne morejo biti pomembnejša od prava. Nobene logike torej ni v tem, da bi se stranka zoper dejstva lahko pritožila vsakič, zoper pravne zaključke pa ne.

Menimo, da je razveljavitev vedno potrebna, kadar sodišče prve stopnje (še) ni odločalo o pobotnem ugovoru (sodba VSL I Cp 1448/2019 z dne 29. 1. 2020), kadar je stranki (napačno) odreklo pravni interes in še ni opravilo vsebinskega sojenja (sklep VSL I Cp 763/2018 z dne 5. 12. 2018), napačno izdalo zamudno sodbo in podobno.<sup>29</sup> Vrhovno sodišče je potrdilo razveljavitveni sklep tudi v primeru, ko je pritožbeno sodišče razveljavilo prvostopenjsko sodbo zaradi pomanjkanja razlogov o odločilnih dejstvih.<sup>30</sup>

Eden od tehtnih kriterijev za razveljavitev je lahko tudi obstoj (t)istih razlogov, zaradi katerih Vrhovno sodišče, kadar ugodi reviziji, zadeve na primer ne vrne pritožbenemu, pač pa prvostopenjskemu sodišču v novo sojenje, denimo če se stranke še niso izjavile o več pravno odločilnih dejstvih (sklep VS RS II Ips 220/2017 z dne 17. 1. 2019, podobno nato VSL v sodbi in sklepu I Cp 977/2018 z dne 19. 9. 2018).

Najbolj izčrpne razloge v zvezi s kasatoričnimi pooblastili pritožbenega sodišča je Vrhovno sodišče navedlo v svojih sklepih Cp 37/2018 z dne 22. 11. 2018 in Cp 28/2019 z dne 16. 5. 2019. V obeh navedenih sklepih Vrhovno sodišče pojasni lastne kriterije pri odločanju o pritožbi zoper razveljavitveni sklep tudi na abstraktni ravni:

»[...] novelirana procesna zakonodaja torej uzakonja pravilo, da pritožbeno sodišče v zadevi dokončno odloči, možnost razveljavitve sodbe sodišča prve stopnje in vrnitev zadeve temu sodišču v ponovljen postopek pa dopušča kot izjemo. Ker gre za sredstvo, ki naj zagotovi učinkovito uresničevanje pravice do sodnega varstva, je treba izjemno pravilo razlagati z ustavnopravnimi argumenti. Izjema bo zato prišla v poštev tedaj, (a) ko izvedba pritožbene obravnave *in concreto* ne bi predstavljala ustreznega sredstva za zagotavljanje sojenja brez nepotrebnega odlašanja (ker bi glede na okoliščine primera postopek na drugi stopnji ver-

<sup>27</sup> V zadevi Cp 19/2019 z dne 11. 4. 2019 je Vrhovno sodišče ocenilo, da pet let še ni nerazumna doba. Zupanova zastopa precej strogo stališče, da razveljavitev ne pomeni nerazumnega odlašanja le, če bi glede na okoliščine primera postopek pred sodiščem druge stopnje trajal dlje kot pred sodiščem prve stopnje ali če bi bil povsem neekonomičen. Glej Zupan, str. 11.

<sup>28</sup> Galič 2018, str. 52, Zobec, str. 29.

<sup>29</sup> Glej tudi Zupan, str. 11.

<sup>30</sup> Sklep VS RS Cp 40/2019 z dne 10. 10. 2019. Glej tudi Zupan, str. 11.

jetno trajal dlje, kakor če bi ga zgolj dopolnilo sodišče prve stopnje);<sup>31</sup> (b) ko bi bilo s tem nesorazmerno poseženo v kakšno drugo ustavno pravico (kot primer se sama po sebi ponuja pravica do učinkovitega pravnega sredstva – 25. člen Ustave) ali (c) ko bi bilo to tako neekonomično (potratno glede človeških in/ali finančnih virov), da je mogoče razveljavitev šteti za razumno (potrebno, smiselno) odlašanje in torej prav zato ne gre za poseg v pravico iz 23. člena Ustave (kjer je uporabljen izraz nepotrebno odlašanje).«<sup>32</sup>

Kako te kriterije pod (a) razume v konkretnem primeru, je Vrhovno sodišče pojasnilo v zadevi Cp 28/2019. Šlo je za zapuščinsko zadevo, v kateri je pritožbeno sodišče pritožbi dedičev ugodilo in sklep o dedovanju delno spremenilo, delno pa ga je razveljavilo in vrnilo zadevo zapuščinskemu sodišču prve stopnje (sklep VSL I Cp 1645/2018 z dne 9. 1. 2019). Svojo odločitev za razveljavitev je obrazložilo z naslednjim:

»Pritožbeno sodišče [...] ocenjuje, da izvedba pritožbene zapuščinske obravnave ne bi predstavljala ustreznega sredstva za zagotavljanje sojenja brez nepotrebne odlašanja glede na okoliščine te zadeve. Četudi je bil zapuščinski postopek zaradi prekinitve postopka in napotitve na pravdo dolgotrajen, bi bilo neekonomično dediče, katerih večina biva na D., vabiti na zapuščinsko obravnavo na sedež pritožbenega sodišča. Prvostopenjsko sodišče je tudi že izvedlo nekatere dokaze (izvedensko mnenje izvedenke finančne stroka za ugotavljanje vrednosti darila), ki jih mora le še oceniti, medtem, ko bi moralo pritožbeno sodišče ta dokaz ponovno neposredno izvajati, kar bi tudi lahko zavleklo postopek.«

Vrhovno sodišče se s tem ni strinjalo. Navedlo je, da »(popolna) izenačitev stroškov posameznih udeležencev ne more biti merilo za presojo utemeljenosti razveljavitve prvostopenjske odločitve, zlasti pa ti razlogi ne morejo pretehtati v primerjavi z zagotovitvijo učinkovitega varstva pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja z opravo naroka pred sodiščem druge stopnje in (takojšnjo) pravnomočno odločitvijo v zadevi«. Dejstvo, da je sodišče prve stopnje nekatere dokaze že izvedlo in »jih mora le še oceniti,« pa v konkretnem primeru govori v prid obravnavi pred sodiščem druge stopnje. Bojazen, da bo moralo sodišče »ta dokaz ponovno neposredno izvajati, kar bi tudi lahko zavleklo postopek«, je namreč odveč, saj je bil do takrat izveden le dokaz v pisno izdelanem izvedenskem mnenju.

Povsem enotni kriteriji glede kasatoričnih pooblastil se v praksi pritožbenih sodišč še niso izoblikovali.

Nekateri menijo, da je primerno, da se postopek dopolni pred pritožbenem sodiščem (le) v primeru, kadar je realno pričakovati, da se zadeva lahko zaključi z opravo enega naroka za pritožbeno obravnavo. V dokaj kompleksni zadevi (sodba in sklep VSL I Cp 977/2018 z dne

<sup>31</sup> Tu gre za nujno projekcijo (oceno), ki mora prav tako upoštevati, da ponovitev sojenja na prvi stopnji predpostavlja tudi možnost novega pritožbenega postopka itd.

<sup>32</sup> Iste razloge navaja Pavčnik.

19. 9. 2018 glede odvzema nezakonito pridobljenega premoženja) je pritožbeno sodišče med drugim kot razlog za vrnitev zadeve v novo sojenje pred sodišče prve stopnje zapisalo:

»Glede na naravo dela pritožbenega sodišča (senatno sojenje, torej morajo biti na narokih ves čas prisotni isti trije sodniki, kar predstavlja težavo pri kontinuiranem razpisovanju narokov) in (vsaj zaenkrat) omejene prostorske možnosti za opravljanje narokov za glavno obravnavo na drugi stopnji, bo sodišče prve stopnje lahko hitreje dopolnilo dokazni postopek.«

Navedeno se vsaj delno vsekakor pokriva z nakazanim kriterijem Vrhovnega sodišča o neekonomičnem tratenju človeških in finančnih virov.

Menim, da je razveljavitev vendarle dopustna, potrebna in smiselna, kadar sodišče prve stopnje (sploh) še ni presojalo vseh pomembnejših dejanskih sklopov, ki sestavljajo pravno podlago konkretnega tožbenega zahtevka. Tak primer so odškodninske zadeve, v katerih to sodišče še ni presojalo in ugotavljalo relevantnih okoliščin glede vseh elementov odškodninske obveznosti (protipravnost, vzročna zveza, odgovornost, škoda – tudi njen obseg oziroma višina). Menim, da mora prvostopenjsko sodišče vedno opraviti sojenje glede celotnega zahtevka, torej glede njegovega temelja in višine (tako v pogodbenih kot v nepogodbenih razmerjih – zlasti pri odškodninskih zahtevkih in zahtevkih iz naslova neupravičene obogatitve). Pravica do dvostopenjskega sojenja glede tega po mojem mnenju ne sme biti okrnjena. Ko pa je vsebinsko sojenje glede celotnega zahtevka na prvi stopnji fundamentalno opravljeno, se morajo eventualne pomanjkljivosti pri tem skoraj vedno sanirati na pritožbeni stopnji. V praksi se zadeve tudi v takih primerih še vedno neredko vračajo prvostopenjskemu sodišču, zlasti kadar je bil izveden obsežnejši dokazni postopek z zaslišanjem strank in prič ter ga je treba še v razmeroma manjšem delu dopolniti ali pa le oceniti katerega izmed neposredno izvedenih dokazov, ki bi ga bilo sicer na pritožbeni stopnji pred senatom treba ponoviti.

Pravilnost oziroma utemeljenost takega ravnanja je lahko precej odvisna od razlage tretjega odstavka 302. člena ZPP.<sup>33</sup> Ta določa, da se mora glavna obravnava znova začeti, če se opravi narok pred spremenjenim senatom; vendar pa sme senat po tem, ko so se stranke o tem izjavile, odločiti, da se priče, izvedenci in stranke ne zaslišijo znova ter da se ne opravi nov ogled, temveč da se preberejo zapisniki o izvedbi teh dokazov. Določbo si je možno razlagati tako, da sme tudi senat pritožbenega sodišča, ki je glede na prvostopenjskega sodnika (»senat«) vedno drug (»spremenjen«), presoditi, da novo zaslihanje prič oziroma strank ni potrebno. Možna pa je tudi razlaga, da je ta presoja dopustna le takrat, kadar je do te situacije prišlo že pred sodiščem prve stopnje in je sodbo izdal sodnik, ki ni neposredno sam izvedel vseh dokazov. Le v takem primeru naj bi bil spoznavni položaj drugostopenjskega senata izenačen s spoznavnim položajem prvostopenjskega sodnika, ki je razsodil v zadevi, in le v tem primeru naj

<sup>33</sup> Po 349. členu ZPP veljajo določbe o postopku pred sodiščem prve stopnje smiselno tudi za postopek pred sodiščem druge stopnje, če ni določeno drugače.



bi bilo spoštovano načelo neposrednosti pri izvajanju dokazov. Slednja razlaga bi bila v prid razveljavitvi sodbe, kadar bi bilo treba že izvedene dokaze ponavljati, zlasti če gre za obsežnejši dokazni postopek s pričami, ki je že bil izveden. Sama bi se zavzela za prvo možnost, torej za to, da ima tudi drugostopenjski senat vedno možnost odločiti se, ali dokaze (zaslišanja) neposredno ponovi ali pa se zadovolji z branjem zapisnika. Če je ta možnost dana prvostopenjskemu sodniku, ne vidim razloga, zakaj je ne bi imel tudi drugostopenjski sodnik. Tudi prvostopenjski sodnik, ki odloča, se zato lahko znajde v ne povsem enakem spoznavnem položaju kot njegov kolega, ki je dokaz neposredno izvedel, če presodi, da za drugačno ravnanje ni utemeljenih razlogov. Še zlasti je to smiselno v primerih, ko se zaslišanja zvočno posnamejo in je poleg branja prepisov na voljo tudi povsem avtentičen zvočni posnetek.

Čeprav naj bi bila razveljavitev sodbe, kot opozarja Vrhovno sodišče, izjema, te pa je že po splošnem interpretacijskem pravilu treba razlagati restriktivno, menim, da je treba to strogost glede na okoliščine konkretnega primera ustrezno relativizirati oziroma omiliti. Osnovna funkcija pritožbenega sodišča je še vedno kontrolna, zato ne bi bilo primerno prvostopenjskega sojenja v celoti in tudi ne pretežno ali v velikem delu prenašati na drugostopenjsko sodišče, če prvostopenjsko sodišče svojega dela v bistvenem, pomembnem, znatnem delu ni (dobro) opravilo. Ne gre za pretirano poudarjanje pravice do pritožbe. Pri tem je treba imeti pred očmi tudi dejstvo, da je z uvedbo sistema dopuščene revizije sojenje na sodišču druge stopnje postalo tudi dejansko pogosto oziroma praviloma zadnja stopnja sojenja.

### **3. Obvestilo stranki, da njena pritožba nima možnosti za uspeh (v gospodarskih sporih)**

Spremenjeni 490. člen ZPP – obvestilo stranki, da zadeva nima možnosti za uspeh – se v praksi (še) ni uveljavil. Senati se za to obvestilo ne odločajo, čeprav prevladuje prepričanje, da je določba lahko koristna ter da jo je vredno ohraniti in sčasoma začeti uporabljati. V poštev bi lahko prišla zlasti v specifičnih situacijah, na primer če terjatev ni bila prijavljena v stečajno tožene stranke in se še čaka na sklep o preizkusu terjatev, ali pa pri množičnih zadevah, potem ko bi v prvi zadevi odločilo Vrhovno sodišče. Prevladuje ocena, da se novost v praksi ni uveljavila iz več razlogov. Najprej velja poudariti, da ni veliko zadev, pri katerih bi bilo tako očitno, da pritožba nima možnosti za uspeh. Podatki kažejo, da pred sodiščem druge stopnje tudi ni sklenjenih veliko sodnih poravnav. Razlogi, da ni mogoče računati na veliko število umikov pritožbe, so lahko podobni – stranka ima na primer že v rokah sodno, pa čeprav ne pravnomočno, odločitev.

Prevladujejo pa praktični razlogi. Če sodnik poročevalec že pripravi zadevo za obravnavanje na seji senata in je zelo jasno oziroma očitno, da je pritožba neutemeljena, bo manj zamudno, da senat odloči in sodnik poročevalec takoj napiše odločbo, kot pa da stranki pošlje dopis s

ključnimi razlogi in čaka na njen odgovor ter mora nato zadevo ponovno pripraviti za sejo senata. Sodniki ocenjujejo, da bi se za to možnost morda odločili, če ključnih razlogov ne bi bilo treba zapisovati ali pa če bi stranko o nemožnosti za uspeh lahko obvestil sodnik poročevalec sam. Nekatere ideje gredo v smer, da bi se stranke v takih primerih morda lahko dodatno motiviralo k umiku z različno višino takse (na primer s povišanjem takse, če ne pride do umika).

## 4. Sklep

Analiza civilnih in gospodarskih zadev Višjega sodišča v Ljubljani je pokazala bistveno zmanjšanje deleža razveljavljenih zadev in povečanje števila pritožbenih obravnav. Brez dvoma gre predvsem za posledico možnosti pritožbe zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, kar se je z vidika postopka pred sodiščem druge stopnje izkazalo kot ključna novost novele ZPP-E, medtem ko preostale novosti, denimo možnost izdaje nadomestne sodbe in obvestilo stranki, da njena pritožba nima možnosti za uspeh (v gospodarskih sporih), v praksi niso zaživele. Prvi sklepi Vrhovnega sodišča RS, izdani po novi določbi 357.a ZPP, so pritožbenim sodiščem pomagali trdneje izoblikovati kriterije uporabe njihovih kasatoričnih pooblastil, ki so zdaj sicer močno omejena, ne pa povsem odpravljena. Ob povečanju pomena reformatoričnih pooblastil pritožbenega sodišča se je kot pomembno pokazalo tudi vprašanje, katere procesne kršitve oziroma pomanjkljivosti v dokaznem postopku lahko pritožbeno sodišče odpravi na seji senata, kdaj pa mora opraviti pritožbeno obravnavo.

## Literatura

- BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Nekatera vprašanja glede novosti po noveli ZPP-E v pritožbenih postopkih. *Obratnik*, 2017a, letn. 18, št. 3, str. 15–16.
- BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku. *Pravni letopis*, 2017b, str. 137–144, 252–253.
- GALIČ, Aleš. *Ustavno civilno procesno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- GALIČ, Aleš. Izvajanje nekaterih določb Zakona o delovnih in socialnih sodiščih. *Pravosodni bilten*, 2007, letn. 28, št. 2, str. 29–48.
- GALIČ, Aleš. *Prve izkušnje z novelo ZPP-D*. Gradivo za simpozij VII. Dnevi civilnega in gospodarskega prava. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, 2009.
- GALIČ, Aleš. Ugotavljanje dejanskega stanja na prvi in drugi stopnji v pravdnem postopku. *Podjetje in delo*, 2017a, letn. 43, št. 6–7, str. 1270–1278.
- GALIČ, Aleš. Uvodna pojasnila k spremembam zakona. V: *Zakon o pravdnem postopku (ZPP): (neuradno prečiščeno besedilo)*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017b, str. 15–120.



- GALIČ, Aleš. *Zakon o pravdnem postopku (ZPP): (neuradno prečiščeno besedilo), z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2018.
- PAVČNIK, Tomaž. Pritožba proti razveljavitvenemu sklepu (357.a člen ZPP) – prve izkušnje. *Pravna praksa*, 2018, letn. 37, št. 48, str. 10–11.
- UDE, Lojze, GALIČ, Aleš (red.), in dr. *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*. Ljubljana: Založba Uradni list Republike Slovenije in GV Založba, 2005.
- ZOBEC, Jan. Ugotavljanje dejanskega stanja na pritožbeni stopnji. *Pravni letopis*, 2009, Inštitut za primerjalno pravo Pravne fakultete Univerze v Ljubljani.
- ZUPAN, Nina. Pritožba zoper razveljavitveni sklep v praksi – dve leti in pol po uveljavitvi ZPP-E. *Pravna praksa*, 2020, letn. 39, št. 10, str. 9–11.



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.9:346.9

# Novela ZPP-E in postopek pred sodišči prve stopnje

ĐORĐE GRBOVIĆ  
univerzitetni diplomirani pravnik  
okrožni sodnik  
Okrožno sodišče v Ljubljani  
Oddelek za gospodarsko sodstvo

## 1. Uvod (pogled od zunaj)

Decembra 2019 se nas je peščica gospodarskih sodnikov z vseh treh stopenj, ki smo pri nas edini specializirani za sojenje v patentnih sporih,<sup>1</sup> udeležila predstavitve dejavnosti pritožbenih senatov<sup>2</sup> Evropske patentne organizacije (EPO). Gre za mednarodno organizacijo s sedežem v Münchnu, ki podeljuje evropske patente, navedeni senati pa sestavljajo njeno sodno vejo. Člani teh senatov samo po nazivu niso sodniki (*judges in all but the name*),<sup>3</sup> njihovo sojenje pa je v marsičem impresivno.<sup>4</sup> Njihova praksa sega v čas dolgo pred sprejetjem Zakona o pravnem postopku (ZPP),<sup>5</sup> zbirka nosilnih stališč iz njihovih odločb pa samo o dopustnosti novot – temi, ki v tem prispevku po pomembnosti daleč prekaša vse druge – obsega več kot šestdeset strani.<sup>6</sup> Vso to močno razčlenjeno pravno snov presvetljuje temeljno načelo, da stranko zavezuje posebna dolžnost, da olajša urejeno in hitro izvedbo postopka, kar vključuje

<sup>1</sup> Kljub generalni delegaciji pristojnosti za sojenje v sporih o pravicah intelektualne lastnine na naše sodišče se sodniki Okrožnega sodišča v Ljubljani ob vseh preostalih sporih, v katerih še razsojamo, s patentnimi spori srečujemo redko, s frekvenco do največ enega ali dveh letno na sodnika, kar potrjuje, da gre pri nas za eksotično področje.

<sup>2</sup> Ang. *Boards of Appeal*, nem. *Beschwerdekammern*, fr. *chambres de recours*.

<sup>3</sup> Tako jih je leta 1996 sloveče označil znani angleški sodnik in profesor Robin Jacob. Glej sodbo angleškega in valižanskega Court of Appeal v zadevi *Unilin Beheer BV proti Berry Floor NV Information Management Consultancy Limited* z dne 25. 4. 2007, 11. točka obrazložitve.

<sup>4</sup> Ob prvem stiku najbolj vpadljivo po tem, da so zmožni (navadno nekajurno) javno obravnavo brez tolmačev voditi v vseh treh uradnih jezikih, ki so v uporabi pri EPO, če je treba, tudi sočasno na eni in isti obravnavi (kadar na primer imetnik patenta govori angleško, ena od strank, ki podelitev patenta izpodbijata, nemško, druga pa francosko; strankam so na voljo tolmači, ki jih zagotavlja EPO in so izvrstni).

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 26/99 in nasl.

<sup>6</sup> *Case Law of the Boards of Appeal*, str. 1206–1270.

predložitev, kolikor zgodaj in izčrpno je mogoče, vseh odločilnih dejstev, dokazov, utemeljitev in zahtevkov – pod grožnjo, da sicer ne bodo upoštevani.<sup>7</sup> Zaradi povečanja učinkovitosti ob velikih sodnih zaostankih teh senatov so bila pred kratkim prenovljena njihova postopkovna pravila, tako da se od začetka leta 2020 dopustnost novot še zaostčuje.

Stremljenje k pospešitvi sojenja ob enaki zakonodajalčevi oceni o prevelikih sodnih zaostankih (in isto temeljno načelo v malo drugačni preobleki) zaznamuje(ta) tudi novelo ZPP-E.<sup>8</sup> Po stališčih iz prakse navedenih senatov iz postopka, ki mu je pri nas še najbolj podoben upravni spor, bi se lahko v marsičem zgledovali, toda to vendarle ni glavna tema tega prispevka; je nekakšna intonacija zanj, saj razkriva univerzalne probleme, ki ne segajo samo čez državne meje, temveč tudi čez različne pravne panoge, in prav takšne pristope k njihovem reševanju. Sicer pa sodobne reforme pravnih postopkov povečujejo odgovornost strank, od katerih se pod grožnjo sankcij zahteva, da pripomorejo k pospešitvi in koncentraciji postopka. Cilj je, da je procesno gradivo zbrano, še preden se bo – in da bi se sploh lahko urejeno in kontinuirano – pretresalo na glavni obravnavi.<sup>9</sup>

Ob robu obiska pri EPO smo se sestali še s sodnikom prvostopenjskega sodišča Landgericht München I, ki je kot civilni sodnik še bolj kot člani navedenih senatov naš ustreznik.<sup>10</sup> Kot posebnost na svojem sodišču je omenil, da takoj po vložitvi tožbe stranki povabijo, da se čez nekaj mesecev udeležita naroka, imenovanega *früher erster Termin*, ki je namenjen učinkoviti pripravi in izvedbi glavne obravnave ter iskanju možnosti za sklenitev sodne poravnave. Po Zivilprozessordnung (ZPO) je ta neobvezni narok navadno namenjen preprostejšim zadevam, v Münchnu pa ga izvajajo tudi v tipično zapletenejših patentnih sporih. Na njem razpravljajo o vsebini zadeve na podlagi tožbe in odgovora nanjo ter se dogovorijo o nadaljnjih procesnih dejanjih: sodišče strankama navadno dopusti vložitev samo še po ene vloge, za kar ima vsaka na voljo okoli dva meseca, tri tedne pred glavno obravnavo pa naj bi obe pripravili še do deset strani povzetka svojih glavnih stališč (kar ni posebna vloga). To je očitno v funkciji dobre priprave in izvedbe glavne obravnave. V funkciji uspešnega poravnavanja pa je pomembna prošnja sodišča strankama, naj za ta zgodnji narok, če nanj ne bi pristopila njuna zakonita zastopnika, ne pooblastita samo odvetnika, temveč še nekoga, ki se je zmožen vsebinsko pogajati za sodno poravnavo in jo je upravičen skleniti.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Prav tam, primerjaj na str. 1206–1208.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 10/17.

<sup>9</sup> Galič 2007, str. 1036.

<sup>10</sup> Njegov položaj pa je od našega zelo drugačen v tem, da zaradi njihove velike količine – kot posledice velike razvitosti bavarskega gospodarstva – lahko odloča izključno v patentnih sporih.

<sup>11</sup> Primerjaj Hinweise zum Münchner Verfahren, napotke, ki so strankam na voljo na spletu. Primerjaj v nadaljevanju še o praksi prilagojene uporabe določb ZPP o zaslišanju strank zaradi učinka, da se z zagotovitvijo njihove navzočnosti – in ne zgolj navzočnosti njihovih pooblaščenec – bistveno lažje doseže isti cilj sklenitve sodne poravnave.

Ko sem poslušal nemškega kolega, sem se sam pri sebi hipoma navdušil, *zakaj česa podobnega ne bi poskusil tudi pri nas!? Saj za to vendar ni nobene ovire*, hkrati pa me je že v zadregi obšlo, *saj nekaj takega v ZPP menda že piše ...* Še med našim srečanjem sem pohitel na splet preverit in – če že ne, kot bi bilo prvič, pa vsaj z novimi očmi – bral:

»Sodišče po prejemu odgovora na tožbo razpiše pripravljalni narok, na katerem s strankami odprto razpravlja o pravnih in dejanskih vidikih spora, da stranke dopolnijo svoje trditve in pravna naziranja ter predlagajo nadaljnje dokaze, se o njih izjavijo ter si prizadevajo skleniti sodno poravnavo. Pripravljalni narok je namenjen tudi izdelavi programa vodenja postopka[, ki] vsebuje zlasti: pravno podlago, ki jo sodišče šteje za relevantno za odločitev o tožbenem zahtevku glede na podane navedbe strank; dokazni sklep glede dokazov, ki sta jih stranki že predlagali; število ali datume narokov za glavno obravnavo, na katerih bo sodišče izvajalo dokaze, če je to mogoče.«<sup>12</sup>

Ko me je torej prešinila »izvirna zamisel«, da bi se zgledoval po münchenskem postopku, je že skoraj tri leta veljal in se že več kot dve leti uporabljal zakon po uveljavitvi novele ZPP-E, ki je prinesla pravkar citirana pravila. Zato se v nadaljevanju (poleg neizčrpane predstavitve nebotgatih izkušenj s preostalimi prenovljenimi instituti – čeprav se je prenova dotaknila številnih institutov, je vsemu skupaj namenjen en razdelek članka) predvsem sprašujem (zaradi velikega pomena si to zasluži svoj razdelek), kako je mogoče in kaj pomeni, da sem bil – skupaj z večino drugih slovenskih sodnikov – gluha za novico iz ZPP-E.<sup>13</sup>

In še to spada k uvodu: ko sem našega nemškega gostitelja vprašal: »Kaj pa, če se stranka ne drži dogovora o številu vlog in rokov,« je odvrnil: »Potem smo pa nanjo kar hudi.« *Hudi!?* *Je to mar kakšna pravna posledica?* Seveda ne. Izpričuje pa nič manj pomembno poenotenost relevantne skupnosti sodnikov in odvetnikov o tem, kako se je treba dobro pravdati.

## 2. Kako se je treba dobro pravdati (da se sporna zadeva dovolj temeljito razišče, vendar tudi dovolj hitro razreši)

### 2.1. Ena od (neidealnih, a razmeroma robustnih in dejansko preizkušenih) možnosti

Odkar sem pred skoraj osmimi leti prišel na okrožno sodišče, se na glavno obravnavo pripravljam bolj ali manj enako – z drobnostjo, a pomembno variacijo/invecijjo, temelječo na uvidu iz postopno pridobljenih izkušenj.

<sup>12</sup> Združeno sta citirana prvi odstavek 279.c in prvi odstavek 279.č člena ZPP, s stičiščem na mestu, kjer je oglati oklepaj.

<sup>13</sup> Etimološko izraz novela izvira iz pojma novica.

Zaradi dobro utečene »triaže«<sup>14</sup> je poskrbljeno, da ima sodnik pred seboj spis, v katerem je predhodno preizkušena tožba,<sup>15</sup> toženčev odgovor nanjo in neredko še kakšna vloga ene ali obeh strank. Kakovostno triažno preddelo, čeprav občasno zahteva kakšno korekcijo, očitno veliko odtehta, saj se je mogoče takoj posvetiti vsebini spora. Preden torej ob takšnem izhodišču razpišem prvi narok navadno vsaj dva meseca pozneje, spis preučim zaradi iskanja ustreznih pravnih kvalifikacij in identifikacije njim prilegajočih se dejstev.<sup>16</sup> Preverim, katera od teh dejstev so sporna in s katerimi dokazi naj bi se dokazovala. Če gre za že predložene listine,<sup>17</sup> ocenim, ali obstoj teh dejstev potrjujejo.<sup>18</sup> Ta priprava je v tej meri izčrpna, da bi se na njeni podlagi pogosto lahko takoj lotil pisanja osnutka sodbe, samo tisto mesto ali nekaj njih bi ostalo odprtih, kjer so razpotja glede (ne)obstoja tistih odločilnih dejstev, ki jih je nujno ugotavljati s personalnimi dokazi, torej šele na glavni obravnavi.<sup>19</sup>

Ta pristop ni nič posebnega, čeprav nikakor ni edini in tudi ne prevladujoč. Velik del kolegov z oddelka, ki so najbrž reprezentativni za vso državo, zadevo najpogosteje preučuje v dnevih pred prvim narokom. Tudi takšna delovna metoda je z vidika še vedno razširjene prakse izročanja vlog sodišču na prvem naroku ali nekaj dni pred njim povsem razumna – zlasti pod predpostavko, ki pa je v zavesti številnih udeležencev pravnih postopkov trdno zakoreninjena, da je to početje praktično od vedno dopustno (in da bi takšno tudi za vedno moralo ostati?). Nasprotno stališče se jim zdi dovolj zavrtni z besedami: »Prvi narok je prvi narok!« Čeprav tautologija ne more utemeljiti ničesar, pa razkriva samozavest pri prepričanju, kaj je veljavno pravo.

Sam sem prepričan, da je navedena predpostavka v bistvenem – ne sicer v celoti, kar je pomemben odtенок, kot bom še pojasnil – napačna. Po mojem mnenju že vse od novele ZPP-D<sup>20</sup> (že več kot deset let) na prvem naroku ni dovoljeno neomejeno izjavljanje. K moji metodi priprav zato spada, da strankama o tem skupaj s standardiziranim vabilom na narok vročam še kratek dopis. Ta del priprav na glavno obravnavo seveda ni tipičen. Njegovo utemeljitev

<sup>14</sup> Preprostega in zdravorazumskega organizacijskega ukrepa, ki pa je bil kljub temu z nemajhnimi težavami uveden na našem oddelku po zaslugi njegovega nekdanjega vodje, zdaj vrhovnega sodnika Franca Seljaka. Triaže se je prijelo le neposrečeno ime, saj se v njej zadeve v resnici ne razvrščajo zaradi nadaljnje, njim prilagojene takšne ali drugačne obravnave.

<sup>15</sup> V zvezi s tem so bili izdani in so postali pravnomočni vsi potrebni sklepi, in če so zanjo pogoji, tudi zamudna sodba; če ni preostalih sospornikov, se torej vse zaključí v triaži.

<sup>16</sup> Vsiljuje se znana Engelscheva prispodoba o *Hin- und Herwandern des Blickes*, beganju pogleda sem ter tja (od prava k dejstvu in nazaj), dokler se slika ne izostrí (dokler se ne doseže prileganja enega in drugega).

<sup>17</sup> V gospodarskih sporih najbolj razširjenega in pogosto najbolj zanesljivega dokazila.

<sup>18</sup> Velikokrat je tožbo ali obrambo mogoče rekonstruirati iz dokaznih listin: iz njih je mogoče sklepati, kaj stranke zatrjujejo v vlogah, in se zato skozi njih hitreje prebiti.

<sup>19</sup> Neredko že zbrano gradivo omogoča predvidevanje, s kakšno verjetnostjo bodo ti personalni dokazi uspešni.

<sup>20</sup> Uradni list RS, št. 45/08.



puščam za eno od naslednjih podpoglavij, primerno pa je že zdaj pripomniti, da čeprav imajo stranke in (zlasti) njihovi pooblaščenca glede tega nasprotno stališče (številni ga seveda imajo, a ne vsi) in čeprav nazadnje morda niti ne bi obstala sodba, temelječa na neupoštevanju novot s prvega naroka zaradi njihove prepoznosti (kar je ne le mogoče, temveč verjetno), že navedeni dopis o nedopustnem neomejenem izjavljanju na prvem naroku nekatere stranke napelje, da procesno gradivo rajši zagotovijo dosti pred narokom kot pa šele na njem.<sup>21</sup> Ravno zato, da stranki omogočim opisano dovolj zgodnje izjavljanje (naj se o njegovi obveznosti strinja ali ne) in da bo v nadaljnjem koraku tudi njena pravdna nasprotnica imela dovolj časa za odgovor, je narok nujno razpisati vsaj kakšen mesec in pol vnaprej. Že samo zaradi tega dejanskega učinka je opisano početje smiselno, čeprav si z njim v resnici prizadevam za splošno uveljavitev stališča o (ne ne)omejeni dopustnosti novot na prvem naroku.

Manj pomembna za celotno količino mojih zadev, bolj pomembna pa iz načelnih razlogov je nadaljnja atipičnost, da izvajam – čeprav bolj poredko – tudi pisno materialno procesno vodstvo.<sup>22</sup> Eno ali obe stranki na primer pozovem, naj se opredelita do pravne podlage, ki se mi ob pripravah, ki sem jih že opisal, pokaže za pomembno, pa nanjo nista pomislili (in ne pričakujem, da se je bosta domislili do glavne obravnave). Praviloma ob tem stranko, ki jo bremeni, da kakšno dotlej nezatrjevano odločilno dejstvo zatrdi in dokaže, tudi pozovem, naj se opredeli do njegovega (ne)obstoja, in če ga bo zatrjevala, naj zanj v določenem roku predlaga ali predloži vse dokaze, da je ne bi zadela prekluzija še pred prvim narokom.<sup>23</sup> Takšno vodstvo je že izzvalo predloge strank za sklenitev sodne poravnave in enkrat ali dvakrat celo umik tožbe. Sicer pa največkrat povzroči, vsaj v prvi nadaljnji fazi, skokovito kopičenje spisovnega gradiva: razumljivo, stranki sta zaznali, na čem se spor lomi, in poskušata na to vplivati. Vsa ta dejavnost navadno sicer vodi h kvalitetnejši sodbi, vendar zahteva povečano sodnikovo pozornost (ne samo pri študiju zadeve, pač pa tudi zaradi pazljivosti in preciznosti v sporočanju stališč strankama). Zaradi neželenega dodatnega dela, ki v večini zadev ni nujno, se za pisno materialno vodstvo ne odločam pogosto. Večinoma je namreč mogoče pričakovati, da stranki ne bosta prezrli stališč iz teorije in sodne prakse, ki so jima v prid, ter nasploh pomanjkljivosti v napadu ali v obrambi, s čimer sodišče odvežeta, da ju opozarja na prezrte vidike spora.<sup>24</sup> Pi-

<sup>21</sup> Razen če je namen zavlačevanje. Takrat je v opisanih razmerah dosledno v pravdo zasejati čim več zapletov in je navedeno le še dobrodošla dodatna priložnost.

<sup>22</sup> Urejeno v prvem, petem in šestem odstavku 286.a člena ZPP.

<sup>23</sup> Možnost te prekluzije pred prvim narokom že dolgo ni sporna, o tem obstaja dobro uveljavljena praksa na podlagi določb, navedenih v prejšnji opombi.

<sup>24</sup> »Od stranke je mogoče zahtevati potrebno skrbnost v postopku. Zato je utemeljeno stališče nemškega ustavnega sodišča, da iz pravice do izjave izhaja, da mora sodišče stranki opozoriti na svoja pravna naziranja, vendar le, če stranka kljub zadostni skrbnosti ni mogla predvideti, da bo sodišče odločitev oprlo na določeno pravno normo (na primer če sodišče namerava odstopiti od uveljavljene sodne prakse ali od pravnih stališč, ki jih je v isti zadevi pred tem že samo izrazilo). [...] Nemški ZPO [...] sicer širše določa obveznost sodišča, da stranki vedno opozori na pravne vidike,

sno materialno vodstvo, katerega značilnost in predpostavka je, da se osredotoča na konkretna vprašanja, tudi sicer ne more biti panacea za vse pravde, kajti dokler nista stranki razkrili praktično vsega procesnega gradiva, na katero se želita sklicevati, ne more biti jasno, kaj konkretno v njem morda še manjka, da bi ju sodišče opozorilo na vrzeli, ki jih je samo prepoznalo, in bi se torej zadeva lahko od tam naprej vsestransko in dokončno razčistila.

Nekoč sem na prvi narok za glavno obravnavo vabil vse, ki jih je bilo glede na predhodne priprave treba zaslišati, stranke in vse priče (mimogrede, pooblaščenca strank sem sčasoma začel obveščati, kdo vse je vabljen na zaslišanje, saj se tako lahko bolje pripravijo). V zadnjih letih pa sem, kadar je podan tudi ta dokazni predlog, na zaslišanje začel vabiti samo stranke, v gospodarskih sporih tipično oba direktorja. Začel sem namreč opazovati, da je to pogosto zadostovalo, da se je zadeva že na prvem naroku lahko končala s poravnavo, priče pa sem lahko odslovil. Zakaj je navzočnost direktorjev ključna, pojasnujem nekaj odstavkov nižje.

Če strnem, je skupni imenovalec vseh opisanih priprav usmerjenost k vsebinski izvedbi glavne obravnave in po možnosti k njenemu končanju na enem samem naroku, bodisi s sodbo bodisi s poravnavo.<sup>25</sup> In vendar se že stalno dogaja, da vsaj ena stranka na prvi narok prinese vlogo ali jo izroči sodišču nekaj dni pred tem. To kljub še tako temeljitim pripravam in temu, da v dnevih pred narokom znova preučim zbrano gradivo,<sup>26</sup> vse te napore močno razvrednoti. Kljub še tako temeljiti pripravi namreč na samem naroku pogosto ni mogoče hitro in zanesljivo ugotoviti, ali je v novi vlogi res kaj novega, ter preigrati, ali in natanko kako morebitne novote vplivajo na prvotni načrt sojenja. V še slabšem položaju kot sodnik je takrat nasprotna stranka: glavna obravnava pač ni okolje, kjer bi se dalo preučiti tudi manj obsežno vlogo, premisliti o njeni vsebini in zastaviti strategijo nadaljnjega pravljanja.

Včasih se je temu mogoče zoperstaviti tako, da se obravnava izvede po prvotnem načrtu in skladno z njim tudi zaključiti na podlagi preračunanega tveganja ter bolj ali manj zanesljivega občutka, da v vlogi, izročeni na naroku, ni nič bistveno novega ali odločilnega. To tveganje je utemeljeno z izkušnjo, da sta se stranki do tiste točke verjetno že izpeli in se samo še ponavljata. Del tega pristopa je namera, da če bi se ob pisanju sodbe izkazalo, da je drugače, bi se glavna obravnava znova odprla (in bi se na naslednjem naroku osredotočili samo na

---

ki sta jih prezrla, vendar pa ustavno sodišče ugotavlja, da gre ta ureditev prek ustavnih zahtev.« (Galič 1999; brez reprodukcije opomb z viri.) V okvirih ZPP velja naslednje: »Materialno procesno vodstvo ni neomejeno. Ni namenjeno šolskemu pravnemu poučevanju pooblaščenec pravnih strank in tudi ni potrebno tedaj, ko že procesna dejanja nasprotna stranke opravijo enako vlogo.« (Jedro odločbe VS RS III Ips 46/2010 z dne 15. 10. 2013, *per* M. Dolenc.)

<sup>25</sup> Čeprav se ta dva cilja ne ujemata vedno: če so obeti za poravnavo videti dobri, ni smiselno vabiti prič in zanje pripravljati vprašanj; pogrešali pa bomo njihovo odsotnost, če se ti obeti ne bodo uresničili.

<sup>26</sup> Zaradi predpriprave to poteka hitreje; najpogosteje se prvotne hipoteze in prognoze potrdijo, včasih pa v njih odkrijem napako in se zasukajo v malo ali povsem drugo smer.

pomembna dejstva in dokaze iz zadnje vloge).<sup>27</sup> Nadaljnji element navedenega tveganja je povezan z neredkim položajem, da na narok vlogo prinese (tudi) tista stranka, ki bo na prvi stopnji uspela. Naslednji pristop je že nekajkrat prestal pritožbeni preizkus: v takšni situaciji je del obrazložitve sodbe, da ta ne temelji na ničemer, kar bi zmagovita stranka prvič navajala ali predlagala v dokaz šele v vlogi, ki jo je izročila na prvem naroku in na katero se neuspešna stranka ni imela možnosti odzvati (uspešna stranka je torej nazadnje navajala samo pravno neodločilna dejstva ali pa se je samo ponavljala). Neuspešna stranka torej ni propadla zato, ker je bilo z nepreložitvijo obravnave poseženo v njeno pravico do izjave.<sup>28</sup>

S tem opisom sem želel prikazati zapletenost pravnih tehnik in skorajda nenačelno hojo po robu, h katerim se je treba zatekati, da se v odsotnosti bolj učinkovitih sredstev (naj bodo to dejansko učinkovitejša pravna pravila, dominantna kultura pravedanja ali kaj tretjega ...) doseže načelno zaželeno koncentracija glavne obravnave.<sup>29</sup> Veliko bolj principialno bi bilo, če bi se vsi procesni udeleženci ravnali po načelu, da je treba vse procesno gradivo priskrbeti, kolikor zgodaj je razumno mogoče, zaradi česar je neomejeno izjavljanje na prvem naroku – in na splošno vsako pozno izjavljanje kadarkoli v postopku – dopustno samo izjemoma. Sicer to ne more biti *trial*, vsebinski preizkus tožbene in ugovornih tez. Izvajanje nesmiselnih sestankov sodišča in strank zaradi izmenjave vlog ni samo potrata časa ter denarnih in delovnih sredstev, temveč je tudi simbolno razvrednotenje družbenega pomena sodišč in procesa sojenja.

Cilj sojenja v gospodarskih sporih je pomiritev neizogibnih napetosti v premoženjskih razmerjih, ki je do strank poštena ter mora zato biti zanju in za družbo sprejemljiva.<sup>30</sup> Sčasoma sem spoznal, da temeljita priprava na glavno obravnavo ne omogoča samo kakovostne sodbe, temveč v kritičnem stadiju na začetku glavne obravnave, namenjenem iskanju možnosti za sklenitev sodne poravnave, razpre dodatno dimenzijo, v kateri lahko sodnik v očeh strank oziroma njunih direktorjev zgradi dragoceno verodostojnost: kadar z njima o zadevi razpravlja »v njenem lastnem jeziku« – kadar se torej sklicuje na konkretne okoliščine, iz katerih je spor izrasel, s katerimi sta se oba navadno dala dobro poučiti, če jih nista že sama soustvarjala –,

<sup>27</sup> V takšnih primerih pa je pisno materialno procesno vodstvo izrazito primerno, saj je v tej situaciji praktično vse gradivo že zbrano, sodnikov vložek časa in pozornosti v natančno formuliranje vprašanj pa je praktično že vložek v določen gradnik obrazložitve prihodnje sodbe. V tem primeru s sklepom o ponovnem odprtju glavne obravnave zato kombiniram pisno materialno procesno vodstvo.

<sup>28</sup> Bila bi samo slepa sreča, da bi uspešna stranka v svoji zadnji vlogi navedla kaj takega, kar bi njeno nasprotnico vodilo do uspeha (da bi si »zabila avtogol«). Golih obetov za kaj takega pravica do izjavljanja ne varuje.

<sup>29</sup> Drugi odstavek 298. člena ZPP izrecno veleva: »Dolžnost predsednika senata je skrbeti za to, da se sporni predmet vsestransko razišče, da pa se vendar pri tem postopek ne zavlačuje, tako da se obravnava, če je mogoče, dokonča na enem naroku.«

<sup>30</sup> Primerjaj: »[K]onsenzus nije sam sebi svrha; bit konsenzualne teorije nije aktualno prihvaćanje, već prihvatljivost rezultata. Konsenzus treba biti proizvod otvorene, slobodne i racionalne diskusije svih zainteresiranih strana.« Uzelac 1997, str. 214.

jima nebesedno pošilja močno sporočilo, da je tudi sam dobro seznanjen s sporom in je o njem najbrž dobro premislil. Takrat se sodnik lahko zanese, da bo pri njiju vzbudil avtoriteto, ki jo od njega pričakujeta in si je želita.<sup>31</sup> Zanese se lahko, da mu bosta prisluhnila in velikokrat tudi zaupala glede prognoze spora (na podlagi dotlej zbranega in potencialno še razpoložljivega gradiva) in prednosti, ki jo njegova mirna rešitev lahko obema prinese.

Izredno pomembno je, da takšno odprto sojenje strankama omogoči, da izrazita frustracijo z ravnanjem druga druge (za katero se je vsaka pri sebi začasno že prepričala, da je bilo v kakšnem aspektu nepošteno: celo tisti, ki mora spor gladko izgubiti, se neredko oklepa kakšne obstranske okoliščine, s katero ohranja pozitivno samopodobo). Pogosto jima šele to omogoči nadaljnji korak, da se razumno odločata ter sprejmeta informirano in avtonomno odločitev, ali in koliko sta pripravljena popustiti v napadu in obrambi, da se spor tam in takrat konča. Šele po določenem času v sodni dvorani sem zmožen polno razumeti pomen besed, na katere sem naletel pred kratkim; popolnoma jim pritrjujem, saj je to tudi moja izkušnja:

»[K]ot sodnik [se moram] pripraviti tako na možnost poravnave kot na sodbo. Sprejemljivo poravnavo lahko predlagam le, če primer dobro poznam in sem ga pravno preučil. Če še ni zrel za odločitev, moram biti pripravljen strankam predstaviti procesna tveganja, ki obstajajo za njih.«<sup>32</sup>

In kar je del iste celote:

»[P]ri pravnih sporih ne gre le za trezne stvarne probleme, kot na primer višino odškodnine, vrste okvar ali višino škode. Udeleženci v postopku so se prej skoraj vedno hudo jezili na sopogodbnika in nasprotno stranko. Za nadaljnji potek postopka [in seveda za sklenitev sodne poravnave] je lahko koristno, da v ustni obravnavi načnemo tudi problem jeze in lahko stranke – najbolje v ‚informativski fazi‘ – ‚prostijo napetost‘ in se pogovorijo o tem, kaj jih je razjezilo.«<sup>33</sup>

Če so navzoči le pooblaščenca, v gospodarskih sporih po navadi odvetniki, tega ni mogoče opraviti in še tako skrbna priprava na narok, odprto sojenje pred njim in na njem navadno ne bodo zalegli, da bi se povečale možnosti za sklenitev sodne poravnave. V nasprotju z direktoriji odvetniki nimajo averzije do pravdanja, in čeprav ne trdim, da bi pravde nalašč podaljševali, jim njihovo podaljševanje objektivno koristi.<sup>34</sup> S tega vidika je po mojem mnenju huda

<sup>31</sup> Po moji izkušnji je tako kljub nenehnemu medijskemu draženju javnosti z mnenji, da tega ni vreden.

<sup>32</sup> Hausmann, str. 216.

<sup>33</sup> Prav tam, str. 224. Ne morem bolj obširno pojasnjevati, kaj mislim s tem, da je treba ta, v pomanjkanju boljše besede, »terapevtski proces« gnati karseda daleč, a kljub temu vedno s pravo mero za primer, da poravnava ne bo dosežena.

<sup>34</sup> Zadevo so že preučili, zato vsako nadaljnje procesno dejanje, vrednoteno enako ali v istem velikostnem redu, pomeni dobiček glede na to, da ne terjaja enakih stroškov (enako poglobljenega ponovnega študija). Gre za tipičen *agency problem*, pri katerem je dobrobit »principala« (tu: stranke) odvisna od dejanj »agenta« (odvetnika), srž problema pa

regresija, da je Odvetniška tarifa<sup>35</sup> odstopila od elegantno zamišljene enovite »nagrade za postopek« in »nagrade za narok« iz Zakona o odvetniški tarifi (ZOdvT),<sup>36</sup> s čimer odvetniki niso več stimulirani h konciznosti pri podajanju trditev in dokazov v čim manj vlogah ter h koncentraciji glavne obravnave na čim manj narokih – ravno nasprotno. Ta regresija se dejansko pozna in je za koncentracijo razpravljanja zelo škodljiva.<sup>37, 38</sup>

Mimo te sistemske kritike pa je treba upoštevati, da odvetniki pogosto »nimajo mandata za poravnavo« (stavek, ki ga na narokih pogosto slišimo iz njihovih ust). To nima nič s pravilom iz ZPP, da splošno pooblastilo odvetnikom obsega pooblastilo za poravnavo, temveč z dejstvom, da morajo odvetniki tako kot vsi mandatarji skrbeti za največjo korist svojih naročiteljic, to pa praviloma izključuje, da bi samostojno in po lastni prosti presoji (tj. v določeni meri iracionalno) popuščali v napadu ali obrambi (uveljaviti morajo vse argumente, ki jih pravni red v konkretnem primeru ponuja njihovim strankam). Suverenost, ali bo popuščala in koliko, je nazadnje vedno strankina in se težko prenaša na drugega.

Ključno je zato, kako zagotoviti navzočnost samih strank oziroma njihovih zakonitih zastopnikov. Da je problem univerzalen, potrjuje prošnja, da bi bile oziroma bili na pripravljalnem naroku navzoči, za katero sem v uvodu omenil, da je del Münchenskega postopka. Določba ZPP, da se mora na zahtevo sodišča »stranka pripravljalnega naroka udeležiti osebno in osebno

---

je, kako agenta spodbuditi, da bi ravnal v principalovem, ne pa v lastnem interesu. Navadno ima boljše informacije o pomembnih okoliščinah, principal pa se ne more zlahka prepričati, ali je agent ravnal popolnoma v skladu s svojo zavezo – kar agenta spodbuja k oportunističnemu vedenju, k poslabšanju izpolnitve ali celo k preusmerjanju principalovega premoženja nase. Opredelitev je v tem primeru povzeta po Armour, Hansmann in Kraakman v: Kraakman in dr., str. 35.

<sup>35</sup> Uradni list RS, št. 2/15 in 28/18.

<sup>36</sup> Uradni list RS, št. 67/08. Glej tarifni številki 3100 in 3102 iz tarife k temu zakonu. V bazi sodnih odločb je kopica nosilnih stališč, kot je naslednje iz sklepa Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 3969/2010 z dne 26. 1. 2011: »V ZOdvT je uvedeno plačilo ene nagrade za opravo določenega sklopa enakovrstnih storitev v isti zadevi (ena nagrada za postopek, ena nagrada za narok) in je ukinjena nagrada za izvršitev vsakega posameznega opravila. Z 'nagrado za narok' po tarifni številki 3102 je torej mišljena nagrada za naroke in ne le za en narok, ne glede na dejansko opravljeno število narokov[.]« Vse to je zdaj zastarelo in nerelevantno ...

<sup>37</sup> Kadar je bila na primer po prejšnji ureditvi na prvem naroku zaslišana večina oseb, ki so sporne okoliščine očitno najboljše poznale, na narok pa ni bilo priče, ki zagotovo ne bi mogla spreobrniti dejanskih zaključkov o teh okoliščinah, je bilo normalno pričakovati, da je odvetnik dokazni predlog za zaslišanje te priče umaknil ali pa neizvedbe tega zaslišanja ob koncu obravnave ni grajal. Po novi ureditvi je moje pričakovanje nasprotno.

<sup>38</sup> Nazadovanje je tem bolj obsojana vredno, ker gre za vrnitev na sistem odmere stroškov, ki je že bil prepričljivo, izčrpno in jasno kritiziran iz razlogov, za katere v glavnem besedilu pišem, da so se res udeležili: »Morda še učinkovitejše sredstvo za spodbujanje strank (in predvsem odvetnikov kot njihovih pooblaščenec), da v okviru pravnega postopka sklenejo sodno poravnavo, pa je ustrezen sistem sodnih taks in odmere odvetniške nagrade. Sedanji sistem odmere odvetniške nagrade [plačilo posebej za vsako opravljeno procesno dejanje odvetnika] strank ne stimulira k sklenitvi poravnave, odvetnikov kot njihovih pooblaščenec pa tudi ne spodbuja k želji po čim hitrejšem in čim enostavnejšem postopku.« Galič 2002, str. 58.

odgovarjati na vprašanja sodišča,«<sup>39</sup> je *lex imperfecta* in po mojem mnenju ne dovolj učinkovita. Poleg tega je v nasprotju z načelom, da se strank v pravdi k ničemur ne sili; da sodelujeta, je le njuno breme, saj v nasprotnem primeru najbrž ne bosta uspešni.

Problem premoščam z majhno, a v praksi pomembno inovacijo, s pomočjo katere sem v svoji statistiki zaznal znatno povečanje števila sporov, končanih s poravnavo. Če je med dokaznimi predlogi tudi zaslišanje strank, kar je tudi v gospodarskih sporih razmeroma pogosto, ju na glavno obravnavo ne povabim samo k udeležbi, za kar zadostuje samo navzočnost pooblaščenec, temveč tudi na zaslišanje. Tako ravnam tudi, kadar tožba ali obramba sploh nista sklepčni (kar implicira nepotrebnost slehernega dokaznega postopka, vključno z vsemi zaslišanji); kadar se s tem dokaznim sredstvom ne dokazuje nobeno odločilno dejstvo; kadar je takšno dejstvo lažje dokazljivo ali je praktično že dokazano z dokaznimi listinami v spisu ali kadar sploh ni sporno. Učinkovitost takšnega (ne pretvarjam se, da je drugače: ne najbolj načelnega) ravnanja (vendar tudi ne povsem nenačelnega: stranka, ki je predlagala svoje zaslišanje, je pokazala pripravljenost, da tudi na ta način sodeluje, kar sicer ni predpostavka zgoraj omenjene določbe o naložitvi obvezne osebne navzočnosti strank na naroku) izvira iz dejanske učinkovitosti drugega odstavka 262. člena ZPP, skladno s katerim »sodišče presodi glede na vse okoliščine, kakšen pomen ima to, da stranka ni prišla na zaslišanje«. Izhodišče te presoje bo navadno premislek, da se stranka ne pusti zaslišati zato, ker se boji soočenja, v katerem bo zaradi prizadevanja za svoj pravdni uspeh pod pritiskom, da ne pove vsega po resnici (domneva sloni na predpostavki, da je večini ljudi nelagodno lagati). To se bo navadno izteklo v zaključek, da je res tisto, kar je v škodo stranki, ki se je zaslišanju izognila. In ker stranka, ki sicer ne bi prišla na sodišče (ker si za to ni vzela časa ali ji to vzbuja nelagodje), in njen odvetnik pogosto ne moreta natančno vedeti, čemú je sodišče izdalo tudi vabilo na zaslišanje, nočeta pa tvegati, da se bo pravkar razloženo sklepanje obrnilo zoper njo, je to vabilo učinkovito sredstvo za zagotovitev prisotnosti strank na naroku.

V tem podrazdelku je bila razmeroma izčrpno povzeta metoda, legitimirana z večletno prakso.<sup>40</sup> Ni niti edina, prevladujoča ali idealna, je pa resna in razmeroma učinkovita.<sup>41</sup> Sicer pa sam ne nosim »trditvenega in dokaznega bremena«, kako izboljšati njena šibka mesta. Niti ne bremeni mojih kolegov, ki se zanašajo na kakšno drugačno metodo, kako izboljšati njo. Pač pa bi se moral vsakdo, ki se loti preнове kakšnega zakona – kaj šele tako pomembnega, kot je

<sup>39</sup> V ZPP je že prej obstajala, novela ZPP-E jo je umestila v šesti odstavki 279.c člena ZPP.

<sup>40</sup> Metoda ima pomembno podrazličico za položaj, kadar se v pripravah na narok pokaže, da ni spornih (pravno odločilnih) dejstev, temveč samo pravna vprašanja. Kako natanko v tej situaciji uporabiti 488. člen ZPP – tudi vanj je novela ZPP-E posegla brez dovolj dobrega razloga –, presega namen tega članka.

<sup>41</sup> Na njeni podlagi so bile sprejete odločbe, ki niso bile nadpovprečno velikokrat izpodbite s pravnimi sredstvi, sklenjenih pa je bilo nadpovprečno veliko sodnih poravnav.

ZPP –, dobro podučiti tako o teoriji kot o praksi njegove uporabe.<sup>42</sup> Ne bi bilo treba citirati eminentnih avtorjev, da bi se vedelo:

»Doseči dobro razumevanje sodniškega vedénja [tega, kar jih žene; kaj zmorejo; kako se jih izbira; kakšnim profesionalnim normam so zavezani; njihove psihologije] presega zgolj znanstveno zanimanje, temveč je ključno za pravne reforme.«<sup>43</sup>

Zakonodajalec je to nalogo opravil veliko prepovršno, ne da bi bil na svojo stran pridobil odobravanje (kaj šele navdušenje) dovolj širokega kroga relevantnih praktikov niti da bi bil pravzaprav dosegel že samo njihovo solidno razumevanje predlaganih novosti.<sup>44</sup> Zato ne bi smelo biti presenečenje, da najpomembnejše rešitve iz novele ZPP-E glede prvostopenjskega postopka niso zaživele.

## 2.2. Zavrnjena zakonodajalčeva ponudba iz ZPP-E

Zadnja prenova je posegla v zakon tako široko in globoko, da tipični prvostopenjski sodnik v pravnih, ki jih je do zdaj vodil, vseh novih in prenovljenih institutov še ni dobil priložnosti uporabiti. Glede vseh tudi še ni – v nekaterih primerih nobene, večinoma pa tudi ne dovolj izoblikovane – prakse instančnih sodišč, da bi bila po tej poti raziskana in razložena vsa novela. V nasprotju s tem pa so že na voljo razmeroma zanesljivi podatki o »eni ključnih novosti novele«, <sup>45</sup> pripravljalnem naroku in z njim tesno povezanim programom vodenja postopka.

Razprava na Oddelku za gospodarsko sodstvo Okrožnega sodišča v Ljubljani januarja 2020 o možnostih za skrajšanje trajanja postopka do prvega naroka je pokazala splošen odpor do ločenega razpisovanja pripravljalnega in prvega naroka. Odklonilno stališče so kolegi uteme-

<sup>42</sup> Zdrznil sem se ob besedah pravosodnega ministra: »Na splošno je tako, da je vsaka sprememba boleča. S trenutno situacijo smo nezadovoljni vsi, ko pa kdo pride s spremembami, pa smo tudi nezadovoljni. Spremembe morajo biti tudi premišljene, kar pa ne pomeni, da bi morala javna razprava trajati tri leta. Za vsako izmed rešitev imamo tudi argumente. Je pa tudi res, da nismo zakonodajalec. Toda na koncu bodo prevladali argumenti.« (Povzeto po Vovk.) Prepričan sem, da ne bi bilo nič narobe, če bi resna razprava z jasno predvidljivimi fazami trajala tudi tri leta, usmerjali pa bi jo najbolj priznani teoretiki in praktiki, iščoč čim širši konsenz in razumevanje reforme med praktiki. Da s tem ne bi bilo nič narobe, dokazuje prepogosto in v pristopu praviloma drugačno noveliranje (delna izjema je ZPP-D), vselej v imenu povečevanja učinkovitosti, ki pa se nam vztrajno izmika. Nedejavnost je vedno mogoča, a je žal redko-kdo deležen zaslug, če se je po temeljitem premisleku česa vzdržal.

<sup>43</sup> Posner, str. 5 (moj prevod, v oglatih oklepajih našete pomembne okoliščine so iz izvirnika).

<sup>44</sup> Neadekvatnost »sodelovanja javnosti« pri sprejemanju novele, opisanega na str. 72–101 Predloga Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku – redni postopek – novo gradivo št. 1 (EVA 2013-2030-0093 z dne 30. 11. 2016), izdaja že prva poved: »Predlog zakona je bil objavljen na spletnih straneh Ministrstva za pravosodje in e-demokracije dne 5. 7. 2016, predloge in komentarje smo zbirali do 8. 10. 2016.« Če se odšteje poletje, ko je v civilnem pravosodju pred sodnimi počitnicami najprej velika vnema dokončati čim več zadev, nato pa naenkrat vse zamre, je to dober mesec. To je nerazumna naglica.

<sup>45</sup> Ekart in dr., str. 98.

ljevali z neželenim »dvojnimi delom«. <sup>46</sup> Da je odnos reprezentativen za vso državo, potrjuje anketa Odvetniške zbornice iz junija 2019. <sup>47</sup> Po izkušnji več kot 160 respondentov sodišča obeh narokov skoraj nikoli ne razpisujejo ločeno. »[N]e vem, če smo v pisarni sploh v kateremkoli primeru do zdaj dobili samo vabilo na pripravljalni narok[,]« je tipičen odgovor, kot tudi: »[V] svoji praksi še nisem zasledil ločenega izvajanja pripravljalnega naroka in naroka za glavno obravnavo.« Tretjina anketiranih nadalje meni, da sodišča programa vodenja postopka ne izvajajo vestno; polovica je prizanesljivejša z oceno »srednje vestno«. Iz ankete veje enotnost, da je »institut pripravljalnega naroka [...] ostal črka na papirju«, da »nima nobenega smisla in pomena«, da »ni zaživel v praksi«, da so »pripravljalni narok in določila, ki so povezana z oddajanjem vlog in pripravljalnim narokom, [...] popoln nesmisel«, da gre »za veliko hrupa za nič«. Dosleden v tem duhu je poziv: »[U]kiniti pripravljalni narok.« To je bilo *de facto* že uresničeno.

Kako je to mogoče? Za to stanje vidim dva temeljna, med seboj povezana in dopolnjujoča se razloga. Najočitnejši je protislovna ureditev. Med prenovljenima četrtem odstavkom 269. člena in četrtem odstavkom 286.a člena ZPP se zdi, da je nepomirljivo nasprotje. Prvi strankama dovoljuje, da pred pripravljalnim narokom vsaka vložiti po dve vlogi, pri čemer jih ne smeta vlagati v manj kot 15 dneh pred tem narokom, sicer se ne upoštevajo. Preden opišem, od kod izvira napetost, pripominjam, da sta po dve vlogi poleg tožbe in odgovora nanjo po mojem občutku veliko preveč, če želimo, da bi se pripravljalni narok izvedel hitro in bi se že zgodaj v postopku začrtal njegov nadaljnji potek (da se vse to gradivo izmenja, bi do naroka v idealnem primeru preteklo tri mesece in pol, če se na tožbo odgovori v 30 dneh, na preostale vloge se odgovarja v 15 dneh, prav toliko pa nazadnje preteče še do naroka). Predpisano največje število vlog je pretirano tudi z vidika moje izkušnje, da se ob skrbni pripravi vlog lahko v praktično vsaki zadevi vsa sporna vprašanja dovolj – sploh pa za namene naroka, kakršen naj bi bil pripravljalni – izostrijo v tožbi, odgovoru nanjo ter po eni tožnikovi in toženčevi repliki: bi mar kdo od izkušenih praktikov rekel, da v sporih majhne vrednosti stranke v nezanimljivem številu primerov neupravičeno propadejo zato, ker jim ni bilo dovoljeno izjavljanje zunaj prav takšnih okvirov? <sup>48</sup> Ne morem se otresti vtisa, da je bilo tudi navedeno število vlog kakor veliko drugih stvari v noveli določenih brez zadostnega premisleka.

Sicer pa je z vidika namena pripravljalnega naroka očitno smiselno, da imajo sodišče in stranke določen čas za nemoteno pripravo pred tem narokom. Na njem naj bi se izdelal program vodenja postopka (prvi odstavek 279.c člena ZPP), katerega del naj bi bila dokazni sklep ter

<sup>46</sup> Zapisnik kolegija oddelka z dne 22. 1. 2020, str. 5.

<sup>47</sup> Ministrstvo za pravosodje je v dopisu z dne 11. 2. 2020 z rezultati ankete seznanilo člane delovne skupine za implementacijo ZPP-E.

<sup>48</sup> Tam so začrtani s 452. in 453. členom ZPP.



po možnosti določitev števila in datumov narokov za glavno obravnavo, lahko pa tudi dogovor o številu in sosledju nadaljnjih pripravljalnih vlog (primerjaj prvi odstavek 279.č člena ZPP). Ključni problem pa je, da je četrti odstavek 286.a člena ZPP sočasno s pravkar povzetim izrecno povzdignil »pravico [stranke], da tudi brez poziva sodišča po pripravljalnem naroku predloži pripravjalne vloge«. Z ničimer je ni omejil, z njenim neomejenim izkoriščanjem pa se lahko vložki v oblikovanje programa vodenja postopka izničijo. Močno zamajejo ali porušijo se lahko temelji, ki naj bi jih pripravljalni narok položil za to, da bi se lahko vsebinsko in nepretrgano izvajala glavna obravnavna.<sup>49</sup>

»To je sistemska napaka nove ureditve.« Terminalna diagnoza je iz referenčne analize kmalu po uzakonitvi ZPP-E.<sup>50</sup> Da se utegne reforma v tej točki izjaloviti, se je nakazovalo tudi iz drugih zgodnjih komentarjev. Odvetnik Jure Levovnik je utemeljeno poudarjal nujnost sodelovanja odvetnikov s sodiščem ter svojim kolegom pri pripravi in izvajanju programa vodenja postopka priporočal konstruktivnost.<sup>51</sup> A da bi se sprememba paradigme lahko uresničila, bi jo morala razmeroma hitro posvojiti večina odvetnikov in sodnikov, kar že s tedanje perspektive ni bilo realno: v naravi stvari je, da nobene novosti ne opazijo, doumejo in sprejmejo vsi enako ter vsi sočasno, sploh ker reforme ni vnaprej spremljala primerna in zadostna promocija. Še nekaj mesecev prej (kmalu po uzakonitvi novele spomladi in pred njeno uveljavitvijo jeseni) je odvetnik Matija Testen kritiziral nejasnost in posledično nepredvidljivost izvajanja nove ureditve glede razmerja pripravljalnega in prvega naroka v zvezi z dopustnostjo izjavljajna strank. Izrazil je bojazen:

»Zakon [...] ne le, da ne bo prinesel zelenih učinkov [pospešitve postopkov], temveč vnaša veliko vprašanj v delo odvetnikov, [zaradi česar] bo dober odvetnik naredil vse, da se bo tem vprašanjem v kar največji meri poskusil izogniti in bo delal ravno to, kar naj bi zakon preprečeval. Izkoristil bo vse vloge, predlagal bo vse možne dokaze, grajal bo vse napake.«

Rešitev je videl kvečjemu v možnosti, da bi sodišče že v zgodnji fazi postopka, »torej ne šele po letu ali več od prejema odgovora na tožbo, razpi[salo] pripravljalni narok«.<sup>52</sup>

Na to se lahko navežem z osebno noto. Septembra 2017, ko je novela začela veljati, sem bil preobremenjen z velikim številom zadev. Moje delovne kapacitete so bile zasedene za več mesecev vnaprej: s pisanjem odločb, pripravami na razpisane naroke in študijem pred razpisom novih narokov na podlagi že opisane metode dela. Na vrsto, da v njih razpišem narok, so prihajale zadeve, v katerih je bila tožba vložena najmanj pred kakšnim letom. Naj bi, nujno na

<sup>49</sup> Slaba volja sodišča in stranke, ki se je načrtanega programa nameravala držati (primerjaj na koncu uvoda, zgoraj), pri nas pač nima zadostnega odvrtilnega učinka zoper takšno destruktivno pravdanje.

<sup>50</sup> Galič 2017b, str. 10.

<sup>51</sup> Levovnik, str. 12–14.

<sup>52</sup> Povzetek in oba navedka iz Testen.

račun teh zadev, naenkrat začel razpisovati pripravljalne naroke v čisto novih zadevah? Tudi te bi bilo treba skrbno preučiti in nato v njih izcizelirati še dokazne sklepe, kar pa pozneje morda sploh ne bi bilo uporabno. S tem, ko nisem šel po tej poti, so se sprva nove zadeve, za katere je začela veljati novela, postarale in sem bil kmalu soočen natanko s situacijo, pred katero je svaril odvetnik Testen – da bi v zadevah, v katerih je bila tožba vložena pred letom ali več, razpisoval zgolj pripravljalne naroke. Seveda jih nisem, temveč sem jih razpisoval skupaj s prvimi naroki. Nova ureditev nadalje ni ponujala učinkovitega sredstva, da bi na posebej razpisanem pripravljalnem naroku zagotovil zaželeno navzočnost direktorjev. In še sem se spraševal, kaj če bi se bil sam veliko bolje od pooblaščenec strank pripravil na zadevo: ali obstaja kakšen ukrep zoper »zastojkarstvo«<sup>53</sup> in to, da sodišče ne bi neupravičeno porabljal nesorazmerno več delovnih sredstev od pravnih strank? Nobene odločilne prednosti torej nisem videl v tem, da bi korenito spreminjal utečeno metodo dela in eksperimentiral z ureditvijo, ki je nisem dovolj razumel, zanesel pa sem se lahko, da jo bodo različni udeleženci postopkov razumeli različno, in sem zato vsekakor lahko pričakoval njihovo (našo) neuskkljenost. Ločeno razpisovanje pripravljalnih narokov bi me bilo, skratka, stalo veliko preveč.

Po mojem mnenju bi zakonodajalec institutu pripravljalnega naroka lahko vdihnil večjo vitalnost, če bi ga bil določil kot opcijo in ne kot obvezo.<sup>54</sup> To bi bil dober nastavek za »razvoj prava preko sodne prakse«. Sodniki, ki bi znali, hoteli in v razmerah, v katerih sodijo, zmogli<sup>55</sup> učinkovito uporabiti novi institut, bi mu zagotovili najboljšo promocijo. Z doseganjem dobrih rezultatov bi dobili posnemovalce. Tako pa se ti obvezni naroki zdaj že ves čas izvajajo skupaj s prvimi naroki ter zato nujno *pro forma*<sup>56</sup> in brez skrbno pripravljenih programov.<sup>57</sup> Zato se je razraslo pretirano mnenje, da niso v ničemer koristni. To nujno jemlje moč, pogum in entuziazem tistim sodnikom, ki bi bili pripravljene tvegati z ločenim razpisovanjem tega naroka

<sup>53</sup> »In the social sciences, the free-rider problem is a type of market failure that occurs when those who benefit from resources, public goods (such as public roads or hospitals), or services of a communal nature do not pay for them or under-pay.« Wikipedijino angleško geslo o pojmu *free-rider problem* (17. 8. 2020).

<sup>54</sup> Da ga ni izključil iz postopka v sporih majhne vrednosti, pa je strokovna napaka in še eno obeležje zakonodajalčeve prenegljenosti.

<sup>55</sup> Občutek imam, da bi bilo ta institut lažje uvajati ob manjšem pripadu ali siceršnji neobremenjenosti s prevelikim številom zadev; prav tako, da bi se zanj lahko prej ogreli sodniki mlajših generacij.

<sup>56</sup> Kot je pogosto, je prvi kriterij, da je s to ureditvijo nekaj narobe, estetski: ob uveljavitvi novele so med sodniki zaokrožile predloge zapisnikov, pri katerih se pri sočasno izvedenih pripravljalnem in prvem naroku v okviru prvega najprej protokolirajo navedbe strank in se sprejme dokazni sklep – nato pa se v okviru drugega vse to še enkrat ponovi. Le kakšen bi bil lahko smisel tega neužitnega početja?

<sup>57</sup> Neskrbnost, ki so jo zaznali odvetniki v navedeni anketi, v bistvenem ni posledica slabega sodniškega dela, ki ga v posameznih primerih ni mogoče izključiti, temveč že opisane sistemske napake nove ureditve in tega njenega »kratklega stika«: »Če pripravljalni narok in prvi narok za glavno obravnavo ne bosta opravljena skupaj, se izgubi praktičen pomen omejitve števila pripravljalnih vlog pred pripravljalnem narokom. Če pa bosta oba naroka opravljena skupaj, se izgubita zeleni namen in smisel pripravljalnega naroka.« Galič 2017b, str. 9.

v zaupanju (ki je v posameznih primerih morda utemeljeno), da stranke ne bodo začele rušiti programa, ko bi se ob njegovem izvajanju začelo kazati, da izgubljajo spor.

Za to, da reforma ni zaživela, pa poleg navedenih obstajajo še globlji razlogi dolgega trajanja,<sup>58</sup> v katere je bila položena; povezani so z dominantno pravno kulturo (glej v naslednjem podpoglavju), ki jo je zakonodajalec zanemaril ali podcenil. Namesto da bi z večjo skrbnostjo prepoznal neuresničene potenciale iz ZPP-D in pomagal organskemu razvoju teh zametkov (o njih prav tako več v naslednjem podpoglavju), se je odločil za eksperiment s transplantacijo nemške in avstrijske ureditve<sup>59</sup> ter zanemaril svarilo:

»Primerjalno pravo lahko pripomore k razvoju novih idej za lastno nacionalno pravo, vendar pa niti sijajne zamisli ne bodo sprejete, če se ne bodo skladale z nacionalno pravno kulturo, sestavljeno iz predstav večine sodnikov, odvetnikov itd.«<sup>60</sup>

Bojim se, da je zmeda, ki jo je zadnja novela po nepotrebnem vnesla z navedeno nepremišljeno transplantacijo, zgoraj omenjene neuresničene potenciale prejšnje novele potisnila še bolj v ozadje in so se ti še bolj zabrisali. Kar pa v mojih očeh zakonodajalca lahko odreši, je zapis (nenovega) načela v ZPP:

»Vsaka stranka je dolžna v postopku skrbno in pravočasno uresničevati svoje pravice, navajati dejstva in predlagati dokaze, da je mogoče postopek izvesti čim prej« (druga poved prvega odstavka 11. člena ZPP).«

Ta izrecni zapis med temeljne določbe zakona bo lahko pripomogel k recepciji in afirmaciji najpomembnejše prezrte ideje našega civilnega procesa.

### 2.3. Prezrta ponudba iz ZPP-D

Res zakonodajalec pravice stranke, da »tudi brez poziva sodišča po pripravljalnem naroku predloži pripravjalne vloge«, ob njeni inavguraciji ni še posebej omejeval. A je ta vendarle omejena s starejšo določbo, še iz ZPP-D. Četrti odstavek 286.a člena ZPP se skupaj s to omejitvijo zdaj glasi:

»[S]trank[a ima pravico], da tudi brez poziva sodišča po pripravljalnem naroku predloži pripravjalne vloge. [Toda!] Tè mora sodišču poslati dovolj zgodaj, da jih je mogoče vročiti

<sup>58</sup> V smislu Braudelove *longue durée*.

<sup>59</sup> Pripravljavci ZPP-E so se nasploh močno zgledovali pri nemškem in avstrijskem procesnem zakonu. V Predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku – redni postopek – novo gradivo št. 1 (EVA 2013-2030-0093 z dne 30. 11. 2016) je avstrijska ureditev povzeta na str. 24–47, nemška pa na str. 47–71. Po nemškem pravu se zgleduje novi 279.c člen ZPP, ki ureja pripravjalni narok (glej str. 17 in 185–187, tj. pojasnila k 65. členu novele), po avstrijskem pa 279.č člen ZPP, ki ureja program vodenja postopka (str. 187–190, tj. pojasnila k 66. členu novele).

<sup>60</sup> Gottwald. Moj prevod.

nasprotni stranki pravočasno pred narokom, tako da zaradi zagotovitve pravice nasprotne stranke do izjavljanja ne bo potrebna preložitev naroka.«

Daljnosežnost te omejitve imenujem najpomembnejše prezrto vprašanje našega procesa. Prezreti je zaradi večpomensкости posebej prikladen glagol, dobrodošel še zaradi negativne konotacije, ki žarči iz njegove nedovršne oblike. Pomeni namreč nečesa ne videti in tudi – kar je ravno nasproten pomen – pretvarjati se, da nečesa, kar se sicer morda prav jasno kaže, ni. Odvrčanje pogleda je v tem primeru motivirano z nekakšno mešanico nevedne odklonilnosti in pretirane poslušnosti v razmerju do tradicije (temu, »kako se dela«). Citirani odstavek 286.a člena ZPP je sicer lep primer paradoksa, da razlagalec zakon razume boljše od zakonodajalca.<sup>61</sup> Ob njegovi uzakonitvi leta 2008 namreč ni bilo v zakonodajnem gradivu z ničimer nakazano,<sup>62</sup> kar je v komentarju iz leta 2010 pojasnil profesor Galič:<sup>63</sup> na vprašanje, ali zgoraj citirani četrti odstavek 286.a člena ZPP preprečuje stranki, da na prvi narok prinese obsežno vlogo, je temu pritrnil:

»Ni upravičenega razloga, da bi tolerirali ravnanje stranke, ki potem, ko so bile vse vloge (tožba, odgovor na tožbo) izmenjane že na primer eno leto pred prvim narokom (in je torej stranka imela kar eno leto časa, da s pravočasno predložitvijo pripravljalne vloge zagotovi, da se bo prvi narok lahko vsebinsko obravnaval), ne predloži pripravljalne vloge. Predvsem takega ravnanja ni mogoče opravičevati z argumentom, da bi s prekluzijo v tem primeru žrtvovali vsebinsko kakovost sodnega varstva na račun nekih procesnih operacij. Prav nasprotno je res; omenjeni primer (kakršnih je v praksi veliko) zelo nazorno pokaže, da grožnja s prekluzijo izboljša prav vsebinsko kakovost sodnega varstva.«<sup>64</sup>

Odtlej sem v primerljivih situacijah številne sodbe utemeljeval z obrazložitvijo, kot je tale nedavna:

»Na prvi narok za glavno obravnavo sta bili stranki povabljeni dva in pol meseca vnaprej. Skupaj s standardnim vabilom jima je sodišče poslalo dopis, v katerem ju je opozorilo na zakonsko ureditev, ki po njegovem velja vse od novele ZPP-D, in sicer na specifično

<sup>61</sup> »Pravo je namreč ‚pametnejše‘ od zakonodajalca, ali, kot je povedal Radbruch, ‚razlagalec lahko razume pravo boljše od tistih, ki so ga ustvarili; pravo je lahko ‚pametnejše‘ od svojih avtorjev – v resnici mora biti ‚pametnejše‘ od svojih avtorjev.« Iz 19. točke obrazložitve sodbe VS RS II Ips 106/2019, per J. Zobec, brez reprodukcije opombe z navedbo virov.

<sup>62</sup> Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (EVA 2007-2011-0001 z dne 7.2.2008) se je tako na str. 138–139 (kjer so pojasnila k predlaganemu 66. členu novele) osredotočal na drugo tedanje pomembno novost, tj. na pisno materialno procesno vodstvo. To je sicer urejeno v prvem in ne v četrtem odstavku 286.a člena ZPP. Slednjemu pa tam ni namenjena niti ena sama misel.

<sup>63</sup> Kot razumem, se je svojih prejšnjih prispevkih tej rešitvi približal, a se mu še ni v celoti izrisala. Primerjaj Galič 2008, str. 11–22, in Galič 2007, str. 1034–1044.

<sup>64</sup> Galič v: Ude in Galič, str. 235–236.

součinkovanje četrtega s petim odstavkom 286.a člena ZPP.<sup>65</sup> To součinkovanje posega v sporočilo (in ga pomembno spreminja, dasiravno njegovo besedilo ni bilo spremenjeno) prvega odstavka 286. člena ZPP, skladno s katerim mora stranka najkasneje na prvem naroku za glavno obravnavo navesti vsa dejstva, ki so potrebna za utemeljitev njenih predlogov, in ponuditi dokaze, ki so potrebni za ugotovitev njenih navedb. Pri navedenem dopisu ni šlo za pisno materialno procesno vodstvo, katerega pravna posledica je lahko prekluzija podajanja navedb in predlaganja dokazov celo pred prvim narokom; takšno vodstvo je predmet urejanja v prvem odstavku 286.a člena in ne v četrtem; biti mora osredotočeno na posamezna konkretna vprašanja in ne sme biti splošno. Dopis sodišča, poslan strankama skupaj z vabilom na prvi narok, pa je bil splošen. Toda njegova funkcija je bila druga in bistveno drugačna: korigirati in nevtralizirati neprecizno sporočilo iz standard[izira]<sup>66</sup> nega vabila, da bosta še na prvem naroku mogli povsem prosto in neovirano navajati novote. To sporočilo se namreč ne sklada več z zakonsko ureditvijo od ZPP-D dalje. Poslej je namreč dopustno to, da stranki skozi postopek zagotavljata novo procesno gradivo, toda s pomembno omejitvijo: da ‚zaradi zagotovitve pravice nasprotne stranke do izjavljanja ne bo potrebna preložitve naroka‘ (gl. četrti in prim. glede izjem še peti odstavek 286.a člena ZPP). Določba ne razlikuje prvega od ostalih narokov – in kakšen pravzaprav smisel bi lahko imela za naroke po prvem, po katerem je stranka itak praviloma prekludirana pri podajanju novot? Prekluzija zato jasno izhaja iz součinkovanja tega odstavka s petim odstavkom 286.a člena ZPP. V slednjem odstavku namreč ni določeno samo to, da bodo stranke prekludirane, če se ne bodo pravočasno odzvale na morebitno pisno materialno procesno vodstvo (urejeno, kot rečeno, v prvem odstavku), marveč tudi za primer nespoštovanja zapovedi iz četrtega odstavka. Od ZPP-D dalje torej ne velja več (nekvalificirano) samo to, kar določa (v svojem besedilu nespremenjeni, po vsebini pa korenito spremenjeni) prvi odstavek 286. člena ZPP.«<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Četrti odstavek je bil že citiran zgoraj, peti pa se glasi: »Vloge in listine, posredovane [a] na poziv sodišča po prvem ali drugem odstavku tega člena, ki se predložijo po poteku roka, ki ga je določilo sodišče [to je t. i. pisno materialno procesno vodstvo], in [b] vloge, ki so predložene v nasprotju s prejšnjim odstavkom, se upoštevajo le, če jih stranka predhodno brez svoje krivde ni mogla predložiti, ali če njihova dopustitev po presoji sodišča ne bi zavlekla reševanja spora. Enako velja za strankine navedbe na naroku.« (V oglatih oklepajih dodajam členitev in pojasnila, pomembna za nadaljnjo razlago.)

<sup>66</sup> Ta vabila in druga standardizirana pisanja pripravlja temu namenjena delovna skupina Službe za upravljanje projektov pri Vrhovnem sodišču.

<sup>67</sup> Obrazložitev tiste sodbe se je nato nadaljevala – z relativizacijo pravkar povedanega: »Dve tožnični vlogi sta bili izročeni šele na prvem naroku. Bili sta obsežni in se nanju ni dalo takoj odgovoriti, zato sta bili iz razlogov, navedenih v prejšnji točki, prepoznani. Ker pa navedena stališča niso splošno sprejeta [to pomeni: ker konkretnih pravnih strank nisem hotel izpostavljati velikim nevednostim – vključno s stroški – teoretskega spora], se je sodišče v nadaljevanju opredelilo tudi do procesnega gradiva, zagotovljenega z vlogama, izročenicima na naroku. Po logiki te sodbe (to sodišče pojasnjuje zoper pričakovani očitek o notranji protislovnosti njene obrazložitve) je torej ta opredelitev, dasi sestavlja večino obrazložitve (namesto da bi bila večina gradiva zagotovljena veliko pred obravnavo, je bilo ravno obratno, preprečitvi česar je bila namenjena novela ZPP-D – da prvi narok ne bi bil 'infotočka za izmenjavo vlog'), v resnici podana kot rezervni argument ('za povrh' oziroma *ex abundante cautela*).« Kakšna potrata resursov!

Na prvem naroku so torej novote skladno s prvim odstavkom 286. člena ZPP sicer dovoljene, vendar pa zaradi omejitev iz četrtega v zvezi s petim odstavkom 286.a člena ZPP te novote praviloma ne smejo biti takšne, da bi bila potrebna preložitev naroka; zlasti se omejitev nanaša na obsežne vloge, ki jih ni mogoče brez težav preučiti in se nanje odzvati.

Pritožbeno sodišče tega v mojem primeru ni nikoli sprejelo, bodisi ker je stališče izrecno zavrnilo bodisi ker je (veliko pogosteje) o pritožbah lahko razsodilo iz drugih razlogov (ne da bi prijelo za ta »vroč krompir«). Splošno zavračanje, ki ga to indicira, potrjuje usoda dveh pomembnih judikatov, ki sta v objavljeni sodni praksi navedeno stališče edina sprejela in še dodatno razložila (prek citiranega Galičevega komentarja). Sodba VS RS II Ips 342/2013 z dne 5. 2. 2015 ostaja že vrsto let izolirana in prezrta (v instančni praksi je bila sicer nekajkrat citirana, vendar nikdar zato, da bi se utemeljila prekluzija novot na prvem naroku). Nič boljše ni s še zgodnejšo, v objavljeni sodni praksi pravzaprav pionirsko odločbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1478/2010 z dne 22. 3. 2011, katere jedro se glasi:<sup>68</sup>

»Novela ZPP-D je v 286.a členu prinesla spremembo, katere namen je, da bi bila trditvena podlaga (dokazni predlogi in po možnosti tudi vzajemna seznanjenost z dokazi) zbrana že pred fazo glavne obravnave, s čimer se povečuje odgovornost strank, saj se od njih pod grožnjo sankcije s prekluzijo zahteva, da pripomorejo k pospešitvi in koncentraciji postopka. Pravilo o prekluziji je konkretizacija temeljnega načela hitrosti in ekonomičnosti postopka in prepovedi zlorabe procesnih pravic iz 11. člena ZPP ter ga je treba v skladu s tem načelnim izhodiščem tudi pravno razlagati.«<sup>69</sup>

Nasprotnike stališča o nedopustnem neomejenem izjavljanju na prvem naroku (če so bili o njem sploh voljni razpravljati) sem slišal reči: »Že že, ampak to ne izhaja jasno iz zakona ...« ob tem pa sem se spomnil na tistega zagovornika heliocentrizma, ki je na samozavestno zavrnitev: »Saj vendar vsak lahko vidi, da Sonce kroži okoli Zemlje!« odvrnil: »Kako bi bilo pa videti, če bi res Zemlja krožila okoli Sonca?«

... Pri obravnavanem vprašanju gre ravno tako za problem perspektive in perpetuiranje (ki je prej instinktivno kot pa zares reflektirano) splošno sprejetih mnenj.<sup>70</sup> Razlog za to so dolgo-

<sup>68</sup> Per A. Strmčnik Izak. Iz odločbe sicer ne izhaja izrecno, da je bil narok, na katerega je toženka prinesla vlogo, ki se ni upoštevala, prvi narok. Na to je mogoče sklepati iz obrazložitve kot celote, sicer pa lahko to potrdim, saj sem šel to zaradi pomembnosti judikata preverit v spis.

<sup>69</sup> V času pisanja tega članka še ni bila objavljena sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 120/2020 z dne 12. 5. 2020 (glej 6. točko obrazložitve, per A. Strmčnik Izak), ki je po vsem sodeč šele tretji višjestopenjski judikat, ki sprejema to stališče. Da to še ne pomeni nekega splošnega preobrata, kaže praktično sočasna (prav tako še neobjavljena) odločba (drugega senata) istega sodišča I Cpg 119/2019 z dne 20. 5. 2020 (glej 15. točko obrazložitve).

<sup>70</sup> V smislu ang. *received ideas* ali fr. *lieux communs*.

ročni trendi, ki jih je v magistralnem članku o »tretji pravni tradiciji«<sup>71</sup> opisal Alan Uzelac.<sup>72</sup> Tradicija se pri nas vleče iz časov pred tranzicijo, ko sodišča niso bila avtonomna veja oblasti niti jim najpomembnejši družbeni spori sploh niso bili zaupani v reševanje, zaradi česar so bila ob spremembi sistema, vajena podedovanega udobja in uspavanosti, za nove vloge konstitucionalno nepripravljena. Najopaznejši simptom je bila eksplozija sodnih zaostankov.<sup>73</sup> Nadaljnje podedovane hibe (Uzelac jih je identificiral devet)<sup>74</sup> dandanašnji niso več vse enako izražene, vendar bi se slepili z mnenjem, da nekatere niso še vedno močno prisotne, druge pa so v najboljšem primeru izginile tako rekoč šele včeraj. Del te tradicije je tudi odklanjanje – tako zunaj sodstva kot znotraj njega – odprtih pravnih pojmov v procesnem pravu, ki (ker?) omogočajo in ki (ker?) zahtevajo določeno mero sodniške diskrecije ter s tem svobode, avtonomije in odgovornosti.<sup>75</sup> Enako velja za trdovraten in pretiran odpor do prekluzij, čeprav so te poglavitno neizkoriščeno sredstvo za zagotovitev (deklarativno) zaželenih ciljev hitrejšega in kakovostnejšega sojenja<sup>76</sup> (od kod pričakovanje, da je mogoče pospešiti sojenje in zmanjšati zaostanke na prvi stopnji, če pa široke možnosti neurejenega izjavljanja strank na tej stopnji ostajajo nespremenjene?).<sup>77</sup> Različne perspektive imajo seveda praktične posledice:

»Drugače od herojske podobe *common law* sodnika, ki si prizadeva prispevati k pravni zgodovini s preudarnimi, pogumnimi in dobro utemeljenimi sodbami, so si socialistični sodniki v strahu pred možnimi povračilnimi ukrepi vselej želeli ostati karseda anonimni. V tem so bili sicer podobni svojim kolegom iz civilnopravnih tradicij. Vendar so šli v tem še dlje: še varnejša od anonimne odločitve je bila odsotnost sleherne odločitve in torej nikakršna razrešitev zadeve, za katero bi lahko nosili takšno ali drugačno odgovornost.«<sup>78</sup>

Da je na prvem koncu tega kontrasta karakterizacija kar pravšnja, se je mogoče hitro prepričati na spletni strani [www.bailii.org](http://www.bailii.org), kjer so objavljene britanske sodbe, vključno s številnimi

<sup>71</sup> Poleg konvergentnih tradicij *common law* in civilnega prava.

<sup>72</sup> Uzelac 2010, str. 377–396.

<sup>73</sup> Temu je treba dodati, da ti zaostanki niso nastali samo zaradi opisanega stanja sodstva. Glavni razlog je bil po mojem prepričanju velikansko prerazporejanje premoženja, ki je bilo sprožilec velikih konfliktov.

<sup>74</sup> Nestrnjnost glavne obravnave z odsotnostjo sodnega obravnavanja v pravem pomenu besede; ustnost kot gola formalnost; pretirani formalizem; iskanje materialne resnice; odsotnost načrtovanja postopka in procesne discipline; neosebnost in anonimnost pritožbene kontrole; mnoštvo pravnih sredstev, ki preprečujejo izvršljivost; neskončno razveljavljanje; nesorazmerni naporji za reševanje obstranskih in družbeno nepomembnih rezultatov. Uzelac 2010, str. 390, moj prevod.

<sup>75</sup> Galič 2015b v: Bobek (ur.).

<sup>76</sup> Galič 2014 v: Uzelac (ur.).

<sup>77</sup> Sklicevanje na »materialno resnico« mora danes vzbujati skepso, saj je bilo pogosto pač le priročen izgovor za tradicionalno izpričano odlašanje sprejetja odločitve in odklanjanje odgovornosti zanjo.

<sup>78</sup> Uzelac 2010, str. 383, moj prevod.

prvostopenjskimi. Ali pa na primer na to sklepati iz opisa pisatelja Iana McEwana o njegovem prvem stiku z njimi:

»Najprej me je presenetila proza. Čista, natančna, navdušujoča. Zagotovo sicer resna, mesotoma sočutna, vendar je v njeni inteligentnosti prežalo nekaj takšnega kot duhovitost, ali pamet, ki morda izhaja iz njene božanske odmaknjenosti, ki me je spominjala na romanopiševo vsevednost.«<sup>79</sup>

Na omenjenem Uzelčevem seznamu ni nadaljnega pomembnega nelaskavega simptoma – »proze«, ki ne vzbuja navdušenja, ki se usipa iz citiranega opisa. Resnici na ljubo, v naših vrstah obstaja mnogo prvovrstnih strokovnjakov in prav takšnih pravnih piscev. Ravno tako ne zagovarjam stilističnih ekshibicij (nasprotno), vendar je s pravo mero uporabljena prispodoba, ki lahko na mah pojasni bistvo življenjskega ali pravnega problema, pokazatelj svobode v razmišljanju. Slabo, zlasti birokratsko pisanje, ki se boji vsake stilne figure, v nobenem primeru ne more izpolnjevati mandata sodišč, takole razloženega ob vprašanju, ki je za dnevno produkcijo sodb po vsej državi stalno aktualno:

»Praktični pomen določbe o dokaznem standardu je najprej ta, da uporabnike prava opozarja, da se dejanskih ugotovitev, na katere opirajo svoje sodbe, ne sme oblikovati zlahka in da morajo temeljiti na dovolj močnih razlogih, ki zmorejo tudi pri tretjih osebah izzvati prepričanje, da bodo razumne osebe, ki bi se ravnale po istih kriteriji, prišle do enakih sklepov.«<sup>80</sup>

Brez dobrega pisanja sodniki ne moremo izpolniti naloge, da »se pokrije[m]o z jasnim in transparentnim pojasnilom strankam o metodah, ki s[m]o jih morali uporabiti zaradi ohranitve socialnega miru in stabilnosti«. <sup>81</sup> V okvir prav teh metod spadajo tudi prekluzije. Koliko se bomo iztrgali nasprotnim silam, je vsak dan odvisno od vsakega od nas. Koristno bi se bilo zavedati, da hočeš nočeš sodimo pod bremenom opisane tradicije<sup>82</sup> (seveda pa nikakor ne samo

<sup>79</sup> McEwan: »It was the prose that struck me first. Clean, precise, delicious. Serious, of course, compassionate at points, but lurking within its intelligence was something like humour, or wit, derived perhaps from its godly distance, which in turn reminded me of a novelist's omniscience.«

<sup>80</sup> Uzelac 2003, str. 383, moj prevod. Primerjaj še: »Sodišča [...] utemeljujejo verjetnost kot prepričanje, čeprav o tem 'prepričanju' niso prepričana. Take obrazložitve sodnih odločb so potem vsebinsko prazne, šablonske in v svojem bistvu v nasprotju s sodniško etiko. Drug drugemu (stranke sodišču, sodišče strankam, sodišče prve stopnje pritožbenemu sodišču in to nazaj sodišču prve stopnje) sporočajo nekaj, česar ne verjamejo, in to samo zato, da bi bil navzven ohranjen videz upoštevanja principa (dokaznega standarda 'onkraj razumnega dvoma'), ki je neprav(ič)en, česar se vsi procesni subjekti tudi zavedajo. Vendar sta na eni strani inercija in na drugi stranki nekritična zavezanost izročilu v sodstvu marsikdaj močnejša od spoznanja, da je treba tisto, kar se je izkazalo za nepravilno, opustiti[.]« Zobec v: Ude in Galič, str. 337.

<sup>81</sup> Da se »pokriju jasnim i neskrivenim objašnjenjem strankama o metodama koje su u ime očuvanja socialnog mira i stabilnosti bili prisiljeni primijeniti«. (Trivovo stališče, z odobravanjem citirano v Uzelac 1997, str. 171.)

<sup>82</sup> Ki je položena v širšo (ne)kulturo razpravljanja, za katero je značilno binarno razmišljanje: možna sta samo zmagala ali poraz; obstaja absolutno pravilno in absolutno napačno mnenje; nasprotnik v debati je sovražnik in si zasluži prezir in popoln poraz.



znotraj nje: protitok je od vedno obstajal<sup>83</sup>), nujno pa bi to moral upoštevati zakonodajalec, da ne bi »izgubil oprijema s podlago« in forsiral novih pravil, ki so v prevelikem razkoraku z dejanskimi razmerami, v katerih naj bi se ta pravila izvajala.

## 2.4. Za sprejem ponudb iz ZPP-D in ZPP-E

Stališče o pravilni razlagi ZPP-D, opisano v prejšnjem podrazdelku, je z ZPP-E samo še nekoliko bolj zabrisano. Vendar ni nič manj aktualno. »Glede tega novela ničesar ne spreminja,« pojasnjuje prof. Galič in nadaljuje: »Sam sem prepričan, da (obsežnih) pripravljalnih vlog, takšnih, ki izničijo učinkovito izvedbo naroka, na prvem naroku ni dopustno vlagati.«<sup>84</sup> Kot rečeno, je ZPP-E to stališče samo še podkrepil z novo drugo povedjo prvega odstavka 11. člena ZPP o dolžnosti strank, da v postopku skrbno in pravočasno uresničujejo svoje pravice, tako da je postopek mogoče izvesti čim prej.

Ob širokem sprejetju tega stališča bi lahko začele izginjati tudi pomanjkljivosti, opisane zgoraj glede razmerja dopustnega izjavljanja na pripravljalnem in prvem naroku po koncepciji iz ZPP-E. Med njima bi se lahko začelo vzpostavljati njuno naravno razmerje zgodnje priprave na eni in neprekinjene izvedbe sojenja na drugi strani (če bi bilo na primer v okviru programa vodenja postopka določeno, da lahko vsaka stranka vloži še po dve vlogi v določenem razumnem sosledju in časovnih razmikih, bi odstopanje izjavljanja stranke od tega, če ta za to ne bi imela dovolj dobrega razloga, v opisanem spremenjenem kontekstu lahko vodilo k neupoštevanju takšnega izjavljanja – in do splošnega dojemanja, da je to narobe, o čemer priča spontana reakcija nemškega sodnika s konca uvoda). Začeli bi se lahko spraševati tudi o nadaljnjih pomembnih vprašanjih, kot je to, kolikšna naj bo skrbnost strank v razmerju do skrbnosti sodišča pri izpolnjevanju njegove dolžnosti po prvi alineji prvega odstavka 279.č člena ZPP, da razkrije »pravno podlago, ki jo [...] šteje za relevantno za odločitev o tožbenem zahtevku glede na podane navedbe strank«. To bi bilo treba uskladiti s stališčem: »Če stranka ni resno pomislila in razdelala nobene pravne podlage, ni podlage za poučevanje

<sup>83</sup> Kot kažejo zadnji citati v glavnem besedilu. Primerjaj še: »Drugi su pak, poput Trive, upućivali da 'načelo traženja istine nema u parničnom procesnom pravu apsolutni primat; nije vrhovni princip u tom smislu da svaki drugi procesni princip mora pred njim ustuknuti'. Ono je 'prihvatljivo samo u mjeri u kojoj služi ostvarenju' svoje svrhe, a 'kad svojom hipertrofranošću ugrozi ostvarenje osnovnog zadatka, treba ga, kao neprihvatljivo, odbaciti'; ono je 'podvrgnuto općem pravilu o ograničavanju i kompromisu u svim slučajevima u kojim kompleksni zahtjevi pravne zaštite traže njegovo žrtvovanje'« (citirano po Uzelac 1997, str. 157). V duhu te napredne tradicije tudi zgoraj navedena odločba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1478/2010 opozarja na odgovornost sodišča, »da najde pravo ravnovesje med zagotovitvijo koncentracije in pospešitve postopka na eni strani ter težnjo po zagotavljanju materialno pravilne sodbe na drugi« in da je »[s] tem namenom [...] zakonodajalec v petem odstavku 286.a člena ZPP dopustil, da lahko stranka tudi kasneje vlaga vloge, vendar le, če jih predhodno brez svoje krivde ni mogla predložiti ali če njihova dopustitev po presoji sodišča ne bi zavlekla reševanja spora (enako velja tudi za navedbe na naroku)« (iz 7. točke obrazložitve).

<sup>84</sup> Galič 2017a, str. 42–43.

o spregledanih pravnih podlagah oziroma pravnih podlagah, ki jih je stranka zmotno štela za neupoštevne.«<sup>85</sup> Že dolgo je opaženo, da tudi ZPP (na videz?) nedosledno ponuja dva možna odgovora, enega pri zamudni sodbi (primerjaj tretji odstavek 318. člena ZPP) in drugega v okvirih možnosti pritožbenega sodišča, da uporabi pravno podlago, na katero se stranki nista sklicevali (primerjaj drugi odstavek 351. člena ZPP).<sup>86</sup> Le v slednjem primeru se po izrecni zakonski določbi presoja strankina skrbnost (po kriteriju, ali ji »ni mogoče očitati, da bi na možnost uporabe te pravne podlage ob potrebni skrbnosti mogla in morala računati«).

Kako daleč je ta kopernikanski obrat, je težko reči, zanesljivo pa je zunaj dosega (tudi sicer prepogostega in premalo domišljenega) spreminjanja paragrafov<sup>87</sup> (rešitve bi bilo na primer treba iskati v izobraževanju sodnikov, v zagotavljanju raznovrstnosti njihove strukture glede predhodnih kariernih poti, tudi zaradi razbijanja prepogoste nekritične popolne poslušnosti nižjestopenjskih sodišč nasproti višjestopenjskim; v s tem povezanih politiki in praksi Sodnega sveta; v ureditvi kariernih poti strokovnih sodelavcev; v finančno in strokovno veliko boljše podprtem razvijanju materialnih pogojev za izkoriščanje tehnologije pri izvajanju in podpori sojenja ...).

### 3. Neizčrpno o nekaterih drugih novostih iz ZPP-E

#### 3.1. Uvodna pripomba

V praksi pritožbenih sodišč na temo ZPP-E prevladujejo pojasnila o tem, kolikšen je pritožbeni rok zoper sodbo, izdano po uveljavitvi novele.<sup>88</sup> Da smo bili prvostopenjski sodniki zaradi nejasnih prehodnih določb novele v zadregi, kateri rok zapisati v pravni pouk sodbe,

<sup>85</sup> Galič 2015a. Vprašanje skrbnosti je povezano tudi z ne neomejeno obveznostjo sodišča, da izvaja materialno procesno vodstvo (primerjaj v eni od zgornjih opomb že citirani judikat III Ips 46/2010).

<sup>86</sup> »Stranka mora biti v postopku skrbna in vestna ne glede na fazo, v kateri se nahaja. [...] Od strank v pritožbenem postopku lahko upravičeno pričakujemo več. Vendar to ne pomeni, da od tožnika ob vložitvi tožbe ni mogoče zahtevati ničesar in da ga mora sodišče opozarjati na nesklepčnost ter mu omogočiti, da jo odpravi tudi, če je očitno, da je treba pomanjkljivo navajanje pripisati njegovi (odvetnikovi) neskrbnosti.« Zobec, str. 1050–1051.

<sup>87</sup> »Brez sodnikove ustrezne priprave in izdelane delovne metode spora ter vnaprejšnje pravne ocene ne more biti zagotovljena koncentracija postopka. Tega, da bo priprava na zadevo res takšna, zakon ne more zagotoviti in to ni tema, ki bi se je lahko lotila zakonodajna reforma.« Galič 2007, str. 1034.

<sup>88</sup> Tipično: »Pritožnica v tem kontekstu utemeljeno opozarja na tretji odstavek 125. člena Prehodnih in končnih določb ZPP-E, ki določa, da se postopek, ki se je začel pred začetkom uporabe tega zakona, pred sodiščem druge stopnje in pred vrhovnim sodiščem nadaljuje po določbah tega zakona, če je odločba, s katero se postopek pred sodiščem prve stopnje konča, izdana po začetku uporabe tega zakona. Citirane določbe sodišče prve stopnje nepravilno ni upoštevalo. V obravnavani zadevi je bila namreč sodba izdana 10. 7. 2018, torej po uveljavitvi novele ZPP-E, novelirana določba o pritožbenem roku (333. člen ZPP oziroma 81. člen ZPP-E) pa po prepričanju pritožbenega sodišča spada k postopku pred sodiščem druge stopnje, za katerega (že) veljajo določbe ZPP-E. Takšno stališče je zavzela tudi sodna praksa.« Sklep Višjega sodišča v Mariboru I Cpg 145/2019 z dne 21. 5. 2019.

in da smo na to dajali različne odgovore, je morda najvpadljivejši dokaz pretirane naglice (premajhne skrbnosti), ki je zaznamovala tudi tokratno spreminjanje zakonodaje. Sicer pa so številne novosti ZPP-E, dasi o večini še ni bogatih praktičnih izkušenj, dobre in dobrodošle.

### 3.2. Obveznost glavne obravnave

V postopku v sporih majhne vrednosti (prvi in drugi odstavek 454. člena ZPP) in v gospodarskih sporih (488. člen ZPP) je v nekaterih primerih dopustno rabsoditi brez glavne obravnave. Obakrat je tako, če ni sporno dejansko stanje in »ni drugih ovir za izdajo odločbe«, <sup>89</sup> v sporu majhne vrednosti pa poleg tega še v primeru, da je o spornem dejanskem stanju mogoče odločiti že na podlagi predloženih pisnih dokazov, nobena stranka pa ni posebej zahtevala izvedbe naroka. ZPP-E je v takšno ureditev posegel s tem, da tudi v primeru nespornega dejanskega stanja sodišče obravnavo mora izvesti, če je stranka to zahtevala (prvi odstavek 454. člena ZPP, novi drugi odstavek 488. člena ZPP). Poseg ni dovolj domišljen, a tudi ne potreben.

Sprememba je bila v zakonodajnem gradivu utemeljena s pravico do javne obravnave, ki je del pravice do poštenega sojenja iz 6. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP). S to pravico je sprememba vsekakor povezana, implikacija, da EKČP v navedenih primerih obravnavo zahteva, pa ne drži. V nedavni sodbi z dne 6. 11. 2018 v zadevi *Ramos Nunes de Carvalho e Sá proti Portugalski* je veliki senat Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) najprej povzel dotedanjo prakso o načelih v zvezi z obveznostjo javne obravnave, <sup>90</sup> vključno s tem, da ta v izjemnih okoliščinah ni potrebna; načeloma naj bi stranke imele možnost zahtevati obravnavo, a je dopustno, da sodišče v posebej izjemnih okoliščinah zahtevo zavrne (v 189. točki obrazložitve). Nato je ESČP povzelo stališča iz svojih sodb, v katerih je spoznalo, da so bile takšne izjemne okoliščine podane: obravnava ni nujna, kadar ni spornih dejstev, ki bi zahtevala obravnavo, sodišče pa lahko pošteno in razumno rabsodi na podlagi spisa; kadar so sporna nezapletena pravna vprašanja; in končno, kadar gre za zelo tehnična vprašanja, kot na primer v socialnih sporih, v katerih je bila večkrat prepoznana tudi potreba držav po procesni učinkovitosti in ekonomičnosti, da se zagotovi sojenje brez nepotrebnega odlašanja, ter v katerih bi bila obvezna ustna obravnava v napoto potrebni skrbnosti pri presoji pisnega gradiva <sup>91</sup> (primerjaj 190. točko obrazložitve). Nazadnje so bile povzete še sodbe, v katerih obravnava ni bila opravljena, pa bi jo bilo treba izvesti: kadar je bilo treba

<sup>89</sup> Mišljene so pomanjkljivosti glede procesnih predpostavk. Poznić, str. 1216.

<sup>90</sup> Čeprav je ESČP v navedeni sodbi presojalo disciplinsko kršitev, je izhajalo iz civilnega dela prvega odstavka 6. člena EKČP, zato so pravkar povzeta stališča relevantna tudi za ZPP. Ne da bi sicer omenilo tudi to sodbo, je pred kratkim to judikaturu povzelo tudi US RS v odločbi Up-360/16-22 z dne 18. 6. 2020 (glej drugi del 15. točke obrazložitve).

<sup>91</sup> Glede zadnje navedene situacije je primerno omeniti še sodbo velikega senata z dne 23. 11. 2006 v zadevi 73053/01, *Jussila proti Finski*, z dne 23. novembra 2006, v kateri je ESČP ponovilo svoje stališče, da je bistvena zna-

presoditi, ali je državni organ pravilno ugotovil dejstva; kadar okoliščine zahtevajo, da si sodišče ustvari lasten vtis o stranki, tako da ji omogoči, da pojasni svoj osebni položaj; in kadar sodišče potrebuje nadaljnja pojasnila o okoliščinah iz pisnega gradiva (primerjaj 191. točko obrazložitve).

Spor majhne vrednosti bi sicer včasih lahko odprl netrivialna pravna vprašanja tudi ob nespornem dejanskem stanju. Vendar v izjemni večini ni tako in je v praktično vseh mogoče razsoditi pošteno in razumno na podlagi spisa.<sup>92</sup> Da obravnava v njih ni obvezna, izhaja tudi iz v praksi ESČP izrecno prepoznane potrebe po učinkovitosti in procesni ekonomiji,<sup>93</sup> ki sta opredelilni značilnosti spora majhne vrednosti kot posebne kategorije.

Glede 488. člena ZPP pa natančen bralec ne bo prezrl, da sodišče »lahko« razsodi brez obravnave, če se stečejo tam podane predpostavke. V bolj raznolikih situacijah, kot pa bi bilo to mogoče prepoznati na prvi pogled, in v katerih so podane te predpostavke,<sup>94</sup> je ta besedica sodniku dajala več avtonomije, da se glede na konkretne okoliščine primera – ob upoštevanju tudi malo prej povzetih zahtev iz prakse ESČP – odloči za obravnavo ali zoper njo,<sup>95</sup> kot pa mu jo zdaj priznava ZPP-E.

Obravnava ni nujna niti po Uredbi (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti,<sup>96</sup> ki jo je zakonodajalec v gradivu posebej omenil. Po prvem odstavku njenega 5. člena namreč sodišče izvede glavno obravnavo, če meni, da je to nujno, ali če to zahteva stranka, vendar pa lahko tako zahtevo tudi zavrne, če meni, da z vidika okoliščin zadeve glavna obravnava očitno ni potrebna za pošteno vodenje postopka, in zavrnitev utemelji. Mar je naš zakonodajalec menil, da takšna ureditev krši EKČP?<sup>97</sup>

---

čilnost okoliščin, v katerih ni treba imeti obravnave, povezana z naravo zadev, ki so pod presojo, ne pa s pogostnostjo določenih zadev: zavrnitev ustnih obravnjav ne mora biti redka (primerjaj 42. točko obrazložitve).

<sup>92</sup> Za skrajno izjemne situacije, ko ne bi bilo tako, bi bilo mogoče in povsem korektno raztegniti že razloženi pojem »drugih ovir za izdajo odločbe«.

<sup>93</sup> Poleg že navedenih primerov je bilo to priznано tudi za spor majhne vrednosti (sodba ESČP v zadevi 64160/11, *Põnkä proti Estoniji*, z dne 8. 2. 2017, 30. točka obrazložitve).

<sup>94</sup> Nekatere od njih so opisane v Urankar.

<sup>95</sup> »Možno je, na primer, da hoče predsednik senata od sodnikov porotnikov, strokovnjakov za gospodarsko področje, na katerem je spor nastal, slišati mnenje o tem, kako rešiti pravno vprašanje, ki je odločilno za razsojo.« Poznić, str. 1217.

<sup>96</sup> UL L 199, 31. 7. 2007.

<sup>97</sup> O tem sicer obstaja resna debata, ki pa v zakonodajnem gradivu ni niti nakazana. Nina Betetto je pojasnila, da je del pravne teorije kritiziral možnost sojenja brez obravnave, vendar je opozorila na že omenjeno prakso ESČP in v njenem okviru prepoznano potrebo po učinkovitosti in ekonomičnosti postopka kot dovoljenem razlogu za neizvedbo obravnave v nekaterih primerih. Utemeljeno se je zavzela za zadržanost pri zavračanju zahtev za ustno obravnavo,

Enak pristop kot po tej uredbi – če je sploh bilo treba karkoli spreminjati – bi bil lahko zagotovil več prožnosti kot pristop po ZPP-E. V sporih majhne vrednosti se neredko srečujemo z zadevami, ki so pravno trivialne in dejansko nesporne, a je v njih podana zahteva po naroku (včasih po goli inerciji iz »šimlov« nekaterih strank ali njihovih odvetnikov, včasih morda zaradi zaračunavanja storitve stroškov zastopanja na naroku in neredko gotovo tudi zaradi namernega zavlračevanja, ki pa ni tako očitno, da bi bilo zahtevo mogoče prezreti po načelu preprečevanja zlorabe pravice).

Moj glavni očitke zakonodajalcu je sicer tudi v tem primeru prenatrženost in spreminjanje brez prave potrebe.

### 3.3. Nepristop na narok

Sankcije za nepristop strank na narok za glavno obravnavo so bile ob pripravi ZPP-D poligon za zakonodajalčeve neodgovorne (in to v samem finalu priprave novele!), nerazumne in škodljive ekshibicije.<sup>98</sup> Te ne samo, da so povzročile nepotrebno delo sodiščem, ki so vlagala zahteve za oceno ustavnosti, in Ustavnemu sodišču, pač pa je bilo do njegovih intervencij<sup>99</sup> po vsej verjetnosti večkrat pravnomočno odločeno na podlagi protiustavnih sankcij.

Zakonodajalec ob ZPP-E ni zagrešil nič tako hudega. Je pa po nepotrebem izpustil, kar je po omenjenem čiščenju Ustavnega sodišča v 282. členu ZPP ostalo kot povsem primerna sankcija, in sicer domnevo umika tožbe ob nepristopu obeh strank na prvi narok. Pravilo je bilo najbrž prezrto zaradi zakonodajne tehnike, da je bil z ZPP-E ves člen napisan na novo (ne pa dopolnjen s posameznimi odstavki), najverjetneje pa tudi zaradi značilno pretiranih hitenja in vneme po noveliranju. Na oddelku, na katerem sodim, stranke niso pogosto odsotne z narokov, smo pa navedeno izpuščeno sankcijo pogrešali, ko je bilo v nekaj primerih treba pisati sodbo, potem ko na prvi narok ni bilo nikogar, še bolj pa takrat, ko je moral sodnik še prej v odsotnosti strank zasliševati priče.<sup>100</sup>

---

a je ob tem treba upoštevati še to, da v evropskem postopku v sporih majhne vrednosti ni enake prekluzije kot v našem nacionalnem. Primerjaj v Galič in Betetto, str. 232–233.

<sup>98</sup> Primerjaj Galič 2017a, str. 86–88 ter op. 49 na str. 65.

<sup>99</sup> Glej odločbe U-I-164/09-13 z dne 4. 2. 2010, U-I-161/10-12 z dne 9. 12. 2010 in U-I-290/12-9 z dne 25. 4. 2013.

<sup>100</sup> Te so se vabilu na srečo odzvale. Če se ne bi, bi jih bilo načeloma treba znova vabiti ali nemara celo prisilno privedi. Sam bi bil tedaj v skušnjavi, da o odločilnih spornih dejstvih ne bi zaslišal nikogar, saj odsotna stranka ne bi mogla pravočasno grajati te procesne kršitve v skladu z 286.b členom ZPP.

### 3.4. Ravnanje s tajnim gradivom

Nadvse dobrodošlo je novo (24.a) poglavje, ki ureja »ravnanje z vlogami, dokazi in odločbami, ki vsebujejo tajne podatke«. Pred desetimi leti je v delovnem sporu, v katerem je delavec (vojak? – iz objavljenih odločb nisem mogel razbrati) tožil državo, Delovno in socialno sodišče v Ljubljani spoznalo, da v ZPP ni pravil, ki bi hkrati zagotovila kontradiktornost tožniku in varstvo tajnih podatkov iz pravnega gradiva, na katero se je sklicevala toženka. S kakovostno zahtevo za oceno ustavnosti je zato Ustavnemu sodišču pomagalo, da je začasno zapolnilo protiustavno pravno praznino s kakovostno odločbo U-I-134/10-28 z dne 24. 10. 2013. Tako dozorela pravna snov je bila z novelo transponirana v novo poglavje zakona.<sup>101</sup>

Sodišče je zdaj upravičeno in dolžno uravnovešati konkurirajoče si interese. Zadeve, v katerih se odpre ta problem, se sicer redko znajdejo pred pravnim sodiščem,<sup>102</sup> vendar pa so tedaj najbrž takšnega »kalibra«, da bo poleg številnih drugih odločitev, ki jih mora sprejeti, sodnik z olajšanjem (in s hvaležnostjo do anonimne kolegice z delovnega sodišča, ki je to pot že prehodila) spoznal, da mu ni treba razmišljati še o vlaganju zahteve za oceno ustavnosti.

Edino mesto, ki bi ga bilo po mojem mnenju treba spremeniti (to je bilo sicer že del omejenjene začasne ureditve, ki jo je zagotovilo Ustavno sodišče), je pravilo o pritožbi zoper sklep o načinu dostopa do tajnega gradiva. Zoper takšen sklep namreč ni posebne pritožbe (peti odstavek 332.c člena ZPP). Ker pa ne bo uredil le pravic, ki zadevajo sami stranki, temveč bo posegel (potencialno nepopravljivo) tudi v javni interes, bi bilo po mojem bolje, da bi obstajala posebna pritožba.

### 3.5. Sankcioniranje žalitev

Prevzemanje iz ustavnosodne prakse samo po sebi ni jamstvo za dobro zakonodajo. Zakonodajalec je sklenil poseči v 109. člen ZPP tako, da če kdo v postopku žali sodnika, ta zato, da bi se ohranil videz nepristranskosti, lahko le predlaga drugemu sodniku, naj žalivca kaznuje. Pri tem je premalo kritično prevzemal iz odločbe Ustavnega sodišča z dne 28. 9. 2016 v združenih zadevah Up-185/14 in U-I-51/16. Po »kriterijih Engel« iz prakse ESČP je zlasti treba drugače presoјati, ali se žalitev sodišča kaznuje z zaporom (za tak primer je šlo v navedeni odločbi) ali pa samo z (nevisoko) denarno kaznijo; le prvo nedvomno pritegne konvencijska

<sup>101</sup> Zanimivo britansko izkušnjo opisuje Phillips, str. 29–32. Nazadnje je bila uzakonjena ureditev, ki v najskrajnejših primerih dovoljuje, da stranka v pravnem postopku ni niti v povzetku seznanjena z gradivom, na katero je oprta sodba, ki ji je v škodo ...

<sup>102</sup> Mene je »oplazilo« v neki zadevi po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI, Uradni list RS, št. 91/11), vendar sem tedaj izkoristil možnost iz Zakona o tajnih podatkih (ZTP, Uradni list RS, št. 8/20), da je za to pristojni predstojnik Specializiranega državnega tožilstva Republike Slovenije preklcal tajnost podatka. Sicer pa je novo ureditev po 24.a poglavju ZPP na našem oddelku morala uporabiti le enkrat ena od kolegic.

kazenska procesna jamstva, vključno z nepristranskim sodiščem, drugo pa morda sploh ne spada pod okrilje 6. člena EKČP. Ko se je pripravljaj ZPP-E, spreminjanja neplačanih denarnih kazni v zapor, ki ga je sprva poznal ZPP, v njem ni bilo več, s tem pa tudi ne potrebe po noveliranju. Kritika nasprotne percepcije (da je sprememba nujna) je bila dostopna že pred noveliranjem,<sup>103</sup> in vendar je zmagala strast do noveliranja.<sup>104</sup>

Bolje bi bilo omogočiti sodniku, da presodi, ali naj se promptly odzove na žalitev, ali pa je – tudi z vidika dejanske ali percipirane nepristranskosti – primerneje, da sankcioniranje prepusti drugemu sodniku, instanci (če je storjena v pritožbi) ali nemara celo državnemu tožilstvu (za hude ekscese – in to ne samo v sodni dvorani ali v vlogah, temveč kadar bi se prejudicial izid odprtega sojenja v medijih ali na družbenih omrežjih – bi bilo morda treba oblikovati ustrezno kaznivo dejanje, katerega pregon pa bi seveda lahko vodilo le tožilstvo). Bogata britanska praksa – ki pa je tako kot nobene druge ni mogoče neposredno presajati – uči, da je včasih izrazito primerno, da se sodišče nemudoma odzove na žalitve, storjene »*in the face of the court*«. <sup>105</sup> Tako se lahko takoj vzpostavi red in simbolni pomen sojenja (ne za sodnika, temveč za nasprotno stranko in za družbo na splošno, ki spremlja sojenje) kot urejenega in vrednotam razuma zavezanega reševanja sporov.

## 4. Epilog

Ko je bil ta članek že dokončan, me je razveselila sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 746/2019 z dne 26. 8. 2020 (poročevalka Lidija Leskošek), ki je v celoti sprejela zgoraj razdelani pristop za uveljavitev stališča o izjavljanju na prvem naroku, ki ne bi bilo neomejeno, in samo to stališče. *E pur si muove.*

<sup>103</sup> Galič 2013, str. 112–113. Kompletna kritika tudi v Galič 2017a, str. 22–25.

<sup>104</sup> Nenavadna je med drugim utemeljitev iz zakonodajnega gradiva, da je sprememba namenjena ohranitvi percepcije nepristranskosti sodišča, ki pa naj vendarle ne bi bila takšna, da bi upravičevala odklonitveni razlog za izločitev sodnika. Primerjaj Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku – redni postopek – novo gradivo št. 1 (EVA 2013-2030-0093 z dne 30. 11. 2016), str. 143.

<sup>105</sup> Primerjaj Denning, str. 3–18. Razen glede priporočene sankcije, za katero ni pristojen, se tudi naš prvostopenjski sodnik lahko ravna po teh vodilih: »Insults are best treated with disdain – save when they are gross and scandalous. Refusal to answer with admonishment – save where it is vital to know the answer. But disruption of the court or threats to witnesses or jurors should be visited with immediate arrest.« Str. 17.

## Literatura

- ARMOUR, John, HANSMANN, Henry, KRAAKMAN, Reinier. Agency Problems and Legal Strategies, v: Kraakman, Reinier H., in dr. (ur.), *The Anatomy of Corporate Law: a comparative and functional approach*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- BETETTO, Nina. V: Galič, Aleš, in Betetto, Nina, *Evropsko civilno procesno pravo I*. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office*. 9. izdaja. München: Evropski patentni urad, 2019. Dostopno na: <[www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/case-law.html](http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/case-law.html)> (18. 8. 2020).
- DENNING, Alfred. *The Due Process of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- EKART, Andrej, RIJAVEC, Vesna, UDE, Lojze, KERESTEŠ, Tomaž. *Zakon o pravdnem postopku (ZPP): z novelo ZPP-E, uvodna pojasnila*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2017.
- GALIČ, Aleš. Praktični pogled na novi zakon o pravdnem postopku: Pravica do kontradiktornega postopka. *Podjetje in delo*, 1999, št. 6-7, str. 1166–1176.
- GALIČ, Aleš. Vloga sodnika pri spodbujanju sodnih poravnav. *Zbornik znanstvenih razprav*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2002.
- GALIČ, Aleš. Razširitev sankcij prekluzije za prepozne navedbe, pripravljalne vloge ter za sklicevanje na procesne kršitve. *Podjetje in delo*, 2007, št. 6-7, str. 1034–1044.
- GALIČ, Aleš. Koncentracija glavne obravnave. *V. dnevi civilnega prava [konferenčni zbornik]*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, 2007, str. 11–22.
- GALIČ, Aleš. V: Ude, Lojze, in Galič, Aleš (ur.), *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*. 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- GALIČ, Aleš. Pravica do sodnega varstva v novejši praksi Evropskega sodišča za človekove pravice. *Pravosodni bilten*, 2013, letn. 34, št. 4, str. 83–113.
- GALIČ, Aleš. (In)compatibility of Procedural Reclusions with the Goals of Civil Justice: An Ongoing Debate in Slovenia, v: Uzelac, Alan (ur.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems*. Cham: Springer, 2014.
- GALIČ, Aleš. Kako daleč seže pravica do izjavljanja, ko ji nasproti stoji načelo koncentracije postopka. *Predavanje na Gospodarskopравни sodniški šoli*, Portorož, 19. 10. 2015 (2015a).
- GALIČ, Aleš. The Aversion to Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-Communist Countries: Can the Influence of EU Law Change It?, v: Bobek, Michal (ur.), *Central European judges under the European influence: the transformative power of the EU revisited*. Oxford, Portland: Hart, 2015b.
- GALIČ, Aleš. *Zakon o pravdnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo), z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona in stvarnim kazalom Aleša Galiča*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017a.
- GALIČ, Aleš. Priprava glavne obravnave po noveli ZPP-E. *Odvetnik*, 2017b, letn. 18, št. 3, str. 8–12.



- GOTTWALD, Peter. Rolf Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses. *LA-PL-MPI Summer School*, Max Planck Institute Luxembourg for International Procedural Law. Dostopno na: <[https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/rev\\_Rolf\\_Sturner.pdf](https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/institute/rev_Rolf_Sturner.pdf)> (12. 8. 2020).
- HAUSMANN, Hansjürgen. Sodnikova metodična priprava ustne obravnave v civilnopravnih zadevah. *Pravosodni bilten*, 2004, letn. 25, št. 1, str. 203–226.
- Hinweise zum Münchner Verfahren in Patentstreitsachen*. Dostopno na: <[www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/infoblatt\\_m\\_nchner\\_verfahren\\_\\_stand\\_12\\_2016\\_.pdf](http://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/infoblatt_m_nchner_verfahren__stand_12_2016_.pdf)> (18. 8. 2020).
- LEVOVNIK, Jure. Priprave na glavno obravnavo in glavna obravnava po noveli ZPP-E. *Odvetnik*, 2017, letn. 18, št. 3, str. 12–14.
- McEWAN, Ian. The Law versus Religious Belief. *The Guardian*, 2014. Dostopno na: <<https://www.theguardian.com/books/2014/sep/05/ian-mcewan-law-versus-religious-belief>> (5. 9. 2014).
- PHILLIPS, Nicholas. Closed Material. *London Review of Books*, 2014, letn. 36, št. 8.
- POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.
- POZNIĆ, Borivoje. *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 2009.
- URANKAR, Aleksander. Izdaja odločbe v rednem gospodarskem sporu brez oprave naroka za glavno obravnavo. *Pravna praksa*, 2015, letn. 34, št. 47, str. II–VI.
- UZELAC, Alan. *Istina u sudskom postupku*. Zagreb: Pravni fakultet, 1997.
- UZELAC, Alan. *Teret dokazivanja*. Zagreb: Pravni fakultet, 2003.
- UZELAC, Alan. Survival of the Third Legal Tradition?. *Supreme Court Law Review*, 2010, letn. 49, št. 2, str. 377–396.
- VOVK, Irena. Revolucionarne spremembe. *Pravna praksa*, 2016, letn. 35, št. 28, str. 31.
- TESTEN, Matija. Vpliv novele ZPP na položaj odvetnika. *XV. dnevi civilnega in gospodarskega prava*, Portorož, 2017.
- ZOBEC, Jan. Predlagane novosti glede zamudne sodbe in posledic izostanka ter glede vmesne sodbe na podlagi sporazuma strank. *Podjetje in delo*, 2007, št. 6-7, str. 1045–1065.



*Strokovni članek*  
*UDK 347.923:347.965*

# Vpliv novele ZPP-E na položaj odvetnika v pravi

BOJAN BREŽAN  
*univerzitetni diplomirani pravnik*  
*odvetnik, partner v sodelovanju*  
*z Odvetniško pisarno Schönherr –*  
*podružnica v Sloveniji*

## 1. Uvod

Pričakovanja zakonodajalca glede veljavnega Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-E)<sup>1</sup> so bila velika. Z obsežno novelo je želel modernizirati slovenski pravdni postopek in ga uskladiti z najnovejšimi svetovnimi trendi.<sup>2</sup> Glavni cilj novele je bil (kot tudi že v prejšnjih novelah) pospešitev in koncentracija postopka, kar je tudi z vidika odvetnika, ki zastopa (zgolj) interes stranke v postopku, poglobitvenega pomena. Poleg presoje materialnopravne utemeljenosti zahtevka je namreč predvidljivost postopka, tako s časovnega kot s stroškovnega vidika, tista ključna ocena, ki jo odvetnik deli s stranko in ki vpliva na njeno odločitev, ali in kako se bo v zadevi pravdala. Številne izmed novosti, ki jih prinaša ZPP-E, so usmerjene v dosego tega cilja, ki pa je, resda v še relativno kratki praksi, dosežen z mešanimi učinki. Če je imel zakonodajalec pri spremembah sojenja na pritožbeni stopnji dokaj »srečno roko«, pa so zlasti spremembe postopka priprave za glavno obravnavo na prvi stopnji obetale bistveno več.

Novela je prinesla tudi nekatere spremembe, ki so pomembne z vidika možnosti učinkovitejšega uveljavljanja pravic v postopku, saj strankam olajšujejo postavljanje zahtevkov in dokazovanje. Sem spadajo zlasti uvedba stopničaste tožbe in predpravdnega izvedenskega mnenja, določbe glede varstva poslovnih skrivnosti in spremembe pri edicijski dolžnosti.

Nekatere novosti, vnesene v zakon z novelo ZPP-E, naj bi na uporabnike, zlasti na odvetnike, vplivale »protistresno«.<sup>3</sup> Sem vsekakor lahko štejemo dobrodošla podaljšanja nekaterih rokov,

<sup>1</sup> Uradni list RS, št. 10/17.

<sup>2</sup> Poročevalec DZ, EPA 1650-VII z dne 5. 12. 2016, str. 10.

<sup>3</sup> Ude in dr. 2017, str. 20.

zlasti roka za pritožbo. Mnenja glede takšnega vpliva na odvetniško delo pri nekaterih drugih spremembah, na primer pri vročanju, pa so med kolegi odvetniki gotovo vsaj deljena.

## 2. Priprave za glavno obravnavo

Spremembe, ki jih prinaša novela ZPP-E glede priprav za glavno obravnavo, naj bi bile med ključnimi.<sup>4</sup> Sem spadajo zlasti uvedba pripravljalnega naroka, obveznost izdelave programa vodenja postopka, omejitve števila pripravljalnih vlog in s tem povezano vprašanje prekluzij. Žal pa so se zadržki, ki sta jih ob sprejetju zakona v zvezi s temi spremembami izražali pravna teorija in odvetniška praksa, izkazali za resnične.<sup>5</sup>

Pripravljalni narok naj bi bil namenjen skrbni pripravi na glavno obravnavo. Na njem sodišče s strankami odprto razpravlja o pravnih in dejanskih vidikih spora, da stranke dopolnijo svoje trditve in pravna naziranja ter predlagajo nadaljnje dokaze, se o njih izjavijo ter si prizadevajo skleniti sodno poravnavo. Namenjen je tudi izdelavi programa vodenja postopka (279.c člen ZPP). Zakonodajalec naj bi se pri uvedbi tega instituta zgledoval po avstrijski ureditvi pravnega postopka in arbitražnem pravu.<sup>6</sup>

Mišljeno je bilo, da se pripravljalni narok izvede pred narokom za glavno obravnavo in da med obema narokoma mine nekaj časa, v katerem bodo stranke opravile tista dejanja, ki so bila dogovorjena oziroma sprejeta v okviru programa vodenja. V bojazni, da bi bila ta ureditev v nezapletenih zadevah pretoga, pa je zakonodajalec vendarle predvidel, da se lahko narok za glavno obravnavo izvede tudi neposredno po pripravljalnem naroku.<sup>7</sup> Ni bilo težko napovedati, da se utegne v praksi ta izjema preleviti v pravilo, in tako se je tudi zgodilo. V veliki večini primerov, pa naj gre za zapleteno zadevo ali ne, sodišča prve stopnje oba naroka razpisujejo skupaj. S tem se izgubi dodana vrednost uvedene novosti, v povezavi z nekaterimi drugimi spremembami pa deluje celo kontraproduktivno.<sup>8</sup>

Najprej glede programa vodenja postopka. Ta naj bi vseboval pravno podlago, ki jo sodišče šteje za relevantno odločitev o tožbenem zahtevku glede na podane navedbe strank, dokazni sklep glede dokazov, ki sta jih stranki že predlagali, in število ali datume narokov za glavno obravnavo, na katerih naj bi sodišče izvajalo dokaze, če je to mogoče (279.č člen ZPP). Vsebi-

<sup>4</sup> Prav tam, str. 98.

<sup>5</sup> Primerjaj Galič 2017a in Levovnik.

<sup>6</sup> Poročevalec DZ, EPA 1650-VII z dne 5. 12. 2016, str. 180.

<sup>7</sup> Prav tam, str. 178.

<sup>8</sup> Kot je bilo napovedano – primerjaj Galič 2017a, str. 10.

na te določbe bi sicer lahko bila konkretnjša,<sup>9</sup> a določba bi vseeno lahko bila pomembna, če bi institucionalizirala izvedbo materialnega procesnega vodstva v (čim) zgodnejši fazi postopka. To velja zlasti glede pravne podlage spora, katere vsebina bi morala biti tudi v opredelitvi pravno relevantnih dejstev, ki naj se nato v postopku dokazujejo. Oziroma podrobneje, kot opozarja teorija: sodnik bi moral razčistiti pravno kvalifikacijo spora, glede na to ugotoviti abstraktni dejanski stan, ugotoviti, katera od zatrjevanih dejstev pomenijo abstraktnemu dejanskemu stanu odgovarjajoče elemente konkretnega dejanskega stanu, in ugotoviti, katera od teh dejstev so priznana, katera splošno znana in katera domnevana, katera pa so taka, da jih je treba dokazovati.<sup>10</sup> Na tej podlagi bi se sprejel dokazni sklep in določil časovni potek postopka.

Prednost zapisa pravne podlage na zapisnik, ki se nadaljuje v zapisnik o glavni obravnavi, pa je minimalna, zlasti če sodišče to obveznost razume preozko. V praksi je obseg navedbe pravne podlage v programu vodenja postopka pogosto zgolj zapis, da se za predmetni spor uporabijo določila, na primer, Obligacijskega zakonika ali pa določila z imenom in datumom navedene pogodbe, ki je predmet spora. Takšna opredelitev pravne podlage ne vpliva na pospešitev in koncentracijo postopka.

K temu cilju tudi ne prispeva navedba v programu vodenja postopka, da bo sodišče v zadevi predvidoma opravilo, na primer, tri naroke za glavno obravnavo. Tako namreč sodišča pogosto opravijo z obveznostjo, da naj program vsebuje število in datume narokov, na katerih bo sodišče izvajalo dokaze, če je to mogoče. Resničen vpliv na potek postopka bi imeli le vnaprej razpisani naroki, po možnosti razpisani v zaporednih dnevih ali časovno čim bolj strnjeno in ne več kot nekaj mesecev po opravljenem pripravljalnem naroku, pri čemer bi bilo iz programa razvidno, kateri dokazi bi se izvajali na katerem naroku in v zvezi s katerimi pravno relevantnimi dejstvi.

Časovna predvidljivost razpisa narokov res ni vedno mogoča, zlasti ne, če je v zadevi treba izvesti dokaz iz izvedencem, gotovo pa ne, če sodišče nima nadzora nad tem, koliko vlog z novimi dejstvi in dokazi bodo stranke še vložile ter kdaj nameravajo to storiti. Tu zakonodajalec sodnikom ni naredil usluge, saj po eni strani omejitev števila pripravljalnih vlog v programu vodenja postopka ni izrecno predvidena, po drugi strani pa je v zakon izrecno zapisana pravica strank, da lahko po pripravljalnem naroku tudi brez poziva sodišča neomejeno vlagajo

<sup>9</sup> Glede na to, da se je zakonodajalec skliceval na institute arbitražnega prava, zlasti na ICC Rules of Arbitration in na Ljubljanska arbitražna pravila, lahko ugotovimo, da ta vsebujejo bistveno več procesnega instrumentarija, ki arbitrom omogoča nadzor nad potekom postopka, zlasti tudi kar se tiče omejitev števila in obsega vlog – primerjaj na primer 23. in 24. člen ter Appendix IV ICC Rules (dostopno na: <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>>); 25. člen Ljubljanskih arbitražnih pravil (dostopno na: <<http://www.sloarbitration.eu/Arbitrazna-pravila-SI>>).

<sup>10</sup> Zobec v: Ude in dr. 2005, str. 364.

pripravljalne vloge (četrti odstavek 286. a člena ZPP). Čeprav so pomisleki, ali lahko ob takšni zakonski podlagi sodnik določi število vlog po pripravljalnem naroku,<sup>11</sup> utemeljeni, menim, da bi v praksi taka rešitev vendarle lahko učinkovito delovala. Če bi se stranke s sodiščem o takšni omejitvi, torej o številu vlog in roku, v katerem jih bodo vložile, na pripravljalnem naroku dogovorile, če bi tak program vodenja postopka vseboval še vnaprej razpisane naroke in če bi sodišča dosledno upoštevala določbe o prekluziji vlog, vloženi nepravčasno pred narokom, bi bilo primerov, ko bi stranke nenapovedano vlagale dodatne vloge, malo.

Omejitev števila pripravljalnih vlog po noveli ZPP-E je tako ostala na pol poti, kajti omejitev je vendarle predvidena v obdobju pred pripravljalnim narokom. Stranke lahko brez poziva sodišča vložijo le vsaka po dve pripravjalni vlogi, in to najpozneje 15 dni pred pripravljalnim narokom. Ta omejitev pa, zaradi prej navedenih pomanjkljivosti novele, ne le da ne prispeva k pospešitvi postopka, ampak v njem ustvarja anomalije. V primerih, ko sodišče pripravjalni narok razpiše skupaj z narokom za glavno obravnavo, torej v veliki večini primerov, omejitev omogoča, da stranke v postopku pred pripravljalnim narokom taktizirajo. Ena stranka lahko čaka z vložitvijo vloge do 15 dni pred pripravljalnim narokom in drugi s tem onemogoči odgovor. Sodišče v takem primeru drugi stranki običajno dovoli vložitev vloge bodisi na naroku za glavno obravnavo bodisi v na glavni obravnavi določenem roku, a s tem je kakršnakoli praktična korist omejitve glede pospešitve in koncentracije postopka odpravljena. Še več, nepredvidljiv potek postopka je celo poudarjen. Vlogi take stranke namreč nato sledi nova vloga nasprotna stranke, tej spet odgovor in tako dalje, brez učinkovitega nadzora in časovnega načrta.

Določba o omejitvi števila pripravljalnih vlog pred pripravljalnim narokom pa tudi ni preprečila prakse, ki spodbuja kopičenje pripravljalnih vlog. Omejitev se nanaša namreč le na vloge brez poziva sodišča. Sodišča pa, vse odkar je bila ta možnost uvedena z novelo ZPP-D,<sup>12</sup> pogosto ravnajo tako, da že od prejema odgovora na tožbo naprej ob vročitvi vsake vloge s pozivom določijo rok za odgovor. Ta rok je velikokrat brez posebnega premisleka določen na 15 dni, ne glede na obseg vloge, na katero se odgovarja, in zlasti ne glede na datum, ko sodišče namerava razpisati pripravjalni narok oziroma narok za glavno obravnavo. Ta se običajno izvede od 6 do 12 mesecev po vložitvi odgovora na tožbo, na bolj obremenjenih sodiščih pa še več.<sup>13</sup> S tem se število vloženi pripravljalnih vlog do naroka hitro namnoži.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Primerjaj Galič 2017a, str. 10.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

<sup>13</sup> Poročevalec DZ, EPA 1650-VII z dne 5. 12. 2016, str. 177.

<sup>14</sup> Primerjaj tudi Hajtnik.

### 3. Vročanje

Dolgoročno najpomembnejše spremembe, ki jih novela ZPP-E uvaja glede vročanja, bodo gotovo določbe, ki urejajo oziroma nadgrajujejo možnost elektronskega vročanja. Te bodo, skupaj s preostalimi določbami glede možnosti elektronskega poslovanja, prispevale k pospešitvi in večji preglednosti postopka – ko se bodo le začele uporabljati.<sup>15</sup> Ob sprejetju novele je bilo načrtovano, da bodo sodišča v pravnih postopkih začela elektronsko poslovati leta 2019, ko bodo izpolnjeni tehnični pogoji, a se to še ni zgodilo.<sup>16</sup> Praktične izkušnje iz tistih postopkov, pri katerih elektronsko poslovanje že poteka, pa kažejo, da bo uspešnost odvisna zlasti od zanesljivosti delovanja informacijskega sistema.

Z vidika praktičnega poslovanja odvetnikov je pomembnejša novost izrecna uvedba vročanja v poštni predal (139.b člen ZPP). Tak način vročanja se je v praksi odvetnikov sicer že uporabljal, a je, zaradi neenotnega stališča sodne prakse glede veljavnosti takega vročanja, izrecna ureditev dobrodošla.<sup>17</sup> Ker tudi pri vročanju v poštni predal velja razlika med osebnim in navadnim vročanjem, se v teoriji pojavljajo pomisleki, da je s tem sistemsko vgrajena možnost, da stranka vedno lahko doseže petnajstdnevni zamik pri osebni vročitvi.<sup>18</sup> Vprašanje je povezano s kritiko v praksi prisotnega načina sprejemanja pošiljk pravnih oseb in odvetnikov, ko se osebno vročana pošiljka ne prevzame takoj »v roke«, pač pa vročevalec v poštnem nabiralniku pusti obvestilo o vročeni pošiljki, ki jo naslovnik nato lahko v roku 15 dni prevzame na pošti. S tem naj bi prihajalo do zamud pri vročanju in v določenih primerih tudi do hudih kršitev ustavnih procesnih jamstev.<sup>19</sup> Ta kritika je bila v noveli ZPP-E naslovljena z določbo, da uslužbenec pošte ob dvigu pisanja preveri, ali naslovnika na pošti čaka še kakšno sodno pisanje. V takem primeru uslužbenec pošte naslovniku izroči vsa sodna pisanja, ki se vročajo osebno. Če jih naslovnik noče sprejeti, se šteje, da je sprejem pisanja odklonil (sedmi odstavek 142. člena ZPP, vsebinsko enako pa za elektronsko vročanje šesti odstavek 141.a člena).

Čeprav ne gre ugovarjati, da kritizirana praksa sprejemanja osebno vročanih pisanj ni (bila) skladna z namenom zakona, in tudi ne, da povzroča zamude in nepredvidljivost postopka, pa je z vidika presoje ustreznosti zakonske rešitve pomembno analizirati vzroke za takšno ravnanje. Prepričan sem, da večina odvetnikov redno sprejema sodno pošto in da tudi v primeru, ko določene pošiljke ne prevzame »v roke«, temveč jo dvigne na pošti, razlog za to ni namerno zavlačevanje postopka. Bolj gre za željo odvetnika, da si zagotovi primeren čas za kvalitetno

<sup>15</sup> Možnosti elektronskega poslovanja je sicer uvedla že novela ZPP-C (Uradni list RS, št. 52/07) leta 2007.

<sup>16</sup> Ude in dr. 2017, str. 34.

<sup>17</sup> Ude in dr. 2017, str. 55 in tam citirana sodna praksa.

<sup>18</sup> Galič 2018, str. 28.

<sup>19</sup> Galič 2018, str. 28. Primerjaj tudi Galič 2010.

pripravo vloge, pri kateri se bo običajno srečal z (nesorazmerno) kratkim rokom. Pri tem težava ni le časovna organizacija lastnega dela, temveč tudi – kar se pogosto pozablja – čas za zagotovitev potrebnih podatkov in dokazov. Za pridobitev teh odvetnik večinoma ni odvisen le od samega sebe, temveč nujno potrebuje sodelovanje (relevantnih oseb) stranke. Zato je poleg morebitne zasedenosti ali odsotnosti odvetnika iz pisarne relevantna tudi zasedenost oziroma odsotnost stranke, katere stališče o dejanskih vprašanih in aktivnost pri zbiranju dokaznega gradiva potrebuje.

Sistemsko smiseln način odprave takšne prakse je zato nadzor nad številom in časom vlaganja vlog ter s tem povezano zagotovitvijo ustreznega časa za pripravo vlog. Glede dosledne zagotovitve takšnih možnosti v postopku je bila, kot pojasnjeno, z novelo ZPP-E zamujena priložnost. »Rešiteve«, ki jo je ubral zakonodajalec, pa očitno izhaja iz napačnega razumevanja vzroka in zato možnosti zastojev v postopku pri vročanju ne preprečuje, temveč jih še povečuje. Če je prej odvetnik, ki je posegal po praksi izogibanja vročitve »v roke«, to počel le pri tistih pošiljkah, pri katerih je pričakoval izdatno vsebinsko delo, potrebno sodelovanje stranke in (pre)kratek rok, zdaj zaradi določbe o izročitvi vseh prispelih pošiljk naenkrat ravna tako pri vseh pošiljkah, ki se vročajo osebno, vključno z vabili na naroke. Zdaj namreč zaradi ene pošiljke, za katero odvetnik ocenjuje, da potrebuje ustrezen čas za odgovor, na pošti »stojijo« vse preostale pošiljke, dokler se ne prevzame kritična.

Z določitvijo možnosti vročanja v poštni predal je tako res vgrajena možnost (do) petnajst-dnevnega zamika pri vročanju, obenem pa se zaradi določbe o izročitvi vseh pošiljk naenkrat ta slaba praksa zamika pri vročanju v postopkih še povečuje. Po mojem mnenju bi bil napačen odziv na to prakso navadno vročanje vseh pripravljanih vlog, če bodo sodišča nadaljevala svojo slabo prakso določanja 15-dnevnega roka za odgovor, in sicer ne glede na obseg vloge, na katero se odgovarja, in siceršnji časovni potek postopka. Ustrezen dolg rok za odgovor na vlogo, zlasti če je določen v okviru vnaprej predvidenega časovnega načrta postopka, na časovni potek postopka ne vpliva negativno, temveč ravno nasprotno. Na to je opozorila teorija,<sup>20</sup> očitno pa to vsaj do neke mere razume tudi zakonodajalec, ki je z novelo ZPP-E podaljšal tako rok za pritožbo kot tudi običajno najkrajši dopustni rok za vlogo po 286.a členu ZPP.<sup>21</sup>

## 4. Postavljanje zahtevkov in dokazovanje

Novela ZPP-E je v zakon vnesla tudi številne novosti, ki strankam olajšujejo možnost ustreznega oblikovanja tožbenih zahtevkov in dokazovanja. To so zlasti določbe o stopničasti tožbi, predpravdnem izvedenskem mnenju, varovanju poslovne skrivnosti in edicijski dolž-

<sup>20</sup> Galič 2018, str. 50.

<sup>21</sup> Poročevalec DZ, EPA 1650-VII z dne 5. 12. 2016, str. 185.



nosti. Za tehtnejšo oceno teh sprememb je sicer minilo še premalo časa, a kljub temu velja opozoriti na nekatere praktične pomisleke.

Pri stopničasti tožbi gre za možnost sočasnega uveljavljanja dveh zahtevkov zoper isto toženo stranko tako, da se s prvim zahtevkom opredeljeno zahteva pridobitev določenih dejstev in dokazov, določitev drugega zahtevka pa je pridržana do pridobitve dejstev in dokazov na podlagi prvega zahtevka, na katerega se drugi zahtevek opira. Tako tožbo je torej mogoče vložiti, ko ima tožnik zahtevek za posredovanje informacij utemeljen v materialnem pravu – bodisi v zakonu bodisi v pogodbi. Čeprav se je mogoče strinjati s pomislekom, da je domet instituta s tem precej omejen, ker ne omogoča uporabe v primerih, kadar pridobitev informacij ni neposreden predmet zahtevka,<sup>22</sup> vendarle pomeni pomembno izboljšavo glede na možnosti, ki so bile na voljo pred novelo ZPP-E. Prej je moral namreč tožnik, če si je glede drugega, na primer denarnega zahtevka želel zagotoviti pretrganje zastaranja, objektivno kumulirati zahtevek na posredovanje informacij z drugim zahtevkom, pri čemer je tega drugega moral navesti »na pamet« in zanj tudi plačati sodno takso.

Vpliv na lažje oblikovanje tožbenega zahtevka naj bi imel tudi nov samostojni dokazni postopek z izvedencem, ki ga – na predlog stranke – sodišče postavi pred pravdo. Institut vsekar ni neproblematičen, saj odpira številna praktična vprašanja.<sup>23</sup> Dokazi z izvedencem imajo običajno veliko težo oziroma vpliv na končni uspeh v postopku; stranka, ki se z izvedenskim mnenjem ne strinja, je praviloma v zelo težavnem položaju, da doseže izvedbo dokaza z novim izvedencem. Ključno je, da stranka lahko vpliva na formulacijo vprašanj za izvedenca – torej da postavi svoja vprašanja ter tudi komentira vprašanja sodišča in nasprotne stranke. Da pa stranka to lahko stori, mora imeti možnost ugotoviti, katera dejstva so pravno odločilna, kateri drugi dokazi so na voljo oziroma za kakšen zahtevek sploh gre. V primeru predpravnega izvedenskega mnenja si je težko predstavljati, da bo toženi stranki to omogočeno v polni meri.

Vprašljivo je tudi, ali institut res pomeni dodano vrednost v postopku z vidika stiske tožeče stranke glede oblikovanja zahtevka. Za to, da stranka lahko postavi svoj zahtevek, zadošča, da ima na voljo dovolj informacij o dejstvih, ki jih zatrjuje, ni pa nujno, da so ta dejstva tudi že dokazana. Ustrezne trditve pa lahko postavi tudi na podlagi zasebnega izvedenskega mnenja, ki si ga pred pravdo pridobi sama in ki nima moči dokaza. V zvezi s tem tudi ne bi smela biti v stroškovno bistveno slabšem položaju, saj mora tudi stroške predpravnega izvedenskega mnenja založiti vnaprej, stroške zasebnega izvedenskega mnenja pa prav tako lahko uveljavlja kot stroške, ki so bili potrebni za pravdo (po 151. členu v povezavi s 155. členom ZPP).<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Galič 2018, str. 32.

<sup>23</sup> Primerjaj Galič 2018, str. 36.

<sup>24</sup> Primerjaj tudi sodbo VS RS II Ips 195/2015 z dne 14. 4. 2016.

V zvezi z olajševanjem položaja strank v postopku je treba omeniti še spremembe glede edicijske dolžnosti, vključno z določbami o varstvu poslovnih skrivnosti. Na splošno je mogoče oceniti, da so spremembe ustrezne. V praksi utegne biti zelo koristna zlasti obveznost izročitve listine tudi, kadar gre za obveznost, utemeljeno na pravnem poslu (in ne le na zakonu), prav tako je smiselna ukinitvev možnosti stranke, da odkloni izročitev listine, če bi s tem sebe spravila v hudo sramoto ali precejšnjo premoženjsko škodo. Nabor možnosti, ki jih ima sodišče v zvezi z (ne)razkritjem podatkov, kadar so ti poslovna skrivnost, je dovolj širok, da se omogoči učinkovito pravdanje.

## 5. Pravna sredstva

Spremembe, ki jih novela ZPP-E prinaša glede pravnih sredstev, so sistemsko morda celo najpomembnejše. V prvi vrsti gre tu za dokončno ukinitvev glede na vrednost predmeta dovoljene revizije, pomembne pa so tudi določene novosti na pritožbeni stopnji.

Utemeljena je ugotovitev zakonodajalca, da sta razveljavitev prvostopenjske odločbe in njena vrnitev v novo sojenje med najpomembnejšimi vzroki za dolgotrajnost pravnih postopkov.<sup>25</sup> Kot ugotavlja tudi teorija, ima to negativne posledice tako na čas trajanja postopkov kot na višino stroškov in njihovo predvidljivost.<sup>26</sup> Čeprav je že novela ZPP-D<sup>27</sup> dala na voljo dovolj podlage, da se o zadevi v čim več primerih dokončno odloči na drugi stopnji, pritožbena sodišča te možnosti v praksi niso dovolj pogosto uporabljala. Novela ZPP-E je zato uvedla možnost pritožbe zoper razveljavitveni sklep in ta v praksi že daje zelene učinke. Odločb Vrhovnega sodišča, s katerimi bi bilo tem pritožbam ugodeno, sicer še ni veliko, a očitno je že zgolj zave-danje o možnosti te pritožbe vplivalo na zmanjšanje odstotka razveljavitvenih sklepov.<sup>28</sup>

Z vidika dnevnega odvetniškega dela pa je najpomembnejša novost na pritožbeni stopnji zagotovo podaljšanje roka za pritožbo zoper sodbo na 30 dni. Sprememba je bila nujna, saj 15-dnevni, nepodaljšljiv rok za pritožbo zoper sodbo v obsežnejših zadevah gotovo ni bil primeren oziroma je bil celo ustavnopravno sporen.<sup>29</sup> V praksi sicer določene težave povzroča dejstvo, da je rok za pritožbo zoper sklep ostal 15 dni, nekatere prvostopenjske odločbe pa v

<sup>25</sup> Poročevalec DZ, EPA 1650-VII z dne 5. 12. 2016, str. 5.

<sup>26</sup> Galič 2018, str. 52.

<sup>27</sup> Uradni list RS, št. 45/08.

<sup>28</sup> Tako so, na primer, po podatkih sodne statistike leta 2016 slovenska višja sodišča v civilnih zadevah prvostopenjsko sodbo razveljavile v približno 18 odstotkih, leta 2019 pa v približno 14 odstotkih primerov. Podatki o sodni statistiki so dostopni na spletnih straneh <<http://www.podatki.gov.si/dataset/sodna-statistika-bilten>> in <[http://mp.arhiv-spletisc.gov.si/si/obrazci\\_evidence\\_mnenja\\_storitve/uporabni\\_seznami\\_imeniki\\_in\\_evidence/sodna\\_statistika/index.html](http://mp.arhiv-spletisc.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/uporabni_seznami_imeniki_in_evidence/sodna_statistika/index.html)>.

<sup>29</sup> Primerjaj Čeferin.

izreku vsebujejo tako sklep kot sodbo, ki sta vsebinsko povezana.<sup>30</sup> Ustrežneje bi bilo, da bi zakon dopuščal, da lahko prvostopenjsko sodišče v takih primerih dovoli enotno pritožbo v roku 30 dni.

Ukinitev glede na vrednost predmeta dovoljene revizije je, vsaj v odvetniških krogih, povzročila veliko pomislekov. Ti so se nanašali zlasti na vprašanje kakovosti sojenja na drugi stopnji.<sup>31</sup> Sam menim, da pomisleki niso utemeljeni, in se strinjam s stališčem, da je ravno reduciranje sodne prakse Vrhovnega sodišča izrazito koristno tudi z vidika odvetniškega dela.<sup>32</sup> Precej bolj kot absolutna možnost vložitve revizije – in sicer ne glede na pomembnost zadeve oziroma vrednost spora – na možnost učinkovitega uveljavljanja pravic vpliva konsistentna in zlasti bolj obvladljiva sodna praksa najvišjega rednega sodišča. Pri tem je seveda ključno, da so kriteriji za dopustitev revizije transparentni in v praksi dosledno izpeljani.<sup>33</sup>

## 6. Sklep

Ugotovimo lahko, da je novela ZPP-E v zakon vnesla pomembne spremembe, ki močno vplivajo tudi na potek in vsebino odvetniškega dela. V prvi vrsti gre tu za določbe v zvezi s pripravo za glavno obravnavo. Zaradi pretirane previdnosti in nedoslednosti rešitev cilj zakonodajalca glede pospešitve in koncentracije postopka v zvezi s temi spremembami ni bil dosežen. Kljub temu bi novela lahko imela večji učinek, če bi bil namen njenih določb v praksi dosledneje spoštovan. Ločeno razpisovanje pripravljalnega naroka in naroka za glavno obravnavo, temeljita izvedba programa vodenja postopka ter soglasje strank in sodišča glede števila in časa vlaganja pripravljalnih vlog bi lahko pomembno pripomogli k hitrejšemu, kakovostnejšemu in bolj predvidljivemu pravnemu postopku.

Z nekaterimi določbami je zakon po sprejetju novele ZPP-E tudi pomembno izboljšal možnost kvalitetnega pravljanja, predvsem sta koristni uvedba stopničaste tožbe in bolj smiselna ureditev edicijske dolžnosti. Nekatere spremembe v tej smeri pa so bile vendarle sprejete prehitro. Zlasti pri uporabi instituta predpravnega izvedenskega mnenja bi lahko prišlo do učinka, ki bo ravno nasproten od predvidenega.

Glavne spremembe pri postopkih s pravnimi sredstvi pa so po večini ustrezne ter že pozitivno vplivajo na potek pravnega postopka in na vsakodnevno odvetniško delo.

<sup>30</sup> Na primer sodbo o zavrnitvi dajatvenega zahtevka zaradi zastaranja in sklep o zavrnjenju tožbe glede vmesnega ugotovitvenega zahtevka zaradi pomanjkanja pravnega interesa.

<sup>31</sup> Primerjaj Mnenja in predlogi Odvetniške zbornice Slovenije glede sprememb in dopolnitev novele Zakona o pravnem postopku z dne 5. 9. 2016.

<sup>32</sup> Galič 2018, str. 56.

<sup>33</sup> V prvi vrsti gre za konkretizacijo pravnega pojma »pomembno pravno vprašanje«. Primerjaj Betetto.

## Literatura

- BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Bistvene novosti in spremembe po ZPP-E v pritožbenem postopku. *Pravni letopis*, 2017, str. 137–144, 252–253.
- BETETTO, Nina. O nekaterih vprašanih dopuščene revizije po ZPP-E. *Odvetnik*, 2019, letn. 21, št. 4, str. 7–15.
- ČEFERIN, Rok. Petnajstdnevni rok za vložitev pritožbe – kršitev pravice do pravnega sredstva?. *Pravna praksa*, 2013, letn. 32, št. 39, str. 9–10.
- GALIČ, Aleš. Vročanje pravnim osebam, podjetnikom in odvetnikom. *Pravna praksa*, 2010, letn. 29, št. 5, str. 22.
- GALIČ, Aleš. Priprava glavne obravnave po noveli ZPP-E. *Odvetnik*, 2017a, letn. 18, št. 3, str. 8–12.
- GALIČ, Aleš. Ugotavljanje dejanskega stanja na prvi in drugi stopnji v pravnem postopku. *Zbornik 43. Dnevi slovenskih pravnikov*, 2017b, št. 6–7, str. 1270–1278.
- GALIČ, Aleš. *Zakon o pravnem postopku (ZPP) (neuradno prečiščeno besedilo) z uvodnimi pojasnili k spremembam zakona*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2018.
- HAJTNIK, Zoran. Raziskava prakse določanja rokov za opravo procesnih dejanj po 286.a členu ZPP in vpliva dolžine določenih rokov na nadaljnji postopek. *Podjetje in delo*, 2014, letn. 40, št. 1, str. 153–180.
- LEVOVNIK, Jure. Priprave na glavno obravnavo in glavna obravnava po noveli ZPP-E. *Odvetnik*, 2017, letn. 18, str. 12–14.
- UDE, Lojze, GALIČ, Aleš (red.), in dr. *Pravdni postopek: zakon s komentarjem*. 2. knjiga. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2005.
- UDE, Lojze, RIJAVEC, Vesna, KERESTEŠ, Tomaž, EKART, Andrej. *Zakon o pravnem postopku z novelo ZPP-E, z uvodnimi pojasnili*. Ljubljana: IUS Software (GV Založba), 2017.



*Pravni letopis 2020*

Knjige FIDIC in njihova  
uporaba v praksi pri presoji  
gradbenih in projektantskih  
zadev

II.

VESNA KRANJC

*Uporaba pravil FIDIC pri oddaji javnih naročil*



*Kratki znanstveni prispevek  
Strokovni članek  
UDK 351.712:69*

# Uporaba pravil FIDIC pri oddaji javnih naročil

VESNA KRANJC  
*doktorica pravnih znanosti  
redna profesorica na Pravni fakulteti  
Univerze v Mariboru*

## 1. O javnih naročilih gradnje, ki so lahko podrejena pod pravila FIDIC

### 1.1. Splošno o poslih, ki jih urejajo pravila FIDIC

FIDIC je kratica za Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils oziroma Mednarodno zvezo svetovalnih inženirjev s sedežem v Lozani v Švici.<sup>1</sup> Organizacija je bila ustanovljena leta 1913 in deluje na svetovni ravni. Kot pove že ime, so njeni člani predvsem nacionalna združenja svetovalnih inženirjev, tudi slovensko Združenje za svetovalni inženiring, ki deluje pod okriljem Gospodarske zbornice Slovenije. Kot stanovska organizacija FIDIC uveljavlja interese svetovalnih inženirjev na različnih področjih. Svetovalni inženir je krovni pojem za različne inženirske poklice in osebe, ki so vključene v izvajanje gradenj in preostalih investicij tako, da svetujejo naročniku del ali da v interesu naročnika nadzirajo izvajanje del. Nadzor nad izvajanjem del s strani osebe, ki je formalnopravno ločena od izvajalca, v Sloveniji in tudi v primerjalnem pravu zahtevajo javnopravni predpisi. Pri nas je to Gradbeni zakon (GZ).<sup>2</sup> Ne glede na zahteve javnopravnih predpisov investitorji oziroma naročniki del ocenjujejo, da pri odločanju o investicijah in njihovem izvajanju potrebujejo posebno strokovno znanje in izkušnje, ki jim ga lahko nudijo le določene tretje osebe, fizične ali pravne. Zaradi tehničnega napredka, novih metod financiranja, mednarodnega sodelovanja in posledično zahtevnejših pravnih vprašanj se vloga svetovalnih inženirjev krepi, za vedno večjo vlogo in vpliv pa skrbi tudi FIDIC.

<sup>1</sup> O organizaciji FIDIC, njenih ciljih in aktivnostih: <<https://fidic.org>> (25. 8. 2020).

<sup>2</sup> Uradni list RS, št. 61/17, 72/17 – popravek, 65/20. Splošno o nalogah in pogojih za delo nadzornika glej 13. člen GZ.

FIDIC med drugim pripravlja vzorce pogodb oziroma splošne pogoje poslovanja za posamezne vrste poslov. Večina teh pogodbenih pravil ni namenjena pogodbenim razmerjem med svetovalnimi inženirji in naročniki njihovih storitev, ampak pogodbenim razmerjem med investitorji oziroma naročniki del in izvajalci ter dobavitelji opreme. Pri realizaciji teh razmerij FIDIC namenja svetovalnim inženirjem posebno vlogo, ki je odvisna tudi od narave posla.

Nekateri od poslov, ki so urejeni s posameznimi pravili FIDIC, so tudi v nacionalnih pravnih redih obravnavani kot posebni pogodbeni tipi, a ne vsi. Največkrat so ti posli povezani z izvajanjem gradbenih del. Obligacijski zakonik (OZ)<sup>3</sup> v 649. do 665. členu kot poseben pogodbeni tip ureja gradbeno pogodbo. V primerjalnem pravu ni vedno sistemizirana tako, podrejena je pravilom o podjemni pogodbi oziroma so v okviru podjemne pogodbe za izvajanje del, ki imajo naravo gradbenih del, predvidena posebna pravila.<sup>4</sup>

Vsa poslovna razmerja, v okviru katerih se izvajajo gradbena dela, niso podrejena pod gradbeno pogodbo po OZ oziroma niso podrejena zgolj pod pravila gradbene pogodbe. Po prvem odstavku 649. člena OZ je gradbena pogodba podjemna pogodba, s katero se izvajalec zavezuje, da bo po določenem načrtu v dogovorjenem roku zgradil določeno gradbo na določenem zemljišču ali da bo na takem zemljišču oziroma na že obstoječem objektu izvedel kakšna druga gradbena dela, naročnik pa se zavezuje, da mu bo za to plačal določeno ceno. V zvezi z izgradnjo objektov investitorji uporabljajo različne poslovne modele. Na primer, investitor lahko najprej naroči izdelavo idejne rešitve, na njeni podlagi naroči projektno dokumentacijo, sam poišče izvajalca, ki zgradi objekt, poišče izvajalca tehničnega nadzora, sam kupuje tehnično in drugo opremo za objekt. Lahko pa vsa potrebna dela prepusti istemu izvajalcu in tega izvajalca zaveže k realizaciji določenega cilja, na primer izgradnji sežigalnice odpadkov z določeno zmogljivostjo na določenem zemljišču. S pravnega vidika to pomeni, da naročnik pri realizaciji investicije vstopa v pravna razmerja z raznoliko pravno naravo. V prvem primeru sklepa s posameznimi izvajalci podjemno, mandatno, gradbeno oziroma prodajno pogodbo. V drugem primeru sklene tako imenovano mešano pogodbo, pri kateri se prepletajo elementi različnih pogodbenih tipov.

Skratka, OZ z izrecnimi pravili ne ureja vseh pravnih razmerij, ki nastajajo v poslovni praksi pri gradnji in preostalih investicijskih delih. Normira le tradicionalna, v poslovni praksi ustaljena in v pravni teoriji raziskana pravna razmerja, preostalih pa ne ureja z izrecnimi pravili. Če konkretnega pogodbenega razmerja ni mogoče podrediti pod katero od zakonsko urejenih pogodb, je uporaba in razlaga OZ nedvomno otežena. Posamezna izpolnitvena ravnanja je treba podrediti pod različna zakonska pravila; ta pravila lahko določajo nasprotujoče pravice ter obveznosti in podobno. Stranke se lahko vrsti nejasnosti in sporom izognejo tako, da

<sup>3</sup> Uradni list RS, št. 83/01, 28/06 – odločba US, 32/04, 40/07, 64/16 – odločba US in 20/18.

<sup>4</sup> Barendrecht in dr., str. 140–141, 311.



poskušajo same čim popolneje urediti pogodbeno razmerje. Ker gre pri opisanih poslih za kompleksna pogodbeno razmerja, podrejena pod različne pogodbene tipe, ki se izpolnjujejo daljše časovno obdobje in pri katerih po naravi stvari prihaja do vrste nepredvidenih okoliščin, priprava takšne pogodbe zahteva poglobljeno pravno, ekonomsko in tehnično znanje, s čimer pa vsi naročniki in tudi izvajalci ne razpolagajo. Pravila FIDIC nesporno olajšujejo sklepanje raznovrstnih poslov, ki se nanašajo na izvajanje gradenj. Bistvena prednost vključitve pravil FIDIC v pogodbeno pravila je popolnejša ureditev razmerja, kar olajšuje izpolnjevanje pogodbenih obveznosti in zmanjšuje možnosti sporov med pogodbenima strankama.

## 1.2. Kdaj uporabiti Rdečo, Rumeno in Srebrno knjigo FIDIC

Dejstvo, da je FIDIC pripravil raznolika pravila oziroma več splošnih pogojev, ne pomeni, da lahko pogodbeni stranki poljubno izbirata pravila. Uporaba pravil je odvisna od narave konkretnega razmerja in vrste del, ki jih naročnik prepušča izvajalcu. Za poslovno prakso, tudi slovensko, so najaktualnejši akti FIDIC: Rdeča, Rumena in Srebrna knjiga FIDIC.<sup>5</sup> Skrajšani naslovi aktov so poimenovani po barvi platnic tiskane izdaje oziroma barvi naslovnice.

Rdeča knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje gradbenih pogodb, za gradbena in inženirska del, ki jih načrtuje naročnik (FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer). Prvo izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja iz 2017.<sup>6</sup> Namen Rdeče knjige je razviden iz naslova:

- uporabi se za izvedbo gradbenih in inženirskih del ter
- pod pogojem, da načrt oziroma projekt zagotovi naročnik.

Tipično izpolnitveno ravnanje izvajalca del iz posla, ki mu je namenjena Rdeča knjiga, je primerljivo z izpolnitvenim ravnanjem iz pravil OZ o gradbeni pogodbi. Rdeča knjiga FIDIC je namenjena gradbenim in inženirskim delom, kar je enako kot pri gradbeni pogodbi po OZ. V Rdeči knjigi FIDIC ni izrecno poudarjeno, da je namenjena zahtevnejšim objektom ali zahtevnejšim storitvam, povezanim z gradnjo, kar izhaja iz OZ.<sup>7</sup> Ali so ta dela zahtevnejša ali ne, niti ni bistveno. Enako kot pri gradbeni pogodbi po OZ je ključno, da načrt zagotovi naročnik. Izraz načrt oziroma načrtovanje je uporabljen v naslovu splošnih pogojev (Pogoji gradbe-

<sup>5</sup> Podrobneje o vsebini vseh treh knjig v: The FIDIC Forms of Contract (glej Bunni). Pravila Rdeče knjige (po izdaji 1999) in Rumene knjige (po izdaji 1999) so celovito predstavljena v Koršič Potočnik 2017b.

<sup>6</sup> Čeprav je FIDIC pripravil spremenjeno in dopolnjeno izdajo, se lahko še naprej uporabljajo pravila iz leta 1999. Smiselno je, da stranki izrecno navedeta, po kateri izdaji pravil FIDIC sklepata pogodbo, sicer se domneva dogovor o uporabi zadnje izdaje.

<sup>7</sup> Po OZ so pod pravila gradbene pogodbe podrejena le zahtevnejša in kompleksna gradbena dela. OZ v 650. členu določa: »Z gradbo so mišljene v tem poglavju stavbe, jezovi, mostovi, predori, vodovodi, kanalizacije, ceste, železniške proge, vodnjaki in drugi gradbeni objekti, katerih izdelava terja večja in zahtevnejša dela.«

nih pogodb za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje naročnik), v nadaljevanju (člen 1.8) pa pravila govorijo o obveznosti naročnika, da izvajalcu predloži Specifikacijo (*Specification*)<sup>8</sup> in Risbe (*Drawings*).<sup>9, 10</sup>

Rdeča knjiga FIDIC med splošnimi obveznostmi izvajalca določa tudi obveznost načrtovanja oziroma projektiranja (4.1), a pod določenimi pogoji. Izvajalec projektira le v obsegu, določenem s pogodbo. Vodič FIDIC v komentarju člena 4.1 pojasnjuje, da mora popis del oziroma specifikacija jasno določiti tovrstno obveznost izvajalca.<sup>11</sup> Glede na zasnovo Rdeče knjige FIDIC je mišljeno, da se lahko izvajalcu prepusti le manjši del obveznosti glede načrtovanja, bistveni del načrta oziroma opisa pa zagotovi naročnik.

Nesporno je, da je Rdeča knjiga FIDIC namenjena poslom, ki so po OZ urejeni s pravili o gradbeni pogodbi.<sup>12</sup> Po Rdeči knjigi FIDIC in enako po OZ mora izvajalec izvesti vsa dela, ki so potrebna za realizacijo načrta, tudi dela, ki niso izrecno predvidena in opredeljena. Če stranki ne spremenita splošnih pogojev Rdeče knjige FIDIC, se vsa izvedena dela in njihove količine merijo. Naročnik mora izvajalcu plačati dejansko izvedene količine del. Torej mu mora plačati tudi dela, ki ob sklenitvi pogodbe niso bila predvidena, a so potrebna za realizacijo projekta (12. in 14. poglavje Rdeče knjige FIDIC). Določbe so primerljive s pogodbenim dogovorom o plačilu po ceni na enoto mere iz 654. člena OZ.

V Rumeni in Srebrni knjigi je plačilo izvajalcu določeno bistveno drugače.

Rumena knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje pogodb za obratno opremo, projektiranje in graditev za elektrotehnično in strojno obratno opremo in za gradbena in inženirska dela, ki jih načrtuje izvajalec (FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor). Izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja 2017.

<sup>8</sup> Glej člen 1.1.76 Rdeče knjige FIDIC: »Specifikacija pomeni dokument z naslovom Specifikacija, ki je vključen v pogodbi, in vse njegove dodatke ter spremembe, ki so skladni s pogodbo. Ta dokument podrobneje določa dela.«

<sup>9</sup> Glej člen 1.1.30 Rdeče knjige FIDIC: »Risbe pomenijo risbe del, ki jih vključuje pogodba, in vse dodatne in spremenjene risbe, ki jih izda naročnik (ali kdo drug v njegovem imenu) v skladu s pogodbo.«

<sup>10</sup> V pravilih FIDIC je vrsta pojmov/samostalnikov navedena z veliko začetnico, na primer Specifikacija, Risbe, Podizvajalec ... Vsi pojmi, ki so v besedilu navedeni z veliko začetnico, so pojasnjeni v uvodnih določbah k posameznim pravilom.

<sup>11</sup> FIDIC Contracts Guide, str. 96.

<sup>12</sup> FIDIC je za naročanje gradenj pripravil še ene splošne pogoje, naslovljene Kratka oblika pogodb (Short Form of Contract) ali Zelena knjiga FIDIC. Ta pravila se uporabljajo redkeje. FIDIC uporabo Zelene knjige priporoča za dela manjših vrednosti, takrat, kadar nameravajo stranke koreniteje poseči v ta pravila, in tudi za izvedbo del, ki jih načrtuje izvajalec sam (slednja seveda nimajo narave gradbene pogodbe po OZ).

Tudi iz uradnega naslova Rumene knjige FIDIC so razvidne ključne značilnosti poslov, ki bi naj bili podrejeni pod ta pravila. Pravila se uporabijo:

- za raznolike storitve, ki so povezane z gradnjo in dobavo opreme za objekte, ter
- pod pogojem, da dela načrtuje izvajalec.

Glavna razlika med Rdečo in Rumeno knjigo FIDIC je ta, da po Rumeni knjigi FIDIC dela načrtuje izvajalec, v primeru Rdeče knjige FIDIC pa načrt zagotovi naročnik. V Rdeči knjigi FIDIC je določena obveznost naročnika, da izvajalcu s specifikacijo, risbami in preostalimi dokumenti natančno določi, katera dela naj izvajalec izvede in kakšen naj bo rezultat teh del. Po Rumeni knjigi FIDIC je obveznost naročnika, da izvajalcu predstavi svoje Zahteve (*Employer's Requirements*).<sup>13</sup>

Kadar stranki sklepata posel po Rumeni knjigi FIDIC, naročnik okvirno predstavi nameravani objekt – namen objekta, njegove funkcije, poglobitve značilnosti, lahko tudi posamezne konkretne zahteve. Konkretizacija teh okvirnih zahtev pa je v pristojnosti izvajalca. To pomeni, da izvajalec na podlagi okvirnih pogojev pripravi načrt oziroma projektno dokumentacijo, v kateri upošteva opredeljene zahteve naročnika in nato izvede dela po načrtu ter tako, da zagotovi funkcionalnost objekta, kot je opredeljena z zahtevami naročnika (člen 4.1 Rumene knjige FIDIC). Če naročnik glede ureditve določenega vprašanja ne postavi svoje zahteve, izvajalec sam izbere rešitev, na primer med več možnimi tehničnimi rešitvami izbere izvedbeno rešitev izvajalec sam. Če je glede določenih del zahteva naročnika konkretizirana, jo mora izvajalec upoštevati kot takšno. Pri konkretizirani zahtevi je njegova avtonomija omejena.

Takšen način določitve pogodbenega predmeta pogojuje drugačen način plačila izvajalcu, vsaj po splošni ureditvi (14. poglavje Rumene knjige FIDIC). Ob sklenitvi pogodbe stranki določita pogodbeno ceno. Končno plačilo ni odvisno od dejansko izvedenih del in njihove količine. Naročnik mora izvajalcu plačati pogodbeno ceno, ki je določena ob sklenitvi pogodbe. Poleg tega plačila pa mora dodatno plačati le za dela, ki jih ob oddaji ponudbe oziroma sklenitvi pogodbe izvajalec ob potrebni skrbnosti ni mogel predvideti. Po Rumeni knjigi FIDIC način plačila temelji na pavšalno določeni pogodbeni ceni (*lump sum accepted contract amount*). Ob sklenitvi pogodbe popisa del niti še ni, saj se ta lahko pripravi šele po tem, ko je objekt konkretiziran s projektno dokumentacijo.

Način določitve končnega plačila je predstavljen okvirno. Rumena knjiga poleg okvirnega načina plačila določa plačilo za vrsto posebnih okoliščin (na primer za napake v zahtevah naročnika, za spremenjene zahteve naročnika ipd.).

<sup>13</sup> Glej člen 1.1.33 Rumene knjige FIDIC: »Zahteve naročnika pomeni dokument z naslovom Zahteve naročnika, ki je vključen v Pogodbi, in vse dodatke in spremembe tega dokumenta v skladu s Pogodbo. Ta dokument določa namen, obseg in/ali projekt in/ali druge tehnične kriterije za dela.«

Sklenitev posla po Rumeni knjigi FIDIC od izvajalca zahteva več znanja, saj ta prevzema večji obseg dela, raznovrstnejša dela in večja tveganja kot po Rdeči knjigi FIDIC.

Avtonomija volje na področju obligacijskega prava omogoča, da se naročnik in izvajalec dogovorita, da bo izvajalec načrtoval in zgradil objekt na podlagi okvirnih zahtev naročnika (posel, kot je opredeljen v Rumeni knjigi FIDIC), čeprav posel v OZ ni urejen z izrecnimi pravili. Zagotovo pa takšnega posla ni mogoče podrediti (zgolj) pod pravila OZ o gradbeni pogodbi, saj je tipično izpolnitveno ravnanje iz gradbene pogodbe po OZ izvedba del po načrtu, ki ga zagotovi naročnik, torej izvedba konkretno določenih gradbenih del. Pri izvedbi posla po Rumeni knjigi FIDIC gre za mešano pogodbo. Poleg elementov gradbene pogodbe so običajno vključeni elementi podjemne, prodajne oziroma mandatne pogodbe.

Srebrna knjiga FIDIC je skrajšano ime za Pogoje pogodb za dobavo, inženirske in gradbene storitve (FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects). Izdajo iz leta 1999 je nadomestila izdaja 2017. Dejansko je Srebrna knjiga FIDIC namenjena enakim vrstam storitev in dobav opreme kot Rumena knjiga FIDIC. To pomeni, da je namenjena:

- za raznolike storitve, ki so povezane z gradnjo in dobavo opreme za objekte, ter
- pod pogojem, da dela načrtuje izvajalec.

Poslov, ki jim je namenjena Srebrna knjiga FIDIC, ni mogoče primerjati s posli po Rdeči knjigi FIDIC. Posli po Rumeni in Srebrni knjigi FIDIC so primerljivi, a je med obveznostmi izvajalca po obeh pravilih bistvena razlika. Tudi pri poslih po Srebrni knjigi FIDIC naročnik postavi oziroma opredeli svoje Zahteve. Opredelitev pojma Zahteve Srebrne knjige FIDIC je enaka opredelitvi Zahtev po Rumeni knjigi FIDIC (glej člen 1.1.31 Rumene knjige FIDIC in člen 1.1.31 Srebrne knjige FIDIC). Na podlagi teh opredelitev izvajalec projektira, izvaja dela po projektu, dobavlja opremo, jo vgrajuje, izvaja gradbene in preostale storitve. Razlika med Rumeno in Srebrno knjigo FIDIC je v večjem riziku, ki ga prevzame izvajalec. Ob sklepanju pogodbe izvajalec ponudi ceno na podlagi zahtev naročnika. Cena, ki je po pogajanjih med naročnikom in izvajalcem določena v pogodbi, je še vedno tako imenovana pavšalna pogodbeno cena (14. poglavje Srebrne knjige FIDIC), a so pogoji za njeno spremembo v primerjavi z Rumeno knjigo določeni restriktivno.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Na primer po členu 4.12 Rumene knjige FIDIC bremenijo zamuda in stroški zaradi nepredvidljivih fizičnih razmer (*Unforeseeable Physical Conditions*) naročnika; po členu 4.12 Srebrne knjige FIDIC bremenijo nepredvidljive težave (*Unforeseeable Difficulties*) izvajalca. Po Rumeni knjigi FIDIC riziko zaradi napake v svoji Zahtevi nosi naročnik, razen če bi izvajalec to napako moral zaznati ob sklenitvi pogodbe (člen 5.1 Rumene knjige). Po Srebrni knjigi FIDIC riziko zaradi napake v Zahtevi naročnika načelno nosi izvajalec in samo pod posebnimi pogoji naročnik (člen 5.1 Srebrne knjige FIDIC). Dejstvo, ali riziko za določeno okoliščino nosi izvajalec ali naročnik, se odraža predvsem v končnem plačilu in odgovornosti za zamudo za dokončanje posla v roku.

Naročnik se odloči za oddajo posla po Srebrni knjigi FIDIC, kadar sam ne zna ali noče voditi izvedbe in želi obenem čim več rizikov prenesti na izvajalca. Ob sklenitvi pogodbe se določi cena in naročnik računa, da je to »končna« cena, ki jo bo plačal za izvedbo posla oziroma do točke, ki zagotavlja delovanje objekta. Za izvajalca velja nasprotno. Prevzema večji riziko, zato je izvedba posla po Srebrni knjigi FIDIC v interesu tistega izvajalca, ki ima bogato znanje in izkušnje s posli določene vrste ter zato zna predvideti vse rizike in stroške že ob oddaji ponudbe oziroma sklenitvi pogodbe ter rizike in stroške vključiti v ponujeno ceno.<sup>15</sup>

V naslovu Srebrne knjige FIDIC je navedeno, da je namenjena projektom na ključ (*Turnkey Projects*). Klavzulo na ključ oziroma ključ v roke pojasnjuje tudi 659. člen OZ v poglavju Gradbena pogodba. Posla, kot je opredeljen v Srebrni knjigi FIDIC, ni mogoče podrediti pod pravila OZ o gradbeni pogodbi. Narava posla, ki se izvaja po Srebrni knjigi FIDIC, je odvisna od konkretnih izpolnitvenih ravnanj. Največkrat bo to mešani posel, za katerega se bodo uporabila posamezna pravna pravila več pogodb – predvsem prodajne, podjemne in gradbene pogodbe. Zgolj zaradi enakega izraza – pogodba na ključ – pravne narave posla po Srebrni knjigi FIDIC ni mogoče enačiti z gradbeno pogodbo na ključ po 659. členu OZ.

### 1.3. Pravila FIDIC in postopki javnega naročanja

Zakon o javnem naročanju (ZJN-3)<sup>16</sup> normira različne postopke oddaje javnih naročil. Odprti in omejeni postopek sta formalizirana in ne omogočata sodelovanja ponudnika (na primer izvajalca gradnje) pri določitvi vsebine pogodbenih obveznosti. Pri postopkih, ki načelno omogočajo sodelovanje kandidatov pri določitvi predmeta javnega naročanja (na primer konkurenčni dialog ali konkurenčni postopek s pogajanjem), mora naročnik ne glede na to možnost v določeni fazi postopka pripraviti osnutek pogodbene vsebine, zainteresirani ponudnik pa mora privoliti v predloženo pogodbeno vsebino. Osnutek pogodbe je del razpisne dokumentacije v vseh postopkih javnega naročanja. Uporaba aktov FIDIC olajšuje naročnikovo delo, obenem pa ima ta v primeru sklenitve pogodbe po pravilih FIDIC zagotovilo, da so medsebojne pravice in obveznosti konkretizirane in urejene s premišljenimi pravili. Naročnik v

<sup>15</sup> The FIDIC Contracts Guide, str. 12, odsvetuje uporabo Srebrne knjige FIDIC v primerih:

- ko ob sklepanju pogodbe ni dovolj časa ali podatkov, da bi izvajalec temeljito preučil Zahteve naročnika;
- če je za dokončanje objekta treba izvesti obširna podzemna dela ali dela na področju, ki ga izvajalec ni mogel preučiti;
- če želi naročnik del podrobno spremljati ali nadzirati delo izvajalca ali večino njegovih načrtov, saj je Srebrna knjiga FIDIC namenjena poslom, pri katerih ima izvajalec večjo avtonomijo pri realizaciji ciljev;
- če pogodbeni stranki načrtujeta, da bo zahteve po vmesnih plačilih temeljito preveril naročnik, saj Srebrna knjiga FIDIC ne predvideva, da bi nadzorni inženir imel pristojnosti oziroma upravičenja za naročnika.

Za opisane okoliščine se svetuje podreditev posla pod Rumeno knjigo FIDIC.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 91/15 in 14/18.

razpisni dokumentaciji enostavno navede, da so medsebojne pravice in obveznosti ob izvedbi javnega naročila urejene z določenimi pravili FIDIC.<sup>17</sup>

Naročnik pa mora upoštevati, ali tipično izpolnitveno ravnanje in narava dela omogočata uporabo določenega akta FIDIC. Na primer, če ob oddaji javnega naročila gradnje še nima načrta oziroma projektne dokumentacije, pogoji za uporabo Rdeče knjige FIDIC seveda niso izpolnjeni.

V posameznih primerih naročniki z razpisno dokumentacijo spreminjajo pravila FIDIC. Posegi v akte FIDIC morajo biti premišljeni, kar velja ne glede na to, ali gre za javno naročilo. Nobenega dvoma ni, da so spremembe dovoljene. Nesistemsko poseganje v določbe splošnih pogojev pravil FIDIC pa lahko privede do nejasnih ali nasprotujočih si ureditev pogodbenih obveznosti. Sestavljavci splošnih pogojev so to upoštevali in poleg splošnih pogojev Rdeče, Rumene in Srebrne knjige FIDIC predvideli tudi tako imenovana navodila oziroma vodič za spremembo splošnih pogojev.

Pojem gradba oziroma gradnja iz obligacijskih pravil nima enake vsebine kot gradnja oziroma javno naročilo gradnje po pravilih javnega naročanja. OZ v 650. členu pod pojem gradbe oziroma gradnje uvršča le zahtevnejša in kompleksnejša dela, ki se nanašajo na nastanek najrazličnejših objektov. Opis javnega naročila gradnje iz 2. točke prvega odstavka 2. člena ZJN-3 pod pojem gradnje uvršča bistveno bolj raznolika dela, dejansko vsa dela, ki so namenjena dokončanju ali obnovi objekta.<sup>18</sup> Opis gradnje v javnem naročanju ima drugačne cilje kot obligacijska pravila. Javna naročila se delijo na naročila blaga, storitev in gradenj. Ker se pri gradnjah zahteva izpolnjevanje javnonaročniških obveznostih šele pri više ocenjenih naročilih, pravila preprečujejo, da se pod pojem gradnje ne bi podrejali tudi nakupi blaga in naročila storitev. Opis del po pravilih FIDIC je primerljivejši z opisom gradnje po pravilih javnega naročanja.

<sup>17</sup> Vsaka knjiga ima priložen vzorec tako imenovanega Pogodbenega sporazuma (*Contract Agreement*), ki obsega zgolj eno stran. V ta Pogodbeni sporazum se vpišejo stranke, kraj in datum sklenitve oziroma kraj in datum, ko stranki podata izjavo, ter se navedejo dokumenti, ki sestavljajo oziroma dopolnjujejo ta pogodbeni sporazum (Pismo o sprejemu Ponudbe z dne ..., Ponudbeno pismo z dne ..., Pogodbeni pogoji – na primer Rdeča, Rumena ali Srebrna knjiga FIDIC, Načrti, Specifikacije, Risbe ...).

<sup>18</sup> ZJN-3 v 2. in 3. točki prvega odstavka 2. člena določa:

»Javno naročilo gradenj pomeni vsako javno naročilo, katerega predmet je:

- a) izvedba gradenj ali projektiranje in izvedba gradenj, povezanih z eno od dejavnosti s Seznama dejavnosti na področju gradenj;
- b) izvedba gradnje ali projektiranje in izvedba gradnje;
- c) izvedba gradnje s katerimi koli sredstvi po navodilih naročnika, ki odločilno vpliva na vrsto ali projektiranje gradnje.

Gradnja pomeni zaključeno visoko ali nizko gradnjo kot celoto, ki je samozadostna pri izpolnjevanju določene gospodarske ali tehnične funkcije.«

V Sloveniji se vedno več naročil, ki obsegajo izvajanje gradbenih del, oddaja po pravilih FIDIC. Dejansko so javni sektor oziroma naročniki v njem prvi začeli oddati posle po pravilih FIDIC. DARS že vrsto let sklepa gradbene pogodbe po Rdeči knjigi FIDIC, kar nekaj objektov komunalne infrastrukture pa je bilo oddanih po Rumeni knjigi FIDIC. Javnemu sektorju so začeli slediti tudi zasebni investitorji.

Oddaja poslov po aktih FIDIC dodatno spodbuja izvajalce, da sodelujejo v postopkih javnega naročanja. Izvajalci oziroma možni ponudniki so tudi tuje pravne osebe, pri oddaji javnih naročil pa naročniki kot merodajno pravo določijo slovensko pravo, torej pravo, ki ga tujci ne poznajo. Akti FIDIC so med izvajalci poznani. Tudi v interesu nekaterih financerjev (Evropske banke za obnovo in razvoj, Evropske investicijske banke) je, da se posli oddajajo po pravilih FIDIC.

## 2. Aktualna vprašanja uporabe pravil FIDIC v slovenski praksi javnega naročanja

### 2.1. Nominirani podizvajalec v pravilih FIDIC in praksi javnega naročanja

Pojem nominirani podizvajalec ima v pravilih FIDIC in v javnem naročanju različna pomena, kar vpliva na uporabo in razlago pravnih pravil.

ZJN-3 ne govori izrecno o nominiranih podizvajalcih; določa le obveznosti ponudnikov, izbranega ponudnika in naročnika do podizvajalcev. Državna revizijska komisija za revizijo postopkov javnega naročanja (DKOM) pa, tako kot tudi pravna teorija in praksa javnega naročanja, v svojih odločitvah nekatere podizvajalce imenuje nominirani podizvajalec. Pojem podizvajalec ima po pravilih javnega naročanja primerljiv, a ne povsem enak pomen kot v obligacijskem pravu. Podizvajalec je oseba, ki na strani izvajalca javnega naročila (na strani glavnega izvajalca) sodeluje pri izvedbi javnega naročila. Podizvajalec ni v pogodbenem razmerju z naročnikom del, ampak z glavnim izvajalcem. Po 630. členu OZ izvajalec za delo podizvajalcev odgovarja objektivno, v primerjalnem pravu je enako. Naročnikova obveznost do podizvajalca glede neposrednega plačila pa je posebnost slovenske pravne ureditve. Čeprav podizvajalec ni pogodbeni stranka naročnika in je zgolj v pogodbenem razmerju z glavnim izvajalcem, lahko kljub temu pod posebnimi pogoji iz 631. člena OZ zahteva neposredno plačilo od naročnika del – tj. kadar mu njegova pogodbeni stranka, to je glavni izvajalec, še ni plačala dospele terjatve. Kumulativno morajo biti izpolnjeni naslednji pogoji:

- priznanje glavnega izvajalca o obstoju podizvajalčeve terjatve do glavnega izvajalca,
- podizvajalčeva terjatev do glavnega izvajalca mora biti dospela,
- izvajalčeva terjatev do naročnika mora biti dospela,

- obe terjatvi se morata nanašati na ista dela (morata biti koneksni),<sup>19</sup>
- podizvajalec mora zahtevati plačilo od naročnika.

Pri razlagi vsakega od pogojev se postavljajo vprašanja. Odgovori v teoriji in sodni praksi niso vedno enotni.<sup>20</sup> V poslovni praksi pa varstvo podizvajalcev po 631. členu OZ največkrat ni učinkovito, ker pogoji niso dejansko izpolnjeni – glavni izvajalec ne pripozna zahtevka ali pa je naročnik že plačal glavnemu izvajalcu.

Ker gre pri javnih naročilih za porabo javnih sredstev, je v javnem interesu, da prejmejo plačilo vsi, ki sodelujejo pri izvedbi javnega naročila. ZJN-3 poskuša dodatno varovati položaj podizvajalcev. V 94. členu ZJN-3 je za zaščito podizvajalcev glede plačila določena vrsta obveznosti na strani naročnika in na strani ponudnikov. Razpisna dokumentacija naročnikov poziva ponudnike, naj že ob predložitvi ponudbe navedejo morebitne podizvajalce. Zanje morajo predložiti določena dokazila in izjave o izvedbi plačila. ZJN-3 od ponudnikov ne zahteva, da podizvajalce navedejo že v ponudbi. Izbrani ponudnik, dejansko glavni izvajalec, se lahko za izvedbo s podizvajalci odloči pozneje, med izvedbo naročila, in takrat izpolni obveznosti glede podizvajalca iz 94. člena ZJN-3. Izraz nominirani podizvajalec se je najprej uporabljal za podizvajalce, ki jih je ponudnik navedel že ob predložitvi ponudbe. V zadnjem času se pojma nominirani podizvajalec ali nominiranje podizvajalca uporabljata za vse primere, ko ponudnik ali pa že izbrani izvajalec naročniku sporoči, kdo so njegovi podizvajalci. Uporablja se torej za primere, ko ponudnik oziroma izbrani izvajalec imenuje oziroma nominira podizvajalce.<sup>21</sup> Pravila OZ ne določajo obveznosti glavnega izvajalca, da naročniku del sporoči, ali oziroma s katerimi podizvajalci bo izvajal dela. Seveda je lahko s pogodbo določeno drugače. Pravila javnega naročanja zahtevajo, da je naročnik obveščen o podizvajalcih, predvsem zaradi zagotavljanja plačila podizvajalcem.

Rdeča knjiga FIDIC ima posebno poglavje o podizvajalcih (*Subcontracting*).<sup>22</sup> V členu 5.1:

- opozarja, da se lahko omeji obseg dela, ki naj bi ga namesto glavnega izvajalca izvajali podizvajalci;
- določa odgovornost glavnega izvajalca za delo podizvajalcev;

<sup>19</sup> Glede pogoja o koneksnosti je bila sprejeta avtentična razlaga, Uradni list RS, št. 20/18.

<sup>20</sup> O spornih vprašanjih glej Koršič Potočnik 2017a, str. 1126–1131. O sodni praksi glede podizvajalskih razmerij tudi Seljak, str. 1143–1145. O pravilih OZ in pravilih javnega naročanja o obveznosti naročnikov do podizvajalcev glej Kranjc 2014, str. 103–116.

<sup>21</sup> V razpisni dokumentaciji je na primer določeno: »V kolikor ponudnik ne razpolaga z lastno referenco in se pri izvedbi posla sklicuje na drug gospodarski subjekt, mora ta gospodarski subjekt v ponudbi nominirati kot podizvajalca, slednji pa mora izvesti najmanj 50 odstotkov vrednosti del, za katera izkazuje referenco.«

O nominiranih podizvajalcih govori vrsta odločitev DKOM, med njimi o nominaciji podizvajalcev v ponudbi, naknadno sklep DKOM 018-033/2020-4 z dne 12. 3. 2020.

<sup>22</sup> Določena vprašanja podizvajalcev urejata tudi Rumena in Srebrna knjiga FIDIC.



- ureja soglasje nadzornega inženirja ob predlogu glavnega izvajalca za delo s podizvajalcem.

V členu 5.2 pa ureja razmerja glede nominiranih podizvajalcev (*Nominated Subcontractors*). V zvezi z obravnavanimi vprašanji je treba opozoriti na drugačno vsebino pojma nominirani podizvajalec. Nominirani podizvajalec je tisti, ki je v pogodbi naveden kot imenovani podizvajalec ali tisti, za kogar je nadzorni inženir (v skladu s pooblastili naročnika) izvajalcu naročil, naj ga vključi v izvedbo del (člen 5.2.1 Rdeče knjige FIDIC). Nominiranega podizvajalca ne določi glavni izvajalec (kar velja za »običajnega« podizvajalca), temveč naročnik del. Glavni izvajalec prevzame obveznost izvedbe pretežnega dela izgradnje, nominirani izvajalec pa njegov posebni del, običajno specialna dela. Vrsta praktičnih razlogov na strani naročnika utemeljuje, da ta poleg glavnega izvajalca posla določi tudi izvajalca posebnega dela. V posel želi vključiti specialista, zagotoviti vgradnjo točno določene opreme, ob tem pa zagotoviti, da vsa dela potekajo pod okriljem glavnega izvajalca.<sup>23</sup> Rdeča knjiga FIDIC ureja še pogoje in okoliščine, ko lahko glavni izvajalec ugovarja imenovanju določenega podizvajalca (člen 5.2.2, na primer, da ni dovolj usposobljen), ter poleg tega še način plačila imenovanim podizvajalcem (člen 5.2.3) in način evidentiranja plačila (člen 5.2.4).

Tudi po Rdeči knjigi velja, da je podizvajalec v pogodbenem razmerju z glavnim izvajalcem oziroma da ni v pogodbenem razmerju z naročnikom del. Rdeča knjiga FIDIC ne pojasnjuje, kakšna je pravna narava razmerja med nominiranim podizvajalcem in naročnikom, prav tako ne obravnava pravne narave razmerja med nominiranim podizvajalcem in glavnim izvajalcem. Za razlikovanje od položaja podizvajalca je treba upoštevati, da nominiranega podizvajalca določi naročnik oziroma nadzorni inženir kot pooblaščenec naročnika. Dejstvo, da lahko glavni izvajalec ugovarja njegovi določitvi, še ne pomeni, da se smejo obveznosti glavnega izvajalca do podizvajalca enačiti z nominiranim podizvajalcem. Menim, da določba 630. člena OZ o objektivni odgovornosti izvajalca za delo podizvajalcev načelno ne velja za primer imenovanega podizvajalca in da se v primeru imenovanega podizvajalca v večini primerov vzpostavi tudi pogodbeno razmerje med naročnikom del in tako imenovanim nominiranim podizvajalcem.<sup>24</sup> Predvsem presoja slednjega pa je odvisna od vrste konkretnih okoliščin. Če naročnik ne konkretizira obveznosti tako imenovanega nominiranega podizvajalca in zahteva »zgolj« njegovo vključitev, to še ne pomeni, da je oseba v kakršnemkoli pogodbenem razmerju z naročnikom. Skratka, okoliščine ob zahtevi naročnika, da specialna dela opravi točno določena oseba, to je nominirani podizvajalec, so v praksi različne in zato ni mogoče podati enoznačnega odgovora o vseh pravnih vprašanjih.

<sup>23</sup> Povzeto po Glover, Highes, str. 136.

<sup>24</sup> Vukmir, str. 59, pritrjuje, da je pravni položaj nominiranega podizvajalca specifičen, a zagovarja stališče, da izvajalec odgovarja na enak način tudi za delo imenovanega podizvajalca.

V primerih, ko naročnik ob oddaji posla od izvajalca zahteva, da uporabi določeno tehnično opremo ali opremo določene blagovne znamke, a je krog ponudnikov te opreme omejen (tudi če je ponudnik en sam), to še ne pomeni, da je naročnik nominiral podizvajalca po pravilih FIDIC.

V povezavi z javnim naročanjem pa se odpira vprašanje, ali naročnik sme določiti podizvajalca – torej nominiranega podizvajalca po pravilih FIDIC.

Poglavitni cilj pravil o oddaji javnih naročil je zagotoviti vsem zainteresiranim osebam, da lahko konkurirajo za pridobitev naročnikovega posla. Oseba torej pridobi javno naročilo le, če je bila izbrana v pogojih, ki so omogočili konkuriranje. Če bi naročnik osebo, ki naj bi izvedla del določenega posla (na primer izdelovalca specialne opreme), izbral po pravilih javnega naročanja, bi smel tudi ob oddaji celotnega posla (na primer ob izgradnji objekta, pri kateri pa je del posla vgradnja specialne opreme) zahtevati od ponudnikov in nato od izbranega izvajalca, da vključi v izvedbo posla določeno osebo – imenovanega podizvajalca po pravilih FIDIC. V primeru, da oseba, glede katere bi naročnik v razmerju do izvajalca zahteval, naj jo vključi v posel kot nominiranega podizvajalca, ni bila izbrana v postopku javnega naročanja, pa je naročnikova zahteva do izvajalca, naj del posla izvede točno določena oseba, dovoljena le, če obstajajo okoliščine iz ZJN-3, ki omogočajo dodelitev naročila blaga, storitve ali gradnje neposredno, brez odpiranja konkurence. »Običajnega« podizvajalca ne izbere naročnik, ampak glavni izvajalec. Slednjega ob izbiri svojih pogodbenih partnerjev ne obvezujejo pravila javnega naročanja.

## 2.2. Izvedba posla po pravilih FIDIC kot referenčni pogoj pri oddaji javnega naročila

V postopku oddaje javnega naročila naročnik opiše zahteve, ki morajo biti izpolnjene v zvezi s predmetom javnega naročila (pogoji predmetne narave, na primer lastnosti blaga, količina, kraj in čas dobave ipd.), in zahteve, ki morajo biti izpolnjene pri samem ponudniku (pogoji osebne narave). Zahteve, okoliščine oziroma lastnosti na strani ponudnika opredeljujejo sposobnost ponudnika. Okoliščine na strani ponudnika so lahko določene kot pogoj ali merilo. Če je neka okoliščina določena kot pogoj, jo ponudnik mora izpolniti, sicer se mu ne prizna sposobnost oziroma bo takšen ponudnik izključen iz postopka. Pogoji so lahko določeni v negativnem (na strani ponudnika določena okoliščina ne sme biti izpolnjena) ali pozitivnem smislu (na strani ponudnika določena okoliščina mora biti izpolnjena). ZJN-3 v 75. členu določa obvezne pogoje za ugotavljanje sposobnosti ponudnikov, v 76. členu pa usmerja naročnike pri določitvi fakultativnih pogojev. Okoliščine osebne narave so lahko določene tudi kot merilo za izbiro. ZJN-3 določa obveznosti v zvezi z merili v 84. in 85. členu. Med pojmom pogoj in merilo je bistvena razlika. Če je okoliščina določena kot pogoj, a pri ponudniku

ni izpolnjena, je izločen iz postopka oddaje javnega naročila. Ponudnik mora izpolnjevati vse zakonske pogoje in vse fakultativne pogoje. Pogoji so izključevalne narave. Merila pa so namenjena medsebojnemu primerjanju ponudb. Tudi če ponudnik ne izpolnjuje določenega merila, se njegova ponudba primerja s preostalimi. Ali bo ocenjena više ali niže, pa je odvisno od pomena merila, kot ga določi naročnik v razpisni dokumentaciji.

V slovenski praksi javnega naročanja se postavlja vprašanje, ali se kot pogoj za priznanje sposobnosti lahko določi referenčno sodelovanje pri poslih po pravilih FIDIC. Smiselno enako velja za primer, ko je referenca o sodelovanju pri poslih po pravilih FIDIC določena kot merilo.

Načelno velja, da so naročniki pri določitvi pogojev avtonomni, seveda z omejitvijo, da pogoji ne smejo biti neupravičeno diskriminatorni. Pogoj je neupravičeno diskriminatoren, če ni povezan s predmetom javnega naročila. Naročnik sme postaviti le takšne pogoje, ki so pri oddaji naročila določene vrste smiselni in običajni v poslovni praksi. V praksi se pogosto pojavita vprašanje, ali je smiselno določiti strožje pogoje in tako omejiti krog oseb, ki lahko konkurirajo za pridobitev javnega naročila, ter vprašanje, ali je določen pogoj prepovedan oziroma neupravičeno diskriminatoren. Prestrogi pogoji in pretirano omejevanje konkurence dejansko izločijo tudi tiste, ki jih poslovna praksa šteje za sposobne in katerih ponudbe so običajno konkurenčne. Če je naročnik prestrog, lahko izloči dobre ponudnike in pridobi le ponudnike, ki sicer izpolnjujejo neki pogoj, a je po običajnem gledanju stvari njihova ponudba nekonkurenčna. Velja tudi obratno. Če naročnik ne pridobi sposobnega izvajalca javnega naročila, če torej ne določi ustrežnejših in s tem zahtevnejših pogojev, je uspešna izvedba posla lahko vprašljiva.

Referenčni pogoji zagotavljajo, da bo javno naročilo izvajal nekdo, ki ima izkušnje z izvajanjem istovrstnih storitev. ZJN-3 v desetem odstavku 76. člena izrecno določa, da naročnik lahko zahteva zlasti, da imajo gospodarski subjekti zadostne izkušnje, ki jih izkazujejo z ustreznimi referencami iz prejšnjih poslov. Naročnik mora v razpisni dokumentaciji opisati zahtevane reference in določiti njihovo število.

Vprašanje o primernosti in dovoljenosti reference o izvedbi preteklih poslov po Rdeči knjigi FIDIC (tudi po Rumeni in Srebrni knjigi FIDIC) je aktualno pri javnem naročilu, s katerim se išče izvajalec gradbenih del, in pri javnem naročilu, s katerim se išče nadzornik določene gradnje.

Oddaja javnega naročila, katerega predmet je zgolj nadzor pri gradnji, nima narave javnega naročila gradnje; to je javno naročilo storitve (glej 5. in 2. točko prvega odstavka 2. člena ZJN-3). Tudi po obligacijskih pravilih pri nadzoru gradnje ne gre za gradbeno pogodbo, ampak je pogodba o nadzoru pri gradnji oblika mandatne pogodbe (glej 766. člen OZ).<sup>25</sup>

<sup>25</sup> O pravni naravi pogodbe o nadzoru pri gradnji in obveznostih nadzornega inženirja Kranjc 2020, str. 543–550.

Nobenega dvoma ni, da sme naročnik pri oddaji javnega naročila gradnje in javnega naročila nadzora gradnje kot referenčni pogoj zahtevati izvajanje določenega števila istovrstnih del v preteklosti, na primer izgradnjo primerljivih cestnih odsekov ali drugih nizkih gradenj, izgradnjo primerljivih visokih gradenj, nadzor pri teh objektih. Vprašanje je le, ali je ob tem lahko postavljen dodaten pogoj, in sicer da so se referenčna dela izvajala po določenem ali določenih aktih FIDIC.

Ocenjujem, da je takšen pogoj – posebej za oddajo nadzora gradnje – smiseln, povezan s predmetom javnega naročila, da ni neupravičeno diskriminatoren in je zato dovoljen. Vrsto nalog in obveznosti nadzornika gradnje določajo javnopravni predpisi. Te mora nadzornik upoštevati ne glede na to, ali je gradnja, torej pogodba med naročnikom in izvajalcem, podrejena pod pravila OZ ali pod posebna pravila FIDIC. Če pa je gradbena pogodba sklenjena po pravilih FIDIC, so vloga in dodatne obveznosti nadzornega inženirja v njej bistveno drugačne kot po OZ – razlike so na primer pri merjenju izvedenih del in porabljenega materiala ter pri ukrepanju ob ugotovljenih napakah, pri podajanju izjav nadzornega inženirja je določena strožja obličnost, določena je vrsta prekluzivnih rokov, pogoji prevzema in ugovarjanja napak so bistveno drugačni.<sup>26</sup> Če nadzornik ne pozna vloge, kot je v pravilih FIDIC določena za nadzor gradnje, naročniku grozi, da bo izgubil vrsto svojih pravic iz gradbene pogodbe ali bil pri tem prikrajšan. Okoliščina, da je nadzornik že izvajal nadzor gradnje, ki je potekala po pravilih FIDIC, naročniku daje zagotovilo, da ima izkušnje tudi glede posebne ureditve razmerij med naročnikom, izvajalcem in nadzornikom.

Dejstvo, ali je gradbena pogodba podrejena pod pravila FIDIC ali ne, na položaj izvajalca gradnje ne vpliva v enaki meri. Kljub temu je v interesu naročnika gradnje, da tudi izvajalec pravila pozna, in zato je zahteva po referenci glede del, ki so se izvajala po gradnji FIDIC, utemeljena.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Nadzorni inženir sklene z naročnikom pogodbo o nadzoru gradnje, naročnik pa z izvajalcem gradbeno pogodbo. Dejanska povezanost med obema posloma je izrazita, večina nalog nadzornega inženirja pa je določena prav v gradbeni pogodbi, torej pogodbi, ki je ne sklene nadzorni inženir. Tako je tudi v gradbenih pogodbah, ki se sklepajo po pravilih FIDIC. S sklenitvijo pogodbe o nadzoru, ki se sklicuje na konkretno gradbeno pogodbo, nadzorni inženir sprejme tudi obveznosti, ki so zanj določene v gradbeni pogodbi. Opredeletiv določenih nalog nadzornega inženirja v gradbeni pogodbi je smiselna zato, ker mora tudi oziroma predvsem izvajalec vedeti, kdo ima določena upravičenja za naročnika, na primer ali ima upravičenja za zastopanje naročnika.

<sup>27</sup> Naročnik je pri oddaji javnega naročila »Strokovno svetovanje pri pripravi in izvedbi javnih naročil za projekt Zagotovitev poplavne varnosti porečja Drave območje Meže z Mislinjo« med drugim določil pogoj za priznanje sposobnosti: »Ponudnik ima v zadnjih petih letih vsaj dve uspešno zaključeni storitvi izdelave razpisne dokumentacije za gradnje, ki vključujejo Splošne in Posebne pogoje FIDIC Rdeče ali FIDIC Rumene knjige.« Naročnik ni iskal nadzornega inženirja, ampak svetovalca za pripravo razpisne dokumentacije za oddajo javnega naročila. V revizijskem postopku je bila naročnikova odločitev o izbiri izvajalca razveljavljena zaradi neizpolnjevanja pogojev, a iz odločitve ni razvidno, da bi bili izraženi pomisleki o dovoljenosti pogoja, ki se nanaša na referenčna dela po aktih FIDIC. Iz sklepa DKOM št. 018-076/2019 z dne 26. 6. 2019.

Če je določeno okoliščino dovoljeno postaviti kot pogoj pri oddaji javnega naročila, jo je še lažje opredeliti kot merilo za izbiro.

### 2.3. Poravnava in prepoved sprememb v pogodbi o javnem naročilu

Do spornih vprašanj med strankama prihaja v raznovrstnih pogodbenih razmerjih. Če gre za kompleksna razmerja, pri katerih je dejanska izvedba storitev zahtevna in okoliščine nepredvidljive, prav tako pa tudi finančna in pravna narava vprašanj, je možnost za spore toliko večja. Čeprav akti FIDIC predvidevajo vrsto vprašanj in konkretno določajo pravice in obveznosti strank v najrazličnejših okoliščinah, prihaja do sporov. Akti FIDIC imajo posebna pravila o reševanju sporov, kar pa ne izključuje možnosti, da se sporna vprašanja kljub temu rešujejo pred arbitražo ali sodiščem.<sup>28</sup> Odločitev o sporu je v veliko primerih nepredvidljiva, stranke v sodnem in arbitražnem postopku se odločajo o poravnavi, prav tako se lahko poravnajo že pred sodnim ali arbitražnim reševanjem spora.

Akti FIDIC spodbujajo mirno reševanje sporov (glej člen 21.3. Rdeče knjige FIDIC), kar vključuje poravnavo. Tudi pravila o sodnem in arbitražnem reševanju sporov so naklonjena sklepanju poravnave med strankama.

Če je med strankama spor ali negotovost o pravnem razmerju, se lahko z vzajemnim popuščanjem poravnata. Pogodba o poravnavi je urejena v 1050. do 1059. členu OZ, sodna poravnava pa v 306. do 309.a členu Zakona o pravnem postopku (ZPP).<sup>29</sup> V obeh predpisih je določeno, da so predmet poravnave lahko le pravice in zahtevki, s katerimi se lahko razpolaga.

S poravnavo se redno opravi tudi sprememba medsebojnih pravic in obveznosti, kar pa samo po sebi ni sporno. Bistveno drugače je, če gre za pogodbo o oddaji javnega naročila. Po ZJN-3 je sprememba pogodbe o javnem naročilu načelno prepovedana, dovoljena je le pod posebnimi pogoji iz 95. člena. Razlogi za načelno prepoved spreminjanja pogodb o javnem naročilu so utemeljeni. Spreminjanje pogodbene vsebine omogoča, da se posel izvaja pod drugačnimi pogoji, kot so bili tisti, ki so vodili v izbiro določenega ponudnika. Zato se morajo pravice in obveznosti strank izvajati tako, kot je bilo določeno v ponudbi izbranega ponudnika in razpisni dokumentaciji oziroma ob sklenitvi pogodbe o javnem naročilu.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Več o tem K. Plauštajner, P. Plauštajner, str. 1157–1159.

<sup>29</sup> Uradni list RS, št. 26/99, 73/07 – ZPP - UPB3, 45/08 – ZPP-D, 45/08-ZArbit, 111/08 – odl. US, 121/08 – sklep US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 76/12 – popr., 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 6/14, 10/14 – odl. US, 48/14, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17 – ZPP-E, 16/19 – ZNP-1, 70/19 – odl. US.

<sup>30</sup> Podrobno o dovoljenih spremembah Brodec, Janeček, str. 95–100.

Pogoji za dovoljene spremembe pogodb o javnem naročilu ne omenjajo spora ali poravnave.<sup>31</sup> Toda če ob poravnavi ni izpolnjen kateri od pogojev iz 95. člena ZJN-3, gre za nedovoljeno spremembo pogodbe o javnem naročilu in za nedovoljeno razpolaganje strank. Sodišče EU je že odločalo o dopustnosti poravnave v zadevi *Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*.<sup>32</sup> Argumenti stranke za dopustnost poravnave so bili: da je bila poravnava sklenjena zaradi sporazumne rešitve spora, s čimer sta se obe stranki izognili izgubam, do katerih bi prišlo v primeru razveze pogodbe; da so se med izvajanjem pogodbe pojavile objektivne težave in nepredvidljive posledice; da je s poravnavo izkazana tesna povezanost med prvotnim naročilom in predmetom iz poravnave (zmanjšan obseg storitve namesto prvotno dogovorjenega). Sodišče je zavzelo restriktivno stališče o dovoljenosti poravnave. Pojasnilo je, da pogodbe ni dovoljeno spremeniti tudi v primeru, da bi to objektivno pomenilo poravnavo in da gre za spor z negativnim izidom.

Če pogodbe o javnem naročilu ni mogoče izvesti po pogojih ob njeni sklenitvi in če niso izpolnjeni pogoji iz 95. člena ZJN-3 o dovoljenih spremembah, naj bi naročnik imel možnost odstopiti od pogodbe. Postopek naročila oziroma preostanka naročila naj bi nadaljeval, ko bi izvedel nov postopek oddaje javnega naročila, kar omogoča možnost izbire novega izvajalca. Pogodbe o javnem naročilu naj bi za primer potreb po pogodbeni spremembi (ko niso izpolnjeni pogoji za dovoljeno spremembo) predvidele možnost naročnikovega odstopa od pogodbe (96. člen ZJN-3).<sup>33</sup> Sam ZJN-3 pa možnosti naročnika, da ob takih okoliščinah odstopi od pogodbe, ne ureja.

Nesporno je, da poravnava v pogodbi o javnem naročilu načelno ni dovoljena. To velja tudi za javno naročilo gradnje – ne glede na to, ali je pogodba podrejena kateremu od aktov FIDIC ali pa zgolj pravilom OZ.

<sup>31</sup> Dovoljene spremembe po 95. členu ZJN-3 se nanašajo na: vnaprej določene pogoje za spremembo; dodatne gradnje, storitve ali dobave; spremenjene okoliščine; spremembe na strani izvajalca in na nebitvene spremembe.

<sup>32</sup> Sodba sodišča v zadevi C-549/14, *Finn Frogne A/S proti Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, z dne 7. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:634.

<sup>33</sup> Enako in podrobneje o tem Hartlev, Liljenbøl, str. 51.

## Literatura

- BARENDRECT, Maurits, JANSEN, Chris, LOOS, Marco, PINNA, Andrea, CASCÃO, Rui, VAN GULIJK, Stéphanie. *Principles of European Law, Service Contracts (PEL SC)*. München: European Law Publishers, 2007.
- BRODEC, Jan, JANEČEK, Václav. How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?. *Public Procurement Law Review*, 2015, letn. 24, št. 3, str. 90–105.
- BUNNI, Nael G. *The FIDIC Forms of Contract*. 3rd ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2013.
- FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical & Mechanical Plant, and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2017.
- FIDIC Contracts Guide*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2000.
- FIDIC Short Form of Contract*. Geneva: International Federation of Consulting Engineers, 2000.
- GLOVER, Jeremy, HUGHES, QC Simon. *Understanding the FIDIC Red Book, A Clause-by-clause Commentary*. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2011.
- HARTLEV, Kristian, LILJENBØL, Morten Wahl. Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender. *Public Procurement Law Review*, 2013, letn. 22, št. 2, str. 51–73.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. Razmerja s podizvajalci pri gradbeni pogodbi. *Podjetje in delo*, 2017a, št. 6-7, str. 1123–1133.
- KORŠIČ POTOČNIK, Maja. *Priročnik za uporabo Rdeče in Rumene pogodbe FIDIC*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017b.
- KRANJC, Vesna. Neposredna zahteva podizvajalcev do naročnika pri razmerjih, ki izhajajo iz javnih naročil. *Pravosodni bilten*, 2014, letn. XXXV, št. 1, str. 95–118.
- KRANJC, Vesna. *Gospodarske pogodbe: tradicionalni in novejši posli gospodarskih subjektov*. Ljubljana: Lexpera, GV Založba, 2020.
- PLAUŠTAJNER Konrad, PLAUŠTAJNER, Petja. Reševanje sporov po pogodbah FIDIC. *Podjetje in delo*, 2017, št. 6-7, str. 1146–1160.
- SELJAK, Franc. Aktualna sodna praksa v zvezi z gradbeno pogodbo. *Podjetje in delo*, 2017, št. 6-7, str. 1134–1145.
- VUKMIR, Branko. *Kratki komentari FIDIC-ovih opčih uvjeta građenja*. Zagreb: RriF-plus, 2013.







*Pravni letopis 2020*

# Vpliv pandemije na pogodbena razmerja

# III.

KARMEN LUTMAN

*Vpliv pandemije covid-19 na pogodbe o paketnih potovanjih*



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.447.82:338.48:616-036.22

# Vpliv pandemije covid-19 na pogodbe o paketnih potovanjih

KARMEN LUTMAN  
*doktorica pravnih znanosti*  
*docentka za civilno in gospodarsko pravo*  
*na Pravni fakulteti*  
*Univerze v Ljubljani*

## 1. Uvod

Leto 2020 se bo v zgodovino zapisalo kot leto, v katerem je bilo človeštvo postavljeno pred novo preizkušnjo – pandemijo koronavirusne bolezni. Leto, v katerem se je javno življenje skoraj ustavilo, ko se je pretežni del vsakodnevnih aktivnosti preselil na splet in ko so naši domovi postali precej več kot prostor za počitek ter sprostitev. Dokler ne bo na voljo cepivo, lahko pandemijo (bolj ali manj učinkovito) obvladujemo le z upoštevanjem strogih preventivnih ukrepov, vključno s socialno abstinenco – ali kot je zapisal italijanski pisatelj Paolo Giordano, je dotlej »naše edino razpoložljivo cepivo rahlo zoprna oblika previdnosti«.<sup>1</sup>

Turizem velja za eno tistih panog, ki jih je pandemija koronavirusa najbolj prizadela. Letovišča so pretežni del leta ostala prazna, turistična sezona za prihodnje leto pa je prav tako negotova. Zaradi množičnih odpovedi potovanj so se ponudniki turističnih storitev znašli v nezavidljivem položaju, saj je zakonodaja na tem področju praviloma precej naklonjena potnikom. Cilj tega prispevka je prikazati, kako je pandemija vplivala na pogodbe o paketnih potovanjih,<sup>2</sup> ki so na ravni Evropske unije urejene z Direktivo o paketnih potovanjih in povezanih potovalnih aranžmajih.<sup>3</sup> Prispevek obravnava pravice potnikov in organizatorjev potovanj v izrednih razmerah, pri analizi posameznih položajev pa so upoštevane tudi različne faze pandemije.

<sup>1</sup> Giordano, str. 22.

<sup>2</sup> Za širši pregled vpliva pandemije na turistične in prevozne pogodbe glej Lutman, str. 151–181.

<sup>3</sup> Direktiva (EU) 2015/2302 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2015 o paketnih potovanjih in povezanih potovalnih aranžmajih, spremembi Uredbe (ES) št. 2006/2004 in Direktive 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 90/314/EGS, UL L 326, 11. 12. 2015.

## 2. Turistično pravo: pravni okvir

### 2.1. Izhodišča

Turistično pravo je razvejana in dinamična pravna panoga, ki zadeva številna področja javnega in zasebnega prava. V Sloveniji je znaten del turističnega prava pravna regulacija turistične dejavnosti, tj. dejavnosti nujenja storitev za turiste, ki vključuje storitve prenočevanja, prehrane, zabave, rekreacije in podobnih storitev za prosti čas. Temeljni pravni akt, ki ureja načrtovanje turizma in izvajanje turistične dejavnosti, je Zakon o spodbujanju razvoja turizma (ZSRT-1).<sup>4</sup> Posebej je urejeno opravljanje gostinske dejavnosti, ki obsega pripravo in strežbo jedi in pijač ter nastanitve gostov, in sicer v Zakonu o gostinstvu (ZGos).<sup>5</sup> Pravni okvir za turistično dejavnost kmetij najdemo v Uredbi o dopolnilnih dejavnostih na kmetiji.<sup>6</sup> V veljavi so tudi številni pravilniki, ki podrobneje urejajo izvedbene vidike posameznih turističnih dejavnosti.<sup>7</sup>

Pomemben je tudi civilnopravni vidik turističnega prava, zlasti pogodbeno pravo, ki mu je namenjen ta prispevek. Potniki in izvajalci turistične dejavnosti (na primer organizatorji potovanj, izvajalci posameznih turističnih storitev) med seboj stopajo v različna pogodbeno razmerja, zato je pogodbeno turistično pravo pomemben del te pravne panoge. Obligacijski zakonik<sup>8</sup> (v nadaljevanju OZ) ureja tri tipe turističnih pogodb: pogodbo o organiziranju potovanja (883. do 903. člen OZ) med potnikom in organizatorjem potovanja, katere pomen je sicer od prenosa Direktive EU o paketnih potovanjih v Zakon o varstvu potrošnikov<sup>9</sup> (v nadaljevanju: ZVPot) znatno okrnjen; posredniško pogodbo o potovanju (904. do 908. člen OZ), ki jo sklepata potnik in turistični posrednik; in pogodbo o najetju gostinskih zmogljivosti med turistično agencijo in ponudnikom gostinskih storitev – t. i. alotmajske pogodbo (909. do 920. člen OZ). Odškodninska odgovornost gostinca za stvari, ki jih s seboj prinesejo gostje, je urejena posebej, in sicer v določbah o gostinski hrambi (741. do 746. člen OZ). To materijo

<sup>4</sup> Uradni list RS, št. 13/18.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 93/07.

<sup>6</sup> Uradni list RS, št. 57/15 in 36/18.

<sup>7</sup> Pravilnik o minimalnih tehničnih pogojih in o obsegu storitev za opravljanje gostinske dejavnosti (Uradni list RS, št. 35/17), Pravilnik o merilih za določitev obratovalnega časa gostinskih obratov in kmetij, na katerih se opravlja gostinska dejavnost (Uradni list RS, št. 78/99, 107/00, 30/06 in 93/07), Pravilnik o kategorizaciji nastanitvenih obratov (Uradni list RS, št. 22/18 in 5/19), Pravilnik o registru nastanitvenih obratov (Uradni list RS, št. 70/16), Pravilnik o načinu vpisa sobodajalcev v Poslovni register Slovenije (Uradni list RS, št. 112/07), Pravilnik o podelitvi licence za opravljanje dejavnosti organiziranja in dejavnosti prodaje turističnih paketov (Uradni list RS, št. 39/18).

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 97/07, 64/16 in 20/18.

<sup>9</sup> Uradni list RS, št. 98/04, 114/06, 126/07, 86/09, 78/11, 38/14, 19/15, 55/17, 31/18.

ureja Pariška konvencija o odgovornosti hotelirjev za stvari njihovih gostov iz leta 1964,<sup>10</sup> ki jo je podpisala in ratificirala tudi Slovenija. ZVPot po vzoru evropske zakonodaje – Direktive o paketnih potovanjih in Direktive o časovnem zakupu<sup>11</sup> – posebej ureja pogodbo o paketnem potovanju in povezanih potovalnih aranžmajih (57. do 58.č člen ZVPot) in pogodbo o časovnem zakupu, dolgoročnem počitniškem proizvodu, nadaljnji prodaji in zamenjavi (59. do 60.g člen ZVPot). Omeniti velja tudi Posebne uzanice v gostinstvu (PGU),<sup>12</sup> ki določajo poslovne običaje v poslih gostinske dejavnosti in se uporabljajo, če so jih stranke predvidele v pogodbi ali če iz okoliščin izhaja, da so to hotele (glej 1. uzanco PGU).

Če posamezna vrsta turistične pogodbe zakonsko ni posebej urejena, se zanjo – poleg splošnega pogodbenega prava in določb konkretne pogodbe – uporabijo zakonske določbe tiste vrste pogodbe (ali več pogodb), ki je konkretnemu pogodbenemu razmerju najbližje (na primer kupoprodajna pogodba, najemna pogodba, podjemna pogodba). Pri tem je vselej treba ugotoviti, ali gre za pogodbeno razmerje med dvema potrošnikoma (C2C), podjetjema (B2B) ali med potrošnikom in podjetjem (B2C), saj bo le v slednjem primeru prišla v poštev uporaba ZVPot. Izjema velja za pogodbo o paketnem potovanju, ki se – kljub temu da je urejena v ZVPot – uporablja za širši krog naslovnikov, namreč za vse »potnike«, ki sklepajo pogodbe o paketnih potovanjih za zasebne namene ali v okviru poklicne dejavnosti (kar je sicer redko).<sup>13</sup> Ne gre jih torej enačiti s pojmom potrošnika v smislu Direktive (EU) št. 2011/83 o pravicah potrošnikov,<sup>14</sup> saj se ta nanaša le na osebe, ki delujejo za zasebne namene.<sup>15</sup> Pojem potnika<sup>16</sup> je torej širši od klasične definicije potrošnika v smislu prava EU.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Konvencijo je sprejel Svet Evrope in je stopila v veljavo 15. 2. 1967. Slovenija jo je ratificirala leta 1992, leto zatem pa je stopila v veljavo tudi pri nas. Besedilo konvencije je dostopno na: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006b648>> (15. 11. 2020).

<sup>11</sup> Direktiva 2008/122/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. januarja 2009 o varstvu potrošnikov v zvezi z nekaterimi vidiki pogodb časovnega zakupa, dolgoročnih počitniških proizvodov, nadaljnje prodaje in zamenjave, UL L 33, 3. 2. 2009.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 22/95.

<sup>13</sup> V skladu s šestim odstavkom 3. člena Direktive o paketnih potovanjih je potnik vsaka oseba, ki skuša skleniti pogodbo ali je upravičena do potovanja na podlagi pogodbe, sklenjene v okviru področja uporabe te direktive. Glej tudi: Franceschelli, Torres, Article 3 v: Torres in dr., str. 125 in nasl.

<sup>14</sup> Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta, UL L 304, 22. 11. 2011.

<sup>15</sup> Prvi odstavek 2. člena Direktive o pravicah potrošnikov.

<sup>16</sup> ZVPot sicer pri pogodbi o paketnih potovanjih namesto termina »potnik« uporabljata termin »potrošnik«, vendar je treba slednjega razumeti v smislu Direktive o paketnih potovanjih, torej širše.

<sup>17</sup> Glej tudi: Bech Serrat, str. 362 in 363.

Turizem spada med tista področja, na katerih ima Evropska unija dopolnilno pristojnost (*supporting competence*), tj. pristojnost dopolnjevati, podpirati in usklajevati delovanje držav članic.<sup>18</sup> Kot izhaja iz 195. člena PDEU, je vloga Unije, da zagotavlja konkurenčnost evropskih podjetij v turističnem sektorju, predvsem s spodbujanjem primerne okolja za razvoj turističnih podjetij in sodelovanja držav članic na tem področju, zlasti z izmenjavo dobrih praks. Pogosto je turistična dejavnost predmet regulative tudi na drugih področjih, ki jih zadeva in na katerih ima Unija večjo pristojnost. Tako je denimo Sodišče EU v seriji svojih odločb<sup>19</sup> pojasnilo, da dejavnost turističnih vodnikov uživa zaščito v okviru prostega pretoka storitev.<sup>20</sup> Nadalje je Unija v okviru prava varstva potrošnikov do zdaj sprejela dve direktivi s področja turizma – Direktivo o paketnih potovanjih in Direktivo o časovnem zakupu, ki sta bili preneseni v slovenski pravni red z ZVPot. Za spremljanje statistike dejavnosti Unije (prvi odstavek 33. člena PDEU) je ta za področje turizma sprejela Uredbo o evropski statistiki turizma.<sup>21</sup>

Čeprav je pandemija koronavirusne bolezni turistični panogi prizadejala velik udarec (pa tudi zato), ima Evropska komisija v pripravi načrt za razvoj turizma do leta 2050 (*European Agenda for Tourism 2050*). Kot odraz težnje po trajnostnem razvoju je eden njenih glavnih ciljev razvoj okolju prijaznejšega, t. i. »zelenega« turizma. Evropska komisija tudi poudarja potrebo po »varni turistični izkušnji«, k čemur so pomembno prispevale tudi trenutne razmere. Med drugim načrt obravnava tudi nove izzive, ki jih prinašajo podatki kot gonilna in podpora sila turistične dejavnosti.<sup>22</sup> Jasno je torej, da se bo moral turizem prilagoditi času, v katerem živimo, in upoštevati razvojni napredek družbe, predvsem pa tudi izkušnjo, ki jo je človeštvu prinesla pandemija koronavirusne bolezni.

## 2.2. Slovenska interventna zakonodaja

Kljub zakonodajni aktivnosti Unije na področju turističnega pogodbenega prava ta do zdaj<sup>23</sup> ni sprejela (zavezujočih) pravnih aktov, ki bi za čas izrednih razmer tista vprašanja, ki so se v krizi izkazala za problematična, uredila drugače in jih prilagodila trenutnim razmeram. Če je zakonodaja že pred krizo veljala za potnikom precej naklonjeno, so se določene zahteve (zlasti

<sup>18</sup> Člen 6 Pogodbe o delovanju Evropske unije, UL C 326, 26. 10. 2012 (v nadaljevanju PDEU).

<sup>19</sup> Sodbe SEU v zadevah C-154/89, *Komisija proti Franciji*, z dne 26. 2. 1991, C-180/89, *Komisija proti Italiji*, z dne 26. 2. 1991, C-198/89, *Komisija proti Grčiji*, z dne 26. 2. 1991, in C-375/92, *Komisija proti Španiji*, z dne 22. 3. 1994.

<sup>20</sup> Garben, Article 195 TFEU v: Kellerbauer in dr., str. 1555.

<sup>21</sup> Uredba (EU) št. 692/2011 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. julija 2011 o evropski statistiki turizma in razveljavitvi Direktive Sveta 95/57/ES, UL L 192, 22. 7. 2011.

<sup>22</sup> Glej: <[https://ec.europa.eu/growth/content/register-european-tourism-convention-thematic-workshops\\_en](https://ec.europa.eu/growth/content/register-european-tourism-convention-thematic-workshops_en)> (25. 11. 2020).

<sup>23</sup> Prispevek temelji na stanju do 25. 11. 2020.

kratki roki za vračilo denarja v primeru odpovedi prevozov ali potovanj) zaradi množičnih odpovedi ponekod izkazale za nevzdržne. Zato so nekatere države članice, vključno s Slovenijo, sprejele interventne zakone, ki (začasno) spreminjajo nacionalno ureditev na področju turističnega prava, predvsem paketnih potovanj in različnih vrst prevozov.

Podobno kot Svetovna turistična organizacija (UNWTO),<sup>24</sup> ki je septembra sprejela Priporočila za pomoč čezmejnimi popotnikom v izrednih razmerah,<sup>25</sup> so bile tudi na ravni EU sprejete nekatere – nezavezujoče – smernice in priporočila. Tako je Generalni direktorat za pravosodje in potrošnike Evropske komisije v svojem pismu z dne 19. 3. 2020<sup>26</sup> potnikom svetoval, naj v primeru odpovedi paketnih potovanj zaradi pandemije namesto zahtevka za vračilo denarja razmislijo o možnosti restitucije v obliki vavčerja, če jim ga je organizator potovanja ponudil. To priporočilo ni zavezujoče, zato imajo potniki v takem primeru vselej pravico zahtevati vračilo denarja. To izhaja tudi iz priporočila Evropske komisije iz maja 2020 glede vrednotnic (vavčerjev), če so ponujene potnikom namesto vračila denarja.<sup>27</sup> Priporočilo se nanaša na pravice potnikov v uredbah EU o prevozu potnikov v cestnem, železniškem, pomorskem in letalskem prometu<sup>28</sup> ter v Direktivi o paketnih potovanjih. Komisija je v tem priporočilu izpostavila, da so prepovedane vse nepoštenne poslovne prakse, ki bi potnikom odvzele pravico do povračila denarja v skladu z omenjeno sekundarno zakonodajo EU. Čeprav razlagalne smernice in priporočila niso zavezujoč pravni vir, je iz njih mogoče razbrati jasno sporočilo, da je treba tudi v teh kriznih časih spoštovati pravice potnikov.

<sup>24</sup> Svetovna turistična organizacija je agencija Organizacije združenih narodov s sedežem v Madridu. Deluje kot svetovalno telo in oblikuje smernice za razvoj turizma v državah članicah ter zbira statistične podatke o trendih v turizmu. Med njenimi članicami je tudi Slovenija. Vir: [https://sl.wikipedia.org/wiki/Svetovna\\_turisti%C4%8Dna\\_organizacija](https://sl.wikipedia.org/wiki/Svetovna_turisti%C4%8Dna_organizacija) (25. 11. 2020).

<sup>25</sup> Besedilo Priporočil dostopno na: <https://webunwto.s3.eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/2020-10/Recommendations-for-the-assistance-to-international-tourists-in-emergency-situations-En.pdf> (25. 11. 2020).

<sup>26</sup> Information on the Package Travel Directive in Connection with the Covid-19, 19. 3. 2020, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus\\_info\\_ptd\\_19.3.2020.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/coronavirus_info_ptd_19.3.2020.pdf) (25. 11. 2020).

<sup>27</sup> Priporočilo Komisije (EU) 2020/648 z dne 13. maja 2020 o dobropisih, ki se ponudijo potnikom kot druga možnost namesto povračila za odpovedana paketna potovanja in prevozne storitve v zvezi s pandemijo COVID-19, UL L 151, 14. 5. 2020. Vavčerji naj bodo ustrezno zaščiteni pred insolventnostjo organizatorjev potovanj, veljajo naj najmanj 12 mesecev, po preteku njihovega trajanja naj se vrednost vavčerja, če ta ni bil unovčen, najpozneje v 14 dneh vrne potrošniku. Komisija prav tako svetuje, naj organizatorji premislijo o obravnavi potrošnikove zahteve za vračilo denarja pred iztekom veljavnosti vavčerja, če je ta daljša od 12 mesecev. Nadalje naj bi bili vavčerji prenosljivi brez dodatnih stroškov, na voljo naj bi bili za vse turistične pakete pri ponudniku paketnih potovanj pod enakimi ali spremenjenimi pogoji, kot jih je predvideval turistični paket, za katerega je bil izdan vavčer. Več glej: Priporočilo Komisije (EU) 2020/648, str. 5 in 6.

<sup>28</sup> Uredba (ES) št. 261/2004 o določitvi skupnih pravil glede odškodnine in pomoči potnikom v primerih zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali velike zamude letov, UL L 46, 17. 2. 2004, Uredba (ES) št. 1371/2007 o pravicah in obveznostih potnikov v železniškem prometu, UL L 315, 3. 12. 2007, Uredba (EU) št. 1177/2010 o pravicah potnikov med potovanjem po morju in celinskih plovih poteh, UL L 334, 17. 12. 2010, Uredba (EU) št. 181/2011 o pravicah potnikov v avtobusnem prevozu, UL L 55, 28. 2. 2011.

Kljub temu so nekatere evropske države potnikovo pravico do povračila denarja v primeru odpovedi paketnih potovanj z interventnimi zakoni omejile in možnost izbire med povračilom denarja ter izdajo vrednotnice prepustile organizatorjem potovanj.<sup>29</sup> Ti lahko po interventnih zakonih nekaterih držav članic potrošnikom namesto vračila denarja ponudijo vavčerje ali kombinacijo delnega vračila in vavčerja. Tako želijo države ublažiti težak položaj potovalnih agencij, ki prejete zneske plačil pogosto vnaprej posredujejo izvajalcem turističnih storitev, ter zagotoviti njihovo kratkoročno kreditiranje s strani potrošnikov, vendar taka ureditev pomeni poseg v potrošnikovo pravico do vračila denarja, kot jo zagotavlja Direktiva o paketnih potovanjih.<sup>30</sup> Evropska komisija je zato julija zoper deset držav članic, med katerimi ni Slovenije, začela postopek zaradi kršitve prava EU, med drugim tudi zaradi nespoštovanja potrošnikove pravice do vračila denarja v primeru odpovedi paketnih potovanj.<sup>31</sup>

Tudi Slovenija je zaradi pandemije začasno spremenila pravno ureditev paketnih potovanj, in sicer s Prvim protikoronskim zakonom.<sup>32</sup> Organizatorjem potovanj je omogočila, da veljavno izpolnijo svojo obveznost vračila vseh plačil v primeru odpovedi potovanja zaradi izrednih razmer, če potrošniku izdajo vrednotnico v višini vseh plačil (prvi odstavek 101.a člena ZIUZEOP-A). A to je mogoče le, če se potrošnik s tem strinja. V nasprotnem primeru lahko zahteva vračilo denarja, kot to velja po Direktivi o paketnih potovanjih. Sprememba, ki jo je prinesla interventna zakonodaja, je tudi občutno podaljšanje roka za vračilo denarja (če se potrošnik ne strinja z izdajo vrednotnice), in sicer s 14 dni od odstopa od pogodbe na 12 mesecev od razglasitve prenehanja epidemije. Več o vsebini interventne zakonodaje na področju paketnih potovanj sledi v nadaljevanju prispevka, a velja izpostaviti, da je slovenski zakonodajalec s tem znižal raven zaščite, ki jo potniki uživajo na podlagi Direktive o paketnih potovanjih kot sredstva maksimalne harmonizacije,<sup>33</sup> pri čemer se odpira vprašanje dopustnosti takega ravnanja.

### 3. Pogodbe o paketnih potovanjih

Kot omenjeno, so pogodbe o paketnih potovanjih v pravu EU urejene z Direktivo 2015/2302 o paketnih potovanjih in povezanih potovalnih aranžmajih, ki je bila v slovenski pravni red

<sup>29</sup> Tako na primer Italija, Češka in Hrvaška, ki so potovalnim agencijam za odpovedana potovanja z interventno zakonodajo dopustile izdajo vavčerjev.

<sup>30</sup> Glej četrti odstavek 12. člena Direktive o paketnih potovanjih. Tako tudi: Wukoschitz, Article 3 v: Torres in dr., str. 198.

<sup>31</sup> To so Češka, Ciper, Grčija, Francija, Italija, Hrvaška, Litva, Poljska, Portugalska in Slovaška. Več na: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_20\\_1212](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_1212)> (25. 11. 2020).

<sup>32</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o interventnih ukrepih za zajezitev epidemije COVID-19 in omilitve njenih posledic za državljane in gospodarstvo (ZIUZEOP-A), Uradni list RS, št. 61/2020.

<sup>33</sup> Člen 4 Direktive o paketnih potovanjih. Podrobneje glej: Garcia Saura, Article 4 v: Torres in dr., str. 207 in nasl.



prenesena z ZVPot. Direktiva se uporablja le za razmerja med potniki in organizatorji potovanj, medtem ko so razmerja med organizatorji potovanj in izvajalci turističnih storitev (hotelirji, gostinci ipd.) urejena z nacionalnim pravom.<sup>34</sup> Kot omenjeno, naslovniki pravic po Direktivi o paketnih potovanjih niso zgolj potrošniki, temveč vsi potniki, tj. osebe, ki skušajo skleniti pogodbo ali so upravičene do potovanja na podlagi pogodbe o paketnih potovanjih ali povezanih potovalnih aranžmajih (6. točka 3. člena Direktive o paketnih potovanjih). Čeprav ZVPot v delu, ki implementira Direktivo v naš pravni red, uporablja izraz »potrošnik«, ga je treba razlagati široko, tako da zajema potnike v smislu Direktive. V prispevku obravnavana vprašanja se nanašajo le na pogodbe o paketnih potovanjih, za povezane potovalne aranžmaje<sup>35</sup> se uporabljajo splošna pravila pogodbenega prava. Posebna ureditev namreč za slednje velja le glede dolžnosti informiranja in položajev insolventnosti.

### 3.1. Pandemija kot »neizogibna in izredna okoliščina«

Predhodnica Direktive 2015/2302 se je na področju paketnih potovanj sklicevala na pojem višje sile, nova direktiva o paketnih potovanjih pa je uvedla pojem »neizogibnih in izrednih okoliščin« ter se s tem približala Uredbi (EU) 261/2004 o pravicah potnikov v letalskem prometu, ki razbremenitev odškodninske odgovornosti prevoznika veže na nastanek izrednih in neizogibnih okoliščin. Izredne razmere so v ZVPot po vzoru Direktive opredeljene kot »okoliščine, na katere stranka, ki se na njih sklicuje, ne more vplivati in katerih posledice bi bile kljub sprejetju vseh razumnih ukrepov neizbežne« (6. točka prvega odstavka 57.b člena ZVPot). Pod pojem izrednih okoliščin je mogoče uvrstiti tudi razloge, ki izhajajo iz sfere pogodbenih strank, če jih ni bilo mogoče predvideti in preprečiti (na primer stavka v prevoznem podjetju), česar pa pojem višje sile ni obsegal, saj se nanaša le na dogodke, ki so zunaj sfere pogodbenih strank.<sup>36</sup>

Direktiva 2015/2302 v preambuli primeroma navaja razmere, ki jih je mogoče šteti za izredne, in sicer vojne, druge resne varnostne težave, kot so terorizem, znatno tveganje za zdravje ljudi, kot je izbruh resne bolezni v kraju potovanja, ali naravne nesreče, kot so poplave, potresi ali vremenske razmere, ki onemogočajo varno potovanje v kraj, določen v pogodbi o paketnem potovanju.<sup>37</sup> V zvezi s pandemijo koronavirusne bolezni je mogoče kot »neizogibne in izredne

<sup>34</sup> V slovenskem pravu so denimo taka pravila na področju zagotavljanja gostinskih storitev določbe 909. do 920. člena OZ o pogodbi o najetju gostinskih zmogljivosti (alotmajska pogodba).

<sup>35</sup> Povezan potovalni aranžma obsega vsaj dve različni vrsti potovalnih storitev, kupljeni za namene istega potovanja ali počitnic, ki ne štejejo za turistični paket. Za podrobnejšo opredelitev povezanega potovalnega aranžmaja glej 57.a člen ZVPot.

<sup>36</sup> Bergmann, Blankenburg, str. 3680; Tonner, str. 2783.

<sup>37</sup> Uvodna izjava 31 Direktive 2015/2302.

okolščine« šteti tako tveganje okužbe s koronavirusom kot tudi javnopravne ukrepe omejevanja javnega življenja, vključno s prepovedjo gibanja in prepovedjo izvajanja turističnih storitev.<sup>38</sup> Kar zadeva tveganje okužbe, je covid-19, upoštevajoč kombinacijo izjemne nalezljivosti in resnosti možnih zapletov, gotovo mogoče šteti za bolezen, ki pomeni znatno tveganje za zdravje ljudi,<sup>39</sup> pri čemer je opredelitev izrednih razmer odvisna od okoliščin konkretnega primera, zlasti destinacije in termina potovanja.

### 3.2. Vpliv neizogibnih in izrednih okoliščin na pogodbo o paketnem potovanju

Neizogibne in izredne okoliščine lahko na več načinov vplivajo na pogodbeno razmerje med potnikom in organizatorjem potovanja. Prvič, če so bile vzrok za to, da organizator potovanja pogodbenih obveznosti ni izpolnil tako, kot je bilo dogovorjeno, so lahko razlog za izključitev njegove (pogodbene) odškodninske odgovornosti. Čeprav je ta sicer potniku odgovoren za škodo, ki mu nastane zato, ker potovalne storitve niso izvedene v skladu s pogodbo o paketnem potovanju, je te obveznosti prost, če dokaže, da je neskladnost posledica neizogibnih in izrednih okoliščin (dvanajsti odstavek 57.e člena ZVPot). Drugič, če zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin povratek potnika s potovanja ni mogoč, je organizator potovanja dolžan kriti stroške njegove nastanitve v trajanju do treh dni (drugi odstavek 57.f člena ZVPot). Tretjič, izredne razmere so utemeljen razlog za odstop od pogodbe – tako s strani potnika kot organizatorja potovanja. Če se pred začetkom potovanja v kraju potovanja ali v neposredni bližini pojavijo neizogibne in izredne okoliščine, ki bistveno vplivajo na izvedbo turističnega paketa, ali neizogibne in izredne okoliščine, ki bistveno vplivajo na prevoz potnika v kraj potovanja, lahko potnik odstopi od pogodbe brez obveznosti plačila odstopnine in je hkrati upravičen do povračila vseh plačil (šesti odstavek 57.f člena ZVPot). Tudi sicer lahko potnik kadarkoli pred začetkom turističnega paketa odstopi od pogodbe, vendar lahko organizator v zameno zahteva plačilo odstopnine (prvi in drugi odstavek 57.f člena ZVPot).<sup>40</sup> Tudi organizator potovanja lahko odstopi od pogodbe, če zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin ne more izpolniti pogodbe o paketnem potovanju (člen 57.g ZVPot). V tem primeru ima pravico do odstopa brez obveznosti plačila odškodnine, mora pa brez nepotrebne odlašanja pred začetkom turističnega paketa potrošnika o odstopu obvestiti in mu vrniti vsa opravljena plačila. Obstoj nepreprečljivih, nepredvidljivih in neizogibnih okoliščin, ki so nastale po sklenitvi pogodbe, je tudi sicer podlaga za razbremenitev pogodbene odškodninske odgovornosti po 240. členu OZ, pri čemer je treba specialno določbo o razbremenitvi odškodninske odgovornosti pri paketnih potovanjih razlagati evroavtonomno.

<sup>38</sup> Wukoschitz, Article 3 v: Torres in dr., str. 195.

<sup>39</sup> Tako tudi: Weller, Lieberknecht, str. 1021.

<sup>40</sup> Če odstopnina ni določena s pogodbo, se izračuna tako, da se od skupne cene turističnega paketa odštejejo prihranki stroškov in prihodki iz nadomestne uporabe potovalnih storitev.

Velja omeniti, da Direktiva o paketnih potovanjih določa različne pogoje za odstop zaradi izrednih razmer za potnika in organizatorja potovanja. Medtem ko se za potnikov odstop od pogodbe zahteva, da izredne razmere obstajajo v kraju potovanja, njegovi neposredni bližini ali bi te bistveno vplivale na prevoz potnika do ciljne destinacije, za odstop od pogodbe s strani organizatorja potovanja zadošča, da zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin – kjerkoli so – pogodbe ne more izpolniti.<sup>41</sup>

### 3.3. Potnikov odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer<sup>42</sup>

#### 3.3.1. Splošno

Kot omenjeno, lahko potnik zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin odstopi od pogodbe brez obveznosti plačila odstopnine, organizator potovanja pa mu je zavezan brez nepotrebne- ga odlašanja, vendar najpozneje v roku 14 dni od odstopa od pogodbe, vrniti vsa opravljena plačila (šesti in osmi odstavek 57.f člena ZVPot). Z interventno zakonodajo je bil ta rok v Sloveniji podaljšan na 12 mesecev od razglasitve prenehanja epidemije (glej peti odstavek 101.a člena ZIUZEOP).<sup>43</sup> Ker je Direktiva o paketnih potovanjih sredstvo maksimalne harmonizacije, je s tem slovenski zakonodajalec posegel v pravico, ki jo potnikom zagotavlja pravo EU. Čeprav se lahko strinjamo, da bi bil štirinajstdnevni rok za vračilo denarja v danih razmerah nesorazmerno breme za organizatorje potovanj, še zlasti zato, ker so ti praviloma odvisni od vračila vnaprej plačanih zneskov izvajalcem storitev (prevoznikov, hotelirjev ipd.), je dopustnost takega podaljšanja roka vprašljiva. Prav tako ni jasno, kako na tek tega roka vpliva okoliščina, da je bila epidemija 18. 10. 2020 vnovič razglašena.<sup>44</sup>

Kot pojasnjuje teorija, je odstop od pogodbe zaradi izrednih okoliščin pri paketnih potovanjih posebej urejen primer spremenjenih okoliščin (*rebus sic stantibus*)<sup>45</sup> in je v tem smislu *lex specialis* v razmerju do splošne ureditve razveze ali spremembe pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin v 112. do 115. členu OZ. Za preostale primere spremenjenih okoliščin, ki jih pojem neizogibnih in izrednih okoliščin pri paketnih potovanjih ne obsega, se uporabljajo splošne določbe spremenjenih okoliščin, pri katerih se mehanizem prenehanja pogodbe razlikuje od

<sup>41</sup> Tako tudi: Wukoschitz, Article 3 v: Torres in dr., str. 193.

<sup>42</sup> Predhodna različica tega poglavja je bila objavljena v članku Lutman, str. 161–170.

<sup>43</sup> Prenehanje epidemije je bilo v Sloveniji prvič razglašeno 14. 5. 2020 z Odlokom o preklicu epidemije nalezljive bolezni SARS-CoV-2 (COVID-19), Uradni list RS, št. 68/20.

<sup>44</sup> Odlok o razglasitvi epidemije nalezljive bolezni COVID-19 na območju Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 146/20.

<sup>45</sup> Teichmann, § 651j v: Jauerling, r. št. 1.

odstopa kot opcijske oblikovalne pravice (zadošča enostranska izjava nasprotni stranki), saj ureditev predvideva sodno intervencijo.<sup>46</sup>

Odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer je mogoč le pred začetkom potovanja.<sup>47</sup> Na potovanju lahko potnik odstopi od pogodbe (»razrde« pogodbo) brez odstopnine le, če organizator potovanja ne zagotavlja potovalnih storitev v skladu s pogodbo in teh neskladnosti ne odpravi v razumnem roku (podrobneje glej 57.e člen ZVPot). V tem primeru ima potnik pravico zahtevati sorazmerno znižanje cene ter povrnitev škode, pri čemer do odškodnine ni upravičen, če organizator potovanja dokaže, da je neskladnost posledica neizogibnih in izrednih okoliščin.

### 3.3.2. *Pravica potnika do odstopa zaradi izrednih razmer v različnih obdobjih pandemije koronavirusne bolezni*

Pandemijo koronavirusne bolezni lahko z vidika slovenskega potnika za potrebe tega prispevka razvrstimo v več faz. V zgodnjo, prvo fazo je mogoče uvrstiti obdobje izbruha koronavirusa na Kitajskem, ko za potovanje iz držav članic EU po večjem delu sveta ni bilo posebnih omejitev. V drugi fazi se je virus začel množično širiti po Evropi, sprva v Italiji, kar je marsikoga odvrnilo od potovanj v to državo. V tem obdobju formalnih omejitev gibanja še ni bilo, pri čemer je bil ponekod obvezen ukrep samoizolacije za tiste, ki so se vračali z okuženih območij v Italiji. V tretjo fazo lahko uvrstimo pojav koronavirusa v Sloveniji in v številnih drugih evropskih državah. V tem obdobju državne meje še niso bile zaprte, javni promet je (razen Italije, ki je v nekaterih pokrajinah omejila gibanje in ustavila javno življenje) potekal brez posebnih omejitev, začele pa so se pojavljati posamezne kontrole na državnih mejah in letališčih (merjenje telesne temperature ipd.). Kot četrto fazo lahko štejemo razglasitev pandemije s strani Mednarodne zdravstvene organizacije 11. 3. 2020, ki so ji z razglasitvijo epidemije sledile številne države v EU in po svetu, vključno s Slovenijo, ki je epidemijo razglasila 12. 3., ter uvedbo strogih javnopравnih ukrepov, vključno z zaprtjem meja, omejitvami potovanj, ustavitvijo javnega življenja in prepovedjo oziroma omejitvijo javnega prevoza v večini evropskih držav. V tem obdobju so tudi Združene države Amerike državljanom EU prepovedale vstop v državo. Kot peto fazo lahko v grobem označimo obdobje, ki je sledilo ukinitvi javnopравnih omejitev, povezanih s t. i. »prvim valom epidemije«, in razglasitvi prenehanja epidemije v posameznih državah. Šesto fazo lahko imenujemo kot »vmesna faza«, ko se je število okužb v Evropi spet začelo povečevati in so države, vključno s Slovenijo, uvedle sezname »rdečih, rumenih in zelenih« držav, od česar so bile odvisne določene javnopравne omejitve (zlasti obvezna večdnevna karantena za državljane RS, ki so se v Slovenijo vračali iz držav na rdečem seznamu).

<sup>46</sup> Glej tudi: Možina, str. 194.

<sup>47</sup> Glej tudi: Führic, str. 1208.

Med pripravo tega prispevka je na vrhuncu t. i. »drugi val epidemije«, ukrepi pa so v Sloveniji podobni tistim iz četrte faze. Zdi se torej, da se bodo navedene faze v prihodnje ponavljale po ustaljenem ciklu vse do dostopnosti cepiva oziroma do zadostne precepljenosti. A gotovo bo za vsako poznejšo fazo epidemije težje dokazati, da gre za okoliščine, ki so bile za potnika ali organizatorja potovanja ob sklepanju pogodbe nepredvidljive. Zato je še toliko pomembneje jasno opredeliti, katere informacije so bile oziroma bi lahko bile pogodbeni stranki v trenutku sklepanja pogodbe znane in s kakšnimi tveganji bi zato mogla oziroma morala računati.

Za nadaljnje razmišljanje o pravicah potnikov v različnih fazah epidemije vzemimo za primer paketna potovanja, pri katerih je (bil) odhod potnikov predviden z ozemlja Republike Slovenije in za katera se uporablja slovensko pravo. Pri tem ni odveč še enkrat poudariti, da je treba obstoj »neizogibnih in izrednih okoliščin« presojati od primera do primera, upoštevajoč vse relevantne posebnosti konkretne situacije.

V prvi fazi, ko je bil izbruh koronavirusa na Kitajskem, je izredne razmere zaradi epidemije v smislu Direktive o paketnih potovanjih gotovo mogoče priznati za potovanja v to državo. Čeprav se je bolezen sprva pojavila le v nekaterih regijah in bi bil cilj potovanja v drugem delu države, je bilo že decembra 2019, ko so kitajske oblasti o pojavu virusa obvestile Mednarodno zdravstveno organizacijo, znano, da se ta zelo hitro širi.<sup>48</sup> Zato ne bi bilo pretirano ugotoviti, da bi tudi potovanje v druge regije države za potnike pomenilo znatno tveganje za zdravje. Enako lahko ugotovimo tudi za vse nadaljnje faze širjenja epidemije, in sicer za potovanja v vse države, v katerih so bili potrjeni primeri okužbe s koronavirusom.

Čeprav so k hujšim posledicam te bolezni nagnjeni predvsem starejši in rizične skupine (bolniki s kroničnimi boleznimi, respiratornimi težavami ipd.), ni mogoče trditi, da za preostale potnike okužba s koronavirusom ne bi pomenila bistvene nevarnosti za zdravje. Epidemija je namreč v preambuli Direktive izrecno navedena kot primer izrednih razmer, koronavirus pa je glede nevarnosti za zdravje treba obravnavati glede na to, čeprav v fazi, ko je bilo potovanje odpovedano, epidemija na ciljni destinaciji (še) ni bila razglašena. Resnost tveganja za zdravje tako v primeru koronavirusa ni vprašljiva in je predmet presoje lahko le to, ali bi bil potnik glede na čas in kraj načrtovanega potovanja izpostavljen temu tveganju.

Trditveno in dokazno breme glede obstoja izrednih razmer, ki potnika upravičujejo do odstopa od pogodbe brez odstopnine, nosi potnik, pri čemer je za oceno tveganja za zdravje odločilen trenutek odstopa od pogodbe (*ex ante* presoja).<sup>49</sup> Upravičenost do odstopa zaradi izrednih razmer je tako odvisna od informacij, ki so bile potniku na voljo v trenutku odstopa, čeprav bi se morebiti pozneje izkazalo, da je bil preplah zaman. Potnik se pri tem ne more sklicevati na

<sup>48</sup> Glej: <<https://www.theverge.com/2020/1/23/21078457/coronavirus-outbreak-china-wuhan-quarantine-who-sars-cdc-symptoms-risk>> (25. 11. 2020).

<sup>49</sup> Tonner, str. 2784; Wukoschitz, Article 3 v: Torres in dr., str. 197.

okolščine, ki so mu bile znane ali bi mu morale biti znane ob sklepanju pogodbe.<sup>50</sup> Šteje se, da se je v tem primeru v skladu z načelom *volenti non fit iniuria* odpovedal možnosti sklicevanja na te okoliščine. V tem primeru tako odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer ni mogoč in mu ostane na voljo le odstop od pogodbe v zameno za plačilo odstopnine, kot je bila dogovorjena s pogodbo (prvi in drugi odstavek 57.f člena ZVPot). Tisti, ki je od druge polovice januarja 2020 naprej sklepal pogodbe o paketnem potovanju na Kitajsko ali v katero od držav v njeni neposredni bližini, se tako najbrž ne bo mogel sklicevati na to, da za epidemijo ni vedel. Enako bi lahko ugotovili za vse tiste, ki so pogodbe o paketnih potovanjih po Evropi ali svetu sklepali od začetka marca naprej, ko je bilo oziroma bi moralo biti povprečnemu potrošniku znano, da se virus zelo hitro širi in da epidemija dobiva svetovne razsežnosti. Pri tem je seveda odločilen tudi termin predvidenega potovanja, saj ob izbruhu koronavirusa povprečnemu potrošniku ni bilo znano, kako dolgo bo pandemija trajala. Prav zato zgornje omejitve ne smemo razlagati preveč strogo in bi možnost sklicevanja na izredne okoliščine v teh primerih kazalo izključiti kvečjemu za potovanja, načrtovana za mesec ali dva vnaprej.

V skladu z doktrino *ex ante* presoje velja tudi obratno – če še ni znano, kakšne bodo razmere v kraju potovanja v času, ko je načrtovano potovanje, odpoved zaradi izrednih razmer ni dopustna, vse dokler ni mogoče z zadostno stopnjo verjetnosti napovedati, kakšne bodo takrat tam razmere in tveganje za zdravje.<sup>51</sup> Zato denimo v tem trenutku še ni mogoče odstopiti od pogodbe zaradi izrednih razmer za paketna potovanja, načrtovana za drugo polovico leta 2021, saj še ni znano, kakšne bodo razmere za potovanje takrat. Potrošnik sicer lahko že zdaj odstopi od pogodbe, vendar ne zaradi izrednih razmer, zato mu lahko organizator potovanja zaračuna odstopnino. Tudi če bi se pozneje izkazalo, da bi bile v času potovanja izredne razmere, potrošnik, ki se je odločil za »prenagljen« odstop od pogodbe, odstopnine ne more zahtevati nazaj.<sup>52</sup>

Postavlja se vprašanje, ali bi se lahko potnik na izredne razmere skliceval tudi v primeru, ko je bila pot predvidena v drugo državo, v katero se koronavirus po takrat dostopnih podatkih še ni razširil. Čeprav Direktiva omogoča odstop od pogodbe brez odstopnine le, če se v kraju potovanja ali v neposredni bližini pojavijo neizogibne in izredne okoliščine, ki bistveno vplivajo na izvedbo turističnega paketa, ali neizogibne in izredne okoliščine, ki bistveno vplivajo na prevoz potrošnika v kraj potovanja, ter preambula Direktive nadalje pojasnjuje, da gre za izredne razmere, če pomenijo znatno (bistveno) tveganje za zdravje ljudi, kot je izbruh resne

<sup>50</sup> Prav tam, str. 2783. Merilo je obveščenost povprečnega potrošnika, kar pomeni, da se predpostavlja seznanjenost potrošnika z javno dostopnimi informacijami iz medijev. Merilo povprečno informiranega, pazljivega in razumnega potrošnika je razvilo Sodišče EU (glej na primer sodbi SEU v zadevah C-315/92, *Clinique*, z dne 2. 2. 1994, in C-210/96, *Gut Springenbeide*, z dne 16. 7. 1998).

<sup>51</sup> Staudinger, Achilles-Pujol, r. št. 24.

<sup>52</sup> Prav tam.

bolezni v kraju potovanja; določbe ne gre razlagati tako ozko, da bi morala biti epidemija prisotna v kraju potovanja, temveč je dovolj, da obstaja resna nevarnost, da se tja tudi razširi.<sup>53</sup>

Nadalje teorija v zvezi s tveganjem okužbe na oddaljenih območjih pojasnjuje, da za odstop zaradi izrednih okoliščin ne zadošča zgolj subjektiven strah pred okužbo, temveč mora potnik izkazati, da je obstajala objektivna nevarnost razširitve bolezni na kraj potovanja.<sup>54</sup> Nemško zvezno vrhovno sodišče se je v zadevi *Hurikan George*,<sup>55</sup> ki je leta 1998 pustošil po Karibih in Mehikem zalivu, zelo določno opredelilo do vprašanja, kolikšna stopnja verjetnosti nastanka izrednih razmer zadošča za potnikov odstop od pogodbe o paketnem potovanju: merilo je znatna verjetnost, ki zahteva vsaj 25-odstotno možnost nastanka izrednih razmer. Verjetnost okužbe s koronavirusom je po drugi strani najbrž precej težje natančno določiti, kljub temu pa je tveganje za zdravje precejšnje, zato bi tudi v tem primeru za odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer zadoščalo, da obstaja realna nevarnost okužbe. Nemška sodna praksa je v primerih odpovedi paketnih potovanj zaradi tveganja okužbe s SARS 1 že zavzela stališče, da je obstoj izrednih razmer mogoče priznati, kadar na ciljni destinaciji potovanja obstaja znatno povečano tveganje okužbe kot v kraju, kjer živi potnik.<sup>56</sup>

Čeprav to iz Direktive o paketnih potovanjih ne izhaja izrecno, menim, da bi bilo pravico do odstopa od pogodbe zaradi izrednih okoliščin mogoče priznati tudi tedaj, ko bi pot do končne destinacije vključevala tranzit prek mednarodnega letališča ali večje železniške postaje, kjer se dnevno giblje na tisoče ljudi z različnih koncev sveta in je zato povečana možnost okužbe. Iz zgornje opredelitve je razvidno, da se upoštevajo tudi izredne razmere, ki bistveno vplivajo na prevoz potrošnika v kraj potovanja, kar bi bilo mogoče razumeti, da mora biti varnost za zdravje zagotovljena tudi med prevozom na končno destinacijo. Eden od indecev za obstoj povečanega tveganja za zdravje na poti bi bili denimo higieniški in drugi preventivni ali varnostni ukrepi za preprečitev širjenja okužbe s koronavirusom na letališčih, postajah, prevoznih sredstvih ipd. Na drugi strani pa odsotnost javnopravnih opozoril ne pomeni nujno, da nevarnosti ni.<sup>57</sup>

V tretji fazi, ko je bil v Sloveniji potrjen prvi primer okužbe s koronavirusom (4. 3. 2020), ukrepi v zvezi z omejitvijo gibanja pa še niso veljali, bi tudi za potovanja v druge dele Evrope glede na hitro širjenje virusa lahko sklepali, da je obstajala resna nevarnost za zdravje potnikov. Enako lahko ugotovimo za potovanja v druge dele sveta, čeprav se epidemija tam morda ni pojavila in niso bili v neposredni bližini okuženih območij, saj bi že odhod na pot prek

<sup>53</sup> Tonner, str. 2785.

<sup>54</sup> Prav tam.

<sup>55</sup> Sodba BGH z dne 15. 10. 2002, objavljena v: NJW 2002, 3700.

<sup>56</sup> Sodba Okrajnega sodišča v Augsburgu 14 C 4608/03 z dne 9. 11. 2004 (povzeto po sodbi Okrajnega sodišča v Kölnu 133 C 213/20 z dne 14. 9. 2020, 18. točka obrazložitve).

<sup>57</sup> Prav tam.

slovenskih ali evropskih letališč pomenil znatno tveganje za zdravje. Pri tem velja upoštevati tudi dejstvo, da v tej fazi nošenje mask, ki lahko znatno zameji širjenje virusa, v Sloveniji še ni bilo obvezno, zato je bilo tveganje za okužbo večje.

Verjetno je odveč dodati, da to še toliko bolj velja za četrto fazo, ko je 11. 3. 2020 Svetovna zdravstvena organizacija razglasila pandemijo koronavirusne bolezni covid-19. Takrat so bili sprejeti tudi številni javnopravni ukrepi omejitve gibanja, zato bi izvršitev take pogodbe tudi nasprotovala prisilnim predpisom.

Pogoji odstopa od pogodbe zaradi izrednih razmer v peti fazi, tj. po razglasitvi konca epidemije v Sloveniji in postopni ukinitvi javnopravnih omejitev gibanja, so odvisni predvsem od razmer na predvideni destinaciji potovanja. Kot izhaja iz Direktive o paketnih potovanjih in ZVPot, so namreč za opredelitev izrednih razmer odločilne predvsem razmere v kraju potovanja ali njegovi neposredni bližini. S ponovnim naraščanjem števila okužb v šesti fazi se je odprlo vprašanje, kako na pravico do odstopa zaradi izrednih razmer vpliva dejstvo, da je Slovenija nekatere države uvrstila na tako imenovani rdeči seznam, v skladu s katerim je potnikom ob povratku iz teh držav odrejena večdnevna karantena. Menim, da je uvrstitev države na rdeči seznam že sama po sebi močan indic za to, da bi bilo zdravje potnikov v tej državi znatno ogroženo. Oblikovanje takih seznamov je v domeni držav, zato smo lahko bili priča položaju, ko je bila ista država ponekod uvrščena denimo na rumeni seznam, drugje pa na rdečega. Tako stanje otežuje enotno (evroavtonomno) uporabo Direktive o paketnih potovanjih. Ne glede na to bi kazalo z vidika slovenskega potrošnika domačim potnikom pravico do odstopa zaradi izrednih razmer priznati v primeru, ko je Slovenija državo potovanja uvrstila na rdeči seznam in bi bila potnikom ob povratku s potovanja odrejena karantena, seveda pod pogojem, da potniki s takim tveganjem ob sklenitvi pogodbe niso mogli računati.

### 3.4. Prve (tuje) sodne odločbe

Po javno dostopnih podatkih v Sloveniji še ni sodnih odločb, ki bi obravnavale ta vprašanja. A na voljo so že prve nemške sodne odločbe, kar ni presenetljivo, saj je Nemčija na tretjem mestu (za ZDA in Kitajsko) med državami, iz katerih v svetovnem merilu prihaja največ turistov.<sup>58</sup>

#### 3.4.1. *Odstop od pogodbe s strani potnika*

Ena prvih odločb, ki obravnava vpliv pandemije na pogodbe o paketnih potovanjih, je sodba Okrajnega sodišča<sup>59</sup> v Frankfurtu 32 C 2136/20 z dne 11. 8. 2020. Tožnik je zase in za

<sup>58</sup> Po podatkih študije iz leta 2019, dostopne na <<https://bigseventravel.com/2019/07/mastercard-countries-travel-internationally-study/>> (25. 11. 2020).

<sup>59</sup> Za potrebe tega prispevka je za »Amtsgericht« uporabljen slovenski izraz okrajno sodišče.



spremljevalko v maju 2019 sklenil pogodbo za paketno potovanje na italijanskem otoku Ischia, načrtovano za obdobje od 14. do 21. 4. 2020, za ceno 1.786,00 evra. Zaradi izbruha koronavirusa v Italiji je 7. 3. 2020 odstopil od pogodbe. Čeprav je turistična agencija njegovo rezervacijo preklicala, je iz tega naslova zadržala 499,50 evra, sklicujoč se na stroške odpovedi potovanja. Tožnik je pred sodiščem zahteval vračilo tega zneska skupaj z zamudnimi obrestmi, sklicujoč se na pravico do odstopa od pogodbe zaradi izrednih okoliščin brez obveznosti plačila odstopnine. Sodišče je tožniku priznalo pravico do odstopa zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin v smislu Direktive o paketnih potovanjih. Kot je pojasnilo, so za presojo utemeljenosti odstopa od pogodbe odločilne okoliščine, ki so obstajale ob odstopu od pogodbe. Svojo odločitev je utemeljilo z razmerami, ki so vladale v Italiji v začetku marca, vključno z zapiranjem šol in univerz od 4. 3. ter uveljavitvijo drugih ukrepov za preprečitev širjenja virusa. Izpostavilo je izredno stanje, ki je takrat vladalo v severni Italiji, ko je 6. 3. italijansko zdravniško združenje objavilo etične standarde za dostop do intenzivne nege, saj obravnava vseh pacientov zaradi pomanjkanja opreme in osebja ni bila mogoča. Na podlagi navedenega je odločilo, da bi navedene izredne razmere v severni Italiji znatno otežile izvedbo paketnega potovanja na Ischii oziroma letalski prevoz v Neapelj, in ugodilo tožnikovemu zahtevku za vračilo celotnega zneska cene turističnega paketa.

Podobno izhaja tudi iz sodbe Okrajnega sodišča v Kölnu 133 C 213/20 z dne 14. 9. 2020. V tem primeru je tožnica 7. 1. 2020 zase in za sopotnika rezervirala paketno potovanje na Japonsko med 3. in 22. 4. 2020 za ceno 9.798,00 evra. Zaradi priporočil nemškega zunanjega ministrstva, povezanih s hitrim širjenjem koronavirusne bolezni v Aziji, vključno z Japonsko, je 2. 3. 2020 sklicujoč se na izredne razmere odstopila od pogodbe. Sodišče je pritrdilo tožnici, da ima pravico do odstopa zaradi izrednih razmer, in odločilo, da ji mora turistična agencija vrniti znesek opravljenih predplačil, vključno z zamudnimi obrestmi. Pri tem je poudarilo, da za odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer ni potrebno, da v trenutku odstopa na destinaciji potovanja že obstajajo izredne razmere, temveč zadošča, da obstaja resna nevarnost, da se bodo tja tudi razširile.<sup>60</sup> Priporočilo zunanjega ministrstva je lahko zadosten indic za to, da taka nevarnost obstaja.<sup>61</sup> Pri tem je poudarilo, da ravno v takih primerih, ko obstaja resna nevarnost za težjo bolezen, ki lahko resno ogrozi zdravje ljudi in se lahko v določenih primerih konča s smrtnim izidom, virus pa se hitro širi, zahteve za obstoj izrednih razmer ne smejo biti preveč stroge.<sup>62</sup> Sodišče se je ukvarjalo tudi z vprašanjem, ali bi se tožnica v času sklenitve pogodbe mogla oziroma morala zavedati tveganja, ki ga prinaša potovanje v Azijo. Tak ugovor toženca je zavrnilo z obrazložitvijo, da kljub temu, da je bil virus v začetku januarja v Aziji že

<sup>60</sup> Točka 17 obrazložitve sodbe.

<sup>61</sup> Točka 18 obrazložitve sodbe. Pri tem sodišče izpostavi, da za obstoj izrednih razmer ni potrebno, da bi zunanje ministrstvo izdalo tudi kakšna opozorila za potovanje v tujo državo.

<sup>62</sup> Prav tam.

prisoten, ga je nemško zunanje ministrstvo takrat (7. 1. 2020) šele identificiralo, pandemije pa v tistem trenutku še ni bilo mogoče pričakovati.<sup>63</sup>

Ena zadnjih sodnih odločb s tega področja je sodba Okrajnega sodišča v Münchnu 159 C 13380/20 z dne 27. 10. 2020, ki še ni pravomočna, saj je bila zoper njo vložena pritožba. V tem primeru sodišče tožnici ni priznalo pravice do odstopa od pogodbe o paketnem potovanju zaradi izrednih razmer, saj naj bi bil ta – tri mesece pred predvidenim začetkom potovanja – prengljen. V tem primeru je tožnica zase in za svojo družino 24. 1. 2020 sklenila pogodbo o paketnem potovanju, in sicer za križarjenje od nemškega Warnemünda do Københavna z vmesnimi postanki v Stockholmu, Talinu in Sankt Peterburgu v obdobju od 28. 6. do 5. 7. 2020 za ceno 1996 evrov. Zaradi pandemije je 1. 4. 2020 odstopila od pogodbe. S tožbo je zahtevala vračilo predplačila v višini 568 evrov (400 evrov kot predplačilo cene paketa in 168 evrov za zavarovanje). Sodišče odstopa od pogodbe zaradi izrednih razmer ni priznalo z obrazložitvijo, da v trenutku odstopa od pogodbe (1. 4. 2020) še ni bilo znano, kakšne bodo razmere za potovanje v načrtovanem obdobju, saj so bila opozorila zunanjega ministrstva in prepoved vstopa na Dansko in v Rusijo časovno omejeni ter niso obsegali obdobja, v katerem naj bi se izvedlo načrtovano križarjenje. Po mnenju sodišča v začetku aprila 2020 še ni bilo izključeno, da ne bi bilo tri mesece pozneje križarjenje z ustreznimi higienskimi ukrepi in predhodnim testiranjem potnikov mogoče. V trenutku odstopa od pogodbe po mnenju sodišča tako ni obstajala zadostna verjetnost, da bo izvedba potovanja v načrtovanem obdobju zaradi koronavirusa znatno otežena. Tožnica je bila v tistem trenutku najbrž prepričana, da pod nobenimi pogoji ne želi iti na pot, zgolj strah pred okužbo pa za brezplačno odpoved potovanja ne zadošča, kot je v tem primeru zaključilo prvostopenjsko sodišče.

Menim, da je tako stališče preveč strogo, še posebej zato, ker bi se predvideno potovanje odvijalo na križarki, ki so se v pandemiji koronavirusne bolezni izkazale za posebej problematične z vidika možnosti okužbe. Čeprav se javnopravne omejitve in opozorila v začetku aprila niso raztezali na obdobje konec maja in začetek junija, ne vidim ovir za to, da bi na podlagi izkušenj z množičnimi izbruhi virusa na križarkah v januarju, februarju in marcu lahko zaključili, da je tudi za predvideno obdobje obstajala resna nevarnost za okužbo. V danih razmerah je bilo tako po mojem mnenju že v aprilu znano dovolj resno tveganje za zdravje, pri čemer učinkovitih sredstev za boj proti pandemiji še ni bilo pričakovati v tako kratkem času, zato bi tožnici kazalo dopustiti odstop od pogodbe zaradi izrednih razmer.

To ne nazadnje potrjuje tudi sodba Okrajnega sodišča v Stuttgartu 3 C 2559/20 z dne 13. 10. 2020. V tem primeru je sodišče štelo, da je tožnikov odstop od pogodbe o paketnem potovanju z dne 20. 4. 2020 za križarjenje do Nordkapa, načrtovano za obdobje od 18. do 30. 6. 2020, zaradi izrednih razmer utemeljen. Čeprav se takrat prepoved potovanja in ostali

<sup>63</sup> Točka 24 obrazložitve sodbe.

ukrepi še niso raztezali na junij, je bilo jasno, da učinkovita zaščita pred virusom (cepivo ali zdravilo) tudi takrat še ne bo obstajala, zaradi preteklih izkušenj z izbruhom bolezni na križarkah pa je taka oblika potovanja za tožnika pomenila realno nevarnost za težko bolezen, ki lahko znatno ogrozi zdravje in se lahko konča tudi s smrtnim izidom.<sup>64</sup>

### 3.4.2. Odstop od pogodbe s strani organizatorja potovanja

Kot omenjeno, je zaradi neizogibnih in izrednih okoliščin tudi organizator potovanja upravičen odstopiti od pogodbe brez obveznosti plačila odškodnine. V zadevi 47 C 59/20 z dne 15. 7. 2020 je Okrajno sodišče v Rostocku presojalo dopustnost toženčeve odpovedi vseh križarjenj v Aziji od sredine februarja 2020. V konkretnem primeru je namreč tožnica od tožnika – turistične agencije – zahtevala plačilo odškodnine zaradi izgubljenega dopusta kot posledice odpovedi načrtovanega potovanja. Sodišče je njen zahtevek zavrnilo, sklicujoč se na izredne razmere, povezane s številnimi okužbami na križarkah v tistem obdobju, ki so se začele prav v Aziji. Z izvedbo potovanja bi tako organizator tvegala izbruh bolezni na krovu, karanteno in posledično zavrnitev izkrcanja potnikov in posadke. Na podlagi tega je sodišče odločilo, da so bile na ciljni destinaciji podane neizogibne in izredne okoliščine, ki so organizatorja potovanja upravičevale do odstopa od pogodbe brez obveznosti plačila odškodnine.

V sodbi C 2620/20 z dne 15. 10. 2020 je Okrajno sodišče v Frankfurtu presojalo posledice odpovedi potovanja s strani turistične agencije. V tem primeru je turistična agencija zaradi omejitve vstopa v državo dne 17. 3. 2020 odpovedala tožnikovo potovanje v Španijo in mu 7. 4. 2020 izdala vrednotnico v višini opravljenih plačil (2.381,35 evra), čeprav je ta zahteval vračilo denarja. Sodišče je v obrazložitvi zapisalo, da vrnitev vseh opravljenih izplačil najpозnejše v roku 14 dni od odstopa od pogodbe velja tudi takrat, kadar organizator potovanja odstopi od pogodbe. Vrednotnica ne pomeni veljavne alternative vračilu denarja, saj z njo potnik – drugače kot pri denarju – ostane vezan na določenega pogodbenega partnerja. Če torej potnik v to možnost ne privoli, organizatorjeva izbira takega načina izplačila ne sme iti na njegovo škodo. Zato je sodišče odločilo, da je potnik upravičen do vračila denarja, vključno z zamudnimi obrestmi, ki začnejo teči s pretekom 14-dnevnega roka od odstopa od pogodbe.

## 4. Sklep

Pravna ureditev pogodb o paketnih potovanjih, ki izhaja iz Direktive EU 2015/2302 o paketnih potovanjih in povezanih potovalnih aranžmajih, potniku in organizatorju potovanja v primeru neizogibnih in izrednih okoliščin daje pravico do odstopa od pogodbe z enostransko izjavo volje. V prispevku so predstavljene smernice za razlago neizogibnih in izrednih okoliščin, ki so se v sodni praksi razvile zlasti na primerih naravnih nesreč, nestabilnih političnih

<sup>64</sup> Točke 17–19 obrazložitve sodbe.

razmer in tudi izbruha bolezni SARS med letoma 2002 in 2004. Upravičenost do odstopa od pogodbe zaradi izrednih razmer je treba presojati glede na vsakokratne okoliščine konkretnega primera, pri tem pa kaže upoštevati zlasti: (1) čas in kraj predvidenega potovanja; (2) javnopravne ukrepe za zamejitev širjenja virusa; (3) stanje v trenutku odstopa od pogodbe in (4) informacije, ki so bile pogodbenima strankama znane ob sklepanju pogodbe. Izziv za teorijo in prakso je na področju paketnih potovanj prinesla tudi pandemija koronavirusne bolezni, pri čemer so predstavljene smernice sodiščem lahko v pomoč tudi pri reševanju prihodnjih sporov na tem področju.

## Literatura

- BECH SERRAT, Josep Maria. Consumer travel law. V: Twigg-Flesner, C. (ur.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, str. 360–387.
- BERGMANN, Stefanie, BLANKENBURG, Daniel. Unvermeidbare außergewöhnliche Umstände im Pauschalreise- und Luftverkehrsrecht. *NJW*, 2019, str. 3678–3683.
- DANNEMANN, Gerhard, BUSCH, Christoph, SCHULTE-NÖLKE, Hans. Digital Platforms and COVID-19. V: Hondius, E., in dr. (ur.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia online, 2020.
- FÜHRICH, Ernst. Die neue Pauschalreiserichtlinie. *NJW*, 2016, str. 1204–1209.
- GIORDANO, Paolo. *V času epidemije*. Ljubljana: Založba Mladinska knjiga, 2020.
- JAUERING, Othmar, in dr. (ur.). *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*. 17. izdaja. München: C. H. Beck, 2018.
- KELLERBAUER, Manuel, in dr. (ur.). *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- LUTMAN, Karmen. Ko poti ne vodijo več v Rim: turizem v času koronavirusa in pravice potrošnikov. *Pravnik*, 2020, letn. 75, št. 3/4, str. 151–181.
- MOŽINA, Damjan. Naknadna nemožnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2008, letn. 68, str. 175–201.
- STAUDINGER, Ansgar, ACHILLES-PUJOL, Charlotte. Reiserecht. V: Schmidt, H. (ur.), *COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*. München, Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 2020.
- TONNER, Klaus. Auswirkungen von Krieg, Epidemie und Naturkatastrophe auf den Reisevertrag. *NJW*, 2003, str. 2783–2787.
- TORRES, Carlos, in dr. (ur.). *Collective Commentary about the New Package Travel Directive*. Estoril: ESHTTE, 2020.
- WELLER, Marc-Philippe, LIEBERKNECHT, Marcus, HABRICH, Victor. Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung. *NJW*, 2020, str. 1017–1022.



# Aktualni problemi zavarovalne pogodbe

# IV.

JERNEJ VEBERIČ

*Zavarovanje odgovornosti – nekateri izzivi  
slovenske zakonodaje*

MARKO FRANTAR

*Zavarovanje jamstev iz prodajne pogodbe*



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.51:368

# Zavarovanje odgovornosti – nekateri izzivi slovenske zakonodaje

JERNEJ VEBERIČ  
univerzitetni diplomirani pravnik  
Zavarovalnica Triglav, d. d.

## 1. Uvod

Pri zavarovalni pogodbi, ki se nanaša na zavarovanje odgovornosti, se zavarovalnica zaveže, da bo povrnila škodo, ki jo zavarovanec povzroči oškodovancu. Zavarovalno kritje temelji na odškodninski odgovornosti zavarovanca. V skladu s temeljnimi pravili in načeli obligacijskega (odškodninskega) prava je povzročitelj dolžan povrniti škodo, ki jo je povzročil in je zanj odgovoren. Zavarovanje omogoča, da se obveznost povrnitve škode prenese z odgovorne osebe (zavarovanca) na zavarovalnico. S tem so varovani interesi dveh subjektov – zavarovanca in oškodovanca.<sup>1</sup> Zavarovanje preprečuje, da bi se zaradi povrnitve škode zmanjšalo zavarovančevo premoženje, saj škodo poravnava zavarovalnica namesto zavarovanca.<sup>2</sup> Preprečitev prikrajšanja zavarovanca je značilna za vsa premoženjska zavarovanja. Po drugi strani zavarovanje odgovornosti pomaga oškodovancu, da dobi poplačilo, s čimer se njegovo premoženjsko stanje vrne na raven pred škodnim dogodkom. V ospredju je vendarle zavarovalni interes zavarovanca, saj je zavarovalna pogodba sklenjena za njegov račun (če sta zavarovanec in zavarovalec ista oseba) in z namenom njegove zaščite. Zaščita interesov oškodovanca pa pride do izraza zlasti v primerih, ko ima oškodovanec neposredni zahtevek proti zavarovalnici.<sup>3</sup> Če ima namreč oškodovanec možnost, da se za poplačilo škode obrne neposredno na zavarovalnico, se mu s tem poenostavi pot do odškodnine. Predvsem zavarovanja odgovornosti, ki so po zakonu obvezna (t. i. obvezna zavarovanja), izhajajo iz družbene potrebe po zaščiti oškodovan-

<sup>1</sup> Polajnar Pavčnik v: Plavšak, Juhart in dr., 4. knjiga, str. 894.

<sup>2</sup> Veberič, str. 1432.

<sup>3</sup> V slovenskem pravnem redu je neposredni zahtevek oškodovanca proti zavarovalnici samoumeven. Obligacijski zakonik v 965. členu oškodovancu v vsakem primeru priznava neposredni zahtevek.

cev. Takšno je na primer tudi zavarovanje avtomobilske odgovornosti,<sup>4</sup> ki je najbolj množično zavarovanje v Sloveniji. To zavarovanje zelo podrobno ureja Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP)<sup>5</sup> v skladu z več evropskimi direktivami. Eden osrednjih namenov zakona je omogočiti oškodovancem prometnih nesreč, od tistih z majhno premoženjsko škodo do najhujših žrtev, da dobijo odškodnino na čim bolj enostaven način, ne da bi se morali pri tem soočati s tistim, ki jim je škodo povzročil in morda ne želi priznati krivde, se izmika plačilu ali pa plačila ne zmore. Zavarovanec ima pravni in ekonomski ter s tem zavarovalni interes: zavarovanje mu omogoči, da kljub povzročitvi škode (ki se na cesti lahko pripeti še tako skrbnemu vozniku) normalno nadaljuje svoje poslovno in zasebno življenje, ne da bi bilo to popolnoma prizadeto zaradi obveznosti plačila (ogromne) odškodnine. Pri tem se osredotočamo le na civilnopravne posledice povzročitve škode, ne da bi presojali moralne ali kazenskopravne vidike.

Pri zavarovanju odgovornosti se srečamo s tristranskim pravnim razmerjem med zavarovalnico, zavarovancem in oškodovancem. Za potrebe tega prikaza poenostavimo, da je zavarovalec sočasno tudi zavarovanec, torej zanemarimo zavarovanja za tuj račun. Pod to predpostavko je razmerje med zavarovalnico in zavarovancem (kot skleniteljem in upravičencem) kritno razmerje. Gre za pogodbeno razmerje, iz katerega izvira (pogodbena) obveznost zavarovalnice do zavarovanca. Učinkovanje tega kritnega razmerja je pogojeno z uresničitvijo zavarovalnega primera, ki pomeni povzročitev škode oškodovancu s strani zavarovanca. S tem nastane valutno razmerje med oškodovancem in zavarovancem, iz katerega izvira (nepogodbena) obveznost zavarovanca, da kot odgovorna oseba poravnava škodo oškodovancu. Kavzalno razmerje je razmerje med zavarovalnico in oškodovancem. Pomeni uresničitev bistva sklenitve zavarovalne pogodbe, tj. da ob zavarovalnem primeru namesto zavarovanca škodo poravnava zavarovalnica, kar je še posebno pomembno, kadar je dopuščen neposredni zahtev oškodovanca proti zavarovalnici.

Zavarovalno kritje pri zavarovanju odgovornosti temelji na dveh predpostavkah, ki morata biti kumulativno izpolnjeni: (1) odškodninska odgovornost zavarovanca na podlagi zakona in (2) zavarovalno kritje v skladu z zavarovalno pogodbo.

Poznamo več vrst zavarovanj odgovornosti, ki pokrivajo različne sfere zasebnega in poslovnega življenja fizičnih in pravnih oseb. Najpogostejša so zavarovanja odgovornosti v prometu (cestni, pomorski, zračni promet), zavarovanje odgovornosti delodajalca (proti delavcem), zavarovanje odgovornosti iz dejavnosti (za različne gospodarske in družbene dejavnosti), zavarovanje poklicnih odgovornosti (za določene poklice, na primer odvetnike, zdravnike),

<sup>4</sup> Več o tem Ristin v: Ristin, Korbar in Simoniti, str. 105.

<sup>5</sup> Uradni list RS, št. 70/94, 29/96, 67/02, 13/05, 30/06, 114/06 – ZUE, 52/07, 40/12 – ZUJF, 4/16, 33/16 – PZ-F, 41/17 – PZ-G, 72/18.



zavarovanje proizvajalčeve odgovornosti in zavarovanje odgovornosti zasebnika (za škodo, povzročeno zunaj poklicne dejavnosti, torej v zasebnem življenju).

Oškodovanec ni stranka zavarovalne pogodbe. Vendar pa ta pogodba neposredno učinkuje na njegove koristi (ne pa obveznosti), kadar ima pravico do neposrednega zahtevka proti zavarovalnici. Če neposrednega zahtevka nima, so njegove koristi na podlagi zavarovalne pogodbe zgolj posredne. Lahko si obeta lažje poplačilo, če je zavarovalnica izplačala odškodnino zavarovancu, saj je ta bolj solventen.

Zavarovanje odgovornosti se nanaša izključno na civilnopravno odškodninsko odgovornost. Namen zavarovanja je povrnitev škode. Zato ni dopustno, da bi zavarovanje vključevalo izplačila, ki bi presejala višino pravno priznane škode v civilnem pravu. Tako ne bi bili dopustni dogovori o kritju t. i. kaznovalnih odškodnin<sup>6</sup> in tudi ne kaznovalnih sankcij, izrečenih v drugih uradnih postopkih zaradi škodnega dogodka (na primer globe, denarne kazni, razni ukrepi premoženjske narave). Vse te sankcije (za razliko od civilne odškodnine) imajo (tudi) kaznovalni namen, ki ne more biti uresničen, če se sankcija izvrši zoper zavarovalnico namesto zoper odgovorno osebo. Zavarovalne pogodbe, ki bi vključevale takšno zavarovanje, bi bile nične na podlagi prvega odstavka 86. člena Obligacijskega zakonika (OZ).<sup>7</sup>

Po naši oceni je pozitivna ureditev zavarovanj odgovornosti v OZ pomanjkljiva, saj vsebuje le dva člena, ki se nanašata na splošno opredelitev obveznosti zavarovalnice in neposredni (direktni) zahtevek oškodovanca. OZ je skoraj dobesedno povzel ureditev iz Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR)<sup>8</sup> iz leta 1978, odtlej pa je v evropskem merilu zavarovanje odgovornosti naredilo velik korak naprej, saj je sledilo skokovitemu razvoju industrije in drugih dejavnosti, ki jih štiti. Potrebna bi bila natančnejša zakonska ureditev, da bi sledila sodobnim smernicam zavarovalnega prava, ki jih pozna večina zahodnoevropskih pravnih redov in so v veliki meri povzete v Načelih evropskega zavarovalnega pogodbenega prava (Principles of European Insurance Contract Law, v nadaljevanju: PEICL). To še zlasti velja za opredelitev instituta zavarovalnega primera in neposrednih zahtevkov oškodovanca. Ne smemo pozabiti, da je primarni upravičenec iz pogodbe o zavarovanju odgovornosti vendarle zavarovanec (tako kot pri preostalih premoženjskih zavarovanjih); oškodovanec je sekundarni upravičenec, če mu zakon ta položaj posebej priznava.

<sup>6</sup> Kaznovalna odškodnina je odškodnina, ki po vrednosti presega pravno priznano škodo, saj vsebuje tudi kazen za odgovorno osebo, ki jo mora ta plačati oškodovancu. Kaznovalne odškodnine pozna zlasti ameriško pravo, medtem ko jih evropsko kontinentalno pravo načeloma zavrača.

<sup>7</sup> Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US, 20/18.

<sup>8</sup> Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 2/89, 45/89, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP, 87/02 – SPZ, 82/15 – odl. US.

V nadaljevanju kritično obravnavamo nekatere segmente veljavne pravne ureditve v OZ ter jih prepletamo s predlogi sodobnejše ureditve, ki bi bila po našem mnenju (izhajajoč iz primerjalnopravne prakse) primerna tudi za slovenski zavarovalni in pravni prostor.

## 2. Zavarovalni primer

Zavarovalni primer je najpomembnejše dejstvo zavarovalne pogodbe, saj je od njegovega nastopa odvisna vzpostavitev osrednje pogodbene obveznosti zavarovalnice. Šele z zavarovalnim primerom se učinek zavarovalne pogodbe izrazi v vsej svoji razsežnosti.<sup>9</sup> Opredelitev zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti je specifična. Predmet zavarovanja je odškodninska odgovornost, ne sâmo premoženje, na katerem nastane škoda. Zato so dobrodošla posebna pravila za enoznačni odgovor na vprašanje, kdaj (če sploh) je nastal zavarovalni primer. Odgovor na to vprašanje pa je pomemben za opredelitev, ali je zavarovalno kritje podano ali pa gre za dogodek, ki ne spada v časovni okvir zavarovanja. Če je zaporedoma sklenjenih več zavarovalnih pogodb, pa je pomembno vprašanje, katera zavarovalna pogodba je relevantna, torej katero kritje se »sproži«.

Pri tipičnem škodnem dogodku je vzrok za škodo v tesni časovni povezavi s škodno posledico. Na primer zaradi nepravilne vožnje pride do trčenja dveh vozil. Škoda na vozilih nastane v nekaj trenutkih, telesne poškodbe prav tako. Pri tako imenovanih čistih premoženjskih škodah, ki izvirajo iz opravljanja poklicnih dejavnosti, pa je lahko položaj bolj zapleten. Na primer odvetnik kot mandatar stori strokovno napako z napačnim pravnim nasvetom ali napačno trditvijo v sodnem postopku, lahko tudi z opustitvijo. S tem povzroči (čisto premoženjsko) škodo svojemu mandantu. Toda škoda ne nastane v trenutku, ko je odvetnik storil napako. Šele dalj časa kasneje se napaka izrazi (manifestira) v sodnem postopku, še kasneje jo v sodbi ugotovi sodišče, še kasneje sodba postane pravnomočna in še kasneje se izvrši. Podobno je pri nekaterih ekoloških nesrečah, kjer se škoda pokaže več let ali celo desetletij po onesnaže(va)nju, ali pri pojavu obolenj po daljši izpostavljenosti škodljivim snovem (na primer azbestoza). Takšni primeri potrebujejo pravno ureditev, ki po eni strani zavarovancem omogoča, da z eno pogodbo pridobijo kakovostno zavarovalno kritje, četudi od vzroka do posledice mine dalj časa, po drugi strani pa zavarovalnicam dopušča, da se zaščitijo pred nepredvidljivimi »škodami z dolgim repom«, ko bi morale nuditi kritje še daljše časovno obdobje, potem ko je zavarovalna pogodba formalno že davno prenehala ali zavarovani subjekt sploh ne obstaja več.

Pri OZ pogrešamo izrecno in specifično ureditev zavarovalnega primera v odseku odgovornostnih zavarovanj. OZ namreč vsebuje le opredelitev zavarovalnega primera na splošno, ki ga

<sup>9</sup> Dokler se zavarovalni primer ne pripeti, je zavarovalna pogodba na neki način »speča«, saj obveznost zavarovalnice ne nastopi, kar je značilno za aleatorne (tvegane) pogodbe.

definira kot dogodek, glede katerega se sklene zavarovanje (922. člen OZ). Za odgovornostna zavarovanja ta opredelitev ne zadostuje, saj ne daje odgovora na vprašanje, ali in pod kakšnimi pogoji je mogoče skleniti zavarovalno pogodbo v zvezi z nevarnostmi (riziki), pri katerih se (pozitivni in negativni) učinki zavarovančevega poslovanja kažejo skozi daljše časovno obdobje. Zavarovanec v takem primeru želi zavarovalno kritje, ki mu bo nudilo zaščito od prve storitve v nizu do zadnje posledice, čeprav ta lahko nastane še več let po koncu poslovanja ali po zavarovančevi smrti. Za zavarovalnico pa bi bilo takšno kritje na prvi pogled nevzdržno, saj bi morala nuditi kritje še dolgo po izteku pogodbe, veljavne v času relevantnega dejstva, ki je povzročilo škodo. Zavarovalnica za uspešno poslovanje potrebuje relativno predvidljivo sliko učinkovanja zavarovanj. Za vse sklenjene zavarovalne pogodbe mora v skladu z Zakonom o zavarovalništvu (ZZavar-1)<sup>10</sup> izračunavati škodne rezervacije ves čas, ko nosijo kritje, tudi po prenehanju zavarovalnih pogodb (če škoda lahko nastane tudi kasneje). Previsoke škodne rezervacije slabijo poslovni rezultat zavarovalnice, to pa zmanjšuje njeno konkurenčnost in povečuje ceno zavarovanj. Zato zavarovalnice težijo k zavarovalnim produktom, pri katerih je časovni obseg kritja omejen in je jasno, kdaj ni več treba pričakovati, da bo iz konkretnega zavarovanja nastala še kakšna škoda. Ne gre za to, da bi se zavarovalnica otepala zavarovalnega kritja, pač pa želi kritje za vsako obdobje ustrezno ovrednotiti. Zato bi potrebovali izrecno zakonsko možnost, da se pogodbeni stranki glede časovne opredelitve kritja dogovorita avtonomno. Osrednji model, ki je uveljavljen v svetovni zavarovalni praksi, je presojanje zavarovalnega kritja v trenutku vložitve odškodninskega zahtevka. Kritje je v tem primeru podano, če je oškodovanec proti zavarovancu vložil odškodninski zahtevek v kritnem obdobju, ki je časovno opredeljeno v zavarovalni pogodbi. Če zakon omogoča direktni zahtevek proti zavarovalnici, zadostuje tudi zahtevek proti njej. Možni so tudi drugi načini opredelitve zavarovalnega primera, na primer trenutek, ko se škoda pojavi (pri čemer ni pomembno, kdaj je nastal vzrok škode).

Golo pravilo o opredelitvi zavarovalnega primera glede na trenutek vložitve odškodninskega zahtevka bi bilo neuravnoteženo – zelo ugodno za zavarovalnico in neugodno za zavarovanca. V trenutku prenehanja zavarovalne pogodbe in kritnega obdobja bi namreč zavarovanec izgubil vse možnosti za uveljavitev pravic iz zavarovalne pogodbe, če zahtevek zoper njega do takrat še ni bil vložen, pa čeprav je škoda že nastala. Oškodovanec bi lahko celo zlorabil položaj zavarovanca, če bi čakal, da zavarovalna pogodba preneha, in šele nato vložil zahtevek. Zato je treba princip zavarovalnega primera glede na vložitev odškodninskega zahtevka kombinirati z drugimi prvinami in s tem omejevati njegove negativne učinke za zavarovanca, na primer tako, da je zavarovalnica dolžna nuditi kritje še določeno število let po prenehanju kritnega obdobja, torej če so zahtevki vloženi v tem »podaljšku« – seveda le za škode, ki imajo svoj vzrok v kritnem obdobju. Če bi zavarovanec zaradi specifičnega poslovanja želel obdobje

<sup>10</sup> Uradni list RS, št. 93/15, 9/19, 49/20 – ZIUZEOP, 102/20.

kritja še podaljšati, bo to lahko storil s posebnim pogodbenim dogovorom za posebno (dodatno) ceno.

PEICL (pravilo 14:107) glede tega vprašanja temelji na preseku različnih nacionalnih ureditev v Evropski uniji, pri čemer se zgleduje zlasti po nizozemski, avstrijski, nemški, francoski, belgijski, španski in luksemburški ureditvi. Skupni imenovalec je bistveno strožja ureditev pri potrošniških pogodbah, medtem ko se pojem zavarovalnega primera z gospodarskimi subjekti razširja in sprošča ter prepušča pogodbeni avtonomiji. Pomemben je kogentni dodatni rok za vlaganje odškodninskih zahtevkov po prenehanju zavarovalne pogodbe.<sup>11</sup>

### 3. Neposredni zahtevki

OZ v 965. členu ureja neposredne zahtevke oškodovanca, pri čemer je poudarjeno, da: (1) oškodovanec lahko zahteva odškodnino neposredno od zavarovalnice; (2) v trenutku nastanka zavarovalnega primera oškodovanec pridobi lastno pravico zahtevati odškodnino in nobena kasnejša sprememba v pravicah zavarovanca proti zavarovalnici nanjo ne vpliva; (3) obveznost zavarovalnice je omejena z zavarovalno vsoto.

Določilo o neodvisnosti oškodovančevih pravic ni problematično, podobno velja za določilo o vezanosti obveznosti zavarovalnice na (omejeno) zavarovalno vsoto. Tega pa ne bi mogli reči za osrednje (prvo) določilo, ki se nanaša na samo pravico do neposrednega zahtevka in tožbe proti zavarovalnici. Po našem mnenju za takšno brezizjemno določilo ni pravega razloga. Privilegira oškodovanca, čeprav ni stranka zavarovalne pogodbe, saj pridobi status neposrednega upravičenca iz zavarovanja (namesto zavarovanca). Zavarovanec pa je postavljen v podrejeni položaj, ko zgolj obvešča zavarovalnico o relevantnih okoliščinah zavarovalnega primera, pri reševanju zavarovalnega zahtevka pa ne sodeluje aktivno, saj se ta rešuje na relaciji med oškodovancem in zavarovalnico. To v praksi povzroča, da je zavarovalnica odškodninsko izpostavljena tudi v primerih, ko oškodovanec od zavarovanca sploh ne bi dejansko zahteval odškodnine, čeprav ima to pravico (na primer zaradi subjektivnega odnosa z zavarovancem). Zakonsko omogočena pasivnost zavarovanca nadalje zavarovalnici otežuje pridobivanje relevantnih podatkov o dejanskem stanju zavarovalnega primera, saj zavarovanec, ki o primeru ve največ, nima pretiranega interesa sodelovati, saj zahtevek ni naperjen proti njemu.

Ker je zavarovanje odgovornosti premoženjsko zavarovanje, bi po našem mnenju tudi tukaj moral imeti osrednjo vlogo zavarovanec. Zavarovan je namreč njegov premoženjski interes. Zato je zavarovanec primarni zavarovalni upravičenec, ki lahko terjaja zavarovalnino (odškodnino) od zavarovalnice. Njegova pravica je tolikšna, kolikor je dolžan plačati (ali je plačal)

<sup>11</sup> Basedow in dr., str. 295–296.

odškodnine oškodovancu kot odgovorna oseba. Če ni plačal ničesar, ker oškodovanec ni nič terjal od njega, potem tudi njemu zavarovalnica ni nič dolžna.

To pa seveda ne pomeni, da je institut neposrednega zahtevka oškodovanca nepotreben. Vendar naj bo omejen le na primere, kjer je interes oškodovanca za zavarovanje odgovornosti postavljen v ospredje in je enakovreden zavarovančevemu zavarovalnemu interesu.

Takšna so predvsem obvezna zavarovanja. Gre za zavarovanja, kjer zakon zaradi posebnih družbenih interesov (po navadi šibkejših družbenih skupin) določa obveznost sklenitve, praviloma v interesu potencialnih oškodovancev. Obveznih zavarovanj odgovornosti je vedno več, od (tradicionalnih) zavarovanj v prometu do obveznih zavarovanj pri opravljanju raznih poklicnih dejavnosti (odvetništvo, zdravstvo, gradbeništvo ipd.).

Neposredni zahtevek naj bo namenjen tudi oškodovancem, ki so utrpeli telesne poškodbe ali okvaro zdravja, ne glede na to, ali gre za obvezna ali prostovoljna zavarovanja. Če je pri obveznih zavarovanjih ranljivost določene družbene skupine prepoznana na abstraktni ravni in je zaščitena z zakonom, gre tu za konkretne primere najbolj neprijetnih posledic škodnih dogodkov (poškodovancev in obolelih), ki si zaslužijo posebne pravice, da si čim lažje povrnejo prejšnje stanje ali vsaj dobijo pravično zadoščenje.

Primerjalnopravno se neposredni zahtevek pogosto podeljuje tudi oškodovancem v primeru stečaja zavarovanca, saj ne bi bilo pravično, da bi bili oškodovanci s povzročeno nepogodbeno škodo, ki je posledica civilnega delikta, v stečajnem postopku izenačeni z drugimi zavarovančevimi upniki.<sup>12</sup>

Naštete tri izjeme dopuščene neposrednega zahtevka tvorijo številčno in zneskovno pretežni del vsega portfelja zavarovalnih primerov odgovornostnih zavarovanj. Vendarle pa ohranjajo po našem mnenju pravilno izhodišče, da je zavarovalni upravičenec pri zavarovanju odgovornosti (praviloma) zavarovanec, neposredni zahtevek oškodovanca pa je izjema.

## 4. Sistem bonusov in malusov

Ob sklenitvi zavarovanja za zavarovalnico obstaja tveganje za t. i. moralni hazard (imenovan tudi popogodbeni oportunitizem), ki pomeni bolj ravnodušno ravnanje zavarovanca po sklenitvi zavarovalne pogodbe, tako da opusti določene previdnostne ukrepe. S tem se povečata škodna nevarnost in izpostavljenost zavarovalnice. Zavarovalne bonitete oziroma bonusi in malusi so splošno uveljavljene pogodbene spodbude, s katerimi želijo zavarovalnice stimulirati zavarovance, da ravnajo čim bolj previdno in odgovorno. Z ugodnim škodnim količnikom (razmerjem med škodami in zavarovalno premijo) si zavarovalec lahko obeta ugodnejšo

<sup>12</sup> Prav tam, str. 302.

obravnavo, dobi določene popuste, prehaja v nižje premijske razrede; pravimo, da pridobiva bonus. Če sta število oziroma znesek njegovih škod visoka, pa ugodnosti izgubi oziroma mora doplačati dodatno premijo – malus.

Na konkurenčnem zavarovalnem trgu je običajno, da v daljšem časovnem obdobju zavarovalci prehajajo med različnimi zavarovalnicami. Če se uporablja sistem bonus – malus, naj bi imel zavarovalec ob sklepanju nove pogodbe pravico dokazovati, da je njegovo preteklo škodno dogajanje ugodno in da si tudi pri novi zavarovalnici zasluži določeno boniteto, kot jo je imel pri prejšnji zavarovalnici. Le tako bi lahko bil enakopravno obravnavan pri novi zavarovalnici.

Po sedANJI ureditvi zavarovalnica ni dolžna upoštevati preteklega škodnega rezultata zavarovanca pri drugih zavarovalnicah (zakon o tem nima posebnih določb), kar odvrta zavarovance od odločitve, da bi zamenjali zavarovalnico, to pa slabi konkurenco na trgu. Njihova odločitev torej ne temelji na primerjalnem izračunu različnih zavarovalnih ponudb, saj se ob menjavi zavarovalnice njihov položaj *a priori* poslabša, ker niso upoštevane pretekle bonitete, ki so si jih pri določeni zavarovalnici prislužili z ugodnim škodnim rezultatom.

Pravilo 14:106 PEICL zavarovancu priznava posebno pravico, da se mu pri novi zavarovalnici upošteva ugoden pretekli škodni rezultat. Zavarovanec ima pravico od prejšnje zavarovalnice zahtevati izpis iz škodne evidence, njegova nova zavarovalnica pa sme in mora upoštevati podatke o zavarovanjih pri prejšnji zavarovalnici. Zakonsko mora biti opredeljeno tudi relevantno referenčno obdobje, ki se upošteva pri izračunu prihodnje premije; PEICL predlaga obdobje petih let.

Po drugi strani bi bilo treba tudi zavarovalnici priznati pravico, da pridobi podatke o preteklem škodnem dogajanju novega zavarovanca, ki ga ne pozna, saj lahko le tako objektivno določi tveganje in odmeri pravilno zavarovalno premijo.

Pri podatkih iz evidence preteklih zavarovalnih primerov so lahko pomembni število škod, znesek škod ali podrobnejši podatki o oškodovancih. Gre za podatke, ki se nanašajo na odškodninska pravna razmerja zavarovanca.

Dogovor o bonusu ali malusu je rezultat predvidevanja, kakšno bo »škodno obnašanje« zavarovanca v prihodnje. Predvidevanje temelji na njegovem preteklem »obnašanju«. Z vidika trenutka sklenitve zavarovalne pogodbe se bonus ali malus priznava za prihodnje zavarovalno obdobje, praviloma za prihodnje zavarovalno leto. Omenjeno predvidevanje je slej ko prej špekulativno, tvegano, saj je zavarovalna pogodba tvegana – aleatorna pogodba. Tveganje nosita obe strani: zavarovalec ob plačilu premije ne ve, ali oziroma koliko zavarovalnine ali odškodnine bo dobil v zameno; to je odvisno od prihodnjih zavarovalnih primerov. Tudi zavarovalnica ne ve, koliko škod bo morala plačati na podlagi prejete premije. Nedopustno bi bilo pogodbeno določilo, ki bi zavarovalnici dajalo pravico, da po pretečenem zavarovalnem

obdobju, za katero je bil obračunan bonus, *ex post* zaračuna določeni malus glede na škodni rezultat v tem preteklem obdobju. Takšno določilo bi bilo nično, ker bi bilo: (1) za zavarovalca neugodno in (2) v nasprotju z aleatorno naravo zavarovalne pogodbe, saj bi zavarovalnica za nazaj krojila višino premije. Drugače je s poračunom premije v korist zavarovalca kot nagrado ob ugodnem škodnem rezultatu v preteklem obdobju (t. i. *no-claim* bonus). Ta ni prepovedan, saj je v korist zavarovalca. Zavarovalnica sama vnaprej določi pogoje za izplačilo na podlagi lastnega izračuna, koliko poračuna premije lahko nameni kot nagrado zavarovancu.

## 5. Zahtevki, ki presegajo zavarovalno vsoto

Z enim zavarovalnim primerom je lahko povzročena škoda več različnim oškodovancem (na primer v prometni nesreči je poškodovanih več potnikov). Obveznost zavarovalnice praviloma ni neomejena. Takšna je samo, če v zavarovalni pogodbi ni dogovorjena zavarovalna vsota (neomejeno zavarovanje). V veliki večini primerov pa je zavarovalna vsota dogovorjena in s tem omejena. Če skupna škoda različnih oškodovancev presega zavarovalno vsoto, pravična obravnava vseh oškodovancev terjaja, da se izplačilo v korist vsakega od njih zmanjša. Vendar OZ o tem nima posebnih določb.

Zakon bi moral preprečevati neenakopraven položaj različnih oškodovancev. Nevzdržno bi bilo, da bi ravnali po načelu *prior tempore potior iure*,<sup>13</sup> pri čemer bi dali prednost tistim, ki so prej uveljavljali zahtevek. Pri škodah različnih razsežnosti in kompleksnosti bi to nedvomno privilegiralo tiste, ki so utrpeli milejšo škodo, tisti s hujšo pa bi bili prikrajšani. Po drugi strani zavarovalnica po prejemu zahtevka enega oškodovanca ne more v nedogled čakati, ali bo prešla še kak zahtevek, in prvemu zadrževati izplačilo.

Posebej bi bilo treba zakonsko zaščititi tudi pošteno (dobroverno) zavarovalnico pred kasnejšimi zahtevki, za katere ni ostalo več zadosti zavarovalne vsote, ker je bila večina že izplačana prejšnjim oškodovancem. Zavarovalnica, ki ni vedela za obstoj drugih oškodovancev in je v dobri veri izplačala odškodnino znanim oškodovancem, drugim oškodovancem lahko odgovarja le še do višine preostale zavarovalne vsote. Če pa njena skrbnost ni bila zadostna, odgovarja tudi preko zavarovalne vsote; seveda ne neomejeno, temveč do tiste višine, ki je bila zanj predvidljiva ob potrebni skrbnosti oziroma dobri veri.

Zavarovalnica ima dovolj izkušenj in praviloma tudi dovolj konkretnih podatkov, da zna dokaj natančno oceniti, koliko oškodovancev lahko še pričakuje in ali bo zavarovalna vsota zadoščala za poplačilo vseh. Po zavarovalnih standardih je zavarovalnica celo dolžna pri vsakem zavarovalnem primeru voditi škodne rezervacije tudi za škode, ki so že nastale, a še niso

<sup>13</sup> Latinsko: »Kdor prej pride, prej melje.«

prijavljene oziroma zahtevki še niso vloženi. Če zavarovalnica oceni, da zavarovalna vsota ne bo zadoščala ali da se pričakujejo še nadaljnji zahtevki, mora pridržati določeni del sredstev. Dolžniška zamuda zavarovalnice ne nastane, če in dokler je zadržanje sredstev strokovno upravičeno. Znanim oškodovancem mora izplačati odškodnine v sorazmerju s skupno višino njihove škode. Ni pomembno, ali gre za škodo na osebah, škodo na stvareh, čisto premoženjsko škodo ali kombinacijo vseh. Vse škode so v enakopravnem položaju. Izjema so tiste, za katere zakon določa drugačen vrstni red. Na primer, po prvem odstavku 18. člena ZOZP zahtevki za posredno škodo izvajalcev socialnih zavarovanj pridejo na vrsto šele po popolnem poplačilu preostalih oškodovancev.

Pri večjih škodah je za oškodovanca priporočljivo, da zavarovalnici najavi svoj zahtevek, čeprav ta še ni »zrel« za vložitev. Pri hudih telesnih poškodbah lahko aktivno zdravljenje traja več let, do zaključka zdravljenja pa se zdravstveno stanje ne ustali do te mere, da bi bilo mogoče postaviti dokončni zahtevek. Lahko pa oškodovanec zavarovalnici dokaj hitro sporoči (vsaj) vse relevantne diagnoze in napoved nadaljnjih zdravstvenih ukrepov. S tem ji omogoči rezervacijo ustreznega zneska v okviru zavarovalne vsote ali pa zavarovalnica oškodovancu izplača določeni znesek kot predujem.

Zavarovalna pogodba lahko na različne načine določa, kaj šteje za en zavarovalni primer, torej za katere škode (skupaj) je namenjena ena zavarovalna vsota. Navadno je en škodni dogodek en zavarovalni primer. Če je dogodkov več, to pomeni več zavarovalnih primerov; za naslednje torej zavarovalnica namenja »novo« zavarovalno vsoto. Glede tega ostaja v zavarovalnih pogodbah več pogodbenih omejitev, ki so v dispoziciji pogodbenih strank. Ena izmed njih je letni agregat, tj. najvišji znesek obveznosti zavarovalnice na letni ravni (na primer mnogokratnik osnovne zavarovalne vsote) ne glede na število zavarovalnih primerov. Klavzula o serijskih škodah lahko določa, da se več škodnih dogodkov, ki so medsebojno časovno in funkcionalno povezani ter izvirajo iz istega vzroka, šteje za en zavarovalni primer in je zanje na voljo posebej opredeljena (ena) zavarovalna vsota. Možna je tudi omejitev, da v primeru izplačila celotne zavarovalne vsote zavarovanje preneha. Za novo zavarovalno vsoto mora torej zavarovalec skleniti novo pogodbo in plačati novo zavarovalno premijo.

## Literatura

- BASEDOW, Jürgen, BIRDS, John, in CLARKE, Malcolm A. *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*. 2<sup>nd</sup> Expanded Edition. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij*. 4. knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, 1986.
- PAVLIHA, Marko, in SIMONITI, Sergej. *Zavarovalno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2007.





- PLAVŠAK, Nina, in JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, splošni del. 2.* in 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- RISTIN, Gordana, KORBAR, Tjaša, in SIMONITI, Sergej. *Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu (ZOZP) s komentarjem.* Ljubljana: Slovensko zavarovalno združenje, GIZ, 2008.
- SRŠE, Dejan. *Pravo v zavarovalništvu.* Ljubljana: Zavod IRC, 2010.
- UDE, Lojze, in GALIČ, Aleš (ur.). *Pravdni postopek, zakon s komentarjem, druga knjiga.* Ljubljana: GV Založba, 2006.
- VEBERIČ, Jernej. Zavarovanje odgovornosti v prometu – za zaščito potnikov in prevoznikov. *Podjetje in delo*, 2015, letn. 41, št. 6-7, str. 1432–1448.
- VIRŠEK, Milan. Časovni pogoj za nastanek zavarovalnega primera pri zavarovanju odgovornosti. *14. Dnevi slovenskega zavarovalništva.* Ljubljana: Slovensko zavarovalno združenje, GIZ, 2007, str. 450–461.



Izvirni znanstveni članek  
UDK 368.811.3:347.45

# Zavarovanje jamstev iz prodajne pogodbe

MARKO FRANTAR  
Master of Laws (LL.M.),  
Univerza New York  
odvetnik v sodelovanju  
z Odvetniško pisarno Schönher –  
podružnica v Sloveniji

## 1. Uvod

Sklepanje t. i. transakcij M & A<sup>1</sup> je z vidika kupca povezano z različnimi pravnimi, finančnimi, operativnimi in drugimi tveganji, ki se nanašajo na premoženje kot predmet prodajne pogodbe. Kupcu so pri tem na voljo različna orodja, s katerimi lahko odkrije in oceni takšna tveganja ter na podlagi ugotovitev ustrezno prilagodi svoj pogajalski položaj.

V prvi vrsti bo kupec poskrbel za izvedbo ustreznega skrbnega pregleda, obenem pa bo v zvezi s predmetom prodaje od prodajalca zahteval določena jamstva in zagotovila (*representations and warranties*). Ker bo v primeru kršitve jamstev odškodninsko odgovoren kupcu za nastalo škodo, bo prodajalec pri pogajanjih o obsegu jamstev razumljivo nastopal zadržano. Različna stališča glede porazdelitve tveganj pogosto privedejo do zastojev v pogajanjih, ki od strank zahtevajo dodaten časovni in stroškovni vložek.

V tem kontekstu se v zadnjem času tudi v Sloveniji vse bolj uveljavlja t. i. zavarovanje jamstev in zagotovil (*warranty and indemnity insurance*).<sup>2</sup> Gre za produkt, ki na zavarovalnico prenaša riziko škode, kadar ta nastane zaradi kršitve prodajalčevih jamstev po prodajni pogodbi. To na praktični ravni lahko izboljša učinkovitost pogajanj, obenem pa v postopek vnaša dodatno kompleksnost za tisto stranko, ki sklepa zavarovalno pogodbo.

<sup>1</sup> Pojem združitve in prevzemov (*mergers and acquisitions* oziroma M&A) tu razumemo v najširšem smislu kot celoto povezanih pravnih poslov, ki skupaj urejajo prodajo nekega funkcionalno zaokroženega premoženja. Praviloma gre za prodajo poslovnega deleža v družbi z omejeno odgovornostjo ali svežnja delnic v delniški družbi, podobno dinamiko postopka pa lahko izkazujejo tudi transakcije o prodaji sklopa nepremičnin ali drugega premoženja večje vrednosti.

<sup>2</sup> V mednarodni poslovni praksi sta ustaljena izraza (sinonima) *warranty and indemnity insurance* oziroma *representations and warranties insurance*. Slovenski prevod po mojem védenju še ni ustaljen, zato za potrebe tega prispevka uporabljam enoten izraz zavarovanje jamstev, pri čemer za lažje sledenje opuščam sklicevanje na zagotovila.

Prispevek se osredotoča na posamezne civilnopravne značilnosti in praktične vidike sklepanja zavarovanja jamstev, ne obravnava pa (statusnih) vprašanj, povezanih z opravljanjem tovrstnih zavarovalnih poslov v Sloveniji.

## 2. O porazdelitvi tveganj v transakcijah M & A in funkciji jamstev

Obravnava zavarovanja jamstev je povezana z obstojem informacijskega neravnovesja v transakcijah M & A. Kupec za izvedbo ustrezne cenitve predmeta pogodbe in oblikovanje odločitve o tem, ali in pod kakšnimi pogoji ga posel zanima, potrebuje številne informacije, ki so dostopne zgolj prodajalcu.<sup>3</sup>

Prodajalec bo kupcu omogočil seznanitev s predmetom pogodbe v sklopu skrbnega pregleda, ki bo navadno izveden pred izvedbo transakcije. Kupec bo v skrbnem pregledu odkril določena tveganja in temu ustrezno prilagodil svoje pogajalsko stališče. Vendar pa je skrbni pregled podvržen praktičnim omejitvam, ki so lahko posledica različnih dejavnikov. Mednje lahko spada premajhna kakovost podanih informacij, težava pa lahko nastane tudi zaradi preveč ambiciozne časovnice za izvedbo posla, ki ne dopušča izvedbe skrbnega pregleda v standardnem obsegu. Po naravi stvari vseh tveganj ne bo mogoče vselej identificirati na stroškovno in časovno učinkovit način.

Kupec bo dodatno zaščito skušal pridobiti zlasti prek pogodbenih jamstev, ki jih bo v pogajanjih skušal izposlovati od prodajalca. Režim odgovornosti v transakcijah M & A navadno temelji na sistemu jamstev, in ne na zakonskem sistemu odgovornosti za stvarne napake. S pravnega vidika jamstva pomenijo prodajalčevo izjavo o nekem dejstvu, ki se nanaša na predmet prodaje. Končni nabor jamstev v prodajni pogodbi bo predmet pogajanj med strankama, pri čemer bo tipična prodajna pogodba primeroma lahko vsebovala določeno obliko zagotovil glede pravilnosti finančnih izkazov, stanja ključnih pogodbenih razmerij in odsotnosti sodnih postopkov. Za nastanek prodajalčeve odgovornosti mora kupcu zaradi kršitve jamstva nastati pravno priznana škoda ob upoštevanju pogodbeno dogovorjenih omejitev odgovornosti. V zvezi s tem velja poudariti dvoje.

Prvič, jamstva so po naravi statična, kar pomeni, da se nanašajo na točno določeno časovno točko oziroma obdobje pred sklenitvijo ali vključno do sklenitve pogodbe.<sup>4</sup> Če denimo pro-

<sup>3</sup> Pogosto sicer tudi prodajalec ne bo imel neposrednega dostopa do vseh informacij. To ni poudarek tega prispevka, a omenimo, da bo to med drugim odvisno od višine njegovega lastniškega deleža in pravne oblike ciljne družbe, katere delnice oziroma deleži so predmet prodaje (t. i. tarče). Primerjaj Juhart.

<sup>4</sup> Kadar se transakcija ne zaključi že takoj ob podpisu pogodbe, temveč šele po določenem času po sklenitvi (ker so na primer potrebna soglasja regulatornih organov), prodajna pogodba lahko predvidi ponovitev jamstev po stanju na datum zaključka posla. Jamstva v celoti ohranijo statično naravo, zgolj njihova pravilnost se – poleg datuma sklenitve posla – vnovič presoja še ob zaključku posla.

dajalec jamči, da ciljna družba v treh letih pred sklenitvijo pogodbe ni bila udeležena v sodnih postopkih, ne bo odgovoren za škodo zaradi izgubljene tožbe, ki bi bila zoper družbo vložena dan po sklenitvi pogodbe. Če pa bi bila pravda začeta pred sklenitvijo posla in bi prodajalec to okoliščino kupcu zamolčal, bi odgovarjal za škodo, ki bi kupcu nastala zaradi netočnosti jamstva.

Drugič, jamstva se po naravi stvari lahko nanašajo le na neznana tveganja. Okoliščina, da je kupec vedel za netočnost konkretnega jamstva, načeloma izključuje prodajalčevo odgovornost za kršitev jamstva.<sup>5</sup> To pa strankama ne preprečuje, da se glede ustrezne razporeditve konkretnega (torej v času skrbnega pregleda že zaznanega) tveganja ne bi dogovorili z uporabo drugih pogodbenih mehanizmov.<sup>6</sup>

Pri tem je bistven poudarek, da odgovornost za jamstva ostane v veljavi (»preživi«) tudi po izvršitvi glavnih obveznosti strank po prodajni pogodbi (izmenjavi kupnine in predmeta pogodbe). Pogodba bo tako določala pogoje, pod katerimi je prodajalec kupcu za morebitno kršitev jamstev lahko odgovoren tudi več let po zaključku transakcije. Pri tem ni neobičajno, da kupec za zavarovanje morebitnih zahtevkov zoper prodajalca v pogajanjih vztraja pri začasnem zadržanju dela kupnine na skrbniškem računu.

Ker so interesi prodajalca in kupca glede razporeditve tveganj nasprotni, je razumljivo, da so lahko pogajanja o režimu prodajalčeve odgovornosti zahtevna in dolgotrajna. V takšnem okolju razhajanja v pričakovanih strank lahko pomaga premostiti zavarovanje jamstev, s katerim se posamezna tveganja iz prodajne pogodbe prenesejo na zavarovalnico.

### 3. Modalitete zavarovanja jamstev

Na trgu se pojavljata dva alternativna tipa zavarovanja jamstev, ki se razlikujeta po osebi, ki nastopa v vlogi zavarovalca. V tem smislu praksa loči med t. i. polico *sell-side* in t. i. polico *buy-side*. V prvem primeru kot zavarovalec nastopa prodajalec, v drugem pa kupec. V izhodišču gre v obeh primerih za prenos (istega) rizika nastanka škode zaradi prodajalčeve kršitve jamstev po prodajni pogodbi, pogoji in obseg uveljavljanja zahtevkov pa so različni.

<sup>5</sup> Primerjaj 460. člen Obligacijskega zakonika (OZ, Uradni list RS, št. 83/01 in nasl.). V praktičnem smislu to sicer načeloma ne preprečuje strankama, da se ne bi dogovorili o obsegu (pravno relevantnega) védenja kupca; pri tem lahko izključita določene vire podatkov ali kategorije dokumentov, iz katerih bi kupec sicer lahko pridobil dodatne informacije.

<sup>6</sup> V praksi bo kupec od prodajalca zahteval obveznost odškodovanja (*indemnity*) za primer uresničitve takšnega konkretnega tveganja. Tipičen primer je na primer tekoča pravda, v kateri bi tarči grozili plačilo visoke škode ali različne oblike odgovornosti zaradi izostanka zahtevanih dovoljenj (na primer na okoljskem področju).

Pri modelu *sell-side* bo zavarovalno pogodbo sklenil prodajalec za kritje škode, ki bi jo bil dolžan povrniti kupcu zaradi kršitve pogodbenih jamstev. Konceptualno gre torej za zavarovanje pred odgovornostjo, s katerim se prodajalec želi zaščititi pred zahtevki kupca. Polica *sell-side* je v mednarodni poslovni praksi zasnovana tako, da kupec ne vstopa v zavarovalno (kritno) razmerje in nima zahtevka do zavarovalnice.<sup>7</sup>

Drugače je pri polici *buy-side*, pri kateri zavarovanje sklepa kupec z namenom izboljšave svoje možnosti poplačila škode, ki bi mu nastala zaradi kršitve jamstev. V tem smislu polica *buy-side* omogoča večjo fleksibilnost in je v praksi bolj razširjena. Medtem ko bo polica *sell-side* načeloma omejena z obsegom prodajalčeve odgovornosti do kupca (prodajalec od zavarovalnice ne more terjati več, kot od njega terja kupec), polica *buy-side* omogoča različne razširitve kritja (v prvi vrsti višji znesek odgovornosti zavarovalnice glede na dogovorjeni limit odgovornosti prodajalca po prodajni pogodbi).

Pri polici *buy-side* razmerje obstaja zgolj med kupcem in zavarovalnico. Sklenitev zavarovanja sama po sebi ne izključuje možnosti kupčevega zahtevka zoper prodajalca (na primer na način, da del škode povrne prodajalec, preostanek pa zavarovalnica). Kupec poleg zavarovalnega kritja ohrani tudi pravice iz prodajne pogodbe, pri čemer bo pri uveljavljanju nastale škode seveda omejen z odškodninskim načelom (drugi odstavek 949. člena OZ). Kupčeva naloga bo ustrezna uskladitev režimov odgovornosti prodajalca in zavarovalnice na način, ki mu v primeru nastale škode zagotavlja največje možno poplačilo.

Zavarovanje jamstev je treba ločiti od drugih zavarovalnih produktov, s katerimi se lahko zavarujejo sorodna tveganja v transakcijah M & A in so v praksi podobni zavarovanju jamstev. Omeniti velja predvsem t. i. *title insurance*, ki nekoliko poenostavljeno rečeno krije tveganja, povezana s pravnimi napakami kupljenega premoženja, v praksi pa se pogosto sklepa skupaj z zavarovanjem jamstev (gre za komplementarni produkt).<sup>8</sup> Kritje konkretnih (že obstoječih) tveganj, ki jih kupec odkrije oziroma zazna med skrbnim pregledom, pa je možno v okviru t. i. zavarovanja specifičnih rizikov.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Drugače velja v Sloveniji, kjer zakonska ureditev v primeru zavarovanja pred odgovornostjo oškodovancu vselej omogoča neposredni zahtevk zoper zavarovalnico (primerjaj 965. člen OZ). Možnost neposrednega zahtevka oškodovancu po slovenskem pravu namreč ni omejena le na obvezne oblike zavarovanj pred odgovornostjo, temveč velja tudi pri prostovoljnem zavarovanju (Polajnar Pavčnik, str. 889). Pri tem seveda velja, da sta narava in obseg kupčevega neposrednega zahtevka zoper zavarovalnico omejena s pogoji zavarovalne pogodbe (v prvi vrsti z zavarovalno vsoto) in s tem seveda drugačna od njegovega zahtevka zoper prodajalca po prodajni pogodbi.

<sup>8</sup> Pri tem produktu gre dejansko za podkategorijo zavarovanja jamstev, ki se primarno osredotoča na zavarovanje jamstev glede obstoja prodajalčevih pravic na predmetu prodaje in odsotnosti pravic tretjih.

<sup>9</sup> Sem je mogoče uvrstiti že omenjeni primer konkretne večje tožbe, ki je v času skrbnega pregleda že vložena zoper tarčo (primerjaj opombo 5 zgoraj). Če nobena od pogodbenih strani ni pripravljena prevzeti tega rizika (tj. stroška izgubljene pravde), se ta pod določenimi pogoji lahko prenese na zavarovalnico, ki bo kupca v primeru uresničitve rizika odškodovala pod pogoji zavarovalne police.

## 4. Praktične prednosti zavarovanja jamstev

Možnost prenosa rizika na zavarovalnico na teoretični ravni prinaša koristi obema strankama prodajne pogodbe. Prodajalcu omogoči zmanjšanje izpostavljenosti iz naslova morebitne kršitve pogodbenih jamstev, kupcu pa zagotovi ustrezno širši obseg kritja od tistega po prodajalni pogodbi. Razširjeni obseg jamčevanja poleg tega lahko vpliva tudi na kupnino, saj bo kupec zaradi dodatnega kritja morda pripravljen ponuditi višjo ceno ali pa bo privolil v hitrejšo dinamiko izplačila kupnine, kot če zavarovanja ne bi bilo.

Na praktični ravni bo dejanski obseg prenesenega rizika – in razporeditev koristi med stranki – odvisen od različnih dejavnikov, v prvi vrsti seveda od pripravljenosti zavarovalnice kriti (ali pa ne) posamična jamstva glede na ocenjeno tveganje (primerjaj 6. poglavje spodaj).

V nekaterih primerih bodo motivi za sklenitev zavarovanja jamstev bolj izraziti. Z vidika kupca bo to lahko privlačna rešitev takrat, ko prodajalec ne bo izkazoval optimalne bonitete oziroma bo pospešeno likvidiral premoženje, zlasti če so ga v to prisilile finančne težave. Motiv za zavarovalno kritje tu seveda ni pravna neustreznost kupčevih zahtevkov po prodajni pogodbi, temveč nevarnost, da prodajalec ne bo zmožen plačati škode oziroma bi bilo to povezano s tveganjem kasnejše izpodbojnosti. Podobno bo veljalo tedaj, ko bi bil kupec svoje zahtevke zoper prodajalca primoran uveljavljati v državi, kjer zaradi različnih razlogov pričakuje oteženo poplačilo. Poseben položaj pa nastopi, če prodajalec zaradi pravnih ovir (prodaja v stečajnem postopku)<sup>10</sup> ali zaradi praktičnih okoliščin<sup>11</sup> ni v položaju, da bi lahko podal jamstva (bodisi na splošno ali pa v standardnem obsegu). Kupec v takem primeru z zavarovalnico lahko doseže dogovor o t. i. sintetičnem kritju, s čimer se zavarovalnica dejansko zaveže podati kritje za jamstva, ki jih prodajalec po prodajni pogodbi sploh ni podal.

V nekaterih primerih prodajalci prodajni proces že v izhodišču zasnujejo na način, ki predvideva minimalno možno izpostavljenost prodajalca (v skrajnem primeru znižano vse do višine enega evra), pri čemer se od kupca pričakuje, da bo kritje pridobil od zavarovalnice. Takšna strategija je lahko povezana z načrti glede likvidacije prodajalca (na primer zaradi izhoda s trga), ki bi bila v primeru nadaljnje izpostavljenosti prodajalca iz naslova jamčevanja lahko otežena. Tudi tu seveda velja, da bo (poslovno) ustreznost takšne strategije treba preučiti glede na okoliščine primera. Vztrajanje pri dejanski izključitvi odgovornosti ne bo primerno v vseh prodajnih procesih, saj lahko negativno vpliva na kupčevo vrednotenje

<sup>10</sup> Skladno s 340. členom Zakona o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP, Uradni list RS, št. 126/07 in nasl.) stečajni dolжник ne odgovarja za stvarne napake premoženja, ki je predmet prodaje. Smiselno enako velja za izključitev odgovornosti za jamstva.

<sup>11</sup> Takšen primer bi bila na primer izvensodna prodaja delnic ali poslovnega deleža s strani zastavnega upnika. Ker ta ni lastnik, v delovanje ciljne družbe nima ustreznega vpogleda, zato bo v pogajanjih o jamstvih navadno zavzel bolj konservativno stališče.

predmeta transakcije ali njegovo siceršnje pripravljenost skleniti transakcijo. Pri tem je treba upoštevati, da kupec izostalega kritja po prodajni pogodbi ne more v celoti nadomestiti s kritjem po zavarovalni pogodbi (že zato ne, ker so sestavni del zavarovalne police različne izključitve).

Polica zavarovanja jamstev ima lahko komercialno vrednost tudi za banko, ki financira posel. Polico je mogoče vinkulirati v korist kupčevega kreditodajalca, ki s tem pod pogoji police pridobi dodatno zavarovanje za kredit v obliki (morebitne) terjatve za plačilo zavarovalnine, ki bi kupcu nastala zaradi kršitve prodajalčevih jamstev.

## 5. Vsebina zavarovalnega kritja

Dogodek (oziroma nevarnost), glede katerega se sklepa zavarovanje jamstev, je nastanek škode zaradi kršitev prodajalčevih jamstev po prodajni pogodbi, pri čemer je obseg odgovornosti zavarovalnice opredeljen s pogoji zavarovalne pogodbe.

Z vidika sprožilca zavarovalnega kritja gre za polico tipa *claims made*, pri kateri je za obstoj kritja relevanten trenutek uveljavljanja zahtevka za plačilo zavarovalnine (škode) zaradi kršitve s polico pokritih jamstev. Do odkritja kršitve in predložitve zahtevka zavarovalnici mora načeloma priti v obdobju veljavnosti kritja, sicer zavarovalnica za škodo ne bo odgovorna.

Izhodišče za opredelitev zavarovalnega kritja bo režim odgovornosti, za katerega se je kupec s prodajalcem dogovoril v prodajni pogodbi. Pri tem je treba upoštevati različne kvalitativne in kvantitativne omejitve, ki zmanjšujejo prodajalčevo odgovornost po prodajni pogodbi. Mednje poleg različnih zneskovnih omejitev odgovornosti med drugim spadajo opredelitev pravno priznane škode, določitev rokov, v katerih kupec lahko uveljavlja zahtevke zoper prodajalca, ter uporaba različnih kvalifikatorjev, s katerimi se zameji vsebina oziroma obseg posamičnega jamstva.<sup>12</sup> Spremembe omenjenih parametrov vplivajo na oceno tveganja in s tem na izračun zavarovalne premije.

Kupec se bo z zavarovalnico dogovoril za zavarovalno vsoto, ki bo višja od omejitve odgovornosti po prodajni pogodbi. Zavarovalna pogodba bo ob tem vključevala tudi druge zneskovne omejitve (različne vrste franšize, prag *de minimis*), ki urejajo soprispevek zavarovalca in ki so konceptualno podobne tistim, ki jih vključujejo prodajne pogodbe. Obenem je običajno, da se v zavarovalni pogodbi določi podaljšani rok jamčevanja glede na časovne omejitve, ki veljajo po prodajni pogodbi.

<sup>12</sup> Običajna je na primer uporaba kvalifikatorjev vedenja prodajalca in pomembnosti. Primer: »Po vedenju prodajalca v zvezi z relevantnimi nepremičninami ni v teku in ne grozi noben sodni spor, ki bi lahko privedel do odškodninske odgovornosti tarče v višini, ki presega 1 milijon EUR.« Obseg odgovornosti prodajalca je v primeru uporabe takšnih omejitev bistveno ožji, kot bi bil sicer.



Pretežni del pogajanj o vsebini zavarovalne pogodbe se nanaša na formulacijo jamstev in na izključitve kritja. Razumljivo je, da bo zavarovalnica glede na oceno lastnega rizika v posameznih primerih jezik jamstev želela utesniti (na primer z vključitvijo kvalifikatorja pomembnosti) ali pa bo kritje celo zavrnila. To bo v veliki meri odvisno od ugotovitev skrbnega pregleda (primerjaj 6. poglavje spodaj). Sočasno pa je možna tudi razširitev formulacije jamstev oziroma izjemoma tudi kritje dodatnih jamstev, ki sicer niso vsebovana v prodajni pogodbi, zavarovalnica pa se kljub temu zaveže kriti škodo, ki bi nastala zaradi njihove netočnosti. Takšna možnost sintetičnega kritja bo zanimiva predvsem tedaj, ko prodajalec ne bo pripravljen podati ali celo ne bo mogel podati jamstev (na primer že omenjena izvensodna prodaja s strani zastavnega upnika oziroma prodaja s strani stečajnega dolžnika).

Izključitve so sestavni del vsake zavarovalne police in zavarovalnica po naravi stvari ne bo pripravljena prevzeti kritja vseh jamstev po prodajni pogodbi. Poleg izključitev, ki jih narekujejo ugotovitve skrbnega pregleda, tovrstne police tipično izključujejo posamezne kategorije škode, posamezna zaokrožena področja (na primer določene kršitve okoljskih predpisov) in kupčevo (predhodno) védenje o obstoju kršitve jamstva. V zvezi s slednjim bo v zavarovalni pogodbi treba opredeliti zlasti krog oseb, za katere se šteje, da predstavljajo (vzpostavljajo) upoštevno védenje kupca. Te osebe bodo morale ob začetku učinkovanja zavarovanja podati izjave o tem, da niso seznanjene z morebitnimi kršitvami jamstev (t. i. *no claims declaration*). Kadar prodajna pogodba predvideva ponovitev jamstev na datum zaključka, zavarovalnica lahko omogoči tudi kritje tako ponovljenih jamstev, z izjemo tistih, za katera bi zavarovalec v obdobju po sklenitvi posla (vendar še pred zaključkom) ugotovil, da niso točna.

Ključen je poudarek, da mora kupec nameniti posebno pozornost spremembam, ki jih zavarovalnica predlaga v primerjavi z izvirnim katalogom jamstev po prodajni pogodbi, saj v nasprotnem primeru tvega nastanek neželenih razhajanj v obsegu kritja (smiselno enako pa velja za način uveljavljanja zahtevkov). Presoja o sprejemljivosti zmanjševanja oziroma izključitve kritja mora biti izvedena ločeno, za vsako jamstvo posebej, in v okviru sočasnih pogajanj s prodajalcem. Kupec na ta način ohrani možnost, da za posamično jamstvo, ki ga zavarovalnica ne želi kriti, vnovič skuša pridobiti kritje pri prodajalcu. S pravnega vidika ni ovir za to, da za posamična jamstva ne bi veljal drugačen režim odgovornosti, na operativni ravni pa to seveda zahteva dodatno pogodbeno regulacijo.

## 6. Povezava s skrbnim pregledom in transakcijskimi pogajANJI

Med pogajANJI glede prodajne pogodbe in pogajANJI o zavarovalni pogodbi je vzajemna povezava. Zavarovanje jamstev temelji na predpostavki skrbnega ravnanja strank prodajne pogodbe med celotnim ciklom transakcijskih pogajanj. Od kupca (kot zavarovalca) se pričakuje, da bo v razmerju do prodajalca nastopal enako skrbno, kot bi ravnal v primeru, da se zavarovanje ne bi sklepalo.

Na praktični ravni to pomeni, da bo zavarovalnica od kupca pričakovala izvedbo kvalitetnega skrbnega pregleda in aktivno pogajanje strank glede vsebine prodajne pogodbe, zlasti pa glede režima prodajalčeve odgovornosti in formulacije jamstev po prodajni pogodbi. Izhodišče za presojo kakovosti skrbnega pregleda bodo poročila o opravljenih skrbnih pregledih (pravnem, finančnem, davčnem itd.), ki jih bo kupec predložil zavarovalnici, ta pa bo zahtevala tudi dostop do podatkovne sobe, kjer je kupcu na voljo dokumentacija v zvezi s predmetom pogodbe. Zavarovalnica se bo želela prepričati, da je prodajalec izvedel ustrezno razkritje relevantnih podatkov, kupec pa dovolj skrbno (intenzivno) preučil relevantno dejansko stanje, ki ga pokrivajo predlagana jamstva. Če jamstvo po mnenju zavarovalnice ne bo v zadostni meri »pokrito« s skrbnim pregledom, bo kupca usmerila v nadaljnje raziskovanje; če tudi dodatna dokumentacija še vedno ne bo omogočala ustrezne analize tveganja, pa lahko zavarovalnica zavrne kritje posameznega jamstva. Okoliščina, da zavarovanje jamstev krije zgolj neznana tveganja, namreč ne pomeni, da kupec ni dolžan proaktivno raziskovati okoliščin, ki potrjujejo odsotnost tveganja (in s tem tudi resničnost jamstva).

Vzporedno s tem bo zavarovalnica pričakovala sproti vpogled v transakcijsko dokumentacijo, ki je predmet pogajanj med strankama, in opozorila na morebitno pretirano neuravnoteženost prodajne pogodbe glede na primerljive posle. Če bi osnutek prodajne pogodbe denimo vseboval jamstvo glede odsotnosti kakršnihkoli kršitev vseh pogodbenih razmerij, pri katerih je stranka ciljna družba (ki se denimo ukvarja z množičnim opravljanjem potrošniških storitev), bi zavarovalnica kupca opozorila na neobičajno široko formulacijo jamstva (ki glede na obseg sklenjenih pogodb gotovo tudi ne bo povsem točno) in mu nakazala, da ga v takšni nekvalificirani obliki ni pripravljena kriti.

Skupni imenovalec navedenega je pričakovanje o skrbnem ravnanju strank, ki je običajno glede na primerljive posle. Čeprav se na prvi pogled zdi, da zavarovanje jamstev zmanjšuje motivacijo pogodbenih strank za pogajanje o vsebini teh jamstev (saj riziko njihove netočnosti iz njune medsebojne pogodbe prenašata na tretjo osebo), pa mora zlasti kupec računati s tem, da zavarovalnica ne bo pripravljena kriti jamstev, ki bodisi niso bila predmet skrbnega pregleda ali pa so glede na tržne standarde oblikovana preširoko.

## 7. Izbira prava in povezava z zakonskim režimom po OZ

Omenjeno je bilo, da se produkt zavarovanja jamstev sklepa v neposredni povezavi s prodajno pogodbo. V zvezi s tem se zastavljata vprašanji možnosti izbire (nacionalnega) prava, ki ureja zavarovalno pogodbo, ter morebitne potrebe po uskladitvi pogodbe s prisilnimi določbami OZ, ki urejajo zavarovalno pogodbo.

V okviru izbire prava bo zavarovalec težil k temu, da zavarovalno pogodbo ureja isto (nacionalno) pravo kot prodajno pogodbo. Enaka formulacija jamstev (oziroma drugih določb)

ima v različnih pravnih ureditvah seveda lahko drugačen pomen oziroma pravno posledico. Kombiniranje različnih pravnih ureditev se odsvetuje, saj po nepotrebem vnaša pravno nepredvidljivost glede obsega zavarovalnega kritja oziroma obstoja morebitnega (neželenega) razkoraka v primerjavi s kritjem po prodajni pogodbi.

Pri tem je treba upoštevati, da so udeleženci v tovrstnih zavarovalnih razmerjih pogosto pravne osebe tujega prava. Mednarodni element je lahko prisoten na obeh straneh, saj poleg tujih prodajalcev oziroma kupcev v transakcijah M & A (ki v razmerju zavarovalne pogodbe nastopajo v vlogi zavarovalca) zavarovalne pogodbe lahko sklepajo tudi zavarovalnice držav članic oziroma zavarovalnice tretjih držav ob pogojih, ki veljajo za opravljanje zavarovalnih poslov v Republiki Sloveniji.

V primeru mednarodnega elementa bo za presojo prava, ki se uporablja za zavarovalno pogodbo, treba uporabiti kolizijska pravila. Ta pravila pri zavarovalnih pogodbah dopuščajo razmeroma okrnjeno možnost izbire prava.<sup>13</sup> Prosta izbira prava je tako načeloma mogoča le pri zavarovanju t. i. velikih nevarnosti (*large risks*).<sup>14</sup> Ta vrsta zavarovanja je omejena na določene zavarovalne vrste, poleg tega pa v relevantnem delu zahteva izpolnitev dodatnih velikostnih meril na strani zavarovalca.<sup>15</sup> Podrobna razprava o teh merilih ni predmet tega prispevka; naj na tem mestu le omenimo, da možnost proste izbire nacionalnega prava pri sklepanju zavarovanja jamstev ne bo samoumevna, temveč bo to vselej treba preveriti glede na okoliščine primera.

Kadar bo zavarovalno pogodbo urejalo slovensko pravo, bo njeno vsebino treba prilagoditi tistim določbam OZ, ki so prisilne narave. Ni dvoma, da je zavarovanje jamstev mogoče ustrezno umestiti v sistem pravil OZ, kljub temu pa je pri lokalizaciji pogodb treba paziti na posebnosti slovenske ureditve oziroma možnosti odmika od zakonskih določb.<sup>16</sup> Zavarovanje jamstev ne spada med kategorije zavarovanj, za katere je uporaba zakonske ureditve zavarovan-

<sup>13</sup> Glej 7. člen Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), UL L 177, 4. 7. 2008.

<sup>14</sup> Glej drugi odstavek 7. člena Uredbe Rim I. Tudi tu je treba upoštevati standardne omejitve pri izbiri prava (med drugim morebitno uporabo prevladujočih obveznih določb po 9. členu).

<sup>15</sup> Gre za merila glede minimalne bilančne vsote (6,2 milijona EUR), letnega neto prometa (12,8 milijona EUR) oziroma povprečnega števila zaposlenih (250). Izpolnjeni morata biti vsaj dve merili, pri čemer se v primeru pripadnosti zavarovalca skupini podjetij upoštevajo konsolidirani izkazi. Primerjaj določbo 532. člena Zakona o zavarovalništvu (ZZavar-1, Uradni list RS, št. 93/15 in nasl.), ki zrcali ureditev po sedemindvajsetem odstavku 13. člena Direktive 2009/138/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o začetku opravljanja in opravljanju dejavnosti zavarovanja in pozavarovanja (Solventnost II), UL L 335, 17. 12. 2009.

<sup>16</sup> OZ denimo določa pravico strank do odstopa od (oziroma odpovedi) zavarovalne pogodbe po poteku treh let zavarovalne dobe. Te pravice ni mogoče izključiti s pogodbo (tretji in četrti odstavek 946. člena OZ). To za konkretni produkt ni optimalno, saj se zavarovanja jamstev v praksi lahko sklepajo tudi za obdobje, ki je daljše od treh let (vsaj pri ključnih jamstvih so v praksi pogosti dogovori o jamčevalni dobi za obdobje 5–8 let).

valne pogodbe izključena (923. člen OZ). Zakon v določenih primerih sicer predvideva tudi možnost odmika od posameznih določb, pri čemer bo ocena dopustnosti takšnega odmika v nekaterih primerih pogojena s presojo o tem, ali je odstop v nedvoumnem interesu zavarovanca (drugi odstavek 924. člena OZ). Takšna presoja ni vedno enostavna.

*De lege ferenda* je na mestu razmislek o tem, da se v zakonu izrecno predvidi možnost večje dispozitivnosti zakonske ureditve za zavarovanja velikih nevarnosti. Pri teh v vlogi zavarovalca nastopajo stranke, ki so bolj vajene kompleksnih pravnih poslov in ki se z zavarovalnico odprto pogajajo o pogojih razporeditve specifičnih tveganj. Ne gre torej za klasično razmerje (izrazite) podrejenosti zavarovalca, zato bi bilo v takem primeru smiselno dopustiti širše polje dovoljenega odstopa od obveznih zakonskih določb, ki so predpisane z namenom varstva zavarovalca kot šibkejše stranke.

## Viri in literatura

- BELANIĆ, Loris. [Komentar k 924. členu hrvaškega Zakona o obveznim odnosima.] V: Gorenc, V. (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Zagreb: Narodne novine, 2014, str. 1482–1484.
- BOCHE, Mirjam, DANNEMANN, Sven. Der Einsatz von W&I-Versicherungen in Distressed-M & A-Deals. *M & A Review*, 2020, št. 6, str. 214–220.
- ILIĆ, Uroš, BRGLEZ, Uroš. Prevzemi (M & A) v stečajnem postopku. *Pravna praksa*, 2016, letn. 35, št. 29–30, str. II–VIII.
- JUHART, Miha. Odločanje o izvedbi skrbnega pregleda (*due diligence*) v kapitalskih družbah. *Podjetje in delo*, 2011, letn. 37, št. 1, str. 15–37.
- POLAJNAR PAVČNIK, Ada. [Komentar k 923., 924. in 965. členu OZ.] V: Juhart, M., in Plavšak, N. (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*. 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004, str. 808–810 in 888–891.
- STAUDINGER, Ansgar. [Komentar k 7. členu Uredbe Rim I.] V: Ferrari, F. (ur.), *Rome I Regulation, Pocket Commentary*. München: Sellier European Law Publishers, 2015, str. 266–270.



## Družbena omrežja pred sodišči



ANA JEREB

*Žaljive objave na družbenih omrežjih kot moderni izziv  
sodišč: so lahko tudi všečki protipravni?*

PETRA WEINGERL

*Potrošnik kot uporabnik spletnih storitev*

MAJA OVČAK KOS, JASNA ZAKONJŠEK

*Družbena omrežja, mediji in pravica do izbrisa*

MARCELA DOLENC

*Odgovornost za vsebino hiperpovezave*



Izvirni znanstveni članek  
UDK 342.727:343.632:004.774.1

# Žaljive objave na družbenih omrežjih kot moderni izziv sodišč: so lahko tudi vsečki protipravni?

ANA JEREB  
LL.M., doktorica pravnih znanosti  
okrajna sodnica  
Okrajno sodišče v Ljubljani

## 1. Uvod

Možnosti elektronske komunikacije prek družbenih omrežij<sup>1</sup> so danes brezmejne. Poenostavljeno lahko družbena omrežja opredelimo kot vrsto družbene interakcije z uporabo internetne tehnologije (pri čemer gre sicer v večini primerov bolj za monolog kot za dialog oziroma pravo interakcijo). Uporabnik lahko objavi, čivkne, všečka, komentira, deli objavo, doda prijatelja, ga dregne, deli sliko ali video, piše blog, snema vlog in še kaj bi se lahko našlo. Facebook, Twitter, Instagram, YouTube in LinkedIn je le nekaj spletnih mest (platform), ki uporabniku (posamezniku, podjetju ali državnemu organu) omogočajo, da se lahko kadarkoli poveže in deli sporočila s preostalimi uporabniki po vsem svetu. Komunikacijo prek družbenih omrežij odlikujejo hitrost, transparentnost, dostopnost in posledično široka uporaba ter priljubljenost med uporabniki. Facebook ima danes 2,7 milijarde aktivnih mesečnih uporabnikov, sledita mu YouTube z dvema milijardama in Twitter s 330 milijoni uporabniki.<sup>2</sup>

»Splet je postal eno od najpomembnejših sredstev, s katerim in prek katerega posamezniki izvršujejo svojo pravico do sprejemanja in posredovanja informacij in idej, zagotavlja bistvena orodja za sodelovanje v aktivnostih in diskusijah, ki zadevajo politična vprašanja in zadeve splošnega interesa; splet pomeni platformo za izvrševanje svobode izražanja, ki nima primerjave.«<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Spletna družbena omrežja so aplikacije, spletne storitve, platforme ali strani, ki gradijo in odražajo družbene mreže ali družbene odnose med ljudmi, ki imajo na primer skupne interese in/ali aktivnosti. (Boyd in dr., str. 210.)

<sup>2</sup> Povzeto po: <<https://www.statista.com/markets/424/topic/540/social-media-user-generated-content/>> (2. 9. 2020).

<sup>3</sup> Sodba ESČP v zadevi 48226/10, *Cengiz in drugi proti Turčiji*, z dne 1. 12. 2015, točka 49.

Na eni strani imajo družbena omrežja možnost, da spodbujajo ustavno varovano svobodo izražanja na način, kot ga še ni bilo. Uporabniki lahko prek njih sporočajo informacije, ideje, misli in slike množičnemu občinstvu ter (po potrebi) mobilizirajo to občinstvo za določen namen. Po drugi strani družbena omrežja povečujejo možnost konflikta med takšno svobodo izražanja in pravico posameznika do osebnega dostojanstva oziroma njegovega varstva pred razžalitvami in drugimi oblikami škodnega izražanja.<sup>4</sup>

Med vsemi objavami na družbenih omrežjih so tudi take, ki so lažne ali žaljive, ki kršijo avtorske pravice, posegajo v zasebnost posameznikov ali celo izpolnjujejo znake kaznivega dejanja. Razžalitve, sovražni govor, kriminalno združevanje, ustrahovanje ali izsiljevanje – tudi to so odsevi družbenih omrežji. Objave na družbenih omrežjih so lahko netočne in sovražne; možnost anonimnosti pa še dodatno spodbuja posameznike, da hitreje prestopijo meje kulturnega govora. Takšne objave oziroma njihovo preprečevanje in sankcioniranje prinašajo nove izzive tudi za pravo – tako za normativno pravno urejanje kot za sojenje.

Prispevek se osredotoča na primere žaljivih objav prek družbenih omrežij, ki so jih obravnavala domača in tuja sodišča. Predstaviti želi, ali in v čem je pravna obravnava konkurence med svobodo govora in pravicami posameznikov drugačna v primeru objav na družbenih omrežjih. Predstavljene so tiste odločbe najvišjih domačih in tujih sodišč, ki po presoji avtorice vsebujejo ta razlikovalni element in ki kažejo na to, da so družbena omrežja zaradi svoje dostopnosti in širokega dometa sočasno zmaga in poraz svobode (strpnega) govora v svetu.

Bistvene okoliščine, s katerimi se sodišča ukvarjajo pri obravnavi žaljivih objav na družbenih omrežjih, so štiri in bodo predstavljene v nadaljnjih poglavjih:

- Ali posameznika na družbenih omrežjih varuje svoboda izražanja in proti komu?
- Kako pravilno razumeti kontekst posamezne objave na družbenem omrežju?
- Kakšen pomen pripisati všečkom, čustvenčkom in drugim simbolom?
- Kakšne možnosti ima posameznik za učinkovito sodno varstvo svojih pravic?

## 2. Svoboda izražanja na družbenih omrežjih

Prvo vprašanje, ki se pojavi pri obravnavi objav na družbenih omrežjih pred sodišči, je, ali so te zaščitene s svobodo izražanja ali ne. Prvi odstavek 39. člena Ustave RS<sup>5</sup> določa, da je zagotovljena svoboda izražanja misli, govora in javnega nastopanja, tiska in drugih oblik javnega obveščanja in izražanja. Vsakdo lahko svobodno zbira, sprejema in širi vesti in mnenja. Kot

<sup>4</sup> Prav tam, točka 52.

<sup>5</sup> Uradni list RS/I, št. 33/91 in nasl.



je ob letošnji mednarodni konferenci o svobodi izražanja povzel Toplak,<sup>6</sup> uporabnik za objavljanje na družbenih omrežjih sklene pogodbeno razmerje s Twitterjem ali Facebookom in ob tem soglaša, da lahko spletno podjetje kadarkoli izbriše njegovo objavo, zapre njegov račun ali prekine pogodbo. Toplak tako sklepa, da uporabnika na spletu ustavna določba o svobodi izražanja ne štiti.

V sodni praksi pa je zaslediti različne pristope pri obravnavi svobode izražanja na družbenih omrežjih; od tega, da sodišča poudarjajo prispevek družbenih omrežij k prosti in svobodni komunikaciji, do omejevanja posameznega uporabnika z njegovim uporabniškim računom zaradi varstva svobode izražanja samega družbenega omrežja ali drugih uporabnikov.

## 2.1. Svoboda izražanja med uporabniki družbenih omrežij

Stališče, da je izražanje na družbenih omrežjih varovano z ustavno zagotovljeno svobodo izražanja, je VS RS zavzelo v svoji odločbi II Ips 75/2019 z dne 6. 2. 2020.<sup>7</sup> V njej je Vrhovno sodišče tehtalo, ali je toženec z izvrševanjem svobode izražanja v objavi na omrežju Twitter nedopustno posegel v tožničino pravico do časti in dobrega imena, ki je v Ustavi varovana v okviru pravice do osebnostnega dostojanstva in pravic zasebnosti ter osebnostnih pravic. Odločilo je, da je toženčeva svoboda izražanja varovana tudi na družbenem omrežju, še posebej, ker gre za (posebej varovano) politično izražanje.<sup>8</sup>

Še dlje je v svoji obrazložitvi šlo Višje sodišče v Kopru, ki je v svoji odločbi Cpg 213/2017 z dne 22. 2. 2018 izpostavilo, da je svoboda izražanja »navsezadnje predpostavka obstoja družbenega omrežja Facebook«.<sup>9</sup>

Podobno je Evropsko sodišče za človekove pravice v zadevi *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu* pri presoji žaljivih komentarjev na portalu Blogger.com (v lasti podjetja Google Inc.) odločilo, da so angleška sodišča pravilno pretehtala posameznikovo pravico do zasebnosti s svobodo izražanja, ki v tem primeru »varuje tako podjetje Google Inc. kot njegove končne uporabnike«.<sup>10</sup> ESČP je nadalje poudarilo vlogo, ki jo imajo ponudniki internetnih storitev, kot je Google Inc., pri olajševanju dostopa do informacij ter razprave o številnih političnih, družbenih in kulturnih temah.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Toplak, str. 3.

<sup>7</sup> Sodba VS RS II Ips 75/2019 z dne 6. 2. 2020, točke 26–28, 36.

<sup>8</sup> Prav tam, točki 27 in 36.

<sup>9</sup> Točka 10.

<sup>10</sup> Sodba ESČP v zadevi 3877/14, *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu*, z dne 19. 9. 2017, točka 90.

<sup>11</sup> Prav tam.

## 2.2 Svoboda izražanja v razmerju do družbenega omrežja

Višje deželno sodišče v Münchnu (OLG München v zadevi 18 W 1294/18 z dne 24. 8. 2018) je presojalo dopustnost izbrisa komentarja na Facebookovi strani medija Spiegel-Online. Ta je objavil prispevek o avstrijski priseljenski politiki. Med komentarji pod objavo je neki uporabnik političarko in članico desničarske AfD Heike Themel označil za »nacistično kurbo«. Političarka se je odzvala s citatom nemškega pesnika: »Ne morem tekmovati v prepiru z vami. Ste neoboroženi in z moje strani to ne bi bilo zelo pošteno.« Facebook je njen komentar izbrisal in za 30 dni blokiral njen račun, pri čemer je ugotovil, da komentar krši pravila omrežja. Višje deželno sodišče v Münchnu je presodilo, da je:

»komentar pomenil uveljavljanje svobode izražanja in bi moral Facebook pri uporabi svojih pravil upoštevati pravico svojih uporabnikov do svobode izražanja po nemškem Temeljnem zakonu«.

Sodišče je poudarilo, da je namen Facebooka kot družbenega medija svojim uporabnikom omogočiti »javni trg za izmenjavo idej in mnenj«, ter opozorilo, da s platforme ni dopustno izbrisati mnenj, ki so dopustna v okviru pravice do svobode izražanja. Sodišče je presodilo, da komentar v konkretnem primeru ne pomeni sovražnega govora ter da je zato izbris komentarja in ukinitve računa gospe Themel nezakonito ravnanje podjetja Facebook. »Zgolj enostranska ugotovitev Facebooka, da komentar krši pravila platforme, ne more biti podlaga za brisanje komentarja, ki ne krši svobode izražanja.«<sup>12</sup>

## 2.3 Svoboda izražanja v razmerju do oblasti

Da uporabnika na družbenih omrežjih in sama družbena omrežja štiti svoboda izražanja, so večkrat poudarila tudi ameriška sodišča, vendar so ob tem zavzela nasprotno stališče od zgoraj predstavljene sodbe deželnega sodišča v Münchnu, in sicer da svoboda izražanja posameznike varuje pred posegi države, ne pa tudi pred posegi zasebnikov. V sporih, ki so jih posamezniki sprožili zoper upravljalce spletnih družbenih omrežji, ko so jih ti (domnevno) cenzurirali (izbrisali njihove komentarje ali blokiral uporabniški račun), tožniki v ZDA s sklicevanjem na svobodo izražanja niso bili uspešni.

Več sodišč je takšne zahtevke zavrnilo z obrazložitvijo, da svoboda izražanja posameznika varuje pred državnimi posegi, ne pa tudi pred posegi zasebnih družb, kamor spadajo Facebook, Twitter in podobni. Sodišča so šla celo dlje in pravico do moderiranja vsebin na spletnih straneh teh zasebnih ponudnikov interpretirala kot njihovo lastno pravico do svobode izražanja, v katero država ne sme poseči s svojo ureditvijo. Tako v ZDA s svojimi tožbami niso uspeli

<sup>12</sup> Prav tam, točka 45.

tožniki (vključno s predsednikom Donaldom J. Trumpom), ki so trdili, da določena družbena omrežja diskriminatorno cenzurirajo (konservativne) politike. Tako je prizivno sodišče za okrožje Columbia zavrnilo zahtevek v zadevi *Freedom Watch in Laura Loomer proti Google Inc. in drugi*,<sup>13</sup> v kateri sta Freedom Watch in Laura Loomer tožila Google, Facebook, Twitter in Apple z navedbami, da so sodelovali pri zatiranju konservativnih političnih stališč in kršili njihove pravice. Sodišče je zavzelo stališče, da toženci ne morejo kršiti svobode izražanja tožnikov, saj gre za zasebne družbe, medtem ko prvi amandma prepoveduje le državne omejitve svobode izražanja. Tožniki niso uspeli niti z zatrjevano diskriminacijo po upoštevem predpisu o človekovih pravicah (D.C. Human Rights Act), saj naj bi ta prepovedoval diskriminacijo glede na politično prepričanje na javnih krajih, tožniki pa niso izkazali, da bi spletne platforme delovale na takem kraju.

Zavrnen je bil tudi zahtevek konservativnega blogerja Charlesa C. Johnsona, ki ga je Twitter blokiral leta 2015. Kalifornijsko sodišče je v zadevi *Charles C. Johnson proti Twitter*<sup>14</sup> odločilo, da svoboda izražanja v tem primeru varuje Twitter, ne Johnsona. Obrazložilo je, da »je že dobro uveljavljeno, da ustavna svoboda izražanja vključuje tudi pravico, da se ne govori«. Pravila Twitterja, ki jasno določajo, da uporabniki ne smejo objavljati groženj in da lahko Twitter kadarkoli enostransko in brez razloga zapre uporabniški račun, so po presoji sodišča izraz Twitterjeve svobode izražanja.

Takšno poudarjanje zaščite svobode govora na ozemlju ZDA posledično pomeni, da so upravljalci družbenih omrežij pri moderiranju objavljenih vsebin pogosto manj aktivni, saj je možnost za njihovo odgovornost za žaljive vsebine uporabnikov skoraj ničelna.

Da gre za (nedopusten) državni poseg v posameznikovo svobodo izražanja na družbenem omrežju, je Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) razsodilo v zadevi *Cengiz in drugi proti Turčiji*.<sup>15</sup> Kazensko sodišče v Ankari je več uporabnikom (pravnikom, zaposlenim na pravnih fakultetah, ki se ukvarjajo s področjem varstva človekovih pravic) z odredbo blokiralo dostop do omrežja YouTube (z obrazložitvijo, da je vsebina desetih posnetkov, ki so jih na platformi objavili ti posamezniki, kršila prepoved žaljenja spomina na Atatürka). ESČP je poudarilo pomen interneta za svobodno komunikacijo in deljenje informacij na splošno ter posebej pomen platforme YouTube za deljenje političnih vsebin, ki jih tradicionalni mediji spregledajo. S tem se »pospešuje pojav državljskega novinarstva«.<sup>16</sup> YouTube je zaradi svo-

<sup>13</sup> Zadeva *Freedom Watch and Laura Loomer v. Google Inc. et al.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia, USCA Case No. 19-7030, z dne 27. 5. 2020.

<sup>14</sup> Informacije o primeru povzete s strani: <<https://www.barneslawllp.com/charles-johnson-vs-twitter-case>> (14. 9. 2020).

<sup>15</sup> Zadeva *Cengiz proti Turčiji*

<sup>16</sup> Prav tam, točka 52.

jih lastnosti, dostopnosti in možnega vpliva z vidika pritožnikov brez alternativnih možnosti izražanja. Z ukrepom države je bilo poseženo v njihovo pravico do sprejemanja in objavljanja informacij oziroma idej. Sodišče je zato zaključilo, da je Turčija odgovorna za kršitev 10. člena EKČP.<sup>17</sup>

## 2.4. Svoboda izražanja na uporabniških računih v javnem interesu

Politiki vse pogosteje uporabljajo svoje uporabniške račune na družbenih omrežjih za obveščanje javnosti o svojem delu ali celo z namenom javnih objav aktualnih odločitev. Takšne objave v javnosti sprožajo različne odzive, ki jih posamezniki lahko izrazijo s komentarji. Če so ti negativni, jih lahko politik, ki upravlja konkretni uporabniški račun, izbriše in posamezniku onemogoči nadaljnji dostop do računa. Takšno blokiranje dostopa do javnih informacij lahko pomeni tudi kršitev posameznikove svobode izražanja.

Tako je trenutni predsednik ZDA na svojem profilu @realDonaldTrump blokiral več drugih uporabnikov, ki so objavljali kritične komentarje. Prizivno sodišče je v primeru *Knight First Amend. Inst. at Colum. Univ. proti Trump*<sup>18</sup> razsodilo, da je s tem kršil njihovo pravico do svobode govora. Osrednje vprašanje v zadevi je bilo, ali je uporabniški račun predsednika Trumpa, ki ga je ta odprl, preden je postal predsednik, še vedno njegov zasebni račun ali je postal javni forum, na katerem je varovana svoboda govora (tudi drugih) komentatorjev. Sodišče je ugotovilo, da je Trump račun uporabljal v svoji predsedniški funkciji, blokada pa pomeni neustavno državno omejitev svobode govora. Sodišče je s tem odločilo, da mora biti uporabniški račun na družbenem omrežju, ki se uporablja v javne namene, odprt za komentarje in dialog, kar je zaključilo z mislijo:

»[Č]e prvi amandma kaj sporoča, je to, da je najboljši odziv na nezaželen govor v zadevah javnega interesa več govora, ne manj.«

Javni forum pa ni le uporabniški račun predsednika države; prizivno sodišče četrtega okrožja je potrdilo odločitev v zadevi *Davison proti Randall*,<sup>19</sup> da je takšen tudi Facebookov uporabniški račun predsednice odbora nadzornikov okrožja Loudoun v Virginiji. Ta naj bi kršila svobodo izražanja, ko je na svoji strani na Facebooku izbrisala zanj neprijetne komentarje volivca in mu preprečila nadaljnje objave. Randall je uporabljala svojo uradno stran na Facebooku za potrebe svojega dela občinske uradnice. Prek te strani je javnosti posredovala informacije o uradnih dejavnostih odbora in posilila javnost za odziv na politična vprašanja, s katerimi se je

<sup>17</sup> Prav tam, točka 57–65.

<sup>18</sup> Zadeva *Knight First Amend. Inst. at Colum. Univ. v. Trump*, 302 F. Supp. 3d 541, 573 (S.D.N.Y. 2018), No. 18-1691 (2d Cir. Oct. 24, 2018).

<sup>19</sup> Zadeva *Davison v. Randall*, 912 F.3d 666 (4th Cir. 2019).

srečevala v okviru svojega dela. Sodišče se je sklicevalo na novejšo sodbo Vrhovnega sodišča ZDA o primerjavi družbenih omrežij s tradicionalnimi javnimi forumi, pri čemer je Vrhovno sodišče internet označilo za »najpomembnejši prostor za izmenjavo mnenj«. <sup>20</sup> Nasprotno pa sodišče v zadevi *Morgan proti Bevin* <sup>21</sup> zaščite svobode izražanja ni razširilo na omejitve govora na uradnih straneh guvernerja Kentuckyja na Facebooku in Twitterju.

Komentatorji v strokovni literaturi opozarjajo, da uporabniški račun funkcionarja ni niti njegova zasebna lastnina niti prostor pod državnim nadzorom. <sup>22</sup> Upravlja ga podjetje Twitter Inc., ki ima svoja splošna pravila uporabe in med njimi določbe, kdaj in pod kakšnimi pogoji lahko moderira objavljene vsebine. Te veljajo tudi za račun predsednika Trumpa. Če bi sam predsednik kršil splošne pogoje Twitterja, bi ta njegove objave lahko odstranil (ali jih vsaj ustrezno označil kot neresnične, kar se je že zgodilo), enako velja tudi za komentarje drugih uporabnikov na njegovem računu. Zato se avtorji ne strinjajo z zaključkom sodišča, da je Trumpov račun na Twitterju primerljiv z javnimi forumi, kjer ima javnost svobodo izražanja. <sup>23</sup>

Medtem ko ZDA poudarjajo pomen svobode izražanja in k možnostim cenzure objav na družbenih omrežjih pristopajo restriktivno, se v Evropski uniji poudarja dolžnost upravljalcev družbenih omrežji, da izbršejo sporne objave, če so nanje opozorjeni. Svoboda izražanja pa v nobenem primeru ni absolutna. Pri presoji, ali je pri izvrševanju svobode izražanja posameznik pretirano posegel v osebnostno pravico drugega (na primer v njegovo dostojanstvo), je odločilen kontekst, v katerem je bila neka vsebina objavljena. Poudarki te sodne prakse so predstavljeni v naslednjem poglavju.

### 3. Kontekst objave na družbenem omrežju

Pri presoji objav na družbenih omrežjih je ključni dejavnik, kako bi objavo razumel povprečen uporabnik tega omrežja. Ta se ne omeji nujno le na golo besedilo spornega zapisa, temveč ob tem upošteva tudi kontekst – v ožjem pomenu (kamor spadajo samo besedilo zapisa in njegova umeščenost v niz komentarjev ter tudi okoliščine, povezane z avtorjem in naslovnikom) in v širšem pomenu (kamor spadajo značilnosti uporabljenega družbenega omrežja).

Objav uporabnikov družbenih omrežij tako ni mogoče razumeti (le) v njihovem dobesednem pomenu. Samo po sebi ne zadošča niti razčlenjevanje besedila ali iskanje besednih razlag iz slovarja. Pomembni so tudi pomen in širši kontekst, značilnosti vpletenih uporabnikov, njihova predhodna korespondenca in duh komunikacije.

<sup>20</sup> Zadeva *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1735 (2017).

<sup>21</sup> Zadeva *Morgan v. Bevin*, 298 F. Supp. 3d 1003, 1010 (E.D. Ky. 2018).

<sup>22</sup> Glej Nylen.

<sup>23</sup> Prav tam.

Pri iskanju konteksta določene objave je treba upoštevati tudi značilnosti konkretnega družbenega omrežja. Že te namreč lahko pomembno otežijo presojo, ali gre pri določeni objavi za (nedopustno) navajanje (napačnih) dejstev ali za zaščiteno izražanje mnenja. Na primer, omrežje Twitter dolžino objav omejuje na 140 znakov, kar piscu ne omogoča, da bi jasno opredelil svojo objavo kot na primer lastno mnenje, pretiravanje ali satiro. Zato bi sodišče pri presoji njegove objave nujno moralo upoštevati tudi širši kontekst te objave; recimo verigo njegovih objav, ki so si sledile v (krajšem) časovnem obdobju, in vsebino tvitov, na katere je morda odgovarjal.<sup>24</sup>

### 3.1. Kontekst objave na družbenem omrežju v ožjem pomenu

#### 3.1.1. Dobesedni pomen uporabljenih izrazov

Da je pri razumevanju zapisov na družbenih omrežjih ključen kontekst, je Vrhovno sodišče Združenega kraljestva izčrpno obrazložilo v zadevi *Stocker proti Stocker*.<sup>25</sup> Stranki Stocker sta razvezana zakonca. Po ločitvi se je na strani na Facebooku vnela ostra debata med gospo Stocker in novo partnerico bivšega moža. V tem okviru je gospa Stocker objavila več obtožb na račun gospoda Stockerja, med drugim, da »jo je poskušal zadaviti«. Obtožbe so bile vidne 21 osebam, ki jim je bil omogočen dostop do objave, ter 110 Facebookovim prijateljem nove partnerice in njihovim prijateljem. Gospod Stocker je vložil tožbo zaradi klevetanja. Medtem ko se je sodišče prve stopnje ukvarjalo z definicijo pojma »poskusiti zadaviti« in se je pri tem oprlo na slovar angleškega knjižnega jezika, je vrhovno sodišče poudarilo:

»[V] zadevi je ključno, da gre za objavo na omrežju Facebook. 21. stoletje je s seboj prineslo nov razred bralca: uporabnika družbenih medijev. Sodnik, ki je zadolžen za odločitev, kako bo objavo na Facebooku ali tvit na Twitterju razlagal uporabnik družbenih medijev, mora imeti v mislih način objavljanja in branja takšnih objav in tvitov.«

Angleško vrhovno sodišče je tako zavrnilo pristop sodišča nižje stopnje, ki je s slovarjem iskalo (do)besedni pomen sporne objave:

»Običajen bralec objave na Facebooku ne secira objave v ločene odstavke, še manj pa izolira posamezne besede in razmišlja o možnih pomenih. Ob vedenju, da je tožnica živa, bi objavo zagotovo interpretiral tako, da je toženec prijel ženo za vrat, in ne, da jo je naklepno poskušal ubiti.«<sup>26</sup>

Takšen pristop lahko primerjamo z obravnavo žaljivih naslovnih v časopisu, ki jih je treba presojati v kontekstu celotnega članka in presoditi, ali je žaljiva celotna objava, ne pa zgolj

<sup>24</sup> Barnett, str. 161.

<sup>25</sup> Zadeva *Stocker v. Stocker*, [2019] UKSC 17.

<sup>26</sup> Prav tam.

izseki, iztrgani iz konteksta. To je poudarilo tudi slovensko Vrhovno sodišče v zadevi II Ips 75/2019 z dne 6. 2. 2020:

»Ocena sodišča prve in druge stopnje, da je zaradi uporabljene prispodobe sporna objava zelo žaljiva, je sprejemljiva le, če je vzeta iz konteksta in razumljena dobesedno. Sodišči sta sicer utemeljeno verjeli tožnici, da jo je toženec z verbalno karikaturjo prizadel. Kot rečeno pa to ne zadošča za oceno o protipravnosti objave. Politična žalitev se pogosto razširi na osebno področje, vendar so po stališču ESČP takšna tveganja nujna za svobodno razpravljanje o idejah, ki pomenijo zagotovilo demokratične družbe.«<sup>27</sup>

### 3.1.2. Niz komentarjev, vezanih na določeno objavo

Sodišča vse pogosteje posamezne objave ne obravnavajo izolirano, temveč v kontekstu celotnega niza komentarjev, ki so prikazani na določenem uporabnikovem računu (»zidu« v primeru omrežja Facebook). Tako je v zadevi *Feld proti Conway*<sup>28</sup> sodišče v Massachusettsu presojalo, ali gre pri tvitu »ti si prekleto nora!«<sup>29</sup> za žaljivo navajanje dejstev o duševnem zdravju tožnice, ki naj bi škodilo njenemu ugledu (saj se je tvit prikazal ob iskanju tožnice v spletnem iskalniku), ali za (dopustno) osebno mnenje avtorja tvita. Sodišče je poudarilo, da je treba pri razlikovanju med pretiravanjem in dobesednim pomenom zatrdjevanja dejstev upoštevati »celotno objavo in kontekst, v katerem je bila objavljena; upoštevaje vse uporabljene besede in vse okoliščine izjave«. Za primer konkretnega družbenega omrežja je sodišče nadalje obrazložilo, da to pomeni, »da tvita ni mogoče brati izolirano, temveč v kontekstu celotne razprave«. <sup>30</sup> Ker je sporni tvit del intenzivne in čustveno nabite debate o domnevni tožničinini odgovornosti za izginotje tekmovalnega konja, »ga v tem kontekstu ni bilo mogoče razumeti kot navajanje dejstev o tožničinem duševnem stanju«. Šlo je za »očitno kritiko – torej za mnenje o zadevi iz širše razprave«. Po stališču sodišča bi razumen bralec pri takem zapisu iskal kontekst v celotnem nizu objav in se ne bi omejil na (goli) dobesedni pomen uporabljenih besed.

Podobno je odločilo tudi newyorško prizivno sodišče v zadevi *Stolatis proti Hernandez*, in sicer da:

»Ob prebiranju posameznih objav iz niza, vključno z izpostavljenimi, je mogoče trditi, da je z njimi avtor podajal napačne dejanske trditve. Vendar z vidika niza objav kot celote (kar je pravi pristop) sklepamo, da je šlo za objave pravno varovanih osebnih mnenj avtorja.«<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Glej točko 35.

<sup>28</sup> Zadeva *Feld v. Conway*, 16. F. Supp. 3D 1 (D. Mass. 2014).

<sup>29</sup> V izvorniku: »you are fucking crazy!«

<sup>30</sup> Zadeva *Feld v. Conway*, par. 4.

<sup>31</sup> Zadeva *Stolatis v. Hernandez*, 77 N.Y.S.3d 473 (App. Div. 2018), par. 476–477.

### 3.1.3. Lastnosti avtorja in naslovnika žaljive objave

V okviru presoje notranjega konteksta določene objave so pomembne tudi okoliščine, povezane z osebnostjo avtorja in naslovnikom spornega zapisa. Tako je Višje sodišče Anglije in Walesa v zadevi *Monroe v. Hopkins*<sup>32</sup> opozorilo na naslednje pomembne okoliščine:

- na strani naslovnice žaljivega tvita: da ima @MsJackMonroe uporabniški račun na Twitterju od leta 2012 in da ji sledi okoli 75.000 sledilcev. V času sporne objave je bila na Twitterju vsako prosto minuto (kot je sama trdila) in je objavila okoli 20.000 tvitov. Sprejela je oceno toženke, da je »odkrita politična aktivistka, zelo kritična do konservativne stranke in njene politike«. Sodišče je ocenilo, da je v svojem načinu pisanja zelo direktna in odkrita ter da na Twitterju večkrat uporablja kletvice in druge »močne izraze«. Takšen opis bi potrdili tisti, ki jo spremljajo na Twitterju (čeprav bi morda uporabili drugačne besede).<sup>33</sup>
- na strani avtorice spornega zapisa: da ima uporabniški račun @KTHopkins, na katerem se predstavlja kot pisateljica kolumn za različne medije. Ima okoli 570.000 sledilcev, njeno domačo spletno stran pa obišče 5,7 milijona obiskovalcev na mesec. V tem obdobju je napisala okoli 44.000 tvitov; kritičnega dne je prvi tweet napisala ob 7. uri zjutraj, sporni (ki ga je poslala malo pred deseto uro zvečer) pa je bil njen trideseti tisti dan. Širši javnosti je poznana kot kontroverzna, napadalna, neposredna, sarkastična in večkrat predrzna v svojem novinarskem delu ter pri objavah na družbenih omrežjih.

Tudi naše Vrhovno sodišče je v zadevi II Ips 75/2019 poudarilo lastnosti avtorja objave na Twitterju, in sicer da je »znan politik, predsednik največje opozicijske stranke in mnenjski voditelj, ki ima 39.600 sledilcev na Twitterju. Tudi zato so njegove objave deležne bistveno večje pozornosti kot objave povprečnega uporabnika Twitterja in so predmet bolj poglobljenih analiz. Zato jih je treba obravnavati drugače kot nepremišljene, hipne in pogosto vulgarne odzive anonimnih posameznikov preko interneta, ki imajo zamejen domet«.<sup>34</sup>

### 3.1.4. Domet objave

Tudi slovenska višja sodišča so se nekajkrat izrekla o kontekstu, v katerem je treba presojati (ne)protipravnost določene objave na družbenih omrežjih, in pri tem poudarila njen domet oziroma število oseb, ki so objavo (lahko) videle in prebrale. Višje sodišče v Ljubljani je o tem odločalo v zadevi II Cp 2066/2012.<sup>35</sup> Šlo je za odškodninski spor zaradi posega v zasebnost z objavo fotografij na omrežju Facebook. Sodišče je posebnosti tega družbenega omrežja

<sup>32</sup> Zadeva *Monroe v. Hopkins*, (2017) EWHC 433 (QB).

<sup>33</sup> Zadeva *Monroe v. Hopkins*, par. 8.

<sup>34</sup> Sodba VS RS II Ips 75/2019, par. 36.

<sup>35</sup> Sodba VSL II Cp 2066/2012 z dne 30. 1. 2013.



upoštevalo tako pri presoji protipravnosti toženčevega ravnanja kot tudi pri določitvi višine primerne odškodnine. Ugotovilo je, da je bila s tem razkrita zasebnost tožnika, in sicer spletni album, ki ga je videlo in ga komentiralo vsaj pet vidnih spletnih prijateljev in 15 anonimnih.

Višje sodišče je odločilo, da protipravnost objave ni bila izključena, čeprav je bila ta morebiti namenjena le »najožjim prijateljem«. Okoliščini, da je šlo za najbližje prijatelje in da je bilo število oseb, ki so fotografije videle, manjše, pa vplivata kvečjemu na intenzivnost posega v zasebnost in posledično na višino odškodnine, ne pa na sam obstoj protipravnega ravnanja. Enako velja za dejstvo, da osebe, ki so se na takšen način seznanile s fotografijo, toženca ne poznajo. Višje sodišče pa je v svoji obrazložitvi nadalje grajalo stališče sodišča prve stopnje, da tožnik pripada starejši generaciji, ki ni tako vešča uporabe sodobnih komunikacijskih orodij, zaradi česar naj bi bil krog javnosti, ki je objavo videla, manjši, kot pa to zatrjuje tožnik. Takšen zaključek naj bi bil arbitraren, saj sodišče prve stopnje ni pojasnilo, zakaj je v konkretni zadevi relevanten krog javnosti zgolj (ali ravno) tožnikova starostna skupina.

Protipravnost žaljive objave v zaprti skupini na Facebooku je Višje sodišče v Ljubljani presojalo v zadevi II Cp 577/2019.<sup>36</sup> Tožnik je zahteval plačilo denarne odškodnine, ker naj bi ga toženec v treh spletnih objavah razžalil ter okrnil njegov ugled in dobro ime. Objave so vsebovale opis konkretnih dogodkov s konkretnimi osebami, v katerih je bilo tožnika mogoče prepoznati in v katerih je toženec tožniku pripisal šolanje na butalski fakulteti, mu očital nakup diplome in ga imenoval za osla. Objave so bile napisane na strani Facebookove skupine Krajanji ... za boljši jutri, ki je bila zaprta, do nje pa je imelo dostop 67 članov te skupine. Tožnik ni bil član navedene skupine, o objavah pa ga je obvestila žena, ki je zanje izvedela od prijateljice. Pritožbeno sodišče je razsodilo:

»Da je že krog 67 oseb dovolj širok, da je objave treba šteti za javne, poleg tega se toženec pri tako širokem krogu naslovnikov ni mogel upravičeno zanesti na zasebnost komunikacije. Po drugi strani je pomembno, da je toženec svoje objave naslovil na skupino, ki je že po svojem imenu namenjena razpravi o življenju občanov Občine B. in v okviru tega tudi razpravi o delovanju občinskih uslužbencev. Toženec spornih izjav tako ni naslavljaj na ljudi izven kroga zainteresirane javnosti in javnosti zunaj območja Občine B. in njene bližnje okolice njegovi zapisi tudi niso dosegli.«

Protipravnost pa ni bila ugotovljena v primeru žaljive objave, ki jo je presojalo Višje sodišče v Kopru v zadevi Cpg 213/2017.<sup>37</sup> Na za javnost odprtem delu profila bara L. na Facebooku je bil objavljeno naslednje besedilo: »Vsem sedanjim in bodočim gostincem in seveda gostom svetujem, da se v veliki meri ognejo kave znamke H., v svarilo naj vam bo le, da imajo le v K. 4 stranke, s katerimi so v tožbi [...]«. Pomembni okoliščini za presojlo sta bili, da je bila

<sup>36</sup> Sodba VSL II Cp 577/2019 z dne 10. 7. 2019.

<sup>37</sup> Sodba VSK Cpg 213/2017 z dne 22. 2. 2018.

objava po devetih dneh odstranjena s profila na Facebooku in da je sporno izjavo na svojem uporabniškem profilu delila le tretja toženka, ki je objavo še istega dne odstranila. Šlo je torej za kratkotrajno objavo na profilu določenega lokala (in ene s tem lokalom povezane osebe). Sodišče je zapisalo:

»Objava na odprtem delu FB profila, kljub temu, da je javna, ne pomeni, da jo tudi dejansko vpogleda vsakdo, ki je aktiven na družbenem omrežju, temveč le osebe, ki jih ta FB profil zanima. Zgolj možnost, da bi lahko izjavo videl vsak uporabnik družbenega omrežja v Sloveniji, ne zadošča, saj tožeča stranka niti ne trdi, da je bil FB profil, na katerem je bila sporna objava, zanimiv za širok krog ljudi v Sloveniji. Kljub izrecnemu pozivu tožeča stranka sodišču ni dostavila seznama strank, ki naj bi sporno izjavo dejansko videle. V naravi družbenega omrežja je, da objave na njem niso objektivne, gre za mnenja in stališča imetnika profila. Sporna izjava je v okviru zahtevanih standardov izražanja na družbenih omrežjih (ni na prvi pogled žaljiva in zaničevalna). Vse našeto po mnenju pritožbenega sodišča ob pravilni uporabi materialnega prava pomeni, da konkretne okoliščine zadeve ne opravičujejo odškodnine po 183. členu OZ.«

V tem primeru je Višje sodišče v Kopru zelo strogo ocenilo, da bi tožeča stranka morala za dokazovanje dometa sporne objave sodišču predložiti seznam oseb, ki so objavo videle. V praksi drugih sodišč stranke v ta namen pogosto predložijo analitiko obiskov določene spletne strani ali pa zadostuje že podatek o številu sledilcev določenega uporabniškega računa.

### 3.1.5. Uporaba spletnih povezav in slik

V okviru notranjega konteksta je lahko pomembna okoliščina za presojo tudi objava spletnih hiperpovezav (hiperlinkov) ali slikovnega gradiva, na podlagi katerih si lahko (razumen) bralec ustvari lastno mnenje o zadevi in v tem oziru razume sporen zapis tudi kot (le) osebno mnenje avtorja, in ne kot navajanje dejstev. Če je objavljeno mnenje opremljeno s hiperpovezavo na vir informacij, s tem bralcu omogoči, da si ustvari lastno mnenje o določeni temi.<sup>38</sup> Povezave sporočajo, da se je avtor zanašal na določene druge informacije, ki jih je mogoče razlagati na različne načine, pri čemer je bralcu omogočeno, da jih preveri tudi sam.

Podobno velja za slikovno gradivo, ki ga lahko avtor pripne k določenemu besedilnemu komentarju. Tudi to bralcu omogoča, da o zadevi pridobi dodatne informacije, na podlagi katerih lahko sklepa na kontekst zapisa. Tako je bil zavrtnjen zahtevek v zadevi *Stephanie Clifford (Stormy Daniels) proti Donald J. Trump* glede Trumpovega twita, da je igralka Stormy Daniels »popolna prevarantka«.<sup>39</sup> Igralka je trdila, da je prejela grožnje, ker je v javnosti govorila o svo-

<sup>38</sup> Na primer zadeva *Redmond*, 2012 WL 3243507. Povzeto po Barnett Lidsky in Andersen Jones, str. 164.

<sup>39</sup> Zadeva *Stephanie Clifford aka Stormy Daniels v. Donald J. Trump*, US Court of Appeals for the ninth circuit, 18-56351 (2020).

jem domnevnem razmerju s predsednikom. Izdelala je skico moškega, ki naj bi ji grozil in ki naj bi bil po Trumpovih besedah zelo podoben igralkinemu bivšemu možu. Trump je tvitnil: »Skica leta kasneje o neobstojećem moškem. Popolna prevarantka, ki se dela norca iz Medijev Lažnih Vsebin (vendar oni vedo)!«<sup>40</sup> in tvitu pripel tudi obe skici.

Igralka je zoper predsednika vložila tožbo, v kateri je trdila, da je tvit posegel v njen ugled in jo prikazal kot lažnivko. Sodnik, ki je njen zahtevek zavrnil na prvi stopnji, je objavo označil za »barvit izraz retoričnega pretiravanja«,<sup>41</sup> ki ga nihče ne bi mogel razumeti kot navajanje dejstev o igralki. Pritožbeno sodišče je pritrdilo takšnemu zaključku:

»[G]ledano skozi oči objektivno razumnega bralca, tvit kaže na mnenje g. Trumpa o posledicah domnevno podobnega videza (igralkinega) bivšega moža in osebe na skici. Ker je [spornemu, op. a.] tvitu takoj sledil tvit z obema skicama, je bralec prejel dovolj informacij glede domnevno neresnične obtožbe in si je lahko glede tega ustvaril lastno mnenje.«

### 3.2. Kontekst objave na družbenem omrežju v širšem pomenu

Med zunanje okoliščine, ki vplivajo na razumevanje objav na družbenih omrežjih, lahko uvrstimo lastnosti družbenih omrežij na splošno in posebnih karakteristik konkretnega omrežja. Tako je pomembno, kako določeno omrežje deluje, na kakšen način se objave na njem prikazujejo in po kolikšnem času izginejo, ali nas do njih lahko pripelje splošno iskanje na internetu in podobno. Angleško vrhovno sodišče je v že predstavljenem primeru *Stocker proti Stocker* poudarilo, da je zaradi načina delovanja Twitterja mogoče, da se določen tvit v različnem kontekstu prikaže različnim skupinam uporabnikov ali celo različnim uporabnikom. Načeloma posledic, ki izhajajo iz konteksta, na katerega avtor sam ne more vplivati, ne moremo pripisati njemu.<sup>42</sup>

Sodba v zadevi *Stocker proti Stocker* se nadalje sklicuje na odločitev Višjega sodišča Anglije in Walesa v zadevi *Monir proti Wood*<sup>43</sup> o tem, da je: »Twitter hiter medij. Ljudje se med sporočili premikajo relativno hitro.« Ta argument je uporabilo tudi za primer omrežja Facebook: »Za Facebook velja podobno. Ljudje se čezenj premikajo hitro. Ne ustavijo se in ne razmislijo o prebranem. Ne razmišljajo o tem, kakšen pomen bi izjava morda lahko imela. Njihova reakcija na objavo je čustvena in bežna.«<sup>44</sup>

<sup>40</sup> V izvorniku se Trumpov tvit glasi: »A sketch years later about a nonexistent man. A total con job, playing the Fake News Media for Fools (but they know it)!«

<sup>41</sup> Ang. »colourful expression of rhetorical hyperbole«.

<sup>42</sup> Zadeva *Stocker v. Stocker*, točka 39.

<sup>43</sup> Zadeva *Monir v. Wood*, EWHC (QB) 3525, 2018.

<sup>44</sup> Zadeva *Stocker v. Stocker*, točka 41.

### 3.2.1. Neformalnost

Med zunanjimi lastnostmi družbenih omrežij, ki opredeljujejo kontekst objav, velja postaviti v ospredje neformalnost komunikacije prek spletnih platform. Nekatera sodišča so zavzela stališče, da je objave na družbenih omrežjih zato treba razlagati kot izražanje mnenj, ne dejstev. Tako je recimo prizivno sodišče v Koloradu v zadevi *Giduck proti Niblett*<sup>45</sup> odločilo, da objav na omrežju Facebook ni mogoče razumeti kot navedbe o dejstvih zaradi njihove »vsebine, tona in konteksta«. <sup>46</sup> Dejstvo, da je šlo za komunikacijo, v kateri je bilo veliko objav anonimnih, je še nadalje utrdilo stališče, da je šlo (le) za osebna stališča avtorjev.<sup>47</sup>

Na neformalnost objav na omrežju Twitter se je sklicevalo ameriško sodišče v zadevi *Rochester City Lines, Co. proti City of Rochester*,<sup>48</sup> kjer je sodišče razsodilo v prid izvoljenemu mestnemu svetniku, ki je tvitnil več komentarjev v povezavi z razpisom za izvajalca javnega prometa. Uporabil je formulacije, kot so: da so določene stranke vzele javnost za talce, da so vključene v izsiljevanje in rop ter da so kradle davkoplačevalcem. Po mnenju sodišča so bile »pogosto uporabljene retorično, za opis vedenja, ki je za avtorja neokusno ali moralno sporno, ne pa tudi kaznivo«. <sup>49</sup> Čeprav bi besedilo torej lahko razumeli, kot da opisuje kazniva dejanja, ga je kontekstualno treba razumeti le kot retorično izražanje. Sodišče je spornim tвитom pripisalo »sproščen ton, ki naj bi bil med uporabniki (tega) družbenega omrežja pogost«. <sup>50</sup>

Tudi slovensko Vrhovno sodišče je objavam na Twitterju pripisalo neformalen pogovorni ton:

»Za objave na tem omrežju je značilno, da gre praviloma za ekspresivne, zelo kratke, hitre, tudi pikre, zajedljive, nemalokrat prostaške odzive, napisane v pogovornem stilu, brez poglobljenega razmisleka. Uporabniki Twitterja zapis besedila pogosto krajšajo, kar pa ni pogojeno le s pomanjkanjem prostora, ampak ima tudi družbeno in čustveno razsežnost, s katero se izraža osebna identiteta in izkazuje pripadnost neki družbeni skupini, pa tudi ustvarja spontano, lahko vzdušje v komunikaciji. To pomeni, da povprečni uporabnik Twitterja ‚čivke‘ bere hitro, jih ne preučuje ter jih razume v kontekstu, ki je specifičen za to družbeno omrežje. Na tak, hipen in ekspresiven način sporočila tudi nastajajo.«<sup>51</sup>

Bolj strog in resen kontekst objave na omrežju Facebook pa je prepoznalo Višje sodišče Anglije in Walesa v zadevi *Dr Katherine Alexander – Theodotou in drugi proti Georgios Kounis*.<sup>52</sup> Sporna

<sup>45</sup> Zadeva *Giduck v. Niblett*, 2014 WL 2986670 (Colo. App. 2014).

<sup>46</sup> Prav tam, točka 11.

<sup>47</sup> Prav tam, točka 10.

<sup>48</sup> Zadeva *Rochester City Lines, Co. v. City of Rochester*, 846 N. W. 2D 444, 466-67 (Minn. Ct. App. 2014).

<sup>49</sup> Prav tam, točka 466.

<sup>50</sup> Prav tam.

<sup>51</sup> Sodba VS RS II Ips 75/2019, točka 34.

<sup>52</sup> Zadeva *Dr Katherine Alexander – Theodotou et al. v. Georgios Kounis*, [2019] EWHC 956 (QB), točka 52.

objava na Facebooku je tožnika (vodilna v večji londonski odvetniški pisarni) obtoževala, da sta izkoristila ranljiv položaj, tako da sta žrtvam škandala s prodajo nepremičnin na Cipru zaračunala skoraj 30.000 funtov za pravno pomoč, nato pa nista zaščitila njihovih interesov in bila posredno kriva za samomor ene od žrtev. Objava je bila objavljena v Facebookovi skupini Cyprus Property Legal Action – Resolution and Collaboration. Sodišče je poudarilo, da je šlo za »resno zadevo o resni temi, objavljeni na Facebookovi strani uradne kampanje. Ne gre za lahkomišelnost ali prehodno mnenje na uporabniškem računu posameznika, ki bi ga bilo mogoče brati na nepreviden način.«<sup>53</sup> Sodišče je zato zavzelo stališče, da je objavljena vsebina lahko povzročila resne posledice za ugled tožnikov, ki jih je bilo mogoče identificirati v objavah.

### 3.2.2. *Neresničnost, očitno pretiravanje, satira in žaljive šaljivke*

Nadaljnja okoliščina, ki jo je pri pravni analizi objav na družbenih omrežjih treba upoštevati, je njihova (ne)resničnost. Sem spadajo razlikovanje med objavami dejstev in mnenj ter presoja sodišča, kako določeno objavo razume povprečen (razumen) uporabnik določenega družbenega omrežja.<sup>54</sup> Tako bodo sodišča na primer pri presoji, ali je lahko določen tweet mogoče razumeti kot navajanje dejstev, presojala samo vsebino objave in to, kje in zakaj je bila objavljena (je bil namen zgolj šala ali je želel avtor javnosti posredovati dejstva). Sodišča uporabnike družbenih omrežij pogosto razbremenijo odgovornosti za objavljene (žaljive) zapise, ker ugotovijo, da jih bralci niso razumeli v njihovem dobesednem pomenu, temveč kot satiro, sarkazem, pretiravanje ali retorični govor.

Po besedah slovenskega Vrhovnega sodišča:

»Zato, ker gre za objavo na Twitterju, zgolj to, da je toženec objavil le satirično, sarkastično ter za tožnico osebno žaljivo prisposodbo, verbalno karikaturu, in ne tudi obsežnejšega vsebinskega odziva na televizijsko oddajo, ne zadošča za oceno, da je bil njegov namen zaničevanje in razvrednotenje tožnice. Vrhovno sodišče tako ocenjuje, da je povprečni sledilec toženca njegov ‚čivk‘ razumel kot očitek tožnici, da je pri delu urednice dnevno-informativnega programa javne RTV pristranska. Izražanje takšnega stališča – naj bo točno ali ne – z vidika svobode izražanja ne sme biti problematično. Tako sporočilo namreč sodi v kategorijo visoko varovanega političnega izjavljanja.«<sup>55</sup>

Zanimiva je tudi odločba *Boulger proti Woods*<sup>56</sup> zveznega sodišča v Ohio, ki je kontekst objave na Twitterju osredotočilo na umeščenost objave znotraj uporabniškega računa določenega

<sup>53</sup> V izvorniku: »It is not a frivolous or transitory piece on an individual's social media account, which might be read with a slapdash approach.«

<sup>54</sup> Pelletier, str. 236.

<sup>55</sup> Sodba VS RS II Ips 75/2019, par. 34.

<sup>56</sup> *Zadeva Boulger v. Woods*, 306 F. Supp. 3d 985 (S. D. Ohio 2018).

uporabnika in poskušalo odgovoriti na vprašanje, ali gre v tem kontekstu za navajanje dejstev ali izraz osebnega mnenja. Igralec James Woods je delil objavo (*retweet*) s primerjavo fotografij podpornice predsedniškega kandidata Sandersa in ženske, ki je na avtomobilski dirki v organizaciji predsednika Trumpa salutirala z nacističnim pozdravom. Ob tem je pripisal komentar: »Tako imenovana #Trump nacistka je provokatorka/izvrševalka #BerniSanders(a)?«. Kot se je izkazalo, tožnica ni bila ženska na sliki z dirke, zato je zoper konservativnega igralca vložila tožbo zaradi razžalitve. Pri ugotavljanju, ali gre pri konkretnemu tvidu za navajanje dejstev, je sodišče poudarilo, da je:

»narava tvita v bistvenem drugačna od izjav, ki se pojavijo v daljših pisnih prispevkih, pri čemer je težko določiti, ali je pravi kontekst objave enostavno sam tvid, celotni Woodsov uporabniški račun ali celo celotna platforma Twitter. Ker je vsak uporabniški račun unikatni, bralec ne more (iz samega dejstva, da avtor uporablja Twitter kot njegovo izbrano komunikacijsko sredstvo) predvidovati, ali bo določen račun na Twitterju vseboval poročanje o dejstvih ali uporabnikova osebna mnenja ali retorična vprašanja.«<sup>57</sup>

Sodišče je zaključilo, da pravega konteksta v konkretnem primeru ne more določiti, vendar pa je bilo to vprašanje za odločitev nepomembno, ker bi povprečen bralec tvid prej kot navajanje dejstev razumel kot retorično vprašanje.

Odgovornosti za žaljiv tvid je bil razbremenjen tudi Elon Musk, ki je britanskega jamarja, ki je sodeloval v reševalni akciji ujetih mladih nogometašev v jami na Tajskem, na Twitterju označil za pedofila.<sup>58</sup> Tvid je kasneje izbrisal. Muskova obramba je v sojenju vpeljala izraz »JDart«, zatrjevala je, da je šlo pri sporni objavi za »šalo, ki je bila slabo sprejeta in zato kasneje izbrisana, skupaj z opravičilom in pojasnilnim tvidom za nadaljevanje razprave« (*a Joke that was badly received, therefore Deleted, with an Apology and the Responsive Tweets to move on from the matter*). Porota v Los Angelesu je Muska oprostila vseh obtožb.<sup>59</sup>

Za posebno obliko neškodljivega govora (vulgarno zlorabo) je ESČP označilo komentar z zadevi *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu*.<sup>60</sup> Glede pisanja komentarjev na družbenih omrežjih je ESČP pripomnilo, da milijoni spletnih uporabnikov vsakodnevno objavljajo svoje komentarje in da so številni žaljive narave. »A vendar je večina komentarjev preveč trivialna, domet njihove objave pa preveč zamejen, da bi povzročili občutno škodo ugledu druge osebe.« V konkretnem primeru se je sodišče strinjalo z nacionalnimi organi, da večina komentarjev ni bila pretirano žaljivih, čeprav je šlo za vulgarizme:

<sup>57</sup> Prav tam, točke 1002–1031.

<sup>58</sup> Musk ga je poimenoval »pedo guy«.

<sup>59</sup> Elon Musk wins defamation case over 'pedo guy' tweet about caver. Dostopno na: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-50695593>> (15. 9. 2020).

<sup>60</sup> Zadeva *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu*.

»Raven komentiranja je bila resda nizka, kar pa je v komunikaciji na spletu pravzaprav zelo pogosto, poleg tega se od pritožnika kot politika pričakuje višja stopnja tolerance do takšnih zapisov. Veliko komentarjev je bilo očitno izmišljenih in jih bralci niti ne bi jemali resno.«

## 4. Uporaba všečkov, ključnikov in čustvenčkov ter delitev objave

Naslednja novost, ki je upoštevana pri pravni analizi družbenih omrežji, je pojav novih oblik pisne komunikacije, ki jo prinaša nova tehnologija. V besedna sporočila uporabniki družbenih omrežij velikokrat vključujejo tudi t. i. čustvenčke (*emoticon/emoji*). Ti so uporabljeni poleg teksta z namenom, da prikažejo določeno čustvo ali drugače doprinesejo k bralčevemu razumevanju besedila.<sup>61</sup> Najbolj osnovni čustvenček je rumen, smejoči obraz, sledi pa še cela paleta različnih čustvenih izrazov, podob živali in predmetov. Podoben simbol predstavlja všeček (*like*), s katerim lahko uporabniki omrežij Facebook in Twitter izrazijo svojo podporo ali simpatijo z določeno objavo, komentarjem ali spletno stranjo. Ključnik (»lojtro«) (*hashtag*) uporabniki različnih družbenih omrežij uporabljajo zato, da označijo določeno dejstvo ali osebo, povezano z vsebino objave, in tako olajšajo iskanje po ključnih besedah.<sup>62</sup> Na večini družbenih omrežij so tovrstne povezave interaktivne (ob kliku na besedo se uporabniku pokažejo vse objave z isto označbo). Posebno obliko sporočanja pa predstavlja tudi delitev objave (*share*), saj z njo uporabnik omogoči, da se s (sicer tujo) objavo seznanijo vsi njegovi sledilci.

### 4.1. Všečkanje in deljenje tujih objav

Učinek deljenja objave (na Twitterju gre za funkcijo Retweet, na Facebooku za funkcijo Share) je, da se vsebina izvirnega sporočila ponovi in se razširi tudi med druge bralce. Gre za način razširjanja vsebine, za potrditev in nadaljnjo uveljavitev izjave ali stališča, za filtriranje vsebin tretjih oseb, za vzpostavitev novih prijateljstev in krepitev odnosov, pridobivanje privržencev, uveljavljanje pomembnosti in utrjevanje občutka medsebojne povezanosti z drugimi uporabniki.

Ilustrativna sodba, ki se ukvarja z (ne)dopustnostjo všečkanja in deljenja žaljive objave, je sodba švicarskega vrhovnega sodišča 6B 1114/2018.<sup>63</sup> Vrhovno sodišče Švice je razsodilo, da lahko že aktivnost, kot je všečkanje ali deljenje določene objave, pripelje do obsodbe zaradi klevetanja ali razžalitve. Toženec je všečkal žaljiv komentar na omrežju Facebook, ki je tožnika (zagovornika pravic živali) obtoževal rasizma in protisemitizma. Okrožno sodišče v Zürichu,

<sup>61</sup> Definicija čustvenčka je povzeta po Oxford Living Dictionaries, dostopno na: <<https://www.lexico.com>> (15. 9. 2020).

<sup>62</sup> Glej *Using Hashtags on Twitter*.

<sup>63</sup> Zadeva BGer 6B 1114/2018 z dne 29. 1. 2020.

ki je o zadevi sodilo na prvi stopnji, je zavzelo stališče, da všečkanje in deljenje objave izkazuje mešano vrednostno sodbo tistega, ki je prvotno objavo všečkal in/ali delil. Vendar je vrhovno sodišče to stališče zavrnilo s pojasnilom, da funkcijama všečkanja in deljenja ne moremo pripisati drugega pomena, kot je širjenje osnovne objave. V obrazložitvi sodišča je zapisano:

»Facebook je storitev družbenega omrežja, oblikovana tako, da omogoča hitro in razširjeno komunikacijo. Izkušnje potrjujejo dejstvo, da sta funkciji všečkanja in deljenja za uporabnike bistvenega pomena. Poleg možnosti komentiranja omogočata, da se informacije razširjajo. [...] Za razliko od možnosti komentiranja sta všečkanje in deljenje običajno odprti za širšo javnost. Medtem ko možnost deljenja nima vrednostne komponente, pomen všečkanja ostaja nejasen oziroma brez zavezujočega odziva na zadevno vsebino, kljub ‚dvignjenemu palcu‘. Poleg izraza podpore vsebini prispevka namreč lahko pomeni le podporo ustrezni formulaciji ali pozitiven odnos do avtorja. Zato objave posameznikov pogosto pripeljejo do (ne)razumnega črednega vedenja skupnosti na družbenem omrežju. Starši, ki nekritično všečkajo vsako objavo svojih otrok, so tipičen primer. Podrobnejši razlogi in motivi za všečkanje tako ostajajo skriti. [...] V tem pogledu funkcijama ‚like‘ in ‚share‘ ne moremo pripisati pomena, ki bi presegal golo širjenje osnovne objave.«

V Združenem kraljestvu je odmeval primer tožb, ki jih je konservativni politik McAlpine vložil zoper uporabnike Twitterja, ki so na omrežju (le) delili objavo o tem, da naj bi zlorabljal otroke.<sup>64</sup> McAlpine je nameraval vložiti tožbe zoper vseh 10.000+ ljudi, ki so delili to objavo oziroma objavili tvit s podobno vsebino. Kasneje je umaknil tožbe proti delilcem objave, ki so imeli manj kot 500 sledilcev.

## 4.2. Čustvenčki, ključniki in drugi simboli za sporočanje

Eno od žaljivih objav o lordu McAlpinu je delila tudi Sally Bercow,<sup>65</sup> in sicer je tvitnila komentar s čustvenčkom (nedolžnim obrazom): »*Zakaj je lord McAlpine popularen?* 🙄«. V času deljenja objave je imela več kot 56.000 sledilcev, ki so njeno objavo množično delili in s tem močno razširili število ljudi, ki so videli objavo. Kasneje se je izkazalo, da očitki zoper lorda McAlpina niso bili resnični. Sally Bercow se v postopku,<sup>66</sup> ki ga je zoper njo sprožil razžaljeni McAlpine, ni želela poravnati. Zanikala je, da bi bil njen tvit žaljiv, in celo nadaljevala posmehljive objave. Lord McAlpine je v tožbi zatrjeval, da iz običajnega pomena besed spornega tvita izhaja, da je pedofil, oziroma da je tvit vsaj namigoval na to, da je pedofil. Sodišče

<sup>64</sup> Glej Sweney.

<sup>65</sup> Sally Bercow je žena govornika spodnjega doma britanskega parlamenta (House of Commons); v Združenem kraljestvu je znana politična osebnost.

<sup>66</sup> Zadeva *McAlpine v. Bercow*, (2013) EWHC (QB) 1342.



je ugotovilo, da je bil namen avtoričine uporabe nedolžnega čustvenčka ironija.<sup>67</sup> Sodišče ga je interpretiralo kot:

»da so bili bralci usmerjeni k temu, da so si predstavljali nedolžen avtoričin obraz, ko je objavila vprašanje. Razumen uporabnik omrežja Twitter bi čustvenček razlagal kot nekaj ironičnega, kot da sprašuje neiskreno vprašanje. Zato so bili njeni tviti razumljeni kot ‚prst krivde‘.«<sup>68</sup>

Sodišče je tako v celoti ovrglo toženkino tezo, da je šlo za iskreno vprašanje. Razlogovanje sodišča je izhajalo iz ugotovitve, da sta bila čustvenček in posledično celoten tweet mišljena ironično. Z interpretacijo čustvenčka kot navodila bralcu je sodišče odločilo, da besedilo tvita ni bilo mišljeno kot vprašanje, kljub stavčni zgradbi in uporabljenemu vprašaju na koncu. Ker se je izkazalo, da so bili očitki o spolnih zlorabah ovrženi, je sodišče odločilo, da je Sally Bercow s tviti posegla v ugled in dobro ime tožnika. Komentatorji na podlagi sodbe v zadevi *McAlpine proti Bercow* opozarjajo na dejstvo, da objava čustvenčkov ali drugih simbolov ob besedilu omogoča vpogled v odnos avtorja oziroma v njegove namene, ki se skrivajo za neko objavo (tвитom).<sup>69</sup>

V Republiki Južne Afrike je sodišče v zadevi *Isparta proti Richter*<sup>70</sup> razsodilo, da je za žaljivo objavo odgovorna tudi oseba, ki je bila v prvotnem zapisu le označena (*tagged*), čeprav ni bila avtor spornega besedila. Sodišče je obrazložilo, da je označeni za objavo vedel in je dopustil, da je njegovo ime označeno skupaj s spornim besedilom. Označbo svojega imena bi lahko izbrisal, pa tega ni storil in se ni distanciral od objave. Sodišče je zaključilo, da lahko odgovarja kdorkoli, ki žaljivo objavo všečka ali deli, saj s temi aktivnostmi potrdi in ponovi njeno vsebino.

Ker je namen znaka ključnik (*#*, *hashtag*) kategorizirati, povzeti ali kontekstualizirati določeno objavo, je seveda logično, da ima njegova uporaba lahko zelo pomembna pri določanju širšega konteksta te objave. Vprašljivo pa je, ali lahko že z uporabo oznake *#justkidding* ali *#nepodpiram* spremenimo kontekst sicer žaljive objave.

Do uporabe ključnika v tвitu se je opredelilo ameriško sodišče v primeru *AvePoint proti Power Tools*.<sup>71</sup> Ugotovilo je, da njegova uporaba ključnika pomeni implicitno dejstvo in je zato podlaga za odgovornost avtorja.<sup>72</sup> Sporni tweet, ki je vseboval negativni komentar glede tožnikovih

<sup>67</sup> Prav tam, točka 84.

<sup>68</sup> Prav tam, točka 72.

<sup>69</sup> Pelletier, str. 247.

<sup>70</sup> Zadeva *Isparta v. Richter*, 2013 6 SA 529 (GNP).

<sup>71</sup> Zadeva *AvePoint Inc. v. Power Tools Inc.*, 981 F. Supp. 2d 496 (W.D. Va. 2013).

<sup>72</sup> Prav tam, točka 507.

storitev, je vseboval označbo #MadeinCHINA.<sup>73</sup> Sodišče je odločilo, da bi si ga razumen uporabnik razlagal kot implicitno dejstvo, da so tožnikovi izdelki narejeni na Kitajskem.<sup>74</sup> Ker je toženec uporabil znak #, je sodišče štelo, da je šlo za navajanje dejstev in ne za osebno mnenje avtorja. Tožnik je zatrjeval, da je zaradi tega tweet škodil njegovemu ugledu, čemur je sledilo tudi sodišče.

## 5. Postopki za zavarovanje pravic

### 5.1. Kdo je odgovoren za objave na družbenih omrežjih?

Poleg odločanja o tem, ali gre pri spornih objavah za neresnično ali žaljivo vsebino, nadaljnjo prepreko pri odločanju sodišč glede družbenih omrežij prinaša vprašanje, kdo je objavo objavil in kdo zanj (lahko) odgovarja.

Kot je ESČP predstavilo v zadevi *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu*,<sup>75</sup> ima posameznik na nacionalni ravni več možnosti za zavarovanje svojih pravic, ki so mu bile kršene z (žaljivimi) objavami drugih uporabnikov na spletu.

»Sproži lahko postopek proti avtorjem komentarjev. Ta možnost sicer prinaša pomemben zaplet – komentatorji so namreč običajno skrivajo pod plaščem anonimnosti. A vendar lahko pritožnik od družbe (Google Inc.) zahteva razkritje njihove identitete za namen tožbe. Druga pritožnikova možnost je, da bi postopek sprožil zoper avtorja samega bloga. Tretja možnost pa je tožba proti družbi Google Inc. kot lastnici platforme Blogger.com.«

Vendar je sodišče poudarilo, da postopki proti ponudnikom storitev informacijske tehnologije zaradi vsebine, ki jo objavijo tretje osebe, načeloma niso dopustni. Izjema od tega načela je primer, če ponudniki vsebine, za katero so bili obveščeni, da je nezakonita, ne umaknejo s spleta v najkrajšem možnem času. To načelo in njegova izjema izhajata tudi iz mednarodnega prava, in sicer iz normativnih aktov Sveta Evrope, Evropske unije (na primer Direktive o elektronskem poslovanju), Združenih narodov in OVSE-ja.

### 5.2. Čezmejni učinek sodnih odločb o umiku spornih objav

V zadevi *Eva Glawischnig-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*<sup>76</sup> je Vrhovno sodišče Avstrije s svojimi vprašanji za predhodno odločanje Sodišče EU pozvalo, naj pojasni področje uporabe

<sup>73</sup> Celoten tweet se je v izvirniku glasil: »@Axceler #ControlPoint #MADEINTHEUSA. The »SharePoint »RedDragon is »MADEINCHINA Long live #ControlPoint !!! #ArmyStrong #AUSA2012« (prav tam, točka 520).

<sup>74</sup> Prav tam, točki 507–508.

<sup>75</sup> Zadeva *Payam Tamiz proti Združenemu kraljestvu*.

<sup>76</sup> Sodba ESČP v zadevi C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, z dne 3. 10. 2019.

obveznosti, ki se lahko ponudniku storitev spletnega gostovanja še naložijo glede izbrisa žaljivih vsebin, ne da bi to pomenilo cenzuro, ki je v skladu s prvim odstavkom 15. člena Direktive o elektronskem poslovanju<sup>77</sup> prepovedana. Avstrijsko vrhovno sodišče je SEU predlagalo tudi, naj razsodi, ali je v okviru nacionalne odredbe, ki jo izda sodišče države članice, ponudniku storitev spletnega gostovanja mogoče naložiti, da določene (sporne) vsebine odstrani ne zgolj za spletne uporabnike v tej državi članici, temveč kar po vsem svetu.

Sodišče EU je poudarilo, da na podlagi prvega odstavka 14. člena Direktive ponudnik gostovanja, kot je to na ozemlju EU družba Facebook Ireland, ni odgovoren za podatke, ki jih hrani, če bodisi ne ve za njihovo nezakonitost bodisi takoj, ko zanje izve, nemudoma ukrepa in te podatke odstrani ali onemogoči dostop do njih. Ta oprostitev na podlagi tretjega odstavka 14. člena ne posega v možnost, da se tovrstnemu ponudniku sodno odredi ustavitev ali preprečitev ugotovljene kršitve, vključno z izbrisom nezakonitih podatkov ali siceršnjim onemogočenjem dostopa do njih. Vseeno pa je po prvem odstavku 15. člena Direktive prepovedano, da bi države članice tovrstnim ponudnikom predpisale splošno obveznost dejavnega nadzora nad podatki, ki jih hrani ali prenaša, in da bi ti morali v tej smeri dejavno raziskovati okoliščine glede nezakonitosti teh podatkov.

A ta prepoved ni absolutna. Med »posebne primere« je po prepričanju SEU treba uvrstiti tudi v avstrijski zadevi obravnavani položaj, ko je podatek preučevalo in presoјalo pristojno sodišče, ki je na koncu ugotovilo, da je ta podatek nezakonit. Ob dejstvu, da vsakršno družbeno omrežje že po svoji naravi v bistvenem olajšuje hitrost prenosa objavljenih vsebin, obstaja še toliko bolj resna nevarnost, da bi podatek, ki je bil (sodno) označen za nezakonitega, pozneje znova objavil oziroma delil še kak drug uporabnik tega omrežja. Vse to pomeni, da je v opisanih okoliščinah popolnoma primerno, legitimno in tudi z vidika prvega odstavka 15. člena Direktive dopustno, da nacionalno sodišče od ponudnika storitev gostovanja (v tem primeru družbe Facebook Ireland) lahko zahteva, da blokira dostop do shranjenih podatkov, katerih vsebina je enaka tisti, za katero je bila predhodno (sodno) ugotovljena njena nezakonitost, ali pa da celo odstrani te podatke. Enako velja tudi za vsebine, ki so po pomenu enakovredne vsebini podatkov, za katere je bila predhodno (sodno) ugotovljena nezakonitost.

In končno, kar zadeva vprašanje, ali lahko tovrstna odredba sodišča države članice učinkuje na svetovni ravni, je SEU poudarilo, da Direktiva o elektronskem poslovanju, zlasti njen prvi odstavek 18. člena, glede tega ne določa nikakršne omejitve, niti ozemeljske. Skratka, učinki tovrstne sodne odredbe lahko veljajo na svetovni ravni.

<sup>77</sup> 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), UL L 178, 17. 7. 2000.

### 5.3. Izbris objav po začasni odredbi sodišča

Tudi slovenska sodišča v primeru ugotovljenih kršitev tožencem naložijo izbris spornih objav. V tem poglavju bodo predstavljene nekatere odločbe višjih sodišč, ki so o zahtevah za izbris objav odločala v postopkih izdaje (regulacijskih) začasnih odredb. Z njimi želijo tožniki odstraniti domnevno sporne objave in preprečiti njihovo nadaljnje širjenje.

Tako je Višje sodišče v Ljubljani v zadevi II Cp 1047/2017<sup>78</sup> odločilo, da je toženka dolžna nemudoma, najkasneje pa v 24 urah po prejemu odločbe sodišča (sklepa o začasni odredbi) odstraniti s svojega profila na Facebooku, spletnih portalov in družbenih omrežij posamezne objave o nasprotni stranki. Poleg tega je sodišče z izdano začasno odredbo toženki prepovedalo nadaljnje poročanje o tožeci stranki na način, da je tožnica označena kot družba, v kateri se je izvajal mobing. Z začasno odredbo je bilo še določeno, da se v primeru kršitve toženki izreče denarna kazen v znesku 10.000 evrov.

Na začasno odredbo se nanaša tudi odločba VSL I Cp 2892/2017.<sup>79</sup> Sodišče je z začasno odredbo naložilo umik petih objav s toženčinega uporabniškega profila na Facebooku, v katerih je ta objavila tožničine osebne podatke (osebno ime in priimek, izobrazbo, kraj bivanja, zdravstveno stanje in fotografijo tožnice) ter večkrat izpostavila njen status rejnice vnukov A. A., ki sta bila poznana širši javnosti. Višje sodišče se je v obrazložitvi odločbe, s katero je zavrnilo ugovor zoper sklep o začasni odredbi, sklicevalo na ugotovitve sodišča prve stopnje, da so obravnavane objave z zlorabo tožničnih osebnih podatkov že sprožile številne komentarje na Facebooku, ki so za tožnico žaljivi in kažejo na njeno ogroženost. Ob ugotovljeni verjetnosti, da bi ohranitev obravnavanih objav na toženkinem profilu na Facebooku omogočala nadaljnje posege v osebnostne pravice tožeče stranke, je pritrdilo presoji, da ji s tem nastaja težko nadomestljiva škoda.

Inovativno pa je VSK pristopilo k izdaji začasne odredbe v zadevi I Ip 92/2019,<sup>80</sup> kjer ni sledilo predlogu upnice za odstranitev celotne izjave dolžnika na Facebooku, temveč je slednjemu naložilo le, da iz objave odstrani besedo, ki je omogočala identifikacijo upnice. Obrazložilo je, da glede na podana doktrinarna stališča, uveljavljena v sodni praksi in literaturi, ne soglaša z oceno sodišča prve stopnje, da je celoten zapis dolžnika na njegovem profilu na Facebooku posegel v čast in dobro ime upnice. Dolžnik se je v tem zapisu sicer kritično, ostro in provokativno odzval na informacijo, da naj bi upnica kot učiteljica 1. a razreda osnovne šole otroke poučevala o družinah z istospolnimi partnerji, vendar je s tem zapisom prvenstveno izražal

<sup>78</sup> Sklep VSL II Cp 1047/2017 z dne 10. 5. 2017.

<sup>79</sup> Sklep VSL I Cp 2892/2017 z dne 24. 1. 2018.

<sup>80</sup> Sklep VSK I Ip 92/2019 z dne 23. 4. 2019.

kritiko uéčnih vsebin in éželel spodbuditi javno razpravo o tej tematiki (z agitacijo k ustreznim sistemskim spremembam v skladu z njegovimi nazori).

»Razprava o teh vprašanjih pa je v naši druéžbi brez dvoma dopustna. Hkrati gre upoštevat, da je upnica učiteljica v javni izobraéevalni ustanovi, zato je zaradi svojega poklica (in v okviru svojega poklica) do določene mere izpostavljena javnosti. Pritoéžba tudi pravilno opozarja, da sporni zapis ni bil objavljen v sredstvih javnega obveščanja, temveé na druéžabnem omreéžu, ki je namenjeno predvsem izmenjavi osebnih stališč posameznikov. Na teh forumih je raven izražanja praviloma nižja ter pogosto polemiéna, objektivnost in verodostojnost podanih sporoéil pa prav tako ni na prvem mestu. Vse te okoliščine so oziroma so morale bile povpreénemu obiskovalcu te spletne strani tudi poznane.«

Sodišéce je zakljuéilo, da za zagotovitev svobode izražanja doléžnika na eni strani ter varstva osebnostnih pravic upnice na drugi strani ni potrebna (dopustna) odstranitev spornega zapisa v celoti in vseh s tem povezanih komentarjev:

»Po mnenju pritoéženega sodišéa zadostuje zgolj ustrezna anonimizacija (deindividualizacija) teh objav, in sicer tako, da se odstrani beseda ‚S.‘ v vseh besednih zvezah, ki oznaéujejo Osnovno šolo S.. S tem minimalnim posegom bo zakrito ime osnovne šole, kjer naj bi prišlo do spornih šolskih praks, in s tem ustrežno zabrisana prepoznavnost upnice. Sporna objava bo s to korekcijo pridobila naravo dopustne sistemske kritike ter splošne (abstraktne) razprave.«

## 6. Pogled v prihodnost

Sodišéa skušajo pri odloéanju o protipravnosti objav na družbenih omreéžjih dohajati razvoj in razmah teh omreéžij. Kontekst posameznih objav kaéa na posebnosti, ki jih je treba v primeru éaljivih vsebin upoštevati. Sodišéa morajo ugotoviti, ali so posamezne objave navajanje dejstev ali osebnih mnenj, kdo je odgovoren za njihovo objavo in kateri novi simboli so lahko podlaga za odgovornost. Pravo mora te posebne okoliščine razumeti in upoštevati, ée éeli prepreéiti ali vsaj odstraniti negativne uéinke, ki jih imajo éaljive objave na posameznega uporabnika in celotno druéžbo.

Sodni postopki prinašajo dodatne stroške. To je v nasprotju z naravo družbenih omreéžij, kjer uporabniki uéživajo brezplaéne in hitre storitve. Preden sodišéce poseéze v dogajanje na omreéžu z zaéasno odredbo, objava ée izgubi svojo moé. éivljenjski cikel twita je namreé obiéajno krajši od ene ure (v kateri bo vééina zainteresiranih uporabnikov na Twitterju twit prebrala, delila in komentirala).<sup>81</sup> Treba bi bilo torej najti rešitve, ki bi uporabnikom omogoéale, da se škodljivim objavam zoperstavijo in zmanjšajo morebitno škodo, ée preden se ta potencira.

<sup>81</sup> Angelotti, str. 41.

Platforme družbenih omrežij so v poskusih obvladovanja vsebin in uporabnikov že razvile svoje metode cenzuriranja.<sup>82</sup> Prepovedane teme, pri katerih uporabnike doleti cenzura objave in širjenja, so znane: pornografija, posnetki kriminala, teroristična sporočila, sovražni govor in radikalna politična stališča. Zaplete pa se v primerih, v katerih odgovorne osebe na družbenih omrežjih presoajo o ukrepih proti objavljenim vsebinam samovoljno, ne da bi svoje odločitve morale pojasniti in argumentirati. Uporabnika, lastnika računa o ukrepu pogosto sploh ne obvestijo, nekatere cenzorske metode pa so tako subtilne, da jih uporabniki niti ne zaznajo.<sup>83</sup> Maja 2020 so v podjetju Facebook ustanovili 20-članski nadzorni svet, ki bo odločal, katere objave se lahko blokirajo kot lažne ali kot sovražni govor in nadlegovanje.

Cenzuri na spletu (predvsem v ZDA) so mnogi nenaklonjeni, saj v njej vidijo neposreden napad na svobodo izražanja. Ključno vprašanje je, kdo bo tisti, ki bo objektivno presodil, ali je zahteva za odstranitev neke vsebine utemeljena, in na kakšni podlagi bo presojo opravil. Poleg tega obstaja bojazen, da bodo ponudniki spletnih platform – soočeni z grožnjo visokih glob – preveč dovzetni za odstranjevanje vsebin, kar lahko pripelje do negativnih učinkov na svobodo govora.

Na spletu bo tako še nekaj časa zagotovo veljalo, da imamo opravka z »razumnimi bralci in nerazumnimi pisci«.<sup>84</sup> Slednji lahko reagirajo hipno, pišejo brez razmisleka, pretiravajo in žalijo. Bralci pa morajo vedeti, da družbenih omrežij ne gre jemati resno in da (v primeru, če so z zapisom napadeni oni) ne smejo reagirati pretirano razžaljeno. Na spletu je pač dovoljeno več, raven razprave pa nizka. Pogosti primerjavi družbenih omrežij z gostilniškimi debatami prepričljivo nasprotuje Boštjan J. Turk,<sup>85</sup> ki opozarja, da slednje potekajo v zaprtem »mikro okolju« gostinskega lokala in nimajo vpliva na javnost, poleg tega je v njih udeleženo zelo majhno število posameznikov. Argumenti »gostilniških oratorijev« so praviloma pozabljeni naslednji dan, ko se družčina strezni. Pri družbenih omrežjih je drugače. Ker gre za javno izražanje mnenj, so ta dostopna vsem in kadarkoli.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Povzeto po Suhadolnik.

<sup>83</sup> Prav tam.

<sup>84</sup> Izraz je povzet po članku: Barnett in dr., str. 155.

<sup>85</sup> Turk, str. 18–20.

<sup>86</sup> Prav tam.

## Literatura

- ALLEN, Adeline A. Twibel Retweeted: Twitter Libel And The Single Publication Rule. *The Journal of High Technology Law*, 2014, letn. 15, št. 1, str. 63–96.
- BARNETT LIDSKY, Lyrissa, ANDERSEN JONES, RonNell. Of Reasonable Readers and Unreasonable Speakers: Libel Law in a Networked World. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 2016, letn. 23, št. 2, str. 155–178.
- BOYD, Danah, ELLISON, Nicole. Social network sites: Definition, history and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, letn. 13, št. 1, str. 210–230.
- JANOSKI-HAEHLEN, Emily. The Courts Are All A ,Twitter‘: The Implications of Social Media Use in the Courts. *Valparaiso University Law Review*, 2011, letn. 46, št. 1, str. 43–68.
- NYLEN, Leah. Appeals court won’t review Trump Twitter case. *Politico*, 2020. Dostopno na: <<https://www.politico.com/news/2020/03/23/appeals-court-wont-review-trump-twitter-case-143940>> (15. 9. 2020).
- PELLETIER, Nicole. The Emoji that Cost \$20,000: Triggering Liability for Defamation on Social Media. *Washington University Journal of Law & Policy*, 2016, letn. 52, št. 1.
- SUHADOLNIK, Gorazd. Spletni velikani, nove tehnologije cenzure. *Finance*, 2020. Dostopno na: <<https://manager.finance.si/8963677/Spletni-velikani-nove-tehnologije-cenzure>> (15. 9. 2020).
- SWENEY, Mark. Lord McAlpine settles libel action with Alan Davies over Twitter comment. *The Guardian*, 2013. Dostopno na: <<https://www.theguardian.com/media/2013/oct/24/lord-mcalpine-libel-alan-davies>> (15. 9. 2020).
- TOPLAK, Jurij. Svoboda izražanja bo zbledela, dobrodošli v čas zasebne cenzure. *Pravna praksa*, 2020, letn. 39, št. 33, str. 3.
- TURK, Boštjan J. Anonimke – orožje strahopetcev ali legitimno žvižgaštvo. *Pravna praksa*, 2019, letn. 38, št. 42–43, str. 18–20.
- Using Hashtags on Twitter. *Twitter.com*. Dostopno na: <<https://help.twitter.com/en/using-twitter/how-to-use-hashtags> - :~:text=People%20use%20the%20hashtag%20symbol,included%20anywhere%20in%20a%20Tweet> (15. 9. 2020).





Izvirni znanstveni članek  
UDK 366.5:004.738.5

# Potrošnik kot uporabnik spletnih storitev

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

## 1. Uvod

Evropska unija skrbi za visoko raven varstva potrošnikov. Ta se zagotavlja s horizontalno klavzulo, ki jo najdemo v 12. členu Pogodbe o delovanju EU (PDEU),<sup>1</sup> in na podlagi Listine EU o temeljnih pravicah<sup>2</sup> in posebnih pristojnosti EU za sprejemanje sekundarne zakonodaje na področju potrošniškega prava (glej na primer tretji odstavek 114. člena in 169. člen PDEU). Danes potrošniški *acquis* na ravni EU obsega sekundarno zakonodajo na področju nepoštenih pogodbenih pogojev, nepoštenih poslovnih praks, prodaje na daljavo in od vrat do vrat, paketnih potovanj, pravic potnikov, producentne odgovornosti itd. Ta pravila se uporabljajo kot *lex specialis* v razmerju do splošnega obligacijskega prava držav članic in pridejo v poštev zgolj v primerih, ko gre za pogodbe, sklenjene med trgovci<sup>3</sup> in potrošniki (razmerje B2C). Politika varstva potrošnikov v EU namreč temelji na logiki, da je potrošnik šibkejša pogodbeni stranka, ki potrebuje posebno varstvo. Zato je v razmerjih med trgovci in potrošniki potreben odmik od splošnega načela avtonomije volje strank oziroma pogodbene svobode.<sup>4</sup> Pri tem se postavi vprašanje: kdo je potrošnik, torej subjekt, ki ga je treba v pogodbenem razmerju posebej

<sup>1</sup> Besedilo 12. člena PDEU (UL C 202, 1. 3. 2020): »Pri opredeljevanju in izvajanju drugih politik in dejavnosti Unije se upoštevajo zahteve varstva potrošnikov.«

<sup>2</sup> Glej 38. člen Listine EU o temeljnih pravicah (UL C 326, 26. 10. 2012), ki določa: »Politike Unije zagotavljajo visoko raven varstva potrošnikov.«

<sup>3</sup> Ta prispevek uporablja pojem »trgovci« kot krovni pojem za profesionalne osebe, ki na trgu ponujajo svoje blago ali storitve, ne glede na njihovo opredelitev v posameznem splošnem ali področnem aktu na ravni EU ali na nacionalni ravni z izrazi, kot so na primer trgovci, ponudniki storitev, gospodarski subjekti (tako jih opredeljuje na primer Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS, št. 97/07 in nasl).

<sup>4</sup> Glej Colombi Ciacchi; glej tudi Weatherill, Vogenauer in Weingerl.

zaščiti?<sup>5</sup> Ta opredelitev je ključnega pomena za določanje pristojnosti sodišč in uporabe prava v čezmejnih razmerjih<sup>6</sup> ter za določanje relevantnega procesnega in materialnega prava.

V tradicionalnih pogodbenih razmerjih sta vlogi trgovca in potrošnika jasno določeni in razmejeni. Trговец je profesionalna oseba, ki na trgu ponuja blago ali storitve, potrošnik pa je fizična oseba, ki nastopa kot kupec blaga ali uporabnik storitve. Gre za t. i. binarno delitev, na kateri temelji tradicionalna opredelitev potrošnika v sekundarni zakonodaji EU in sodni praksi Sodišča EU. Uporablja se funkcionalni pristop: pomemben je namen pogodbenega razmerja.<sup>7</sup> Skladno s tem pristopom je urejena tudi opredelitev pojma »potrošnik« v Zakonu o varstvu potrošnikov (ZVPot),<sup>8</sup> ki v 1. členu določa, da je potrošnik fizična oseba, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve za namene izven njegove poklicne ali pridobitne dejavnosti.<sup>9</sup>

Z razvojem digitalne ekonomije se EU vedno bolj posveča izgradnji enotnega digitalnega trga EU, s tem pa tudi vprašanjem varstva potrošnikov v digitalnem okolju. Pri razmerjih na spletu ni vedno jasno, kdo je šibkejša stran, ki potrebuje zaščito.<sup>10</sup> Posledično se pojavi vprašanje, ali je klasična binarna delitev še vedno ustrezna za opredelitev potrošnika (oziroma šibkejšo stranke, ki je upravičena do posebnega varstva) v posameznem pogodbenem razmerju v digitalnem okolju. V digitalnem okolju je namreč meja med trgovcem in potrošnikom pogosto zabrisana.<sup>11</sup> Presojajo, ali gre v konkretni zadevi za potrošniško razmerje ali ne, mora nacionalno sodišče opraviti po uradni dolžnosti, upoštevaje načelo *iuria novit curia*.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Prispevek se osredotoča zgolj na opredelitev pojma »potrošnik«, ne pa tudi na različne normative tipe potrošnika, ki jih pravo EU varuje, na primer »povprečno obveščen potrošnik« (Sodišče EU uporablja ta standard in ga opisuje kot »povprečni potrošnik, normalno obveščen ter razumno pozoren in preudaren«) ali »ranljiv potrošnik«. Glej Reich in dr., Leczykiewicz in Weatherill.

<sup>6</sup> Glej na primer posebno sodno pristojnost za potrošniške pogodbe, sprava urejeno v 15. in 16. členu Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 12, 16. 1. 2001, v nadaljevanju: Bruselj I), ki je bila nadomeščena z Uredbo (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL L 351, 20. 12. 2012, v nadaljevanju: Bruselj I bis; pristojnost za potrošniške pogodbe je urejena v 17.–19. členu). Glede uporabe prava glej 7. člen Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (UL L 177, 4. 7. 2008, v nadaljevanju: Rim I). Vsebinsko področje uporabe in določbe uredbe Rim I morajo biti skladni z uredbo Bruselj I oziroma Bruselj I bis (glej 7. točko preambule k uredbi Rim I).

<sup>7</sup> Več o tem v 2. podpoglavju.

<sup>8</sup> Uradni list RS, št. 20/98 in nasl.

<sup>9</sup> O pravu in politiki varstva potrošnikov s poudarkom na slovenski ureditvi glej Vlahek in Damjan.

<sup>10</sup> Glej Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu, Svetu, Evropskemu ekonomsko-socialnemu odboru in Odboru regij: Evropska agenda za sodelovalno gospodarstvo, COM(2016) 356 final, 2. 6. 2016 (v nadaljevanju: Sporočilo Komisije), str. 8. Glej tudi Hatzopoulos.

<sup>11</sup> Riefa (2015), str. 22–33; Micklitz, str. 266.

<sup>12</sup> Glej na primer sodbo Sodišča EU v zadevi C-168/05, *Mostaza Claro*, z dne 25. 10. 2006, ECLI:EU:C:2006:675, točka 28. Glej tudi sodbo in sklep VSL II Cp 228/2019 z dne 12. 6. 2019: »Sodišče mora ves čas po uradni dolžnosti

Namen prispevka je prikazati, da je uporaba klasične binarne delitve na trgovca in potrošnika v digitalnem okolju otežena. Za presojo statusa potrošnika je ključnega pomena sodna praksa Sodišča EU, saj je to sodišče edino pristojno za razlago avtonomnih pojmov prava EU, kot je tudi pojem »potrošnik«, ki ga je v nacionalni pravni red prenesel ZVPot. Prispevek bo najprej predstavil klasično opredelitev pojma »potrošnik« v EU, nato pa bo analiziral tri zadeve, ki jih je Sodišče EU, obravnavalo v zvezi s konceptom potrošnika kot uporabnika družbenega omrežja oziroma interneta v treh različnih kontekstih: prva se nanaša na spletna družbena omrežja, katerih značilnost je, da pogodbeno razmerje traja daljše časovno obdobje (*Schrems proti Facebooku*),<sup>13</sup> druga na sodelovalno oziroma delitveno platformo (*Kamenova*),<sup>14</sup> tretja pa na status uspešnega igralca spletnega pokra (*Personal Exchange Information*).<sup>15</sup>

## 2. Klasična opredelitev pojma potrošnika v pravu EU<sup>16</sup>

### 2.1. Funkcionalna delitev glede na namen pogodbe: objektivni pojem potrošnika, ki se presoja restriktivno

Čeprav v pravu EU ni enotne definicije pojma »potrošnik«, so si različne ureditve na področju varstva potrošnikov načeloma podobne v ključnih elementih, saj temeljijo na binarnem razlikovanju med pojmom trgovca in potrošnika.<sup>17</sup> Skladno s tem razlikovanjem je trgovec oseba, ki »deluje za namene v zvezi s svojo trgovsko, poslovno, obrtno dejavnostjo ali svobodno poklicno dejavnostjo«. <sup>18</sup> Potrošnik pa je fizična oseba, ki »deluje za namene izven svoje

---

upoštevaje načelo *iuria novit curia* paziti, ali je stranka napram gospodarski družbi potrošnik in stranko opozoriti na pravice, ki iz tega izhajajo. Glej sodbo C-497/13, *Faber v Autobedrijf Hazet*.«

<sup>13</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-498/16, *Maximilian Schrems Facebook Ireland Limited*, z dne 25. 1. 2018, ECLI:EU:C:2018:37.

<sup>14</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-105/17, *Komisija za zashtita na potrebitelite proti Evelini Kamenovi*, z dne 4. 10. 2018, ECLI:EU:C:2018:808.

<sup>15</sup> Sodišče EU v zadevi C-774/19, *Personal Exchange Information*, tekoča zadeva.

<sup>16</sup> To poglavje je povzeto po Weingerl 2018a, str. 5–9.

<sup>17</sup> Za več o klasični opredelitvi pojma »potrošnik« v pravu EU glej Kingisepp in Värvi; Hondius.

<sup>18</sup> Na primer točka b 2. člena Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu ter o spremembi Direktive Sveta 84/450/EGS, direktiv Evropskega parlamenta in Sveta 97/7/ES, 98/27/ES in 2002/65/ES ter Uredbe (ES) št. 2006/2004 Evropskega parlamenta in Sveta (Direktiva 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, UL L 149, 11. 6. 2005). Podobno tudi 1. točka 2. člena Direktiva 2011/83/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. oktobra 2011 o pravicah potrošnikov, spremembi Direktive Sveta 93/13/EGS in Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta ter razveljavitvi Direktive Sveta 85/577/EGS in Direktive 97/7/ES Evropskega parlamenta in Sveta (UL L 304, 22. 11. 2011, v nadaljevanju: Direktiva 2011/83 o pravicah potrošnikov) in točka b 2. člena Direktiva Sveta 93/13/EGS z dne 5. aprila 1993 o nedovoljenih pogojih v potrošniških pogodbah (UL L 95, 21. 4. 1993, v nadaljevanju: Direktiva 93/13 o nepoštenih pogodbenih pogojih).

trgovske, poslovne, obrtne dejavnosti ali svobodne poklicne dejavnosti«. <sup>19</sup> Za trgovca je uporabljena pozitivna definicija, za potrošnika pa negativna. V okviru razlage pojma potrošnika v zvezi z uredbo Bruselj I je Sodišče EU odločilo, da se ta pojem vedno nanaša le na končnega potrošnika, ki je fizična oseba. <sup>20</sup>

Iz navedenega sledi, da je pojem potrošnika v pravu EU objektivno. Presoja se glede na funkcionalno merilo, in sicer ali se obravnavano pogodbeno razmerje uvršča v okvir dejavnosti, ki se ne opravljajo za poslovne ali poklicne namene. <sup>21</sup> Ključno vprašanje je torej, ali je namen pogodbe poklicne ali zasebne narave. Pri presoji tega pojma, ki ga je treba razlagati restriktivno, se mora nacionalno sodišče osredotočiti na položaj te osebe v določeni pogodbi glede na naravo in cilj te pogodbe. <sup>22</sup> Subjektivni položaj te osebe ne igra vloge pri opredelitvi, ali gre za potrošnika ali ne. <sup>23</sup> Iz tega torej sledi, da profesionalno znanje neke osebe ne vpliva na presojno, ali je ta oseba v določenem pogodbenem razmerju šibkejša stranka in s tem upravičena do posebnega varstva.

Sodišče EU je večkrat ponovilo, da se sistem varstva potrošnikov v EU opira na predpostavko, da je potrošnik v razmerju do trgovca v podrejenem položaju glede pogajalske sposobnosti in ravni obveščeniosti. <sup>24</sup> Čeprav je potrošnik včasih zaradi narave svojega poklica o svojih pravicah in obveznostih dobro obveščen (na primer odvetnik ali profesor prava, ki se ukvarja s konkretnim področjem), sistem temelji na zamisli, da mu je treba zagotoviti primerno varstvo kot pogodbeni stranki, ki velja za gospodarsko šibkejšo in pravno manj izkušeno od sopogod-

<sup>19</sup> Na primer točka a 2. člena Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah. Podobno tudi drugi odstavek 2. člena Direktive 2011/83 o pravicah potrošnikov in točka c 2. člena Direktive 93/13 o nepoštenih pogodbenih pogojih.

<sup>20</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. proti Gerald Feichter*, z dne 14. 3. 2013, ECLI:EU:C:2013:165, točka 32, sklicujoč se na sodno prakso v zvezi z Bruseljsko konvencijo. Uredbi Bruselj I in Rim I ne govorita o fizični osebi, temveč zgolj o »osebi«, vendar je Sodišče EU s svojo razlago pojasnilo, da so s tem mišljene fizične osebe.

<sup>21</sup> Sklepa Sodišča EU v zadevah C-534/15, *Pavel Dumitraș and Mioara Dumitraș proti BRD Groupe Société Générale – sucursala Satu Mare*, z dne 14. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:700, točka 32; in C-74/15, *Dumitru Tarcău and Ileana Tarcău proti Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA in drugim*, z dne 19. 11. 2015, ECLI:EU:C:2015:772, točka 27 in navedena sodna praksa. V teh dveh zadevah je Sodišče EU razlagalo točko b 2. člena Direktive 93/13 o nepoštenih pogodbenih pogojih.

<sup>22</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-269/95, *Francesco Benincasa proti Dentalkit Srl*, z dne 3. 7. 1997, ECLI:EU:C:1997:337, točka 16. Sodba se nanaša na pojem potrošnika v smislu 13. člena Konvencije o sodni pristojnosti ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (Bruseljska konvencija, UL L 299, 31. 12. 1972, str. 32).

<sup>23</sup> Glej sodbo v zadevi *Benincasa proti Dentalkit*, točka 16.

<sup>24</sup> Glej na primer sodbo C-618/10, *Banco Español de Crédito*, z dne 14. 6. 2012, ECLI:EU:C:2012:349, točka 39.

benika, ki dejavnost opravlja poklicno ali pridobitno.<sup>25</sup> Tako je na primer odvetnik, ki s fizično ali pravno osebo, ko ta deluje v okviru svoje poklicne dejavnosti, sklene pogodbo, ki ne spada v dejavnost njegove pisarne in ni povezana z izvajanjem poklica odvetnika, v razmerju do te osebe zato v podrejenem položaju.<sup>26</sup> V takem primeru – tudi če bi se štel, da ima odvetnik višjo raven strokovnega znanja – ne bi bilo možno domnevati, da v razmerju do prodajalca ali ponudnika ni šibkejša stranka.<sup>27</sup> Položaj podrejenosti potrošnika v razmerju do prodajalca ali ponudnika se namreč nanaša tako na raven informacij potrošnika kot tudi na njegovo pogajalsko moč z vidika pogojev, ki jih je prej sestavil prodajalec ali ponudnik in na vsebino katerih ta potrošnik nima vpliva.<sup>28</sup>

Ker je cilj varstva potrošnikov na ravni EU vzpostavitev (materialne) enakosti med strankami v pogodbah, sklenjenih med potrošnikom in trgovcem, uporabe teh pravil potrošniškega *acquisa* ni mogoče razširiti na osebe, glede katerih to varstvo ni utemeljeno.<sup>29</sup> Skladno s tem je Sodišče EU razsodilo, da posebnih pravil o pristojnosti na področju pogodb, ki jih sklenejo potrošniki, ni mogoče uporabiti za pogodbe, sklenjene med osebama, ki opravljata poslovno ali poklicno dejavnost (v razmerjih B2B).<sup>30</sup> Sodišče EU je prišlo do podobnega zaključka tudi glede pogodbenega razmerja med potrošniki (C2C oziroma P2P), saj v njem ni neravnotežja med strankami, ki bi utemeljevalo zaščito šibkejše stranke v razmerju.<sup>31</sup> Za razmerja B2B in C2C zato veljajo splošna pravila obligacijskega prava, ki temeljijo na pogodbeni svobodi oziroma avtonomiji volje in načeloma ne posegajo v razmerja med pogodbenimi strankami s privilegiranjem šibkejše strani.<sup>32</sup> Kljub vsemu pa morajo nacionalna sodišča, ki odločajo v sporu, ki poteka izključno med posamezniki, pri uporabi predpisov notranjega prava upoštevati vsa pravila nacionalnega prava in jih razlagati, če je mogoče, v smislu besedila in namena relevantnega sekundarnega prava EU, da bi se tako našla rešitev, ki je v skladu s ciljem tega prava.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-508/12, *Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju*, z dne 5. 12. 2013, ECLI:EU:C:2013:790, točka 27.

<sup>26</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-110/141, *Horațiu Ovidiu Costea*, z dne 3. 9. 2015, ECLI:EU:C:2015:538 (*Costea*).

<sup>27</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-537/13, *Birutė Šiba proti Arūnas Devėnas*, z dne 15. 1. 2015, ECLI:EU:C:2015:14, točka 23.

<sup>28</sup> Glej sodbo v zadevi *Costea*.

<sup>29</sup> Sodba v zadevi *Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju*, točka 31. Glej na primer Weingerl 2013.

<sup>30</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton proti TVB*, z dne 19. 1. 1993, ECLI:EU:C:1993:15, točka 11 in 24.

<sup>31</sup> Sodba v zadevi *Walter Vapenik proti Josefu Thurnerju*, točka 33.

<sup>32</sup> Različni pravni sistemi kljub vsemu poznajo določena pravila, ki pomenijo odmik od avtonomije volje, na primer čezmerno prikrajšanje po 118. členu OZ ali pa oduška pogodba po 119. členu OZ.

<sup>33</sup> Glej v kontekstu Direktive 1999/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. maja 1999 o nekaterih vidikih prodaje potrošniškega blaga in z njim povezanih garancij (UL L 171, 7. 7. 1999, posebna izdaja v slovenščini,

## 2.2. Mešane pogodbe: zanemarljiv del, ki se nanaša na poklicni namen

V praksi so pogoste t. i. mešane pogodbe. Nanašajo se na dejavnosti, ki se delno izvajajo v poklicni ali pridobitni namen in delno v zasebni namen. Vprašanje je, ali so takšne pogodbe lahko podvržene pravilom potrošniškega prava. Sodišče EU je status potrošnika v mešanih pogodbah presojalo v zadevi *Gruber*, ki je zadevala posebno mednarodno pristojnost za potrošniške pogodbe po Bruseljski konvenciji.<sup>34</sup> Dejansko stanje zadeve se je nanašalo na kmetov nakup opeke za pokritje kmetije, ki se uporablja deloma v zasebni, deloma pa v poklicni ali pridobitni namen.

Predložitveno sodišče je zanimalo, ali je treba za odločitev o tem, ali ima pri pogodbi, ki je delno zasebnega značaja, zainteresirana oseba lastnost potrošnika v smislu 13. člena Bruseljske konvencije, kot odločilni element šteti prevlado zasebnega ali poklicnega oziroma pridobitnega namena te pogodbe. Sodišče EU je odgovorilo, da je cilj določb (takrat veljavne) Bruseljske konvencije o posebni pristojnosti za potrošniške pogodbe primerno varstvo osebe, za katero se domneva, da je v šibkejšem položaju kot njena pogodbeni stranka, in iz tega cilja jasno izhaja, da naj se na te določbe načeloma ne bi sklicevala oseba, ki sklene pogodbo z namenom uporabe, ki se delno nanaša na njeno poklicno ali pridobitno dejavnost in ki naj bi bila tej le delno tuja.<sup>35</sup> Pri tem je poudarilo, da je možna izjema v primeru, ko bi bila vez med navedeno pogodbo in poklicno ali pridobitno dejavnostjo te osebe tako rahla, da bi postala postranskega pomena in bi imela le zanemarljivo vlogo v kontekstu posla, za katerega je bila sklenjena pogodba in ki se presoja v celoti.<sup>36</sup> Sodišče EU je izrecno poudarilo, da prevlada zasebnega interesa za presojo tega dejstva ni pomembna, razen če prevladuje do te mere, da je obseg uporabe v zvezi s poklicno ali pridobitno dejavnostjo zanemarljiv.<sup>37</sup>

## 2.3. Širša koncepcija pojma uporabnika v določenih okoliščinah

Zgoraj opisana objektivna opredelitev pojma potrošnika je po mnenju nekaterih preozka, saj iz svojega dometa izključuje osebe, ki bi glede na svoj šibkejši položaj prav tako potrebovale posebno varstvo.<sup>38</sup> Pojavljajo se mnjenja, da pri opredelitvi pojma potrošnika ne bi smelo biti

---

poglavje 15, zvezek 4, str. 223) sodbo Sodišča EU v zadevi C-497/13, *Froukje Faber proti Autobedrijf Hazet Ochten BV*, z dne 4. 6. 2015, ECLI:EU:C:2015:357, točka 33.

<sup>34</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-464/01, *Jobann Gruber proti Bay Wa AG*, z dne 20. 1. 2005, ECLI:EU:C:2005:32 (v nadaljevanju: *Gruber*).

<sup>35</sup> Prav tam, točka 27.

<sup>36</sup> Prav tam, točka 39.

<sup>37</sup> Prav tam, točka 41.

<sup>38</sup> Glej na primer Reich in dr., str. 52.

preveč pozornosti posvečene namenu transakcije, temveč položaju, ki ga ima ta oseba na trgu.<sup>39</sup> V tem smislu je potrošnik »pasivni udeleženec na trgu« oziroma *homo oeconomicus passivus*, ki vstopa v transakcije, da zadovolji svoje potrebe, ne da bi blago ali storitve sam ponujal.<sup>40</sup>

Nekatera področja prava EU so dejansko razširila pojem potrošnika tako, da se nanašajo na varstvo uporabnikov.<sup>41</sup> Primer sekundarnega akta, ki s tem širi ta pojem, je Storitvena direktiva 2006/123,<sup>42</sup> ki varuje prejemnike storitev pred diskriminacijo (19.–22. člen te direktive). Podobno je z Direktivo 90/314 o paketnih potovanjih,<sup>43</sup> ki določa, da »potrošnik pomeni osebo, ki vzame ali privoli vzeti turistični paket (glavni pogodbenik) ali katera koli druga oseba, v korist katere je glavni pogodbenik privolil kupiti turistični paket (drugi upravičenci) ali katera koli druga oseba, na katero je glavni pogodbenik ali drugi upravičenec prenesel turistični paket (pridobitelj)« (četrti odstavek 2. člena te direktive). Tako se posebno varstvo paketnih potovanj, ki je urejeno s to direktivo, nanaša na uporabnike na splošno, torej tudi na poslovna potovanja. Podobno je z varstvom pravic potnikov v letalskem prometu, ki pripada vsem potnikom, ne glede na namen njihovega potovanja.<sup>44</sup>

Na področju finančnih storitev je varstvo še širše, saj se pojem potrošnika ne nanaša na namen pogodbe, temveč na neprofesionalnost pogodbene stranke, ki je lahko tudi vlagateljica ali imetnica zavarovalne police.<sup>45</sup> V tem primeru je torej pojem subjektiven.

### **3. Potrošnik kot uporabnik storitev spletnih družbenih omrežij, ki so namenjena uporabi v daljšem časovnem obdobju: se lahko status potrošnika skozi čas izgubi?<sup>46</sup>**

Določene spletne storitve, na primer spletna družbena omrežja, so namenjene uporabi v daljšem časovnem obdobju. Pri tem se pojavi vprašanje, ali lahko potrošnik svoj status skozi čas

<sup>39</sup> Prav tam, str. 53.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Prav tam; Micklitz, str. 26.

<sup>42</sup> Direktiva 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu, UL L 376, 27. 12. 2006.

<sup>43</sup> Direktiva Sveta z dne 13. junija 1990 o paketnem potovanju, organiziranih počitnicah in izletih, UL L 158, 23. 6. 1990.

<sup>44</sup> Uredba št. 261/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. februarja 2004 o določitvi skupnih pravil glede odškodnine in pomoči potnikom v primerih zavrnitve vkrcanja, odpovedi ali velike zamude letov ter o razveljavitvi Uredbe (EGS) št. 295/91, UL L 46, 17. 2. 2004.

<sup>45</sup> Reich in dr., str. 53.

<sup>46</sup> To poglavje je delno povzeto (in nadgrajeno) po Weingerl 2018a, str. 9–12.

izgubi, kadar sklene pogodbo kot potrošnik, kasneje pa začne uporabljati spletno storitev v svojstvu profesionalne osebe. Primer take spremembe v uporabi spletne storitve je uporaba elektronske pošte, ki jo posameznik uporablja kot fizična oseba, pozneje pa se začne ukvarjati s poslovno dejavnostjo in v ta namen uporablja tudi elektronsko pošto. Ali in pod katerimi pogoji se lahko status potrošnika skozi čas izgubi?

### 3.1. Dejansko stanje v zadevi *Schrems proti Facebooku*

Maximilian Schrems je od leta 2008 uporabnik družbenega omrežja Facebook. Svoj račun na njem je odprl samo za osebne namene. Do vključno leta 2010 je tako svoj račun na Facebooku uporabljal zgolj za zasebne namene, na primer za izmenjavo fotografij, klepet in objavljanje. Leta 2011 pa je na Facebooku ustvaril tudi stran, ki jo je sam registriral in ustvaril za to, da na njej internetne uporabnike obvešča o svojih aktivnostih proti družbi Facebook Ireland, svojih predavanjih, udeležbah na okroglih mizah in medijskih nastopih ter tudi da prek nje poziva k zbiranju sredstev in oglašuje svoje knjige. M. Schrems je o svojih aktivnostih zoper domnevne kršitve varstva podatkov objavil dve knjigi, med drugim tudi predaval pri strokovnih organizacijah, včasih za plačilo, registriral je več spletnih mest, kot so blogi, spletne peticije in akcije za množično zbiranje sredstev, usmerjenih proti toženi stranki v postopku v glavni stvari. Ustanovil je tudi društvo za uveljavljanje temeljne pravice do varstva podatkov, prejel je več nagrad in več kot 25.000 oseb z vsega sveta mu je odstopilo svoje zahteve, da bi jih uveljavljal v tej zadevi.<sup>47</sup>

M. Schrems je vložil tožbo proti družbi Facebook Ireland Limited pri sodišču v Avstriji. V njej je trdil, da je družba kršila njegovi pravici do zasebnosti in do varstva podatkov.<sup>48</sup> Čeprav je družba Facebook Ireland Limited registrirana na Irskem, je M. Schrems tožbo vložil v Avstriji, sklicujoč se na mednarodno pristojnost za potrošnike v skladu z uredbo Bruselj I. Ta za potrošnike dejansko vzpostavlja *forum actoris*: potrošnik lahko toži drugo pogodbeno stranko v kraju svojega stalnega prebivališča.<sup>49</sup> Prvostopenjsko sodišče je zavrglo tožbo M. Schremsa z obrazložitvijo, da tožnik Facebook uporablja tudi poklicno, zaradi česar ne more uveljaviti pristojnosti za potrošnike. Pritožbeno sodišče mu je glede tega vprašanja pritrdilo, avstrijsko vrhovno sodišče pa se je v postopku z revizijo kot sodišče zadnje instance odločilo, da o pravilni razlagi pojma potrošnika povpraša Sodišče EU. S svojim vprašanjem za predhodno odločanje je spraševalo, ali je treba 15. člen uredbe Bruselj I razlagati tako, da uporabnik zasebnega

<sup>47</sup> Dejansko stanje je povzeto po sodbi v zadevi *Schrems*.

<sup>48</sup> Sedem drugih uporabnikov mu je odstopilo svoje zahteve, v katerih so zatrjevali enake kršitve, potem ko jih je Schrems k temu pozval na spletu. Ta prispevek ne obravnava vprašanj, ki so povezana z odstopljenimi zahtevki, temveč se osredotoča zgolj na opredelitev pojma »potrošnik«.

<sup>49</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Bobka v zadevi *Schrems*.



računa na Facebooku ne izgubi svojega statusa potrošnika v smislu tega člena, kadar objavlja knjige, vodi predavanja, upravlja spletna mesta, zbira sredstva in mu številni potrošniki odstopijo zahtevke, da jih uveljavlja pred sodišči.

Vprašanje se torej nanaša na časovno komponento pojma potrošnika – je ta status mogoče s časom izgubiti?

### 3.2. Pojem potrošnika in časovna komponenta: statični ali dinamični pristop?

Da bi Sodišče EU lahko odgovorilo na postavljeno vprašanje o predhodnem odločanju, je moralo najprej odgovoriti na vprašanje: kdo je potrošnik? V pravu EU se potrošnik šteje za šibkejšo stranko, ki potrebuje posebno varstvo. V ta namen uredba Bruselj I za potrošnike določa posebno mednarodno pristojnost. Bistvo postavljenega vprašanja je, kot ga je povzel generalni pravobranilec Bobek, ali lahko »potrošnik«, ki intenzivno sodeluje v sodnih sporih, objavlja knjige, vodi predavanja in upravlja spletna mesta, postopoma postane »profesionalna pravdna stranka v potrošniških zadevah« in torej ne potrebuje več posebnega varstva.<sup>50</sup>

Sodišče EU je v svoji sodbi najprej spomnilo, da je po ureditvi v uredbi Bruselj I splošno načelo pristojnost sodišč države članice, na ozemlju katere ima tožena stranka stalno prebivališče. Zato se pravila o pristojnosti, ki odstopajo od tega splošnega načela, kot v primeru potrošniških pogodb, razlagajo ozko, in sicer v smislu, da razlaga, ki bi presegala primere, ki jih navedena uredba izrecno omenja, ni mogoča.<sup>51</sup> Ob tem je poudarilo, da je za zagotovitev spoštovanja ciljev, ki jim sledi zakonodajalec EU na področju potrošniških pogodb, kot tudi z vidika skladnosti prava EU treba upoštevati tako razlago pojma potrošnika, kot jo je Sodišče EU podalo v kontekstu uredbe Bruselj I, in tudi pojem potrošnika iz drugih predpisov prava EU.<sup>52</sup> Pri tem se je Sodišče EU oprlo na objektivni pojem potrošnika, saj je skladno z relevantno sodno prakso odločilo, da ga je treba v smislu 15. in 16. člena uredbe Bruselj I razlagati restriktivno ter se sklicevati na položaj te osebe v okviru določene pogodbe v povezavi z naravo in namenom te pogodbe, ne pa na subjektivni položaj te osebe, saj se ista oseba lahko šteje za potrošnika v okviru določenih transakcij in za gospodarski subjekt v okviru drugih.<sup>53</sup>

Glede namena pogodbe je sledilo svoji odločitvi v zadevi *Gruber*.<sup>54</sup> Tako je spomnilo, da se oseba skladno s to zadevo lahko sklicuje na določbe o mednarodni pristojnosti za potrošnike, če pogodba ni sklenjena v profesionalni ali poklicni namen. Kadar gre za mešane pogodbe, je

<sup>50</sup> Prav tam.

<sup>51</sup> Zadeva *Schrems*, točka 27, sklicujoč se na zadevo *Gruber*.

<sup>52</sup> Zadeva *Schrems*, točka 28.

<sup>53</sup> Zadeva *Schrems*, točka 29, sklicujoč se na zadevi *Gruber* in *Benincasa*.

<sup>54</sup> Zadeva *Schrems*, točke 29–32.

to možno le, če je del, ki se nanaša na poklicni namen, zanemarljiv (in ne samo neprevladujoč). Za presojo je ključno merilo namen v času sklenitve pogodbe.

Sodišče EU je navedlo, da bo nacionalno sodišče za presojo namena pogodbe moralo ugotoviti, ali obstajata dve različni pogodbi, in sicer ena za stran na Facebooku in druga za račun na Facebooku, ali pa sta tako Facebookov račun kot Facebookova stran zajeta z enim samim pogodbenim razmerjem, in iz tega izpeljati posledice glede statusa potrošnika. Opozorilo je, da niti morebitna pogodbeni vez med Facebookovim računom in Facebookovo stranjo ne določa vnaprej presoje navedenega statusa.<sup>55</sup> Ta se presoja glede na namen pogodbe. Glede tega je v okviru presoje pri storitvah spletnih družbenih omrežij, ki so namenjene uporabi v daljšem časovnem obdobju, treba upoštevati zlasti nadaljnji razvoj koriščenja teh storitev.<sup>56</sup> Tako se lahko stranka, ki koristi take storitve, sklicuje na status potrošnika zgolj, če koriščenje teh storitev, ki je v glavnem nepoklicno in za katero je sprva sklenila pogodbo, ni nato postalo v glavnem poklicno.<sup>57</sup> Sodišče EU je torej posebej poudarilo pomen časovne komponente za status potrošnika – pri storitvah spletnih družbenih omrežij je treba upoštevati, da se namen sčasoma lahko spremeni.

Sodba Sodišča EU v zadevi *Schrems* je torej na vprašanje, ali dejstvo, da je pogodba sklenjena v digitalnem okolju, vpliva na opredelitev pojma potrošnika, odgovorila pogojno pritrdilno. Sodišče EU se načeloma zavzema za statični pristop k opredelitvi pojma potrošnika. Vendar pa pri tem ne gre zanemariti vsakodnevne realnosti, v kateri lahko pride do dejanske spremembe namena (zasebni/poklicni namen) uporabe določene spletne aplikacije, platforme, elektronskega računa ipd. Zato določene okoliščine primera upravičujejo bolj dinamičen pristop, skladno s katerim lahko potrošnik skozi daljše časovno obdobje svoj status tudi izgubi, s tem pa ni več upravičen do varstva na podlagi pravil potrošniškega prava, ki varujejo šibkejšo stranko pogodbe.

Glede vprašanja, ali se potrošniku lahko odvzame ta status zaradi strokovnega znanja, ki ga pridobi na področju, ki zajema določene storitve, je Sodišče EU poudarilo – skladno z objektivnim testom –, da je ta status neodvisen od znanja in informacij, s katerimi ta oseba dejansko razpolaga.<sup>58</sup>

Sodišče EU se je torej odločilo, da bo pri presoji pojma potrošnika v okviru digitalne ekonomije za spletna družbena omrežja uporabilo objektivni test. Glede na to, da gre pri družbenem omrežju, kot je Facebook, za uporabo storitev, se zdi zapravljenost priložnost, da se Sodišče

<sup>55</sup> Prav tam, točka 36.

<sup>56</sup> Prav tam, točka 37.

<sup>57</sup> Prav tam, točka 38.

<sup>58</sup> Prav tam, točka 39.

EU ni odločilo za širši domet varstva, na primer podobno kot v okviru Storitvene direktive, ki varuje pred diskriminacijo vse uporabnike storitev, ne glede na namen pogodbe. Glede na to, da uporabnik storitev v primeru odpiranja računa ali strani na Facebooku sklepa pogodbo z multinacionalko, ki sistematično krši pravila o varstvu zasebnosti in o varstvu podatkov, se zdi, da bi morale biti tudi osebe, ki uporabljajo Facebookovo stran v svoje poslovne namene, upravičene do posebnega varstva, ki je namenjeno šibkejšim strankam.

## 4. Potrošnik na internetu: kaj spada v sfero »poklicne ali poslovne dejavnosti«

### 4.1. Široko zasnovan pojem trgovca: tudi fizična oseba, ki prodaja blago na spletu?

Skladno z binarno delitvijo potrošnik/trgovec je Sodišče EU presodilo, da se pojem »trgovec« določi glede na »korelativen, vendar antinomičen pojem ‚potrošnik‘, ki se nanaša na vsakega posameznika, ki ne deluje v okviru poslovne ali poklicne dejavnosti«. <sup>59</sup> Za trgovca je torej nujno, da deluje v okviru poslovne ali poklicne dejavnosti. V kontekstu digitalne ekonomije se postavi vprašanje, kaj spada v sfero »poklicne ali poslovne dejavnosti«. Čeprav so bili posamezniki vedno udeleženi v medsebojnih transakcijah na trgu, ki so se tradicionalno presojale s splošnimi pravili obligacijskega prava, saj je šlo za razmerja C2C (oziroma P2P), pa takšne transakcije dobivajo nove razsežnosti v okviru spletnih platform sodelovalnega gospodarstva. Kot ugotavlja odbor Evropskega parlamenta, so sodelovalni poslovni modeli »bolj zapleteni in raznoliki, za njih pa je značilna drugačna raven decentralizacije, deprofesionalizacije in udeležbe novih gospodarskih subjektov, enakovrednih partnerjev oziroma proizvajalcev – potrošnikov. Poleg tega je težko jasno ločiti med profesionalnimi ponudniki storitev oziroma trgovci in potrošniki zaradi raznolikih odnosov, saj potrošnik nastopi v vlogi ponudnika storitev v transakciji med potrošniki (C2C oziroma P2P) ali v transakciji med potrošnikom in podjetjem.« <sup>60</sup> Gre za t. i. hibridne potrošnike. <sup>61</sup>

V sodelovalnem gospodarstvu in njegovih poslovnih modelih obstajajo trije glavni tipi akterjev: (1) ponudniki storitev – fizične osebe, ki občasno (*peers*) ali profesionalno nudijo storitve (blago, znanje, čas – proti plačilu ali brezplačno); (2) uporabniki teh storitev, ter (3) sodelo-

<sup>59</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-59/12, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts proti Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, z dne 3. 10. 2013, ECLI:EU:C:2013:634, točka 33. V tej zadevi je Sodišče EU presojalo besedilo točke b 2. člena Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah.

<sup>60</sup> Obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agendi za sodelovalno gospodarstvo, COM(2016)0356 – (2016/0000(INI)), 22. 12. 2016.

<sup>61</sup> Riefa 2015, str. 22–33; Riefa 2012, str. 395; glej tudi Haztopolous.

valne platforme, ki v realnem času povežejo ponudbo in povpraševanje ter omogočajo transakcije.<sup>62</sup> V tem kontekstu je najprej treba ločiti med odgovornostjo sodelovalne platforme in odgovornostjo ponudnika blaga ali storitev, ki to platformo uporablja za svojo dejavnost. Pravo varstva potrošnikov EU se uporablja za vsako sodelovalno platformo, ki se šteje za trgovca in je vključena v »poslovne prakse« v razmerju do potrošnikov. Ponudniki takšnega blaga ali storitev se prav tako štejejo za trgovce, če delujejo skladno s svojim poslovnim ali poklicnim namenom. Pri tem je glavno vprašanje, pod katerimi pogoji se ponudnik take storitve pri zagotavljanju storitev med sorodnimi akterji šteje za trgovca.<sup>63</sup>

V tem kontekstu je bolgarsko upravno sodišče v zadevi *Kamenova* postavilo vprašanje za predhodno odločanje, in sicer ali je določbe Direktive 2005/29 o nepoštenih poslovnih praksah treba razlagati tako, da dejavnost fizične osebe, ki je na spletnem mestu registrirana za prodajo blaga in je na tem spletnem mestu sočasno objavila osem oglasov za prodajo različnega blaga (novega in rabljenega), pomeni dejavnost trgovca v smislu binarne opredelitve pojmov trgovca in potrošnika.<sup>64</sup> V tej zadevi gre torej za presojo, ali se lahko fizična oseba, ki odplačno ponuja svoje blago prek sodelovalne platforme, šteje za trgovca in je s tem podvržena pravilom o pošteni poslovni praksi skladno z Direktivo 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah.<sup>65</sup>

Sodišče EU je opozorilo na široko zasnovani pojem trgovca v Direktivi 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah, ki se nanaša na »vsako fizično ali pravno osebo«, ki opravlja odplačno dejavnost v zvezi z njeno poslovno ali poklicno dejavnostjo, in iz njenega področja uporabe ne izključuje niti subjektov, ki opravljajo naloge v splošnem interesu, niti javnopravnih subjektov.<sup>66</sup> Sodišče EU je poudarilo, da enako velja glede opredelitve pojma trgovca v Direktivi 2011/83 o pravicah potrošnikov.<sup>67</sup> Ponovilo je, da je skladno s sodno prakso smisel in obseg pojma »trговец treba določiti glede na korelativen, vendar antinomičen pojem ‚potrošnik‘, ki pomeni vsakega posameznika, ki ne deluje v okviru poslovne ali poklicne dejavnosti«,<sup>68</sup> ter da »je potrošnik v razmerju do trgovca v podrejenem položaju, saj je treba šteti, da je ekonomsko šibkejši in pravno manj izkušen kot njegov sopogodbenik«.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> Obrazložitev predloga resolucije Evropskega parlamenta o Evropski agendi za sodelovalno gospodarstvo, COM(2016)0356 – (2016/0000(INI)), 22. 12. 2016. Ta del je povzet po Weingerl 2018b.

<sup>63</sup> Glej Sporočilo Komisije, str. 9.

<sup>64</sup> Zadeva *Kamenova*.

<sup>65</sup> Prav tam, točka 20.

<sup>66</sup> Prav tam, točka 30; zadeva *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts*, točka 32.

<sup>67</sup> Zadeva *Kamenova*, točka 31.

<sup>68</sup> Prav tam, točka 33.

<sup>69</sup> Prav tam, točka 34.

Pojem trgovca v smislu točke b 2. člena Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah in 2. točke 2. člena Direktive 2011/83 o pravicah potrošnikov je torej funkcionalni pojem, kar pomeni, da je treba presoditi, ali se pogodbeno razmerje ali poslovna praksa uvrščata v okvir dejavnosti, ki jih oseba opravlja poslovno ali poklicno.<sup>70</sup> Kot je presodilo Sodišče EU, bi bilo to fizično ali pravno osebo mogoče šteti za trgovca v smislu točke b 2. člena Direktive 2005/29/ES o nepoštenih poslovnih praksah in 2. točke 2. člena Direktive 2011/83 o pravicah potrošnikov, če bi ta delovala »za namene v zvezi s svojo trgovsko, poslovno, obrtno dejavnostjo ali svobodno poklicno dejavnostjo« oziroma v imenu ali na račun trgovca.<sup>71</sup>

Pri vprašanju, ali fizična oseba, ki na spletni platformi objavi več oglasov za prodajo različnega blaga, spada pod pojem trgovca, je treba za opredelitev trgovca ubrati »različne pristope glede na posamezen primer«.<sup>72</sup> V ta namen bo moralo predložitveno sodišče zlasti preveriti,

»ali je bila prodaja na spletni platformi opravljena organizirano, ali ima ta prodaja pridobiten namen, ali ima prodajalec informacije in strokovno znanje glede proizvodov, ki jih prodaja, ki jih potrošnik nima nujno, tako da je prodajalec zaradi tega v ugodnejšem položaju v razmerju do navedenega potrošnika, ali ima prodajalec pravni status, ki mu omogoča opravljanje trgovskih poslov, in koliko je spletna prodaja povezana s trgovsko ali poklicno dejavnostjo prodajalca, ali je prodajalec zavezanec za DDV, ali je prodajalec, ki deluje v imenu ali za račun nekega trgovca ali prek druge osebe, ki deluje v njegovem imenu in za njegov račun, prejel plačilo ali del dobička, ali prodajalec kupuje nove ali rabljene izdelke za nadaljnjo prodajo, zaradi česar je ta dejavnost redna, pogosta in/ali sočasna z njegovo poslovno ali poklicno dejavnostjo, in ali so vsi izdelki, ki so na prodaj, iste vrste ali vrednosti, zlasti če se ponudba nanaša na omejeno število izdelkov«.<sup>73</sup>

Ta merila niso ne izčrpna ne izključna, tako da načeloma izpolnjevanje enega ali več teh meril samo po sebi ne določa, kako je treba spletnega prodajalca opredeliti glede na pojem trgovca.<sup>74</sup> Kot je opozorilo Sodišče EU, golo dejstvo, da ima prodaja pridobitni namen ali da neka oseba sočasno na spletni platformi objavi nekaj oglasov za prodajo novega in rabljenega blaga, še ni dovolj, da bi se ta oseba opredelila kot trgovec v smislu navedenih direktiv.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Prav tam, točka 35.

<sup>71</sup> Prav tam, točka 35.

<sup>72</sup> Prav tam, točka 37.

<sup>73</sup> Prav tam, točka 38.

<sup>74</sup> Prav tam, točka 39.

<sup>75</sup> Prav tam, točka 40.

## 4.2. Potrošnik na internetu: uspešen igralec spletnega pokra

Ta del prispevka bo obravnaval tekočo zadevo, v okviru katere je Vrhovno sodišče RS postavilo vprašanje za predhodno odločanje.<sup>76</sup>

Gre za spor z mednarodnim elementom, v katerem je tožnik fizična oseba, ki ima prebivališče v Sloveniji, toženka pa je pravna oseba in gospodarska družba s sedežem na Malti. Odprlo se je vprašanje, katera od obeh navedenih držav ima jurisdikcijo za odločanje v tej zadevi. Tožnik je igralec spletnega pokra, ki od toženke zahteva, naj mu izplača 226.850,21 evra, ki si jih je z igranjem pokra priigrnal na njeni spletni strani [www.mybet.com](http://www.mybet.com) v obdobju med 31. 3. 2010 in 10. 5. 2011. Toženka, ki je bila organizatorica te spletne igralnice, mu je priigrana denarna sredstva zasegla in si jih prilastila z utemeljitvijo, da je tožnik z uporabo več uporabniških računov kršil njena pravila igranja.

Kot je poudarilo Vrhovno sodišče RS, je presoja o jurisdikciji odvisna od vprašanja, ali je tožnika mogoče šteti za potrošnika v skladu s pravom EU. Tožnik zastopa stališče, da je imel status potrošnika, zato je podana izbirna pristojnost slovenskih sodišč glede na kraj njegovega prebivališča. Toženka zastopa nasprotno stališče, da tožnik kot profesionalni igralec pokra potrošniškega statusa ni imel, zato je podana splošna pristojnost sodišč na Malti, kjer ima toženka svoj sedež poslovanja.

Vrhovno sodišče je v vprašanju za predhodno odločanje vprašalo,

»ali je treba prvi odstavek 15. člena Uredbe 44/2001 razlagati tako, da se kot pogodba, ki jo sklene potrošnik za namen, za katerega se šteje, da je izven njegove pridobitne ali poklicne dejavnosti, šteje tudi pogodba za igranje spletne igre pokra, ki jo sklene posameznik preko spleta na daljavo s tujo prirediteljico spletnih iger in pod njenimi Splošnimi pogoji poslovanja, pri čemer se posameznik več let preživlja s tako pridobljenim dohodkom oziroma zaslužkom od igranja pokra, čeprav tovrstne dejavnosti nima uradno registrirane in je tudi sicer drugim na trgu ne ponuja kot plačljivo storitev«.<sup>77</sup>

Sodišče prve stopnje je sprejelo stališče, da je tožnik deloval kot potrošnik zunaj poklicne ali pridobitne dejavnosti. Tako je sprejelo pristojnost slovenskih sodišč glede na kraj njegovega prebivanja, ki je v Sloveniji. To je potrdilo tudi drugostopenjsko sodišče,<sup>78</sup> zoper sodbo pa je toženka vložila revizijo na Vrhovno sodišče RS. V pretežni meri izpodbija prav zaključek nižjih sodišč o tem, da je bil tožnik potrošnik, ki je deloval zunaj svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti. Pri tem toženka opozarja na obseg in pomen tožnikove dejavnosti ter poudarja, da vse ugotovljene dejanske okoliščine primera kažejo na to, da se je tožnik kot izjemno uspešen

<sup>76</sup> Zadeva *Personal Exchange Information*.

<sup>77</sup> Besedilo je dostopno na: <[http://www.sodisce.si/znanje/sodna\\_praksa/baza\\_seu/132/](http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/baza_seu/132/)> (2. 12. 2020).

<sup>78</sup> Sodba in sklep VSL II Cp 1313/2017 z dne 27. 9. 2017, ECLI:SI:VSLJ:2017:II.CP.1313.2017.

igralec pokra s tem preživeljal in je šlo za njegovo poklicno oziroma pridobitno dejavnost, ki je bila njegov edini vir dohodka. Izpostavlja še, da je uspeh pri pokru odvisen od znanja in veščin, ne le od sreče, saj lahko igralec zasluži le tako, da njegovi sotekmovalci izgubijo.

Sodišče EU v zadevi še ni odločilo. Navedbe tožene stranke, da je uspeh pri pokru odvisen od znanja in veščin, pri opredelitvi pojma potrošnik ne bi smele biti relevantne, saj je glede na prej opisano sodno prakso Sodišča EU ta pojem objektivno, profesionalno znanje neke osebe pa ne igra vloge pri presoji, ali je ta oseba v določenem pogodbenem razmerju šibkejša stranka in s tem upravičena do posebnega varstva.

Je v tem primeru ustrezna logika varstva potrošnikov? Zdi se, da je ključni dejavnik, ki naj bi kazal na to, da varstvo potrošnikov v tem primeru morda ni utemeljeno, visok zaslužek igralca pokra, ki se s tem zaslužkom tudi preživlja. V tem kontekstu je zanimiva primerjava položaja spletnega igralca pokra z igralcem klasičnih iger na srečo. Če je nekdo uspešen v igralnici in zasluži več sto tisoč evrov, ali ga igralnica lahko zgolj na temelju dobitka obravnava kot osebo, ki ni upravičena do varstva potrošnikov?

Pri presoji, ali gre v konkretnem primeru za potrošnika ali ne, bo treba upoštevati poudarek Sodišča EU v zadevi *Kamenova*, da golo preprosto dejstvo, da gre za pridobitni namen, ni dovolj, da bi se določena oseba opredelila kot trgovec. Nadalje bo treba upoštevati, da je potrošnik v razmerju do trgovca v podrejenem položaju, saj je treba šteti, da je ekonomsko šibkejši in pravno manj izkušen kot njegov sopogodbenuk.<sup>79</sup> Za presojbo obstoja podrejenega položaja je pomembno, da je Sodišče EU v zadevi *Liga Portuguesa* opozorilo, da igre na srečo, ki so dostopne prek interneta, zaradi neobstoja neposrednega stika med potrošnikom in gospodarskim subjektom vključujejo drugačna in večja tveganja v zvezi z morebitnimi goljufijami gospodarskih subjektov v škodo potrošnikom, kot jih vključujejo te igre na zanje običajnih trgih.<sup>80</sup> Spletne igre na srečo torej dodatno vplivajo na podrejen položaj potrošnika v razmerju do trgovca, ki jih organizira. To je poudarilo tudi drugostopenjsko sodišče:

»Sistem varstva potrošnikov v EU izhaja iz tega, da je potrošnik v razmerju do prodajalca ali ponudnika v podrejenem položaju glede pogajalske moči in ravni obveščenosti, zaradi česar privoli v pogoje, ki jih je predhodno sestavil prodajalec, ne da bi lahko vplival na njihovo vsebino. V primeru spletnih iger na srečo namreč ni neposrednega stika med gospodarskim subjektom in potrošnikom, zato te vključujejo drugačna in večja tveganja od klasičnih iger na srečo.«

V konkretnem primeru bi lahko kaj hitro pomislili, da uspešen spletni igralec pokra ni niti potrošnik, ker zasluži preveč (čeprav to ni odločujoči kriterij!), niti trgovec, ker je v podrejenem položaju do organizatorja spletnih iger na srečo. Vendar je z vidika obstoječe sekundarne

<sup>79</sup> Zadeva *Kamenova*, točka 34.

<sup>80</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-42/07, *Liga Portuguesa*, z dne 8. 9. 2009, ECLI:EU:C:2009:519, točka 70.

zakonodaje EU in sodne prakse Sodišča EU malo verjetno, da bi se Sodišče EU v tej zadevi odločilo za nov koncept, ki bi zajemal stanje »nekje vmes«. To stanje »nekje vmes« opisuje tudi Vrhovno sodišče RS, ko v predlogu za predhodno odločanje navaja: »V konkretnem primeru sta mogoči tako razlaga pojma potrošnik, ki jo ponuja tožnik, kot tudi nasprotna razlaga istega pojma, ki jo ponuja toženka.«<sup>81</sup> Kaj točno je »nasprotna razlaga istega pojma«, torej pojma potrošnika? Kot je bilo v tem prispevku že večkrat poudarjeno, sta pojma potrošnik in trgovec korelativna, a antinomična pojma. Nasprotna razlaga pojma potrošnika je v luči sodne prakse Sodišča EU torej trgovec in ne »nekaj vmes«. Vrhovno sodišče je v tej zadevi sicer prepoznalo razsežnosti problema, ki ga za spletne storitve pomeni klasična binarna delitev na trgovca in potrošnika, in v predlogu za predhodno vprašanje poudarilo:

»Gre za zanimivo vprašanje, ki naslavlja aktualen življenjski primer s širšim pomenom. Od razlage prava, ki jo bo podala Sodišče Evropske unije, bo odvisno tudi nadaljnje pojmovanje tovrstnih primerljivih dejavnosti, ki že v osnovi deloma odstopajo od klasične konceptuacije potrošništva in postajajo vse bolj priljubljene. Z analogijo bi bilo mogoče mednje uvrstiti tudi pridobivanje zaslужka z igranjem računalniških igrice in druge virtualne aktivnosti, ki lahko pomenijo novodobno preživljanje in poklic. Tako bodo s podano razlago konceptualno nujno izzvale tudi nekatere tradicionalne navezne okoliščine, ki so (bile) sicer značilne za klasično pojmovanje potrošništva.«<sup>82</sup>

Počakati bo treba na sodbo Sodišča EU, ki bo podala odgovor na to, ali se klasična binarna delitev lahko uporabi tudi za takšne novodobne primere, kot je preživljanje s spletnimi igrami na srečo. Glede na omejitve v sekundarni zakonodaji EU se zdi, da Sodišče EU glede tega ne bi smelo biti preveč kreativno. Vloga Sodišča EU je namreč omejena na razlago kriterijev, ki opredeljujejo potrošnika in trgovca, kreiranje novih kategorij pa ni del njegove pristojnosti. Glede na vse večji pomen teh virtualnih aktivnosti v praksi in številne nejasnosti, ki se odpirajo, na primer v zvezi z elementi iger na srečo v računalniških igrah (t. i. *loot boxes*),<sup>83</sup> bi bilo z vidika pravne varnosti zaželeno, da se virtualne aktivnosti, ki omogočajo visoke zaslужke, a prinašajo tudi številne negativne posledice (začenši z odvisnostjo), uredijo na ravni sekundarne zakonodaje EU.

## 5. Sklep

Prispevek obravnava tri zadeve, v katerih je Sodišče EU odločalo ali še odloča o statusu potrošnika kot uporabnika spletnih storitev. Zadeva *Schrems* se nanaša na status potrošnika v

<sup>81</sup> Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 98/2018 z dne 5. 9. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.98.2018, točka 40.

<sup>82</sup> Prav tam, točka 43.

<sup>83</sup> Glej na primer A. Cerulli-Harms in dr.



okviru pogodbe, sklenjene za uporabo spletnega družbenega omrežja, torej za daljše časovno obdobje. Zadevi *Kamenova* in *Personal Exchange Information* pa obravnavata dobičkonosno dejavnost posameznikov na spletu – spletno prodajo in igranje spletnih iger na srečo. Te zadeve nazorno prikažejo, da je uporaba klasične binarne delitve na trgovca in potrošnika v digitalnem okolju otežena. Za presojo statusa potrošnika je ključnega pomena sodna praksa Sodišča EU, saj je to edino pristojno za razlago avtonomnih pojmov prava EU, kot je tudi pojem potrošnika, ki ga je v nacionalni pravni red prenesel ZVPot.

## Literatura

- CERULLI-HARMS, Annette, MÜNSCH, Marlene, THORUN, Christian, MICHAELSEN, Frithjof, HAUSEMER, Pierre. *Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers*. A study, requested by the Committee on the Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Luxembourg: European Parliament, 2020. Dostopno na: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL\\_STU\(2020\)652727\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL_STU(2020)652727_EN.pdf)> (2. 12. 2020).
- COLOMBI CIACCHI, Aurelia. Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union. *European Review of Contract Law*, 2010, letn. 6, št. 3, str. 303–318.
- HATZOPOULOS, Vassilis. *The Collaborative Economy and EU Law*. Oxford: Hart Publishing, 2018.
- HONDIUS, Ewoud. The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*, 2006, letn. 28, št. 89, str. 89–98.
- KINGISEPP, Margus, in VÄRV, Age. The Notion of Consumer in EU Consumer Acquis and the Consumer Rights Directive— A Significant Change of Paradigm?. *Juridica International*, 2011, letn. XVIII, str. 44–53.
- LECZYKIEWICZ, Dorota, in WEATHERILL, Stephen. *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- MICKLITZ, Hans.-W. Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought Provoking Impulse. *Yearbook of European Law*, 2013, letn. 32, št. 1, str. 266–367.
- REICH, Norbert, MICKLITZ, Hans-W., ROTT, Peter, TONNER, Klaus. *European Consumer Law*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- RIEFA, Christine. Defining ‚Auction‘ and ‚Public Auction‘, v: Devenney, J., in Kenny, M. (ur.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- RIEFA, Christine. *Consumer Protection and Online Auction Platforms – Towards a Safer Legal Framework*. Surrey: Ashgate Publishing, 2015.

- VLAHEK, Ana, in DAMJAN, Matija. *Pravo in politika sodobnega varstva potrošnikov*. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- WEATHERILL, Stephen, VOGENAUER, Stefan, in WEINGERL, Petra. Private Autonomy and Protection of the Weaker Party, v: Weatherill, S., in Vogenauer, S. (ur.), *General Principles of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2017.
- WEINGERL, Petra. Varstvo konkurentov pred nepoštenimi poslovnimi praksami na podlagi pravil varstva potrošnikov. *Pravnik*, 2013, letn. 68, št. 3-4, str. 177–202.
- WEINGERL, Petra. Varstvo potrošnikov in digitalna ekonomija v EU: kdo je potrošnik?, v: Repas, M. (ur.), *Digitalno gospodarstvo: konferenčni zbornik*. X. posvet Pravo in ekonomija, 1. december 2017. Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru, 2018a, str. 1–16.
- WEINGERL, Petra. Varstvo potrošnikov in sodelovalno gospodarstvo. *Podjetje in delo*, 2018b, letn. 44, št. 6-7, str. 991–1003.

Izvirni znanstveni članek  
UDK 004.774.1:342.721

# Družbena omrežja, mediji in pravica do izbrisa

MAJA OVČAK KOS

*doktorica pravnih znanosti  
docentka na Univerzi v Novi Gorici in  
odvetnica v Odvetniški pisarni Zakonjšek*

JASNA ZAKONJŠEK

*univerzitetna diplomirana pravnica  
odvetnica v Odvetniški pisarni Zakonjšek*

## 1. Uvod

Internet, ki se je razvil v obsežno svetovno zbirko podatkov, omogoča trajen zapis osebnih podatkov in drugih vsebin ter njihovo hitro in enostavno razmnoževanje brez teritorialnih omejitev. Pravica do pozabe posamezniku pod določenimi pogoji zagotavlja določen nadzor nad temi informacijami, pri čemer praviloma prihaja v kolizijo s svobodo izražanja. Osrednja raziskovalna ost drugega do petega poglavja tega prispevka je zato posvečena vprašanju, kako Sodišče Evropske unije (Sodišče EU) in Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) rešujeta kolizijo med pravico do pozabe in pravico do svobode izražanja ter kakšna so merila za njuno uravnoteženje. Pri tem je posebna pozornost namenjena razlikovanju med iskalniki, spletnimi mediji in družbenimi omrežji, zlasti glede vprašanja, ali je oblika spletnega mesta objave podatka, katerega izbris se zahteva, lahko pomemben razlikovalni element pri presoji omenjene kolizije.

Sodna praksa Sodišča EU kaže, da je lahko v določenih primerih pomemben pravni vir, ki utemeljuje izbris vsebin, ki se razširjajo prek družbenega omrežja, tudi 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>1</sup> Postavlja se vprašanja, kakšna je obveznost ponudnika storitev gostovanja, ki upravlja spletno platformo za družbeno omrežje, glede izbrisa podatkov, ki so dobesedno enaki tistemu, ki ga je za nezakonitega označilo nacionalno sodišče, ter glede iskanja podat-

<sup>1</sup> 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), UL L 178, 17. 7. 2000.

kov, ki so temu enakovredni. Ali je lahko ponudnik storitev spletnega gostovanja, ki upravlja platformo za družbeno omrežje, obvezan, da zaradi izvajanja odredbe, ki jo izda sodišče države članice, poišče in identificira vse podatke, ki so dobesedno enaki tistemu, ki ga je navedeno sodišče označilo za nezakonitega, ali njemu enakovredni, ne glede na to, kdo jih je objavil, ali pa to že pomeni ravnanje, ki spada v prepoved splošne obveznosti nadzora. Sodišče EU se je o tem izreklo v sodbi *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*.<sup>2</sup> Omenjena sodna odločitev odpira vrsto vprašanj, zlasti glede ozemeljskega obsega izbrisne obveznosti, opredelitve enakovredne vsebine in časovne veljavnosti izbrisne obveznosti. Ta vprašanja so predmet obravnavanja v šestem poglavju tega prispevka, kjer so podani tudi številni pomisleki, s katerimi se bodo srečevala nacionalna sodišča pri obravnavi zahtevkov za izbris *on-line* enakovrednih vsebin, ter možni razlagalni pristopi.

## 2. Opredelitev pravice do pozabe

Pravica do izbrisa oziroma pravica do pozabe je opredeljena v 17. členu 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 (Splošna uredba).<sup>3</sup> Pravica do pozabe pripada le posamezniku (fizični osebi). Pravne osebe torej nimajo pravice do pozabe. Posameznik lahko zahteva, da se izbrišejo osebni podatki v zvezi z njim, zahtevo pa naslovi na upravljavca osebnih podatkov. Upravljavec pomeni fizično ali pravno osebo, javni organ, agencijo ali drugo telo, ki samo ali skupaj z drugimi določa namene in sredstva obdelave.<sup>4</sup> Kot upravljavci osebnih podatkov se, ko gre za uveljavljanje pravice do pozabe, največkrat pojavljajo iskalniki, kot je Google, medijske spletne strani in tudi družbena omrežja, kot je Facebook. V prvem odstavku 17. člena Splošne uredbe so opredeljeni primeri, ko lahko posameznik od upravljavca zahteva izbris osebnih podatkov, ki se nanašajo nanj, in sicer kadar:

- a) osebni podatki niso več potrebni v namene, za katere so bili zbrani ali kako drugače obdelani;
- b) posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, prekliče privolitev, na podlagi katere poteka obdelava v skladu s točko a prvega odstavka 6. člena ali točko a drugega odstavka 9. člena, in kadar za obdelavo ne obstaja nobena druga pravna podlaga;

<sup>2</sup> Sodba Sodišča EU C-18/18, *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, z dne 3. 10. 2019, ECLI:EU:C:2019:821.

<sup>3</sup> UL L 119, 4. 5. 2016.

<sup>4</sup> Splošna uredba, 7. točka 4. člena.

- c) posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, obdelavi ugovarja v skladu s prvim odstavkom 21. člena, za njihovo obdelavo pa ne obstajajo nobeni prevladujoči zakoniti razlogi, ali pa posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, obdelavi ugovarja v skladu z drugim odstavkom 21. člena;
- d) osebni podatki so bili obdelani nezakonito;
- e) osebne podatke je treba izbrisati za izpolnitev pravne obveznosti v skladu s pravom Unije ali pravom države članice, ki velja za upravljavca;
- f) osebni podatki so bili zbrani v zvezi s ponudbo storitev informacijske družbe iz prvega odstavka 8. člena.

Razlog, naveden zgoraj pod točko d (osebni podatki so bili obdelani nezakonito), je mogoče obravnavati kot splošno klavzulo, kar potrjuje tudi 65. uvodna izjava Splošne uredbe, v kateri je navedeno, da se lahko oseba, na katero se nanašajo osebni podatki, sklicuje na pravico do izbrisa, kadar obdelava njenih osebnih podatkov tudi sicer ni v skladu s Splošno uredbo.<sup>5</sup> Kot bomo lahko videli v nadaljevanju, so se na podlagi dobro znane sodbe Sodišča EU v zadevi *Google Spain SL in Google INC. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzálezu* (v nadaljevanju: sodba *Google Španija*)<sup>6</sup> izoblikovala merila o tem, kdaj mora upravljavec ugoditi posameznikovi zahtevi za izbris osebnih podatkov.<sup>7</sup> Splošni namen teh meril je oceniti, ali so informacije, ki jih vključuje zadetek iskanja, ustrezne glede na interes splošne javnosti, da ima dostop do informacij. Ustreznost informacij je tesno povezana tudi z njihovo starostjo. Odvisno od dejstev v posameznem primeru so morda informacije, ki so bile objavljene že pred kar nekaj časa, na primer pred 15 leti, manj ustrezne kot informacije, objavljene pred enim letom.<sup>8</sup> V okviru pravice do pozabe se torej lahko zahteva izbris osebnih podatkov, ki niso več potrebni v namene, za katere so bili zbrani ali kako drugače obdelani, ker gre za osebne podatke, ki so zastareli, neaktualni in nepomembni, pri čemer se od primera do primera presoja, ali so ti pogoji res izpolnjeni.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Emeršič Polić v: Pirc Musar, str. 361.

<sup>6</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-131/12, *Google Spain SL in Google INC. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzálezu*, z dne 13. 5. 2014, ECLI:EU:C:2014:317.

<sup>7</sup> Delovna skupina za varstvo podatkov iz člena 29, ustanovljena v skladu z 29. členom Direktive 95/46/ES (UL L 281, 23. 11. 1995), je izdelala Smernice za izvrševanje sodbe Sodišča EU v zadevi *Google Spain SL in Google INC. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzálezu*, C-131/12, sprejete so bile 26. 11. 2014 in so dostopne na <[https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=667236](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=667236)> (28. 10. 2020).

<sup>8</sup> Smernice za izvrševanje sodbe Sodišča Evropske unije v zadevi *Google Spain SL in Google INC. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzálezu*, C-131/12.

<sup>9</sup> Podrobneje o pravici do pozabe glej Ovčak Kos, str. 248–253.

## 2.1 Pravne podlage pravice do pozabe

Pravica do pozabe spada v okvir pravice do zasebnosti, ki je urejena v 8. členu Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic (EKČP),<sup>10</sup> v 7. in 8. členu Listine EU o temeljnih pravicah<sup>11</sup> in v 35. členu Ustave Republike Slovenije (Ustava).<sup>12</sup> Pravica do izbrisa je bila urejena tudi v točki b 12. člena Direktive 95/46/ES Evropskega parlamenta in Sveta EU (v nadaljevanju: Direktiva 95/46/ES)<sup>13</sup> in tudi v Direktivi o elektronskem poslovanju. Največjo prepoznavnost pa je pravici do pozabe prinesla že omenjena sodba Sodišča EU v zadevi *Google Španija*. Stališča, zapisana v tej sodbi, so močno vplivala na to, kako je pravica do pozabe opredeljena v Splošni uredbi.

## 2.2 Pravica do pozabe ni absolutna

Tako kot pravica do zasebnosti ni absolutna, seveda enako velja tudi za iz nje izvirajočo pravico do pozabe. Pravica do pozabe trči ob pravico do svobode izražanja in največji izziv je v vsakem posameznem primeru najti ustrezno ravnovesje med njima. Ob tehtanju je poleg vrednot, ki jih ščiti pravica do pozabe, treba imeti v mislih tudi vrednote, ki jih ščiti pravica do svobode izražanja, in sicer tako njen aktivni vidik (pravica širjenja vesti in mnenj) kot tudi, če ne še bolj, njen pasivni vidik (pravica do sprejemanja vesti in mnenj), pri čemer je treba še posebej poudariti neprecenljiv pomen, ki ga ima svoboda izražanja za demokracijo. Ustavno sodišče RS poudarja, da je svoboda izražanja poleg tega, da je neposreden izraz posameznikove osebnosti v družbi, tudi temeljni konstitutivni element svobodne demokratične družbe. Ustavno sodišče je že v odločbi U-I-172/94<sup>14</sup> poudarilo, da svoboda tiska in izražanja mnenj pomaga vzpostavljati in oblikovati nepristransko informirano javnost.<sup>15</sup> Le ustrezno informirana in izobražena javnost, ki ima dostop do širokega nabora informacij, lahko soustvarja demokratično družbo. Dostopnost do informacij, kamor lahko spadajo tudi osebni podatki, pa se ne sme samodejno in brez vsebinskega premisleka omejevati le na »sveže«, nekaj dni ali mesecev stare objave, saj so tudi objave starejšega datuma lahko pomembne in aktualne za sodelovanje v razpravi, ki se nanaša na sedanost ali prihodnost.<sup>16</sup> Če mislimo na pregovor, da se zgodovina ponavlja, je jasno, da lahko imajo tudi starejše objave na spletu svojo vrednost,

<sup>10</sup> Uradni list RS – MP, št. 7/94.

<sup>11</sup> Listina Evropske unije o temeljnih pravicah, UL C 326, 26. 10. 2012.

<sup>12</sup> Uradni list RS, št. 75/16.

<sup>13</sup> Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov, UL L 281, 23. 11. 1995.

<sup>14</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-172/94 z dne 9. 11. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.172.94.

<sup>15</sup> Odločba Ustavnega sodišča RS Up-584/12-12 z dne 22. 5. 2014, ECLI:SI:USRS:2012:Up.584.12.

<sup>16</sup> Podrobneje o vprašanju uravnoteženosti pravice do pozabe in svobode izražanja glej Ovčak Kos, str. 254–261.

zaradi česar je starost objave samo eno izmed številnih meril, po katerih je treba presojeti, ali je zahteva za izbris objave utemeljena.<sup>17</sup>

Razumevanje, da pravica do pozabe ni absolutna, se kaže tudi v Splošni uredbi, ki v tretjem odstavku 17. člena določa, da pravice do pozabe ni mogoče uspešno uveljaviti, če je obdelava osebnih podatkov potrebna: za uresničevanje pravice do svobode izražanja in obveščanja; za izpolnjevanje pravne obveznosti obdelave na podlagi prava Unije ali prava države članice, ki velja za upravljavca, ali za izvajanje naloge v javnem interesu ali pri izvajanju javne oblasti, ki je bila dodeljena upravljavcu; iz razlogov javnega interesa na področju javnega zdravja v skladu s točkama h in i drugega odstavka 9. člena ter tretjim odstavkom 9. člena; za namene arhiviranja v javnem interesu, za znanstveno- ali zgodovinskoraziskovalne namene ali statistične namene v skladu s prvim odstavkom 89. člena, kolikor bi pravica iz prvega odstavka lahko onemogočila ali resno ovirala uresničevanje namenov te obdelave, ali za uveljavljanje, izvajanje ali obrambo pravnih zahtevkov.

Poleg tega je v 85. členu Splošne uredbe poudarjeno, da lahko države članice v zakonu določijo izjeme in odstopanja od določb v zvezi s pravico do pozabe, ko gre za obdelavo osebnih podatkov v novinarske namene ali zaradi akademskega, umetniškega ali književnega izražanja.

Ko gre za razmislek o pravicah, s katerimi je v koliziji pravica do pozabe, se ne sme pozabiti na pravico do svobodne gospodarske pobude, zapisano v 74. členu Ustave RS. Če se iskalniku, mediju ali družbenemu omrežju naloži izbris določene objave oziroma določenega osebnega podatka, se spreminja njegova ponudba in posega v njegov poslovni model, ki je zaradi okrnjenosti ponudbe posledično lahko tržno manj zanimiv in zato manj vreden.

### 3. Pravica do pozabe in iskalniki

Ko govorimo o pravici do pozabe, moramo začeti s sodbo Sodišča EU v zadevi *Google Španija*.<sup>18</sup> Ta sodba iskalnikom nalaga, da v primeru iskanja po imenu in priimku osebe s seznama zadetkov odstranijo povezave do objav, ki so neprimerne, neustrezne, neažurne ali pretirane glede na namene obdelave in pretečen čas. Odločitev Sodišča EU izhaja iz dejstva, da ima dejavnost iskalnika odločilno vlogo pri globalnem širjenju navedenih podatkov, saj jih daje na voljo vsem internetnim uporabnikom, ki izvedejo iskanje na podlagi imena zadevne osebe, vključno z internetnimi uporabniki, ki sicer ne bi našli spletne strani, na kateri so objavljeni

<sup>17</sup> Več o tem, katera merila je treba upoštevati pri presoji utemeljenosti zahteve za izbris objave, v Smernicah za izvrševanje sodbe Sodišča Evropske unije v zadevi *Google Spain SL in Google INC. proti Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) in Mariu Costeji Gonzálezu*, C-131/12.

<sup>18</sup> Glej sodbo v zadevi *Google Španija*.

ti podatki.<sup>19</sup> Poleg tega je lahko posledica organiziranja in kopičenja na internetu objavljanih informacij, ki se izvedeta z iskalniki, zato da se uporabnikom olajša dostop do njih, da ti uporabniki – če te informacije iščejo z vnosom imena fizične osebe – na podlagi seznama zadetkov dobijo strukturiran pregled na internetu dostopnih informacij o tej osebi, ki jim omogoča sestaviti bolj ali manj podroben profil zadevne osebe.<sup>20</sup> Sodišče EU poudarja, da je učinek poseganja v navedene pravice zadevne osebe še večji zaradi pomembne vloge interneta in iskalnikov v sodobni družbi, saj so zaradi njih informacije, vsebovane na takem seznamu zadetkov, vseprisotne.<sup>21</sup>

Uveljavitev pravice do pozabe zoper iskalnike pomembno omejujejo tudi stališča iz sodbe Sodišča EU v zadevi *Google Inc. proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.<sup>22</sup> Sodba je bila v javnosti razumljena kot zmaga družbe Google,<sup>23</sup> ker je Sodišče EU razsodilo, da je treba Direktivo 95/46 in 17. člen Splošne uredbe razlagati tako, da iskalniku, ki ugodni zahtevi za odstranitev povezav, povezav ni treba odstraniti na vseh različicah svojega iskalnika, ampak jih mora odstraniti na različicah svojega iskalnika, ki ustrezajo vsem državam članicam EU. Iz te odločitve Sodišča EU naj bi torej izhajalo, da je pravica do pozabe omejena na območje EU in naj ne bi imela globalne veljave. Res je, da je v obravnavanem primeru Sodišče EU odločilo, da družbi Google ni treba samodejno odstraniti povezav z vseh različic svojega iskalnika, vendar je ob tem dopustilo možnost, da nadzorni ali sodni organi držav članic EU opravijo tehtanje med pravico posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, do spoštovanja njegovega zasebnega življenja in do varstva njegovih osebnih podatkov na eni strani ter svobodo obveščanja na drugi strani in da na koncu tega tehtanja iskalniku po potrebi odredijo, naj odstrani povezave prav na vseh različicah iskalnika, torej globalno.<sup>24</sup> Kot je mogoče razumeti odločitev sodišča, v tem trenutku še niso podane okoliščine, ki bi omogočale globalno uveljavitev pravice do pozabe, saj nadzorni organi držav članic EU (še) nimajo instrumentov in mehanizmov, ki bi jim omogočali sodelovanje za doseg skupne odločitve o odstranitvi povezav zunaj EU.<sup>25</sup> Sodišče EU tako po najinem mnenju nikakor ne izključuje možnosti, da bi lahko nadzorni ali sodni organi držav članic EU upravljavcu iskalnika po potrebi odredili, naj odstrani povezave tudi z različic svojega iskalnika zunaj EU in

<sup>19</sup> Prav tam, 36. točka.

<sup>20</sup> Prav tam, 37. točka.

<sup>21</sup> Prav tam, 80. točka. Glej tudi sodbo Sodišča EU C-509/09 in C-161/10, *CeDate Advertising in drugi*, z dne 25. 10. 2011, ECLI:EU:C:2011:685, 45. točka. Glej tudi Ovčak Kos, str. 251.

<sup>22</sup> Sodba Sodišča EU C-507/17, *Google Inc. proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, z dne 24. 9. 2019, ECLI:EU:C:2019:772.

<sup>23</sup> Kelion, str. 1.

<sup>24</sup> Glej sodbo v zadevi *Google Inc. proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, 72. točka.

<sup>25</sup> Prav tam, 63. točka.



tako pravice do pozabe ne omejuje zgolj na območje EU. Odločitev Sodišča EU v tej zadevi pravzaprav odpira vrata pravici do pozabe, da se uveljavi na globalni ravni.<sup>26</sup>

Za presojo uveljavljanja pravice do pozabe zoper iskalnike je pomembna tudi odločitev Sodišča EU v zadevi *GC, AF, BH in ED proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.<sup>27</sup> Pritožniki so, vsak v svoji zadevi, zahtevali od iskalnika Google, da odstrani povezave do določenih objav, ki so vsebovale občutljive osebne podatke in ki so se pokazale ob iskanju po imenu in priimku pritožnikov. V primeru pritožnice GC je šlo za satirično objavo fotomontaže iz leta 2011, ki se je nanašala na zvezo z njenim predpostavljenim in vplivom te zveze na njeno politično kariero. Pritožnik AF je zahteval izbris povezave do članka, ki je obravnaval samomor člana scientološke cerkve v letu 2006, katere tiskovni predstavnik je bil v tistem času AF. Pritožnik BH je zahteval odstranitev člankov iz leta 2006, ki so obravnavali sodno preiskavo, ki se je končala brez obtožbe zoper njega v letu 2010. Pritožnik ED pa je zahteval izbris člankov, ki so poročali o zaslišanjih in kaznih, na katere je bil ED obsojen zaradi spolnega napada na osebe, mlajše od 15 let. Google je vse njihove zahteve zavrnil. Sodišče EU je poudarilo pomen tehtanja med pravicami, ki so v koliziji, in sicer tudi v primerih, ko gre za objavo občutljivih osebnih podatkov. Pri tem je Sodišče EU izpostavilo zahteve posameznikov, da se odstrani podatek o njihovih prekrških ali kazenskih obsodbah,<sup>28</sup> in sicer je poudarilo pomen, ki ga ima za demokracijo pravica medijev, da poročajo in komentirajo sodne postopke, in pravico javnosti, da je o tem obveščena. Sodišče je spomnilo, da ima javnost pravico biti obveščena o ažurnih dogodkih in tudi da ima pravico pregledovati pretekle dogodke. Na legitimnost interesa javnosti, da ima dostop do informacij preteklih dogodkov, ko gre za starejše objave o sodnih postopkih, vpliva mnogo okoliščin, od katerih ni pomemben le čas, ki je pretekel od objave, ampak tudi narava in resnost prekrška ali kaznivega dejanja, faza in trajanje postopka, status posameznika v javnem življenju in njegovo preteklo obnašanje, vsebina in forma objave ter vpliv objave na posameznika.<sup>29</sup> Sodišče je ob tem iskalniku naložilo, da naj tudi v primerih, ko zavrne zahtevo za odstranitev objave o kazenskem postopku zoper posameznika, prilagodi seznam zadetkov na način, da bodo izražali trenutno stanje kazenskega postopka, zaradi česar naj bodo najnovejše informacije o kazenskem postopku objavljene na vrhu seznama zadetkov.<sup>30</sup> To pomeni poskus, kako zadostiti tako interesu javnosti

<sup>26</sup> Samonte, str. 850.

<sup>27</sup> Sodba Sodišča EU C-136/17, *GC, AF, BH in ED proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, z dne 24. 9. 2019, ECLI:EU:C:2019:773.

<sup>28</sup> Po podatkih družbe Google so v času od 21. 1. 2016 do danes, 28. 10. 2020, odstranili 165.753 URL-naslovov, ki se nanašajo na kriminal, kar pomeni 6,6 odstotka vseh URL-naslovov, odstranjenih v tem obdobju. Več na <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>.

<sup>29</sup> Sodba v zadevi *GC, AF, BH in ED proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, 77. točka.

<sup>30</sup> Prav tam, 78. točka.

po objavi informacij o sodnem postopku kot interesu posameznika, da so o njem objavljeni točni in ažurni podatki, a je vprašljivo, kako naj bi se v praksi to izvedlo, saj bi uresničevanje te zahteve pomenilo, da iskalnik pozna vsebino objav in jih nato ustrezno razvrsti; zgolj razvrščanje po kronologiji objave namreč ne bo v vsakem primeru zagotovilo, da bi rezultat iskanja izražal trenutno stanje kazenskega postopka.<sup>31</sup>

#### 4. Pravica do pozabe in mediji

Glede objav na spletnih straneh medijev je Sodišče EU v zadevi *Google Španija* izpostavilo, da je treba razlikovati med zahtevami za izbris, ki so naslovljene na iskalnike, in zahtevami za izbris, ki so naslovljene neposredno na spletne medije. Če je objava izvedena zgolj v novinarske namene, je lahko izvzeta iz zahtev Direktive 95/46/ES, medtem ko to ni mogoče za obdelavo, ki jo izvede upravljavec iskalnika. Sodišče tudi poudarja, da vključitev spletne strani in na njej vsebovanih informacij, ki se nanašajo na posamezno osebo, v seznam zadelkov, ki se prikaže po iskanju, opravljenem na podlagi imena te osebe, ki bistveno olajša dostopnost teh informacij vsem internetnim uporabnikom, ki iščejo informacije o zadevni osebi, in ki lahko bistveno pripomore k širjenju navedenih informacij, lahko pomeni hujše poseganje v temeljne pravice do zasebnosti zadevne osebe kot objava, ki jo izvede izdajatelj te spletne strani.<sup>32</sup> Iz sodbe *Google Španija* torej jasno izhaja, da spletnih strani medijev in spletnih iskalnikov ni mogoče enačiti, ker dejavnost iskalnikov zaradi možnosti ustvarjanja profila in globalne dostopnosti bistveno bolj posega v osebne pravice posameznika, mediji pa so zaradi svojega pomena za demokratičnost družbe varovani oziroma bi morali biti varovani v okviru pravice do svobode izražanja, zaradi česar so le izjemoma lahko deležni posegov v svobodno izvrševanje te pravice. Postavlja se vprašanje, katera merila so relevantna za presojo konflikta med svobodo izražanja in pravico do pozabe za objave spletnih medijev.

O konfliktu med pravico do svobode izražanja in pravico do pozabe je odločalo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP), in sicer leta 2013 v zadevi *Węgrzynowski in Smolczewski proti Poljski*<sup>33</sup> in leta 2018 v zadevi *M. L. in W. L. proti Nemčiji*.<sup>34</sup> V obeh zadevah je ESČP dalo prednost pravici do svobode izražanja pred pravico do pozabe, pri čemer je poudarilo velik pomen spletnih medijskih arhivov za svobodo izražanja, katere del je tudi pravica javnosti, da je seznanjena s preteklimi dogodki. Opozorilo je tudi na nevarnost spreminjanja

<sup>31</sup> Globočnik, str. 385.

<sup>32</sup> Sodišče EU v zadevi *Google Španija*, 36. točka.

<sup>33</sup> Zadeva ESČP št. 33846/07, *Węgrzynowski in Smolczewski proti Poljski*, z dne 16. 7. 2013.

<sup>34</sup> Zadeva ESČP, *M. L. in W. W. proti Nemčiji*, povzeta iz ESČP-jeve izjave za medije: The public's right to access archived material online took precedence over the right of convicted persons to be forgotten, ECHR 237 (2018), 28. 6. 2018 (28. 10. 2020).

zgodovine, če bi se odredila odstranitev članka s spletne strani medija. Kako zelo pomembna je svoboda izražanja v sodni praksi ESČP, zelo nazorno kaže tudi dejstvo, da je bilo v zadevi *Węgrzynowski in Smolczewski proti Poljski* nesporno, da je članek, katerega umik sta zahtevala poljska odvetnika Węgrzynowski in Smolczewski, protipravno posegel v njuno čast in dobro ime (pred domačimi sodišči sta odvetnika iztožila odškodnino in opravičilo zaradi posega v čast in dobro ime), a je ESČP kljub temu odločilo, da zahteva za izbris tega članka pomeni pretiran poseg v novinarsko svobodo izražanja. ESČP je dodalo, da bi bilo z vidika svobode izražanja sprejemljivo, če bi odvetnika zahtevala, da se k članku, v katerem je bilo navedeno, da sta bila vpletena v sumljive posle, doda pripis, da je bilo pravnomočno ugotovljeno, da je bilo s člankom poseženo v njuno čast in dobro ime, ker navedbe iz članka temeljijo na nepreverjenih govoricah, česar pa pritožnika nista zahtevala.<sup>35</sup>

Zelo podoben konflikt je presojalo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi I Cp 2036/2019 z dne 11. 5. 2020. Tožnik je zahteval, da naj medij s svoje spletne strani odstrani članka, ki sta obravnavala kandidature za mesto sodnika ESČP in sta v zvezi s tem omenjala tudi tožnikovo kandidaturo ter nesporno dejstvo, da je bil obsojen v kazenskem postopku zaradi nasilja. Tožnik je trdil, da javnost nima več legitimnega interesa biti seznanjena s člankoma, saj se je postopek kandidature že pred nekaj časa zaključil, tožnik pa v postopku ni bil izbran. Zato je s tožbo zahteval od medija, da oba članka odstrani s svoje spletne strani ali ju vsaj prestavi v spletni arhiv, do katerega bo možno dostopiti le ob registraciji, zahteval pa je tudi odškodnino.

Vsi tožnikovi zahtevki so bili pravnomočno zavrjeni, pri čemer je Višje sodišče v Ljubljani v zvezi s pravico do svobode izražanja poudarilo, da po zaključku kandidacijskega postopka za mesto sodnika ESČP tak članek ni več aktualen, toda še vedno ima določen pomen in je zanimiv za splošno javnost z vidika zgodovinskega raziskovanja o tem dogodku in ohranitve duha tedanjega časa (*Zeitgeist*).<sup>36</sup> V zvezi z neutemeljenostjo tožnikovega podrednega zahtevka, da bi se članka prestavila v spletni arhiv medija in da bi bila dostopna ob registraciji in dodelitvi gesla, pa je višje sodišče presodilo, da bi tudi prestavitev objav v arhiv v resnici pomenila korak v smeri pozabe in omejitev svobode izražanja medija, ki zagotavlja predvsem pravico javnosti do obveščenosti.<sup>37</sup> Višje sodišče je opozorilo na kriterije, ki jih je v zvezi s kolizijo med pravico do pozabe in pravico do svobode izražanja postavilo ESČP,<sup>38</sup> v obravnavanem primeru pa je kot ključno izpostavilo predvsem pomembnost teme, ki sta jo obravnavala članka. Poleg tega, da je kandidatura za sodnika ESČP (politična) tema *par excellence*, kot je opozorilo višje sodišče, je bilo za zavrnitev zahtevka iz naslova pravice do pozabe odločilno tudi nesporno dejstvo,

<sup>35</sup> Zadeva *Węgrzynowski in Smolczewski proti Poljski*, 66. točka. Glej tudi Ovčak Kos, str. 256 in 257.

<sup>36</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2036/2019, 11. 5. 2019, 10. točka.

<sup>37</sup> Prav tam, 14. točka.

<sup>38</sup> Prav tam, 16. točka.

da so bile vse informacije o tožniku resnične ter tudi da je tožena stranka poročala korektno oziroma brez težnje po omadeževanju tožnika in da je bila ob tem spoštovana tožnikova domneva nedolžnosti<sup>39</sup> (v članku je bilo zapisano, da je šlo za kazensko sodbo prve stopnje). Sodišče je še opozorilo, da se v širšem družbenem smislu sicer rehabilitacija lahko uresničuje tudi s pravico do pozabe, a ne, ko gre za »večno aktualne« teme, kakršna je tema o kandidatih za najvišja sodišča v EU.<sup>40</sup>

Zadevna odločitev Višjega sodišča v Ljubljani je nedvomno skladna s prej omenjenimi odločitvami Sodišča EU in ESČP, ko gre za tehtanje pravice do pozabe in pravice do svobode izražanja. Tudi Višje sodišče v Ljubljani je enako kot ESČP v zadevi *Wegrzynowski in Smolczewski proti Poljski* utemeljeno dalo ustrezen pomen pravici javnosti, da ima neoviran in enostaven dostop tudi do starejših medijskih člankov, ki zaradi aktualnosti teme kljub časovno oddaljeni objavi ne postanejo nepomembni in jih zato ni dovoljeno zbrisati ali umikati v nekoliko težje dostopen spletni arhiv.

## 5. Pravica do pozabe in družbena omrežja

Glede na definicijo upravljavca,<sup>41</sup> od katerega lahko posameznik zahteva izbris osebnega podatka, je mogoče ugotoviti, da se zahteva za izbris lahko naslovi tudi na družbeno omrežje in tudi na uporabnika družbenega omrežja, če je njegovo udejstvovanje na družbenem omrežju takšno, da uporabnik sam ali skupaj z drugimi določa namene in sredstva obdelave osebnih podatkov. Postavlja se vprašanje, kakšna so merila za uveljavitev pravice do pozabe, ko se zahteva izbris objav z družbenih omrežij. Meniva, da je pri presoji praktične konkordance med pravico do pozabe in svobodo izražanja v primeru objav na družbenih omrežjih najprej treba identificirati naravo podatka, katerega izbris se želi. Če gre za objave, ki so (blizu) novinarskim vsebinam, je treba izhajati iz meril, ki pri uravnoteženju pravice do pozabe in pravice do svobode izražanja veljajo za medijske objave, če pa gre za podatek, pridobljen na način iskalnika, potem je treba izhajati iz enakih kriterijev, kot veljajo za iskalnike. V prvem primeru se bo tehtnica namreč praviloma prevesila v korist svobode izražanja, medtem ko nekatere druge vrste objav, še posebej, če gre za objavo oziroma obdelavo osebnih podatkov v (izključno) komercialne namene, ne uživajo tako velike zaščite v okviru svobode izražanja.

Ko gre za objave na družbenih omrežjih, se postavlja vprašanje, za katere vrste osebnih podatkov je dopustno zahtevati izbris. Pri tem lahko podatke razdelimo v tri kategorije.<sup>42</sup> Pr-

<sup>39</sup> Prav tam, 17. točka.

<sup>40</sup> Prav tam, 18. točka.

<sup>41</sup> Glej 7. točko 4. člena Splošne uredbe.

<sup>42</sup> Fleischer, str. 1.

va kategorija podatkov so podatki, ki jih je nekoč posameznik sam objavil, zdaj pa jih želi odstraniti s svojega profila na družbenem omrežju. Glede te kategorije podatkov najbrž ni dvoma, da je treba dopustiti njihovo odstranitev. Že druga kategorija podatkov, to so podatki, ki jih je uporabnik objavil na svojem družbenem profilu, a jih je nato drug uporabnik kopiral in objavil pri sebi, pomeni kolizijo med pravico do pozabe prvega uporabnika in pravico do svobode izražanja drugega uporabnika, torej tistega, ki je izvorno objavo kopiral in jo nato objavil na svojem profilu, in zato odločitve, kateri od pravic dati prednost, niso enostavne. V tretjo kategorijo podatkov spadajo osebni podatki, ki jih nekdo drug objavi o posamezniku in za katere ta posameznik zahteva, da se izbrišejo. Pravica do pozabe se brez dvoma nanaša tudi na to, tretjo kategorijo podatkov. Nekateri avtorji, še posebej tisti, ki izhajajo iz anglosaškega pravnega reda, opozarjajo na problematičnost tako širokega razumevanja pravice do pozabe,<sup>43</sup> ki sili upravljavca osebnih podatkov, kot je na primer Facebook, da se postavi v vlogo ravnika, ki tehta med pravico do pozabe in pravico do svobode izražanja, pri čemer je mogoče sklepati, da se v dvomu upravljavci raje odločijo za izbris objave, s čimer se izognejo tveganju, da jih doleti visoka kazen, določena v Splošni uredbi, kot pa da bi dali v dvomu prednost pravici do svobode izražanja. Za napačno odločitev v škodo pravice do pozabe je torej predvidena visoka kazen, za napačno odločitev v škodo pravice do svobode izražanja pa ne, kar učinkuje zastraševalno in ruši krhko ravnovesje med pravico do pozabe in pravico do svobode izražanja.

## 6. Izbris vsebin, ki se razširjajo prek družbenega omrežja, na podlagi Direktive o elektronskem poslovanju

Sodna praksa Sodišča EU kaže, da je lahko v določenih primerih pomemben pravni vir, ki utemeljuje izbris vsebin, ki se razširjajo prek družbenega omrežja, tudi Direktiva o elektronskem poslovanju. Upravljavce platform za družbeno omrežje, ki na svojih strežnikih shranjujejo informacije, ki jih v zvezi s svojimi profili dajo uporabniki te platforme, je mogoče v skladu s sodno prakso Sodišča EU<sup>44</sup> opredeliti kot ponudnike storitev gostovanja<sup>45</sup> in jih kot take podrediti pravnemu režimu Direktive o elektronskem poslovanju. Ugotoviti je mogoče, da so ravnanja večine upravljavcev platform za družbeno omrežje pri zagotavljanju storitev spletnega gostiteljstva (na primer Facebook, Instagram idr.) popolnoma tehnična, samodejna in pasivna. Upravljavec ne pozna in ne nadzoruje podatkov, ki se shranjujejo, njegova vloga pri tem je nevtralna. Glede na navedeno je mogoče skleniti, da je ravnanje upravljavcev platform za družbeno omrežje omejeno na ravnanje posrednega ponudnika storitev. V zvezi z njih-

<sup>43</sup> Prav tam. Rosen, str. 2. Smith, str. 2.

<sup>44</sup> Zadeva Sodišča EU C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) proti Netlog NV*, z dne 16. 2. 2012, ECLI:EU:C:2012:85.

<sup>45</sup> Glej 14. člen Direktive o elektronskem poslovanju in Damjan, str. 153.

vo odgovornostjo za objavljene podatke velja temeljno načelo, da ponudniku posredovalnih storitev ni treba nadzirati ali hraniti podatkov, ki jih pošilja ali hrani, ali dejavno raziskovati okoliščin, nakazujočih na protipravnost podatkov, ki jih zagotavlja prejemnik storitve.<sup>46</sup> Takšne splošne obveznosti nadzora podatkov ponudnikom posredovalnih storitev države članice tudi ne smejo predpisati.

Načelo izključitve splošne obveznosti nadzora vsebine je izjemno pomembno, saj učinkuje kot oblastna omejitev ter pravica in hkrati dolžnost ponudnika storitev. Ponudniku torej niti ni treba nadzirati vsebine niti je sam ne sme nadzirati (zaradi varstva zasebnosti uporabnikov).<sup>47</sup> Relativna imuniteta posrednega ponudnika glede odgovornosti za podatke, ki jih shranjuje, obstaja le, če ponudnik ni vedel za nezakonito dejavnost ali podatek in mu v zvezi z odškodninsko odgovornostjo niso znana dejstva ali okoliščine, iz katerih je očitno, da gre za nezakonito dejavnost ali podatek, oziroma če nemudoma, ko mu je protipravnost znana, ukrepa tako, da podatke odstrani ali onemogoči dostop do njih.<sup>48</sup> To pomeni, da posrednik storitev ni zavezan k iskanju nezakonitih vsebin, temveč mora ukrepati le, če mu je protipravnost znana ali ko ga imetnik pravic oziroma oškodovanec obvesti o kršitvi.<sup>49</sup> Ustavitev ali preprečitev kršitve pa lahko izreče tudi sodišče ali upravni organ.<sup>50</sup>

Družbena omrežja omogočajo hitro in pogosto nenadzorovano razširjanje informacij, tudi vsebin, ki so nezakonite. Postavlja se vprašanje, kakšna je obveznost ponudnika storitev gostovanja, ki upravlja spletno platformo za družbeno omrežje, glede izbrisa podatkov, ki so dobesedno enaki tistemu, ki ga je za nezakonitega označilo nacionalno sodišče, ter glede iskanja podatkov, ki so temu enakovredni. Ali je lahko ponudnik storitev spletnega gostovanja,

<sup>46</sup> Glej 15. člen Direktive o elektronskem poslovanju.

<sup>47</sup> Glej Damjan, str. 153.

<sup>48</sup> Glej prvi odstavek 14. člena Direktive o elektronskem poslovanju.

<sup>49</sup> Damjan opozarja na nejasnost, kdaj se šteje, da je ponudniku storitev protipravnost znana, tako da mora ukrepati, tudi če ni prejel zahteve za odstranitev ali sodne odredbe. Direktiva o elektronskem poslovanju ne našteva okoliščin, ko bi ponudniki storitev morali vedeti za protipravno dejavnost ali protipravni podatek. To ustvarja negotovost glede dolžnega ravnanja ponudnika storitev. V 15. členu je določeno, da države članice ponudnikom posredovalnih storitev ne smejo predpisati splošne obveznosti proaktivnega iskanja in filtriranja kakršnih koli potencialno nezakonitih vsebin uporabnikov. Pač pa 48. uvodna izjava direktive pojasnjuje, da države članice od ponudnikov storitev, ki hranijo podatke od prejemnikov storitev, lahko zahtevajo, da ravnajo s skrbnostjo, ki jo je od njih razumljivo pričakovati in je določena v nacionalnem pravu, tako da odkrijejo in preprečijo nekatere oblike nezakonitih dejavnosti. Slovenska sodišča so v dosedanjih primerih zavzemale stališče, da mora ponudnik storitev gostiteljstva ukrepati (tj. odstraniti sporne vsebine) šele tedaj, ko ga je oseba, na katero se nanaša kršitev, opozorila na konkretno kršitev. Pač pa mora ponudnik storitev ukrepati takoj, ko na ta način izve za protipravnost zapisa, in ne šele po tem, ko mu je protipravnost znana z začasno odredbo ali sodbo. Damjan, str. 155.

<sup>50</sup> Glej tretji odstavek 14. člena Direktive o elektronskem poslovanju ter 45. uvodno izjavo te direktive. Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (Uradni list RS, št. 19/15) v drugem odstavku 11. člena kot razloge našteva odkrivanje in preprečevanje kaznivih dejanj, varstvo zasebnosti, varovanje tajnih podatkov in poslovna tajnost.

ki upravlja platformo za družbeno omrežje, obvezan, da zaradi izvajanja odredbe, ki jo izda sodišče države članice, poišče in identificira vse podatke, ki so dobesedno enaki tistemu, ki ga je navedeno sodišče označilo za nezakonitega, ali njemu enakovredni, ne glede na to, kdo jih je objavil, ali to že pomeni ravnanje, ki spada v prepoved splošne obveznosti nadzora. Sodišče EU je ta vprašanja presojalo v zadevi *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, ki bo predstavljena in analizirana v nadaljevanju.

### 6.1. Zadeva *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*

Tožnica Eva Glawischning-Piesczek je bila poslanka spodnjega doma avstrijskega parlamenta, vodja poslanske skupine Die Grünen (Zeleni) v parlamentu in zvezna tiskovna predstavnica te politične stranke. Neki uporabnik Facebooka je na svoji osebni strani delil članek z avstrijskega spletnega informativnega portala oe24.at, naslovljen »Zeleni: za ohranitev minimalnega dohodka za begunce«, zaradi česar je bil na tej strani ustvarjen »predogled« izvirnega spletnega mesta, ki je vseboval naslov in kratek povzetek navedenega članka ter fotografijo tožnice. Poleg tega je ta uporabnik v zvezi s tem člankom objavil žaljiv komentar, ki je škodil njenemu ugledu in ki ga je lahko prebral vsak uporabnik Facebooka. Facebook ni ugodil tožnični zahtevi za izbris zadevnega komentarja ali blokiranje dostopa.<sup>51</sup>

Dunajsko sodišče je nato Facebooku z začasno odredbo odredilo, naj takoj in do konca postopka z opustitveno tožbo preneha objavljati in/ali razširjati fotografije, na katerih je tožnica, kadar spremno besedilo vsebuje trditve, ki so enake ali imajo enakovredno vsebino kot trditve iz spornega komentarja.<sup>52</sup> Pritožbeno sodišče je potrdilo začasno odredbo v delu, v katerem se nanaša na enake trditve. Po drugi strani je presodilo, da se obveznost razširjanja trditev z enakovredno vsebino nanaša le na trditve, o katerih so Facebook obvestile tožnica ali tretje osebe ali s katerimi je bila drugače seznanjena.<sup>53</sup>

Avstrijsko vrhovno sodišče je na Sodišče EU naslovilo predhodno vprašanje glede razlage določila prvega odstavka 15. člena Direktive o elektronskem poslovanju, in sicer ali to določilo v primeru ponudnika storitev spletnega gostovanja, ki ni nemudoma odstranil nezakonitih podatkov, na splošno nasprotuje obveznostim, navedenim v nadaljevanju, torej da bi moral poleg teh nezakonitih podatkov v smislu točke a prvega odstavka 14. člena te direktive odstraniti tudi druge enake podatke: po vsem svetu; v konkretni državi članici; konkretnega prejemnika storitve po vsem svetu; konkretnega prejemnika storitve v konkretni državi članici. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: ali to v vsakem od primerov velja tudi za podatke z

<sup>51</sup> Glej 10.–13. točko sodbe Sodišča EU v zadevi *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*.

<sup>52</sup> Prav tam, 14. točka.

<sup>53</sup> Prav tam, 16. točka.

enakovredno vsebino in ali to velja tudi za podatke z enakovredno vsebino od trenutka, ko je bil upravljavec seznanjen s to okoliščino.<sup>54</sup>

V središču obravnavane zadeve je vprašanje, kot ga slikovito opiše generalni pravobranilec v tej zadevi Szpunar, ali je lahko ponudnik storitev gostovanja, ki upravlja spletno platformo za družbeno omrežje, obvezan, da z metaforičnim brisalcem črnila odstrani nekatere vsebine, ki jih na spletu objavijo uporabniki te platforme.<sup>55</sup> Predložitveno sodišče s svojimi vprašanji za predhodno odločanje Sodišče EU poziva, naj pojasni osebno in materialno področje uporabe obveznosti, ki se lahko naložijo ponudniku storitev spletnega gostovanja, ne da bi to pomenilo naložitev splošne obveznosti nadzora, ki je v skladu s prvim odstavkom 15. člena Direktive o elektronskem poslovanju prepovedana.<sup>56</sup> Predložitveno sodišče Sodišču EU predlaga tudi, naj razsodi, ali je mogoče v okviru odredbe, ki jo izda sodišče države članice, ponudniku storitev spletnega gostovanja naložiti, da odstrani nekatere vsebine ne samo za uporabnike interneta v tej državi članici, temveč po vsem svetu.

Po presoji Sodišča EU je treba določilo prvega odstavka 15. člena Direktive o elektronskem poslovanju razlagati tako, da ne nasprotuje temu, da lahko sodišče države članice:

- a) glede podatkov, dobesedno enakih tistemu, ki je bil označen za nezakonitega, velja, da se ponudniku storitev gostovanja lahko naloži, naj izbriše podatke, ki jih hrani in katerih vsebina je enaka vsebini podatka, ki je bil prej razglašen za nezakonitega, ali naj blokira dostop do njih, ne glede na to, kdo je zahteval hrambo teh podatkov;
- b) glede enakovrednih podatkov se ponudniku storitev gostovanja lahko naloži, naj izbriše podatke, ki jih hrani in katerih vsebina je enakovredna vsebini podatka, ki je bil prej razglašen za nezakonitega, ali naj blokira dostop do njih, če sta nadzor in iskanje podatkov, na katere se nanaša ta odredba, omejena na podatke, ki prenašajo sporočilo z vsebino, ki je glede na vsebino, katere nezakonitost je bila ugotovljena, v bistvenem delu ostala nespremenjena, in ki vsebujejo elemente, opredeljene v odredbi, pri čemer razlike pri ubeseditvi te vsebine, ki je enakovredna vsebini podatka, za katerega je bilo prej ugotovljeno, da je nezakonit, niso take, da bi moral zadevni ponudnik storitev gostovanja samostojno presojsati to vsebino, in
- c) ponudniku storitev gostovanja se lahko odredi, naj izbriše podatke, na katere se nanaša odredba, ali blokira dostop do njih na svetovni ravni v okviru upoštevnega mednarodnega prava.

<sup>54</sup> Prav tam, 20. točka.

<sup>55</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited* z dne 10. 1. 2019, ECLI:EU:C:2019:458, 2. točka.

<sup>56</sup> Prav tam, 3. točka.



## 6.2. Odprta vprašanja

Odločitev Sodišča EU po najinem mnenju postavlja več odprtih vprašanj v zvezi z obsegom obveznosti nadzora upravljavca družbenega omrežja, ki jih je mogoče razvrstiti v tri sklope, in sicer vprašanja glede ozemeljskega obsega izbrisne obveznosti, glede opredelitve enakovredne vsebine in glede časovne veljavnosti izbrisne obveznosti. Implementacija sodbe *Eva Glawischning–Piesczek proti Facebook Ireland Limited* prinaša tudi številne praktične izzive in pomisleke. V nadaljevanju bodo obravnavana izpostavljena vprašanja.

### 6.2.1. Vprašanje ozemeljskega obsega izbrisne obveznosti

Ponudniku storitev spletnega gostovanja je lahko z odredbo nacionalnega sodišča naloženo, da odstrani podatke, razširjene prek platforme za družbeno omrežje, po vsem svetu. Izbrisna obveznost posrednika storitev spletnega gostiteljstva tako ni omejena zgolj na območje EU, temveč se lahko razširi čez njegove meje. Kljub dejstvu, da področje pravnega varstva osebnostnih pravic in zasebnosti ni predmet evropske harmonizacije,<sup>57</sup> Sodišče EU dopušča širši ozemeljski obseg učinkov odredb nacionalnih sodišč glede izbrisa določenih vsebin, kot to velja za določene harmonizirane pravice. Poudarjeno je že bilo, da je pravica do pozabe praviloma omejena zgolj na ozemlje EU.<sup>58</sup> Pripoznavanje globalnih učinkov nacionalnim odredbam za izbris je po najinem mnenju v nasprotju z idejo, v skladu s katero harmonizacija zagotavlja višjo raven pravnega varstva v EU.<sup>59</sup>

Koncept ekstraterritorialnih učinkov odredb sicer v pravu EU ni nov. Na področju prava intelektualne lastnine je Sodišče EU<sup>60</sup> večkrat potrdilo dostopnost panevropskih odredb, predvsem v zvezi z uveljavitvijo unitarnih pravic intelektualne lastnine, pri čemer pa je bilo poudarjeno, naj bo ozemeljsko področje sodne odredbe ob izpolnitvi določenih pogojev omejeno le na tiste države članice, v katerih bi bilo mogoče ugotoviti tveganje.<sup>61</sup> Slednje omejitve Sodišče EU v zadevi *Eva Glawischning–Piesczek proti Facebook Ireland Limited* ni podalo. Tako je Sodišče EU v zadevah *DHL Express France SAS proti Chronopost SA* in *combit Software GmbH proti Commit Business Solutions Ltd* presodilo, da obseg prepovedi, ki jo izreče sodišče

<sup>57</sup> Primerjaj Rosati, str. 7.

<sup>58</sup> Glej sodbo v zadevi *Google Inc. proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

<sup>59</sup> Primerjaj Rosati, str. 16.

<sup>60</sup> Glej zadeve Sodišča EU: C-235/09, *DHL Express France SAS proti Chronopost SA*, z dne 12. 4. 2011, ECLI:EU:C:2011:238; C-223/15, *combit Software GmbH proti Commit Business Solutions Ltd*, z dne 22. 9. 2016, ECLI:EU:C:2016:719; C-24/16 in C-25/16, *Nintendo Co.Ltd proti BigBen Interactive GmbH, BigBen Interactive SA*, z dne 27. 9. 2017, ECLI:EU:C:2017:724; C-145/10, *Eva-Maria Painer proti Standard VerlagsGmbH*, z dne 7. 3. 2013, ECLI:EU:C:2011:798, idr.

<sup>61</sup> Morawska-Zakroczymska, Gęsicka, str. 349.

glede dejanj, s katerimi je kršena ali bi lahko bila kršena znamka EU, načeloma zajema celotno ozemlje EU. Ozemeljski obseg takšnega sodnega varstva je namreč odraz znamke EU kot pravice z enotnim varstvom in učinkom na vsem območju Unije. Kljub temu Sodišče EU poudarja, da mora sodišče, če ugotovi, da uporaba znaka povzroča verjetnost zmede zaradi znamke EU zgolj na delu ozemlja EU, ne da bi povzročala tako verjetnost na drugem delu tega ozemlja, ugotoviti, da je kršena izključna pravica iz te znamke, in odrediti prenehanje navedene uporabe na celotnem ozemlju EU, razen v njenem delu, za katerega je bil ugotovljen neobstoj verjetnosti zmede. V zadevi *Solvay SA proti Honeywell Companies*<sup>62</sup> pa je Sodišče EU kljub omejeni teritorialni naravi evropskih patentov dopustilo, da lahko nacionalno sodišče odredi čezmejno prepoved kršitve istega nacionalnega dela evropskega patenta, saj bi v nasprotnem lahko to pripeljalo do nezdružljivih sodnih odločb, ki bi lahko bile posledica ločenih postopkov.

Po najinem mnenju ozemeljska implementacija izbrisne obveznosti ponudnika storitev spletne gostovanja ne bi smela presegati tistega, kar je nujno potrebno za varstvo oškodovanca,<sup>63</sup> kar zahteva presojo od primera do primera, zato ni ustrezno samodejno razširjanje učinkov izbrisne obveznosti na svetovno raven. Upoštevati je namreč treba, da države članice pri presoji svobode izražanja in kolizije z osebnostnimi pravicami ter pravico zasebnosti, kar je temelj sodne presoje za izdajo izbrisne odredbe, uživajo široko polje proste presoje. Z odreditvijo izbrisne obveznosti čez nacionalne meje se posega na področje praktične konkordance drugih držav.<sup>64</sup> Glede na navedeno se je mogoče strinjati s pravobranilcem Szpunarjem, da bi morale sodišče zaradi razlik med nacionalnimi pravnimi sistemi na eni strani ter varstvom zasebnosti in osebnostnih pravic, ki jih ti določajo, na drugi strani in da bi se spoštovale splošno priznane temeljne pravice, nastopiti samoomejevalno ter čim bolj omejiti ekstrateritorialne učinke svojih odredb na področju kršenja zasebnosti in osebnostnih pravic.<sup>65</sup> Odrejanje globalnih učinkov bi moralo biti zato *extrema ratio*.<sup>66</sup> Varstva zasebnosti in osebnostnih pravic namreč ni treba nujno zagotoviti absolutno, temveč mora biti uravnoteženo z varstvom drugih temeljnih pravic. Izogibati se je torej treba pretiranih ukrepov, s katerimi ne bi bilo poskrbljeno za

<sup>62</sup> Sodba Sodišča EU C-616/10, *Solvay SA proti Honeywell Companies*, z dne 12. 7. 2012, ECLI:EU:C:2012:445.

<sup>63</sup> Rosati, str. 7 in 8.

<sup>64</sup> Tako se na primer legitimni interes javnosti, da dostopa do informacije, vsekakor razlikuje od ene tretje države do druge glede na njen geografski položaj. Zato bi, kar zadeva odstranitev po vsem svetu, obstajala nevarnost, da bi njeno izvajanje osebam s stalnim prebivališčem v drugih državah, kot je država sodišča, pri katerem je bila vložena tožba, preprečilo dostop do informacije. Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, 99. točka.

<sup>65</sup> Prav tam, 100. točka.

<sup>66</sup> Primerjaj Rosati, str. 17.

pravično ravnotežje med različnimi temeljnimi pravicami.<sup>67</sup> Namesto izbrisa vsebine bi lahko torej nacionalno sodišče, če je to ustrezno, odredilo, naj se onemogoči dostop do teh podatkov z uporabo geoblokiranja, kar kot alternativo ponuja tudi pravobranilec Szpunar.<sup>68</sup>

### 6.2.2. Vprašanje razlage pojma enakovredne vsebine

Nezakonitost vsebine podatka opredeljuje njegovo sporočilo in ne uporaba določenih izrazov, kombiniranih na neki način.<sup>69</sup> Po presoji Sodišča EU se izbrisna obveznost posrednika storitev spletnega gostiteljstva za podatke, ki jih objavi uporabnik platforme za družbeno omrežje, nanaša tudi na podatke z enakovredno vsebino nezakonitim podatkom, če niso taki, da bi moral ponudnik samostojno presojati to vsebino. Generalni pravobranilec Szpunar pojem enakovredne vsebine nezakonitemu podatku opredeljuje kot podatke, ki se komaj razlikujejo od prvotnega podatka, ali primere, v katerih ostane sporočilo v bistvu nespremenjeno. To primeroma ponazori, kot na primer reprodukcija podatka, označenega za nezakonitega, vsebuje tipkarsko napako ali ima drugačno skladnjo ali ločila.<sup>70</sup> Izbrisna obveznost ponudnika spletnega gostovanja je po njegovem mnenju omejena na podatke, enakovredne tistemu, označenemu za nezakonitega, ki jih razširja isti uporabnik.<sup>71</sup>

Sodišče EU razumevanju enakovredne vsebine, kot ga je podal generalni pravobranilec, ni sledilo, temveč je sprejelo širšo definicijo enakovredne vsebine, in sicer kot podatka, s katerim se prenaša v bistvu enako sporočilo, kot je vsebina, ki je bila razglašena za nezakonito, pa čeprav je zaradi drugačne uporabe besed ali besednih kombinacij oblikovan drugače.<sup>72</sup> Enakovredni podatki morajo vsebovati konkretne elemente, ki jih opredeli izdajatelj odredbe, kot so ime osebe, na katero se nanaša ugotovljena kršitev, okoliščine, v katerih je bila ta kršitev ugotovljena, in vsebino, ki je enakovredna tisti, za katero je bilo ugotovljeno, da je nezakonita.<sup>73</sup> Ta merila so v veliki meri protislovna, saj bo ponudnik spletnega gostiteljstva lahko ugotovil, ali mora izvesti oceno, šele po izvedbi nadzora, ki ga nato ni mogoče razveljaviti.<sup>74</sup> Elementi, omenjeni v odredbi, lahko vključujejo subtilne spremembe in zahtevajo nadaljnjo analizo in dejansko razumevanje konteksta, kot na primer ko gre za satirična sporočila ali ko je sporočilo

<sup>67</sup> Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, 102. točka.

<sup>68</sup> Prav tam, 100. točka. Glej tudi Cavaliere, str. 10 in 11.

<sup>69</sup> Glej 40. točko sodbe Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*.

<sup>70</sup> Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, 67. točka.

<sup>71</sup> Prav tam, 72. in 73. točka.

<sup>72</sup> Glej 41. točko sodbe Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*.

<sup>73</sup> Prav tam, samo 45. točka.

<sup>74</sup> *Morawska-Zakroczymska, Gęsicka*, str. 353.

predstavljeno v memu ali avdiovizualni obliki. To ponudnika spletnega gostiteljstva nedvomno postavlja v težaven položaj, saj ne sme samostojno presojati vsebin, ki se razširjajo prek njegove platforme.<sup>75</sup>

Večina spletnih platform družbenih omrežij (na primer Facebook, Instagram idr.) dopušča avtomatsko prevajanje objavljenih vsebin. Postavlja se vprašanje, ali bodo ti prevodi samodejno pripoznani kot enakovredna vsebina. Če bodo nacionalna sodišča šla v to smer, bi to lahko povzročilo evropeizacijo kršitev osebnostnih pravic.<sup>76</sup> Ugotoviti je mogoče, da zahteva za izbris enakovredne vsebine dejansko terja preučitev pomena in konteksta enakovrednega podatka ter konteksta identične, nezakonite vsebine.<sup>77</sup> Po najinem mnenju bo temu težko zadoščeno, ne da bi ponudnik storitev spletnega gostovanja uporabil izpopolnjene rešitve. S tem se pojavi tudi upravičena bojazen, da vloga ponudnika storitev, ki bi izvajal splošni nadzor, ne bi bila več nevtralna, ker ne bi bila več samo tehnična, samodejna in pasivna, temveč bi ta ponudnik storitev s tem, da bi izvajal obliko cenzure, postal dejaven urednik vsebin te platforme.<sup>78</sup>

### 6.2.3. Vprašanje časovne veljavnosti izbrisne obveznosti

Tretji vidik, ki zahteva opredelitev, je vprašanje časovne veljavnosti izbrisne obveznosti. Določilo tretjega odstavka 14. člena Direktive o elektronskem poslovanju se nanaša tudi na prepoved prihodnjih kršitev. Sodišče EU se do časovnega elementa uveljavitve izbrisne obveznosti ni posebej opredelilo. V primerih kršitve osebnostnih pravic je treba upoštevati, da se interes javnosti sorazmerno hitro izgubi. Običajno je resnost kršitev osebnostnih pravic najizrazitejša v začetni fazi, ko je interes javnosti praviloma najintenzivnejši, nato pa se sčasoma ta interes javnosti postopoma izgublja, vse manj je ponovnih objav in komentarjev, ti so tudi bolj uravnoteženi. Spremeni se lahko tudi status osebe, na katero se sporna objava nanaša (na primer postane relativno javna oseba). Te spremembe lahko izkazujejo, da je izbrisna obveznost, ki ni časovno omejena, nesorazmerna in lahko ima tudi negativen učinek na svobodo izražanja (*«chilling effect»*).<sup>79</sup> Vse to utrjuje sklep, da bi morala biti odredba o izbrisu časovno omejena, kar bodo morala pri odločanju upoštevati nacionalna sodišča.

<sup>75</sup> Prav tam.

<sup>76</sup> Prav tam.

<sup>77</sup> Rosati, str. 11.

<sup>78</sup> Primerjaj sklepne predloge generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Sodišča EU *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, 73. točka.

<sup>79</sup> Morawska-Zakroczyńska, Gęsicka, str. 354.

#### 6.2.4. Problematika praktične implementacije

Izbrisna obveznost, ki jo odredi nacionalno sodišče, se, kot je bilo že ugotovljeno, ne nanaša zgolj na enako vsebino, temveč lahko tudi na nezakoniti vsebini enakovredne podatke, kar pomeni trditveno in dokazno breme tožnika. Nacionalno sodišče mora tako ugotoviti, kateri podatki v tožnikovi zahtevi so nezakoniti, določiti, katere besede ali besedne zveze je treba šteti za enakovredne, in nato presoditi, v kakšnih okoliščinah bi uporaba enakovredne vsebine lahko pomenila kršitev.<sup>80</sup> Ustrezno oblikovanje tožbenega zahtevka glede opredelitve enakovredne vsebine bo nedvomno izziv tožnika; ta ne sme biti ne preozek ne preširok.

Način opredelitve pojma enakovredne vsebine in obseg obveznosti, ki jih je mogoče naložiti ponudniku spletnega gostiteljstva, kot ju je določilo Sodišče EU, postavlja vprašanje, ali je dejansko uvedena obveznost uporabe (preventivnega) avtomatiziranega sistema splošnega filtriranja skozi zadnja vrata. To velja za spremljanje in iskanje enakovrednih informacij, hkrati pa zajema vsebino kateregakoli uporabnika, ne zgolj kršitelja. Sodišče EU je poudarilo, da obveznost spremljanja ne sme zahtevati, da bi moral ponudnik izvesti neodvisno oceno vsebine, a je hkrati opredelilo elemente odredbe nejasno, brez pojasnila, kako naj bodo ti preneseni v mehanizem spremljanja enakovredne vsebine.<sup>81</sup> Jasno je, da bo za njihovo določanje v konkretnem primeru treba izvesti izpopolnjeno oceno. Ostaja še vprašanje, kakšno je tveganje ponudnika spletnega gostiteljstva pri izbrisu ali blokiranju vsebine po izvedbi neodvisne ocene in kakšna je nevarnost, če tega ne stori. Upoštevati je tudi treba, da lahko ima težnja po domnevni odstranitvi nedovoljene vsebine odvratilni učinek na uporabnike in lahko negativno vpliva na uveljavljanje svobode izražanja. Prav tako obveznost uporabe avtomatiziranega sistema splošnega filtriranja ustvarja dodatne stroške za ponudnika spletnega gostitelja, kar je lahko pomembna obremenitev za mala in srednja velika podjetja.<sup>82</sup>

## 7. Sklep

Pri presoji kolizije med pravico do pozabe in svobodo izražanja je pomemben element oblika spletnega mesta objave podatka, katerega izbris se zahteva. Upoštevati je namreč treba, da dejavnost iskalnikov zaradi možnosti ustvarjanja profila in globalne dostopnosti bistveno bolj posega v osebne pravice posameznika kot objave na izvornih spletnih medijskih straneh, spletni mediji pa so zaradi svojega pomena za demokratičnost družbe lahko le izjemoma deležni posegov v svobodno izvrševanje te pravice. V primeru objav na spletnih portalih družbenih omrežij je zato treba najprej identificirati naravo podatka, katerega izbris se zahteva.

<sup>80</sup> Prav tam.

<sup>81</sup> Prav tam, str. 35.

<sup>82</sup> Prav tam, str. 356.

Če gre za objave, ki so (blizu) novinarskim vsebinam, je treba izhajati iz meril, ki pri uravnoteženju pravice do pozabe in pravice do svobode izražanja veljajo za medijske objave, če gre za podatek, pridobljen na način iskalnika, pa je treba izhajati iz enakih kriterijev, kot veljajo za iskalnike. V prvem primeru se bo tehtnica namreč praviloma prevesila v korist svobode izražanja, medtem ko nekatere druge vrste objav, še posebej če gre za objavo oziroma obdelavo osebnih podatkov v (izključno) komercialne namene, ne uživajo tako velike zaščite v okviru svobode izražanja.

Izbris podatkov, ki se objavljajo na internetu, zlasti na platformah družbenih omrežij, je mogoče v določenih primerih uveljavljati tudi na podlagi Direktive o elektronskem poslovanju. Določilo prvega odstavka 15. člena Direktive o elektronskem poslovanju namreč ne preprečuje sodišču države članice, da ponudniku gostiteljskim storitev odredi, da odstrani ali blokira dostop do informacij, enakih vsebini informacij, ki so bile prej razglašene za nezakonite, naročanje gostiteljskemu ponudniku, da odstrani ali blokira dostop do informacij, enakovrednih informacijam, ki so bile prej razglašene za nezakonite, pod pogojem, da vsebina ostane v bistvu nespremenjena in razlike v besedilu niso takšne, da bi od gostiteljskega ponudnika zahtevali neodvisno oceno, ki presega določene elemente v odredbi, ali da odredi gostiteljskemu ponudniku, da v okviru ustreznega mednarodnega prava po vsem svetu odstrani ali blokira dostop do informacij, ki jih zajema prepoved.

Ozemeljska implementacija izbrisne obveznosti ponudnika storitev spletnega gostovanja ne bi smela preseirati tistega, kar je nujno potrebno za varstvo oškodovanca, kar zahteva presojo od primera do primera, zato ni ustrezno samodejno razširjanje učinkov izbrisne obveznosti na svetovno raven. Odrejanje globalnih učinkov bi moralo biti zato *extrema ratio*, alternativa pa je geoblokiranje. Način opredelitve pojma enakovredne vsebine in obseg obveznosti, ki jih je mogoče naložiti ponudniku spletnega gostiteljstva, kot ju je določilo Sodišče EU v zadevi *Eva Glawischnig-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, postavlja vprašanje, ali je dejansko uvedena obveznost uporabe (preventivnega) avtomatiziranega sistema splošnega filtriranja skozi zadnja vrata. Sodišče EU je sicer res poudarilo, da obveznost spremljanja ponudnika spletnega gostovanja ne sme zahtevati, da bi moral ta izvesti neodvisno oceno vsebine, a je hkrati opredelilo elemente odredbe nejasno, brez pojasnila, kako naj bodo ti preneseni v mehanizem spremljanja enakovrednih vsebin. Meniva, da bo temu težko zadoščeno, ne da bi ponudnik storitev spletnega gostovanja uporabil izpopolnjene rešitve. S tem se pojavi tudi upravičena bojazen, da vloga ponudnika storitev spletnega gostiteljstva, ki bi izvajal splošni nadzor, ne bi bila več nevtralna, ker ne bi bila več samo tehnična, samodejna in pasivna. Ustrezno oblikovanje tožbenega zahtevka glede opredelitve enakovredne vsebine bo nedvomno izziv tožnika; ta ne sme biti ne preozek ne preširok. Izbrisna obveznost bi morala biti časovno omejena, saj je lahko v nasprotnem nesorazmerna in lahko ima tudi negativen učinek na svobodo izražanja.

Čeprav se morda na prvi pogled zdi, da Direktiva o elektronskem poslovanju omogoča širše pravno varstvo glede izbrisa *on-line* vsebin, zlasti upošteva možnost izbrisa enakovrednih vsebin z globalnim učinkom, podrobna analiza pravnih podlag za izbris, in sicer Splošne uredbe in Direktive o elektronskem poslovanju, pokaže, da to ni nujno tako. Glede določitve ozemeljske veljavnosti izbrisne obveznosti je bilo že zgoraj poudarjeno, da mora nacionalno sodišče ravnati samoomejevalo, kar pomeni, da naj bo izbris odrejen na svetovni ravni le izjemoma. Sodišče EU v zadevi *Google Inc. proti Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* pa tudi ni absolutno izključilo globalne uveljavitve pravice do pozabe. Konkretizacija enakovrednih podatkov bo za tožnike kot za ponudnike spletnega gostiteljstva pomemben izziv tako glede identifikacije in nadzora kot oblikovanja tožbenega zahtevka, zato se postavlja vprašanje o učinkovitosti takega pravnega varstva.

## Literatura

- CAVALIERE, Paolo. Glawischnig-Piesczek v Facebook on the Expanding Scope of Internet Service Providers' Monitoring Obligations. *European Data Protection Law Review*, 2019, letn. 5, št. 4, str. 573–578. Edinburgh School of Law Research Paper (Forthcoming), dostopno na: <<https://ssrn.com/abstract=3519389> ali <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3519389>> (23. 9. 2020).
- DAMJAN, Matija. Odgovornost ponudnikov storitev informacijske družbe in spletnih medijev za uporabniške vsebine. *Pravosodni bilten*, 2017, letn. 38, št. 1, str. 153–177.
- EMERŠIČ POLIČ, Katarina. Komentar 17. člena Splošne uredbe o varstvu podatkov, v: Pirc Musar, N. (ur.), *Komentar Splošne uredbe o varstvu podatkov*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2020.
- FLEISCHER, Peter. *Foggy thinking about the Right to Oblivion*, 2011. Dostopno na: <[peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html](http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html)> (28. 10. 2020).
- GLOBOČNIK, Jure. The Right to Be Forgotten is Taking Shape: CJEU Judgments in GC and Others (C-136/17) and Google v CNIL (C-507/17). *GRUR International*, 2020, letn. 69, št. 4, str. 380–388. Dostopno na: <<https://doi.org/10.1093/grurint/ikaa002>> (23. 9. 2020).
- KELION, Leon. Google wins landmark right to be forgotten case. *BBC*, 2019. Dostopno na: <[www.bbc.com/news/technology-49808208](http://www.bbc.com/news/technology-49808208)> (28. 10. 2020).
- MITH, Kathryn. The Right to be Forgotten: Legislating for Individuals to Regain Control of their Personal Information on Social Networks. *Reinvention: an International Journal of Undergraduate Research*, 2014, letn. 7, št. 1. Dostopno na: <[https://warwick.ac.uk/fac/cross\\_fac/iatl/reinvention/archive/volume7issue1/smith/](https://warwick.ac.uk/fac/cross_fac/iatl/reinvention/archive/volume7issue1/smith/)> (28. 10. 2020).

- MORAWSKA-ZAKROCZYMSKA, Zuzanna, GEŚICKA, Daria. Case Note to the Judgment of the Court of Justice of 3 October 2019 in Case *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland*, C-18/18. *Comparative Law Review*, 2019, letn. 25, str. 345–356.
- OVČAK KOS, Maja. Aktualna vprašanja uveljavljanja pravice do pozabe, v: Betetto, N., in dr. (ur.), *Liber amicorum Anton Gašper Frantar*, 1. izdaja. Ljubljana: Vrhovno sodišče Republike Slovenije, 2020.
- ROSATI, Eleonora. Material, Personal and Geographic Scope of Online Intermediaries' Removal Obligations beyond *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18 and Defamation. *European Intellectual Property Review* (Forthcoming), 2019. Dostopno na: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3438102](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3438102)> (23. 9. 2020)
- ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten *Stanford Law Review* (symposium issue), letn. 64, 2012. Dostopno na: <[review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2012/02/64-SL-RO-88.pdf](http://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2012/02/64-SL-RO-88.pdf)> (28. 10. 2020).
- SAMONTE, Mary. Google v. CNIL: The Territorial Scope of the Right to Be Forgotten Under EU Law. *European Papers*, 2019, letn. 4, št. 3, str. 839–851.



Izvorni znanstveni članek  
UDK 004.774:347.78:343.632

# Odgovornost za vsebino hiperpovezave

MARCELA DOLENC  
magistrica prava  
odvetniška pripravnica v Odvetniški  
Družbi Ilič & Partnerji, o. p. d. o. o.

## 1. Uvod\*

Svetovni splet, kot ga poznamo danes, se je razvil iz ideje o veliki platformi, ki je bila namenjena izmenjavi informacij in znanja med znanstveniki. Z njeno pomočjo so si znanstveniki delili izsledke svojih raziskav s hiperpovezavami, zato je bilo povezovanje z njimi zaželeno in nujno potrebno. Kmalu je platforma, namenjena znanstvenikom, prerasla v svetovno mrežo, namenjeno ljudem po vsem svetu. Postala je prostor za izražanje in širjenje idej, poleg tega pa je pridobila vse večjo komercialno vlogo.

Povezovanje s hiperpovezavami oziroma linkanje je način, s katerim uporabniki s klikom na link potujejo z enega spletnega mesta na drugega. Avtorji vsebin s hiperpovezavo na spletu povežejo svojo vsebino z neko drugo vsebino, ki ima z njihovo neko smiselno povezavo. Dostopanje do in iskanje informacij sta zato veliko lažja, hitrejša in učinkovitejša. Povezanost spletnih strani s hiperpovezavami je pomembna tudi zato, ker spletni iskalniki na prvih mestih v zadetkih iskanja ponudijo najbolj povezane spletne strani. Na drugi strani je klikanje na hiperpovezave zaželeno tudi na strani oglaševalcev, za katere več klikov pomeni večji dobiček. Hiperpovezave imajo na spletu torej velik praktični pomen.

Uporabnik je s klikom na hiperpovezavo preusmerjen na stran, ki dopolnjuje vsebino prvotne strani. Vsebinska, do katere vodi hiperpovezava, je lahko iz različnih razlogov nezakonita. Postavi se vprašanje, ali lahko osebi, ki je uporabila hiperpovezavo,<sup>1</sup> pripišemo odškodninsko

---

\* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z enakim naslovom, ki jo je avtorica uspešno zagovarjala leta 2020 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

<sup>1</sup> Oseba, ki je uporabila oziroma ponudila hiperpovezavo, bo v nadaljevanju imenovana uporabnik oziroma ponudnik hiperpovezave.

ali celo kazensko odgovornost za vsebino nekoga tretjega. Namen prispevka je ugotoviti, pod kakšnimi pogoji bi bil lahko ponudnik hiperpovezave odgovoren za vsebino, do katere ta vodi.

Ob odsotnosti pravne regulacije tega vprašanja se odgovornost presoja po splošnih pravilih. Prispevek zajema kratko predstavitev splošne ureditve odgovornosti in njenih izjem v skladu z Direktivo o elektronskem poslovanju.<sup>2</sup> Ta sicer ne ureja izrecno hiperpovezav, vendar je pomembna zato, ker so nekatere države članice po zgledu ureditve iz direktive določile splošna pravila za hiperpovezave.

V nadaljevanju bodo hiperpovezave obravnavane po posameznih pravnih področjih, saj je presoja odgovornosti za vsebino hiperpovezave odvisna od področja prava, na katero sega domnevna kršitev, ter v veliki meri od dejanskih okoliščin primera. Obravnavana bodo pravna področja časti in dobrega imena ter avtorskega prava. Z namenom iskanja skupnih značilnosti bo analizirana sodna praksa s teh področij. Cilj prispevka je najti skupna temeljna načela, ki bi lahko pomenila temeljna načela splošne ureditve pri presoji odgovornosti za vsebino hiperpovezave.

Nazadnje bodo analizirane odločitve Sodišča Evropske unije s področja hiperpovezav in avtorskega prava ter nova pravica založnikov medijskih publikacij, t. i. »davek na hiperpovezave«, ki jo je uvedla Direktiva o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu.<sup>3</sup>

## 1.1. Problem odgovornosti za vsebino hiperpovezave

Z linkanjem avtor vsebine na spletni strani poveže svojo vsebino s tisto, ki je po hiperpovezavi dostopna na drugi spletni strani. Problem se pojavi, ko je vsebina na drugem spletnem mestu nezakonita. Ta je na drugem spletnem mestu, vendar do nje vodi hiperpovezava s prvega spletnega mesta. Tako se postavi vprašanje, ali je za nezakonito vsebino odgovorna tudi oseba, ki tako hiperpovezavo vzpostavi in s tem omogoči dostop do nezakonite vsebine. Če bi osebi, ki je vzpostavila hiperpovezavo, pripisali odgovornost za nezakonito vsebino na njej, bi ji pripisali odgovornost za vsebino tretje osebe, na katero nima vpliva ali za katero niti ne ve, da je nezakonita. Ali in kdaj je torej oseba, ki je vzpostavila hiperpovezavo, odgovorna za nezakonito vsebino na njej?

<sup>2</sup> 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, UL L 178, 17. 7. 2000.

<sup>3</sup> Direktiva 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, UL L 62, 17. 5. 2019.

Pri iskanju vprašanja, kako naj uporabnik odgovarja za nezakonito vsebino, dostopno na njegovi hiperpovezavi, je treba opredeliti pojem nezakonite vsebine. Nezakonite internetne vsebine so tista besedila, zvočne ali videodatoteke, podatkovne baze ali drugi digitalni podatki, katerih javna priobčitev je v nasprotju s pravili civilnega, kazenskega, upravnega prava ali katerega drugega pravnega področja.<sup>4</sup> Pri odgovornosti za vsebino hiperpovezave gre torej za take vrste vsebin na spletu, ki lahko za uporabnika, ki je hiperpovezavo omogočil, pomenijo odškodninsko ali celo kazensko odgovornost. Misli je treba na dejstvo, da te vsebine postanejo dostopne takoj in kjerkoli po svetu. Pomen družbenih omrežij in forumov je danes velik, prav tako je vedno več blogov, ki jih pisci blogov uporabljajo za objavljanje svojih člankov z različnimi vsebinami. Na družbenih omrežjih in blogih se lahko pojavijo tudi besedila ali slike, ki določeno osebo prikazujejo na žaljiv način ali jo obrekujejo. Prav tako se na ta način lahko širijo zasebni videoposnetki ali priobčujejo besedila ali glasba, s katerimi se javno razpihuje sovražstvo, nasilje ali nestrpnost. Pri problematiki avtorskega prava se lahko omogoča dostop do nezakonitih kopij avtorskih del (glasba, filmi, elektronske knjige), do varovanih podatkovnih baz (na primer imeniki) ali do dokumentacije, ki vsebuje poslovne skrivnosti gospodarske družbe.<sup>5</sup>

## 1.2. Tehnološki pojmi

Koncept hiperpovezave je razvil znanstvenik sir Tim Berners-Lee, ki je delal v CERN, z idejo, da bi vsi znanstveniki iz različnih oddelkov CERN lahko komunicirali po mreži. Iz te ideje se je razvila platforma, ki jo danes poznamo kot World Wide Web oziroma svetovni splet. S hiperteksti (ki so dejansko katerikoli dokument, ki vsebuje link in vodi do nekega drugega dokumenta na spletu) je Berners-Lee omogočil dostop do velike količine dokumentov in materiala, ki so ga v CERN ustvarili znanstveniki. Na ta način sta bila med njimi mogoča lažja komunikacija in dostop do informacij.<sup>6</sup>

Svetovni splet je poleg svoje osnovne funkcije, ki je znanstvenikom omogočala dostop do informacij in komunikacijo med njimi, dobil mnogo novih funkcij. Postal je prostor, kjer ljudje poslušajo, komunicirajo in ustvarjajo svojo lastno vsebino. Tudi hiperpovezave so pri tem dobile novo vlogo. Danes večinoma brskamo po spletu s spletnimi brskalniki, ki nam podajo najbolj relevantne rezultate glede na naše iskanje (glede na besede, ki jih vpišemo v iskalnik). Algoritmi, ki so ustvarjeni za namene brskanja in iskanja po spletu, so precej zapleteni, vendar lahko poenostavljeno trdimo, da je glavni kriterij, ki vpliva na rezultate našega iskanja, povezanost spletne strani. Ta je odvisna od števila hiperpovezav na tej spletni strani, ki vodijo do

<sup>4</sup> Damjan 2018.

<sup>5</sup> Prav tam.

<sup>6</sup> Radosavljev 2016.

drugih spletnih mest. Ugotovimo lahko, da so hiperpovezave glavne vezi svetovnega spleta in način njegovega delovanja.<sup>7</sup>

Dostopanje do spletnih strani je danes del našega vsakdana, z ene spletne strani dostopamo na drugo in pri tem niti ne razmišljamo, da smo zdaj na drugi spletni strani in da so te spletne strani med seboj povezane. Na tem mestu je treba razložiti, kaj spletna stran je.

Spletna stran (*web page*) je v računalništvu dokument z nadbesedilom,<sup>8</sup> ki ga prikaže spletni brskalnik.<sup>9</sup> Spletni brskalnik s spletnega strežnika prenese dokument in ga prikaže na računalniškem ali katerem drugem zaslonu.<sup>10</sup> Na spletni strani so lahko različne vsebine: besedilo, slike, povezave, zvočni in videoposnetki ter programi. Več spletnih strani oblikuje spletišče (*web site*).<sup>11</sup>

Komunikacija na internetu poteka tudi na podlagi treh ključnih tehnologij svetovnega spleta:

1. HTTP: protokol za prenos hiperteksta (*HyperText Transfer Protocol*), ki določa način, kako se sporazumevata spletni strežnik in brskalnik.
2. URL: enolični kazalec virov (*Uniform Resource Locator*), ki je naslov dokumenta na spletu.
3. HTML: spletne strani so vzpostavljene z uporabo tehnike HTML (hipertekstovni označevalni jezik<sup>12</sup> ali angl. *Hypertext Markup Language*), ki je računalniški jezik, ki daje navodila spletnemu brskalniku in omogoča uporabnikom interneta, da deskajo oziroma surfajo po spletu. Hiperpovezava pa je vrsta oznake HTML.<sup>13</sup> Brez hiperpovezav svetovni splet ne bi bil tako izjemen in uporaben. Hiperpovezave so niti, s katerimi je svetovni splet prepleten. Povezovanje ali linkanje, ki je v spletnem slovarju Inštituta za slovenski jezik Frana Ramovša razloženo kot dodajanje povezave, ki s klikom omogoča premik na določeno mesto na spletu, v računalniškem dokumentu,<sup>14</sup> omogoča uporabnikom, da najdejo iskane informacije kljub ogromni količini informacij, ki so na razpolago na svetovnem spletu. Povedano drugače, s klikom na hiperpovezavo se odpre vsebina spletne strani, na katero ta hiperpovezava usmerja.<sup>15</sup> Brez hiperpovezav (preprosteje imenovanih linkov) in spletnih

<sup>7</sup> Prav tam, str. 9.

<sup>8</sup> Hipertékt ali nadbesedilo je način označevanja besedila ali grafičnih elementov (slika ali del slike), ki omogočajo povezavo (skok) na drugi del besedila ali večpredstavni element. Več o tem na Wikipedija, <<https://sl.wikipedia.org/wiki/Hipertekst>> (5. 2. 2020).

<sup>9</sup> Wikipedija, <[https://sl.wikipedia.org/wiki/Spletna\\_stran](https://sl.wikipedia.org/wiki/Spletna_stran)> (5. 2. 2020).

<sup>10</sup> Wikipedija, <<https://sl.wikipedia.org/wiki/Splet>> (5. 2. 2020).

<sup>11</sup> Wikipedija, <[https://sl.wikipedia.org/wiki/Spletna\\_stran](https://sl.wikipedia.org/wiki/Spletna_stran)> (5. 2. 2020).

<sup>12</sup> Wikipedija, <<https://sl.wikipedia.org/wiki/Splet>> (5. 2. 2020).

<sup>13</sup> Bogataj in dr., str. 189.

<sup>14</sup> Fran, Slovarji Inštituta za slovenski jezik Frana Ramovša ZRC SAZU.

<sup>15</sup> Bogataj in dr., str. 189.

iskalnikov, ki temeljijo na tehniki linkanja, bi informacije na spletu izgubile svojo vrednost, saj bi jih bilo zelo težko ali skoraj nemogoče najti. Vendar linkanje ustvarja negotovost in pravna vprašanja v zvezi s pravom intelektualne lastnine, osebnostnih pravic, pravom neloyalne konkurence in odškodninskim pravom.<sup>16</sup>

### 1.3. Vrste hiperpovezav

V nadaljevanju bodo predstavljene vrste hiperpovezav in razlike med njimi. Naslednja klasifikacija temelji na vrsti kode HTML, ki je uporabljena.

Najpogosteje uporabljeno povezovanje je povezovanje z linkom HREF, ki uporabniku omogoči dostop do druge spletne strani. Ko uporabnik klikne povezavo HREF na spletni strani A, se odpre druga spletna stran B.<sup>17</sup> V primeru, ko nas link pripelje na domačo stran druge strani, to imenujemo površinsko povezovanje. Da nas je link pripeljal na domačo stran, nam pove dejstvo, da je domena prikazana v svoji najpreprostejši obliki, na primer domača stran Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani ima domeno <https://www.ipp-pf.si/>.

Zgoraj je bilo omenjeno, da nas link lahko pripelje na drugo domačo stran. A kadar nas link pripelje na katerokoli podstran druge strani, ki ni domača stran, se to imenuje globoko povezovanje. Podstrani imajo URL sestavljen iz URL domače strani in nekega dodatka, na primer podstran Inštituta za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani je <https://www.ipp-pf.si/predstavitev>.

Uokvirjanje ali framing omogoča, da se vsebina druge strani pojavi v okvirju prve strani.<sup>18</sup> Spletna stran se torej razdeli v več okvirjev in vsak od teh okvirjev je nosilec samostojnih informacij HTML. To si je mogoče predstavljati kot več spletnih strani, stisnjenih na eno stran.<sup>19</sup>

Vlaganje ali inline linking je poseben način povezovanja, s katerim se v spletno stran vnese element (podoba, logo ali neka druga vsebina) z druge spletne strani. Pomembno je dejstvo, da uporabnik pri tem ne zapusti svoje originalne strani.<sup>20</sup> Brskalnik sam najde vsebino z druge spletne strani in jo prikaže na originalni strani, zato je taka povezava aktivirana samodejno. Uporabniku spletne strani daje vtis, da gleda na primer sliko s te spletne strani, čeprav je ta v

<sup>16</sup> Strowel in Ide, str. 103.

<sup>17</sup> Bogataj in dr., str. 189.

<sup>18</sup> Strowel in Ide, str. 106.

<sup>19</sup> Bogataj in dr., str. 189.

<sup>20</sup> Prav tam.

resnici na drugi strani. Oblikovalcu oziroma vzdrževalcu pa ni treba kopirati te slike na svojo spletno stran, s čimer se predvsem prihrani prostor na strežniku, ki gosti to spletno stran.<sup>21</sup>

Na tem mestu je treba opredeliti pojem ponudnika hiperpovezave. Ponudnik hiperpovezave je fizična ali pravna oseba, ki: zavestno in ročno ustvari povezavo s hipertekstom na spletni strani, ki se sklicuje na oziroma ustvari povezave do drugih spletnih strani, ki vsebujejo informacije, z namenom da deli ta spletni vir z drugimi uporabniki.<sup>22</sup>

## 2. Ureditev po Direktivi o elektronskem poslovanju

Pravnih aktov, ki bi specifično urejali vprašanje odgovornosti za vsebino hiperpovezave, je malo. Sodne spore v zvezi s hiperpovezavami sodišča rešujejo na podlagi pravnih aktov s področja, na katero se spor nanaša, torej na podlagi sporne vsebine, za katero se zatrjuje, da je v nasprotju s pravili civilnega, kazenskega, upravnega prava ali katerega drugega pravnega področja. V nadaljevanju bo predstavljena splošna ureditev odgovornosti internetnih posrednikov in njenih izjem v skladu z Direktivo o elektronskem poslovanju. Hiperpovezave v tej direktivi sicer niso izrecno urejene, vendar so nekatere države po zgledu ureditve iz direktive določile splošna pravila za hiperpovezave.

Evropska unija je z Direktivo o elektronskem poslovanju vzpostavila enoten režim odgovornosti za vse vrste vsebin na internetu. Pravila iz te direktive je slovenski zakonodajalec uredil v Zakonu o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT).<sup>23</sup> Direktiva zagotavlja imuniteto pred odgovornostjo za protipravne vsebine uporabnikov tehnično nevtralnemu ponudniku storitev informacijske družbe, ki ne pozna in ne nadzoruje podatkov, ki se prenašajo oziroma shranjujejo.<sup>24</sup> Uvaja horizontalni pristop za odgovornost za vse vrste vsebin, najdene na spletu.<sup>25</sup> Obravnava tri temeljne dejavnosti ponudnikov storitev informacijske družbe v zvezi z vsebinami tretjih oseb, in sicer izključni prenos, shranjevanje v predpomnilniku in gostiteljstvo. Za vse tri dejavnosti velja načelo izključitve splošne obveznosti nadzora vsebine. V nadaljevanju bosta predstavljeni le dejavnost izključnega prenosa in gostiteljstvo, saj so pravila o odgovornosti internetnih posrednikov za ti dve dejavnosti smiselno uporabljiva pri presoji odgovornosti za hiperpovezave.

<sup>21</sup> Strowel in Ide, str. 107.

<sup>22</sup> Equey, str. 413.

<sup>23</sup> Uradni list RS, št. 61/06 in nasl.

<sup>24</sup> Damjan 2018.

<sup>25</sup> Radosavljev 2016, str. 23.

## 2.1. Izključni prenos

Dejavnost izključnega prenosa je urejena v 12. členu direktive. Pri tej dejavnosti ponudnik zagotavlja le prenos podatkov v komunikacijskem omrežju ali dostop do takega omrežja. Za poslane podatke ponudnik ne odgovarja pod pogojem, da sam ne sproži prenosa podatkov, ne izbere prejemnika prenosa in ne izbere ali spremeni podatkov, ki so predmet prenosa. Ponudnik je v tem primeru skoraj popolnoma odvezan odgovornosti za vsebino tretjih, saj je njegova storitev tehnične narave, samodejna in pasivna, prav tako podatkov, ki se prenašajo ali shranjujejo, ne pozna in jih ne more nadzorovati.

## 2.2. Gostiteljstvo

Pri dejavnosti gostiteljstva gre za trajnejše shranjevanje podatkov, ki jih zagotovi prejemnik storitve, praviloma pa tudi omogočanje dostopa do njih tretjim osebam. Odgovornost ponudnika je v tem primeru strožja, saj lahko poleg prejemnika storitve na shranjene podatke vpliva tudi ponudnik storitve, ki običajno ne posega v vsebino podatkov. Direktiva ponudnike storitev informacijske družbe zato v 14. členu odvezuje kazenske odgovornosti, pod pogojem da nimajo dejanskega vedenja o nezakoniti dejavnosti ali vsebini. Imunost pred civilno odgovornostjo pa jim zagotavlja, če jim poleg tega niso znani dejstva in okoliščine, iz katerih je nezakonitost očitna.<sup>26</sup>

V 42. uvodni izjavi direktive je določeno, da se izjeme v zvezi z odgovornostjo nanašajo samo na primere, v katerih je dejavnost ponudnika storitev informacijske družbe omejena na tehnično, samodejno in pasivno dejavnost. Navedena določba onemogoča apliciranje odgovornosti na ponudnike hiperpovezav, saj je njihova vloga pri postavljanju hiperpovezav na splet aktivna. Evropski pravni režim vprašanja odgovornosti za vzpostavljene hiperpovezave torej ne ureja. Vzpostavljanje povezav na druga spletna mesta ne pomeni gostiteljstva in z njim povezane odgovornosti v smislu Direktive o elektronskem poslovanju oziroma ZEPT,<sup>27</sup> saj so podatki, do katerih vodi hiperpovezava, na drugem spletnem mestu.<sup>28</sup> Vendar je evropski zakonodajalec priznal obstoj vprašanja odgovornosti za vzpostavljane hiperpovezav in v drugem odstavku 21. člena direktive Evropski komisiji naložil obveznost, da pri poročanju o izvajanju direktive posebej razčleni potrebo po predlogih v zvezi z odgovornostjo ponudnikov hiperpovezav in iskalnikov.<sup>29</sup> Posebne obravnave odgovornosti ponudnikov hiperpo-

<sup>26</sup> Damjan v: Damjan (ur.), 2014, str. 22.

<sup>27</sup> Prav tam, str. 21.

<sup>28</sup> Damjan 2017, str. 153.

<sup>29</sup> Drugi odstavek 21. člena Direktive 2000/31/ES se glasi: Pri preučevanju potrebe po uskladitvi te direktive se v tem poročilu posebej razčleni potreba po predlogih v zvezi z odgovornostjo ponudnikov hiperpovezav in iskalnikov, postopki za prijavo in odstranjevanje nezakonitih vsebin ter določitvijo odgovornosti po odstranitvi vsebin.

vezav Evropska komisija za zdaj še ni namenila. Hiperpovezave so v evropski zakonodaji obravnavane le na področju avtorskega prava s sprejetjem Direktive o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu.

Nekatere države članice so ob prenosu Direktive o elektronskem poslovanju v svojo zakonodajo vključile tudi elemente, ki jih ta ne zajema, kot sta izjema od odgovornosti internetnih posrednikov za hiperpovezave in za iskalnike. Španija in Portugalska sta tako za iskalnike in za hiperpovezave uvedli izjemo od odgovornosti, ki jo ureja 14. člen direktive – odgovornost za gostiteljstvo, medtem ko sta Avstrija in članica območja EGP Lihtenštajn za iskalnike uvedli izjemo od odgovornosti po 12. členu – odgovornost za izključni prenos, za hiperpovezave pa sta določili izjemo od odgovornosti za gostiteljstvo po 14. členu.<sup>30</sup> Ostale države članice se za pravno ureditev hiperpovezav še niso odločile, kar ustvarja določeno neuskklajenost v evropskem prostoru.<sup>31</sup> V odsotnosti posebnih pravil glede odgovornosti za vsebino hiperpovezave je smiselno to presojati s premišljeno uporabo pravil o odgovornosti internetnih posrednikov ob upoštevanju dejanskih okoliščin primera, vključno s tehničnimi in ekonomskimi vidiki storitve, predvsem pa tudi dejanskega vedenja o nezakonnosti vsebine na hiperpovezavi.<sup>32</sup>

### 3. Hiperpovezave in žaljive vsebine na spletu

Postavlja se vprašanje, ali je oseba, ki linka, odgovorna za vsebino na hiperpovezavi, ki drugo osebo žali in posega v njen ugled ter dobro ime. V ospredju so v teh primerih novičarski portali in družbena omrežja, na katerih lahko ljudje ustvarjajo različne objave. V sodni praksi po svetu obstaja nekaj načel in konsenzov glede te problematike, ki bodo opisani v nadaljevanju.

#### 3.1. Hiperpovezava kot referenca

Ena bistvenih dilem v zvezi z odgovornostjo za vsebino hiperpovezave je, ali ta pomeni zgolj referenco ali kaj več, na primer objavo vsebine. Če je v časopisu objavljen članek o določeni osebi, ta oseba pa meni, da jo članek žali ali obrekuje, nam je samoumevno, da članek pomeni objavo. Kaj pa, ko je članek dostopen po hiperpovezavi na neki spletni strani? Uporaba hiperpovezave načeloma ne pomeni ponovne objave vsebine, ki je dostopna na tej hiperpovezavi. Prav tako hiperpovezava do že objavljenega članka ne pomeni, da se vsebina na tej hiperpovezavi predstavlja novi javnosti. Uveljavilo se je stališče, da hiperpovezava načeloma

<sup>30</sup> First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), COM (2003) 0702 final, z dne 21. 11. 2003, str. 13.

<sup>31</sup> Edwards in Waelde, str. 25.

<sup>32</sup> Damjan 2017, str. 153.



pomeni referenco oziroma napotilo. Matthew Collins je hiperpovezave opisal kot sinapse, ki povezujejo različne dele svetovnega spleta. Brez njih bi bil splet kot knjižnica brez kataloga: polna informacij, vendar brez zanesljivih načinov, kako jih najti.<sup>33</sup> Pri uporabi hiperpovezave ni nujno, da se oseba, ki jo je uporabila, strinja z vsebino in jo podpira. Upoštevati je treba tudi dejstvo, da bralci spletne strani morda niti ne bodo kliknili na uporabljeno hiperpovezavo. S tega vidika hiperpovezava pomeni možnost za bralce, da dostopajo do nadaljnjega gradiva v zvezi s tematiko na spletni strani, in tako nanjo lahko gledamo kot na referenco.

### 3.2. Povzemanje vsebine na hiperpovezavi in obravnavanje te kot svoje

V določenih primerih hiperpovezava lahko preraste v nekaj več kot le referenco. To se zgodi v primerih, ko spletna stran, na kateri je hiperpovezava uporabljena, spodbuja, odobrava ali povzema vsebino na hiperpovezavi. Vsebina na hiperpovezavi mora biti v kontekstu z vsebino spletne strani, na kateri je ta hiperpovezava objavljena. Ni dovolj, da vsebina spletne strani le ponavlja vsebino na hiperpovezavi, mora iti za spodbujanje in odobravanje te vsebine. Uporaba hiperpovezave lahko pomeni objavo, vendar je za to potrebno nekaj več od same uporabe hiperpovezave. V takih primerih so za presojo, kdaj uporaba hiperpovezave preraste iz gole reference v objavo, pomembne vse okoliščine primera.<sup>34</sup>

V zadevi *Crookes proti Wikimedia Foundation*<sup>35</sup> je sodišče dalo primer: »resnica o tej osebi je razvidna *tukaj*«, pri čemer nas klik na besedo *tukaj* odpelje na drugo spletno stran s sporno vsebino. Tak primer uporabe hiperpovezave bi po mnenju sodišča lahko pomenil obrekovanje z uporabo hiperpovezave. Podoben pristop je uporabilo sodišče v zadevi *Visscher proti Maritime Union of Australia*,<sup>36</sup> v kateri se je ukvarjalo z vprašanjem, ali je toženec z uporabo hiperpovezave sprejel odgovornost za objavo vsebine s hiperpovezave, na primer z njenim odobravanjem, sprejemanjem ali promoviranjem. V zgoraj omenjeni zadevi *Crookes proti Newton*<sup>37</sup> je sodišče predlagalo vzpostavitev praga za presojo, ali uporaba hiperpovezave pomeni objavo tam, kjer oseba, ki uporabi hiperpovezavo, predstavi vsebino s hiperpovezave na način, da ponovi sporno vsebino. Zanimiva je tudi odločitev sodišča v zadevi *Slozer proti Slattery and Holzhafer*,<sup>38</sup> v kateri je sodišče odločilo, da objava hiperpovezave na Facebooku in všečkanje

<sup>33</sup> Collins.

<sup>34</sup> Klaris in Bedat.

<sup>35</sup> Sodba Supreme Court of British Columbia v zadevi 2008 BCSC 1424, *Crookes proti Wikimedia Foundation Inc.*, z dne 27. 10. 2008.

<sup>36</sup> Sodba Supreme Court of New South Wales v zadevi [2014] NSWSC 350, *Visscher proti Maritime Union of Australia (No 6)*, z dne 3. 3. 2014.

<sup>37</sup> Sodba Supreme Court of Canada v zadevi 2011 SCC 47, *Crookes proti Newton*, z dne 6. 6. 2018.

<sup>38</sup> Sodba Pennsylvania Superior Court v zadevi 2015 WL 7282971, *Slozer proti Slattery*, z dne 18. 11. 2015.

te objave (s strani osebe, ki je uporabila hiperpovezavo) ne pomenita ponovne objave sporne vsebine.<sup>39</sup>

Zgornji primeri kažejo, da obstaja mednarodni konsenz, da uporaba hiperpovezave sama po sebi ne pomeni objave vsebine, za katero bi bila oseba, ki hiperpovezavo uporabi, lahko odgovorna. Za vzpostavitev odgovornosti za vsebino hiperpovezave mora oseba, ki uporabi hiperpovezavo, izkazati neko odobravanje sporne vsebine tako, da jo ponovi ali povzame, ali izrecno pokazati, da vsebino na hiperpovezavi podpira.<sup>40</sup>

### 3.3. Vedenje o protipravnosti vsebine na hiperpovezavi

Pomembna okoliščina pri ugotavljanju, ali je oseba, ki je uporabila hiperpovezavo, odgovorna za vsebino, ki je na njej dostopna, je vprašanje, ali je ta oseba vedela oziroma bi morala vedeti za protipravnost vsebine na hiperpovezavi. Mnenje glede tega vprašanja je podala nepridobitna organizacija Article 19, ki se bori za zaščito svobode izražanja in kot intervenient pogosto sodeluje v zadevah pred Evropskim sodiščem za človekove pravice. V zadevi *Magyar Jeti Zrt proti Madžarski*<sup>41</sup> je predstavila stališče, da oseba, ki je uporabila hiperpovezavo, ni odgovorna za razširjanje protipravne vsebine na tej povezavi, če za protipravnost te vsebine ni vedela ali ni mogla vedeti. Izpostavila je vlogo hiperpovezav na internetu, saj pripomorejo k iskanju informacij in lažjemu dostopu do njih. Če bi znižali standard za uveljavljanje odgovornosti za vsebino hiperpovezav, bi povzročili, da bi se moral posameznik odločati, ali je vsebina na hiperpovezavi v skladu z zakonom ali ne. Povprečen uporabnik interneta za tako ocenjevanje niti ni usposobljen, saj bi to dejansko pomenilo, da mora oceniti možnost tožbe v zvezi z obrekovanjem in razžalitvijo. Velik problem tu so tudi tuje jurisdikcije, saj so spletne strani dostopne povsod po svetu. Zahtevati tak standard skrbnosti pri uporabi hiperpovezav bi bilo povezano tudi s stroški, predvsem pa bi bilo preveč kompleksno. Situacija je pri tožbah glede žaljivih vsebin rešljiva na način, da lahko prizadeta stranka ukrepa proti osebi, ki je dejansko ustvarila oziroma objavila ali upravlja vsebino, ki je dostopna na tej hiperpovezavi. Ta oseba lahko tudi najhitreje poskrbi, da se sporna vsebina odstrani, kar povzroči, da hiperpovezava do te vsebine ni več uporabna.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Article 19, Third-party Intervention submissions by Article 19, glej sodbo ESČP v zadevi 11257/16, *Magyar Jeti ZRT proti Hungary*, z dne 4. 12. 2018, str. 8.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Prav tam.

<sup>42</sup> Prav tam.

## 4. Hiperpovezave in avtorsko pravo v EU

### 4.1. Zakonodaja Evropske unije

Evropska zakonodaja trenutno ne ureja posebej problematike uporabe hiperpovezav. Teorija glede hiperpovezav se je začela razvijati na podlagi odločitev Sodišča Evropske unije (v nadaljevanju SEU ali sodišče). Hiperpovezave igrajo pomembno vlogo na spletu na področju avtorskega prava in zato je za uporabo hiperpovezav pomembna Direktiva 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi,<sup>43</sup> krajše imenovana Direktiva o avtorski pravici v informacijski družbi, v angleščini pa jo zasledimo kot EU Copyright Directive, s kratico EUCD.<sup>44</sup>

### 4.2. Pravica priobčitve del javnosti

Z Direktivo 2001/29/ES je bila usklajena avtorjeva pravica do priobčitve javnosti, ki je urejena v 3. členu te direktive. V uvodnih izjavah direktive je določeno, da je to pravico treba razumeti v širokem pomenu, ki zajema vsakršno priobčitev javnosti, ki ni prisotna na kraju izvora priobčitve. Ta pravica naj zajema vsako tovrstno oddajanje ali retransmisijo dela v javnost po žici ali na brezžični način, vključno z radiodifuznim oddajanjem (23. uvodna izjava te direktive). SEU je v zadevi *FAPL*<sup>45</sup> povedalo, da je treba pojem priobčitve razumeti široko, tako da se nanaša na katerikoli prenos varovanih del, ne glede na uporabljeno sredstvo ali tehnološki proces.<sup>46</sup> Vse bolj narašča pomen interneta kot sredstva za prenos varovanih del in z njim tudi pomen uporabe hiperpovezav.

### 4.3. Pravica do dajanja na voljo javnosti

Pravica do dajanja na voljo javnosti je urejena v drugem odstavku 3. člena Direktive 2001/29/ES – pomeni obliko priobčitve del javnosti, po žici ali na brezžični način, v času in kraju, ki ga izberejo pripadniki javnosti sami. Najpomembnejši element te pravice je interaktivni prenos

<sup>43</sup> UL L 167/10, 22. 6. 2001.

<sup>44</sup> Bogataj Jančič, str. 118.

<sup>45</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v združenih zadevah C-403/08 in C-429/08, *Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multiboice Hellas SA proti QC Leisure, Davidu Richardsonu, AV Station plc, Malcolm Chamberlainu, Michaelu Maddenu, SR Leisure Ltd, Philipu Georgeu Charlesu Houghtonu, Dereku Orwenu (C-403/08) in Karen Murphy proti Media Protection Services Ltd*, z dne 4. 10. 2011.

<sup>46</sup> Prav tam, točka 193.

na zahtevo,<sup>47</sup> ki je opredeljen v uvodni izjavi direktive in navaja, da interaktivni prenos na zahtevo opredeljuje dejstvo, da lahko imajo pripadniki javnosti do njega dostop na kraju in v času, ki ju sami izberejo (25. uvodna izjava te direktive). Za uresničitev pravice priobčitve dela javnosti je pomemben prenos dela, ta pa je lahko izveden tudi z uporabo hiperpovezave, kot bo v nadaljevanju predstavljeno s pregledom pomembnejših odločitev Sodišča Evropske unije.

## 5. Pregled sodne prakse Sodišča Evropske unije

### 5.1. Zadeva *Svensson*

O deljenju avtorskopravno zaščitene vsebine v obliki hiperpovezav se je SEU opredelilo v primeru *Svensson*.<sup>48</sup> Več švedskih novinarjev je svoje članke objavilo na prosto dostopni spletni strani. Švedsko podjetje Retriever Sverige pa je na svoji spletni strani objavilo hiperpovezave do teh člankov, ne da bi pridobilo dovoljenje za objavo teh hiperpovezav. Pritožniki so zatrjevali, da je podjetje Retriever Sverige kršilo njihove avtorske pravice s tem, ko je s hiperpovezavami dajalo na voljo javnosti njihova dela. SEU so bila v predhodno odločanje predložena naslednja vprašanja:

1. Ali dejstvo, da nekdo, ki ni imetnik avtorske pravice na nekem delu, na svojem spletnem mestu do tega dela ponuja klikljivo povezavo, pomeni priobčitev javnosti v smislu prvega odstavka 3. člena Direktive 2001/29 ES?
2. Ali je pri preučitvi prvega vprašanja pomembno, da je delo, na katero se povezava nanaša, na spletnem mestu interneta dostopno vsakomur brez omejitev ali da je dostop kakorkoli omejen?
3. Ali je pri preučitvi prvega vprašanja treba razlikovati med primerom, v katerem se je delo, potem ko je uporabnik kliknil na povezavo, prikazalo na drugem spletnem mestu, in primerom, v katerem se je delo, potem ko je uporabnik kliknil na povezavo, prikazalo tako, da je imel uporabnik vtis, da je prikazano na istem spletnem mestu?
4. Ali lahko država članica zagotavlja širše varstvo avtorjevih izključnih pravic, tako da določi, da pojem priobčitev javnosti zajema več dejanj, kot je določeno v prvem odstavku 3. člena Direktive 2001/29?<sup>49</sup>

Pojem priobčitev javnosti združuje dva kumulativna elementa, in sicer »priobčitev« dela in priobčitev tega dela »javnosti«. <sup>50</sup> SEU je ugotovilo, da to, da neko spletno mesto ponuja klik-

<sup>47</sup> Radosavljev 2016, str.10.

<sup>48</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd proti Retriever Sverige AB*, Case, z dne 13. 2. 2014.

<sup>49</sup> Prav tam, točka 13.

<sup>50</sup> Prav tam, točka 16.

ljive povezave do zavarovanih del, ki so brez kakršnekoli omejitve dostopa objavljena na drugem mestu, uporabnikom prvega mesta zagotavlja neposreden dostop do navedenih del in ga je zato treba opredeliti kot »dajanje na voljo« in posledično kot »priobčitev« v smislu Direktive 2001/29.<sup>51</sup> V zvezi z drugim elementom pa je SEU ugotovilo, da je priobčitev, kakršno je izvajal upravljavec spletnega mesta z uporabo klikljivih povezav, ki so bile namenjene vsem potencialnim uporabnikom mesta, ki ga upravlja ta oseba, torej nedoločenemu in dovolj velikemu številu naslovnikov, treba šteti za priobčitev javnosti.<sup>52</sup> Vendar je sodišče poudarilo, da mora biti dejanje priobčitve namenjeno »novi« javnosti, kamor spada javnost, na katero imetniki avtorskih pravic niso računali takrat, ko so dovolili objavo svojih del. Uporabniki drugega mesta, ki so jim bila zadevna dela priobčena z uporabo klikljive povezave, so lahko do teh del dostopali neposredno brez posredovanja upravljavca tega drugega mesta, zato jih je sodišče štelo za javnost, ki so jo imetniki avtorske pravice upoštevali, ko so dovolili prvotno priobčitev. Sodišče je ugotovilo, da v tem primeru zato ni šlo za priobčitev »novi« javnosti in tako ni bilo kršitve avtorskih pravic.<sup>53</sup>

Po mnenju sodišča bi bila situacija drugačna, če bi hiperpovezave omogočale obiti omejitve dostopa do zavarovanih del na spletni strani v primeru, ko imetnik spletne strani dovoli dostop do zavarovanih del le določenim osebam. Javnost, ki bi do dela lahko dostopala po hiperpovezavi, se tako ne bi štela za javnost, na katero je imetnik pravic računal, ko je objavil delo.

V odgovor na zadnje vprašanje je SEU povedalo, da države članice nimajo pravice širiti varstva avtorskih pravic na način širše razlage pojma priobčitve javnosti. To bi ustvarilo zakonodajne razlike in ogrozilo pravno varnost, zadevna direktiva pa je namenjena ravno odpravi teh težav.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Prav tam, točki 18 in 20.

<sup>52</sup> Prav tam, točki 22 in 23.

<sup>53</sup> Prav tam, točke 25–28.

<sup>54</sup> Court of Justice of the European Union Press release No 20/14, Luxembourg, 13 February 2014, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-02/cp140020en.pdf>> (23. 3. 2020).

## 5.2. Zadeva *Best Water*

V zadevi *Best Water International*<sup>55</sup> je pritožnik Best Water International ustvaril videoposnetek o onesnaževanju vode, ki se je na YouTubu pojavil brez vednosti in dovoljenja ustvarjalca videoposnetka. Toženca konkurenčnih podjetij sta videoposnetek na način uokvirjanja uporabila na svoji spletni strani. Spletna stran konkurentov je dajala vtis, da je video del spletne strani. Best Water je na sodišču zatrjeval kršitev avtorskih pravic, toženi stranki pa sta prostovoljno prenehali uporabljati videoposnetek. Sodni postopek je tekkel zaradi odškodnine in v predhodno odločanje je bilo SEU predloženo vprašanje:

Ali vstavev del, ki je na voljo javnosti na spletnem mestu tretje osebe, v svojo spletno stran pomeni priobčitev javnosti v smislu Direktive 2001/29 o avtorskih pravicah, tudi če to delo ni priobčeno novi javnosti in priobčitev javnosti ne pomeni uporabe posebnih tehničnih sredstev, ki se razlikujejo od prvotne priobčitve?<sup>56</sup>

V zadevi *Svensson*,<sup>57</sup> v kateri je SEU odločilo (zgolj) o hiperpovezavi, je bilo dejstvo, da povezava ustvarja vtis, da je uokvirjeno delo prikazano na spletnem mestu kot del te strani (s čimer se prikrije izvor dela s prvotne spletne strani), označeno kot nerelevantno. Sodišče je menilo, da gre v zadevi *Best Water* za enako situacijo, in je na vprašanje odgovorilo negativno. Ugotovilo je, da uokvirjanje dela, ki je prosto dostopno na drugem spletnem mestu, ne pomeni priobčitve dela javnosti in je dovoljeno, razen če je usmerjeno v novo javnost in če je priobčeno javnosti z uporabo posebnih tehničnih sredstev, ki se razlikujejo od tistih, s katerimi je bilo avtorsko delo prvotno priobčeno javnosti.<sup>58</sup>

Sodišče v sodbi ni odgovorilo na nekaj pomembnih vprašanj. Pričakovano je bilo, da bo sodišče podrobneje razdelalo doktrino iz zadeve *Svensson* ter pojasnilo razliko med golim povezovanjem s hiperpovezavami (na način površinskega povezovanja) in povezovanjem z uokvirjanjem. Iz zadeve *Svensson* namreč izhaja, da je načeloma kakršnokoli povezovanje s hiperpovezavami priobčitev avtorskega dela javnosti, razen če dejanje priobčitve ni namenjeno novi javnosti in ni priobčeno javnosti z uporabo posebnih tehničnih sredstev, ki se razlikujejo od tistih, s katerimi je bilo avtorsko delo prvotno priobčeno javnosti. Uporaba hiperpovezave na način uokvirjanja je bistveno drugačna od površinskega povezovanja, saj uporabnik pri

<sup>55</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-348/13, *BestWater International GmbH proti Michael Mebes, Stefan Potsch*, z dne 21. 10. 2014.

<sup>56</sup> Prav tam, točka 11.

<sup>57</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C 466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd proti Retriever Sverige AB*, z dne 13. 2. 2014.

<sup>58</sup> Ruijsenaars.

uokvirjanju ni preusmerjen na novo stran,<sup>59</sup> temveč se mu vsebina z linkane spletne strani prikaže na izvorni spletni strani in daje vtis, kot da je del te strani. Uporabnik se morda niti ne zaveda, da prikazana vsebina ni del te spletne strani, ki jo je obiskal. Pri tem je treba upoštevati še ekonomski vidik, saj se mu prikazujejo oglasi, ki so del te spletne strani, na kateri se nahaja uokvirjena vsebina, ne pa morebitni oglasi z linkane spletne strani. Imetnik linkane spletne strani zato lahko utрпи ekonomsko škodo.

V zadevi se pojavi tudi vidik nelojalne konkurence, saj sta videoposnetek na način uokvirjanja uporabila konkurenta pritožnika, vendar se sodišče do tega vidika ni opredeljevalo.<sup>60</sup> Zanimivo je tudi, da se sodišče ni posebej ukvarjalo z dejstvom, da pritožnik ni podal dovoljenja za objavo videoposnetka. Niti ni sodišče tega vzelo v obravnavo pri presoji, ali je v tem primeru šlo za novo javnost. Težko si je zamisliti, da bi bila zakonitost prvotne objave avtorskega dela nerelevantna.<sup>61</sup> Vprašanje, kako vpliva na zakonitost uporabe hiperpovezav in posledično na kršitve avtorske pravice dejstvo, da je bilo avtorsko delo na spletu objavljeno brez dovoljenja imetnika avtorske pravice, je bilo pozneje razrešeno v zadevi *GS Media*.<sup>62</sup>

### 5.3. Zadeva *GS Media*

V zadevi *GS Media* se je SEU ukvarjalo z vprašanjem, ali hiperpovezave, ki vodijo do vsebine, ki je bila naložena na splet brez dovoljenja imetnika avtorskih pravic, kršijo pravico priobčitve del javnosti.

Tožena stranka je bila spletna revija, ki je na spletu večkrat posredovala hiperpovezave do vsebine, ki je bila objavljena brez dovoljenja imetnika avtorskih pravic pritožnika. Do zadevne vsebine je bilo mogoče dostopati na spletni strani, do katere so vodile hiperpovezave, in s te spletne strani je bilo vsebino, natančneje slike, mogoče prenesti na svojo napravo z linka, ki je bil dostopen brez omejitev. Pritožnik je zahteval, da tožena stranka odstrani hiperpovezave, vendar ta tega ni storila. Zatrjevala je, da vsebine ni naložila na splet in da zato zanjo ni odgovorna ter da naj se pritožnik obrne na osebo, ki je primarno naložila vsebino na splet. SEU se je reševanja zadeve lotilo z upoštevanjem doktrin, ki jih je vzpostavilo v zadevah *Svensson*<sup>63</sup> in *Best Water*,<sup>64</sup> in poudarilo, da je treba pravico do priobčitve javnosti razlagati široko.

<sup>59</sup> Prav tam.

<sup>60</sup> Schuetze.

<sup>61</sup> Prav tam.

<sup>62</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-160/15, *GS Media BV proti Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidi Dekker*, z dne 8. 9. 2016.

<sup>63</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd proti Retriever Sverige AB*, z dne 13. 2. 2014.

<sup>64</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-348/13, *BestWater International GmbH proti Michael Mebes, Stefan Potsch*, z dne 21. 10. 2014.

V sodbi je razvilo tristopenjski test. Prvo merilo testa se nanaša na ključno vlogo uporabnika hiperpovezave in namernost njegovega posredovanja. Ta uporabnik namreč izvaja dejanje priobčitve, če ob popolnem zavedanju posledic svojega ravnanja svojim strankam omogoča dostop do varovanega dela, še zlasti če njegove stranke brez tega posredovanja do razširjenega dela načeloma ne bi mogle dostopati.<sup>65</sup> Drugo merilo se nanaša na pojem »javnosti«, ki ga je sodišče razvilo v zadevi *Svensson*.<sup>66</sup> Pojasnilo je, da pojem »javnost« zajema nedoločeno število potencialnih naslovnikov, poleg tega pa mora biti število oseb dovolj veliko.<sup>67</sup> Sodišče je ponovilo še dodatne vidike pojma »priobčitev javnosti« in izpostavilo, da je potrebno, da se delo priobči z uporabo posebne tehnične metode, ki se razlikuje od tistih, ki so bile uporabljene do takrat. V primeru, da ne gre za tako metodo, je potrebno, da se priobči »novi javnosti«, torej javnosti, ki je imetniki avtorske pravice niso upoštevali, ko so dovolili prvotno priobčitev dela javnosti.<sup>68</sup> Kot tretje merilo je sodišče izpostavilo, da je treba upoštevati pridobitnost priobčitve javnosti v smislu prvega odstavka 3. člena Direktive 2001/29.<sup>69</sup> Razlikovalo je med dvema različnima situacijama, v katerih je mogoče odgovornost pripisati ponudniku hiperpovezav: kadar ponudnik hiperpovezave ne išče dobička in ko ponudnik hiperpovezave želi dobiček.<sup>70</sup> V prvem primeru, ko oseba namesti hiperpovezavo in pri tem nima pridobitnega namena, se šteje, da ta oseba ni vedela – in ni mogoče razumno pričakovati, da bi vedela – da je bilo to delo na internetu objavljeno brez dovoljenja imetnika avtorske pravice,<sup>71</sup> in tako namestitev hiperpovezave ne pomeni obstoja »priobčitve javnosti«. A kadar je hiperpovezava nameščena s pridobitnim namenom, se od ponudnika hiperpovezave pričakuje, da preveri, ali je delo, do katerega vodi hiperpovezava, objavljeno zakonito. Sodišče vzpostavi domnevo, da je do namestitve prišlo ob seznanjenosti s tem, da je navedeno delo varovano, in s tem, ali je imetnik avtorske pravice dovolil objavo dela na internetu. Dokler ta domneva ni ovržena, dejanje namestitve hiperpovezave do dela, ki je nezakonito objavljeno na internetu, pomeni »priobčitev javnosti« v smislu prvega odstavka 3. člena Direktive 2001/29.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-160/15, *GS Media BV proti Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidi Dekker*, z dne 8. 9. 2016, točka 35.

<sup>66</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-466/12, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd proti Retriever Sverige AB*, z dne 13. 2. 2014.

<sup>67</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-160/15, *GS Media BV proti Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidi Dekker*, z dne 8. 9. 2016, točka 36.

<sup>68</sup> Prav tam, točka 37.

<sup>69</sup> Prav tam, točka 38.

<sup>70</sup> Radosavljev 2017.

<sup>71</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-160/15, *GS Media BV proti Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruidi Dekker*, z dne 8. 9. 2016, točka 47.

<sup>72</sup> Prav tam, točka 51.



SEU je torej vzpostavilo domnevo, da je ponudnik hiperpovezave, ki ravna s pridobitnim namenom, preveril, ali je delo objavljeno na spletu z dovoljenjem imetnika avtorske pravice. Vendar se pojavi dvom o učinkovitosti postavitve standarda pridobitnega namena, saj je mogoče postaviti nepridobitno spletno stran in na njej objaviti hiperpovezave do vsebin, ki niso objavljene z dovoljenjem avtorja.<sup>73</sup> Na ta način je domneva vedenja o protipravnosti vsebine ovržena in ponudnik hiperpovezave se znebi odgovornosti.

Tožena stranka v tej zadevi je uspešna spletna revija, od katere lahko pričakujemo, da ima sredstva za raziskovanje, ali je vsebina, do katere vodi hiperpovezava, objavljena zakonito. Pri tem niso upoštevani manjši subjekti, ki teh sredstev morda nimajo na voljo. Trdimo lahko, da je SEU s to sodbo nekoliko ogrozilo svobodo izražanja in pretok informacij na spletu zaradi ohlajevalnega učinka, ki ga povzročajo vzpostavljene domneve v sodbi.<sup>74</sup> Sodišče v sodbi ne opredeli, kako podrobno mora biti preverjanje zakonitosti vsebine, vendar je mogoče trditi, da se od subjektov, ki imajo večji interes za pridobivanje dobička z uporabo hiperpovezav, pričakuje višja raven skrbnosti.<sup>75</sup>

#### 5.4. Zadeva *Spiegel Online GmbH proti Volker Beck*

V zadevi *Spiegel proti Beck*<sup>76</sup> se je SEU ukvarjalo s šestimi predloženimi vprašanji. V nadaljevanju bo za potrebe tega prispevka obravnavano le vprašanje hiperpovezave kot citata.

Pritožnik Beck je bil avtor rokopisa, ki je bil objavljen pod psevdonimom kot članek v zborniku, objavljenem leta 1988. Urednik je ob tej objavi spremenil naslov rokopisa, poleg tega pa je bil en stavek v njem skrajšan. Beck se s spremembami ni strinjal in je od urednika neuspešno zahteval, naj ob objavi tega zbornika izrecno omeni to okoliščino. Beck, ki je bil zaradi izjav v tem članku deležen graje, je na očitke odgovarjal, da je urednik navedenega zbornika spremenil pomen njegovega rokopisa.<sup>77</sup> Nekaj let pozneje so očitki glede vsebine rokopisa spet prišli na plano in Beck je na svoji spletni strani objavil rokopis in besedilo članka, ki je bil po njegovih navedbah v spremenjeni obliki objavljen v zborniku. Rokopis in članek je poslal tudi več novičarskim portalom z namenom, da bi dokazal razliko med njima, vendar ni dal soglasja za njuno objavo. Družba Spiegel Online upravlja spletni informativni portal, na katerem je objavila svoj članek. V njem je navedla, da v nasprotju s trditvami Becka urednik osrednjega sporočila v njegovem rokopisu ni spremenil. Poleg tega članka sta bili prek hiperpovezave na

<sup>73</sup> Radosavljev 2017.

<sup>74</sup> Prav tam.

<sup>75</sup> Savola.

<sup>76</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-516/17, *Spiegel Online GmbH proti Volker Beck*, z dne 29. 7. 2019.

<sup>77</sup> Prav tam, točka 10.

voljo za prenos prvotni različici rokopisa in članka, objavljenega v zadevnem zborniku. Beck je nasprotoval temu, da se na spletni strani družbe Spiegel Online dasta na voljo celotni besedili tega rokopisa in članka, pri čemer je menil, da gre za kršitev avtorske pravice.<sup>78</sup>

Predložitveno sodišče je SEU postavilo vprašanje, ali je treba točko d tretjega odstavka 5. člena Direktive 2001/29 razlagati tako, da pojem »citati« iz te določbe zajema napotitev – prek hiperpovezave – na datoteko, do katere je mogoče dostopati samostojno.<sup>79</sup>

V skladu s točko d tretjega odstavka 5. člena Direktive 2001/29 lahko države članice določijo izjeme ali omejitve izključnih pravic reproduciranja in priobčitve javnosti iz 2. in 3. člena te direktive, kadar gre na primer za citate z namenom kritike ali ocene, če se ti nanašajo na delo ali na predmet sorodnih pravic, ki je že bil zakonito dan na voljo javnosti, če je naveden vir, vključno z avtorjevim imenom, razen če se to izkaže za nemogoče, in če je uporaba navedenih citatov v skladu s pošteno prakso ter v obsegu, ki ga zahteva poseben namen (točka d tretjega odstavka 5. člena Direktive 2001/29).

SEU je odločilo, da se ne zahteva, da mora biti citirano delo neločljivo (na primer z zamiki ali z reproduciranjem v opombi) vključeno v delo, ki ga citira, tako da lahko tako citiranje izhaja iz vključitve hiperpovezave do njega.<sup>80</sup> Uporaba citata mora biti v skladu s pošteno prakso ter v obsegu, ki ga zahteva poseben namen. Izjema citiranja se nanaša le na citate del, ki so bila zakonito dana na voljo javnosti. To pomeni, da so bila dela dana na voljo javnosti z dovoljenjem imetnika avtorske pravice.<sup>81</sup> V tem primeru je Beck sam dal svoje delo na voljo javnosti na svoji spletni strani.

Kot je SEU že večkrat poudarilo, hiperpovezave prispevajo k dobremu delovanju spleta, ki je posebnega pomena za svobodo izražanja in obveščanja ter za izmenjavo mnenj in informacij v tem omrežju, za katero je značilna možnost dostopa do ogromne količine informacij.<sup>82</sup> S to sodbo je SEU podprlo uporabo hiperpovezav kot citata, kar gotovo prispeva k boljši preglednosti informacij na spletu in pripomore k njihovem lažjemu iskanju.

<sup>78</sup> Prav tam, točki 12 in 13.

<sup>79</sup> Prav tam, točka 75.

<sup>80</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-516/17, *Spiegel Online GmbH proti Volker Beck*, z dne 29. 7. 2019, točka 80.

<sup>81</sup> Court of Justice of the European Union Press Release No 101/19, Luxembourg, 29 July 2019, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190101en.pdf>> (25. 10. 2020).

<sup>82</sup> Sodba Sodišča Evropske unije v zadevi C-516/17, *Spiegel Online GmbH proti Volker Beck*, z dne 29. 7. 2019, točka 81.

## 6. »Davek na povezave«

Na področju avtorskega prava je bila 26. marca 2019 sprejeta Direktiva o avtorskih pravicah na enotnem digitalnem trgu, ki je namenjena ponudnikom storitev deljenja vsebin na spletu.<sup>83</sup> Cilj direktive je bil izboljšanje pravne varnosti po Evropski uniji in med drugim krepitev položaja založnikov medijskih publikacij v digitalnem okolju ter omogočanje delovanja svobodnega in pluralističnega tiska. Ideja je bila, da bi uvedli založnikom medijskih publikacij lastno avtorski sorodno pravico, ki je zdaj urejena v 15. členu direktive.<sup>84</sup>

Ta pravica velja za spletno uporabo vsebin založnikov medijskih publikacij s strani ponudnikov storitev informacijske družbe, kot so združevalniki virov oziroma iskalniki (*aggregators*) ali storitve spremljanja medijev (*media monitoring services*).<sup>85</sup> Izdajatelji novic in drugih spletnih publikacij bi tako pridobili pravico do nadomestila za rabo vsebin ali delov njihovih vsebin.<sup>86</sup> Veliki agregatorji, kot je na primer Google, naj bi založnikom povzročali škodo, ker uporabniki interneta do založnikov ne dostopajo več neposredno. Vendar je Evropska komisija v svoji študiji ugotovila med drugim tudi, da si mediji želijo biti linkani in da jim agregatorji ne škodujejo, kar so zagovarjali nasprotniki te ureditve.<sup>87</sup>

Nova sorodna pravica pokriva vse spletne uporabe medijskih publikacij s strani ponudnikov storitev informacijske družbe.<sup>88</sup> Kaj pomeni pojem spletna uporaba, ostaja nejasno, saj je direktiva glede tega nedoločna. Nova pravica ima določene omejitve in se tako ne nanaša na reproduciranje za zasebne namene in za nekomercialno uporabo novic,<sup>89</sup> saj ni osredotočena na posamezne uporabnike, ampak ureja objavo medijskih publikacij na velikih spletnih platformah in storitve, kot so združevalniki virov. Za uporabnike interneta to pomeni, da si lahko še naprej prosto izmenjujejo vsebine na družabnih medijih in objavljajo hiperpovezave do spletnih strani časopisov. Vstavljanje hiperpovezav in objavljanje posameznih besed ali zelo kratkih izvlečkov (*snippets*) je namreč izključeno s področja uporabe nove pravice.<sup>90</sup> Postavlja se vprašanje, kako razmejiti med kratkim izsekom, za katerega je treba pridobiti dovoljenje

<sup>83</sup> »Ponudnik storitev deljenja vsebin na spletu« v Direktivi 2019/790 pomeni ponudnika storitve informacijske družbe, katere glavni namen ali eden od glavnih namenov je shranjevati večjo količino avtorsko varovanih del ali drugih varovanih predmetov varstva, ki jih na strežnik naložijo uporabniki, in javnosti ponujati dostop do njih, ki jih organizira in promovira za namene ustvarjanja dobička.

<sup>84</sup> Synodinou in Jouglex, str. 112.

<sup>85</sup> Evropska komisija, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO\\_19\\_1151](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO_19_1151)> (31. 3. 2020).

<sup>86</sup> Glej O direktivi.

<sup>87</sup> Hrastar, str. 26.

<sup>88</sup> Glej O direktivi.

<sup>89</sup> Austin.

<sup>90</sup> Evropska komisija, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO\\_19\\_1151](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO_19_1151)> (31. 3. 2020).

medijske hiše, in zelo kratkim izvlečkom, ki ga nova pravica ne zajema. Nova pravica bo tako lahko negativno vplivala na praktično funkcionalnost hiperpovezav, saj bralci želijo vedeti, kam ta vodi, preden se odločijo, da nanjo kliknejo.<sup>91</sup>

Nova avtorski sorodna pravica založnikov medijskih publikacij ne pomeni težav z vidika hiperpovezav in pravice priobčitve del javnosti, saj 15. člen direktive izrecno izključuje varstvo, ki se prizna v skladu s prvim pododstavkom tega člena, za dejanja vstavljanja hiperpovezav. Tako je zapisano tudi v 57. uvodni izjavi direktive.<sup>92</sup>

Nova pravica se ne nanaša na publikacije, izdane v znanstvene ali akademske namene, in ima določeno obdobje trajanja dve leti od objave publikacije. Države članice pa morajo avtorjem zagotoviti »ustrezen delež« vseh dodatnih prihodkov, ustvarjenih na podlagi pravice.<sup>93</sup> Rok za implementacijo direktive v nacionalne zakonodaje držav članic je 7. 6. 2021.

## 6.1. Slabosti ureditve

Podobno ureditev sta pred tem uvedli že Nemčija in Španija, kjer se je izkazala za neuspešno. Legitimen cilj preusmeritve dela dohodkov od velikih tehnoloških družb, kot je na primer Google, k založnikom ni bil dosežen. Google je prenehal prikazovati hiperpovezave, ki so bile obogatene z izvlečki, za tiste založnike, ki so zahtevali nadomestilo. Zato so medijski založniki podelili brezplačne licence Googlu, ne pa tudi drugim tekmečem in manjšim spletnim ponudnikom. Moč Googla se je tako le še utrdila, namesto omejila, založniki pa tudi niso dobili dodatnih prihodkov.<sup>94</sup> Nova obveznost sklepanja licenčnih sporazumov bo za spletne ponudnike administrativno breme, ki si ga bodo manjši spletni ponudniki težko privoščili, in to bo vplivalo na njihovo poslovanje. Posledično bi se lahko prekinil prosti pretok neodvisnih novic in to bi privedlo do razmer, ko bodo samo najbogatejše spletne platforme objavljale le izbrane članke,<sup>95</sup> kar bi pomenilo bolj omejen dostop do informacij, manjšo pluralnost in manj svobodne izmenjave stališč.<sup>96</sup> Ureditvi se očita tudi, da bo krnila neodvisno novinarstvo in na drugi strani spodbujala pojav lažnih novic (*fake news*). Nasprotujejo ji številni akademiki in člani civilne družbe, saj naj bi novo pravico podelili brez dokazov, da bo ta dosegla zastavljeni cilj. Nova določba ustvarja nepotrebno dodatno sorodno pravico za vsebine, ki so že zajete z avtorskimi pravicami. Če bi želeli rešiti problem založnikov, bi to bilo mogoče tudi

<sup>91</sup> Damjan 2019, str. 169–176.

<sup>92</sup> Synodinou in Jouglex, str. 116.

<sup>93</sup> Glej O direktivi.

<sup>94</sup> Kenda 2018a.

<sup>95</sup> Deamer.

<sup>96</sup> Kenda 2018b.

z uvedbo pravne domneve, da so založniki medijskih publikacij upravičeni do uveljavljanja pravic v zvezi z deli, na katerih imajo avtorske in sorodne pravice.<sup>97</sup>

## 7. Sklepne ugotovitve

Vprašanje odgovornosti za vsebino hiperpovezave vzbuja nekaj dilem. Prva izmed njih je, ali te pomenijo zgolj referenco, podobno kot opomba v tiskani knjigi, ali nekaj več, na primer objavo vsebine. Iz obravnavane sodne prakse izhaja, da uporaba hiperpovezave v večini primerov ne pomeni objave te vsebine, temveč referenco. Razlogi za tak sklep so v tem, da ponudnik hiperpovezave ni hkrati tudi avtor vsebine, ki jo uporabnik najde, ko klikne nanjo. Situacija je v tem podobna bralcu, ki sledi opombi v knjigi, vendar avtor besedila z opombami ni hkrati avtor dela, navedenega v opombi. Pri tem je treba misliti tudi na to, da ni nujno, da bo uporabnik spleta kliknil na hiperpovezavo, tako kot ni nujno, da bralec poišče delo, ki je navedeno v opombi. Za dostop do vsebine hiperpovezave je tako potrebno še neko dejanje na strani uporabnika tako kot na strani bralca knjige in hiperpovezava pomeni le ponujeno možnost za dostop do nadaljnjega gradiva. Menim, da je hiperpovezave načeloma treba obravnavati kot reference zato, ker bi pripisovanje večjega pomena hiperpovezavam izrazilo negativno vplivalo na pretok in dostop do informacij na spletu in bi okrnilo ustavno varovano svobodo sprejemanja in širjenja vesti ter svobodo izražanja. Vendar je glede na raznolikost primerov in njihovih dejanskih stanj in pravnih podlag ter hitrost razvijanja svetovnega spleta treba dopustiti izjeme.

Druga dilema je, ali je prav, da osebi, ki uporabi hiperpovezavo, pripišemo neko posredno odgovornost za tujo vsebino na hiperpovezavi, ki je ni ustvarila ona sama. Odgovor na to vprašanje se skriva v subjektivnem odnosu ponudnika hiperpovezave do vsebine na njej. Če ponudnik hiperpovezave vsebino na njej predstavlja kot svojo in jo spodbuja, odobrava ali povzema, potem lahko ob upoštevanju ostalih dejanskih okoliščin pride do vzpostavitve odgovornosti za vsebino na njej.

Naslednji pomembni okoliščini sta (ne)vednost o protipravnosti vsebine na hiperpovezavi in njena odstranitev. Kot pogoj za razbremenitev odgovornosti ponudnika storitve gostiteljstva ju vključuje tudi Direktiva o elektronskem poslovanju. Iz analize sodne prakse izhaja stališče, da oseba, ki je uporabila hiperpovezavo, ni odgovorna za protipravno vsebino na tej povezavi, če za protipravnost te vsebine ni vedela ali ni mogla vedeti. Dejstvo, ki podpira to stališče, je možnost, da se vsebina na hiperpovezavi kadarkoli spremeni in ponudnik hiperpovezave za to ne ve. Prav tako so sodišča za pomembno štela okoliščino, ali je ponudnik hiperpovezave takoj po tem, ko je bil obveščen o nezakoniti vsebini na njej, odstranil hiperpovezavo.

<sup>97</sup> O direktivi.

S področja avtorskega prava prispevek obravnava štiri pomembne primere, v katerih je odločalo Sodišče Evropske unije. V skladu s stališči SEU je kakršnokoli povezovanje s hiperpovezavami načeloma priobčitev avtorskega dela javnosti, razen če dejanje priobčitve ni namenjeno novi javnosti in ni priobčeno javnosti z uporabo posebnih tehničnih sredstev, ki se razlikujejo od tistih, s katerimi je bilo avtorsko delo prvotno priobčeno javnosti.

SEU je bilo v predhodno odločanje predloženo vprašanje, kakšno vlogo ima pri presoji kršitve dejstvo, da je delo na splet naloženo brez dovoljenja imetnika avtorskih pravic. Sodišče je razvilo tristopenjski test, pri katerem je kot prvo merilo upoštevana namernost posredovanja uporabnika hiperpovezave, drugo merilo pa se nanaša na pojem »javnosti«, ki ga je sodišče razvilo v svoji sodni praksi. Kot tretje merilo je SEU izpostavilo pridobitnost priobčitve javnosti. Vzpostavilo je domnevo, da je ponudnik hiperpovezave, ki ravna s pridobitnim namenom, preveril, ali je delo objavljeno na spletu z dovoljenjem imetnika avtorske pravice. Menim, da je SEU s to domnevo negativno vplivalo na svobodo izražanja in pretok informacij na spletu, saj ni upoštevalo manjših subjektov, ki morda nimajo sredstev za preverjanje zakonitosti objave dela. Mogoče je trditi, da se pričakuje višja raven skrbnosti od subjektov, pri katerih je izkazan večji interes za pridobivanje dobička z uporabo hiperpovezav. Pridobitni namen je tako lahko upoštevan kot okoliščina pri presoji odgovornosti za kršitev.

Dovoljenje imetnika avtorske pravice je bilo izpostavljeno tudi kot pogoj za uporabo hiperpovezave kot citata. Pri tem mora biti uporaba citata na način hiperpovezave v skladu s pošteno prakso ter v obsegu, ki ga zahteva poseben namen.

Kljub temu da hiperpovezave niso urejene na ravni evropske in na ravni nacionalne zakonodaje, je mogoče odgovornost zanje presojati s smiselno uporabo pravil o odgovornosti internetnih posrednikov. Pri tem je treba upoštevati dejanske okoliščine primera, predvsem pa vedenje o nezakonnosti vsebine, povzemanje in predstavljanje vsebine kot svoje, odstranitev hiperpovezave po seznanjenosti z nezakonito vsebino na njej, tehniko linkanja in ekonomski vidik osebe, ki je uporabila hiperpovezavo, in osebe, ki zatrjuje kršitev zaradi njene uporabe. Izpostaviti je treba, da imajo hiperpovezave velik praktični pomen pri uporabi svetovnega spleta in njegovem delovanju. Pri presoji odgovornosti za vsebino hiperpovezave je treba misliti na to, da bi prestroga pravila za uporabo hiperpovezav lahko negativno vplivala na njihovo uporabo in pretok informacij na spletu.

## Literatura

- AHTIK, Metka, DAMJAN, Matija, RIJAVEC, Vesna, TRPIN, Gorazd. *Pravo v informacijski družbi*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2014.
- AUSTIN, Matthew. Reform of Copyright Law in the Digital Age, <<https://hayes-solicitors.ie/News/Reform-of-Copyright-Law-in-the-Digital-Age>> (31. 3. 2020).
- BOGATAJ JANČIČ, Maja, HRASTAR, Mateja. Davek na linkanje. *Gea*, 2018, str. 26–29.
- BOGATAJ JANČIČ, Maja, MAKAROVIC, Boštjan, TOPLIŠEK, Janez, KLEMENČIČ, Goran, TIČAR, Klemen. *Pravni vodnik po internetu*. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- BOGATAJ JANČIČ, Maja. *Avtorsko pravo v digitalni dobi: problematika zaščite avtorskih del s tehnološkimi ukrepi*. Ljubljana: Pasadena, 2008.
- COLLINS, Matthew. *The Law of Defamation and the Internet*. New York: Oxford University Press, 2010.
- DAMJAN, Matija. Nova ureditev avtorske in sorodnih pravic na enotnem digitalnem trgu. *Pravnik*, 2019, letn. 74, št. 3–4, str. 169–176.
- DAMJAN, Matija. Odgovornost ponudnikov storitev informacijske družbe in spletnih medijev za uporabniške vsebine. *Pravosodni bilten*, 2017, št. 1, str. 153–177.
- DAMJAN, Matija. Odstranitev na zahtevo ali obveznost filtriranja nezakonitih uporabniških vsebin na internetu. *Zbornik Digitalno gospodarstvo*, 2018, str. 53–74.
- DAMJAN, Matija. Odškodninska odgovornost internetnih posrednikov. V: Damjan, M. (ur.), *Pravo v informacijski družbi*. Ljubljana IUS Software, GV Založba, 2014.
- DEAMER, Colette R. EU Copyright Reform: Article 11 – »Link Tax«, <<https://www.mondaq.com/unitedstates/copyright/794676/eu-copyright-reform-article-11-link-tax>> (18. 5. 2020).
- EDWARDS, Lilian, in WAELDE, Charlotte. Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement, <<https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2305/wipo-onlineintermediaries.pdf;jsessionid=5DDE39D23B91198B3BB6B971878B0D67?sequence=1>> (2. 4. 2020).
- EQUEY, David. *La responsabilite penale des fournisseurs de services internet: etude a la lumiere des droits suisse, allemand et francais*. Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Evropska komisija, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO\\_19\\_1151](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO_19_1151)> (31. 3. 2020).
- Evropska komisija, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO\\_19\\_1151](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sl/MEMO_19_1151)> (31. 3. 2020).
- Evropska komisija, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>> (30. 3. 2020).
- FRAN. Slovarji Inštituta za slovenski jezik Frana Ramovša ZRC SAZU, <<https://fran.si/iskanje?View=1&Query=linkanje>> (4. 2. 2020).
- KENDA, Albina. Pred glasovanjem o prenovi avtorskega prava: kup vprašanj, premalo odgovorov, veliko vroče krvi. *Finance.si*, 2018a, <<https://www.finance.si/8938315/Pred-glasovanjem-o-prenovi-avtorskega-prava-kup-vprasanj-premalo-odgovorov-veliko-vroce-krvi?cctest&>> (31. 3. 2020).

- KENDA, Albina. So nam evroposlanci ravnokar malo priprli internet?. *Finance.si*, 2018b, <<https://www.finance.si/8935405/So-nam-evroposlanci-ravnokar-malo-priprli-internet>> (31. 3. 2020).
- KLARIS, Edward, BEDAT, Alexia. Link liability – an EU/US comparison and guide, <<https://klarislaw.com/wp-content/uploads/klarislaw-link-liability-eu-us-comparison.pdf>> (16. 3. 2020).
- KNYRIM, Rainer. E-Commerce in 31 jurisdictions worldwide: Austria, <[https://www.kt.at/wp-content/uploads/2017/11/2009\\_Getting\\_the\\_deal\\_through\\_austria\\_e-Commerce-in-31-jurisdictions-worldwide.pdf](https://www.kt.at/wp-content/uploads/2017/11/2009_Getting_the_deal_through_austria_e-Commerce-in-31-jurisdictions-worldwide.pdf)> (18. 2. 2020).
- O direktivi*. Inštitut za intelektualno lastnino, <<https://www.ipi.si/reforma-avtorskega-prava-v-eu/o-clenih-direktive/#clen11>> (1. 4. 2020).
- Pojasnilo Evropske komisije, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation>> (23. 3. 2020).
- Press Release No 101/19*. Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 29. julij 2019, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190101en.pdf>> (25. 10. 2020).
- Press release No 20/14*. Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 13. februar 2014, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-02/cp140020en.pdf>> (23. 3. 2020).
- RADOSAVLJEV, Petar. *New era for hyperlinking in EU, How GS Media case influenced the Internet landscape in Europe*. Faculty of Law, University of Oslo, 2016, <<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/54797/8026.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (24. 3. 2020).
- RADOSAVLJEV, Petar. For whom the copyright scale tips: has the CJEU established a proper balance of rights with its GS media case judgement?. *European Journal of Law and Technology*, 2017, letn. 8, št. 3.
- RUIJSENAARS, Heijo. European Court: Linking by »framing« is not a copyright infringement, <<https://www.ebu.ch/news/2014/10/european-court-linking-by-framing>> (24. 3. 2020).
- SAVOLA, Pekka. EU Copyright Liability for Internet Linking. *JIPITEC*, 2017, letn. 8, št. 2, <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4563/JIPITEC-8-2-2017-139-Savola>> (7. 4. 2020).
- SCHUETZE, Benjamin. Bestwater: CJEU embeds decision on framed content in order, <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2014/11/03/bestwater-cjeu-embeds-decision-on-framed-content-in-order/>> (24. 3. 2020).
- STROWEL, Alain, in NICOLAS, Ide. Liability with Regard to Hyperlinks, <[https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:137553/datastream/PDF\\_01/view](https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:137553/datastream/PDF_01/view)> (4. 2. 2020).
- SYNODINOU, Tatiana-Eleni, JOUGLEUX, Philippe, MARKOU, Christiana, Prastitou, Thalia. *EU Internet Law in the Digital Era, Regulation and Enforcement*. Springer Nature Switzerland AG, 2020.





Drugo

VI.

PETRA LAMOVEC HREN

*Pomen obličnostnih zahtev pri oporočnih poslih*

MEDEJA ŠUŠTAR

*Varstvo jedi in kuharskih receptov s pravicami  
intelektualne lastnine*



Izvirni znanstveni članek  
UDK 347.67.028

# Pomen obličnostnih zahtev pri oporočnih poslih

PETRA LAMOVEC HREN  
*magistrica prava*  
*mlada raziskovalka*  
na Inštitutu za primerjalno pravo  
pri Pravni fakulteti v Ljubljani

## 1. Uvod

Vsakdo, ki je oporočno sposoben, lahko sestavi oporoko in razdeli premoženje glede na svoje želje in preference. Pri tem lahko prosto izbira med različnimi oblikami oporok, vendar se mora držati predpisanih obličnostnih zahtev, ki veljajo za vsako izmed dovoljenih oblik. Zahteve, ki jih vsebuje vsak dednopравни akt, so namenjene štirim temeljnim funkcijam. Oblikovane so z namenom, da oporočitelja opozarjajo na resnost situacije in zahtevajo temeljit premislek. Funkcije so si med seboj v neenakem razmerju, razlikujejo pa se tudi glede na pomen, ki ga imajo pri posamezni obliki oporoke. V prispevku je predstavljen pomen posamezne funkcije glede na temeljne lastnosti ključnih oblik oporok. Če so vse funkcije zelo poudarjene pri pisni oporoki pred pričami, to ne velja pri lastnoročni oporoki, prav tako je nekoliko specifična ustna oporoča. Elektronski zapis oporoče v večini držav ni dovoljen. Kjer ga države že normativno urejajo, je izbira samega medija prepuščena izbiri zapustnika, a vseeno so dokaj strogo predpisane druge obličnostne zahteve glede načina podpisovanja, prič, hrambe ipd. V zadnjem delu je predstavljena vloga obličnostnih zahtev z vidika elektronske oblike oporoče.

## 2. Zahteve glede oblike oporoče in strogi formalizem

V dednem pravu velja pravilo *numerus clausus* oblik oporok. Oporočno razpolaganje je dovoljeno le v obliki in na način, kot to predpisuje zakon. Zapustnik, ki se odloči razdeliti premoženje, ima na voljo nabor možnih oblik oporok, odvisno od države. To preprečuje morebitno inovativnost in kreativnost zapustnika pri zapisovanju poslednje volje in povzroča suhoparne zapise. A hkrati ravno ta suhoparnost omogoča, da je takoj razvidno bistvo vsebine razpolaganj in odstranjuje dvom o namenu zapisanega.

Sestaviti oporoko je preprosto, drugo pa je sestaviti veljavno oporoko. Da bo oporoka veljala, je treba ravnati pazljivo in natančno, saj postopek ni tako enostaven, kot se to zdi na prvi pogled. Družbe, v kateri ne bi bilo sporov in bi vsi ravnali pošteno, ni. Zato je treba poseči po oblikovanju varnostnih mehanizmov, ki pomagajo zagotoviti, da oporoka pomeni pravo in resnično voljo oporočitelja ter njena interpretacija ne vzbuja dvomov ali negotovosti.<sup>1</sup> Postopek sestave oporoke je dokaj kompleksen in hitro se lahko zgodi, da oporočitelj narobe interpretira zakonsko zahtevo ali je preprosto ne upošteva.<sup>2</sup> Glavne slabosti obličnosti so zapleti, povezani z neizpolnjevanjem predpisanih zahtev, in stroški, ki so povezani z doseganjem teh zahtev.<sup>3</sup> Razumljivo je, da obličnostne zahteve pomenijo tveganje, da zaradi njihovega nedoslednega upoštevanja oporoka ne bo veljavna. Z racionalizacijo postopkov se zmanjša nevarnost, da bi bila oporoka neveljavna zaradi kakšne procesne, bolj tehnične napake oporočitelja.<sup>4</sup> Vendar je treba biti previden, do kod naj ta poenostavitev poteka. Pretirana poenostavitev pomeni nevarnost, da zmanjša dokazno funkcijo in pridih ceremonialnosti do te mere, da bi izvedbeni akt postal gola formalnost, zaradi česar bi oporočitelj dejanje štel kot nekaj povsem običajnega.<sup>5</sup>

Temeljno načelo oporočnega prava je oporočna svoboda. Načelo je zelo široko zastavljeno – zapustnik lahko s premoženjem ravna, kot želi. Vseeno ta razpolagalna pristojnost ni neomejena, ampak neizbežno prihaja do trka med svobodo razpolaganja in obličnostnimi zahtevami. Oporoke ne more sestaviti po trenutnem navdihu, zanemarjajoč vse predpise, ampak se njegova pooblastila gibljejo znotraj kroga *numerus clausus* oblik oporok. Če želi, da bo njegovo ravnanje učinkovito, mora izbrati eno od oblik, ki jih predvideva zakon.<sup>6</sup> Če se teh pravil ne drži, nima zagotovila, da bo oporoka prestala sodno presojo, in tvega, da bo sodišče ugotovilo njeno neveljavnost in ravnalo po pravilih zakonitega dedovanja.

Večina pravnih redov zahteva strogo skladnost (*strict compliance*) oporoke z obličnostnimi zahtevami. Vsako odstopanje od popolnega ujemanja je v tem primeru kaznovano z neveljavnostjo oporoke.<sup>7</sup> Na podlagi analize sodne prakse je mogoče ugotoviti, da sodišča zelo dosledno in dobesedno berejo zakonske akte ter dajejo prednost obliki pred pravo oporočiteljevo

<sup>1</sup> Ker je oporočitelj v trenutku, ko se presoja oporoka, mrtev in posledično ne more pojasniti, ali je predloženi dokument res njegova oporoka in kaj je želel z njo povedati, se lahko ta pomanjkljivost odpravi z uvedbo zahtev, kako mora biti zapis sestavljen, da bo učinkoval. Langbein 1975, str. 492.

<sup>2</sup> Weisbord, str. 907.

<sup>3</sup> Critchley, str. 52.

<sup>4</sup> Hirsch, 1996, str. 1068.

<sup>5</sup> Prav tam, str. 1068–1069.

<sup>6</sup> Langbein 1975, str. 491–492; Boddery, str. 208.

<sup>7</sup> Langbein 2017, str. 2.

voljo. Pogled je osredotočen na pravilnost oblike do te mere, da teža napake ali nedvoumnost oporočiteljeve volje niti ni pomembna, zaradi česar se namesto oporočnim dedičem prijaznejših rešitev lahko ustvarjajo frustracije.<sup>8</sup> Nefleksibilnost in neizprosni formalizem sta tako znani značilnosti oporočnega dedovanja ter pripomoreta k ustvarjanju presenetljivih in kdaj tudi nepravičnih odločitev.<sup>9</sup>

V nekaterih državah te napake lahko sanirajo z doktrino neškodljive napake in doktrino znatne skladnosti.<sup>10</sup> Sodobni trend glede presoje oporok potuje v smeri liberalizacije obličnostnih pravil.<sup>11</sup> Z omenjenima doktrinama se poskušajo reševati primeri, ko bi bila oporoka neveljavna zaradi povsem banalnih, nepomembnih napak. Čeprav oporoka ne izpolnjuje vseh obličnostnih zahtev, ki so predpisane s statutom, jo lahko sodišče pod določenimi pogoji ohrani in veljavi. Doktrina neškodljive napake je bolj liberalna od znatne skladnosti, obe pa temeljita na obstoju oporočiteljeve volje. Pri doktrini neškodljive napake se zahteva le, da obstaja jasen in prepričljiv dokaz, da je oporočitelj dokument štel za svojo oporoko. V okviru doktrine znatne skladnosti se je v sodni praksi razvil tristopenjski test,<sup>12</sup> po katerem sodišča presojujejo, ali so izpolnjeni pogoji, da bi oporoko lahko šteli za veljavno.

Vendar doktrini nista razširjeni, kot bi pričakovali glede na uporabnost rezultatov, in ju pozna malo držav.<sup>13</sup> Njuna težava je, ker brišeta jasno mejo med tem, kdaj je oporoka veljavna in kdaj ima napaka take pomanjkljivosti, da je ni mogoče upravičiti niti z uporabo ene od doktrin. Jasen režim se zamenjuje s precej nedoločnim standardom.<sup>14</sup> Države raje ostajajo pri pravilu stroge skladnosti oporoke s predpisi, ki sanira vsako napako v oporoki z njeno neveljavnostjo.

---

<sup>8</sup> Weisbord, str. 911–912. Primer skrajnega formalizma je zadeva *In Re Lynch's Estate*. Čeprav sta bili v času sestave oporoke v isti sobi dve priči, je sodišče reklo, da oporoka ni veljavna. Oporočitelj je oporoko podpisal pred eno pričo, ki se je nato še sama podpisala, nato pa za podpis prosil še svojo tajnico, ki je delala zraven. Tajnica ni videla, kako sta oporočitelj in prva priča podpisala oporoko, kar je po mnenju sodišča taka pomanjkljivost, da oporoka ne izpolnjuje zakonskih zahtev glede prisotnosti prič in podpisovanja. Sodišče je svojo odločitev utemeljilo s tem, da čeprav sta bili v istem prostoru prisotni dve priči, pa nista obe hkrati spremljali podpisovanja, ampak je druga priča takrat delala nekaj drugega. Poleg tega ji je oporočitelj šele po tem, ko se je podpisala, povedal, kaj je podpisala. Horton, 2018, str. 2035.

<sup>9</sup> Rangan, str. 1793; Hall, str. 343–344.

<sup>10</sup> Hall, str. 344.

<sup>11</sup> Weisbord, str. 911.

<sup>12</sup> Hall, str. 343–345. Avstralsko sodišče je v primerih *Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor*, [2017] QSC 220, in *Re: Yu*, [2013] QSC 322, veljavnost oporoke presojevalo v treh korakih: ali se zapis lahko šteje za dokument, ali dokument izraža oporočiteljevo voljo in ali je mogoče trditi, da je oporočitelj zapis štel za oporoko.

<sup>13</sup> Horton, 2018, str. 2040, 2043.

<sup>14</sup> Horton in Weisbord, str. 25; Horton, 2018, str. 2043.

### 3. Obličnostne funkcije

Postopek sestave oporoke je »prepreden« s formalizmom in procesnimi pravili. Že od nekdanj je bila pri oporoki za njeno veljavnost bolj kot vsebina pomembna oblika.<sup>15</sup> Za vsako obliko oporoke veljajo bolj ali manj natančna pravila, kako mora potekati postopek sestave in v kakšni obliki mora biti, zaradi česar je zapustnik pri svoji kreativnosti omejen na zakonsko predpisane oblike. Obličnostne zahteve so rezultat dolgoletne tradicije in so namenjene različnim funkcijam.<sup>16</sup> Njihov temeljni pomen izhaja iz dejstva, da je v trenutku, ko pride do realizacije zapustnikovih želja, ta mrtev in ga ni mogoče vprašati za morebitna pojasnila.<sup>17</sup>

Če so pravila jasna, se onemogočijo raznovrstni manevri, ali bi lahko oporoko, ki odstopa od predpisanih oblik, šteli za veljavno, prav tako pa dediči ne bodo po nepotrebnem ustvarjali sodnih sporov z upanjem, da jim morda uspe prepričati sodišče, da se določena pomanjkljivost v oporoki lahko spregleda.<sup>18</sup> Sodišča z dosledno in ozko razlago dednopravnih določil omogočajo gotovost in predvidljivost sodnih odločitev. Togi formalizem zmanjšuje tveganje, da se v zapuščinskih postopkih razbohotijo spori o veljavnosti oporoke, zaradi zapletov in dolgotrajnosti pa bi se zmanjševala tudi velikost zapuščine.<sup>19</sup> Formalistične določbe so osredotočene na zapustnika, vendar se postavlja dvom, do kod naj ta zaščita seže oziroma od katere točke naprej se šteje za pretirano in povzroča več težav, kot jih rešuje.

Obličnostne zahteve so oblikovane z namenom, da varujejo in usmerjajo oporočitelja pri sestavi oporoke. Danes se za pionirsko delo šteje članek Ashbela G. Gulliverja in Catherine J. Tilson, v katerem sta ugotovila, da imajo formalistične zahteve tri funkcije: dokazno, solemnitetno in varovalno.<sup>20</sup> Če imata prvi dve izjemen pomen, sta zaradi spremenjenih družbenih razmer ostala v dvomu glede vrednosti tretje funkcije.<sup>21</sup> Istega leta je svoje ugotovitve o obličnostnih funkcijah objavil tudi Lon L. Fuller. Zanimivo je, da so pri analizi obličnostnih zahtev vsi trije ugotovili podobno, čeprav se med seboj niso poznali. Fuller je, za razliko od Gulliverja in Til-

<sup>15</sup> Grant, str. 122. Vsebinska oporoke je pomembna z vidika, da oporočitelj upošteva nujne dediče, razpolaga le s premoženjem, katerega lastnik je on, ne vključi nemogočih ali nemoralnih pogojev.

<sup>16</sup> Weisbord, str. 907.

<sup>17</sup> Langbein 2017, str. 2.

<sup>18</sup> Horton 2018, str. 2043.

<sup>19</sup> McEnery, str. 3.

<sup>20</sup> Gulliver in Tilson.

<sup>21</sup> Časovna točka sestave oporoke se je postopoma odmikala od zadnjega obdobja zapustnikovega življenja in trenutka smrti. Ker je zato oporoko večina oporočiteljev sestavila že prej, ko so bili na vrhuncu življenjskih moči, posebno varstvo, ki bi jih varovalo pred vplivi tretjih oseb, ki bi želele vplivati na izid vsebine oporoke, niti ni bilo potrebno. Poleg tega ima oporočitelj na voljo tudi druge institute, s katerimi lahko razpolaga s svojim premoženjem že za časa življenja, ali obstoječo oporoko kadarkoli prekliče, sestavi novo ali jo spremeni. Gulliver in Tilson, str. 5–10.

sonove, kot tretjo opredelil usmerjevalno funkcijo, medtem ko varovalne funkcije ni vključil v svoje delo.<sup>22</sup> Danes so v teoriji vse štiri uveljavljene kot temeljne obličnostne funkcije.<sup>23</sup>

Poleg njih imajo obličnostne zahteve tudi druge, obrobnejše funkcije. Oporočna razpolaganja imajo t. i. izrazno funkcijo (*expressive function*) in pomenijo oporočiteljevo poslednjo možnost, pri čemer bo njegovo ravnanje imelo učinke po njegovi smrti. To ima pozitiven psihološki učinek pri sprejemanju lastne umrljivosti.<sup>24</sup> Obličnostne zahteve spodbujajo ohranjanje razumnosti in dobre psihološke kondicije zapustnika (*therapeutic function*) in so oblikovane z namenom posebnega varstva družine (*family protection function*).<sup>25</sup>

Funkcije so medsebojno tesno povezane in se dopolnjujejo.<sup>26</sup> Vsaka predpisana zahteva glede določene oblike oziroma izvedbe ima svoj namen, a se razlikujejo po pomembnosti in medsebojnem součinkovanju.<sup>27</sup> Če je ena od funkcij nekoč pomenila temelj sestave oporoke, je lahko zaradi sprememb, ki jih s seboj prinaša razvoj družbe in tehnologije, njen pomen danes bistveno manjši.<sup>28</sup>

### 3.1. Dokazna funkcija (*evidentiary function*)

Dokazna funkcija ima najpomembnejšo vlogo med vsemi funkcijami.<sup>29</sup> Temeljni namen zakonskih zahtev glede upoštevanja predpisane oblike oporoke je v zagotovitvi zanesljivega dokaza o obstoju oporočiteljevega namena.<sup>30</sup> Oporoka ne more biti sestavljena na način, kot bi se v danem trenutku zahotelo zapustniku, ampak mora pri njeni izbiri in sestavi slediti predpisanim obličnostnim zahtevam.<sup>31</sup> Dokazno funkcijo imajo pisna oblika oporoke, lastnoročni podpis in priče.<sup>32</sup>

<sup>22</sup> Fuller, str. 800–801.

<sup>23</sup> Caldwell, str. 479. Langbein pozneje povzame deli vseh avtorjev in za izhodišče vzame vse štiri obličnostne funkcije. Njegovemu zgledu sledijo tudi številni drugi avtorji. Langbein 1975, str. 492–496.

<sup>24</sup> Sitkoff in Dukeminier, str. 144.

<sup>25</sup> Obstoj drugih funkcij povzema Rhodes, str. 420.

<sup>26</sup> Langbein 1975, str. 497.

<sup>27</sup> Prav tam, str. 492. Gulliver in Tilson sta najbolj poudarila dokazno in solemnitetno funkcijo. Tudi Fuller je najpomembnejšo vlogo obličnosti videl v dokazni funkciji. Fuller, str. 800. Hierarhično gledano je najpomembnejša dokazna funkcija. Sledita ji usmerjevalna in solemnitetna, nazadnje pa pride na vrsto varovalna funkcija. Hall, str. 359.

<sup>28</sup> To velja predvsem za varovalno funkcijo. V času, ko so zapustniki sestavljali oporoke v zadnjih izdihljajih življenja, je bil varovalni namen obličnostnih določb izrednega pomena. Danes se večina oporok sestavi že prej, ko so zapustniki še čili in zdravi, zato je varovalni namen bolj ali manj le še obstranskega pomena.

<sup>29</sup> Hall, str. 359.

<sup>30</sup> Langbein, 1975, str. 492; Fuller, str. 800; Caldwell, str. 479; Grant, str. 121; Banks, str. 296.

<sup>31</sup> Gulliver in Tilson, str. 6.

<sup>32</sup> Fuller, str. 800. Po mnenju Gulliverja in Tilsonove imata najmočnejšo dokazno težo pisna oblika in oporočiteljev podpis, kar je bilo pozneje večkrat poudarjeno, na primer Langbein, 1975, str. 525. Boddery, str. 209.

Oporoka mora biti praviloma v pisni obliki, ki je trajna.<sup>33</sup> Le izjemoma lahko oporočitelj svojo oporočno voljo izrazi samo ustno, vendar je taka oblika manj zanesljiva.<sup>34</sup> Pisni zapis lahko napiše oporočitelj sam, lahko ga napiše nekdo drug ali je besedilo natipkano. Dokazni vrednosti lastnoročne oporoke in pisne oporoke pred pričami se zaradi različno intenzivne vključenosti oporočitelja razlikujeta.

Lastnoročno zapisane besede, ki jih napiše zapustnik na roke, razkrivajo grafološke in nekatere značajske lastnosti oporočitelja. Lastnoročna oporoka ne potrjuje avtentičnosti samo s podpisom, ampak v njen prid govori celotno besedilo oporoke, saj je napisano na roke, zato ima tak način zapisa večjo težo. Lastnosti, ki jih razkriva lastnoročen zapis in uporabljena terminologija, se lahko primerjajo z drugimi pisanji, ki jih je napravil oporočitelj. Na tej podlagi je mogoče ugotoviti avtentičnost oporoke.<sup>35</sup> Oporoka, ki jo sestavi zapustnik sam, s slogom pisanja in besednimi zvezami izraža njegovo osebnost. Personalizacija vsebine ta sklep (da je to delo iste osebe) še dodatno okrepi.<sup>36</sup> Analiza jezikovnega sloga lahko pripomore tudi k razjasnitvi morebiti nejasnega oporočiteljevega namena.<sup>37</sup>

Če pomaga oporoko sestaviti druga oseba, slog pisanja ne izvira več od zapustnika, ampak je že v določeni meri korigiran. Oporoka mora izražati oporočiteljevo voljo in se lahko napiše po njegovem nareku ali prepíše že pripravljen oporočiteljev osnutek. Tak dokument slabše izkazuje avtentičnost zapisa, a ima zaradi trajne oblike pomembno dokazno vlogo glede vsebine zapisa.<sup>38</sup>

Oporočiteljev lastnoročni podpis je eden temeljnih elementov pisne oblike oporoke. S podpisom zapustnik potrdi, da gre za končno obliko oporoke, in ne le za njen osnutek.<sup>39</sup> Poleg tega je podpis pomemben dokaz o pristnosti zapisa in omogoča sodišču, da se prepriča o izvoru oporoke. Podpis je praviloma na koncu dokumenta z namenom, da se onemogoči naknadno dopolnjevanje besedila brez oporočiteljeve vednosti. Praviloma se mora zapustnik podpisati s svojim imenom in priimkom, izjemoma pa nekatere ureditve kot podpis upoštevajo tudi, če se podpiše z vzdevkom oziroma kakšnim drugim nazivom ali če ga podpiše tretja oseba. Čeprav je lahko veljavna tudi tako sestavljena oporoka, gre za odmik od dokazne funkcije.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Horton 2015, str. 1112.

<sup>34</sup> Simmons, str. 349.

<sup>35</sup> Prav tam, str. 360. Čeprav pri lastnoročni oporoki niso potrebne priče, to ne zmanjšuje njene dokazne vloge, saj ima pomembno dokazno vrednost zapis vsebine, ki ga je oporočitelj v celoti napisal na roke. Boddery, str. 209.

<sup>36</sup> Simmons, str. 360.

<sup>37</sup> Gulliver in Tilson, str. 6.

<sup>38</sup> Simmons, str. 360.

<sup>39</sup> Horton 2015, str. 1112.

<sup>40</sup> Gulliver in Tilson, str. 7.



Če v zapuščinskem postopku nastane potreba po vključitvi strokovnjaka za pisave, lahko ta na podlagi podpisa, ki je sestavljen iz polnega imena in priimka, z visoko stopnjo gotovosti potrdi, ali podpis na oporoki izvira od oporočitelja.<sup>41</sup> Za razliko od pisne oblike ustna oporoka ne vsebuje lastnoročnega podpisa in lahko vzbuja dvom o svoji pravilnosti in resničnosti. Oporočni posli lahko imajo pomembne in daljnosežne posledice, zato je pomembno, da oporoka pomeni zanesljiv in varen dokaz pri izvrševanju oporočiteljeve prave volje. Zaradi tega je pomembno, da so merila, ki se zahtevajo za veljavnost oporoke, postavljena visoko in se vsebina oporočnih razpolaganj in oporočiteljev namen izkazuje z zadostno stopnjo formalnosti.<sup>42</sup>

Priče, ki sodelujejo v postopku sestave oporoke, s svojimi čutili sprejemajo dražljaje iz okolja. Če se v zapuščinskem postopku pojavi potreba, lahko, odvisno kako dobro se spominjajo dogodka za nazaj, opišejo dogajanje, kot so ga zaznavale, kakšno je bilo zaporedje dogodkov in pojasnijo okoliščine, relevantne v konkretnem primeru. Poleg bolj tehničnega opisa zaporedja dogodkov lahko podajo oris oporočiteljevega obnašanja in mnenje glede njegovega duševnega stanja.<sup>43</sup> Čeprav je njihovo dožemanje lahko bolj ali manj subjektivno, je iz opisa še vedno mogoče izluščiti bistvene podatke, ki jih sodišče potrebuje za presojo veljavnosti oporoke. Priče morajo biti prisotne ves čas sestave oporoke. Če to ni tako, je njihova vloga okrnjena, saj lahko zaradi odsotnosti izgubijo pregled nad celotnim dogajanjem in je njihovo izpovedovanje vzeto iz konteksta, zaradi česar so ugotovitve lahko napačne.<sup>44</sup> Čeprav lahko ima prisotnost prič pomembno vlogo in lahko prispeva k razjasnitvi dokaznega postopka, pretirani formalizem povzroča frustracije pri dedičih in deluje neživljenjsko. To nazorno prikazujejo odločitve v primerih *Groffman v. Groffman*,<sup>45</sup> *Stevens v. Casdorff*<sup>46</sup> in *Re Lynch's Estate*.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> Pogačnik, str. 12–13.

<sup>42</sup> Langbein 1975, str. 492–493, 495.

<sup>43</sup> Simmons, str. 360.

<sup>44</sup> Prav tam, str. 357–358.

<sup>45</sup> *In Re Groffman*, [1969] 1 W.L.R. 733. V navedenem primeru je oporočitelj sestavil pisno oporoko pred pričami, vendar prič nista bili hkrati prisotni pri podpisovanju. Sodišče je sicer reklo, da ne dvomi o verodostojnosti zapisanega in oporočiteljevega namena, vendar oporoka ne izpolnjuje obličnostnih zahtev glede prisotnosti prič in je zato neveljavna. Sitkoff in Dukeminier, str. 147–148.

<sup>46</sup> *Stevens v. Casdorff*, 508 S.E.2d 610 (W. Va. 1998). V navedenem primeru je oporočitelj sestavil pisno oporoko in se odpeljal do banke, kjer se je pred uslužbenko podpisal na oporoko in prosil, da se podpiše še sama. Namesto tega je uslužbenka vzela oporoko in jo nesla sodelavcema, ki sta se nanjo podpisala kot prič. Priči sta oporoko podpisali v notranjosti banke, medtem ko je zapustnik čakal v avtomobilu zunaj. Sodišče je sicer reklo, da ne dvomi o verodostojnosti zapisanega in je oporočiteljev namen nedvoumen, vendar oporoka ne izpolnjuje obličnostnih zahtev, saj se podpisniki niso podpisali v prisotnosti drug drugega, ter je zato neveljavna. Glover, str. 344.

<sup>47</sup> *In Re Lynch's Estate*, 161 P.2d 24, 26 (Cal. Dist. Ct. App. 1945). V navedenem primeru je oporočitelj sestavil pisno oporoko pred pričami. Najprej jo je dal v podpis prvi prič, medtem ko druga priča, ki je sedela v isti sobi nedaleč stran in delala, ni spremljala, kaj dela oporočitelj. Šele po podpisu prve priče je prosil še drugo pričo, da bi se podpisala na

Če bi bilo dovoljeno oporočno razpolaganje v obliki videoposnetka, bi imel tak zapis po mnenju teoretikov veliko dokazno vrednost. Videoposnetek omogoča neposreden vpogled v dogodek, ko je oporočitelj želel razpolagati s premoženjem za primer smrti. Sodišče lahko spremlja izjavo oporočitelja, kot če bi bil ta pred njim, in ni odvisno od izpovedb prič, ki so subjektivne. V nekaterih primerih je bil videoposnetek sprejet kot dokazno gradivo ali se ga dovoljuje kot način avtentifikacije, ne more pa učinkovati kot samostojna oblika oporoke.<sup>48</sup>

### 3.2. Solemnitetna funkcija (*ritual oziroma cautionary function*)<sup>49</sup>

Svečanost postopka ustvarja tak vtis v želji, da bi oporočitelj razlikoval dejanje sestave oporoke od drugih, vsakodnevnih opravil.<sup>50</sup> Pri oporoki ne gre za mimobežen klepet, neformalen pogovor s prijatelji ali pisanje sporočila znanцу. Oporoka mora biti rezultat tehtnega premisleka oporočitelja in ne posledica impulzivnega ravnanja ali enkratnega čustvenega dogodka. Niso problematična sama čustva, ampak če so bile te enkratne emocije vzgib, da je oporočitelj sestavil oporoko na način, ki sicer ne izraža prave volje, ampak je zgolj posledica pretiranega vznburjenja, ko so čustva prevladala nad razumom.<sup>51</sup> Čeprav posledice ravnanja zapustnika nanj nimajo vpliva za časa njegovega življenja, imajo širše družbene vplive, zato je pomembno, na kakšen način so sestavljene. Ceremonialne zahteve spodbujajo zapustnika k skrbnemu premisleku, ali je sestava oporoke v obliki in na način, kot jo ima v mislih, res tisto, kar želi doseči.<sup>52</sup> Predpisane zahteve zagotavljajo, da oporočitelj ravna drugače, kot ravna v drugih življenjskih situacijah, kar omogoča vzpostavitev jasne ločnice med aktom sestave oporoke od dejanj sestave drugih pisanj.<sup>53</sup>

Sodišče ne sme biti v dvomu glede umestitve oporoke.<sup>54</sup> Lahko je povsem jasno, da gre za osnutek, lahko pa je meja med osnutkom in dokončnim zapisom zabrisana in se pojavi dvom o njegovi kvalifikaciji, od česar je odvisno, ali bo imel pravne posledice ali ne. Dediči v upa-

---

listino. Sodišče oporoke ni štelo za veljavno, ker prič nista hkrati sodelovali v postopku sestave in ker je oporočitelj šele po podpisu seznanil drugo pričo z dejstvom, da je podpisala njegovo oporoko. Horton, 2018, str. 2034–2035.

<sup>48</sup> Beyer in Hargrove, str. 884; Crawford, str. 764.

<sup>49</sup> V strokovni literaturi se pojavljata tako izraz *ritual* kot tudi *cautionary*. Čeprav je za slednjega ustrežnejši prevod v smeri svarila, prevajanje po namenu oziroma vlogi funkcije ni najustrežnejše. Pri prevodu sem se osredotočila na jezikovno vlogo besed, in ne na njihov namen, ki ga zasledujejo, zato sem sledila prevodu *ritual*. Obličnostne zahteve zahtevajo bolj slovesno, pompozno ravnanje, čemur ustreza izraz solemnitetna, namen takega ravnanja pa je, da se zapustnika posvari pred njegovim ravnanjem in se ga opozori nanj.

<sup>50</sup> Simmons, str. 350.

<sup>51</sup> Bodderly, str. 208.

<sup>52</sup> Fuller, str. 800; Banks, str. 296; Grant, str. 121.

<sup>53</sup> Gulliver in Tilson, str. 3.

<sup>54</sup> Prav tam.

nju, da bodo prejeli (del) zapuščine, v zapuščinskem postopku kot zapustnikovo poslednjo voljo predlagajo raznorazna pisma, dnevnike ali druge zapise, ki jih je zapustnik v življenju lastnoročno napisal. Ker je oporočitelj mrtev in ga ni več mogoče zaslišati, kaj je želel narediti s predmetnim zapisom, je treba analizirati okoliščine, ki so bile glavni vzrok sestave oporoke.<sup>55</sup> Osnutek se od oporoke loči po tem, da gre za neko še nedokončano idejo, ki jo želi zapustnik še premisliti. Posledično manjka tudi oporočiteljeva volja glede učinkovanja zapisa.<sup>56</sup> Osnutek ni pravno relevanten, zato se ga ne sme enačiti s končnim zapisom oporoke, ki je pravno učinkujoče dejanje. Vendar solemnitetna funkcija ne predvideva kakšnih posebnih postopkov ugotavljanja dokončnosti zapisa. Slednje je mogoče ugotoviti na podlagi načina in vsebine zapisa, uporabljene terminologije in drugih okoliščin, ni pa to vedno povsem jasno.<sup>57</sup>

Sicer neizrazito, a vseeno pomensko vlogo ima tudi material, na katerega je oporočka napisana, čeprav nobeni predpisi ne določajo, katere materije so dopustne in katere ne. Če gre za debelejši, dražji papir, ta vzbuja oporočitelju močnejše občutke in še poveča zavedanje, da se na papir zapišejo le že dokončno oblikovane želje.<sup>58</sup> Dokončnost odločitve je mogoče razbrati tudi iz vsebine oporoke. Besedilo je napisano na način, ki odstopa od vsakodnevnih, običajnih zapisov ter razodeva oporočiteljeve želje in preference.<sup>59</sup>

Najizrazitejšo opozorilno vlogo imata oporočiteljev podpis in prisotnost prič.<sup>60</sup> Vsaka pisna oporočka mora imeti oporočiteljev podpis. Čeprav ima podpis tudi pomembno dokazno vrednost, je njegova primarna funkcija solemnitetna. Praviloma se podpisujejo le pomembnejši dokumenti, ki povzročijo določene pravne posledice. V primerih, ko se zahteva podpis, je podpisnik veliko previdnejši, kaj podpisuje, in ne podpiše kar česarkoli. Vsak zapis, kot je na primer nakupovalni seznam živil, napisan na listek papirja, še ne zahteva podpisa, zato mu pisec niti ne posveča pretirane pozornosti. A če sestavi dokument, ki ga na koncu tudi podpiše, bo že med sestavljanjem veliko pozornejši na vsebino zapisa in bo napisano podpisal le po premisleku, ali to res želi storiti. Morda lahko gre v primeru trgovinskega listka za osnutek oporoke, a podpis je tisti ključni element, ki spremeni status dokumenta iz osnutka v končni akt. Podpis zagotavlja, da je oporočitelj svojo končno odločitev sprejel zavestno in po predhodnem premisleku. S podpisom potrdi svoje napisane misli ali stališče in navzven pokaže, da ne gre le za nepomembno kracanje po papirju, s čimer zapisu daje pomembnejšo vlogo. In

<sup>55</sup> Simmons, str. 352.

<sup>56</sup> Horton 2015, str. 1133.

<sup>57</sup> Hall, str. 360–361. Tudi Simmons poudarja, da je v določenih primerih težko izlučiti oporočiteljev namen in odločiti, ali se pisni zapis lahko šteje za oporočko ali gre le za njen osnutek. Simmons, str. 360.

<sup>58</sup> Simmons, str. 357.

<sup>59</sup> To je mogoče izraziti z uporabljenimi terminologijo, ko se uporabijo strokovni izrazi, redkeje uporabljene besede, morebiten arhaični slog pisanja, sama formulacija besedila je drugačna.

<sup>60</sup> Caldwell, str. 479; Sitkoff in Dukeminier, str. 145.

ravno to je namen solemnitetne funkcije, ki si prizadeva, da bi oporoka izražala premišljenost in odločenost.

V solemnitetni vlogi, podobno kot lastnoročni podpis, nastopa tudi pisna oblika, ki ni vedno nujni pogoj za veljavnost oporoke. V primeru izrednih razmer je dovoljena ustna oblika oporoke. Tej obliki manjkata tako podpis kot pisna oblika, a po mnenju zakonodajalca glede na izrednost situacije priče dajejo zadostno garancijo, da se lahko upošteva.<sup>61</sup> Čeprav je v svoji goli obliki zelo izpostavljena zlorabam, daje prednost načelu oporočne svobode in rešuje zapustnika pri njenem izvrševanju.

Da je sestava oporoke poseben obred, kaže tudi vključitev prič. Zahteva po vključitvi prič terjja od oporočitelja dodatno zavzetost, saj mora poiskati osebe, ki izpolnjujejo pogoje biti priča in so pripravljene sodelovati pri sestavi. Pomembno je, da so priče verodostojne, nepristranske in zanesljive.<sup>62</sup> Aktivno ravnanje oporočitelja zahteva od njega posebno skrb, s čimer se povzroča, da je sestava oporoke dalj časa predmet razmišljanja. Poleg tega oporočitelj navzven jasno pokaže resen namen. Postopek se vodi po določenem protokolu, kar utrdi prepričanje sodelujočih, da pri zapisu ne gre več samo za osnutek, ampak za končno obliko oporoke.<sup>63</sup> Namen prič je, da s svojo prisotnostjo dajo pridih pomembnosti in pri zapustniku vzbudijo morebitne občutke resnosti in pomembnosti.<sup>64</sup>

Za razliko od pisne oporoke pred pričami ima lastnoročna oporoka veliko slabšo solemnitetno funkcijo. Lastnoročne oporoke lahko sodišču ustvarjajo kopico težav in so nezanesljive.<sup>65</sup> Pri lastnoročnem zapisu praktično ni nobene ceremonialnosti, saj sodeluje izključno zapustnik. Postopek sestave je res enostavnejši, vendar lahko ta lahkotnost pozneje povzroči dvom o oporočiteljevem namenu. Ker ne sodeluje nihče drug razen zapustnika, presoja temelji samo na okoliščinah, ki jih je mogoče razbrati iz primera, saj preprosto ni prič, ki bi jih lahko zaslišali. Določene indice je mogoče razbrati iz oporoke, poleg tega je lahko oporočitelj vključil stavke, ki izrecno poudarjajo, da gre za končno obliko, in olajšajo celotno presojo. Težavni pa so primeri, ko gre za enostavni zapis, na primer »Vse naj dobi A. A.« Zahtevnost povzroča jedrnatost zapisa, ki sodišču odpira dvom, ali je oporočitelj tak zapis štel za dokončno oporoko ali gre za njegovo predhodno fazo. Zato veliko večjo gotovost dajejo vsi tisti primeri, pri katerih je šel zapustnik skozi celoten ritual s pričami. Pričakovano je, da oporočitelj prič ne bo vključil v prehodnih fazah, ko bo še razmišljal o osnutku, ampak šele, ko bo šlo za njegovo končno obliko. Zato sodelovanje prič v zadostni meri kaže na odločenost zapustnika, da je zadevo

<sup>61</sup> Grant, str. 121–122.

<sup>62</sup> Simmons, str. 350.

<sup>63</sup> Horton 2015, str. 1133; Simmons 2016, str. 35; Hall, str. 361.

<sup>64</sup> Simmons, str. 357.

<sup>65</sup> Prav tam, str. 352.

dokončno premislil in želi sestaviti končni zapis.<sup>66</sup> Poleg tega lastnoročne oporoke ustvarjajo vrsto sporov. Ker so okoliščine sestave znane le zapustniku, ki je mrtev, to opogumlja dediče, da v zapuščinskem postopku predložijo raznovrstne oporočiteljeve zapise kot potencialne oporoke in v nadaljevanju sprožajo spore glede presoje veljavnosti teh dokumentov.<sup>67</sup>

### 3.3. Usmerjevalna funkcija (*channeling function*)

Usmerjevalna funkcija se izraža preko vloge jezika in pomena komunikacije. Prvi je usmerjevalno funkcijo obličnostnih zahtev opisal Fuller.<sup>68</sup> Predpisana oblika je kot neke vrste okvir, v katerega oporočitelj lahko umesti svoje dejanje, ter način za učinkovito in pravno priznано izražanje namena. Zapustnik mora svojo poslednjo voljo izraziti na način, ki je predpisan z zakonom in prepoznan v postopkih pred sodišči.<sup>69</sup> Skladnost oporoke s predpisi se kaže v znatni podobnosti oporok glede sestave, jezika in tudi vsebine. Standardizacija oblike oporok zagotavlja enotno podobo, koristi od nje pa imajo tako zapustniki, ki sestavijo oporoko, kot tudi sodišča, ki jo pozneje obravnavajo.<sup>70</sup>

Pri razumevanju te funkcije je Fuller podal analogijo z jezikom. Pri komunikaciji gre za logično izmenjavo besed. Kdor želi govoriti z drugo osebo, mora pravilno izbrane besede po predpisanih slovničnih pravilih oblikovati v smiselno zaporedje, da dobi oblikovani stavek določen smisel in pomen.<sup>71</sup> Vendar zgolj upoštevanje slovničnih pravil še ne zadostuje za ustrezno pravniško izražanje. Poznati je treba tudi pravilen pomen pravnih institutov. Pravni laik pogosto ni več kompleksnega pravnega jezika, pri čemer lahko ima neka beseda v pogovornem jeziku drugačen pomen kot v pravnem. Le pravilno izbrani pravni termini bodo dosegli želeni učinek.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Prav tam.

<sup>67</sup> Horton 2015, str. 1134.

<sup>68</sup> Fuller.

<sup>69</sup> Fuller, str. 801; Banks, str. 296; Hall, str. 359.

<sup>70</sup> Standardizacija je mogoča le v omejenem obsegu. Mogoče je oblikovati skupni zunanji okvir, ki se potem napolni glede na zapustnikove želje, in poskrbeti, da se terminološki izrazi dosledno in enako uporabljajo. Mogoče je tudi oblikovati enoten obrazec, kako naj bo videti zapis delitve premoženja. A samega vsebinskega jedra, komu se razdeli katero premoženje, se ne da poenotiti.

<sup>71</sup> Fuller, str. 802; Langbein 1975, str. 493–494.

<sup>72</sup> Fuller, str. 802; Langbein 1975, str. 494. Uporaba jezika ni predpisana, vendar odvetniki in spletni ponudniki oporok (ki ponujajo pomoč pri sestavi ene od klasičnih oblik oporok) radi uporabljajo strokovni jezik. Čeprav je na ta način dokument oporočitelju bolj tuj, je pomembno, da ga sodišče takoj prepozna kot oporoko. Hall, str. 360.

Oporočitelja skozi postopek sestave oporoke usmerjajo obličnostne določbe, ki mu kažejo pot, da sestavi pravno veljavno obliko oporoke.<sup>73</sup> Še priporočljiveje je, če pri tem sodeluje oseba, večča pravnega jezika.<sup>74</sup> Oporoka, ki je sestavljena s pomočjo pravnega strokovnjaka, je varen in zanesljiv način materializiranja oporočiteljevih želja na papir. Oporočitelju se ni treba vznemirjati, ali bo oporoka prestala sodni preizkus veljavnosti. Niti se ne zahtevata kakršnakoli inovativnost in iznajdljivost, ampak se precej šablonsko uporabi ena od predpisanih oblik. Prav tako je s strokovno sestavo olajšano delo sodišča.<sup>75</sup> Sodišče v primeru skladne oblike lažje pripozna predlagani dokument kot oporoko. Hkrati nima dvomov glede vsebine, kaj je oporočitelj želel povedati, saj so pravni termini uporabljeni pravilno in nedvoumno. Poleg tega hitreje delo sodne administracije omogoča krajše postopke in s tem manjše stroške, zaradi česar se več zapuščine ohrani za dediče.<sup>76</sup>

Nekoliko slabšo usmerjevalno funkcijo ima lastnoročna oporoka.<sup>77</sup> Zapustnik lahko svojo poslednjo voljo zapiše na različne načine, od tega, da je oporoka videti kot kakšen uradni dokument, do primerov, ko gre za zapis v osebni dnevnik ali na trgovinski listek. Lastnoročna oporoka, ki se ne začne eksplicitno z navedbo besede »oporoka« v začetnem delu in v jedru zapisa vsebuje poleg razpolagalnih določb še vse mogoče navedbe od poslovilnih pisem do vključitve šal in spominov na skupne trenutke, se na prvi pogled bistveno ne razlikuje od drugih, vsakodnevnih zapisov zapustnika. Ker je besedilo pisal oporočitelj sam, brez pomoči strokovno usposobljene osebe, lahko zapis odstopa od predvidenega pravnega okvira, kako naj bi bila oporoka videti, niti na to ne nakazuje uporabljena terminologija. Kanaliziranje oporočiteljeve volje v uresničitev želenih pravnih posledic tako dokaj hitro postane negotovo in se lahko pri sodni presoji pojavi dvom, kaj je zapustnik z zapisom sploh želel sporočiti.<sup>78</sup> Sodišča se namreč pogosto ukvarjajo s primeri, ko je iz nekega dokumenta mogoče razbrati oporočni namen, sam zapis pa ne spominja na oporoko, ampak na neuradno pismo družinskim članom.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Sitkoff in Dukeminier, str. 145.

<sup>74</sup> Fuller, str. 802; Langbein 1975, str. 494. Uporaba jezika ni predpisana, vendar odvetniki in spletni ponudniki oporok (ki ponujajo pomoč pri sestavi ene od klasičnih oblik oporok) praviloma uporabljajo strokovni jezik, da je takoj razvidna narava dokumenta. Hall, str. 360.

<sup>75</sup> Bodderly, str. 210; Caldwell, str. 479. Fuller meni, da je Ihering pretirano poudaril pomen oblike, saj so formalnostni elementi v določeni meri zaznavni pri vsaki pravni misli, in ne le v primerih, ko mora sodnik presoјati izpolnjevanje obličnostnih zahtev. Fuller, str. 801.

<sup>76</sup> Langbein 1975, str. 494.

<sup>77</sup> Hall, str. 361.

<sup>78</sup> Langbein 1975, str. 494; Hall, str. 360.

<sup>79</sup> Fuller, str. 804.

Z namenom odpraviti navedene dvome in negotovosti usmerjevalna funkcija poziva k strokovnemu zapisu oporoke. Usmerjevalna funkcija obličnostnih zahtev je namenjena temu, da se lahko besede učinkovito oblikujejo na način, ki bo jasno izražal oporočni namen, in zapis ne bo vzbujal dvomov glede kvalifikacije zapisa za oporoko. Čeprav besedilo zapiše oporočitelj sam, brez tuje strokovne pomoči, lahko sestavi kompleksno in nedvoumno oporoko, ki bo brez težav prestala sodno presojo. Pomembno je, da se natančno izraža in sprti skrbi za čistost jezika in razumljivost zapisanega. Tako prečiščeno besedilo omogoča, da se da brez sence dvoma ločiti vsakodnevne dokumente od dokumenta, ki pomeni oporoko.

Najslabše je usmerjevalna funkcija zastopana pri ustnih oporokah.<sup>80</sup> Pri ustni oporoki oporočitelj niti nima možnosti, da bi ponovno prebral in popravil zapisano besedilo, ampak sledi toku misli. Če je v stresu ali negotov, lahko hitro pride do napak, preskakovanja, zamenjave pojmov ali drugih nepravilnosti, ki otežujejo ali celo onemogočajo izvršitev oporoke.

### 3.4. Varovalna funkcija (*protective function*)

Ena temeljnih lastnosti oporoke je, da izraža oporočiteljevo poslednjo voljo. Z njo oporočitelj izrazi svoje poslednje misli in želje, ki se nanašajo na posledice, ko bo umrl. Pove lahko, kako želi biti pokopan, izrazi občutke glede odnosov z drugimi, se pošali in opraviči za svoja ravnanja ter med drugim tudi razdeli premoženje. Če zapisane misli v smislu poslovnih besed niso pravno relevantne, to nikakor ne velja za določbe, ki zadevajo premoženje. Ker delitev premoženja pomeni pomembne finančne transferje, je zelo pomembno, da ne pride do kakršnega koli defekta volje. Namen obličnostnih zahtev je zato tudi v zaščiti oporočitelja, da ravna, kot želi, v skladu z načelom oporočne svobode.<sup>81</sup>

Ranljivejše skupine ljudi so bolj dovzetne za zunanje vplive okolja, ki so jim izpostavljene, zato se lahko zgodi, da oporoka ne izkazuje prave in resnične volje oporočitelja.<sup>82</sup> Z varovalnimi določbami se res poskuša varovati zapustnika, vendar se hkrati gleda na človeka in človeško naravo najbolj pesimistično, kot da so zapustniki osamljeni, nemočni imetniki premoženja, ravnanje potencialnih dedičev pa je usmerjeno le v koristljubje.<sup>83</sup> Vendar potreba po posebni skrbi in pomoči nemočnemu zapustniku pada. Varovalne določbe so nekoč, ko so se oporoke večinoma sestavljale na smrtni postelji, imele smisel. V obdobju pred 19. stoletjem je varovalna funkcija imela pomembno vlogo pri zaščiti oporočiteljeve poslednje volje. Psihofizične sposobnosti oporočitelja so bile v takih situacijah pod zelo velikim vplivom močnih čustev,

<sup>80</sup> Langbein 1975, str. 494.

<sup>81</sup> Banks, str. 296; Grant, str. 122.

<sup>82</sup> Grant, str. 122; Bodderly, str. 209–210.

<sup>83</sup> Gulliver in Tilson, str. 10–12.

zaradi česar je lahko bila okrnjena sposobnost presojanja in razumevanja.<sup>84</sup> Če je bil v trenutkih nemoči in pešanja obkrožen z grabežljivimi dediči, ki so želeli izkoristiti oporočiteljevo zdravstveno stanje, so s svojim vedenjem in govorjenjem lahko vplivali na zapustnika na način, da je sestavil oporoko, ki pravzaprav ni odsevala njegove volje, ampak želje navzočih oseb. S tem so si lahko na nepošten način pridobili premoženjsko korist, ki je sicer ne bi imeli, če bi delovale varnostne kontrole.<sup>85</sup> Danes je situacija spremenjena, saj praviloma oporoko sestavi oporočitelj na višku svojih življenjskih moči in ob pomoči pravno podkovane osebe. Osebe, ki imajo v lasti premoženje, so pogosto sposobnejši in dominantnejši člani družbe, zdrav oporočitelj pa je praviloma zmožen braniti in zagovarjati svoje interese.<sup>86</sup> Poleg tega pravo ponuja številne ukrepe, s katerimi je mogoče sankcionirati različne oblike vsiljevanj, in lahko vsak trenutek prekliče neželena oporočna določila.<sup>87</sup>

Nadalje se pri presoji smiselnosti varovalne funkcije postavlja vprašanje, zakaj razlikovati med *inter vivos* pravnimi posli in oporočnimi posli. Pri obeh je mogoče prenesti premoženje z ene osebe na drugo, a za drugo veljajo veliko strožji pogoji izvedbe tega prenosa.<sup>88</sup> Če je bila varovalna funkcija nekoč v preteklosti izredno pomembna, se taka utemeljenost njene vloge danes postavlja v negotov položaj.<sup>89</sup>

Vloga varovalnih določb pri lastnoročni oporoki je majhna, saj ne daje nobenega zagotovila, da zapis ni rezultat nedovoljenega vpliva, sile, grožnje ali zmote. Na svobodno voljo je mogoče le sklepati na podlagi načina zapisa. Pri oporočitelju, ki piše oporoko sam na roke, je razviden tok misli, pisava teče neprekinjeno in bralec lahko iz sproščenosti zapisa hitro prepozna, ali so bili stavki na silo zlepljeni skupaj ali je zapustnik ravnal svobodno in premišljeno, ne da bi kdo vplival nanj. Ker oporočitelj tudi ni natančno seznanjen, kaj naj bi oporoka vsebovala, lahko besedilo zastavi širše in poleg oporočnega razpolaganja pojasni, zakaj je razdedinil nekega dediča oziroma zakaj je določil neenake deleže različnim dedičem. Vključi lahko tudi šale, pokomentira svoje življenje ali življenja drugih, vključi ljubezensko besedilo. Tak način pisanja in vključitev dogodkov iz osebnega življenja naredita zapis zelo osebni, zato teoreti-

<sup>84</sup> Prav tam, str. 10; Hirsch, 2016, str. 129.

<sup>85</sup> Bodderly, str. 210.

<sup>86</sup> Gulliver in Tilson, str. 9; Horton 2020, str. 2367.

<sup>87</sup> To je odvisno tudi od zdravstvenega stanja zapustnika. Bližje kot je smrti, težje in manj verjetno bo posegel po preklicu oporoke. Teza Gulliverja in Tilsonove tako temelji na predpostavki, da se oporoke ne sestavljajo v zadnjih stadijih življenja in so oporoke na smrtni postelji redkejšje kot nekoč. Simmons, str. 351; Horton 2020, str. 2367.

<sup>88</sup> Gulliver in Tilson, str. 9.

<sup>89</sup> Prav tam, str. 9–12; Hirsch, 2016, str. 129. Mogoče je najti primere, ko zaščitne določbe odigrajo svojo funkcijo in preprečijo, da bi se izvršila oporoka, ki je nastala s prevaro, pod prisilo ali z zlorabo zapustnikove volje. Vendar je treba upoštevati tudi število oporok, ki so kljub jasni in resnični oporočiteljevi volji zaradi strogih zakonskih določb neveljavne. Zato bi bilo morda ustreznjeje iskati ravnovesje, po katerem se v največji meri spoštuje oporočiteljeva prava volja, hkrati pa ohranja minimum obličnostnih zahtev, ki še omogočajo zadovoljivo pravno varnost.



ki<sup>90</sup> že samo besedilo štejejo kot neke vrste podpis. Razumljivo ima tak lastnoročni zapis tudi slabosti,<sup>91</sup> a vendarle deloma zadosti varovalni funkciji, saj jasen in nemoten tok misli pomaga pri oblikovanju sklepa, da je zapustnik ravnal svobodno in zapis ni nastal pod vplivom prevare ali pod drugim nedovoljenim vplivom. Domačnost in neformalnost pa ob primerjavi z drugimi oporočiteljevimi zapisi prispevata tudi k ugotovitvi o avtentičnosti zapisa.<sup>92</sup>

Že vključitev pravnih laikov dvigne stopnjo varnosti pri zaščiti zapustnika.<sup>93</sup> Priče delujejo varovalno in njihovo sodelovanje ureja večina pravnih sistemov.<sup>94</sup> Za priče veljajo posebne zahteve in ne smejo biti hkrati dediči ali volilojemniki, saj lahko varovalno funkcijo v največji meri omogočajo le nezainteresirane osebe, ki nimajo motiva, da bi silile zapustnika v določeno ravnanje.<sup>95</sup> Zahteva je sicer predpisana z namenom, da se prepreči nevarnost prevare ali prisile, vendar je predpise vseeno mogoče izigrati. Dobro poučen dedič ne bo nastopil kot priča, saj sicer ne bo deležen koristi, ki bi mu pripadla na podlagi oporoke. A lahko s tem namenom vključi drugo osebo. Če priča nima neposrednih koristi iz oporoke, torej ni dedič niti volilojemnik, a je dogovorjena z njim, da za svojo aktivno vlogo pri sestavi oporoke prejme določeno korist, je upravičeno pričakovati, da bo ravnala v naročeni smeri ali bo pozneje v sodnem sporu krivo pričala na način, kot bo njej v korist, in ne tako, kot je dejansko bilo.<sup>96</sup> Tako se zdi, da gre v primerih, ko hkrati v vlogi dediča in priče nastopa ista oseba, le za dobronamerne, a naivne laike, ki nevede prekršijo zakonska določila.<sup>97</sup>

Pomen varovalne funkcije je tudi v onemogočanju tretjih oseb, da bi pri podpisovanju zamenjale oporoko, ki je sestavljena po volji oporočitelja, z drugim, njim všečnim dokumentom.<sup>98</sup> Prisotne priče pozorno in neprestano spremljajo postopek od sestave oporoke oziroma njene prepoznave s strani oporočitelja do sklepnega dejanja, ko jo oporočitelj opremi s svojim podpisom. S prisotnostjo prič, ki se tudi podpišejo na oporoko in s svojim podpisom potrjujejo, da je bil celoten ritual izveden v skladu s predpisi in brez nepravilnosti, se zaščiti oporočitelja

<sup>90</sup> Horton 2015, str. 1137.

<sup>91</sup> Zaradi laične terminologije slabo služi usmerjevalni funkciji, način zapisa je manj domač sodišču, odsotnost prič pomeni večjo nevarnost, da je bil oporočitelj pri sestavi zaveden ali pod vplivom sile, lahko se pomešajo pojmi, kako se kakšen institut tolmači.

<sup>92</sup> Horton 2015, str. 1134, 1136–1137. Na občutek pristnosti zapisa vpliva tudi mesto, kamor je oporočitelj zapisal svojo poslednjo voljo. Če je zapustnik napisal oporoko v svojo beležko, kjer so tudi prejšnje in naslednje strani popisane z njegovo pisavo, je le malo dvoma, da oporoka ne bi pripadala imetniku beležke. Horton 2015, str. 1136.

<sup>93</sup> Simmons, str. 352–353.

<sup>94</sup> Prav tam, str. 353.

<sup>95</sup> Prav tam; Grant, str. 122.

<sup>96</sup> Gulliver in Tilson, str. 11. K manjši možnosti prevare pripomore tudi natančen zapis oporoke. Simmons, str. 353.

<sup>97</sup> Gulliver in Tilson, str. 12.

<sup>98</sup> Hirsch 2016, str. 129; Gulliver in Tilson, str. 11.

in preprečuje, da bi originalno oporoko nadomestila kakšna druga.<sup>99</sup> Več oseb kot je vključeni v postopek sestave, manjša je verjetnost zlorabe. Če oporoko sestavi odvetnik, bo priča težko uporabila svoj vpliv, saj bo le sodelovala pri že predpripravljeni oporoki. Zapustnika varuje tudi število prič, saj njihovo število pomeni, da bodo pozorne tudi na ravnanje druga druge.

V nekaterih tujih pravnih redih je mogoče v oporoko vključiti tudi posebno klavzulo (*attestation clause*), ki jo podpišejo oporočne priče in s katero potrjujejo, da je bila oporoka sestavljena v skladu s predpisanimi zahtevami. V primeru spora so priče klicane pred sodišče, da pojasnijo okoliščine, ki so bile glavni vzrok sestave oporoke.<sup>100</sup> Če na sodišču pričajo drugače, kot izhaja iz podpisane klavzule, se pojavi dvom o njihovi verodostojnosti. Sodišče mora zato v primeru razlikujočih se izjav ravnati še posebej skrbno in posvetiti dodatno pozornost dokaznemu postopku ter skrbno pretehtati vse okoliščine, da se ugotovi dejansko stanje in kaj je bil glavni vzrok spremembe izjave oporočne priče. Drugače je pri t. i. zapriseženi izjavi (*self-proving affidavit*), ki je enako kot *attestation clause* del oporoke, vendar z močnejšim učinkom, saj nadomešča zaslišanje priče na sodišču.<sup>101</sup> Oporoko, ki vsebuje zapriseženo izjavo priče, sodišče samo preizkusi, ne da bi zahtevalo zaslišanje priče. S tem se po mnenju nekaterih izgublja izvirni namen zahteve po prisotnosti prič, saj izključuje neposreden stik sodišča s pričami. Sodišče si tako ustvari mnenje le na podlagi zapisanega, česar pa ni mogoče enačiti z osebno izpovedjo priče v postopku.<sup>102</sup> Z zapriseženo izjavo prič res potrdi, da je bila oporoka sestavljena v skladu s predpisanimi zahtevami, vendar se lahko kdaj kakšne relevantne okoliščine razkrijejo šele med samim pričanjem med dokaznim postopkom. V tem primeru je smiselno, da se prisotne priče lahko vpraša še kaj drugega kot le to, kar izhaja iz zaprisežene izjave. Zapriseženo izjavo mora overiti pooblaščen oseba, a to ne nadomešča koristi, ki jih lahko ima zaslišanje priče pred sodiščem. Poleg tega vključitev prič, za katere se lahko utemeljeno predvideva, da bodo umrle pred oporočiteljem, pomeni na neki način izigranje namena, s katerim je bila določba oblikovana.

<sup>99</sup> Grant, str. 122; Sitkoff in Dukeminier, str. 146.

<sup>100</sup> Simmons, str. 358.

<sup>101</sup> Močnejša vloga zaprisežene izjave zahteva tudi njeno natančnejšo ureditev. V nekaterih državah, kot je Idaho (ZDA), je vsebina zaprisežene izjave del normativne ureditve. Idaho Statutes, 15-2-504, spletni vir: <<https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/Title15/T15CH2/SECT15-2-504/>> (14. 1. 2019). Zapriseženo izjavo poznajo naslednje ameriške zvezne države: Kalifornija, Illinois, Indiana, Maryland in Nevada. Simmons Hannibal.

<sup>102</sup> Simmons, str. 358.

## 4. Obličnostne funkcije pri elektronski obliki oporoke

Elektronska oporoška si postopoma utira pot v pravne rede držav.<sup>103</sup> Prva jo je sprejela Nevada že leta 2001, danes pa elektronski zapis oporoške dovoljujejo štiri ameriške zvezne države.<sup>104</sup> Druge države elektronske oblike ne poznajo, so se pa njihova sodišča že srečala s posameznimi primeri elektronskih zapisov oporok.<sup>105</sup>

Za elektronsko obliko oporoške navedene države štejejo zapise, ki so sestavljeni, podpisani in shranjeni v elektronski obliki. Digitaliziran zapis in podpis je izhodišče vseh ureditev, preostale določbe glede sodelovanja oporočnih prič, obligatornosti hrambe oporoške pri posebnih skrbnikih, zapisa datuma sestave, uporabljivosti biometričnih podatkov, snemanja postopka sestave oporoške idr. pa se med državami razlikujejo.<sup>106</sup>

Elektronska oblika oporoške sorazmerno uspešno zadovoljuje funkcije obličnostnih zahtev, odvisno od načina sestave in uporabe varnostnih mehanizmov. Pomanjkljivosti, ki nastanejo zaradi elektronske oblike, bi se dalo rešiti z nekaj enostavnimi mehanizmi.

Elektronska oblika oporoške je lahko problematična z dokaznega vidika. Zaradi uporabe digitalnega medija vsebine oporoške ni mogoče prebrati brez uporabe ustreznega programa in informacijske opreme. Dokazno vrednost pridobi šele, ko je zapis mogoče prebrati. Poleg tega jo je zaradi nematerialne oblike veliko težje odkriti kot listinski dokument. Zaradi poplave dokumentov, ki jih posameznik običajno hrani na različnih elektronskih napravah, se lahko spregleda njen obstoj, še posebno, če niti ime datoteke ne nakazuje na oporočni zapis. Če se karkoli zgodi z medijem, na katerega je zapisana, je lahko vsebina za vedno izgubljena. To se da rešiti z ustvarjanjem varnostnih kopij in posodabljanjem elektronske oblike, v kateri se hrani. Varnostna kopija je zagotovilo zapustniku, da je njegova poslednja volja varna, tudi če se izvirnik uniči.<sup>107</sup>

Natipkana oporoška, ki ostane v digitalni obliki, z ničimer ne nakazuje na osebnost zapustnika, ampak njen izvor temelji na domnevi, kdo ima elektronsko napravo v posesti. Če je podpis zgolj natipkan, nima nikakršne vrednosti. Uporaba digitalnega pisala odseva osebnost zapustnika in omogoča, čeprav bolj površno, analizo izvora podpisa. Za varnega se šteje tudi

<sup>103</sup> Crawford, str. 755.

<sup>104</sup> Poleg Nevade so to še Arizona, Indiana in Florida. Banta, str. 579.

<sup>105</sup> Oporočitelji so za zapis svoje poslednje volje v elektronski obliki uporabili digitalno pisalo, jo sestavili na tablični računalnik, natipkali na osebni računalnik ali pustili v obliki neposlanega besednega sporočila na mobilnem telefonu, v obliki videoposnetka na DVD-ju. Nekatera sodišča so z uporabo posebnih določb štela take zapise za veljavne. Glej primeroma zadevi *In Re: Estate of Javier Castro* in *In Re: Estate of Horton v: Hall*.

<sup>106</sup> Nevada Revised Statutes 2019, Indiana Code, Arizona Revised Statutes, The 2019 Florida Statutes.

<sup>107</sup> Banta, str. 592.

varni digitalni podpis. Vendar pri tem ostaja nevarnost nepooblaščne uporabe zapustnikovih podatkov. Pri digitalnem podpisu lahko podpis na dokument dejansko izvede kdorkoli, če le pozna pravilno zaporedje znakov, ki si jih je oporočitelj izbral za geslo, in ima dostop do njegove elektronske naprave, pri tem pa je samo na podlagi podpisa nemogoče ugotoviti zlorabo. Druga možnost je, če obstaja baza oporok, da nekdo nepooblaščno vdre v sistem in vanj naloži ali v njem spremeni oporoko. Zapustnik tako niti ne ve za ta vdor in nevede umre v vlogi oporočitelja.<sup>108</sup> Metapodatki razkrivajo informacije, ki spremljajo postopek sestave oporoke. Oporoke ni mogoče spremeniti, ne da bi vplivali tudi na metapodatke, zaradi česar je tudi elektronska oblika lahko varen način zapisa. Dokazno vrednost še povečata slikovni ali zvočni posnetek, ki bi lahko potencialno samostojno nastopala kot oblika oporoke ali vsaj kot neizpodbiten dokaz k elektronski obliki.<sup>109</sup>

Podobne težave, kot jih ima solemnitetna funkcija pri klasičnih oblikah oporok, so tudi pri elektronski različici. Ena temeljnih nalog, ki jih imajo obličnostne zahteve, je, da se oporočitelj zaveda tega, da sestavlja oporoko, in posledic takega ravnanja. Tako kot pri lastnoročni oporoki je tudi pri elektronski oporoki, ki jo sestavlja oporočitelj v lastni izvedbi, prepuščen samemu sebi. Spremeni se le medij, na katerega se zapiše besedilo. V tem primeru elektronskega zapisa ne spremlja nobena ceremonialnost, zato oporočitelj niti ne dobi vtisa zahtevane resnosti in skrbnosti. Dvom spremlja tudi oporoke, ki jih zapustnik sestavi in shrani na družbenih omrežjih. Primarna vloga teh spletnih strani je virtualni klepet in objavljanje vsakodnevnih aktivnosti. Lahkotnost vsebin je kontrast resnosti, ki se pričakuje pri sestavi oporoke. Funkcionalnost solemnitetne funkcije zagotavlja vključitev drugih oseb v postopek sestave. Njihova udeležba da postopku posebno težo in opozarja oporočitelja, da dejanje presega pomen, ki ga ima sicer redno pisanje računalniških dokumentov ali pošiljanje elektronskih sporočil. Če je taka oseba pravnik oziroma ima določene druge kvalifikacije, lahko s svojo prisotnostjo pomaga pri izbiri terminoloških izrazov, ki so sodišču blizu, in pri oblikovanju pravnega okvira, da oblika zadosti zakonskim zahtevam.<sup>110</sup> Vendar vključitev tretjih oseb ni edini postopek, ki ima solemnitetno funkcijo. To se da doseči tudi v primerih, ko zapustnik glede oporočnih razpolaganj uporabi posebne programe, ki mu ponujajo sestavo oporoke. Že sama uporaba takega programa, specializiranega za sestavo oporoke, izkazuje utemeljeno domnevo, da se je zapustnik zavedal, da sestavlja oporoko. Poleg tega jih je mogoče oblikovati na način, da lahko zapustnik še naprej uporablja program le, če se strinja s prikazanimi obvestili, ki ga opozarjajo

<sup>108</sup> Boddery, str. 210.

<sup>109</sup> Banta, str. 593.

<sup>110</sup> Rangan, str. 1798, 1805, 1807; Hall, str. 362. Določena prednost je že, če je elektronska oporoka sestavljena v obliki standardizirane predloge. Uporaba točno določene predloge in uporabljena terminologija v njej sta jasna indica, da je bilo oporočiteljevo ravnanje usmerjeno v sestavo oporoke. Hall, str. 362.

na pomen njegovega dejanja in pravne posledice, ki jih prinaša s seboj. Tak način je lahko pri opominjanju zapustnika celo učinkovitejši kot klasična lastnoročna oporoka.<sup>111</sup>

Usmerjevalna funkcija se ne razlikuje med klasičnimi oblikami oporok in elektronsko obliko, ampak se njena vloga spreminja glede na udeležbo tretje osebe v postopku sestave oporoke. Če je zapustnik sam sestavil elektronsko oporoko, bodisi z zapisom na računalnik bodisi z uporabo spletnih platform, uporabljena terminologija zajema izključno njegovo znanje in laično interpretacijo zakonskih določb. Zaradi nepravilnega izražanja lahko ostanejo nejasna razpolaganja in oporočiteljev namen. Ker pri sestavi ni sodeloval nihče drug, standardizirana oblika oporoke nima zaznavne usmerjevalne funkcije. Drugače je pri elektronski oporoki, pri kateri sodeluje pravno usposobljena oseba. V tem primeru usmerjevalna funkcija učinkuje, saj izražanje zapustnikovih želja usmerja strokovna oseba in skrbi za pretvorbo besedila v strokovni jezik. Če je problematična zgolj oblika, se to da rešiti z njeno standardizacijo. Enotnost oblike predpisuje zakonodajalec, zato bi bila le stvar določenosti predpisov, kako natančno bi opredelili obliko elektronskega zapisa. Določena standardizirana oblika omogoča nezmotljivo prepoznavo zapisa kot oporoke, uporabljena terminologija pa ne vzbuja dvomov o oporočiteljevi pravi volji, kar bi imelo zadovoljivo usmerjevalno funkcijo.<sup>112</sup>

Elektronska oblika oporoke, pri kateri sodeluje le zapustnik, ne izkazuje, ali jo je sestavil v zmoti, pod prisilo, grožnjo ali zaradi zvihače. Zapustnik je enako verjetno podvržen različnim zlorabam, ki zaradi elektronskega načina zapisa niti niso zaznavne. Kdor hoče obiti pravni sistem, bo našel način, da bo to izvedel, ne glede na to, ali bo šlo za pisno ali elektronsko obliko oporoke. Indic, ki lahko nakazuje na dvom o upoštevnosti oporoke, so metapodatki, ki razkrivajo okoliščine sestave oporoke, vendar zaradi svoje objektivnosti niti niso nujno koristni. Zapustnik je bolj varovan v primeru, da poleg zapisa obstaja še videoposnetek sestave oporoke. Na podlagi posnetka je mogoče neposredno opazovati potek dogajanja in vsakokratni ocenjevalec ima možnost, da sam presodi okoliščine, ki so botrovale nastanku oporoke.<sup>113</sup> Ob uporabi ustreznih varnostnih mehanizmov, kot je na primer prstni odtis ali podrobna uporaba metapodatkov, je lahko elektronska oblika oporoke celo varnejša kot njena pisna izvedba.<sup>114</sup>

Sodelovanje tretjih oseb deluje varovalno in ščiti zapustnika, da lahko izrazi svojo poslednjo voljo. Zaradi tega ostaja smiselna ohranitev oporočnih prič tudi pri elektronski obliki oporoke. Enak cilj, kot ga imajo priče, bi bilo mogoče nadomestiti z uporabo snemalnih naprav. Vi-

<sup>111</sup> Hall, str. 365–366.

<sup>112</sup> Rangan, str. 1798, 1805, 1807; Hall, str. 361; Banta, str. 596–597.

<sup>113</sup> Rangan, str. 1798, 1805, 1807.

<sup>114</sup> Prav tam, str. 594–595.

deoposnetek daje neposreden vpogled v samo dogajanje in omogoča sodišču, da samo presodi o obstoju oporočiteljeve svobodne volje.<sup>115</sup>

## 5. Sklep

Obličnostne zahteve so ustvarjene z namenom, da služijo zapustniku, in ne, da delujejo proti njemu. Čeprav se v praksi dogaja, da je oporoka neveljavna zaradi neprimerne oblike in lahko zelo majhne napake povzročajo frustracije oporočnim dedičem, ki niso hkrati tudi zakoniti dediči ter so posledično izključeni iz dedovanja, taki primeri po drugi strani ustvarjajo gotovost, da bodo oporočiteljeve želje zanesljivo spoštovane. Obličnostne funkcije tako utemeljujejo smiselnost predpisanih zahtev. Njihova uspešnost se razlikuje med posameznimi oblikami oporok. Če je bilo za lastnoročno oporoko ugotovljeno, da obličnostne zahteve ne dosegajo ciljev, ki jih zasledujejo obličnostne funkcije, nekatere druge oblike, kot je pisna oporoka pred pričami, te cilje dosegajo v povsem zadovoljivi izvedbi.

Elektronska oblika oporoke pokriva zelo širok spekter različnih digitaliziranih zapisov, od enostavnega tipkanja in hrambe na trdem disku naprave, podpisovanja z digitalnim podpisom do uporabe spletne pošte, družbenih omrežij ali izvedbe z uporabo videotehnologije.<sup>116</sup> Ravno ta širina možnosti ustvarja nemogoče stanje, ko bi bile za vsak posamezni zapis predpisane zahteve in določena vloga posamezne funkcije. Tuje ureditve, ki dovoljujejo elektronsko obliko oporoke, predpisujejo okvirne določbe, konkreten način izvedbe pa prepuščajo odločitvi zapustnika. Zapustnik se tako svobodno odloča, na kakšen način bo v okviru zakonskih določb zapisal svojo poslednjo voljo v elektronski obliki. Različni elektronski načini zapisov se razlikujejo glede uspešnosti uresničevanja obličnostnih funkcij. Ravno zaradi te neenakosti, ki ustvarja različno pravno varnost, je potrebna opredelitev načina, ki v zadovoljivi meri dosega cilj, ki se ga s predpisovanjem obličnostnih zahtev želi doseči.

---

<sup>115</sup> Prav tam, str. 1807.

<sup>116</sup> Prav tam, str. 1791.

## Literatura

- BANKS, Jasmine. Turnin a won't into a will: Revisiting Will Formalities and e-filing as Permissible Solutions for Electronic Wills in Texas. *Estate Planning & Community Property Law Journal*, 2015, letn. 8, št. 1, str. 291–316.
- BANTA, Natalie M. Electronic Wills and Digital Assets: Reassessing Formality in the Digital Age. *Baylor Law Review*, 2019, letn. 71, št. 3, str. 547–603.
- BEYER, Gerry W., in HARGROVE, Claire G. Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?. *Ohio Northern University Law Review*, 2007, letn. 33, št. 3, str. 865–902.
- BODDERY, Scott S. Electronic Wills: Drawing a Line in the Sand against Their Validity. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, 2012, letn. 47, št. 1, str. 197–212.
- CALDWELL, Christopher J. Should »e-wills« be wills: Will advances in technology be recognized for will execution?. *University of Pittsburgh Law Review*, 2002, letn. 63, št. 2, str. 467–486.
- CRAWFORD, Bridget J. Blockchain Wills. *Indiana Law Journal*, 2020, letn. 95, št. 3, str. 735–788.
- CRITCHLEY, Patricia. Privileged Wills and Testamentary Formalities: A Time to Die?. *The Cambridge Law Journal*, 1999, letn. 58, št. 1, str. 49–58.
- FULLER, Lon L. Consideration and Form. *Columbia Law Review*, 1941, letn. 41, št. 5, str. 799–824.
- GLOVER, Mark. Minimizing Probate-Error Risk. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2016, letn. 49, št. 2, str. 335–404.
- GRANT, Joseph Karl. Shattering and moving beyond the Gutenberg Paradigm: the Dawn of the Electronic Will. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2008, letn. 42, št. 1, str. 105–139.
- GULLIVER, Ashbel G., in TILSON, Catherine J. Classification of Gratuitous Transfers. *The Yale Law Journal*, 1941, letn. 51, št. 1, str. 1–39.
- HALL, Paige. Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent. *Nevada Law Journal*, 2019, letn. 20, št. 1, str. 339–372.
- HIRSCH, Adam J. Inheritance and Inconsistency. *Ohio State Law Journal*, 1996, letn. 57, št. 4, str. 1057–1162.
- HIRSCH, Adam J. Gulliver and Tilson, »The Classification of Gratuitous Transfer« – A Belated Review. *University of Queensland Law Journal*, 2016, letn. 35, št. 1, str. 127–134.
- HORTON, David. Wills Law on the Ground. *UCLA Law Review*, 2015, letn. 62, str. 1094–1155.
- HORTON, David. Partial Harmless Error for Wills: Evidence from California. *Iowa Law Review*, 2018, letn. 103, št. 5, str. 2027–2068.
- HORTON, David. Do-It-Yourself Wills. *UC Davis Law Review*, 2020, letn. 53, št. 5, str. 2357–2396.
- HORTON, David, in WEISBORD, Reid Kress. COVID-19 and Formal Wills. *Stanford Law Review Online*, 2020, letn. 73, št. 1, str. 18–27.

- LANGBEIN, John H. Substantial Compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review Association*, 1975, letn. 88, št. 3, str. 489–531.
- LANGBEIN, John H. Absorbing South Australia's Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion. *Adelaide Law Review*, 2017, letn. 38, št. 1, str. 1–12.
- McENIERY, Ben. Succession Law Keeping Pace with Changes in Technology and Community Expectations – Informal Wills. *Journal of New Business Ideas & Trends*, 2014, letn. 22, št. 1, str. 1–10.
- POGAČNIK, Borut. Podpis pod drobnogledom. *Pravna praksa*, 2002, letn. 21, št. 23, str. 12–13.
- RANGAN, Vinitra. What is an »Electronic Will«?. *Harvard Law Review*, 2018, letn. 131, št. 6, str. 1790–1811.
- RHODES, Anne-Marie. Notarized Will. *Quinnipiac Probate Law Journal*, 2014, letn. 27, št. 4, str. 419–433.
- SIMMONS, Thomas E. Wills above Ground. *The Elder Law Journal*, 2016, letn. 23, št. 2, str. 343–370.
- SIMMONS HANNIBAL, Betsy. Self-Proving Affidavits, <[www.nolo.com/legal-encyclopedia/self-proving-affidavits.html](http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/self-proving-affidavits.html)> (8. 9. 2020).
- SITKOFF, Robert H., in DUKEMINIER, Jesse. *Wills Trusts & Estates*, 10th Edition. New York: Wolters Kluwer, 2017.
- WEISBORD, Reid Kress. Wills for everyone: Helping Individuals Opt out of intestacy. *Boston College Law Review*, 2012, letn. 53, št. 1, str. 877–982.



Izvorni znanstveni članek  
UDK 347.77/.78:641.55/.56(083.12)

# Varstvo jedi in kuharskih receptov s pravicami intelektualne lastnine

MEDEJA ŠUŠTAR  
magistrica prava  
odvetniška pripravnica  
v Odvetniški družbi Grešak, o. p., d. o. o.

## 1. Uvod\*

Tako kot z razvojem drugih področij se tudi z razvojem kulinarike odpirajo nova vprašanja. Eno izmed teh vprašanj je, ali je jedi mogoče zaščititi s pravicami intelektualne lastnine oziroma pod katerimi pogoji je takšno varstvo možno.

V nadaljevanju bo podrobneje analizirana možnost varstva okusa jedi, videza jedi in kuharskega recepta, pri čemer bodo obravnavane zgolj tiste pravice intelektualne lastnine, ki so glede na naravo posamezne kategorije (okus jedi, videz jedi in kuharski recept) ustrezne za zaščito te kategorije. Prav tako bodo podrobneje analizirani pogoji, ki morajo biti izpolnjeni pri posamezni obliki varstva. Primerjani bodo argumenti za posamezno obliko pravnega varstva jedi in proti njej. Primerjani bodo argumenti za posamezno obliko pravnega varstva jedi in proti njej.

Ker je področje intelektualne lastnine razmeroma široko, bodo v tem prispevku zajete zlasti tiste oblike varstva, ki posameznemu subjektu, vsaj določeno časovno obdobje, zagotavljajo konkurenčno prednost na podlagi zaščite posameznih kategorij. Iz navedenega razloga bo iz tega prispevka tako na primer izvzeta podrobnejša analiza varstva besedne znamke,<sup>1</sup> ki ne pomeni neposredne zaščite posameznih kategorij.

\* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z enakim naslovom, ki jo je avtorica uspešno zagovarjala leta 2020 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

<sup>1</sup> Ta sicer določenemu subjektu zagotavlja konkurenčno prednost in prepoznavnost, vendar ni namenjena zaščiti posameznih kategorij.

## 2. Varstvo kuharskega recepta

### 2.1. Avtorskopravno varstvo

Edina slovenska sodna praksa, ki posredno zadeva vprašanje avtorskoprnega varstva kuharskega recepta, je sodba Upravnega sodišča RS III U 248/2013 z dne 16. 5. 2014. Navedena sodba sicer ne vsebuje konkretnega odgovora na predmetno vprašanje, vendar je iz njene obrazložitve oziroma iz argumentov Informacijskega pooblaščenca<sup>2</sup> mogoče izluščiti osnovo za sklep o tem, ali je kuharski recept lahko predmet avtorskoprnega varstva.

Informacijski pooblaščenec meni, da kuharski recept v konkretnem primeru ne izpolnjuje kriterija individualnosti in ga zato ni mogoče okvalificirati kot avtorsko delo. Kuharski recept, ki obsega zgolj seznam sestavin in navodila za pripravo jedi, se v ničemer ne razlikuje od preostalih receptov in kot tak ne izraža avtorjeve ustvarjalnosti. Pogoj individualnosti bi izpolnjeval zgolj, če bi bil izražen na svojstven način, to pa je mogoče doseči zlasti z uporabo drugačnih stavčnih struktur in besed oziroma z uporabo grafičnih elementov. Za takšen kuharski recept, tj. za kuharski recept, ki je izražen na svojstven način, pa je mogoče pridobiti avtorsko pravico.<sup>3</sup>

Zgoraj navedenemu stališču Informacijskega pooblaščenca v celoti pritrjujem. Menim, da je pri kuharskih receptih na splošno najtežje zadostiti kriteriju individualnosti. Ker je izpolnjevanje pogojev za pridobitev avtorskoprnega varstva treba presojeti od primera do primera, lahko na tem mestu podam zgolj grobo oceno o tem, katere pogoje kuharski recept načeloma lahko izpolnjuje oziroma kateri pogoji bodo v praksi potencialno sporni. Kuharski recept bo načeloma mogoče opredeliti kot intelektualno stvaritev s področja književnosti. Potencialno pa bo sporno zlasti izpolnjevanje pogoja individualnosti.<sup>4</sup>

Enako stališče se je oblikovalo tudi v sodni praksi Združenih držav Amerike. Jedro spora v zadevi *Publications International, limited proti Meredith corporation*<sup>5</sup> je bilo vprašanje, ali je lahko posamezni recept v zbirki kuharskih receptov predmet avtorskoprnega varstva. V predmetni zadevi je sodišče ugotovilo, da konkretni recepti vsebujejo zgolj funkcionalne komponente, tj. seznam sestavin in navodila za pripravo jedi, ter kot taki ne izražajo kreativnosti avtorja, zato ne morejo biti predmet zaščite. Sodišče je poudarilo, da je tisti del kuharskega recepta, ki obsega seznam sestavin, dejansko izjava o dejstvih, dejstva pa so izvzeta iz avtorskega varstva.<sup>6</sup> Iz tega razloga kuharski recept v tem delu ne more biti zaščiten z avtorsko pravico. Ne glede

<sup>2</sup> Informacijski pooblaščenec v predmetnem postopku nastopa v vlogi tožene stranke.

<sup>3</sup> Sodba Upravnega sodišča RS III U 248/2013 z dne 16. 5. 2014.

<sup>4</sup> Prav tam.

<sup>5</sup> Zadeva 95-3485, 95-3530, *Publications International, limited proti Meredith corporation*, 88 F.3d 473(1996).

<sup>6</sup> Ker ne izpolnjujejo pogoja individualnosti.

na to, da se recepti z vidika sestavin med seboj razlikujejo, so to v vsakem primeru zgolj dejstva, v katerih se avtorjeva ustvarjalnost ne izraža.<sup>7</sup> Sama sicer menim, da se lahko izvirnost avtorja izraža v končnem okusu jedi, in sicer skozi izbiro edinstvene kombinacije sestavin. Ta vidik bo podrobneje analiziran v nadaljevanju, saj se predmetna trditev o izviranosti oziroma individualnosti dejansko nanaša na končni izdelek, tj. na jed (oziroma okus jedi), ne na sam kuharski recept.

Poleg sestavin, za katerega je bilo ugotovljeno, da je izvzet iz avtorskega varstva, kuharski recept obsega tudi navodila za pripravo jedi. Ta del kuharskega recepta je z drugimi besedami mogoče opredeliti kot postopek, ti pa so skladno z določbo 2. člena Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici<sup>8</sup> izvzeti iz avtorskopravnega varstva. Ker določila Pogodbe Svetovne organizacije za intelektualno lastnino o avtorski pravici zavezujejo tudi ZDA, sodišče v zadevi *Publications International, limited proti Meredith corporation* ni priznalo avtorske pravice niti za ta del kuharskega recepta. Takšno odločitev pa bi moralo sprejeti tudi slovensko sodišče, če bi odločalo v sporu s podobno vsebino.

A zbirke kuharskih receptov so načeloma lahko predmet avtorskega varstva, če izpolnjujejo pogoje, ki jih določa Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP).<sup>9</sup> Primer takšnega samostojnega avtorskega dela je zbirka kuharskih receptov, ki vključuje recepte, pri katerih je kot glavna sestavina uporabljen jogurt Dannon. Ta zbirka se po izbiri vsebine lahko šteje za individualno intelektualno stvaritev, saj izvirno združuje vsebino, tj. različne kuharske recepte, katerih skupna točka je enaka glavna sestavina. Čeprav predmetna zbirka kot samostojno avtorsko delo uživa varstvo, to ne pomeni, da se avtorska zaščita samodejno razširi tudi na posamezne recepte v tej zbirki.<sup>10</sup>

## 2.2. Patentno varstvo

V nadaljevanju bo podrobneje analiziran patent, ki se nanaša na sestavo jedi. Cilj analize je namreč zlasti ugotoviti, kolikšna mora biti stopnja neočitnosti izuma in ali jo kuharski recept, predvsem v delu, ki obsega seznam sestavin, sploh lahko doseže. V nadaljevanju bosta analizirana dva slovenska patenta, ki sta bila podeljena za tisti del kuharskega recepta, ki obsega seznam sestavin. Oba patentna zahtevka se torej nanašata na sestavo predmeta izuma. Prvi primer je patent, ki je bil podeljen za izum z nazivom Vitaminski sladoled, številka objave

<sup>7</sup> Tudi WIPO poudarja, da so sezname sestavin za pripravo določene jedi prosta dela. Glej WIPO.

<sup>8</sup> Uradni list RS – MP, št. 25/99.

<sup>9</sup> Uradni list RS, št. 21/95 in nasl.

<sup>10</sup> Glej zadevo *Publications International, limited proti Meredith corporation*.

23716, drugi patent pa je bil podeljen za izum z nazivom Energijski sladoled, številka objave 23717.

Iz patentne prijave za vitaminski sladoled izhaja, da je ta pripravljen iz surovin in po postopku, ki je standarden za proizvodnjo sladoledov. Od preostalih sladoledov se razlikuje zgolj po tem, da ima dodane vitamine in minerale, ki nadomestijo vitamine in minerale, ki nam jih primanjkuje zaradi sodobnega načina življenja.<sup>11</sup>

Prav tako je iz surovin in po postopku, ki je standarden za proizvodnjo sladoledov, pripravljen tudi energijski sladoled. Od preostalih sladoledov se razlikuje zgolj po tem, da ima dodane snovi, kot so taurin, kofein oziroma guarana, ki na človeški organizem delujejo poživljajoče.<sup>12</sup>

Analiza zgornjih patentov kaže, da je stopnja neočitnosti izuma zelo nizka oziroma skoraj zanemarljiva. Kot laik na področju živilske tehnologije ocenjujem, da predmetna izuma nista tako specifična, da bi presejala znanje povprečnega strokovnjaka. Izuma sta namreč pripravljena iz običajnih sestavin, ki so jim v prvem primeru dodani vitamini in minerali, v drugem primeru pa poživljajoče snovi. Te snovi se v živilski industriji dodajo različnim izdelkom, zato dejstvo, da so bile dodane v navedena predmeta izuma, ni nič presežnega. Kakšno je pričakovano znanje povprečnega strokovnjaka in ali bi ta na podlagi znanega stanja tehnike lahko razvil enak izum, sta sicer vprašanji, ki ju je treba reševati s strokovnjakom.<sup>13</sup> Ob predpostavki, da je moja laična ocena pravilna oziroma da bi enako ocenil tudi strokovnjak s področja živilske tehnologije, je mogoče izpeljati sklep, da se predpostavka inventivne ravnih v praksi vsebinsko bistveno približuje predpostavki novosti.<sup>14</sup> Ti dve predpostavki se približujeta na način, da se kot neočitni načeloma štejejo vsi tisti izumi, ki niso obseženi s stanjem tehnike,<sup>15</sup> in ne zgolj tisti, do katerih drugi strokovnjak ne bi prišel tako zlahka.

Vendar je treba pri zgornji analizi upoštevati dejstvo, da Urad RS za intelektualno lastnino zgolj na prvi pogled preveri, ali prijavljeni izum ustreza zahtevam, ki jih določa Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1).<sup>16</sup> A nadalje je treba upoštevati, da se pisno dokazilo o ustreznosti patenta lahko predloži pozneje, in ne že ob sami vložitvi patentne prijave (91. člen ZIL-1).

<sup>11</sup> Patent za vitaminski sladoled, <<http://www3.uil-sipo.si/PublicationServer/documentpdf.jsp?iDocId=25501&ciepatch=.pdf>> (18. 6. 2020).

<sup>12</sup> Prav tam in patent za energijski sladoled, <<http://www3.uil-sipo.si/PublicationServer/documentpdf.jsp?iDocId=25502&ciepatch=.pdf>> (18. 6. 2020).

<sup>13</sup> Sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 538/2007 z dne 14. 2. 2008.

<sup>14</sup> Oziroma da se patent z vidika pogojev, ki morajo biti izpolnjeni za pridobitev te pravice, bistveno približuje patentu s skrajšanim trajanjem, pri katerem se ne zahteva izpolnjevanje pogoja inventivne ravnih.

<sup>15</sup> Kar je dejansko vsebina predpostavke novosti izuma.

<sup>16</sup> Uradni list RS, št. 23/20.

V konkretnem primeru je mogoče sklepati, da pisno dokazilo o izpolnjevanju pogojev na podlagi popolnega preizkusa ni bilo predloženo in da Urad RS za intelektualno lastnino posledično (še) ni izvedel naknadnega preizkusa prijav. Izsledki zgornje analize so lahko torej zgolj grobo vodilo pri presoji vprašanja smiselnosti patentiranja kuharskega recepta. Ker sodne prakse na temo inventivne ravni izuma s področja kulinarike ni in ker je treba tudi to sicer presojati s strokovnjakom od primera do primera, na tem mestu ni možno podati končnega odgovora na vprašanje, kdaj se bo štel, da kuharski recept izpolnjuje pogoj inventivne ravni.

Prav tako bo treba v vsakem posameznem primeru presojati, ali je določen izum nov. Zgolj v zvezi s predpostavko industrijske uporabljivosti je mogoče zaključiti, da bo v primeru patentiranja kuharskega recepta ta predpostavka izpolnjena. Recept je namreč primeroma mogoče uporabiti v panogi živilske industrije.

Kuharski recept je mogoče zaščititi tudi s patentom s skrajšanim trajanjem, vendar v tem primeru ne bo mogoče patentirati postopka priprave jedi (16. člen ZIL-1). Drugače kot pri patentu pa pri patentu s skrajšanim trajanjem ni potrebno, da je izum na inventivni ravni. Od patenta se nadalje razlikuje po tem, da imetniku ni treba predložiti dokazil o izpolnjevanju pogojev (91. člen ZIL-1). V tem delu so zahteve za pridobitev patenta s skrajšanim trajanjem poenostavljene, zato velja v primeru patentiranja kuharskega recepta razmisliti o izbiri ustrežnejše oblike patenta.

V zvezi s patentiranjem kuharskega recepta se postavlja vprašanje praktičnosti oziroma smiselnosti tovrstne zaščite. Kulinarika je namreč področje, ki ne temelji na stalnosti, temveč je njeno bistvo prav v hitrem spreminjanju in ustvarjanju novega. Kuharski mojstri bi tako morali vedno znova patentirati svoje izume, kar bi bilo precej neekonomično. Ob tem se dodatno zastavlja vprašanje, ali je patent, ki se nanaša na sestavo jedi, sploh mogoče opredeliti kot izum s področja tehnike.

### 2.3. Primerjava avtorskoprnega in patentnega varstva

Prva razlika med avtorsko pravico in patentom je v predmetu varstva, in sicer se s patentom varuje sama vsebina kuharskega recepta,<sup>17</sup> z avtorsko pravico pa se ščiti zgolj originalni zapis. Avtor tako drugim osebam ne more preprečiti uporabe konkretnega kuharskega recepta, temveč lahko prepreči zgolj reprodukcijo svojega originalnega zapisa.<sup>18</sup>

Pravici se nadalje razlikujeta po trenutku oziroma načinu pridobitve. Medtem ko avtorska pravica pripada avtorju samodejno na podlagi same stvaritve dela (14. člen ZASP), je treba

<sup>17</sup> Sestavine oziroma postopek priprave jedi.

<sup>18</sup> Če ima zapis takšne lastnosti, da se šteje, da izpolnjuje vse pogoje za avtorsko varstvo.

za pridobitev patenta vložiti posebno prijavo pri Uradu RS za intelektualno lastnino (3. člen ZIL-1). Avtor zato z zaščito svojega dela nima posebnih stroškov, medtem ko izumitelja bremenijo stroški registracije patenta. Poleg tega se pravici razlikujeta tudi v obdobju časovne veljavnosti.

Slabost patenta je, da so z objavo patentne prijave v celoti razkrite podrobnosti, ki se nanašajo na sestavo oziroma postopek proizvodnje izuma. Po izteku veljavnosti patenta lahko konkurenčni subjekti prosto izdelujejo popolnoma enak izdelek, pri čemer vse relevantne informacije v zvezi s proizvodnjo izuma črpajo iz patentne prijave. Z vidika položaja izumitelja je takšna ureditev sorazmerno neugodna. Za razliko od izumitelja pa avtorju ni treba razkrivati podrobnosti svojega dela. Določen kuharski recept se tako načeloma lahko varuje dalj časa, ne da bi bili konkurenčni subjekti seznanjeni z njegovo vsebino.

Če želijo kuharski mojstri slediti konkurenci, morajo ves čas razvijati nove kuharske recepte. Upoštevajoč navedeno se z vidika kuharskih mojstrov avtorska pravica kaže kot ustrežnejša oblika zaščite, saj za pridobitev avtorskega varstva ni treba začeti posebnega postopka. Ta oblika zaščite je ustrežnejša tako s časovnega kot s stroškovnega vidika. Vendar je treba poudariti, da se kot avtorsko delo lahko šteje samo tisto delo, ki je izvirno (zato recept kot tak ne more biti varovan, varovan je zgolj originalni zapis), medtem ko se izpolnjevanje tega pogoja v okviru patentnega varstva ne zahteva. Iz tega razloga je kuharski recept kot tak lahko zaščiten zgolj v okviru patentnega varstva.

Sama ocenjujem, da je najustrežnejša oblika zaščite, sicer zunaj okvirov prava intelektualne lastnine, varovanje kuharskega recepta s poslovno skrivnostjo. Tako se že dolga leta varuje vsebina nekaterih receptov, med drugim tudi recept za pripravo kokakole. Predmetna oblika varstva se kaže kot ustrezna tako s stroškovnega vidika kot z vidika časovne veljavnosti. Za razliko od patenta oziroma avtorske pravice je varstvo poslovne skrivnosti časovno neomejeno, vendar ima tudi ta oblika varstva določene pomanjkljivosti, zato ne bo ustrezna v vseh primerih. Varstvo poslovne skrivnosti namreč ščiti zgolj pred protipravnim razkrivanjem podatkov oziroma nedovoljenim dostopom do podatkov, ki so opredeljeni kot poslovna skrivnost. A to ne pomeni, da je konkurenčnim subjektom prepovedano uporabljati podatke, do katerih so prišli z lastnim trudom in delom. Ta oblika varstva bo zato zlasti ustrezna v tistih primerih, ko bo vsebina kuharskega recepta tako specifična, da je konkurenčni subjekti z lastnim delom ne bodo mogli sami ugotoviti. V nasprotnem primeru bodo konkurenčni subjekti lahko nemudoma začeli izdelovati povsem enak izdelek, pri čemer za razliko od na primer patenta ne bo treba čakati določeno časovno obdobje.

Čeprav naj bi pravo intelektualne lastnine spodbujalo inovativnost in ustvarjalnost, se zastavlja vprašanje smotrnosti oziroma učinkovitosti tovrstne zaščite na področju kulinarike. V kulinariki se namreč nenehno oblikujejo nove stvaritve, čeprav varstvo s pravicami inte-

lektualne lastnine na tem področju ni tako zelo aktualno. Zato se zastavlja vprašanje, ali bi tovrstna zaščita res dodatno spodbudila ustvarjanje ali bi ga zgolj zavrla.

### 3. Varstvo videza jedi

#### 3.1. Avtorskopravno varstvo

V zvezi z avtorskoprnim varstvom videza jedi je relevantno zlasti vprašanje, ali je kulinarične stvaritve mogoče opredeliti kot dela uporabne umetnosti in kakšna stopnja ustvarjalnosti se v tem primeru zahteva za pridobitev avtorske zaščite. V zvezi s tem velja uvodoma omeniti stališče nemške sodne prakse, po kateri je bil pred izdajo sodbe v zadevi *Geburtstagszug* (Rojstnodnevni vlak) standard za ocenjevanje ustvarjalnosti pri delih uporabne umetnosti višji kot pri vizualnih umetniških stvaritvah, tj. literarnih oziroma likovnih delih. Za tista avtorska dela, ki niso imela uporabne funkcije, se je namreč samodejno štel, da izražajo avtorjevo ustvarjalnost. Pri delih uporabne umetnosti je bilo treba zaradi njihove uporabne funkcije dokazati, da izražajo tudi določeno stopnjo ustvarjalnosti oziroma da vsebujejo elemente umetniškega dela. Pri delih uporabne umetnosti se namreč ni samo po sebi domnevalo, da izražajo določeno stopnjo ustvarjalnosti. S sodbo v zadevi *Geburtstagszug* je nemško sodišče to razlikovanje odpravilo in odločilo, da morajo biti zahteve za pridobitev avtorske zaščite enake tako pri vizualnih umetniških delih kot pri delih uporabne umetnosti. Vsa avtorska dela s področja umetnosti morajo tako doseči takšno raven ustvarjalnosti, da jo za umetnost dovezeta javnost lahko upravičeno ovrednoti kot umetniško ustvarjanje. Tako spremenjeno stališče nemške sodne prakse pomeni širšo podlago za zagotavljanje avtorske zaščite kulinaričnih stvaritev.<sup>19</sup>

V zvezi z deli uporabne umetnosti je stališče slovenske sodne prakse, da je ustvarjalni manevrski prostor zožen zaradi njihovega funkcionalnega poslanstva. Iz tega razloga se mora individualnost takega dela pokazati kot presežek že videnega.<sup>20</sup> Predmetno stališče nakazuje na to, da se v slovenski praksi pri delih uporabne umetnosti zahteva višja stopnja originalnosti kot pri vizualnih umetniških delih. Upoštevajoč dejstvo, da se pogosto zgledujemo po nemški pravni ureditvi, je mogoče pričakovati, da se bo to stališče spremenilo tudi v slovenski sodni praksi.

Jedi je načeloma mogoče opredeliti kot dela uporabne umetnosti, vendar menim, da je ob tem mogoče v celoti izvzeti vizualno podobo jedi in jo obravnavati ločeno. Kulinarične stvaritve v vizualnem smislu namreč nimajo nobene uporabne funkcije. Za razliko od na primer kuharskega recepta, katerega uporabna funkcija se kaže v pripravi konkretne jedi, je videz

<sup>19</sup> Glej Walo.

<sup>20</sup> Sodba Višjega sodišča v Ljubljani V Cpg 1853/2014 z dne 23. 3. 2016.

jedi namenjen temu, da pri posameznikih vzbudi občudovanje. Kulinarične stvaritve v smislu videza lahko zaradi svojega estetskega videza pri posameznikih vzbudijo nevtralne, pozitivne oziroma negativne reakcije tako kot vizualna umetniška dela. Ker v estetski podobi jedi lahko uživamo povsem ločeno in neodvisno od okušanja oziroma zauživanja konkretne jedi, lahko ta del oziroma vidik obravnavamo ločeno, in sicer kot vizualno umetniško delo, in ne kot delo uporabne umetnosti, pri katerem se izhajajoč iz obstoječe sodne prakse zahteva višja stopnja ustvarjalnosti.<sup>21</sup> V tem pogledu je torej jedi mogoče enačiti bodisi s slikami bodisi s kipi. Edina razlika je ta, da so vizualna umetniška dela načeloma trajne narave, jedi pa so že po sami naravi stvari prehodne.<sup>22</sup> Vendar je to irelevantno, saj ZASP niti neposredno niti posredno, prek zahteve po fiksiranosti dela na trajnem in stabilnem materialnem nosilcu, ne določa, da so samo trajna dela lahko okvalificirana kot avtorska dela.

Slovenska pravna ureditev tako načeloma dopušča možnost za avtorsko zaščito kulinaričnih stvaritev v vizualnem smislu. Kot izhaja iz zgornje analize, bi potencialni problemi v praksi lahko nastali zlasti v povezavi z izpolnjevanjem pogoja individualnosti. Če vizualnega vidika jedi ne bi bilo možno izločiti in obravnavati ločeno, bi se namreč pri presoji takšnega dela lahko zahtevala višja stopnja ustvarjalnosti kot pri vizualnih umetniških delih. Menim pa, da za enotno obravnavo jedi v smislu del uporabne umetnosti ni ne podlage ne logičnih in prepričljivih argumentov.

### 3.2. Varstvo blagovne znamke

V nadaljevanju so po smernicah Urada Evropske unije za intelektualno lastnino (v nadaljevanju: EUIPO) povzeta merila, ki jih je treba upoštevati pri presoji razlikovalnega učinka tridimenzionalnih znakov:

1. Šteje se, da oblika blaga nima razlikovalnega učinka, če ima izdelek običajno obliko oziroma je sestavljen iz kombinacije običajnih oblik.
2. Oblika mora znatno odstopati od oblike, ki jo pričakuje potrošnik, in od norm ter običajev, ki so značilni za določen sektor.
3. Oblika blaga ne sme biti zgolj različica običajne oblike oziroma kombinacije običajnih oblik, če je izdelek s področja, na katerem obstaja raznolikost modelov.
4. Funkcionalne oblike bo potrošnik zaznal kot take.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Walo.

<sup>22</sup> Bodisi zato, ker se jed zaužije, bodisi zato, ker se po določenem času pokvari.

<sup>23</sup> Trade mark guidelines, <<https://guidelines.euipo.europa.eu/1803468/1787548/trade-mark-guidelines/11-3-----10-3-shape-of-the-goods-themselves-or-shapes-related-to-the-goods-or-services>>.



Nemško zvezno sodišče je v zadevi *Milka proti Ritter Sport* odločilo, da oblika čokolade Ritter Sport pomeni znak, na podlagi katerega se ta čokolada razlikuje od čokolad, ki jih proizvajajo druga podjetja. Ob tem je treba izrecno izpostaviti, da je bilo izhodišče za oblikovanje predmetne čokolade povsem funkcionalne narave. Čokolada Ritter Sport je bila na ta način oblikovana z namenom, da se lahko pospravi v žep, ne da bi se pri tem zlomila. Glede na to, da je oblika navedene čokolade funkcionalna, bi v nasprotju z nemškim sodiščem lahko zaključili, da predmetni tridimenzionalni znak nima razlikovalnega učinka in ga torej ni mogoče zaščititi z znamko.<sup>24</sup>

Primer registracije oblikovne znamke na ravni EU, ki je bila zavrnjena iz razloga, navedenega zgoraj pod 2. točko, je registracija čokoladne tablice Milch Mäuse v obliki miške. EUIPO je registracijo predmetne znamke zavrnil iz razloga, ker se oblika čokoladne tablice Milch Mäuse ne razlikuje znatno od oblik, ki se običajno uporabljajo oziroma so značilne za ta sektor.<sup>25</sup>

Enako odločitev je Sodišče EU sprejelo v zadevi T-15/05, v kateri je odločalo o registraciji tridimenzionalne znamke v obliki klobase. Sodišče EU je izpostavilo, da morajo zlasti tridimenzionalne znamke, sestavljene iz embalaže proizvodov, imeti takšne lastnosti, da je povprečnemu potrošniku zadevnih proizvodov omogočeno razlikovanje brez posebne analize in pozornosti. Oblika embalaže takih proizvodov ima namreč razlikovalni učinek le, če je zaznana kot oznaka izvora izdelkov, zaradi česar se mora znamka znatno razlikovati od norm oziroma navad na konkretnem področju.<sup>26</sup>

Poleg smernic za presojo razlikovalnega učinka je pri registraciji tridimenzionalnih znamk treba upoštevati, da so iz varstva znamke izvzete nekatere kategorije. Te kategorije so naslednje:

1. oblike ali druge značilnosti, ki izhajajo iz same narave blaga;
2. oblike ali druge značilnosti blaga, ki so nujne za doseg tehičnega učinka;
3. oblike ali druge značilnosti, ki blagu dajejo bistveno vrednost.<sup>27</sup>

O zaščiti videza jedi z blagovno znamko je Sodišče EU med drugim odločalo tudi v sporu med družbama Société des Produits Nestlé SA (v nadaljevanju: Nestlé) in Cadbury UK Ltd. Družba Rowntree & Co Ltd, ki jo je pozneje prevzela družba Nestlé, je od leta 1935 tržila čokoladno tablico Kit Kat. Leta 2010 je družba Nestlé za predmetno čokoladno tablico vložil

<sup>24</sup> Zadevi BGH I ZB 42/19 z dne 23. 7. 2020 ter I ZB 43/19 z dne 23. 7. 2020.

<sup>25</sup> Glej Van der Merwe.

<sup>26</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi T-15/05, *Wim De Waele proti Uradu Evropske unije za intelektualno lastnino*, z dne 31. 5. 2006.

<sup>27</sup> Člen 4 Direktive o blagovnih znamkah (absolutni razlogi za zavrnitev registracije znamke), Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2015/2436/EU z dne 16. decembra 2015 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z blagovnimi znamkami, UL L 336, 23. 12. 2015.

la zahtevo za registracijo tridimenzionalnega znaka, ki jo je britanski urad za znamke zavrnil. Po mnenju preizkuševalca ima predmetna oblika naslednje tri značilnosti:

1. osnovno pravokotno obliko ploščice;
2. prisotnost, položaj in globino vzdolžnih utorov na ploščici ter
3. število utorov, ki s širino ploščice določa število »paličic«.<sup>28</sup>

Prva značilnost izhaja iz same narave blaga, zato je, razen za torte in drobno pecivo iz krhkega in listnatega testa, ni mogoče registrirati. Drugi dve značilnosti pa sta nujni za doseg tehničnega učinka. Iz tega razloga je bila zahteva za registracijo znamke v celoti zavrjnena.<sup>29</sup>

V predmetni zadevi je Sodišče EU odločilo, da Direktiva 2008/95/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. oktobra 2008 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z blagovnimi znamkami<sup>30</sup> nasprotuje registraciji znamke, če ima oblika tri bistvene značilnosti, od katerih ena izhaja iz same narave blaga, drugi dve pa sta nujni za doseg tehničnega učinka. Pri tem je Sodišče EU izrecno izpostavilo, da se mora vsaj eden od zavrnitvenih razlogov v celoti uporabiti za zadevno obliko.<sup>31</sup>

Nadalje je Sodišče EU opozorilo, da je v zvezi z zavrnitvijo registracije znakov, ki so sestavljeni izključno iz oblike blaga, ki je nujna za doseg tehničnega učinka, Direktivo 2008/95 treba razlagati tako, da se upošteva zgolj način delovanja blaga, ne pa tudi način proizvodnje.<sup>32</sup>

Iz predmetne sodbe nadalje izhaja, da mora prijavitelj v zvezi z znamko, ki naj bi pridobila razlikovalni učinek z uporabo, dokazati, da upoštevana javnost zaznava, da blago, ki ga označuje zgolj ta znamka, ne pa katerakoli druga morebiti prisotna znamka, izvira iz določenega podjetja.<sup>33</sup>

Iz sodbe v zadevi C-205/13 *Hauck GmbH & Co. KG proti Stokke A/S in drugim* izhaja, da se šteje, da oblika izhaja iz same narave blaga, če je ta nujna za doseg tehničnega rezultata oziroma če gre za blago, katerega oblika je določena s predpisi. Enako velja za obliko blaga, ki ima takšne značilnosti, da bi pridržanje zgolj enemu subjektu pomenilo znatno oviro za konkurenčne subjekte pri oblikovanju njihovega proizvoda na način, da bi ta imel vse lastnosti, ki so potrebne za običajno rabo stvari.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-215/14, *Société des Produits Nestlé*, z dne 16. 9. 2015.

<sup>29</sup> Prav tam.

<sup>30</sup> UL L 299, 8. 11. 2008.

<sup>31</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-215/14, *Société des Produits Nestlé*, z dne 16. 9. 2015.

<sup>32</sup> Prav tam.

<sup>33</sup> Prav tam.

<sup>34</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-205/13, *Hauck GmbH & Co. KG proti Stokke A/S in drugim*, z dne 19. 9. 2014.

V praksi se je izoblikovalo stališče, da je določena oblika blaga nujna za doseg tehničnega rezultata, če vse bistvene značilnosti oblike ustrezajo tehnični funkciji, pri čemer so nebistvene značilnosti, ki nimajo tehnične funkcije, zanemarljive. To se v praksi presoja po naslednjem testu: ali bi bil enak tehnični rezultat dosežen kljub odsotnosti ustreznega elementa oziroma ali bi se ob bistveni spremembi ustreznega elementa bistveno spremenil tudi tehnični rezultat.<sup>35</sup>

V nadaljevanju je predstavljen primer, pri katerem bi lahko zavrnilo registracijo oblikovne znamke iz razloga, ker je oblika blaga nujna za doseg tehničnega učinka. Gre za kulinarično stvaritev kuharskega mojstra Jana-Hendrika van der Westhuizen, konkretno namaz v obliki sveče, ki je zajeta na spodnji fotografiji (slika 1).<sup>36</sup>

Slika 1: Namaz v obliki sveče



Vir: Jan Hendrik van der Westhuizen's Edible Candle and Mosbolletjies, <<https://www.four-magazine.com/recipes/jan-hendrik-van-der-westhuizens-edible-candle-and-mosbolletjies/#>> (22. 7. 2020).

Kot izhaja z zgornje fotografije, je namaz v začetni fazi v trdni obliki. Šele ob gorenju »sveče« se namaz pretvori v tekočo obliko (oziroma postane mehkejši), tako da ga je mogoče namažati na kruh. Konkretna oblika, tj. oblika sveče, je tako nujna za doseg tehničnega učinka, tj. doseči, da bo namaz mazljiv.

Iz enakega razloga, tj., ker je oblika nujna za doseg tehničnega učinka, je danski odbor za pritožbe dne 21. 3. 2018 z odločbo AN 2017 00006 zavrnil registracijo znamke za rebrast

<sup>35</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-48/09, *Lego Juris proti UUNT*, z dne 14. 9. 2010.

<sup>36</sup> Van Der Merwe.

krompirjev prigrizek. Iz predmetne odločbe izhaja, da oblika, tj. rebrasta površina prigrizka, poleg večje hrustljivosti in svežine prispeva tudi k intenzivnejšemu okusu prigrizka, saj se snovi, ki dajejo okus, lahko vdolajo v utore. Na podlagi navedenega je danski urad za pritožbe zaključil, da je predmetna oblika nujna za dosego tehničnega učinka, zato je registracijo znamke zavrnil.<sup>37</sup>

Oblika daje blagu bistveno vrednost, kadar sama po sebi znatno vpliva na njegovo tržno vrednost in potrošnikovo odločitev o nakupu blaga. Kadar ima izdelek poleg estetske vrednosti tudi na primer funkcionalno vrednost, ta izjema ni uporabljena samodejno. Uporabljena je zgolj v tistih primerih, kadar estetska vizualna podoba izdelka prevlada do te mere, da pomeni izključni oziroma odločilni vzgib za nakup določenega izdelka.<sup>38</sup> Iz tega razloga ocenjujem, da predmetna izjema pri kulinaričnih stvaritvah po vsej verjetnosti ne bo uporabljena, saj menim, da je odločilni vzgib za nakup prehranskih izdelkov njihovo zaužitje oziroma potešitev osnovnih fizioloških potreb, in ne njihova estetska podoba. Funkcionalna vrednost jedi v večini primerov prevlada nad estetsko vrednostjo. Slednja torej ne pomeni ključnega razloga za potrošnikovo odločitev o nakupu blaga, ampak prinaša zgolj neko dodano vrednost.

Kot zanimivost naj navedem primer iz španske sodne prakse, in sicer sodbo No. 123/2019, ki je bila izdana 3. 4. 2019 v postopku tožbe stranke *Galletas Artiach S.A.U.* zoper toženo stranko *La Flor Burgalesa S.L.* Tožeča stranka je toženi stranki s tožbo očitala, da naj bi ta s proizvodnjo piškotov v obliki dinozavra, čeprav se ti po obliki razlikujejo od piškotov, ki jih proizvaja tožeča stranka, kršila blagovno znamko tožeče stranke in prestopila prag lojalne konkurence. Tožeča stranka je tožbeni zahtevek utemeljevala na nekakšnem konceptu blagovne znamke dinozavra, ki je sestavljena iz besedne znamke *Dinozaver*, figurativne znamke različnih vrst dinozavrov in embalaže izdelka. Sodišče je v predmetni zadevi odločilo, da tožena stranka ni kršila blagovne znamke tožeče stranke, saj je šlo zgolj za konceptualno podobnost. Tožena stranka namreč pri proizvodnji piškotov ni uporabila specifičnih individualnih elementov, ki so zaščiteni z blagovno znamko. Na podlagi navedenega je sodišče odločilo, da ne obstaja verjetnost zmede v javnosti zaradi podobnosti izdelkov, saj ti vsebujejo zgolj enak motiv, sicer pa se v vizualnih značilnostih med seboj razlikujejo.

### 3.3. Varstvo modela

Videz izdelka, ki ga je mogoče zaščititi z znamko, mora izpolnjevati naslednje zahteve:

1. novost,
2. individualni značaj,

<sup>37</sup> Skaarup Christensen in Spinner Madsen.

<sup>38</sup> Van Der Merwe.

3. videz izdelka ne sme biti določen izključno z njegovo tehnično funkcijo,
4. viden mora biti pri normalni uporabi.<sup>39</sup>

Za presojo vprašanja, ali je videz izdelka pogojen izključno z njegovo tehnično funkcijo, nacionalna sodišča držav EU in EUIPO uporabljajo različne pristope. V Nemčiji in nekaterih drugih državah članicah uporabljajo test, po katerem se šteje, da videz izdelka ni pogojen z njegovo tehnično funkcijo, če obstaja alternativna možnost za oblikovanje izdelka, ki izpolnjuje enako funkcijo. Kritika tega pristopa je, da privede do izključitve zaščite v zelo redkih primerih. Alternativni pristop, ki ga med drugim uporablja tudi EUIPO, je uporaba testa, po katerem se presoja, ali je na oblikovanje izdelka vplival tudi estetski vidik, in ne zgolj tehnični. Smisel predmetne izključitve zaščite je narediti jasno ločnico med varstvom modela in varstvom patenta. Medtem ko je namen modela zaščititi videz izdelka, ki ima estetske značilnosti, je smisel patentnega varstva zaščititi izdelek, ki ima določeno tehnično funkcijo.<sup>40</sup>

V praksi se zastavlja vprašanje, ali morajo biti značilnosti videza izdelka vidne že ob njegovem nakupu ali zadostuje, da se te pokažejo ob njegovi redni uporabi. Direktiva o varstvu modela sicer ne vsebuje določbe, ki bi varstvo omejevala zgolj na tiste značilnosti izdelka, ki so vidne že med njegovim nakupom, vendar se je predmetno vprašanje izkazalo kot sporno v praksi nekaterih držav članic. V zadevi *Przedsiębiorstwo Produkcji Lodow proti Patent Office* z dne 20. 3. 2007 je poljsko sodišče razsodilo, da sladoled, ki vsebuje polnilo kontrastnih barv, ne more biti predmet varstva modela, saj predmetna značilnost videza izdelka ni vidna že med njegovim nakupom.<sup>41</sup>

### 3.4. Primerjava varstva blagovne znamke in modela

Uvodoma je treba poudariti, da je zaščita videza jedi v okviru varstva znamke sekundarnega pomena oziroma ima posredno funkcijo. Varuje se le v primeru, če videz izdelka pomeni prepoznavnost podjetja. Ravno nasprotno je pri varstvu modela, pri čemer je zaščita videza izdelka osrednjega pomena. Z vidika osrednjega namena varstva se tako model bistveno bolj približuje avtorski pravici kot blagovni znamki. Tako pri avtorski pravici kot pri modelu je namreč zaščita videza izdelka osrednjega pomena.

Upoštevajoč značilnosti posameznega izdelka bo treba od primera do primera presoditi, katera oblika varstva bo ustrežnejša za zaščito blaga. Ob tem je treba izrecno opozoriti, da je z modelom mogoče zaščititi zgolj videz izdelka, ki je nov, medtem ko se izpolnjevanje tega pogoja, tj. novosti, v okviru varstva tridimenzionalne znamke ne zahteva. Iz tega razloga je

---

<sup>39</sup> Prav tam.

<sup>40</sup> Prav tam.

<sup>41</sup> Prav tam.

z vidika kuharskih mojstrov zaščita jedi z blagovno znamko ustrežnejša oblika varstva, saj se ti za zaščito svoje jedi lahko odločijo šele po določenem času, ko že razpolagajo s podatki o uspešnosti trženja konkretnega izdelka.

Če videz izdelka ne bo v zadostni meri prepoznaven oziroma ne bo imel lastnosti, na podlagi katerih bi se razlikoval od blaga drugih podjetij, takšnega izdelka ne bo mogoče zaščititi z blagovno znamko. Po drugi strani se za registracijo modela zahteva, da ima videz izdelka individualno naravo. V okviru varstva blagovne znamke je tako videz izdelka sekundarnega pomena oziroma se varuje zgolj, če je izdelek na podlagi njegovega videza mogoče povezati s točno določenim podjetjem. Pravici se nadalje razlikujeta tudi v obdobju trajanja, pri čemer se blagovna znamka lahko poljubno mnogokrat obnovi (52. člen ZIL-1), medtem ko je pri modelu določena maksimalna časovna veljavnost (40. člen ZIL-1). Blagovna znamka in model se prav tako razlikujeta v postopku registracije, predvsem v smislu obsega oziroma moči presoje izpolnjevanja zahtevanih pogojev.

Tako pri blagovni znamki kot pri modelu so iz varstva izvzeti izdelki, katerih videz je pogojen z njegovo tehnično funkcijo. Za razliko od modela so iz varstva blagovne znamke izvzete še nekatere druge kategorije.

## 4. Varstvo okusa jedi

### 4.1. Avtorskopravno varstvo

O vprašanju, ali je okus živila lahko predmet avtorskoprnega varstva, je Sodišče EU odločilo s sodbo v zadevi C-310/17, *Levola Hengelo BV proti Smilde Foods BV*.<sup>42</sup> V predmetni zadevi se je predlog za sprejetje predhodne odločbe nanašal na razlago pojma »delo« v smislu Direktive 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi (v nadaljevanju: Direktiva o avtorski in sorodnih pravicah).<sup>43</sup>

Družba Smilde Foods BV (v nadaljevanju: Smilde) je izdelovala sirni namaz s smetano in zelišči, ki naj bi bil enakega okusa kot namaz družbe Levola Hengelo BV (v nadaljevanju: Levola), s čimer naj bi Smilde kršila avtorsko pravico Levole. Družba Levola je zato proti družbi Smilde vložila tožbo, s katero je sodišču predlagala, naj ugotovi, da je okus živila mogoče opredeliti kot avtorsko delo. Pri tem je Levola izhajala iz sodbe v zadevi Hoge Raad der Nederlanden z dne 16. 6. 2006 v zadevi *Lancôme* (NL:HR:2006:AU8940),<sup>44</sup> v kateri je bila

<sup>42</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-310/17, *Levola Hengelo BV proti Smilde Foods BV*, z dne 13. 11. 2018.

<sup>43</sup> UL L 167, 22. 6. 2001, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 230.

<sup>44</sup> Sodba Vrhovnega sodišča Nizozemske v zadevi C04/327HR, *Lancôme*, z dne 16. 6. 2006, ECLI:N-L:HR:2006:AU8940.



priznana načelna možnost za priznanje avtorske pravice na vonju parfuma. Družba Smilde pa je nasprotno menila, da so z avtorsko pravico lahko varovane le vizualne in slušne stvaritve, ne pa tudi okus živila. Poleg tega naj bi pokvarljivost živila in subjektivnost okušanja nasprotovali temu, da bi okus živila lahko opredelili kot avtorsko delo. Nizozemsko pritožbeno sodišče je prekinilo postopek odločanja in na Sodišče EU naslovilo vprašanje za predhodno odločanje.<sup>45</sup>

V predmetni zadevi je Sodišče EU izpostavilo, da Direktiva o avtorski in sorodnih pravicah v zvezi z opredelitvijo pojma »delo« ne vsebuje izrecnega nاپotila na pravo držav članic, zato je treba ta pojem razlagati samostojno in enotno v celotni Evropski uniji. Skladno z Direktivo o avtorski in sorodnih pravicah morata biti kumulativno izpolnjena dva pogoja, da je določen predmet mogoče opredeliti kot delo. In sicer je prvi pogoj ta, da je predmet avtorjeva lastna intelektualna stvaritev, pri čemer so predmet varstva lahko zgolj elementi, ki so izraz take intelektualne stvaritve.<sup>46</sup>

V zvezi s tem je sodišče poudarilo, da mora Evropska unija na podlagi Pogodbe WIPO o avtorski pravici spoštovati 1.–21. člen Bernske konvencije.<sup>47</sup> Ta v 2. členu določa, da so književna in umetniška dela vse stvaritve s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ne glede na način in obliko njihovega izražanja. Poleg tega je sodišče izpostavilo, da so v skladu z 2. členom Pogodbe WIPO o avtorski pravici in 9. členom Sporazuma o trgovinskih vidikih intelektualne lastnine predmet avtorskega varstva lahko le izrazi, ne pa tudi ideje, postopki oziroma metode delovanja.<sup>48</sup>

Pojem »delo« je treba zato razumeti tako, da mora obstajati izraz predmeta varstva, na podlagi katerega je predmet mogoče dovolj natančno in objektivno opredeliti. To je pomembno zlasti zato, da se pristojnim organom in zasebnim subjektom omogoči jasna in natančna seznanitev s predmetom varstva. Poleg tega se tako v postopku opredeljevanja varovanega predmeta preprečuje subjektivnost, ki škodi pravni varnosti. Za razliko od na primer književnega, slikovnega, kinematografskega ali glasbenega dela okusa živila ni mogoče natančno in objektivno opredeliti. Okušanje živila je namreč subjektivno, saj temelji na dejavnikih, ki so povezani z osebo, ki določen izdelek okuša. Ti dejavniki so med drugim starost osebe, trenutno počutje in razpoloženje, njene prehranske navade in okolje oziroma okoliščine, v katerih se izdelek okuša. Poleg tega objektivno razlikovanje okusa določenega živila od okusov drugih živil ni mogoče niti na podlagi trenutno razpoložljivih tehničnih sredstev.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-310/17, *Levola Hengelo BV proti Smilde Foods BV*, z dne 13. 11. 2018.

<sup>46</sup> Prav tam.

<sup>47</sup> Bernska konvencija za varstvo književnih in umetniških del, Uradni list SFRJ – MP, št. 14/75 in 4/86; Uradni list RS, št. 24/92, Uradni list RS – MP, št. 9/92, št. 3/07.

<sup>48</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-310/17, *Levola Hengelo BV proti Smilde Foods BV*, z dne 13. 11. 2018.

<sup>49</sup> Prav tam.

Sodišče EU je s sodbo v predmetni zadevi odločilo, da okusa živila ni mogoče opredeliti kot »delo« v smislu Direktive o avtorski in sorodnih pravicah. Ta direktiva nadalje ob upoštevanju zahteve po enotni razlagi pojma »delo« nasprotuje temu, da bi se nacionalna zakonodaja razlagala tako, da bi bilo okus živila mogoče zaščititi z avtorsko pravico.<sup>50</sup>

## 4.2. Varstvo blagovne znamke

Iz sodbe Sodišča EU C-273/00 z dne 12. 12. 2002 v zadevi *Sieckmann proti German Patent and Trademark Office* izhaja, da so znaki, ki niso vidno zaznavni, lahko predmet varstva znamke, če je takšne znake mogoče grafično prikazati. Pri tem mora biti predstavitev znakov jasna, natančna, samostojna, lahko dostopna, trajna, objektivna in razumljiva.<sup>51</sup>

Izhajajoč iz kriterijev, ki jih je Sodišče EU razvilo v predmetni zadevi, je mogoče zaključiti, da okus jedi ne more biti predmet varstva znamke. Okušanje živila je namreč subjektivno in spremenljivo, zato okusa kot razlikovalnega znaka ni mogoče prikazati jasno, natančno, predvsem pa objektivno.

Z odločbo R 120/2001-2 z dne 4. 8. 2003 je EUIPO zavrnil registracijo znamke okusa *The taste of artificial flavour* za farmacevtske izdelke. Registracija predmetne znamke je bila zavrnjena z obrazložitvijo, da farmacevtskega izdelka enega podjetja ni mogoče razlikovati od farmacevtskih izdelkov drugih podjetij zgolj na podlagi okusa. Poleg tega je EUIPO izpostavil, da obstaja zelo majhna verjetnost, da bi potrošniki okus farmacevtskega izdelka prepoznali kot sredstvo za identifikacijo podjetja, ki proizvaja predmetni farmacevtski izdelek. Prav to pa je osnovni namen varstva znamke.<sup>52</sup> V primeru jedi je še toliko manjša verjetnost, da bi potrošniki okus zaznali kot razlikovalni element, na podlagi katerega bi lahko identificirali proizvajalca.

Iz sodbe v zadevi *New York Pizzeria, Inc., proti Ravinder Syal et al.* je mogoče izluščiti dva bistvena razloga, ki predstavljata oviro za zaščito okusa jedi z blagovno znamko. V predmetni zadevi je sodišče izpostavilo, da je z znamko mogoče zaščititi zgolj tiste znake, ki so sredstvo za razlikovanje izdelkov. Ker potrošniki okus jedi najprej zaznajo kot lastnost blaga, predmetni znak ne more biti sredstvo za identifikacijo izvora. Nadalje je sodišče poudarilo, da z blagovno znamko ni mogoče zaščititi tistih znakov, ki imajo določeno funkcijo. Ker okus jedi znatno vpliva na kakovost blaga, je sodišče izpeljalo sklep, da ima okus funkcionalno vrednost in ga iz tega razloga ni mogoče zaščititi z znamko.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Prav tam.

<sup>51</sup> Sodba Sodišča EU v zadevi C-273/00, *Sieckmann v German Patent and Trademark Office*, z dne 12. 12. 2002.

<sup>52</sup> Odločba EUIPO v zadevi R 120/2001-2, *The taste of artificial strawberry flavour*, z dne 4. 8. 2003.

<sup>53</sup> Zadeva No. 3:13-CV-335, *New York Pizzeria, Inc., v. Ravinder Syal, et al.*, 56 F. Supp. 3d 875 (S.D. Tex. 2014) z dne 20. 10. 2014.



Iz zgornje analize izhaja, da okusa jedi ni mogoče zaščititi z znamko iz dveh razlogov, in sicer je prvi ta, da okusa jedi zaradi subjektivnosti okušanja ni mogoče dovolj natančno in objektivno opredeliti; druga ovira za registracijo znamke okusa pa je, da bi potrošniki okus jedi zaznali kot lastnost blaga in ne kot prepoznavni znak. Varstvo znamke zato v tem primeru ne bi doseglo svojega osnovnega namena oziroma cilja.

## 5. Varstvo okusa jedi – avtorska pravica in zajamčena tradicionalna posebnost

V nadaljevanju bo ob hkratni primerjavi z avtorskim varstvom podrobneje analizirana zajamčena tradicionalna posebnost. V okviru predmetne sheme kakovosti, ki je sicer najprej namenjena zaščiti tradicionalne metode proizvodnje in receptov,<sup>54</sup> se posredno varuje tudi tipičen okus tradicionalnih jedi. Navedeno bo podrobneje pojasnjeno v nadaljevanju, in sicer na podlagi analize specifikacij dveh živil, ki sta zaščiteni z označbo zajamčena tradicionalna posebnost. Namen analize je ugotoviti bistvene razlike med predmetnima oblikama varstva, ki omogočajo, da je okus v okviru zajamčene tradicionalne posebnosti lahko (posredno) varovan, v okviru avtorskega prava pa ne.

Iz specifikacije za prleško tünko, št. 321-155/01/61, z dne 20. 12. 2010 izhaja, da se ta od podobnih izdelkov razlikuje že vidno, poleg tega pa se loči tudi po senzoričnih lastnostih. Senzorično ocenjevanje poleg vrednotenja zunanjšega videza in videza prereza obsega tudi ocenjevanje teksture, vonja in okusa. Te karakteristike niso vidno zaznavne in tudi niso objektivno opredeljive. Okus prleške tünke je v specifikaciji opisan na naslednji način:

»Meso mora imeti okus po dozorelem, razsoljenem, prekajenem mesu, biti mora primerno slano, s harmonično vklopljenim okusom začimb. Okus zaseke mora biti značilen. V okusu mesa in zaseke ne smejo biti zaznavni priokusi.«<sup>55</sup>

Oceno izpolnjevanja senzoričnih lastnosti opravi panel, sestavljen iz izbranih preskuševalcev. Izdelek dobi pravico do uporabe imena prleška tünka, če doseže najmanj 15,5 točke od 20. Maksimalno število točk po posameznih senzoričnih lastnostih živila je naslednje:

- zunanji videz: 2,
- sestava prereza: 3,
- barva prereza: 3,

<sup>54</sup> Člen 17 Uredbe (EU) št. 1151/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. novembra 2012 o shemah kakovosti kmetijskih proizvodov in živil, UL L 343, 14. 12. 2012 (v nadaljevanju: Uredba o shemah kakovosti).

<sup>55</sup> Proizvodna specifikacija Prleška tünka, <[https://www.gov.si/assets/ministrstva/MKGP/DOKUMENTI/HRANA/HEME-KAKOVOSTI/SPECIFIKACIJE-EVROPSKA-KOMISIJA/Spec\\_tunka.pdf](https://www.gov.si/assets/ministrstva/MKGP/DOKUMENTI/HRANA/HEME-KAKOVOSTI/SPECIFIKACIJE-EVROPSKA-KOMISIJA/Spec_tunka.pdf)> (14. 8. 2020).

- tekstura: 4,
- vonj: 3,
- okus: 5.<sup>56</sup>

Iz elaborata o označbi tradicionalnega ugleda za idrijske žlikrofe, št. 324-43/01/8, z dne 20. 4. 2005 izhaja, da del ocenjevanja med drugim obsega tudi presojo tipične arome<sup>57</sup> izdelka. V elaboratu je aroma opisana na naslednji način:

»Značilna in intenzivna aroma žlikrofa (testo in nadev) z okusom po krompirju, po maščobi (ki ne prevladuje), dodatkih in začimbah, ki harmonično dopolnjujejo aromo.«<sup>58</sup>

Poleg arome se v okviru ocenjevanja senzoričnih lastnosti presoajo še naslednje karakteristike: videz, vonj, tekstura in skupni vtis. Izdelek lahko pri vsaki lastnosti dobi največ sedem točk. Za označbo tradicionalnega ugleda pa mora izdelek na ocenjevanju skupno doseči vsaj 25 točk od 35.<sup>59</sup>

Na podlagi hitrega pregleda zgornjih specifikacij lahko sledi preuranjen sklep, da je z zajamčeno tradicionalno posebnostjo varovan okus kot tak. Še toliko bolj v primeru prleške tünke, pri kateri je okus tista lastnost, ki je ovrednotena z najvišjim številom točk.<sup>60</sup>

V praksi lahko<sup>61</sup> izdelek tudi v primeru minimalnega izpolnjevanja kriterija okusa (če ocena za okus doseže vsaj 0,5 točke) dobi pravico do uporabe imena prleška tünka. Prav tako se lahko zgodi, da je okus v postopku ocenjevanja ovrednoten z maksimalnim številom točk, pa to ne zadostuje, da izdelek dobi pravico do uporabe tradicionalnega imena.

Iz specifikacije za prleško tünko in specifikacije za idrijske žlikrofe namreč izhaja, da so s predmetnima označbama kumulativno varovane vse lastnosti izdelka (vonj, videz, tekstura ...) in je izdelek izločen oziroma diskvalificiran, če je napaka pri katerikoli senzorični lastnosti tako huda, da je izdelek nesprejemljiv. Okus je predmet varstva izključno v kombinaciji z drugimi lastnostmi, torej zgolj posredno.

Čeprav iz predmetne analize izhaja, da okus v okviru zajamčene tradicionalne posebnosti ni neposredno zaščiten, gre vseeno za neko omejeno obliko varstva, kar je posebnost na po-

<sup>56</sup> Prav tam.

<sup>57</sup> Beseda aroma sicer pomeni prijeten vonj, vendar je v predmetnem elaboratu uporabljena v smislu hkratnega zaznavanja vonja in okusa.

<sup>58</sup> Elaborat o označbi tradicionalnega ugleda za idrijske žlikrofe, <[https://www.gov.si/assets/ministrstva/MKGP/DOKUMENTI/HRANA/HEME-KAKOVOSTI/SPECIFIKACIJE-EVROPSKA-KOMISIJA/idrijski\\_zlikrofi\\_priloga.pdf](https://www.gov.si/assets/ministrstva/MKGP/DOKUMENTI/HRANA/HEME-KAKOVOSTI/SPECIFIKACIJE-EVROPSKA-KOMISIJA/idrijski_zlikrofi_priloga.pdf)> (13. 8. 2020).

<sup>59</sup> Prav tam.

<sup>60</sup> Okus je edina lastnost, ki je ovrednotena s petimi točkami.

<sup>61</sup> Ob predpostavki, da so vse druge lastnosti ovrednotene z maksimalnim številom točk.

dročju prava intelektualne lastnine. Okus namreč z drugimi pravicami intelektualne lastnine (vključno z avtorsko pravico) ni niti posredno zaščiten, saj ne izpolnjuje bistvenega pogoja, tj., da je kot predmet varstva objektivno določljiv. Proizvajalci<sup>62</sup> pa kljub temu nimajo nikakršnih zahtevkov zoper tistega, ki poustvari enak okus v jedi, ki ne ustreza zadevni specifikaciji. Bistvo zajamčene tradicionalne posebnosti namreč ni v samem varstvu okusa jedi, ampak v zagotavljanju skladnosti izdelkov, ki se tržijo pod zaščiteno označbo.

Poleg tega, da je presoja pri zajamčeni tradicionalni posebnosti osredotočena na ocenjevanje več lastnosti, pri avtorski pravici pa zgolj na okus, se predmetni obliki varstva razlikujeta tudi z vidika obsega zaščite. To razlikovanje dodatno vpliva na to, da ni mogoče samodejno izpeljati sklepa, da je lahko okus varovan tudi z avtorsko pravico. Pri zajamčeni tradicionalni posebnosti se uporaba registriranega imena omogoči vsakemu proizvajalcu, vključno s proizvajalci iz tretjih držav, pod pogojem, da zadevni izdelek ustreza zahtevam zadevne specifikacije in da je proizvajalec vključen v nadzorni sistem.<sup>63</sup> Zajamčena tradicionalna posebnost je torej neke vrste kolektivna pravica, ki ne omejuje konkurence, medtem ko avtorska pravica ustvarja položaj umetnega monopola. Zato je razumljivo, da je ocenjevanje kriterijev v primeru avtorskopravnega varstva toliko strožje.

## 6. Sklep

Upoštevač dejstvo, da je kulinarika zelo dinamično področje, bi bilo z vidika kuharskih mojstrov ustreznejše, če bi kulinarične stvaritve lahko bile predmet avtorskopravnega varstva. V tem primeru kuharskim mojstrom ne bi bilo treba začeti posebnega postopka za pridobitev varstva, kot je to potrebno pri pravicah industrijske lastnine. Vendar je ob tem treba omeniti, da nekatere kulinarične stvaritve, na primer kuharski recept, ne morejo biti predmet avtorskega varstva. Kuharski recept kot tak namreč ne izpolnjuje pogoja individualnosti in ga zato ni mogoče opredeliti kot avtorsko delo. Kuharski recept bo po drugi strani načeloma mogoče patentirati, vendar se ob tem zastavlja vprašanje smiselnosti oziroma učinkovitosti tovrstnega varstva. Za vsak nov kuharski recept, ki bi ga kuharski mojstri želeli patentirati, bi bilo namreč treba začeti poseben postopek, kar je povsem neekonomično. Tudi sicer je smisel patentnega varstva ustvariti časovno omejen monopol z namenom, da se izumiteljem v tem obdobju povrnejo stroški, ki so jih imeli z razvojem izuma. Glede na to, da razvoj kulinaričnih stvaritev v večini primerov ni povezan z visokimi finančnimi vložki, se zastavlja vprašanje, ali takšne stvaritve dejansko upravičujejo monopolni položaj. Sama menim, da bi bilo treba patentno varstvo omejiti zgolj na tiste izume, katerih razvoj je povezan z višjimi finančnimi vložki in

<sup>62</sup> Ki imajo dovoljenje za proizvodnjo jedi pod zaščiteno označbo.

<sup>63</sup> Uvodna izjava 39 preambule Uredbe (EU) št. 1151/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. novembra 2012 o shemah kakovosti kmetijskih proizvodov in živil, UL L 343, 14. 12. 2012.

ki iz tega razloga upravičujejo (časovno omejen) monopolni položaj. Trenutna ureditev, ki po moji oceni dopušča (pre)široko zagotavljanje monopola, negativno vpliva na delovanje gospodarstva, saj je ustvarjenih manj dobrin po višji ceni.

Vsem pravicam intelektualne lastnine je skupno, da varujejo zgolj tiste stvaritve, ki jih je mogoče jasno, natančno, popolno in objektivno opredeliti. Takšna ureditev je posledica zagotavljanja temeljnega ustavnega načela pravne varnosti. Če je predmet objektivno neopredeljiv, se pristojni organi in tretje osebe ne morejo dovolj natančno in jasno seznaniti z varovanim predmetom. Ker je okušanje odvisno od subjektivnih dejavnikov in okusa posledično ni mogoče natančno opredeliti, je okus jedi izvzet iz varstva intelektualne lastnine.

Po drugi strani je videz jedi varovan na več ravneh oziroma z več pravicami, in sicer je lahko predmet avtorskoprnega varstva, varstva blagovne znamke oziroma modela. Od vseh obravnavanih kulinarčnih stvaritev se ravno videz jedi vsebinsko najbolj približuje vizualnim umetniškim stvaritvam, ki so vidno zaznavne in objektivno opredeljive. Glede na to, da je videz jedi načeloma lahko predmet avtorskoprnega varstva, se zastavlja vprašanje smiselnosti alternativnih oblik zaščite (zaščita z blagovno znamko oziroma modelom), upoštevajoč dejstvo, da sta ti dve obliki zaščite časovno zamudni in povezani z določenimi stroški.

Kot slabost trenutne ureditve bi izpostavila posredno varstvo okusa jedi v okviru sheme zajamčene tradicionalne posebnosti. Z zaščito takšne subjektivne kategorije, čeprav gre za posredno oziroma omejeno varstvo, se v pravni promet vnaša določena stopnja nepredvidljivosti. Čeprav se predmetna shema kakovosti bistveno razlikuje<sup>64</sup> od ostalih oblik varstva, ki so bile obravnavane v tem prispevku, menim, da bi bilo smiselno razmisliti o reformi v smeri zagotavljanja višje stopnje pravne varnosti. Trenutna ureditev namreč omogoča, da se pravica uporabe imena zajamčene tradicionalne posebnosti podeli na podlagi ocenjevanja, ki v pretežni meri temelji na presoji lastnosti, katerih zaznava je pogojena s subjektivnimi dejavniki ocenjevalcev. Pravni okvir bi bilo treba reformirati na način, da bi bile iz ocenjevanja izvzete vse tiste lastnosti, ki so subjektivno zaznavne, oziroma bi bilo treba določiti vsaj minimalno raven konkretizacije takšnih lastnosti v specifikaciji.

---

<sup>64</sup> Zajamčena tradicionalna posebnost za razliko od preostalih obravnavanih oblik varstva ne ustvarja položaja umetnega monopola.

## Viri in literatura

- THIS, Herve. *Molecular Gastronomy: Exploring the Science of Flavor*. New York: Columbia University Press, 2006, str. 17–19. Dostopno na: <[https://books.google.si/books?id=QVXKZ1-z-eIC&printsec=frontcover&hl=sl&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.si/books?id=QVXKZ1-z-eIC&printsec=frontcover&hl=sl&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)> (17. 7. 2020).
- SKAARUP CHRISTENSEN, Lasse, in SPINNER MADSEN, Kathrine. The technical function of a potato snack. *Kluwer Trademark Blog*, 2018. Dostopno na: <[http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2018/08/25/the-technical-function-of-a-potato-snack/?doing\\_wp\\_cron=1598373566.6267631053924560546875](http://trademarkblog.kluweriplaw.com/2018/08/25/the-technical-function-of-a-potato-snack/?doing_wp_cron=1598373566.6267631053924560546875)> (9. 9. 2010).
- VAN DER MERWE, Regardt Willem. Food for thought: Considering intellectual property protection for signature dishes and plating. *Stockholm Intellectual Property Law Review*, 2019, letn. 2, št. 2, str. 12–31. Dostopno na: <[http://www.stockholmiplawreview.com/wp-content/uploads/2019/12/Tryck\\_IP\\_nr-2\\_2019\\_A4\\_Food-for-thought.pdf](http://www.stockholmiplawreview.com/wp-content/uploads/2019/12/Tryck_IP_nr-2_2019_A4_Food-for-thought.pdf)> (9. 6. 2020).
- WALO, Julianna. The art of food placement: Will the U.S. follow Germany's lead in copyrighting artistic food placement?. *The John Marshall Review Of Intellectual Property Law*, 2016, letn. 15, str. 565–583. Dostopno na: <<https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1390&context=ripl>> (15. 7. 2020).
- WIPO. *Uči se iz preteklosti, ustvarjaj prihodnost: Umetnost in avtorska pravica*. Ljubljana: Urad RS za intelektualno lastnino, Ministrstvo za gospodarstvo, 2011. Dostopno na: <[http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload\\_folder/wipo\\_book\\_umetnost-avtorsko.pdf](http://www.uil-sipo.si/fileadmin/upload_folder/wipo_book_umetnost-avtorsko.pdf)> (28. 7. 2020).





*Pravni letopis 2020*

Povzetki  
Abstracts

VII.

UDK 347.9:343.157.5

Pravni letopis 2020, str. 9–24

ALEŠ GALIČ

## O protiuustavnosti ureditve zahteve za varstvo zakonitosti v pravnem postopku

Reforma, ki bi zagotovila, da zahteva za varstvo zakonitosti v pravnem postopku v Sloveniji ne bo zgolj relikv sovjetskega prava, mora spremeniti dvoje. Prvič, poudarjeno mora biti, da namen tega pravnega sredstva ni nadzor nad delovanjem nižjih sodišč ali preverjanje pravilnosti vseh sodb, temveč mora cilj tega pravnega sredstva presehati pomen konkretne zadeve in korist strank v tej konkretni zadevi. Cilj je zagotavljanje objektivne koristi za pravni red v celoti, torej da se Vrhovno sodišče izreče o pravnih vprašanjih, ki so pomembna za razvoj prava skozi sodno prakso in za enotnost sodne prakse. Drugič, ker ne gre za pravno sredstvo strank v konkretni zadevi, saj je vložitev tega pravnega sredstva neodvisna od volje strank, je treba zagotoviti, da odločitev ne bo posegala v pravnomočno zaključeno zadevo. Učinek sme biti le ugotovitveni. Za cilj, ki ga to pravno sredstvo želi doseči – učinek za naprej, tj. usmerjevalna vloga vrhovnega sodišča ter s tem zagotavljanje predvidljivosti in pravne varnosti, prispevek k razvoju prava in enotnosti sodne prakse – je to povsem dovolj.

**Ključne besede:** državni tožilec, pravdni postopek, pravica do dostopa do sodišča, avtonomija strank, vrhovno sodišče, izredno pravno sredstvo



UDC 347.9:343.157.5  
*Pravni letopis 2020, str. 9–24*

ALEŠ GALIČ

## On Unconstitutionality of the Extraordinary Appeal of a Public Prosecutor in Civil Proceedings

There are two necessary elements of a reform of the extraordinary appeal of a public prosecutor to a Supreme Court in Slovenian Civil Procedure Act; otherwise this instrument will remain a relict of a soviet type of civil procedure. First, it should be emphasized that the purpose of this appeal is not opening doors for an unlimited control of lawfulness of all judgments of lower courts. Rather, its purpose should be linked to a public function of a Supreme Court in creating precedents and thus strengthening the Supreme Court's role in developing law through case law and ensuring its uniform application. Second, as this is not a Party's appeal and it is filed regardless of the Parties will and thus should not affect the individual Parties' civil rights and obligations, it must be ensured that it will result only in a declaratory judgment of a Supreme Court. For the purpose which this appeal pursues – the effect of creating a precedent and thus strengthening a legal certainty and predictability for future litigants and offering a valuable guidance for lower courts – a merely declaratory effect of the Supreme Court's judgment, rendered on the Public Prosecutor's extraordinary appeal is entirely sufficient.

**Keywords:** public prosecutor, civil procedure, right of access to court, party autonomy, supreme court, extraordinary appeal

UDK 347.991:347.95

Pravni letopis 2020, str. 25–56

NINA BETETTO

## Novela ZPP-E in postopek pred Vrhovnim sodiščem RS

Z novelo ZPP-E je pomembnost spornega pravnega vprašanja, razen nekaj izjem, postala edino merilo dovoljenosti revizije. Javna funkcija Vrhovnega sodišča se zagotavlja z omejenim in objektivno zasnovanim dostopom do njega, čemur je treba prilagoditi oblikovanje predloga za dopustitev revizije. V prispevku je prikazana sodna praksa v zvezi z zahtevo ZPP po obveznih sestavinah, ki jim mora imeti popoln predlog za dopustitev revizije. Pravni standard »pomembnega pravnega vprašanja« sodišče zapolnjuje v soodvisnosti od konkretnih okoliščin. Temeljno merilo je, da mora pomen zadeve segati prek konkretne zadeve. V nadaljevanju je obravnavan institut pritožbe zoper razveljavitveni sklep sodišča druge stopnje, katerega cilj je povečati število zadev, v katerih bo višje sodišče meritorno odločilo samo. Prispevek se osredotoča na sodno prakso po uveljavitvi noveli ZPP-E, ki zapolnjuje pomensko odprtost standarda (ne)odpravljalnosti kršitve na drugi stopnji tako glede procesnih kršitev kot glede kršitev v zvezi z dokaznim postopkom in ugotovljenim dejanskim stanjem.

**Ključne besede:** dopuščena revizija, dopustitev revizije, vrhovno sodišče, pomembno pravno vprašanje, pritožba, razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje

UDC 347.991:347.95

*Pravni letopis 2020, str. 25–56*

NINA BETETTO

## **ZPP-E Amendments and Proceedings Before the Supreme Court of the Republic of Slovenia Abstract**

With the ZPP-E amendments to the Civil Procedure Act, the importance of the disputed legal issue, with a few exceptions, became the sole criterion for the admissibility of the extraordinary legal remedy of a revision. The public function of the Supreme Court is ensured through a limited and objectively designed access to it, which must be taken into account when drafting a motion for leave to file a revision. The article presents the case law concerning the mandatory components of such a motion under the Civil Procedure Act. The legal standard of an "important legal issue" is defined by the court depending on the specific circumstances of the case. The basic criterion is that the significance of the matter must extend beyond the concrete matter. Also discussed is the institute of an appeal against the decision of the second instance court to remand the case for further proceedings, the aim of which is to increase the number of cases where the higher court itself decides on the merits of the case. The article focuses on the case law after the entry into force of the ZPP-E amendments, which closed the semantic openness of the (in)remediability of the violation at the second instance, both with regard to procedural violations as well as violations related to evidentiary procedure and the established facts of the case.

**Keywords:** admissible revision, leave to appeal, supreme court, important legal issue, appeal, annulment of the judgement of a court of first instance

UDK 347.956/.957

Pravni letopis 2020, str. 57–67

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

## Učinki novele ZPP-E na odločanje pritožbenega sodišča

Prispevek analizira učinke sprememb, ki jih je v pritožbeni postopek vnesla novela Zakona o pravdnem postopku ZPP-E s ciljem zmanjšanja števila razveljavitev sodb sodišč prve stopnje in s tem skrajšanja predvidenega časa sojenja. Za najučinkovitejšo spremembo se je izkazala uvedba pritožbe zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, medtem ko preostale novosti, denimo možnost izdaje nadomestne sodbe in obvestilo stranki, da njena pritožba nima možnosti za uspeh (v gospodarskih sporih), v praksi niso zaživele. Čeprav se sami pogoji za razveljavitev sodbe sodišča prve stopnje z novelo ZPP-E niso spremenili, je možno ugotoviti, da se je že zaradi uvedbe možnosti pritožbe zoper sklep o razveljavitvi delež razveljavljenih sodb bistveno zmanjšal. Skozi sicer ne posebno obsežno prakso senatov vrhovnega sodišča pa so se trdneje izoblikovali nekateri kriteriji, ki ustrezajo zakonskim pogojem za razveljavitev prvostopenjske sodbe.

**Ključne besede:** pritožba zoper sklep o razveljavitvi sodbe sodišča prve stopnje, omejitev kassacijskih pooblastil pritožbenega sodišča, kontrolna funkcija pritožbenega sodišča, pritožbena obravnava

*UDC 347.956/.957*  
*Pravni letopis 2020, str. 57–67*

VESNA BERGANT RAKOČEVIĆ

## **The Effects of the Amendments to the Civil Procedure Code on the Decisions of the Court of Appeal**

The article analyzes the effects of the changes introduced to the appeal procedure by the amendments to the Civil Procedure Code of the CPC-E, which aimed at reducing the number of reversals of judgments of courts of first instance and thereby shortening the estimated time of trial. The most effective change was the possibility to appeal against the decision of reversing the judgment of the court of first instance, while other innovations, such as the possibility of issuing a substitute judgment and informing the party that its appeal had no chance of success (in commercial disputes) are practically not being used at all. Although the conditions for the reversal of the judgment of the court of first instance did not change with the amendment of the CPC-E, it may be concluded that the share of the reversed judgments has significantly decreased due to the mere possibility of the appeal against the decision of reversal. However, led by not very high number of decisions of the Supreme Court Chambers, certain criteria have been more firmly established that meet the legal requirements for the annulment of the first instance judgment.

**Keywords:** appeal against the decision to reverse the judgment of the court of first instance, restriction of cassation powers of the court of appeal, control function of the court of appeal, appeal hearing

UDK 347.9:346.9

Pravni letopis 2020, str. 69–97

DORĐE GRBOVIĆ

## Novela ZPP-E in postopek pred sodišči prve stopnje

Glavnina članka obravnava trenutni neuspeh osrednje novosti zadnje novele v zvezi s prvostopenjskim postopkom, pripravljalnega naroka, ki je podoben nemškemu naroku, imenovanemu *früher erster Termin*. Razloge za neuspeh pripisuje značilno prenatrženemu sprejemanju nove zakonodaje, katerega posledica so nejasne določbe, in podcenjevanju močno prisotne, če že ne prevladujoče kulture pravednosti, skladno s katero stranke vseh svojih navedb, dokazov, argumentacije in zahtevkov ne priskrbijo, kolikor izčrpno in zgodaj v postopku je mogoče. Članek opozarja na zapostavljeni protitok iz pravne teorije in sodne prakse, ki izvira iz predzadnje novele ZPP-D, s pomočjo katerega bi se navedena kultura lahko začela preobraziti in bi tudi navedeni novi narok morda lahko kdaj zaživel. Preostanek članka vsebuje komentar nekaterih drugih (pre)nov(ljen)ih institutov prvostopenjskega postopka.

**Ključne besede:** pripravljalni narok, program vodenja postopka, ZPP-D, neomejeno izjavljanje na prvem naroku, omejeno izjavljanje na prvem naroku, obveznost glavne obravnave, nepristop na narok, ravnanje s tajnim gradivom, sankcioniranje žalitev sodišča

UDC 347.9:346.9

Pravni letopis 2020, str. 69–97

ĐORĐE GRBOVIĆ

## Civil Procedure Act ZPP-E Amendment and First Instance Proceedings

The main part of the article examines the current failure of the central first instance feature of the last CPA amendment, the preparatory hearing - which corresponds to the German *früher erster Termin* and attributes this to, on the one hand, the characteristically hasty adoption of the new legislation, which led to confusing legal provisions; and, more generally, to the underestimation of the strong, if not pervasive, legal culture of the parties, who do not present all relevant facts, evidence, arguments and requests as early and fully as possible in the course of the procedure. The article also draws attention to the largely ignored undercurrent in jurisprudence and legal theory, that emanates from the penultimate CPA amendment (“ZPP-D”) and works in the opposite direction, promoting it as an opportunity to correct the ignoble tradition while making the new type of hearing possibly viable in the future. The second part of the article is a commentary on some other (re)new(ed) provisions of the first instance proceedings.

**Keywords:** preparatory hearing, proceedings programme, ZPP-D, unlimited submissions at the first hearing, limited submissions at the first hearing, obligatory hearing, non-appearance, handling of secret material, sanctioning of insults directed at the court

UDK 347.923:347.965  
*Pravni letopis 2020, str. 99–108*

BOJAN BREŽAN

## **Vpliv novele ZPP-E na položaj odvetnika v pravdi**

Prispevek obravnava vpliv novele E Zakona o pravnem postopku na položaj odvetnika v pravdi. Spremembe postopka priprave za glavno obravnavo so analizirane pod predpostavko, da je predvidljivost poteka postopka ključna za odvetniško delo. Avtor ugotavlja, da cilj novele ni bil dosežen, vendarle pa bi novela lahko imela večji praktični učinek, če bi bil namen njenih določb dosledneje spoštovan. Prispevek obravnava tudi nekatere spremembe instituta vročanja in novosti, usmerjene v izboljšanje položaja strank glede postavljanja zahtevkov in dokazovanja. Sklepni del podaja kratko analizo glavnih sprememb v postopkih s pravnimi sredstvi.

**Ključne besede:** priprava za glavno obravnavo, vročanje, stopničasta tožba, izvedensko mnenje, pravna sredstva



UDC 347.923:347.965

*Pravni letopis 2020, str. 99–108*

BOJAN BREŽAN

## **Effect of amendment E of the Slovenian Civil Procedure Act on the position of party's counsel**

The article considers the effect of amendment E of the Civil Procedure Act on the position of the party's counsel in a litigation. The amendments to trial preparation are analysed under the assumption that it is the predictability of the process that is key for counsel work. The author finds that the amendment failed to reach this goal, but a greater practical effect of the amendment could nevertheless be achieved should the purpose of its provisions be more consistently honoured. The article also considers certain changes regarding the service of documents and the novelties aimed at improving the parties' position regarding the making of claims and presenting of evidence. It concludes with a brief analysis of the changes in the legal remedies procedures.

**Keywords:** trial preparation, service of documents, action by stages, expert evidence, legal remedies

UDK 351.712:69  
*Pravni letopis 2020, str. 111–127*

VESNA KRANJC

## **Uporaba pravil FIDIC pri oddaji javnih naročil**

Uvodoma članek obravnava splošne pogoje FIDIC in poslovna razmerja, ki so lahko podrejena pod posamezne akte FIDIC. Rdeča knjiga je namenjena izvajanju del, ki jih načrtuje naročnik. Po Rumeni in Srebrni knjigi je za načrtovanje in izvedbo del odgovoren izvajalec, a morata biti načrt in izvedba skladna z zahtevami naročnika. Uporaba aktov FIDIC je ustrezna tudi pri oddaji javnih naročil. Ureditev posameznih vprašanj po pravilih FIDIC pa zahteva posebno pozornost in drugačno ureditev v pogodbah o javnem naročanju. Obravnavani so položaj nominiranih podizvajalcev, referenčni pogoj o izvedbi preteklih del po aktih FIDIC in omejene možnosti za sklenitev poravnave v pogodbah o javnem naročanju.

**Ključne besede:** gradbena pogodba, javno naročilo, javno naročilo gradnje, splošni pogoji FIDIC, podizvajalec, nominirani podizvajalec, referenca, poravnava

UDC 351.712:69

*Pravni letopis 2020, str. 111–127*

VESNA KRANJC

## **Application of FIDIC terms in public procurement**

The article introduces the role of FIDIC Conditions and business relationships which could be subordinated to the FIDIC Red, Yellow and Silver Book. Under Red Book the contractor constructs the work in accordance with a design provided by the employer. Under Yellow and Silver Book contractor has the responsibility for design and work performance, but plan and work performance should be aligned with employer's requirements. The use of FIDIC acts also facilitates the award of public procurement contracts. However, the regulation of individual issues according to the FIDIC rules requires special attention and a different regulation in public procurement contracts. The position of nominated subcontractors, the reference condition on the performance of previous works according to FIDIC acts and the limited possibilities for concluding a settlement in public procurement are discussed.

**Keywords:** building contract, public procurement, public work contract, FIDIC Conditions, subcontractor, nominated subcontractor, reference, settlement

UDK 347.447.82:338.48:616-036.22

Pravni letopis 2020, str. 131–148

KARMEN LUTMAN

## Vpliv pandemije covid-19 na pogodbe o paketnih potovanjih

Turizem velja za eno tistih panog, ki jih je pandemija koronavirusne bolezni najbolj prizadela. Letovišča so pretežni del leta ostala prazna, turistična sezona za prihodnje leto pa je prav tako negotova. Zaradi množičnih odpovedi potovanj so se ponudniki turističnih storitev znašli v nezavidljivem položaju, saj je zakonodaja na tem področju pogosto precej naklonjena potnikom. Prispevek obravnava vpliv pandemije na pogodbe o paketnih potovanjih, ki so urejene z Direktivo EU 2015/2302. Pri tem se osredotoča na pojem »neizogibnih in izrednih okoliščin« ter njihovih posledic za pogodbeno razmerje. Pravna analiza je prilagojena posameznim fazam pandemije, avtorica pa ponudi smernice za reševanje morebitnih bodočih sporov na tem področju. Zaključni del prispevka omogoča vpogled v prve (tuje) sodne odločbe, ki obravnavajo vpliv pandemije na pogodbe o paketnih potovanjih.

**Ključne besede:** turistično pravo, pogodba o paketnem potovanju, Direktiva EU 2015/2302, potnik, organizator potovanja, izredne razmere, odstop od pogodbe, pandemija

UDC 347.447.82:338.48:616-036.22

*Pravni letopis 2020, str. 131–148*

KARMEN LUTMAN

## **The Impact of the covid-19 Pandemic on Package Travel Contracts**

Tourism is one of the most affected sectors in the ongoing covid-19 crisis. The resorts remained empty for the most of the year and it is still difficult to predict how travel will look like next year. Due to the mass cancellations, tourism service providers have found themselves in an unenviable position, as legislation in this area is often more favourable to passengers. This article deals with the impact of the pandemic on package travel contracts regulated by the EU Directive no. 2015/2302. It focuses on the concept of „unavoidable and extraordinary circumstances“ and their consequences for the contractual relationship. The legal analysis takes into consideration different stages of the ongoing pandemic and offers guidelines for resolving possible future disputes in this area. The final part of the article provides an insight into the first (foreign) court decisions dealing with the impact of the pandemic on package travel contracts.

**Keywords:** tourism law, package travel contract, Directive (EU) 2015/2302, passenger, travel organiser, extraordinary circumstances, the right of withdrawal, pandemic

UDK 347.51:368

Pravni letopis 2020, str. 151–161

JERNEJ VEBERIČ

## Zavarovanje odgovornosti – nekateri izzivi slovenske zakonodaje

Zavarovanje odgovornosti je urejeno v poglavju o zavarovalni pogodbi (zgolj) v 964. in 965. členu Obligacijskega zakonika. Ureditev izhaja iz jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih iz leta 1978, ki je bil za tiste čase sodoben, danes pa se kaže kot pomanjkljiv in zastarel. Dobra podlaga je sicer klasični kontinentalni civilnopravni pristop, vendar bi ga bilo treba nadgraditi s sodobnimi zakonodajnimi rešitvami, ki so uveljavljene v zahodnoevropskih državah in se odražajo v Načelih evropskega zavarovalnega pogodbenega prava (Principles of European Insurance Contract Law – PEICL). Še posebno bi bilo treba ustrezneje opredeliti pojem in pojavne oblike zavarovalnega primera ter vprašanje neposrednih zahtevkov oškodovancev. Prispevek kritično obravnava nekatere segmente veljavnega Obligacijskega zakonika in jih prepleta s predlogi za sodobnejšo ureditev, ki bi (izhajajoč iz primerjalnopravne prakse) bila primerna tudi za slovenski zavarovalni in pravni prostor.

**Ključne besede:** zavarovanje odgovornosti, zavarovanec, oškodovanec, zavarovalni primer, neposredni zahtevki

UDC 347.51:368

Pravni letopis 2020, str. 151–161

JERNEJ VEBERIČ

## Liability Insurance – Challenges Of Slovenian Legislation

In Slovenia liability insurance is regulated in the chapter regarding insurance contract in articles 964 in 965 (only) of the Obligations Code. The regulation originates from the former Yugoslav Obligations Act from year 1978 which was modern at that time, but today it is considered deficient and outdated. Classic continental civil law approach is a good basis however it needs to be upgraded with up-to-date legislative solutions that are established in the Western European countries and are reflected in the Principles of European Insurance Contract Law – PEICL. This applies in particular to the concept of *the insured event* and to the issue of *direct claims* of third parties (victims). This article critically discusses some of the segments of the valid Obligations Code legal solutions and intertwines them with suggestions for a contemporary regulation which (based on the comparative legal practice) would be suitable for the Slovenian insurance and legal space.

**Keywords:** liability insurance, insured person, third party, victim, insured event, direct claim

UDK 368.811.3:347.45

Pravni letopis 2020, str. 163–172

MARKO FRANTAR

## Zavarovanje jamstev iz prodajne pogodbe

V poslovni praksi sklepanja t. i. transakcij M & A je običajno, da prodajna pogodba vsebuje določena prodajalčeva jamstva glede predmeta prodajne pogodbe. V primeru njihove kršitve lahko prodajalec odškodninsko odgovarja za škodo, ki zaradi tega nastane kupcu. Ker imajo jamstva učinek prenosa tveganj na prodajalca, je razumljivo, da sta pogajalski izhodišči strank z vidika obsega jamstev različni. Kupec si bo skušal zagotoviti širok nabor jamstev, prodajalec pa si bo razumljivo prizadeval njihov obseg čim bolj skrčiti. Ta razkorak je mogoče premostiti s sklenitvijo zavarovanja jamstev. Produkt strankama omogoča prenos rizika škode zaradi kršitve prodajalčevih jamstev na zavarovalnico, kar ima lahko znaten vpliv na dinamiko pogajanj o prodajni pogodbi.

**Ključne besede:** jamstva in zagotovila, zavarovanje jamstev, prodajna pogodba, porazdelitev tveganj, zavarovalna pogodba



UDC 368.811.3:347.45

Pravni letopis 2020, str. 163–172

MARKO FRANTAR

## Warranty and indemnity (W&I) insurance

A sale and purchase agreement (SPA) negotiated in the context of an M & A transaction will typically include a set of seller's representations and warranties (R&W) around the object of sale. A breach of R&W can entitle the purchaser to seek indemnification from the seller for any resulting loss. R&W serve the purpose of allocating certain risks to the seller. Understandably, the parties will have different positions on the scope of R&W. The purchaser will want to see a wide R&W catalogue, while the seller will wish to narrow its scope to the maximum extent possible. Warranty and indemnity (W&I) insurance can assist in bridging the gap between parties' expectations around the scope of R&W. W&I insurance effectively allows for transferring the risk of liability for breach of R&W to an insurer. This can have a significant impact on the course of SPA negotiations.

**Keywords:** representations and warranties, warranty and indemnity insurance, sale and purchase agreement, risk allocation, insurance contract

UDK 342.727:343.632:004.774.1  
Pravni letopis 2020, str. 175–199

ANA JEREB

## Žaljive objave na družbenih omrežjih kot moderni izziv sodišč: so lahko tudi vsečki protipravni?

Sodišča skušajo pri odločanju o protipravnosti objav na družbenih omrežjih dohajati razvoj teh omrežij. Prispevek se osredotoča na primere žaljivih objav prek družbenih omrežij, ki so jih obravnavala domača in tuja sodišča, ter skozi sodne odločbe predstavi štiri bistvene okoliščine: (1) Ali posameznika na družbenih omrežjih varuje svoboda izražanja in proti komu? (2) Kako pravilno razumeti kontekst posamezne objave na družbenem omrežju? (3) Kakšen pomen pripisati vsečkom, čustvenčkom in drugim simbolom? (4) Kakšne možnosti ima posameznik za učinkovito sodno varstvo svojih pravic?

Povprečen oziroma razumen bralec na družbenem omrežju je drugačen od bralca na primer tiskanih medijev. Pomen določene objave je mogoče določiti šele ob upoštevanju njenega besednega in družbenega konteksta. Podlaga za odškodninsko odgovornost je lahko že samo deljenje objave, njeno vsečkanje in celo uporaba ključnika ali čustvenčka. Poleg odškodninskega zahtevka ima tarča žaljivega zapisa možnost po sodni poti od avtorja objave ali od upravljalca družbenega omrežja zahtevati izbris sporne objave.

**Ključne besede:** družbena omrežja, pravo družbenih omrežij, svoboda izražanja, žaljive objave, sodna praksa, Twitter, Facebook

UDC 342.727:343.632:004.774.1  
*Pravni letopis 2020, str. 175–199*

ANA JEREB

## **Offensive Posts on Social Media as a Modern Challenge for the Courts: Can Likes Lead to Liability?**

When dealing with defamation on social media, courts try to follow the development and popularity of this new means of social interaction. The article focuses on foreign and domestic defamation cases regarding the social media. This case law distinguishes four different elements: (1) Does the freedom of speech protect posts on social media and against whom? (2) What is the right context of a certain social media post? (3) Could the use of symbols “like”, “emoji” and others invoke liability? (4) How can a defamed individual effectively protect his or her rights in court? A “reasonable user” of social networks is different from the reader of written media. The meaning of a particular post can only be determined by considering its verbal and social context. The mere sharing of the post, its liking and even the use of a hashtag or emotion can form a basis for liability. In addition to the claim for damages, the target of defamation has the possibility to request the removal of the post from the author of the publication or from the social network provider.

**Keywords:** social media, social media law, freedom of speech, defamation, case law, Facebook, Twitter

UDK 366.5:004.738.5

Pravni letopis 2020, str. 201–218

PETRA WEINGERL

## Potrošnik kot uporabnik spletnih storitev

Politika varstva potrošnikov v EU temelji na logiki, da je potrošnik šibkejša pogodbeni stran, ki potrebuje posebno varstvo. Pri razmerjih na spletu ni vedno jasno, kdo je šibkejša stran, ki potrebuje zaščito. Posledično se pojavi vprašanje, ali je klasična binarna delitev na potrošnika in trgovca še vedno ustrezna za opredelitev potrošnika v posameznem pogodbenem razmerju v digitalnem okolju, v katerem je meja med trgovcem in potrošnikom pogosto zabrisana. Prispevek obravnava tri zadeve, v katerih je odločalo ali še odloča Sodišče EU o statusu potrošnika kot uporabnika spletnih storitev. Zadeva *Schrems* se nanaša na status potrošnika v okviru pogodbe, sklenjene za uporabo spletnega družbenega omrežja, torej za daljše časovno obdobje. Zadevi *Kamenova* in *Personal Exchange Information* pa obravnavata dobičkonosno dejavnost posameznikov na spletu – spletno prodajo in igranje spletnih iger na srečo. Te zadeve nazorno prikažejo, da je uporaba klasične binarne delitve na trgovca in potrošnika v digitalnem okolju otežena. Za presojo statusa potrošnika v konkretni zadevi je ključnega pomena sodna praksa Sodišča EU, saj je to edino pristojno za razlago avtonomnih pojmov prava EU, kot je tudi pojem potrošnika.

**Ključne besede:** potrošnik, trgovec, internet, družbena omrežja, spletna prodaja, spletne igre na srečo

UDC 366.5:004.738.5

Pravni letopis 2020, str. 201–218

PETRA WEINGERL

## Consumer as a user of e-services

EU consumer protection policy is based on the logic that the consumer is a weaker contracting party in need of special protection. In online relationships, it is not always clear who is the weaker party that needs protection. Consequently, the question arises as to whether the classical binary division between consumer and trader is still appropriate to define the consumer in a digital environment in which the boundary between trader and consumer is often blurred. The article deals with three cases in which the Court of Justice of the EU has ruled or is still ruling on the status of the consumer as a user of e-services. The *Schrems* case concerns the status of a consumer as a user of an online social network, i.e. for a longer period of time. The *Kamenova* and *Personal Exchange Information* cases, on the other hand, relate to the lucrative activity of individuals online – online sales and online gambling. These cases clearly illustrate the challenging use of the classical binary division between trader and consumer in the digital environment. The case law of the Court of Justice of the EU is crucial for assessing the status of the consumer in a specific case, as the Court of Justice of the EU has sole jurisdiction to interpret autonomous concepts of EU law, including the notion of “consumer”.

**Keywords:** consumer, trader, internet, social networks, online sales, online gambling

UDK 004.774.1:342.721  
Pravni letopis 2020, str. 219–240

MAJA OVČAK KOS, JASNA ZAKONJŠEK

## Družbena omrežja, mediji in pravica do izbrisa

Pri presoji kolizije med pravico do pozabe in svobodo izražanja je pomemben element vir spletnega mesta objave podatka, katerega izbris se zahteva, saj je treba upoštevati različnost položajev spletnih iskalnikov, izvornih spletnih mest in družbenih omrežij. Izbris podatkov, objavljenih na platformah družbenih omrežij, je mogoče v določenih primerih uveljavljati tudi na podlagi Direktive o elektronskem poslovanju. Ozemeljska implementacija izbrisne obveznosti ponudnika storitev spletnega gostovanja platforme družbenega omrežja ne bi smela presežati tistega, kar je nujno potrebno za varstvo oškodovanca, kar zahteva presojo od primera do primera. Odrejanje globalnih učinkov bi moralo biti zato *extrema ratio*. Izbrisna obveznost bi morala biti tudi časovno omejena. Nejasnost glede meril opredelitve enakovredne vsebine v zadevi C-18/18, *Eva Glawischning-Piesczek proti Facebook Ireland Limited*, postavlja vprašanje, ali ni dejansko uvedena obveznost uporabe (preventivnega) avtomatiziranega sistema splošnega filtriranja skozi zadnja vrata. Čeprav se morda na prvi pogled zdi, da Direktiva o elektronskem poslovanju omogoča širše pravno varstvo glede izbrisa *on-line* vsebin, podrobna analiza pravnih podlag za izbris Splošne uredbe o varstvu osebnih podatkov in Direktive o elektronskem poslovanju pokaže, da to ni nujno tako.

**Ključne besede:** pravica do izbrisa, pravica do pozabe, svoboda izražanja, iskalniki, spletni mediji, družbena omrežja, Splošna uredba o varstvu osebnih podatkov, Direktiva o elektronskem poslovanju

UDC 004.774.1:342.721

Pravni letopis 2020, str. 219–240

MAJA OVČAK KOS, JASNA ZAKONJŠEK

## Social networks, media and the right to erasure

In the assessment of the conflict between the right to be forgotten and freedom of expression, the source of the site where the data to be erased is published represents an important element, since diverse positions of web browsers, source sites and social networks need to be taken into account. In certain cases, the erasure of the data published on social network platforms may also be enforced on the basis of the e-Commerce Directive. Territorial implementation of the erasure obligation of the social network hosting service provider should not exceed what is urgently required for the protection of the injured party, which calls for a case-by-case assessment. Therefore, imposing global impacts should have to be *extrema ratio*. Also, the erasure obligation should have to be time-restricted. The ambiguity regarding the criteria for the classification of equivalent contents in the case C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek versus Facebook Ireland Limited*, raises the question of whether the obligation to use (preventive) automated general backdoor filtration system had actually been introduced. Even though it may appear at first glance that the e-Commerce Directive provides for a broader legal protection with regard to the erasure of on-line contents, a more detailed analysis of legal bases for erasure laid down in the General Data Protection Regulation and the e-Commerce Directive show that this is not necessarily the case.

**Keywords:** Right to erasure, right to be forgotten, freedom of expression, browsers, online media, social media, General Data Protection Regulation, e-Commerce Directive.

UDK 004.774:347.78:343.632  
Pravni letopis 2020, str. 241–264

MARCELA DOLENC

## Odgovornost za vsebino hiperpovezave

Osrednje vprašanje prispevka je vprašanje odgovornosti za hiperpovezavo. Povezovanje s hiperpovezavami je danes priljubljen način nudenja dostopa do informacij na spletu, ki uporabnikom omogoča, da s klikom na hiperpovezavo prehajajo od enega spletnega mesta do naslednjega, ki ga želijo obiskati. Uporabnik je s klikom na hiperpovezavo preusmerjen na spletno stran, ki dopolnjuje vsebino prve strani. Vsebina na drugi spletni strani je lahko iz različnih razlogov nezakonita. Takrat se pojavi vprašanje, kdaj in pod kakšnimi pogoji za tako nezakonito vsebino odgovarja oseba, ki je ustvarila hiperpovezavo.

Namen prispevka je ugotoviti, pod kakšnimi pogoji bi bil lahko ponudnik hiperpovezave odgovoren za vsebino, do katere ta vodi. Pravo tega vprašanja ne regulira izrecno, zato se odgovornost presoja po splošnih pravilih. Predstavljena bo splošna ureditev odgovornosti internetnih posrednikov in njenih izjem v skladu z Direktivo o elektronskem poslovanju. Hiperpovezave v tej direktivi niso izrecno urejene, vendar so nekatere države po zgledu ureditve iz direktive določile splošna pravila za hiperpovezave. Obravnava odgovornosti za vsebino hiperpovezave je odvisna od področja prava, na katero sega domnevna kršitev, in v veliki meri od dejanskih okoliščin primera. Prispevek je zato osredotočen na pravna področja časti in dobrega imena ter avtorskega prava, saj se pri vsakem področju hiperpovezava obravnava drugače. Z analizo odločitev iz sodne prakse bodo predstavljena skupna izhodišča, ki bi lahko pomenila temeljna načela splošne ureditve pri presoji odgovornosti za vsebino hiperpovezave.

**Ključne besede:** odgovornost za hiperpovezavo, hiperpovezava, ponudnik hiperpovezave, nezakonita vsebina, žaljiva vsebina, avtorsko pravo, davek na hiperpovezave



UDC 004.774:347.78:343.632  
*Pravni letopis 2020, str. 241–264*

MARCELA DOLENC

## Liability for hyperlinked content

The focal point of this article is the issue of responsibility for hyperlinking. Hyperlinking is a popular way of providing access to information online, allowing users to move from one site to the next by clicking on a hyperlink. The users are redirected to a web page that complements the content of the first page. The content on the linked website may be illegal for a variety of reasons. This raises the question of when and under what conditions the person who created the hyperlink is responsible for its illegal content.

This article aims to determine the conditions under which a hyperlink provider could be responsible for the content to which the hyperlink leads. The law does not explicitly regulate this issue, so liability is assessed according to general rules. The general regime of liability of Internet intermediaries and exceptions to it in accordance with the Electronic Commerce Directive will be presented. Hyperlinks are not explicitly regulated in this Directive; however, following its example, some countries have formulated some general rules for hyperlinks. The assessment of liability for hyperlinked content largely depends on the actual circumstances of the case and the area of law covered by the alleged infringement. Therefore, the article focuses on the areas of honor and reputation, and copyright. Following an analysis of the case law, the article presents shared starting points which could represent the basic principles of general regulation in the assessment of responsibility for the hyperlinked content.

**Keywords:** hyperlink liability, hyperlink, hyperlink provider, illegal content, offensive content, copyright, hyperlink tax

*UDK 347.67.028**Pravni letopis 2020, str. 267–288*

PETRA LAMOVEC HREN

## **Pomen obličnostnih zahtev pri oporočnih poslih**

Vsaka oporočno sposobna oseba lahko sestavi oporoko in razdeli premoženje, upošteva svoje želje in preference. Pri tem je temeljno načelo oporočna svoboda, ki daje zapustniku prosto pot pri izbiri med različnimi oblikami oporok, vendar se mora držati predpisanih obličnostnih zahtev, ki veljajo za vsako izmed njih. Zahteve, ki jih vsebuje vsak dednopravni akt, opravljajo različne funkcije, a vse si prizadevajo za isti cilj, da oporočna razpolaganja izražajo pravo zapustnikovo voljo. Poznamo štiri temeljne obličnostne funkcije: dokazno, usmerjevalno, solemnitetno in varovalno. Predpisane zahteve glede oblike in postopka sestave, ki ponujajo sodišču zanesljiv dokaz glede oporočiteljeve prave volje in kažejo avtentičnost zapisa (dokazna funkcija), hkrati varujejo oporočitelja pred nedovoljenimi vplivi ali zamenjavo listine (varovalna funkcija). Predpisana oblika pomeni pravni okvir, ki ga zapustnik zapolni s svojimi dejanji in besedami. Standardizacija oblike ima usmerjevalno funkcijo, ki izkazuje oporočiteljev namen, ali je zapis štel za oporoko ali ne. Pompoznost celotnega postopka opravlja solemnitetno funkcijo z namenom, da opozarja oporočitelja na pomen njegovih dejanj.

**Ključne besede:** oporoka, obličnostne zahteve, dokazna funkcija, usmerjevalna funkcija, solemnitetna funkcija, varovalna funkcija

UDC 347.67.028

*Pravni letopis 2020, str. 267–288*

PETRA LAMOVEC HREN

## The purpose of formal requirements in testamentary dispositions

Every person with a testamentary capacity can make a will and divide his property according to their wishes and preferences. Freedom of disposition is a fundamental policy giving the testator a free choice regarding the form of the will; however, certain formalities that are bound to each form of a will must be followed. Testamentary formalities have different roles, but one common goal – to fulfil testator’s true intentions. There are four main functions of the formalities: evidentiary function, channelling function, ritual or cautionary function and protective function. They enable the court to decide whether a purported will is authentic (evidentiary function). Besides that, they protect testator against imposition or substitution (protective function). Formalities standardise the form and unambiguously show whether the document was meant as a will (channelling function). They also try to impress testator with the seriousness and remind him about the significance of making a will (ritual or cautionary function).

**Keywords:** will, formalities, evidentiary function, channelling function, ritual (cautionary) function, protective function

UDK 347.77/.78:641.55/.56(083.12)  
Pravni letopis 2020, str. 289–309

MEDEJA ŠUŠTAR

## Varstvo jedi in kuharskih receptov s pravicami intelektualne lastnine

Cilj prispevka je ugotoviti, ali so kulinarčne stvaritve lahko predmet varstva pravic intelektualne lastnine, in podrobneje opredeliti pogoje, pod katerimi je takšno varstvo možno. Za potrebe tega prispevka so kulinarčne stvaritve razdeljene v naslednje tri kategorije: kuharski recept, videz jedi in okus jedi. Kuharski recept sam po sebi ne pomeni individualne stvaritve, zato ne more biti predmet avtorskega varstva. Načeloma pa je kuharski recept mogoče patentirati. Pri videzu jedi prihaja do prikrivanja varstev različnih pravic, in sicer je videz lahko varovan z avtorsko pravico, blagovno znamko oziroma modelom. Pri tem je z blagovno znamko mogoče zaščititi zgolj tiste jedi, katerih vizualne lastnosti so sredstvo za razlikovanje podobnih proizvodov. Okus jedi ne more biti predmet varstva pravic intelektualne lastnine, saj ne izpolnjuje osnovnega predpogoja za zaščito, tj., da je kot predmet varstva objektivno določljiv. Okus pa je posredno oziroma v omejenem obsegu varovan z zajamčeno tradicionalno posebnostjo, kar je po mojem mnenju sporno, saj varstvo subjektivno opredeljivih stvaritev nasprotuje temeljnemu ustavnemu načelu pravne varnosti.

**Ključne besede:** kuharski recept, okus jedi, videz jedi, patent, blagovna znamka, model, avtorska pravica, zajamčena tradicionalna posebnost

UDC 347.77/.78:641.55/.56(083.12)

*Pravni letopis 2020, str. 289–309*

MEDEJA ŠUŠTAR

## Protection of food and recipes with intellectual property rights

The aim of this article is to determine whether culinary creations can be protected with intellectual property rights and to define the conditions under which such protection is possible. For the purposes of this article, culinary creations are divided into three following categories: the recipe, trade dress, and the taste of food. The recipe itself does not represent an individual creation, therefore, it cannot be protected by copyright. However, the recipe can be patented, whereas the trade dress can be protected by multiple rights, such as copyright, trademark, and model. Trademark only provides protection for the trade dress which serves as a means to distinguish similar products. The taste of food cannot be protected with intellectual property rights, as it does not meet the basic precondition for protection, i.e. that the object of protection is objectively identifiable. Taste, on the other hand, is indirectly protected by guaranteed traditional specialty. In my opinion, this is controversial since the protection of subjectively definable creations contradicts fundamental constitutional principle of legal security.

**Keywords:** recipe, taste of food, trade dress, patent, trademark, model, copyright, traditional specialty guaranteed





