



Medijski sponzor





2018

Pravni letopis 2018

*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 2018

ISSN 1855-5861

Kazalo

I. INTERNET IN PRAVO

- 9 **Nezakonite spletne vsebine: ali cenzura na internetu sploh deluje?**
Barbara Povše Golob, Maša Drofenik
- 27 **Pravice na internetni domeni in izvršba na domeno**
Matija Damjan

II. BLOCKCHAIN IN PAMETNE POGODBE

- 41 **Domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava**
Nataša Samec Berghaus, Klemen Drnovšek

III. ZAVAROVANJE OBVEZNOSTI

- 61 **Zavarovanje trgovinskih kreditov**
Miran Jus
- 79 **Prenosljivost maksimalne hipoteke**
Bojan Brežan, Jurij Lampič
- 93 **Strategija upravljanja kreditnim rizikom te njen utjecaj na broj ovršnih
postupaka pravne osebe**
Krešimir Starčević, Ana Bačić

IV. PREMOŽENJSKA RAZMERJA MED ZAKONCEMA PO DRUŽINSKEM ZAKONIKU

- 119 **Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema**
Viktorija Žnidaršič Skubic
- 129 **Zakoniti premoženjski režim zakoncev**
Vesna Rijavec
- 141 **Marital Property Agreements in Croatian Theory and Practice**
Branka Rešetar

V. NOMOTEHNIKA

- 157 **Kritične točke občinskih splošnih pravnih aktov z vidika Resolucije
o normativni dejavnosti**
Albin Igličar
- 169 **Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanjih
dveh pravnih redov**
Katja Božič, Gordana Lalić
- 181 **Problematičnost amandmajev**
Andreja Kurent

VI. DRUGI PRISPEVKI

- 223 **Odločanje o stroških in varščini za stroške postopka v arbitražah,
ki jih financirajo tretje osebe**
Marko Djinović
- 253 **Avtorskopравno varstvo improvizirane glasbe**
Valentina Prete

267 VII. POVZETKI/ABSTRACTS



Pravni letopis 2018

Internet in pravo



BARBARA POVŠE GOLOB, MAŠA DROFENIK

Nezakonite spletne vsebine: ali cenzura na internetu sploh deluje?

MATIJA DAMJAN

Pravice na internetni domeni in izvršba na domeno

Pregledni znanstveni članek
UDK 004.738.5:34

Nezakonite spletne vsebine: ali cenzura na internetu sploh deluje?

BARBARA POVŠE GOLOB
univerzitetna diplomirana
matematičarka,
vodja Registra.si, Arnes

MAŠA DROFENIK
univerzitetna diplomirana pravnica,
Register.si, Arnes

1. Uvod

Razvoj interneta kot svetovnega družbenega fenomena je prispeval k pojavu neverjetne količine vsebin in storitev na tem mediju. Med njimi je seveda tudi cela vrsta takih, ki so nezaželene in potencialno škodljive (kot so lažne novice ali vsebine, škodljive mladoletnikom) ali nezakonite, od prirejanja tujih spletnih iger na srečo, otroške pornografije, spodbujanja sovražnega govora, ksenofobije, nasilja, terorizma do nezakonite objave osebnih podatkov in kršitev pravic intelektualne lastnine. Z znatnim povečanjem števila nezakonitih vsebin, ki jih je mogoče naložiti in do njih dostopati na spletu, so posledično blokade spletnih mest postale naraščajoč trend, za katerega ni mogoče pričakovati, da bi v prihodnje popustil. Evropska unija (EU) se je na izziv, ki ga prinašajo nezakonite spletne vsebine, pred kratkim odzvala s smernicami za hitro in proaktivno odkrivanje, odstranjevanje in preprečevanje ponovnega pojava nezakonite vsebine. Sporočilo o boju proti nezakonitim spletnim vsebinam,¹ s katerim je Evropska komisija opozorila, da bodo morda potrebni dodatni ukrepi za odstranjevanje nezakonitih vsebin s spleta, vključno z zakonodajnimi ukrepi, je sledil še predlog sklopa operativnih ukrepov, ki naj bi jih sprejela podjetja (spletne platforme) v državah članicah EU, s čimer bi se okrepila prizadevanja za internet brez nezakonitih vsebin.²

¹ Sporočilo COM(2017) 555 z dne 28. 9. 2017 o boju proti nezakonitim spletnim vsebinam in povečanju odgovornosti spletnih platform.

² Priporočilo C(2018) 1177 z dne 1. 3. 2018 o ukrepih za učinkovito preprečevanje nezakonitih spletnih vsebin.

V EU trenutno ni harmoniziranega in celostnega pristopa k odstranjevanju nezakonitih spletnih vsebin,³ temveč soobstajajo različni pristopi, odvisni od države članice in kategorije vsebin. Države članice EU želijo z ukrepom blokade spletnega mesta zlasti preprečiti ali vsaj omejiti dostop in širjenje vsebin, ki spodbujajo sovraštvo, nasilje in terorizem, omogočajo prodajo ponarejenega blaga ali kako drugače kršijo norme nacionalnega prava.⁴ V praksi se za tovrstne ukrepe uporablja različna terminologija, kot na primer filtriranje, blokiranje, cenzura interneta, pa tudi zapečatenje ali omejitev dostopa do spletnih strani. Ne glede na rabo izraza je z vidika internetnega uporabnika posledica vedno enaka. Del interneta z blokado spletnega mesta za njegove uporabnike postane (navidezno) nedostopen.⁵

Za uresničitev takšnega cilja so na voljo različne tehnične metode, vendar nobena, ki bi bila ustavno sprejemljiva, ni povsem učinkovita.⁶ Z vidika varstva ustavnih svoboščin so blokade spletnih mest še posebno občutljivi ukrepi, povezani z omejevanjem svobode interneta in s tem svobode izražanja.⁷ Zato je odrejanje tovrstnih ukrepov sprejemljivo samo kot *ultima ratio*, če je to res nujno za zaščito drugih, pomembnejših ustavnih vrednot javnega interesa⁸ in če o odreditvi tovrstnih ukrepov odloči sodišče, ki je ob vsakokratni presoji primernosti ukrepa blokade vezano na načelo sorazmernosti. Drug pomemben vidik, ki ga je ob presoji primernosti ukrepa treba upoštevati, je vprašanje učinkovitosti blokiranja spletnih mest.

Cilj tega prispevka je predvsem podati tehnično oceno učinkovitosti posegov v internetno infrastrukturo z blokiranjem spletnih mest. Po uvodu so v drugem delu predstavljene posamezne tehnične metode blokiranja internetnih vsebin, in sicer na kakšen način omejujejo dostopnost ter katere so prednosti pa tudi pasti in njihove omejitve. V tretjem delu so podani osnovni principi delovanja sistema domenskih imen (angl. *domain name system* – DNS),⁹ medtem ko četrti del analizira blokade spletnih mest v slovenskem pravnem redu. Petemu

³ Na ravni EU je splošni zakonodajni okvir za odstranjevanje nezakonitih vsebin Direktiva 2000/31/ES o elektronskem poslovanju z dne 8. junija 2000.

⁴ Pravni okvir EU ne opredeljuje, še manj pa harmonizira pojmovanje tega, kaj je »nezakonita« vsebina. Evropska komisija nezakonito vsebino opredeljuje kot »kakršnekoli informacije, ki niso v skladu s pravom Unije ali zakonodajo zadevne države članice«. Razen glede spolne zlorabe otrok na spletu in otroške pornografije si države članice EU niso enotne glede tega, katera vsebina je javno sprejemljiva in katera ne. Spletna vsebina, ki je v eni od držav članic EU povsem zakonita, je lahko v drugi državi članici nezakonita.

⁵ *Perspectives in Internet Content Blocking: an Overview* 2017.

⁶ Glej mednarodne študije o tem: *A Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-down of Illegal Internet Content* 2017; Callanan in dr. 2009; Poort in dr. 2014.

⁷ Glej Damjan, str. 330–332; Klemenčič in dr., str. 361–363.

⁸ Damjan, str. 330.

⁹ Osnovna funkcija sistema domenskih imen je pretvorba IP-naslovov, kot je na primer 193.2.1.87, v besedne, domenske naslove, kot je na primer www.register.si. Različni zapisi DNS tako omogočajo usmerjanje prometa na internetu.

delu s priporočili, kako pristopiti k reševanju problematike omejitve dostopa do nezakonitih ali neželenih spletnih vsebin, sledi sklepni del.

2. Metode blokiranja spletnih mest

Obstajajo različni tehnični ukrepi, ki jih je mogoče uporabiti za blokiranje spletnega mesta. Največkrat se navajajo: (1) blokade na ravni internetnega protokola (IP-naslova) (na primer 193.2.1.87), (2) blokade na ravni DNS (domene) (primer.si), (3) blokade na ravni URL-naslova (<https://www.primers.si/>) in (4) metoda globokega pregleda paketov (angl. *deep packet inspection* – DPI-blokade),¹⁰ ki temelji na vpogledu v vsebino, samodejnem pregledovanju celotnega prometa in iskanju vzorca v njem.¹¹

Izvedba teh ukrepov prinaša različne stroške, učinke in tveganja. Ocena primernosti uporabljenih tehničnih ukrepov je običajno odvisna od sedmih ključnih dejavnikov: hitrosti in stroškov izvedbe, učinkovitosti blokiranja, enostavnosti obvoda, združljivosti s sodnim postopkom, celovitosti delovanja omrežja in vpliva na zakonite storitve.¹²

2.1. Blokada internetnega protokola (IP-naslova)

Z blokado internetnega protokola se prepreči dostop do določenega IP-naslova (tistega, ki ga ima spletno mesto in je predmet blokade). Prednost te metode je v enostavnosti izvedbe in posledično nizkih stroških. Obenem ima ta tehnični ukrep vsaj dve pomembni pomanjkljivosti, in sicer nevarnost čezmerne blokiranja in enostavnost obvoda blokade.

Ker se en sam IP-naslov pogosto uporablja za gostovanje več (včasih na stotine) spletnih strani, se z blokado IP-naslova blokirajo tudi morebitne druge spletne vsebine, ki so lahko povsem nepovezane s ciljem blokade oziroma so popolnoma zakonite. Običajno ni mogoče, da bi kdorkoli drug, razen ponudnika storitve gostiteljstva (angl. *web hosting provider*), lahko z gotovostjo ugotovil, ali se IP-naslov uporablja za več spletnih strani.¹³ Takšna čezmerna blokada pomeni nesorazmeren poseg, s katerim se omejuje pravica do svobodnega izražanja.¹⁴ Ponudnikom zakonite vsebine pa lahko ob izvršitvi ukrepa nastane celo poslovna škoda.

Poleg tega je mogoče takšno blokado razmeroma enostavno zaobiti. Ponudnik vsebine, ki objavlja, administrira in ureja spletno mesto, se blokadi izogne tako, da svojega ponudnika

¹⁰ Fangfei Wang 2014.

¹¹ Božič, str. 57.

¹² "Site Blocking" to reduce online copyright infringement 2010.

¹³ Feiler, str. 9–10.

¹⁴ Lodder, Polter, str. 6.

storitve gostiteljstva zaprosi za nov IP-naslov in znova konfigurira svojo domeno, tako da se ta razreši v novi IP-naslov. Internetni uporabniki lahko blokado IP-naslova zaobidejo na primer z uporabo omrežja Tor, ki je namenjeno anonimnemu brskanju,¹⁵ ali z uporabo posredovalnih storitev anonimnih posredniških strežnikov (angl. *proxy server*), podobno kot ponudnik vsebine z uporabo obratnega posredniškega strežnika (angl. *reverse proxy*) in CDN-omrežja (angl. *content delivery network*). Ob tem je pomembno poudariti, da tako ponudnik vsebine kot tudi internetni uporabnik za tovrstne »podvige« ne potrebuje posebnega tehničnega znanja. Navodila za uporabo obvodov so lahko dostopna (na spletu samem).

2.2. Blokada domene (blokada na ravni DNS)

Najpogosteje uporabljeni način blokade temelji na DNS, pri katerem gre dejansko za poseg v DNS-infrastrukturo. Tudi ta metoda je precej enostavna za izvajanje in ne povzroča bistvenih dodatnih stroškov. Pomanjkljivost, podobno kot pri blokadi IP-naslova, zadeva učinkovitost ukrepa, saj je tudi to vrsto blokade razmeroma enostavno zaobiti.

Ponudniki vsebin so zaradi pogostnosti uporabe tega ukrepa nanj največkrat pripravljeni že vnaprej in isto vsebino ponujajo na spletnih straneh pod različnimi domenskimi naslovi.¹⁶ Tudi internetni uporabniki imajo na voljo precej enostavnih rešitev. Do želene vsebine lahko dostopajo neposredno prek IP-naslova. Z blokado domene se namreč onemogoči le dostop prek domene, medtem ko je do spletne vsebine še vedno mogoče dostopati prek IP-naslova. Poleg tega lahko uporabniki prek navideznega zasebnega omrežja (VPN-kanalov)¹⁷ prikrijejo svojo lokacijo in tako obidejo nacionalno zakonodajo ali pa uporabijo DNS-razreševalnike (angl. *DNS resolver*) v tujini, ki ne podležejo nacionalni zakonodaji.¹⁸ Na svojem računalniku si lahko namesto standardnega sistema DNS nastavijo javno DNS-storitev, kot so na primer OpenDNS, Google DNS in Cloudflare DNS. Če se ukrep blokade odredi konkretnemu ponudniku internetnih storitev, pa bo že menjava tega uporabniku znova omogočila dostop do sporne vsebine.

2.3. Blokada URL-naslova

Blokiranje URL-jev se lahko opravi s tako imenovanim globokim pregledom paketov ali (tudi) z uporabo posredniškega strežnika, ki so ga vsi uporabniki prisiljeni uporabljati za nadalj-

¹⁵ Božič, str. 57.

¹⁶ Postopek registracije domen je avtomatiziran, enostaven in hiter, stroški registracije pa so razmeroma nizki.

¹⁷ Navodila za uporabo VPN so na voljo v slovenskem jeziku (<<https://siol.net/digisvet/nasveti/vpn-kaj-je-zakaj-ga-potrebujete-in-kateri-je-najboljsi-443626>>, 12. 4. 2018).

¹⁸ Povše Golob, Zwittmig, str. 27.

nji dostop do spleta. Ta način blokiranja je v osnovi problematičen že zato, ker je v nasprotju z arhitekturnimi načeli interneta. Predvsem pa je ta metoda cenovno izjemno neugodna, saj je zanjo treba imeti drago strojno opremo.¹⁹

Njena prednost je v tem, da predstavlja najmanjše tveganje za čezmerno blokiranje, tako da je poseg v pravico do svobodnega izražanja vsaj do neke mere omejen.²⁰ Preostali problemi in načini obvodov so povsem isti kot pri prejšnjih metodah blokiranja (blokadi IP-naslova in blokadi domene).

2.4. Deep packet inspection – DPI-blokade

Kot že omenjeno, gre pri tej metodi za tako imenovani globok pregled paketov. Izmed vseh naštetih metod sicer velja za najbolj kompleksno in edino učinkovito obliko filtriranja internetnega prometa. Ker pa temelji na vpogledu v vsebino spletne komunikacije, je zaradi čezmernih in nedopustnih posegov v zasebnost z ustavnega vidika nesprejemljiva.

V splošnem velja, da so stroški prve in druge metode (blokada IP-naslova in blokada domene) zaradi enostavnosti izvedbe podobno nizki, medtem ko je blokiranje URL-jev, ki se uporablja kot varnostni ukrep v zaprtih krogih podjetij in državnih ustanov, lahko precej dražje. Blokiranje internetnega prometa na ravni IP-naslova zaradi možnosti čezmernega blokiranja (tudi povsem zakonite vsebine) predstavlja še dodatno tveganje, medtem ko lahko blokiranje URL-jev zaradi sprememb internetne infrastrukture povzroči neučinkovito delovanje večjega dela omrežja. Ponudniki spletnih vsebin in internetni uporabniki lahko vsakega od zgornjih ukrepov tehnično gledano v celoti in razmeroma enostavno zaobidejo (ne glede na to, za kakšno vrsto blokade gre). V nadaljevanju prispevka se osredotočamo predvsem na blokade na ravni DNS, ki so najpogosteje uporabljena metoda blokiranja tudi pri nas.

3. Sistem domenskih imen (DNS)

Blokade na ravni DNS niso nove. Digitalni posredniki, zlasti ponudniki internetnih storitev (angl. *internet service provider* – ISP), se z zahtevami po blokadah domen srečujejo že vrsto let, kljub temu pa je sistem domenskih imen šele pred kratkim dobil mesto v nacionalni zakonodaji. Direktiva 2016/1148/EU o ukrepih za visoko skupno raven varnosti omrežij in informacijskih sistemov v Uniji in Zakon o informacijski varnosti (ZInfV)²¹ sistem domenskih imen definirata kot »hierarhično porazdeljen sistem dodeljevanja imen v omrežju, ki

¹⁹ Lodder, Polter, str. 7.

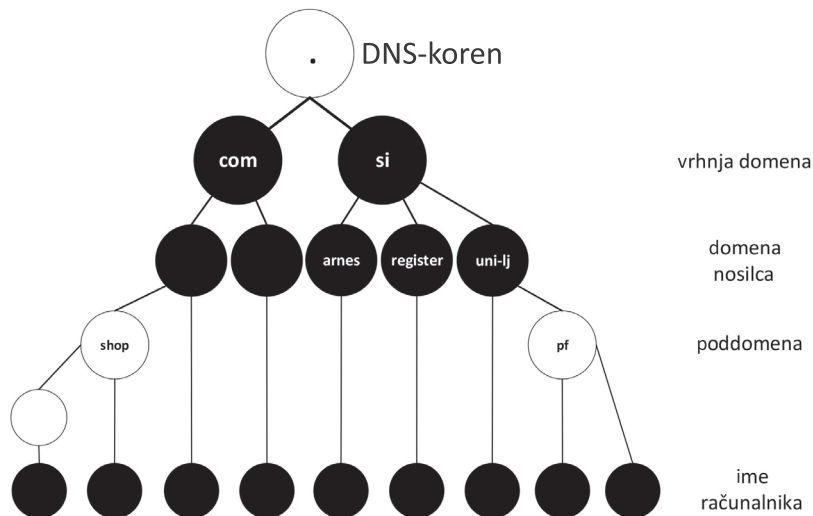
²⁰ Feiler, str. 10–11.

²¹ Uradni list RS, št. 30/18.

posreduje poizvedbe za domenska imena.²² V praksi se zahteve po blokadah domen pogosto izkažejo za problematične, saj zaradi nepoznavanja osnovnih principov delovanja tehnologije sistema DNS prinesejo širše in neželene posledice (kot na primer blokiranje povsem zakonite vsebine) ali pa se tehnični posegi v DNS izkažejo za neučinkovite in nesorazmerne (nezakonita vsebina kljub blokadi ostane dostopna na spletu).

Delovanje interneta je v grobem odvisno prav od fizične infrastrukture in sistema DNS. Ta je v ozadju večine internetnih storitev in aplikacij. Njegova osnovna funkcija je omogočanje internetnim uporabnikom, da prek naprav, povezanih v internet (osebnega računalnika, pametnega telefona, tabličnega računalnika, pametne ure in številnih drugih), na enostaven način dostopajo do spletnih strani, elektronske pošte, instantnih sporočil, internetne telefonije in podobno. Vsaka naprava, povezana v internet, ima edinstven naslov, ki je sestavljen iz niza števil, tj. IP-naslava (na primer 193.2.1.87), z uporabo katerega se je mogoče povezati z napravo in dostopati do vsebin in storitev na tej napravi. Da pa si uporabniku ni treba zapomniti zapletenega zaporedja števil, DNS olajša uporabo interneta tako, da IP-naslovu dodeli besedne naslove, tako imenovane domene, pri katerih so različne ravni med seboj ločene s piko (na primer pf.uni-lj.si). Namesto da uporabnik v brskalnik vnese številčni IP-naslov, lahko vnese domeno. Tako različni zapisi DNS omogočajo usmerjanje prometa na internetu.

Slika 1: Struktura DNS (vir: *Register.si*)



²² Glej 14. točko 4. člena NIS Direktive in 28. točko 4. člena ZInfV.

DNS deluje hierarhično (Slika 1). Na vrhu drevesne strukture je tako imenovani DNS-koren (angl. *DNS root*). Raven neposredno pod DNS-korenem predstavljajo vrhnje domene, ki jih v grobem delimo v dve skupini. V prvo skupino se uvrščajo nacionalne vrhnje domene (angl. *country code top level domains* – ccTLD), kot so na primer .si za Slovenijo, .de za Nemčijo ali .ca za Kanado, medtem ko se v drugo skupino uvrščajo generične vrhnje domene (angl. *generic top level domains* – gTLD), kot so .com, .org, .net in številne druge (.xyz, .berlin, .club, .win, .loan idr.).²³ Na naslednji ravni drevesne DNS-strukture so tako imenovane drugotne ali sekundarne domene (angl. *second level domains* – SLD). Te imamo največkrat v mislih, ko govorimo o internetnih domenah. Ker je sistem DNS hierarhičen, je število poddomen neomejeno in prepuščeno izbiri nosilcev domen (na primer www.register.si ali www.pf.uni-lj.si).

Skladno z drevesno strukturo DNS so različni subjekti odgovorni za posamezno podvejo na ustreznih ravneh. Posameznik ali organizacija lahko vpliva le na podvejo neposredno pod svojo ravnijo v hierarhiji. To pomeni, da register domen,²⁴ ki upravlja določeno nacionalno vrhno domeno, ne more vplivati na drugo nacionalno domeno ali pa na generično domeno niti na domene, ki so registrirane pod temi domenami.²⁵ Ali povedano drugače, register za nacionalno domeno .si ne more vplivati na nemško nacionalno domeno .de ali na domeno .com. Obenem pa vsak ukrep registra za .si vpliva na celotno podvejo, ki jo nadzoruje.

²³ Predpisi, ki urejajo generične vrhnje domene, so za razliko od predpisov, ki urejajo nacionalne vrhnje domene, pripravljene na globalni ravni. Vrhovna institucija, ki danes upravlja in nadzira dodeljevanje naslovov IP v svetu, je ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers).

²⁴ Register domenskih imen najvišje ravni je subjekt, ki upravlja in izvaja registracijo imen internetnih domen v okviru določene domene najvišje ravni. Za slovensko nacionalno domeno .si vlogo registra domenskih imen najvišje ravni opravlja Register.si, ki deluje pod okriljem javnega zavoda Akademska in raziskovalna mreža Slovenije (Arnes). Ena od osnovnih funkcij Registra.si je zagotavljanje registracije domen pod .si, v okviru katere:

- oblikuje pravila za registracijo domen v skladu z lokalno zakonodajo, mednarodnimi priporočili in v skupno dobro lokalne internetne skupnosti (prebivalcev Slovenije);
- zagotavlja varno, stabilno in neprekinjeno delovanje vseh servisov;
- skrbi za razvoj, vzdrževanje in nadzor tehničnega sistema za registracijo domen (EPP-strežnika, portala za registrarje, odjemalca in aplikacije za registrarje);
- zastopa .si v mednarodnih organizacijah;
- spremlja razvoj in novosti na področju registracije domen;
- administrira postopek alternativnega reševanje domenskih sporov (postopek ARDS);
- promovira uporabo nacionalne vrhnje domene .si;
- skrbi za nenehno posodabljanje in razvoj storitev in infrastrukture v skladu s potrebami uporabnikov;
- vzpostavlja poslovne odnose z registrarji, nosilci in drugimi poslovnimi partnerji, ki temeljijo na vzajemnem zaupanju;
- z akcijami ozaveščanja javnosti o prednostih nacionalne domene skrbi za rast števila registriranih domen pod .si;
- z aktivnim vključevanjem v projekte lokalne skupnosti prispeva k razvoju uporabe interneta v Sloveniji;
- se aktivno vključuje v upravljanje interneta v Sloveniji.

²⁵ Povzeto po CENTR: *Domain conflicts and the legal system* 2012.

Ob normalnem delovanju sistema DNS, tj. brez nepredvidenih tehničnih posegov vanj, so posamezne spletne strani dostopne na podlagi domene oziroma njej odgovarjajočega IP-naslova, ki ju internetni uporabnik vtipka v ukazno vrstico spletnega brskalnika. Z blokado domene pa se uporabniku onemogoči dostop do spletnega mesta prek domene (ne pa tudi prek IP-naslova). Posledično namesto pričakovane spletne vsebine internetni uporabnik dobi odgovor »stran ni dosegljiva« ali pa naleti na drugo spletno stran, na kateri je obvestilo o onemogočenem dostopu do spletne strani z nezakonito vsebino in o razlogih za preusmeritev. V drugem primeru gre dejansko za preusmeritev domene na ravni DNS.²⁶

Primer obvestila o blokirani spletni strani:

OBVESTILO – SPLETNA STRAN JE NEDOSEGLJIVA

Spoštovani!

Poskusili ste dostopiti do spletne strani, do katere je Finančna uprava Republike Slovenije onemogočila dostop zaradi kršitve predpisov, izvajanje katerih nadzoruje.



Spletne strani, do katerih se dostopa prek določene domene, resda lahko vsebujejo nezakonito vsebino (na primer otroško pornografijo, spodbujanje k nasilju, rasizmu, terorizmu), lahko ponujajo škodljive oziroma neprimerne storitve, pred katerimi je treba zaščititi najbolj ranljive skupine internetnih uporabnikov, zlasti mladoletne osebe, ali pa se uporabljajo za nezakonite namene, kot je na primer poskus goljufije. Ob tem je pomembno poudariti, da je v primeru kršitve zakona in nezaželene aktivnosti na internetu spletna vsebina tista, ki predstavlja težavo, in ne ime domene. Domena je v tem primeru le naslov oziroma eden od naslovov, prek katerih je (med drugim!) dostopna določena spletna vsebina, medtem ko s samo vsebino ni povezana. V praksi organi, ki izdajajo zahteve po blokadah in preusmeritvah domen, v nasprotju z navedenim (tudi zaradi nepoznavanja delovanja DNS in tehnologije) samo domeno pogosto enačijo s spletno stranjo.²⁷

²⁶ Povše Golob, Drogenik, str. 18.

²⁷ Prav tam, str. 19.

4. Blokade spletnih mest v slovenskem pravnem redu

V Sloveniji se je prvi poskus blokade spletne strani zgodil leta 2003, ko je takratni Inšpektorat RS za varstvo osebnih podatkov²⁸ slovenskim ponudnikom internetnih storitev odredil omejitve dostopa do spletne strani www.udba.net.²⁹ Drugi, v javnosti odmevnejši primer blokade je sledil leta 2010 s predlogom Urada za nadzor nad prirejanjem iger na srečo (UNPIS),³⁰ da se omeji dostop do spletnih strani bwin.com, bet-at-home.com in expekt.com zaradi nezakonitega prirejanja spletnih iger na srečo, tj. brez koncesije Vlade Republike Slovenije. Od takrat so bili pred domačimi sodišči predstavljeni številni argumenti za sprejetje in zavrnitev zahtev po omejevanju dostopa do spletnih strani,³¹ želja po sistematičnem filtriranju interneta pa je, podobno kot v tujini, tudi pri nas še vedno vse več.

Pristojnost odrejanja ukrepov, s katerimi se posega v omejevanje svobode interneta, je v slovenskem pravnem redu pridržana izključno sodiščem. Glede na možnost tretjega odstavka 12. člena Direktive o elektronskem poslovanju³² bi takšno odločitev lahko sprejeli upravni organi ali sodišča. Vendar se je slovenski zakonodajalec zaradi teže ukrepa odločil pristojnost prenesti zgolj na civilna in kazenska sodišča. Pravno relevantna zakonodaja, Zakon o elektronskem poslovanju na trgu (ZEPT),³³ le sodišču dovoljuje, da lahko odredi onemogočanje dostopa do nezakonitih vsebin zaradi odkrivanja in preprečevanja kaznivih dejanj, varstva zasebnosti, varovanja tajnih podatkov in poslovne tajnosti. Takšen predlog lahko sodišču v javnem interesu posredujejo tudi za nadzor pristojni upravni organi, skladno s področno zakonodajo, vendar pa sami takega ukrepa ne morejo odrediti.³⁴

²⁸ Inšpektorat za varstvo osebnih podatkov je bil kot organ v sestavi Ministrstva za pravosodje pristojen za varstvo osebnih podatkov. Kasneje se je na podlagi Zakona o informacijskem pooblaščenca (ZInfP), ki je začel veljati 31. 12. 2005, združil s Pooblaščencom za dostop do informacij javnega značaja v samostojen državni organ – Informacijski pooblaščenec RS.

²⁹ Strokovno združenje ponudnikov internetnih storitev (SISPA) je izrazilo nasprotovanje ukrepu, saj da gre za nevaren precedens. Zaradi možnosti enostavnega obvoda blokade je glavni inšpektor priznal nemogoče izvajanje in odločitev o blokadi prekalal.

³⁰ Prirejanje iger na srečo je do 1. 1. 2013 nadzoroval Urad za nadzor prirejanja iger na srečo (UNPIS), z Zakonom o spremembah in dopolnitvah Zakona o igrah na srečo (ZIS-E, Uradni list RS, št. 108/12) pa je bil nadzor prenesen na Davčno upravo RS (DURS), ki se je 1. 8. 2014 s Carinskim uradom RS (CURS) združila v Finančno upravo RS.

³¹ Zlasti pred Upravnim in Vrhovnim sodiščem RS zaradi omejevanja dostopa do spletnih igralnic. Sodišče je v veliki večini zadev tem zahtevam ugodilo, čeprav argumenti, ki se uporabljajo za utemeljitev sodnih zahtevkov, niso vedno prepričljivi.

³² 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, str. 1–16.

³³ Uradni list RS, št. 61/06 s spremembami.

³⁴ Določba 9. člena ZEPT.

Skladno z navedenim se v Sloveniji omejuje dostop do nezakonitih spletnih igralnic po 107.a členu Zakona o igrah na srečo (ZIS),³⁵ ki ureja nadzor nad nezakonitim prirejanjem iger na srečo prek spleta. Poleg tega se onemogočanje dostopa do spletnih strani omenja tudi v podzakonskem aktu, Pravilniku o načinu izvrševanja pooblastil uradnih oseb Finančne uprave RS in označitvi službenih vozil Finančne uprave RS (Pravilnik).³⁶ Ta v 8. členu omogoča ukrep »zapečatenja spletnih strani« zaradi preprečevanja kršitev davčne zakonodaje, ki ga Finančna uprava RS odreja samostojno, brez odredbe sodišča.

4.1. Blokade (tujih) spletnih igralnic po Zakonu o igrah na srečo

Določba 107.a člena ZIS omogoča, da v primeru, če ponudnik spletnih iger na srečo brez koncesije prostovoljno ne izvrši prepovedne odločbe nadzornega organa, Upravno sodišče na predlog Finančne uprave RS ponudniku storitev informacijske družbe (ponudniku internetnih storitev) odredi omejitev dostopa do spletnih strani, prek katerih se take igre prirejajo.³⁷ Omejevanje dostopa do nezakonitih spletnih igralnic je torej v pristojnosti Upravnega sodišča RS, ki o tem odloča na predlog predlagatelja (tj. Finančne uprave RS kot nadzornega organa).³⁸ O predlogu sodišče odloči v sedmih dneh od njegovega prejema,³⁹ znotraj tega roka pa da ponudniku storitev informacijske družbe tudi možnost, da se izreče o predlogu. Poleg tega ima ponudnik možnost pritožbe zoper odločitev Upravnega sodišča na Vrhovno sodišče RS.

Sodišče je pri izrekanju vrste ukrepa oziroma načina izvedbe ukrepa vezano na zakon in predlog predlagatelja. S sklepom običajno odredi tehnično definiran in jasen ukrep preusmeritve nedovoljenega spletnega mesta na drugo spletno mesto na podlagi domene. Ponudnik storitev informacijske družbe glede tehnične izvedbe ni v dvomu. Zmedo pri ponudniku bi lahko povzročilo v odredbi napačno navedeno ime spletnega mesta, ki je predmet blokade, če bi predlagatelj na primer predlagal omejitev dostopa do spletne strani, za katero bi se izkazalo, da ne vsebuje spletne igralnice, ampak neko drugo (povsem zakonito) vsebino. Takšne očitne

³⁵ Uradni list RS, št. 14/11 s spremembami.

³⁶ Uradni list RS, št. 57/15.

³⁷ ZIS predpisuje tudi načela, ki jih mora Finančna uprava RS upoštevati v svojem predlogu (sorazmernost, upoštevanje tehničnih možnosti), in sestavine, ki jih mora vsebovati predlog (obseg omejitve, način izvršitve).

³⁸ Zakonodajalec je takšno ureditev utemeljil s pojasnilom, da gre pri vsakem omejevanju dostopa do spletnih strani za ukrepe, ki so povezani z omejevanjem svobode interneta in s tem svobode izražanja kot ustavno zagotovljene pravice, zato je primerno, da tudi o omejitvi dostopa do spletnih strani, prek katerih se prirejajo spletne igre na srečo brez koncesije, odloči sodišče (Predlog zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o igrah na srečo (ZIS-D), EVA 2010-1611-0084 z dne 28. 10. 2010).

³⁹ Po petem odstavku 107.a člena lahko ponudnik storitve informacijske družbe zoper odločbo Upravnega sodišča v treh dneh vložijo pritožbo, o kateri Vrhovno sodišče RS odloči najpozneje v 15 dneh po prejemu pritožbe.

pomote predlagatelja, ki so se v praksi že zgodile,⁴⁰ je sodišče po opozorilu ponudnika storitev informacijske družbe pravočasno odpravilo s sklepom, s katerim je odredilo omejitev dostopa do pravilno navedene spletne strani.

Podobno kot sodišče odpravlja očitne pisne pomote predlagatelja, pazi tudi na ustreznost roka za izvršitev naloženega ukrepa. Predlagatelj od ponudnika storitev informacijske družbe navadno zahteva izvedbo ukrepa naslednji dan po pravnomočnosti odločbe sodišča. Z vidika ponudnika storitev informacijske družbe je izvršitev ukrepa na točno določen dan lahko otežena ali celo neizvedljiva.⁴¹ Zato sodišče - upoštevajoč, da se po zakonu omejitev dostopa do spletnih strani lahko odredi le na način, ki je najmanj obremenjujoč za ponudnika storitev informacijske družbe -, v takih primerih rok za izvršitev ukrepa s sklepom o omejitvi dostopa do spletne strani ustrezno podaljša.⁴²

V praksi se izkaže, da se prireditelji spletnih iger na srečo izvršenim ukrepom hitro prilagodijo oziroma jih enostavno izničijo, saj so jim poznani možni načini obvodov blokade, na morebitno omejitev dostopa do njihovega spletnega mesta pa so že vnaprej pripravljeni. Ker vsebino spletne igralnice ponujajo na več zamenljivo podobnih spletnih naslovih, lahko ob izvršitvi ukrepa blokade nemudoma omogočijo dostop do spletne igralnice prek (drugega) delujočega spletnega mesta,⁴³ pri tem pa celo v večji meri ohranijo ime igralnice, zaradi česar internetni uporabnik nima nikakršnih težav z dostopom do blokirane spletne igralnice. Do nje lahko še naprej dostopa enostavno, z vpisom imena igralnice v brskalnik. Kljub temu vprašanje (ne)učinkovitosti v obstoječi sodni praksi ni razlog, ki bi lahko bil podlaga za neugoditev ukrepu omejitve dostopa do spletne strani. Vrhovno sodišče RS je namreč zavzelo stališče, da se z izvršitvijo ukrepa doseže to, da je večina uporabnikov ob vsakodnevni uporabi interneta

⁴⁰ Sklep Upravnega sodišča RS I U 586/2018 z dne 27. 3. 2018.

⁴¹ Za ponudnike storitev informacijske družbe ni nujno, da zagotavljajo štiriindvajseturno dežurstvo. Izvršitev naloženega ukrepa v nesorazmerno kratkem enodnevnem roku ponudnikom storitev informacijske družbe povzroča nesorazmerne dodatne stroške, saj morajo praktično za vsak delovni dan zagotoviti, da je na delovnem mestu ali v pripravljenosti oseba, ki ima ustrezna znanja in notranja pooblastila za izvedbo ukrepa. Krog teh oseb je pri vseh ponudnikih storitev informacijske družbe nujno omejen že zaradi notranjih varnostnih politik upravljanja informacijskih sistemov pri ponudnikih. S tem ko se od ponudnikov storitev informacijske družbe zahteva, da naloženi ukrep izvršijo naslednji dan po vročitvi odločbe, se jih dejansko sili, da notranjo organizacijo prilagodijo tako, da je vselej na delovnem mestu ali vsaj v pripravljenosti pristojna oseba.

⁴² Sklep Upravnega sodišča RS I U 597/2018 z dne 27. 3. 2018, I U 586/2018 z dne 27. 3. 2018, I U 185/2018 z dne 30. 1. 2018 in dr.

⁴³ Na primer na drugi internetni domeni s podobno zamenljivimi znaki. Pravila registracije domen namreč nudijo praktično neomejene možnosti registracije zamenljivo podobnih domen, tako da prireditelji lahko izbirajo med številnimi (nacionalnimi in generičnimi) vrhnjimi domenami in pri tem niso geografsko omejeni. To pomeni, da lahko ponudnik vsebine (prireditelj spletnih iger na srečo) že takoj po izvršitvi ukrepa ponudi dostop do iste vsebine prek domene, ki se sintaktično le nebitveno razlikuje od prejšnje.

pri poskusu dostopa do spletne strani nezakonitega prireditelja iger na srečo preusmerjena na drugo spletno stran, na kateri bo obveščena o neuspešnem poskusu dostopa do spletne strani z nezakonito ponudbo iger na srečo in o razlogih za preusmeritev. Po mnenju Vrhovnega sodišča RS se s tem doseže osnovni namen ukrepa, saj prvi odstavek 107.a člena določa, da se ponudniku storitev informacijske družbe odredi omejitev dostopa in ne morebiti popolna preprečitev dostopa.⁴⁴

4.2. Zapečatenje spletnih strani zaradi kršitev davčne zakonodaje

Finančna uprava RS blokado domene s preusmeritvijo nedovoljenega spletnega mesta na drugo spletno mesto nalaga ponudnikom internetnih storitev tudi v povezavi s postopkom nadzora nad opravljanjem dela na črno. Z izdajo odločbe po uradni dolžnosti od ponudnikov internetnih storitev zahteva, da se s preusmeritvijo spletnega mesta omeji dostop do tistih spletnih strani, prek katerih davčni zavezanci opravljajo neregistrirane tržne dejavnosti. Odločitev o blokadi posameznega spletnega mesta utemeljuje z Zakonom o finančni upravi (ZFU)⁴⁵ in z že omenjenim pravilnikom, ki v 8. členu uradni osebi Finančne uprave RS omogoča, da ponudnikom informacijske družbe naloži ukrep »zapečatenja spletnih strani« in objavo obvestila o zapečatenju.⁴⁶ Zadevna določba 8. člena Pravilnika razširja sicer zakonsko določen in predpisan ukrep zapečatenja poslovnih prostorov, dokumentov in predmetov. ZFU v 37. členu namreč ne omenja možnosti »zapečatenja spletnih strani«, niti iz samega besedila ne izhaja, da bi se za spletne strani smiselno uporabljala pravila o zapečatenju, ki veljajo za dokumente, predmete oziroma poslovne prostore.⁴⁷

Aktualna ureditev v podzakonskem pravnem aktu je problematična, saj v nasprotju z veljavno zakonodajno ureditvijo v ZEPT, ki daje pristojnost odrediti odstranitev nezakonitih vsebin ali onemogočanje dostopa do njih le sodišču, ne pa tudi upravnim oziroma inšpekcijskim organom, Finančni upravi RS omogoča samostojno odrejanje blokade spletnega mesta in s tem posege, povezane z omejevanjem svobode interneta in svobode izražanja, brez odredbe sodišča. Navsezadnje to pomeni tudi, da isti organ v vsebinsko enakih primerih, kot je prirejanje spletnih iger na srečo in omejevanje dostopa do spletnih igralnic brez ustreznega dovoljenja, postopa drugače, prvič v vlogi odločevalca in drugič v vlogi predlagatelja. Dodaten problem

⁴⁴ Sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 54/2012 z dne 16. 2. 2012 in I Up 66/2012 z dne 16. 2. 2012.

⁴⁵ Uradni list RS, št. 25/14.

⁴⁶ Tretji odstavek 8. člena Pravilnika.

⁴⁷ Prvi odstavek 37. člena ZFU se glasi: »Če uradna oseba pri opravljanju nalog finančne uprave ugotovi, da je kršen zakon ali drug predpis, katerega izvajanje nadzoruje, lahko, če je to nujno potrebno zaradi preprečitve nadaljnje kršitve, do odprave nepravilnosti z odločbo prepove opravljanje dejavnosti ter hkrati zapečati poslovne prostore, dokumente ali predmete.«

predstavlja neenotna formulacija v zakonodaji. Medtem ko ZIS v primeru iger na srečo dovoljuje omejitve dostopa do spletnih strani, pravilnik opredeljuje zapečatenje spletnih strani, ki se izvede z odredbo ponudniku storitev informacijske družbe. Druge težave, povezane z učinkovitostjo ukrepa blokade in možnimi obvodi, pa so povsem enake ali podobne kot v primeru omejevanja dostopa do spletnih igralnic. Davčni kršitelji lahko kljub »zapečatenju« svoje storitve razmeroma neovirano ponujajo naprej in jih ukrepi zapečatenja pri tem bistveno ne ovirajo.

5. Priporočila

EU se je na izziv, ki ga predstavljajo nezakonite spletne vsebine, odzvala s predlogom operativnih ukrepov, ki bi zagotovili hitrejšo odkrivanje in odstranjevanje nezakonitih spletnih vsebin, okrepili sodelovanje med podjetji, zaupanja vrednimi prijavitelji⁴⁸ in organi pregona ter povečali preglednost in okrepili zaščitne ukrepe za državljane. S predlaganim sklopom operativnih ukrepov se je Evropska komisija osredotočila na industrijo in dejavnosti spletnih platform, zlasti pa na gostiteljske storitve, ki jih te platforme zagotavljajo,⁴⁹ ter nanje prenesla breme tehtanja med nezakonito objavo na spletu in temeljnimi ustavnimi pravicami, kot je na primer svoboda izražanja. Dejavnosti teh podjetij bo Komisija spremljala več mesecev in odločila, ali so potrebni dodatni koraki, po potrebi tudi sprejetje nove zakonodaje na ravni EU.

Praksa in izkušnje kažejo, da je edini učinkoviti ukrep v primeru nezakonitih spletnih vsebin njihova odstranitev in ukrepanje zoper kršitelja. Za vsebino spletne strani namreč v prvi vrsti odgovarja oseba, ki spletno mesto objavlja, administrira in ureja, tj. ponudnik vsebine,⁵⁰ umik nezakonite vsebine pa se lahko izvede samo lokalno na napravah (strežnikih), kjer se vsebina ponuja. To pomeni, da je primarno treba sprejeti ukrep, usmerjen neposredno proti ponudniku vsebine. Posamezni primeri se enostavno rešijo tako, da ponudnik vsebine prostovoljno odstrani sporno vsebino. Če pa ta zahteve po umiku ne upošteva, ga k odstranitvi sporne vsebine lahko spodbudijo ustrezni pravni postopki.⁵¹

⁴⁸ Evropska komisija v Priporočilu C(2018) 1177 z dne 1. 3. 2018 o ukrepih za učinkovito preprečevanje nezakonitih spletnih vsebin opredeljuje »zaupanja vredne prijavitelje« le na široko kot specializirane subjekte s posebnim strokovnim znanjem v odkrivanju nezakonitih vsebin in namenske strukture za odkrivanje takšnih vsebin na spletu.

⁴⁹ Gostiteljska storitev je storitev informacijske družbe, pri kateri se shranjujejo podatki prejemnika storitev. Ta kategorija lahko zajema različne akterje, od spletnih tržnic, platform za izmenjavo posnetkov, družbenih omrežij, blogerskih spletišč ali spletišč za ocene do oddelkov za komentarje bralcev na novičarskih straneh.

⁵⁰ Navadno je to nosilec domene, ni pa nujno, lahko gre za različni osebi.

⁵¹ CENTR: *Domain conflicts and the legal system* 2012.

Če s ponudnikom vsebine ni mogoče stopiti v stik (ker je ta iz tujine ali pa je neodziven), je naslednji ustrezní naslovník zahteve za umik sporne vsebine njegov ponudnik storitev gostiteljstva (angl. *web hosting provider*). Šele če so vsi poskusi odstranitve sporne vsebine neuspešni, so upravičene zahteve po omejitvi dostopa do spletne strani, ki gosti nezakonito vsebino (www.primer.si). Z izvedbo ukrepa cilj odstranitve sporne vsebine sicer ne bo dosežen, bo pa vsebina postala težje dosegljiva in s tem omejeni morebitni škodljivi učinki. Ob zadnjem je treba poudariti, da bi takšne zahteve zakonodaja morala dopuščati le izjemoma, upoštevaje načelo sorazmernosti in učinkovitosti ukrepa.

Da bi se v teh izjemnih primerih odreditve blokad karseda omilili negativni učinki, bi po mnenju avtoric tega prispevka bilo treba v postopkih odrejanja tovrstnih ukrepov upoštevati zlasti naslednja priporočila:

- pred odreditvijo blokade spletnega mesta naj se izključijo možni ukrepi bližje viru (odstranitev vsebine pri ponudniku vsebine ali ponudniku storitev gostiteljstva);
- zagotovljena naj bo transparentnost blokiranih mest, politike in pravila glede odreditve blokad naj bodo vnaprej znani, prav tako naj bo javno objavljena evidenca blokiranih spletnih strani;
- ukrepi morajo imeti ustrezno pravno podlago, ponudniki internetnih storitev in drugi ponudniki storitev informacijske družbe ne smejo biti prisiljeni v vlogo sodnikov in nosilcev bremena presojanja zakonitosti vsebin in storitev;
- pri odrejanju tehničnih ukrepov naj se uporablja enotna, jasna in natančna terminologija, ki ne omogoča različnih interpretacij glede tehnične izvedbe naloženega ukrepa;
- ukrepi naj bodo začasni, ko razlog za blokado spletnega mesta preneha, naj se ukrep blokade spletnega mesta prekliče;
- v pripravo zakonodaje, pravil in postopkov naj bodo vključeni strokovnjaki vseh relevantnih področij, prava, informacijske tehnologije, ekonomije in drugih področij, da se omejijo negativne posledice.

6. Sklep

Blokade so tehnični ukrep, ki na sporno vsebino ne vpliva, pač pa internetnim uporabnikom skuša preprečiti ali otežiti dostop do teh vsebin. Za uresničitev takšnega cilja so na voljo različne tehnične metode. Vsaka deluje na drugačen način in ima določene prednosti v primerjavi z drugimi načini blokiranja. Vendar pa nobena metoda, ki bi bila ustavno sprejemljiva,

ni povsem učinkovita.⁵² Sodobna tehnologija tako ponudnikom nezakonitih vsebin kot internetnim uporabnikom namreč ponuja raznovrstne obvoje (druge imenike DNS, posredniške strežnike, omrežje Tor, CDN-omrežje, VPN-kanale ipd.), ki so vedno širše dostopni in enostavni za uporabo. Vsaka od metod blokiranja deluje na drugačen način, bolj ali manj učinkovito, ima vpliv le na določene uporabnike, povzroča nehotene oziroma nenamerne posledice pri povsem zakonitih vsebinah, ukrepom pa se je razmeroma preprosto izogniti. Kot se izkaže v praksi, izvršeni ukrepi blokad dejansko dosežejo le majhen delež internetnih uporabnikov, medtem ko ponudnikov spornih vsebin (imetnikov spletnega mesta) bistveno ne omejujejo pri nezakonitem dejanju. Zato je vprašljivo, ali je odreditev take blokade sploh primeren ukrep za doseg zastavljenih ciljev.

Kljub temu se najverjetneje ne moremo izogniti dejstvu, da blokade so in bodo vse pogostejši ukrep tudi v prihodnje.⁵³ Ob tem se je treba zavedati, da čeprav gre pri blokadah za izrazito tehnične posege v internetno infrastrukturo, se z njimi posega v nekatere temeljne človekove pravice, povezane z uporabo interneta. Zato je nujno in primerno, da je odrejanje tovrstnih ukrepov v pristojnosti sodišč, da se odrejajo upoštevaje načelo sorazmernosti in učinkovitosti, da so tehnične formulacije naloženih ukrepov točne in jasne ter da so postopki in procesna pravila glede ravnanja posameznih akterjev, ki so ključni za izvedbo blokade, vnaprej predvideni in določeni.

DNS je bil razvit pred več kot tridesetimi leti, mnogo preden je bilo mogoče napovedati eksponentno rast uporabe, števila storitev in pomena interneta. V osnovi je bil zasnovan kot enostaven, robusten, zanesljiv in skalabilen sistem, katerega osnovna funkcija je preslikava med domenami in IP-naslovi, zaradi česar ni primerno orodje za preprečevanje dostopa do spletnih vsebin in storitev ter ne bi smel biti uporabljen kot nevtralno orodje za obravnavo nezakonitih spletnih vsebin.

⁵² Glej mednarodne študije: *A Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-down of Illegal Internet Content* 2017; Callanan in dr. 2009; Poort in dr. 2014.

⁵³ Prizadevanja za odstranitev nezakonite vsebine in razprave v javnosti so bili večinoma osredotočeni na odgovornost digitalnih posrednikov, kot so ponudniki internetnih storitev, ponudniki gostovanja in spletne strani s torrenti. Njihovo pravno vlogo in odgovornost je dobro preučila tuja in domača pravna stroka, medtem ko je sistem domenskih imen v pravni literaturi manj prisoten. Registri domen v preteklosti niso bili predmet vsebinskih razprav o odgovornosti, povezava domen z nezakonito vsebino pa je pojav, ki do pred kratkim ni bil zelo aktualen. O tem glej Schwemer 2018.

Literatura

- A Comparative Study on Blocking, Filtering and Take-down of Illegal Internet Content*. Swiss Institute of Comparative Law, 2017, <<https://edoc.coe.int/en/internet/7289-pdf-comparative-study-on-blocking-filtering-and-take-down-of-illegal-internet-content-.html>> (10. 4. 2018).
- BOŽIČ, Gorazd. Blokiranje tujih spletnih igralnic. V: Simič, N., in dr., *Telekomunikacije in zasebnost: zbornik referatov*. Ljubljana: Elektrotehniška zveza Slovenije, 2012, str. 56–58.
- CALLANAN, Cormac, in dr. *A Study on Internet blocking, balancing cybercrime responses in democratic societies*, 2009, <http://www.aconite.com/sites/default/files/Internet_blocking_and_Democracy.pdf> (10. 4. 2018).
- CENTR. *Domain conflicts and the legal system*, 2012, <<https://www.centri.org/library/library/policy-document/centr-paper-domain-conflicts-and-the-legal-system.html>> (15. 5. 2017).
- DAMJAN, Matija. Dostop do interneta kot temeljna pravica. V: Ahtik, Meta, in dr., *Pravo v informacijski družbi*. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2014, str. 321–332.
- FANGFEI WANG, Faye. *Site-blocking Orders in the EU: Justifications and Feasibility*. 14th Annual Intellectual Property Scholars Conference (IPSC), Boalt Hall School of Law, University of California, Berkeley, 7-8 August 2014, <https://www.law.berkeley.edu/files/Wang_Faye_Fangfei_IPSC_paper_2014.pdf> (6. 4. 2018).
- FEILER, Lukas. Website Blocking Injunctions under EU and U.S. Copyright Law - Slow Death of the Global Internet or Emergence of the Rule of National Copyright Law?. *TTLF Working Paper*, 2012, št. 13.
- KLEMENČIČ, Goran, in dr. Internet in človekove pravice. V: Bogataj Jančič, Maja, in dr., *Pravni vodnik po internetu*. Ljubljana: GV Založba, 2007, str. 361–395.
- LODDER, Arno R., POLTER, Puck. ISP blocking and filtering: on the shallow justification in case law regarding effectiveness of measures. *EJLT*, 2017, letn. 8, št. 2, str. 1–16.
- Perspectives in Internet Content Blocking: An Overview*. Internet Society, 2017, <<https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/internet-content-blocking/>> (6. 4. 2018).
- POORT, Joost, in dr. Baywatch: two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to The Pirate Bay. *Telecommunications Policy*, 2014, letn. 38, št. 4, str. 383–392.
- POVŠE GOLOB, Barbara, ZWITTNIG, Benjamin. DNS kot kritična infrastruktura. V: Simič, N., in dr., *Telekomunikacije in zasebnost: zbornik referatov*. Ljubljana: Elektrotehniška zveza Slovenije, 2015, str. 24–27.
- POVŠE GOLOB, Barbara, DROFENIK, Maša. Ali sta blokiranje in preusmerjanje domen res primerna ukrepa za preprečevanje dostopa do spletnih vsebin. *Pravna praksa*, 2017, leto 36/1294, št. 22, str. 18–20.
- “Site Blocking” to reduce online copyright infringement: a Review of Sections 17 and 18 of the Digital Economy Act*. Ofcom, 2010, <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78095/Ofcom_Site-Blocking-_report_with_redactions_vs2.pdf> (28. 3. 2018).

- SCHWEMER, Sebastian Felix. On Domain Registries and Website Content: Shift in Intermediaries' Role in Light of Unlawful Content or just another Brick in the Wall?. *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, letn. 26, št. 4, str. 273–293, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3107547> (19. 10. 2018).
- TOMŠIČ, Matic. *VPN: Kaj je, zakaj ga potrebujete in kateri je najboljši*, 2017, <<https://siol.net/digisvet/nasveti/vpn-kaj-je-zakaj-ga-potrebujete-in-kateri-je-najboljsi-443626>> (28. 3. 2018).

Kratki znanstveni prispevek
UDK 347.952:004.774

Pravice na internetni domeni in izvršba na domeno

MATIJA DAMJAN
*doktor pravnih znanosti,
raziskovalec na Inštitutu za
primerjalno pravo pri Pravni
fakulteti v Ljubljani*

1. Uvod

Internetna domena je besedno izražen internetni naslov, ki nam pomaga prepoznati posamezno spletno mesto in se povezati z njim z računalnikom oziroma drugo internetno omogočeno napravo. Zaradi svoje razlikovalne funkcije ima prepoznavna internetna domena precejšen gospodarski pomen, saj povečuje obiskanost spletnega mesta, s tem pa tudi njegov obseg poslovanja ali vsaj prihodke od prikazovanja spletnih oglasov obiskovalcem.¹ Internetna domena nedvomno spada med premoženje svojega nosilca, zato v primeru izvršbe ali stečaja nad nosilcem domene upniki razumljivo želijo poseči na premoženjsko vrednost domene za poplačilo svojih terjatev. Vendar način izvršbe na internetno domeno v zakonodaji ni jasno urejen. Za odgovor na vprašanje, kako v sodnem postopku unovčiti premoženjsko vrednost domene, je treba najprej opredeliti tehnično naravo domene in naravo pravic na njej. Ustrezno rešitev bomo nato skušali najti ob upoštevanju zavzetih stališč v dostopni domači in tuji sodni praksi.

2. Funkcija internetne domene

Internetna domena (ali domensko ime) je niz znakov, ki enolično identificira računalnik, povezan na internet, oziroma dostopne vsebine na tem računalniku, na primer spletno stran ali poštni strežnik. Domena torej ni spletno mesto, ampak le naslov spletnega mesta; sama nima druge vsebine. Sestavljena je iz dveh delov: glavni del je unikatno ime določene spletne strani, ki si ga izbere njen nosilec; za piko mu sledi domenska končnica oziroma vrhnja domena (na primer .com ali .si). Za delovanje interneta domena tehnično ni potrebna, saj računalniki za

¹ Berneman, str. 61.

identificiranje drug drugega v omrežju uporabljajo naslove IP, izražene v numerični obliki (navadno desetiški).² Domena pa je internetni naslov v obliki imena, ki si ga ljudje lažje zapomnimo, saj je navadno sestavljeno iz besed oziroma alfanumeričnih kombinacij. Gre torej za mnemonični internetni naslov. Sistem domenskih imen (DNS) omogoča prevod domene v numerični naslov IP, ki ga računalnik potrebuje za lociranje in identificiranje relevantnih računalniških storitev in naprav v omrežju. Računalnik prek strežnika DNS na podlagi domene, ki jo je vnesel uporabnik, pridobi IP-naslov računalnika, do katerega želi dostop. Domena lahko ostane enaka, tudi če se naslov IP spremeni, saj sistem DNS ni vezan na nobeno napravo ali lokacijo.³

Domena je potrebna, da si ljudje lažje zapomnijo internetne naslove posameznih spletnih mest. Ima torej podobno funkcijo kot klasični podjetniški identifikatorji, ki so namenjeni prepoznavnosti oziroma medsebojnemu razlikovanju gospodarskih subjektov (firma), njihovih izdelkov ali storitev (znamka) oziroma posebne oblike izdelkov (model).⁴ Prepoznavna domenska imena lahko bistveno povečajo promet na določeni spletni strani in s tem povečajo njeno vrednost. Celotno generični izrazi in besedne zveze so lahko dovolj unikatni, da tvorijo učinkovite spletne domene.⁵ Spletni iskalniki, zlasti Google, so pomen razlikovalne funkcije domen sicer nekoliko zmanjšali, saj iskalnik najde ustrezno spletno mesto in nas usmeri na njegov naslov tudi po drugih merilih, na primer ključnih besedah, ki se navezujejo na njegovo vsebino. Vseeno je domena v primeru dvoma pomembna tudi za razločevanje med več zadetki spletnega iskanja.

Poleg razlikovalne funkcije pri internetni domeni na znamko in firmo spominja tudi način pridobitve pravice na znaku razlikovanja, in sicer se ta pri obojih pridobi z registracijo. Vendar se registracija internetne domene ne opravi pri sodišču ali drugem državnem organu, ampak v centralnem registru domen, ki se vodi za vsako vrhno domeno v hierarhičnem sistemu DNS.

Za generične vrhnje domene .com, .net, in .name na primer vodi register zasebna družba Verisign,⁶ za domeno .org pa neprofitna organizacija Public Interest Registry,⁷ obe s sedežem v Virginiji. Register za domeno .eu vodi belgijska neprofitna organizacija EURid.⁸ Register za slovensko nacionalno vrhno domeno .si pa deluje v okviru Akademске in raziskovalne mreže

² Wood, str. 453.

³ Povše Golob, Drofenik, str. 18–19.

⁴ Prim. Wood, str. 453.

⁵ Berneman, str. 63–64.

⁶ www.verisign.com (13. 11. 2018).

⁷ pir.org (13. 11. 2018).

⁸ eurid.eu (13. 11. 2018).

Slovenije (ARNES), ki je javni zavod.⁹ ARNES med drugim opravlja dejavnost registracije domen pod vrhno domeno .si in upravljanje vrhnjega strežnika DNS za to domeno.¹⁰

Oseba, ki želi pridobiti domeno (registrant), tega ne stori neposredno pri registru, ampak zahtevo za registracijo vloži prek registrarja, to je enega od zasebnih podjetij ali organizacij (navadno so to izdelovalci spletnih strani in ponudniki spletnega gostovanja), ki delujejo kot posrednik med končnim uporabnikom in registrom ter so za to akreditirani pri upravljavcu registra vrhnje domene. Registrar zahtevo za registracijo določene domene posreduje registru domen, kjer se ustrezno posodobijo zbirke podatkov, če domena še ni zasedena ali rezervirana. Poleg tega upravlja domeno v imenu njenega nosilca in lahko zanj opravi tudi poznejše spremembe in posodobitve podatkov v registru, izbris domene, zamenjavo nosilca domene ipd.¹¹ Vrhovna institucija, ki upravlja in nadzira dodeljevanje naslovov IP v svetu, je sicer ameriška neprofitna organizacija ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*),¹² s katero pa nosilci domen prav tako nimajo neposrednega stika.

Dejavnost registra pod ».si« ni javna služba. Register domen ni nosilec javnega pooblastila, ampak le tehnični upravitelj vrhnje domene, ki zagotavlja storitve razreševanja domen, potrebne za obdelavo poizvedb v svojem delu hierarhije. Tudi Vrhovno sodišče RS je v svoji praksi potrdilo, da ARNES storitve v zvezi z izvajanjem funkcije nacionalnega registra za vrhno domeno .si izvaja kot tržno dejavnost, in zato tudi pri blokiranju domen ni dolžan nastopati v javnem interesu kot izvršitelj ukrepa po odredbi državnega organa.¹³

3. Slovenska sodna praksa glede izvršbe na domeno

Najprej pogledjmo, kako so se izvršbe na domeno doslej lotevala slovenska sodišča. V dveh sklepih o izvršbi, s katerima razpolagamo, je Okrajno sodišče v Ljubljani sledilo upnikovemu predlogu za izvršbo na spletni domeni kot na prenosljivi premoženjski pravici opredeljive ekonomske vrednosti.

V sklepu 0872 Ig 227/2013 iz leta 2013 je sodišče dovolilo izvršbo:

»[Z] rubežem in cenitvijo vseh internetnih domen in vseh spletnih strani v lasti dolžnika [...], ki jih ima dolžnik registrirane pri dolžnikovih dolžnikih, ter po pravnomočnosti tega

⁹ Glej odlok o ustanovitvi javnega zavoda Akademska in raziskovalna mreža Slovenije (Uradni list RS, št. 23/92), ki ga je nadomestil Sklep o ustanovitvi javnega zavoda Akademska in raziskovalna mreža Slovenije (Uradni list RS, št. 24/14).

¹⁰ Korže, str. 1600.

¹¹ <https://www.register.si/domene/registracija-in-upravljanje-domene/registracija-domene/> (13. 11. 2018).

¹² <https://www.icann.org/> (13. 11. 2018).

¹³ Sklep Vrhovnega sodišča RS I Up 336/2016 z dne 14. 6. 2017. Podrobneje o problematiki blokiranja internetnih domen, ki ni predmet tega prispevka, glej Povše Golob, Drogenik, str. 18–20.

sklepa o izvršbi s prodajo oziroma vnovčenjem zarubljenih internetnih domen in spletnih strani in nakazilom kupnine za prodane stvari na račun upnika [...] do višine izvršljive terjatve upnika.

Upnik pridobi z rubežem zastavna pravico na zarubljenih internetnih domenah in spletnih straneh.

Dolžniku je prepovedano razpolagati z zarubljenimi domenami in spletnimi stranmi, ker sicer stori kaznivo dejanje oškodovanje tujih pravic po členu 223 KZ-1.

Rubež je po 163. členu Zakona o izvršbi in zavarovanju - ZIZ opravljen z dnem, ko je sklep o izvršbi vročen dolžniku.

Rubež se izvrši pri dolžnikovih dolžnikih Akademska in raziskovalna mreža Slovenije in HITROST.COM internet storitve d. o. o., z rubežem vseh internetnih domen, ki so registrirane s strani dolžnika in vseh spletnih strani, ki gostujejo na strežnikih dolžnikovih dolžnikov.«

Rubež domene se je torej opravil pri registru domen ARNES, medtem ko naj bi se pri ponudniku spletnega gostovanja, družbi Hitrost.com, opravil rubež spletne strani. Sodišče je oba subjekta, ki sta očitno dolžnikova pogodbenata partnerja, v procesnem smislu obravnavalo kot dolžnikova dolžnika, izvršbo pa je opravilo po pravilih enajstega poglavja drugega dela Zakona o izvršbi in zavarovanju (ZIZ)¹⁴ o izvršbi na druge premoženjske oziroma materialne pravice.

Podobna je bila odločitev v sklepu o izvršbi 0956 I 1671/2013 iz leta 2015, v katerem je sodišče zapisalo:

»Izvršba, dovoljena s sklepom opr. št. 0956 I 1671 /2013 z dne 11. 9. 2013 [...], se nadaljuje z novim izvršilnim sredstvom: z rubežem in cenitvijo domene [...], ki jo ima dolžnik registrirano pri registru domene, Akademska in raziskovalna mreža Slovenije (ARNES) ter po pravnomočnosti tega sklepa o izvršbi s prodajo zarubljene domene [...] in nakazilom kupnine za prodano domeno na upnikov račun [...] do višine izvršljive terjatve upnika.

Rubež je po 163. členu ZIZ opravljen z dnem, ko je sklep o izvršbi vročen dolžniku. Upnik pridobi z rubežem zastavno pravico na zarubljeni domeni.

Dolžniku se prepoveduje razpolagati z zarubljeno domeno [...], ker sicer stori kaznivo dejanje oškodovanja tujih pravic po členu 223 KZ-1.

Registru domene ARNES se prepoveduje izvrševanje navodil ali kakršnih koli zahtev dolžnika zaradi uporabe domene [...], registrirane pri ARNES, oziroma kakršnega koli razpolaganja z navedeno domeno vse dotlej, dokler ne bo poplačana terjatev upnika, razen če zakon določa drugače.«

¹⁴ Uradni list RS, št. 3/07 – UPB, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZARbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18.

Drugače kot v prvem primeru je šlo tu le za rubež domene in ne tudi za (še bolj nejasen) rubež spletne strani. Sodišče ga je prav tako opravilo po pravilih o izvršbi na druge premoženjske oziroma materialne pravice, v sklepu pa je dodatno naložilo registru, naj prepreči dolžniku kakršnokoli razpolaganje z zarubljeno domeno do poplačila upnikove terjatve.

Register domen pri ARNES, pri katerem se kot pri dolžnikovem dolžniku izvrši rubež domene, v zvezi s tem opozarja, da sodišče ni upoštevalo časovne veljavnosti domene, saj upnikove zastavne pravice na domeni in prepovedi razpolaganja z domeno ni omejilo do poteka registracije domene. Točka izreka drugega sklepa, ki registru prepoveduje izvrševanje navodil ali kakršnihkoli zahtev dolžnika zaradi uporabe domene, pa bi preprečila tudi upoštevanje nosilčeve zahteve za podaljšanje domene, čeprav to navadno ne bi bilo v interesu upnika, v korist katerega je izvršba dovoljena. V skladu s Splošnimi pogoji za registracijo domen pod vrhno domeno .si¹⁵ (veljavnimi od 1. 8. 2016) namreč v primeru, če nosilec domene po poteku obdobja registracije domene ne podaljša, preneha biti njen nosilec, domena pa je s tem ponovno prosta in jo lahko registrira kdorkoli. Iz omenjenih sklepov o izvršbi ni jasno razvidno, kakšen naj bi bil učinek rubeža in prepovedi razpolaganja z domeno v času po poteku obdobja registracije.¹⁶

4. Pravna narava internetne domene

Za presojo primernosti pristopa k izvršbi domene v prej obravnavanih sklepih izvršilnega sodišča je treba najprej opredeliti pravno naravo internetne domene. Internetne domene v nobenem primeru ne bi smeli obravnavati, kot da gre za pravico izključne (ekskluzivne) narave, s katero imetnik pravno razpolaga.¹⁷ Kot je bilo že pojasnjeno, je domena le tehnični naslov na internetu, zato je tudi njen izključni značaj le tehnične in ne pravne narave: v sistemu DNS ne moreta hkrati obstajati dve identični domeni, ampak mora biti vsaka unikatna. Zaradi tako ustvarjene unikatnosti domene se lahko ustvarja zmoten vtis, da ima nosilec domene na njej tudi nekakšno izključno pravico. Vendar oseba, ki registrira internetno domeno, s tem v resnici ne pridobi pravice, ki bi pravno učinkovala proti vsem tretjim osebam (*erga omnes*), tako kot je značilno za pravice industrijske lastnine.¹⁸ Registracija domene temelji le na pogodbenem razmerju med nosilcem domene in registrom domen oziroma registrarjem

¹⁵ <https://www.register.si/wp-content/uploads/2016/08/splosni-pogoji.pdf> (13. 11. 2018).

¹⁶ Pogovor avtorja s predstavniki ARNES.

¹⁷ Wood, str. 455.

¹⁸ Odločitev nemškega Zveznega sodišča v zadevi I ZR 187/10 z dne 18. 1. 2012. Riedel v: Vorwerk, Wolf, ZPO § 857, r. št. 41. Berneman ugotavlja, da nosilec domene dobi podoben položaj kot imetnik izključne pravice na podlagi celotnega svežnja pogodbenih in drugih pravic, na podlagi katerih uporablja domeno, ter tehničnih značilnosti registracije internetne domene. Berneman, str. 66.

kot posrednikom med njima. Iz tega pogodbenega razmerja izvira obligacijska pravica nosilca domene, da uporablja nanj registrirano domeno, in tej pravici ustrezajoča obveznost registra domen, da v času veljavnosti registracije nosilcu domene tehnično omogoči to uporabo, tako da zagotavlja ustrezen vpis v sistemu DNS, ki usmerja poizvedbe po tej domeni na nosilčev naslov IP.¹⁹ Internetna domena torej sama po sebi ni niti pravica niti ni stvar, ampak je le predmet pogodbenega urejanja in s tem predmet pravic, ki izvirajo iz pogodbe.²⁰

ARNES-ovi Splošni pogoji za registracijo domen pod vrhno domeno .si v 3. členu glede pravnega razmerja med nosilcem domene in registrom določajo, da pogodbeno pravno razmerje med registrom in nosilcem nastane s trenutkom, ko je domena registrirana. Z registracijo domene register nosilcu omogoča omejeno, prenosljivo, obnovljivo in izključno pravico do uporabe domene za celotno obdobje, skladno s splošnimi pogoji za registracijo domen in s pogoji pogodbe med nosilcem in registrarjem. Vsebina pravice nosilca domene v razmerju do registra vključuje zlasti obveznost registra v zvezi z vpisom domene v primeren imenski strežnik in vzdrževanjem oziroma podaljševanjem registracije v skladu z zahtevki, ki jih nosilec poda prek registrarja. Nosilec domene ima v razmerju do registra tudi pravico, da zahteva spremembo podatkov o nosilcu domene oziroma prenese domeno na drugega nosilca, da spremeni naslov IP, na katerega usmerja domena, in podobno. Imetništvo internetne domene tako pomeni celoto vseh obligacijskopравnih pravic nosilca domene v razmerju do registra na podlagi pogodbe o registraciji domene.²¹ Nosilec lahko domeno proda tako, da s pogodbo prenese to celoto obligacijskih pravic na drugo osebo (kupca domene) in pri registru zahteva prenos domene na drugega nosilca.²² Pri tem velja poudariti, da je prenos domene v registru samo tehnična izvršitev pogodbe o prodaji domene, ne pa tudi akt prenosa pravic na domeni, saj register domen ni tudi uradni register pravic na domeni. Zato rubeža domene ni mogoče opraviti z vpisom rubeža v register.

5. Razmerje med internetno domeno in pravicami intelektualne lastnine

Ugotovili smo že, da je zaščita, ki jo pridobi nosilec internetne domene z njeno registracijo, tehnične narave: v času veljavnosti registracije domene nihče drug ne more registrirati identične domene. Nosilec domene pa z registracijo ne pridobi absolutne pravice, na podlagi

¹⁹ Prim. Jilek v: Fridgen, Geiwitz, Göpfert, InsO § 35, r. št. 37. Tudi upravljavec registra domen ni »lastnik« internetnih domen in na domenah nima nobenih predobstojećih pravic, ki bi jih z registracijo prenesel na registrante. Berneman, str. 82.

²⁰ Prim. Wood, str. 453.

²¹ Odločitev Zveznega sodišča v zadevi VII ZB 5/05 z dne 5. 7. 2005. Riedel v: Vorwerk, Wolf, ZPO § 857, r. št. 42–43.

²² Berneman, str. 70.

katere bi lahko uveljavljala kakršnekoli zahtevke zoper tretje osebe, na primer na prepoved uporabe enakega domenskega imena z drugo končnico (.com namesto .si). Prosilci za registracijo določene internetne domene si lahko domensko ime načeloma svobodno izberejo. Postopek registracije je avtomatiziran in poteka po vrstnem redu prejetja popolnih zahtevkov. Register preizkusi le, ali je domensko ime prosto, ne preverja pa, ali bi predlagana domena lahko kršila pravice tretjih oseb (člena 4 in 5.2 Splošnih pogojev za registracijo domen pod vrhno domeno .si).

Nosilec domene lahko pravno zaščiti domensko ime tako, da ga registrira kot znamko, če izraz seveda izpolnjuje pogoje za zaščito z besedno znamko.²³ Obstoječa znamka sicer ne prepreči drugemu, da bi registriral podobno zvonečo domeno, saj obstoj znamke navadno ni ovira za registracijo podobne domene (to je odvisno tudi od pravil posameznega registra). Vendar uporaba domene, ki zveni enako ali podobno kot znamka, za promocijo ali prodajo blaga oziroma storitev, zavarovanih s to znamko, lahko krši pravice iz znamke, kar pomeni, da lahko imetnik znamke pred sodiščem uveljavlja prepovedne in odškodninske zahtevke iz tega naslova.²⁴ Višje sodišče v Ljubljani je potrdilo, da gre za uporabo domene kot znamke, če se na spletni strani, ki je dostopna pod imenom domene, ponuja in razstavlja blago istega razreda, kot je tisti, za katere je imetnik registriral znamko.²⁵ Pri tem ni nujno, da je kot besedna znamka zaščiten celotno domensko ime, vključno z vrhno domeno, saj končnica, kot je .com, glede na splošno rabo v spletnih naslovih ne more predstavljati fantazijskega elementa znaka, ampak je le opisni element.²⁶ To pomeni, da za kršitev znamke zadošča podobnost osrednjega dela internetne domene, ne glede na to, pod katero vrhno domeno spada.

Smiselno enako gre lahko za kršitev pravice industrijske lastnine v primeru, če je domensko ime enako ali podobno geografski označbi. Načeloma lahko internetna domena krši tudi avtorsko pravico, če je kot domensko ime uporabljena beseda ali besedna zveza, ki že sama po sebi dosega prag individualne intelektualne stvaritve.

ARNES-ovi Splošni pogoji za registracijo domen sicer med načeli alternativnega reševanja domenskih sporov (ARDS) v 18. členu določajo, da lahko razsodišče za ARDS na podlagi pritožbe imetnika znamke odloči, da se sporna domena izbriše ali prenese na pritožnika, če ugotovi:

²³ Kot internetna domena se lahko registrirajo tudi generične besede, ki ne morejo biti zaščitene kot znamka, saj ne omogočajo razlikovanja blaga ali storitev enega podjetja od blaga ali storitev drugega podjetja. Kljub temu so ravno nekatere generične internetne domene (na primer insurance.com, fund.com, sex.com, hotels.com, beer.com) pri prodaji dosegle najvišje cene. Glej www.godaddy.com/garage/the-top-20-most-expensive-domain-names.

²⁴ Waelde, Laurie, Brown, Kheria in Cornwell, r. št. 16.9–16.11.

²⁵ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani V Cpg 251/2015 z dne 5. 3. 2015.

²⁶ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1305/2015 z dne 22. 3. 2016, primerjaj tudi sodbo istega sodišča I U 1500/2014 z dne 27. 10. 2015.

- da je domena nosilca identična ali zamenljivo podobna njegovi blagovni znamki, veljavni na območju Republike Slovenije, ali firmi, kot izhaja iz sodnega registra v Republiki Sloveniji, ali da krši pritožnikovo avtorsko pravico po pravu Republike Slovenije, ali registrirano geografsko označbo, do katere je upravičen po pravu Republike Slovenije, ali da posega v pritožnikove pravice na osebnem imenu po pravu Republike Slovenije, ali pa posega v drugo njegovo pravico, ki je priznana v pravnem redu Republike Slovenije;
- da nosilec nima pravno priznanega interesa glede registrirane domene;
- da je domena registrirana ali se uporablja v slabi veri.²⁷

6. Način izvršbe na internetno domeno

Glede na to, da internetna domena sama po sebi ni pravica niti ni stvar, je ni mogoče neposredno zarubiti in ne more biti del stečajne mase nosilca domene. Drugo vprašanje je možnost rubeža znamke, s katero je zavarovana določena domena oziroma ki se ujema z domeno.²⁸ Vendar nas na tem mestu zanima vprašanje izvršbe na domeno samo – torej tudi ali zlasti v primeru, ko nosilec domene ni tudi imetnik ustrezne znamke. Obligacijska pravica do uporabe domene ima nedvomno lahko neko premoženjsko vrednost, tudi če učinkuje le v razmerju med nosilcem domene in registrom domen. Ta pravica je namreč podlaga za registracijo domene v sistemu DNS, iz česar izvira dejanska tehnična ekskluzivnost internetne domene. Po nemški sodni praksi obligacijski zahtevki nosilca domene v razmerju do registra domen zato spadajo v nosilčevo ustavno varovano premoženje.²⁹ Nedvomno so enako varovani tudi po 33. členu Ustave Republike Slovenije.³⁰ Ti zahtevki so prenosljivi in so zato lahko tudi predmet rubeža v izvršbi.³¹

Po slovenskem pravu so pri izvršbi za uveljavitev denarne terjatve lahko predmet izvršbe vse dolžnikove stvari in pravice, ki so v pravnem prometu in na katere izvršba ni z zakonom izključena ali omejena (32. člen ZIZ).³² Pravice nosilca domene na tej domeni imajo v bistvu

²⁷ Podrobneje o postopku reševanja domenskih sporov glej Wood, str. 458–459, in Korže, str. 1598–1607.

²⁸ Če je domensko ime zavarovano tudi kot znamka oziroma če se domena ujema s siceršnjo znamko dolžnika, to ne preprečuje izvršbe na domeno, saj je znamka ločena pravica od pravic na domeni. Je pa ekonomsko smiselno, da se hkrati predlaga izvršba na domeno in izvršba na znamko, ki je s to domeno povezana, saj je s hkratnim unovčevanjem obeh predmetov izvršbe navadno mogoče doseči višjo ceno.

²⁹ Jilek v: Fridgen, Geiwitz, Göpfert, InsO § 35, r. št. 37.

³⁰ Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

³¹ Odločitev nemškega Zveznega sodišča v zadevi VII ZB 5/05 z dne 5. 7. 2005. Riedel v: Vorwerk, Wolf, ZPO § 857, r. št. 42–43.

³² Rijavec, str. 152.

naravo nosilčeve nedenarne terjatve do registra domene. ZIZ takšne terjatve kot predmeta izvršbe izrecno ne predvideva, saj od nedenarnih terjatev posebej ureja samo izvršbo na terjatev, da se izročijo ali dobavijo premičnine ali da se izroči nepremičnina. Zato je treba za izvršbo smiselno uporabiti določbe enajstega poglavja drugega dela ZIZ o izvršbi na druge premoženjske oziroma materialne pravice. V 162. členu ZIZ so kot primeri takšnih pravic navedeni patent, užitek ali kakšna druga podobna pravica. Če analogijo razlagamo ozko, bi lahko iz te določbe sklepali, da pridejo kot predmet izvršbe po tem členu v poštev samo absolutne pravice, podobne stvarnim pravicam in pravicam intelektualne lastnine. Vendar je glede na namen izvršilnega postopka za izterjavo denarne terjatve primernejša širša razlaga, po kateri je lahko predmet izvršbe vsaka prenosljiva pravica, katere vrednost se lahko izrazi v denarju, je unovčljiva in jo je torej mogoče prodati.³³ Takšna pa je tudi pravica nosilca domene do uporabe registrirane internetne domene. Glede na to, da ta pravica izvira iz pogodbenega razmerja z registrom domen in je torej dvostranske narave, pa je treba v izvršbo vključiti tudi register domen in za njegov položaj smiselno uporabiti pravila o dolžnikovem dolžniku, ki so sicer določena v poglavju o izvršbi na denarno terjatev.

Predmet izvršbe ni sama internetna domena (niti ne spletna stran), ampak so predmet pravice nosilca domene iz njegovega pogodbenega razmerja z registrom domen v zvezi z registracijo konkretne domene. Če je predmet izvršbe v predlogu za izvršbo in v sklepu o izvršbi opredeljen tako, potem je jasno, da ostanejo v veljavi določbe splošnih pogojev za registracijo domen glede trajanja in podaljševanja domene. V skladu s 163. členom ZIZ se izvršba na pravici nosilca domene opravi z rubežem in z unovčenjem te pravice po določbah o izvršbi na premičnine. Rubež je opravljen z dnem, ko je sklep o izvršbi vročen dolžniku, torej nosilcu domene. Register domen namreč nima narave registra premičnin ali pravic, saj se vanj ne vpisujejo pravice, zato se rubež ne more opraviti z vpisom sklepa o izvršbi v ta register. S sklepom o izvršbi, s katerim dovoli rubež, sodišče prepove dolžniku razpolagati s to pravico, upnik pa na njej pridobi zastavno pravico. Sklep o izvršbi se vroči tudi registru domen kot dolžnikovemu dolžniku. Ker ne gre za registrske pravice, lahko slovensko sodišče dovoli tudi izvršbo na domeno domačega dolžnika, ki je vpisana v registru domen v tujini (na primer za domeno .com), in ne le na domene pod vrhjnjo domeno .si, ki jih registrira ARNES. Pravica na domeni se unovči s cenitvijo, prodajo in poplačilom upnika iz zneska, dobljenega s prodajo. Po mnenju nemške teorije se lahko unovčitev poleg prodaje na dražbi ali z neposredno pogodbo opravi tudi s prenosom zarubljene domene na upnika namesto plačila, in sicer po ocenjeni vrednosti domene.³⁴

³³ Primerjaj sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Ip 1202/2015 z dne 29. 5. 2015.

³⁴ Kindl, Meller-Hannich, Wolf, ZPO § 857, r. št. 33.

Ker je predmet prodaje oziroma prenosa celota dolžnikovih pogodbenih pravic v razmerju do registra domen in ker se mora za namene nadaljnje uporabe domene to pogodbeno razmerje med novim nosilcem in registrom izvrševati še naprej, je končni učinek izvršbe na domeno v bistvu enak kot pri prenosu pogodbe v smislu 122. člena Obligacijskega zakonika (OZ).³⁵ Kupec domene v razmerju do registra vstopi v pogodbeni položaj prejšnjega nosilca domene, ki pa je v celoti opredeljen s splošnimi pogoji registracije domen. Vprašanje odgovornosti za morebitne odprte obveznosti prejšnjega nosilca do registra domen se pri tem v praksi ne pojavijo, ker je predhodno izvedeno plačilo pogoj za registracijo domene oziroma njeno podaljšanje (člen 10.2 Splošnih pogojev za registracijo domen pod vrhno domeno .si).

Na podlagi navedenega lahko ugotovimo, da sta bila zgoraj predstavljena sklepa Okrajnega sodišča v Ljubljani o izvršbi na domeno v temelju zastavljena pravilno. Čeprav izreka sklepov dobesedno govorita o rubežu same domene, je iz njunih obrazložitev razvidno, da se pravzaprav dovoljuje izvršba na dolžnikove pogodbene zahteve do registra domen, ki je opredeljen kot dolžnikov dolžnik. Manj jasen je pomen enega od sklepov v delu, kjer se dovoljujeta tudi rubež in cenitev spletne strani. Glede na to, da je kot dolžnikov dolžnik tu naveden upravljavec strežnika, na katerem gostuje predmetna spletna stran, lahko sklepamo, da so predmet izvršbe v tem delu pogodbene pravice dolžnika v razmerju do ponudnika spletnega gostovanja. To je pravno seveda izvedljivo, bolj vprašljiva pa je smiselnost takšne izvršbe oziroma možnost objektivne cenitve same spletne strani (torej ločeno od pravic na internetni domeni in pravic na vsebini strani), saj imetništvo spletne strani drugače od imetništva domene ne ustvarja tehnične ekskluzivnosti. Identično spletno stran je namreč mogoče ustvariti na kateremkoli drugem internetnem strežniku.

V zvezi z izvršbo na domeno pa velja opozoriti na praktični vidik, ki sta ga predlagatelja izvršbe v omenjenih primerih spregledala. Ne glede na rubež pravic na domeni in z njim vzpostavljeno upnikovo zastavno pravico internetna domena ostane v veljavi samo do izteka registracije, v skladu z določbami pogodbe med nosilcem in registrom.³⁶ Natančneje, domena v primeru, če registracija ni podaljšana, dobi status »v karanteni«, kar pomeni, da register z vrhnjega strežnika DNS umakne kazalce na domenske strežnike za to domeno. Če nosilec domene v karanteni ne podaljša registracije v določenem roku (največ 30 dni), se domena izbriše in jo lahko kdorkoli ponovno registrira (člena 5.3.2 in 5.4 Splošnih pogojev za registracijo domen pod vrhno domeno .si). Z izbrisom domene se tako izgubi premoženjska vrednost zarubljene pravice, saj preneha dejanska ekskluzivnost uporabe domenskega imena. Glede na to bi bilo v sklepu o izvršbi smiselno izrecno določiti, da prepoved razpolaganja z zarubljeno pravico dolžniku in registru ne preprečuje izvedbe podaljšanja registracije domene.

³⁵ Uradni list RS, št. 97/07 – UPB, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

³⁶ Riedel v: Vorwerk, Wolf, ZPO § 857, r. št. 44.

Ker je vzdrževanje veljavnosti domene predvsem v interesu upnika in ker je strošek podaljšanja registracije minoren, bi bilo morda smiselno podaljšanje registracije omogočiti tudi njemu, vendar za to v ZIZ ni jasne zakonske podlage, prav tako pravila o registraciji domen ne predvidevajo, da bi lahko registracijo domene podaljšala oseba, ki ni nosilec te domene.

Težav s podaljšanjem registracije domene ni v primeru stečaja nad nosilcem domene, saj lahko registracijo podaljša stečajni upravitelj kot zastopnik stečajnega dolžnika. Če gre za prepoznavno internetno domeno, ki ima lahko zaznavno premoženjsko vrednost, je stečajni upravitelj registracijo domene celo dolžan podaljšati, saj le tako ohrani vrednost tega dela stečajne mase, kar je njegova dolžnost v razmerju do stečajnih upnikov. Enako kot v izvršbi pa se tudi v stečaju internetna domena unovčuje s ceditvijo in prodajo celote pogodbenih pravic stečajnega dolžnika v razmerju do registra domen.

Literatura

- BERNEMAN, Beverly A. Navigating the Bankruptcy Waters in a Domain Name Rowboat. *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2003, letn. 3, str. 61–87.
- FRIDGEN, Alexander, GEIWITZ, Arndt, GÖPFERT, Burkard (ur.). *Beck'scher Online-Kommentar InsO mit InsVV und EuInsVO*, 9. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- KINDL, Johann, MELLER-HANNICH, Caroline, WOLF, Hans-Joachim. *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. izdaja. Baden Baden: Nomos Verlag, 2015.
- KORŽE, Branko. Reševanje domenskih sporov. *Podjetje in delo*, 2005, št. 6-7, str. 1598–1607.
- POVŠE GOLOB, Barbara, DROFENIK, Maša. Ali sta blokiranje in preusmerjanje domen res primerna ukrepa za preprečevanje dostopa do spletnih vsebin? *Pravna praksa*, 2017, št. 22, str. 18–20.
- RIJAVEC, Vesna. *Civilno izvršilno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2003.
- VORWERK, Volkert, WOLF, Christian (ur.). *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, 28. izdaja. München: Verlag C. H. Beck, 2018.
- WAEDELDE, Charlotte, LAURIE, Graeme, BROWN, Abbe, KHERIA, Smita, CORNWELL, Jane. *Contemporary intellectual property: Law and policy*, 3. izdaja. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- WOOD, Leanne. A name of thrones - why domain names should now be a separate intellectual property right. *European Intellectual Property Review*, 2014, letn. 36, št. 7, str. 452–464.



Pravni letopis 2018

Blockchain in pametne pogodbe

II.

NATAŠA SAMEC BERGHAUS, KLEMEN DRNOVŠEK
*Domet uporabne vrednosti pametnih pogodb
na področju pogodbenega prava*

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.44:004

Domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava

NATAŠA SAMEC BERGHAUS
doktorica pravnih znanosti, izredna
profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

KLEMEN DRNOVŠEK
univerzitetni diplomirani pravnik,
asistent na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Uvod

V zadnjih letih smo priča skokovitemu tehnološkemu razvoju, ki se že kaže (oziroma se bo pokazal prej ali slej) tudi na različnih pravnih področjih. V letih 2017 in 2018 sta bila največji napredek in povečanje zanimanja opazna zlasti v zvezi s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov (*blockchain technology*), čemur so sledile napovedi in pobude sprememb v pozitivno-pravni ureditvi. Čeprav začetki tehnologije veriženja podatkovnih blokov segajo v leto 2008,¹ pa je ta tehnologija svojo širšo prepoznavnost dosegla šele v drugi polovici lanskega leta. Razlog za pravi bum v zvezi s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov so bili predvsem visoki finančni donosi kriptovalute bitcoin in drugih kriptovalut, ki delujejo na njeni osnovi. Vrednost bitcoina se je recimo od začetka januarja do konca decembra leta 2017 zvišala z 963 na 14.453 dolarjev, ob tem pa je 17. decembra 2017 dosegla tudi absolutni vrh pri 19.857 dolarjih. Nekatere (novejše) kriptovalute pa so imele leta 2017 še bistveno višje donose.² Tehnologijo veriženja podatkovnih blokov so z namenom oblikovanja lastne podatkovne verige uporabila številna podjetja in druge skupine posameznikov, tako da trenutno obstaja že več kot 2000 kriptovalut, katerih delovanje temelji na tej tehnologiji.³

¹ Leta 2008 je neznani avtor pod psevdonimom Satoshi Nakamoto objavil članek, v katerem je podrobno opisal inovativen sistem digitalne plačilne valute bitcoin, ki temelji na veriženju podatkovnih blokov. Glej Nakamoto 2008.

² Vrednost kriptovalute »verge« se je od 1. januarja 2017 do 31. decembra 2017 z 0,000020 dolarja zvišala na 0,228673 dolarja, kar pomeni praktično nepredstavljivo, več kot milijonodstotno zvišanje vrednosti. Glej *The top 10 crypto coins of an extraordinary 2017* (2018).

³ CoinMarketCap 2018.

Čeprav je bil prvotni namen tehnologije veriženja podatkovnih blokov vzpostaviti plačilno sredstvo, ki bi omogočalo neposredno izmenjavo »vsak z vsakim« (*peer to peer*), pa je razvoj tehnologije omogočil tudi druge uporabne vrednosti na različnih gospodarskih in negospodarskih področjih. Tehnologija med drugim omogoča tudi izdelavo avtomatično izvršljivih računalniških aplikacij oziroma tako imenovanih pametnih pogodb (*smart contracts*). V pravni teoriji že lahko najdemo prispevke o opredelitvi, pravni naravi in umestitvi pametnih pogodb v veljavne pravne ureditve.⁴ Odprto pa ostaja vprašanje o dejanski uporabni vrednosti pametnih pogodb in o njihovem dejanskem vplivu na področje pogodbenega prava. Na eni strani zagovorniki tehnologije napovedujejo, da bo tehnologija veriženja podatkovnih blokov prinesla bistvene spremembe na področju sklepanja pogodb, in to tehnologijo omenjajo celo kot naslednico pogodbenega prava. Na drugi strani pa lahko zaznamo zadržan odziv skeptikov na (pre)obetajoče napovedi in obljube zagovornikov tehnologije. Tehnologija veriženja podatkovnih blokov zagotovo prinaša bistvene spremembe in novosti na različnih (tudi pravnih) področjih. V tem prispevku bomo skušali odgovoriti zlasti na vprašanje, kakšen bo domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava.

2. Splošno

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov je inovativen sistem, ki omogoča neposredno izvajanje plačil in prenašanje drugih digitalnih podatkov. Začetki segajo v leto 2008, ko je še vedno neznan avtor pod psevdonimom Satoshi Nakamoto objavil članek, v katerem je podrobno opisal sistem digitalne plačilne valute bitcoin. Namen prispevka je bila vzpostavitev sistema za neposredno izvajanje plačil brez posredovanja tretje osebe. Trenutna digitalna ekonomija namreč temelji na zaupanju določeni centralni avtoriteti (finančni instituciji), ki izvaja in potrjuje elektronska plačila ter s tem preprečuje dvojno porabo (*double spending*). Tehnologija veriženja podatkovnih blokov pa omogoča izvedbo elektronskega poslovanja brez posredovanja centralne avtoritete in brez nevarnosti plačila istih sredstev več različnim uporabnikom hkrati.⁵

Izmenjava transakcij in digitalnih podatkov brez nevarnosti dvojne porabe je mogoča zaradi porazdeljene podatkovne baze (*distributed public ledger*) vseh digitalnih transakcij, ki so se kdaj zgodile, med vsemi vozlišči oziroma uporabniki omrežja. Če posamezen uporabnik želi izvesti določeno transakcijo, jo mora posredovati v potrditev celotnemu omrežju vozlišč. Posamezne transakcije se povezujejo v podatkovne bloke. Ko podatkovni blok transakcij potrdi večina uporabnikov (vozlišč), se ga doda na verigo podatkovnih blokov (*blockchain*). Vsak

⁴ Za opredelitev in umestitev v slovenski pozitivnopravni ureditvi glej Samec Berghaus, Drnovšek, str. 17–30, in Drnovšek, str. 721–750.

⁵ Pérez-Solà in dr. 2017.

podatkovni blok ima časovni žig (*time stamp*), torej datum in čas, ko je bil zapis narejen. Ker si podatkovni bloki kronološko sledijo, posameznih zapisov praktično ni več mogoče spreminjati. Nadgrajena veriga podatkovnih blokov namreč velja kot kriptografska osnova za kriptiranje in potrjevanje prihodnjih transakcij. S spremembo posameznega zapisa bi se tako morala strinjati večina vseh vozlišč, vsakršna sprememba pa bi hkrati posegla tudi v vse poznejše in že potrjene podatkovne bloke. Ko je transakcija enkrat izvedena in potrjena, nanjo torej ni več mogoče vplivati, dokaz o njenem obstoju pa je v vsakem trenutku dostopen vsem zainteresiranim posameznikom. S tem se vzpostavlja transparenten sistem, ki omogoča, da lahko v vsako izvedeno transakcijo vpogledamo in jo lahko kadarkoli v prihodnosti tudi enostavno preverimo.⁶ Teoretično je posledice izvedene transakcije tako mogoče izničiti le z novo nadomestno transakcijo.⁷

Dodati je treba, da navedeno v celoti velja zgolj za javno odprte verige podatkovnih blokov (*public blockchains*), ob tem pa tehnologija veriženja podatkovnih blokov omogoča tudi izdelavo zasebnih verig (*private blockchains*). Medtem ko so javno odprte verige popolnoma decentralizirane, pa zasebne verige vključujejo določeno mero centralnega nadzora. V primeru zasebnih verig podatkovnih blokov lahko pravilnost izvedenih transakcij potrjuje samo ena organizacija (*fully private blockchains*) oziroma vnaprej določena skupina uporabnikov oziroma vozlišč (*consortium blockchains*). Zasebne verige podatkovnih blokov sicer še vedno ohranjajo večino zgoraj navedenih značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov, zaradi vključitve centralnega nadzora pa hkrati pomenijo znatno večje tveganje za nastanek dvojne porabe in drugih zlorab.⁸ Prispevek se nanaša na javno odprte verige podatkovnih blokov.

2.1. Pametne pogodbe v verigi podatkovnih blokov

Pojem pametna pogodba (*smart contract*) se je v širši javnosti začel uporabljati šele v drugi polovici leta 2017, v povezavi s tehnologijo veriženja podatkovnih blokov. Kljub temu pa pojem ni novost, saj ga je že leta 1994 uvedel Nick Szabo, znanstvenik na področju prava in računalništva. S pojmom pametna pogodba je poimenoval pogodbe, ki se sklenejo v digitalni obliki in se s pomočjo informacijske tehnologije ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev avtomatično izpolnijo.⁹ Szabo je kot primer predhodnika sklepanja pametnih pogodb navedel sklepanje pogodb prek prodajnih avtomatov, ki na podlagi enostavnega mehanizma v zameno za vstavljen denarni znesek avtomatično izdajo izbrani izdelek. Napovedal je, da bodo pamet-

⁶ Yli-Huumo in dr.

⁷ Kiviat, str. 579.

⁸ Ekparinya, Gramoli, Jourjon.

⁹ Szabo 1994.

ne pogodbe z razvojem digitalne tehnologije presegle pomen prodajnih avtomatov, tako da bo mogoče sklepati avtomatizirane pravne posle tudi za premoženje večjih vrednosti.¹⁰

Kljub obsežnemu razvoju na področju digitalizacije pa se je uporabna vrednost pametnih pogodb zaradi slabosti podatkov v digitalni obliki začela poudarjati šele z razvojem tehnologije veriženja podatkovnih blokov. Pri zapisu podatkov v digitalni obliki namreč ni mogoče ugotoviti, ali gre za izvorno datoteko ali pa le za njeno kopijo, saj so kopije povsem enake originalom. Da gre za originalni podatek oziroma transakcijo, smo do pred kratkim lahko ugotovili le na podlagi potrditve od zaupanja vredne centralne avtoritete. Navedene pomanjkljivosti digitalne oblike pa odpravlja tehnologija veriženja podatkovnih blokov, in sicer s tem, da so vse transakcije javno objavljene, in z vzpostavitvijo sistema, v katerem udeleženci dosežejo dogovor o potrditvi ter s tem o enotni zgodovini vseh izvedenih transakcij.¹¹ Tako se bistveno povečuje uporabna vrednost podatkov v digitalni obliki na različnih področjih, med drugim tudi na področju pogodbenega prava.

Platforma Ethereum velja za prvega ponudnika javne verige podatkovnih blokov, ki omogoča izdelavo avtomatično izvršljivih računalniških aplikacij oziroma tako imenovanih pametnih pogodb.¹² V nasprotju s tradicionalnimi pogodbami (ustnimi ali pisnimi) so pametne pogodbe torej zapisane v obliki računalniške kode, ki omogoča računalniško analizo in s tem tudi avtomatično izpolnitev. Čeprav so tovrstne pogodbe poimenovane s pridevnikom »pametne«, pa to ne pomeni, da vključujejo umetno inteligenco, ki bi lahko presojala ustreznost ravnanja pogodbenih strank glede na podane okoliščine. Gre le za algoritmični zapis niza navodil, ki se avtomatično izpolni, če se izpolnijo objektivno preverljivi pogoji, ki jih stranki vnaprej določita.¹³ Beseda »pametne« tako ponazarja predvsem večjo uporabno vrednost tovrstnih pogodb v primerjavi s klasičnimi (papirnatimi) pogodbami zaradi možnosti avtomatične izpolnitve.¹⁴ Ugotovimo lahko, da poimenovanje ni najbolj ustrezno in da ustvarja iluzijo glede vsebine.¹⁵

Izraz pametna pogodba se pojavlja v različnih prispevkih z različno vsebino.¹⁶ Definicija pojma je odvisna zlasti od področja objave, saj lahko najdemo prispevke s področja tehnike, računalništva, prava in tudi z drugih področij. Medtem ko se v tehničnem smislu besedna

¹⁰ Szabo 1997.

¹¹ Nakamoto, str. 2.

¹² Glej Ethereum.

¹³ Adlerstein 2017.

¹⁴ Szabo 1996: »I call these contracts 'smart', because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors.«

¹⁵ Samec Berghaus, Drnovšek.

¹⁶ Mik, str. 272.

zveza pametna pogodba uporablja zlasti za avtomatično izvršljiv računalniški program,¹⁷ pa jo na pravnem področju uporabljamo za primere sklepanja avtomatično izvršljivih dogovorov v obliki računalniške kode, ki hkrati izpolnjujejo pogoje za veljavno sklenitev pogodbe. Pogoj za uporabo pojma pametna pogodba na pravnem področju je torej obstoj dvostranskega pravnega posla, ki izpolnjuje predpostavke za veljavno sklenitev pogodbe in ki se ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev avtomatično izpolni.¹⁸ Vsi drugi primeri avtomatiziranih ravnanj, ki ne izpolnjujejo navedenih pogojev, v pravnem smislu ne štejejo za pametne pogodbe, temveč gre le za druga avtomatizirana ravnanja, ki temeljijo na uporabi tehnologije veriženja podatkovnih blokov. Pametne pogodbe so torej dvostranski pravni posli v smislu civilnega prava, zapisani v programskem jeziku, ki se (deloma ali v celoti) avtomatično izpolnijo ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev.¹⁹

3. Uporabna vrednost pametnih pogodb

Pametne pogodbe v verigi podatkovnih blokov so torej posebni računalniški programi, v katerih je vključen dogovor pogodbenih strank, ki se ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev avtomatično izpolni. Gre za vnaprej določena pogodbeno določila, ki za nastanek določene okoliščine predvidevajo izvršitev vnaprej določene posledice, na primer: »Če se zgodi X, prenesi znesek v višini Y z naslova A na naslov B.«²⁰ Pametne pogodbe prevzemajo vse značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov. Računalniška koda pametne pogodbe se zapiše v verigo podatkovnih blokov, tako da lahko vsak uporabnik preveri, kaj se bo ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev zgodilo, pri čemer identiteta strank navzven ni razvidna. Sklenitev dogovora je časovno ožigosana. Ker si podatkovni bloki kronološko sledijo, posameznih zapisov (vsebine pametnih pogodb) praktično ni več mogoče spremeniti oziroma na kakršenkoli način vplivati na njihovo izvajanje. Pametna pogodba se bo torej v vsakem primeru izpolnila v skladu z vprogramiranimi pogodbenimi določili.

3.1. Prednosti pametnih pogodb

Zagovorniki kot ključno prednost pametnih pogodb poudarjajo njihovo večjo učinkovitost. Izpolnitev klasične pogodbe praviloma temelji le na pravni zavezi pogodbenih strank. Kot

¹⁷ Na področju tehnike in računalništva recimo kot primere pametnih pogodb navajajo tudi avtomatično zbiranje in obdelavo digitalnih podatkov, avtomatične izpolnitve bančnih transakcij, vodenje registrov, vodenje sledljivosti dobavne verige, avtomatično izvršljive oporoke in celo vsa druga avtomatizirana dejanja tako imenovanega interneta stvari (*internet of things*), kot je recimo avtomatično odpiranje okenskih zaves pred zvonjenjem jutranjega alarma in podobno. Glej *Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond*.

¹⁸ Več o predpostavkah za veljavno sklenitev pametne pogodbe glej Drnovšek, str. 741–744.

¹⁹ Raskin, str. 310.

²⁰ Mik, str. 277.

takšne so klasične pogodbe torej podvržene določeni negotovosti glede njihove izpolnitve. Pogodbene stranke lahko (namerno ali nenamerno) ne izpolnijo svoje obveznosti in s tem kršijo pogodbeno razmerje, nepravilnost pa sankcionirata šele sodna in izvršilna veja oblasti. Nasprotno pa pri pametnih pogodbah načeloma ni negotovosti v zvezi z njihovo izpolnitvijo. Izpolnitev pogodbene obveznosti namreč ni več odvisna od volje pogodbenih strank, ampak le od izpolnitve vnaprej določenih pogojev.²¹ Ker je izpolnitev pogodbenih obveznosti pri pametnih pogodbah odvisna zgolj od izpolnitve pogojev, naj ne bi bilo nevarnosti neizpolnitve in nepravilne izpolnitve ter s tem potrebe po sodnem uveljavljanju izpolnitve pogodbene obveznosti. Manjši kot je človeški faktor, manjša je možnost odstopanj od dogovorjenih obveznosti in s tem večja učinkovitost pogodbenih razmerij.²² Ta učinkovitost izhaja neposredno iz navodil, ki so vprogramirana v računalniško kodo pametne pogodbe.

Zaradi lastnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov se bo dogovor izvedel natančno tako, kot je programiran, brez nevarnosti prekinitve, spremembe ali drugega vpliva nasprotne stranke ali tretjih oseb.²³ Uporabnik je tako lahko prepričan, da se bo dogovor vedno izvedel na točno določen in vnaprej predviden način.²⁴ S tem je (v primeru izpolnitve pogojev) zagotovljena izpolnitev obveznosti obeh pogodbenih strank. V teoriji takšno izpolnitev imenujemo tudi popolna izpolnitev (*perfect performance*).²⁵ Do izpolnitve pogodbene obveznosti bo prišlo avtomatično in neposredno, torej brez posredovanja zaupanja vredne osebe. Posledično naj bi bile pametne pogodbe (v primerjavi s klasičnimi pogodbami) bolj učinkovite in ekonomične ter z manjšimi možnostmi za napake, nesporazume, zamude ali druge kršitve.²⁶ Večja učinkovitost pametnih pogodb temelji na naslednjih značilnostih: točnost opredelitve dogovora, transparentnost, predvidljivost, hitrost, zanesljivost, ekonomičnost in popolnost izpolnitve.

Kot primer uporabne vrednosti pametnih pogodb se najpogosteje omenja sklenitev pogodbe o prenosu lastninske pravice na nepremičnini.²⁷ V praksi pa se je že pojavilo tudi množično

²¹ Cuccuru, str. 187.

²² Giancaspro, str. 3.

²³ Ravno odprto decentralizirano verigo podatkovnih blokov lahko namreč štejemo za primer posebne varnostne tehnologije (*tamper-proof technology*), ki velja za nezaustavljivo in v tehničnem smislu ne more zatajiti ne glede na različna zlonamerna dejanja, izpade električne energije, motnje v omrežju, naravne katastrofe ali katerekoli druge možne dogodke. Glej Clack, Bakshi, Braine, str. 4.

²⁴ Kostanjšek, str. 14.

²⁵ Mik, str. 274.

²⁶ Hsiao, str. 687.

²⁷ Stranki na primer lahko oblikujeta računalniško kodo (pametno pogodbo), ki vsebuje obveznost prodajalca (prenos lastninske pravice na nepremičnini) in obveznost kupca (plačilo kupnine). Za avtomatično izpolnitev navedene pogodbe morata biti izpolnjena dva pogoja, in sicer da ima kupec na svojem transakcijskem računu zadostno količino sredstev in da je prodajalec v zemljiški knjigi vpisan kot (edini) lastnik (neobremenjene) nepremičnine. Ko bo iz baz podatkov v pametno pogodbo prišla informacija o tem, da sta pogoja izpolnjena, se bo pametna pogodba avtomatično

sklepanje pametnih pogodb, in sicer v zvezi z zbiranjem zagonskih sredstev v številnih zagonskih podjetjih prek izdaje posebnih žetonov (*initial coin offering*).²⁸ Tovrstne pametne pogodbe so sklenjene tako, da zagonsko podjetje izda uporabne žetone (*tokens*) in jih v zameno za posredovana finančna sredstva posreduje investitorjem. Žetoni zagotavljajo neko ugodnost, ki je že dostopna ali pa bo dostopna v bližnji prihodnosti. S tem, ko uporabnik na določen naslov nakaže določeno vsoto zahtevane kriptovalute, v elektronsko denarnico (*wallet*) avtomatično pridobi izdane žetone. Če je kot pogoj izdaje žetonov določena spodnja zahtevana meja zbranih sredstev (*soft cap*), se pametne pogodbe izpolnijo le v primeru izpolnitve tega dodatnega pogoja. Če spodnja zahtevana meja zbranih sredstev ni dosežena (pogoji pametne pogodbe niso izpolnjeni), se transakcije ne izvedejo, sredstva investitorjev pa se avtomatično nakažejo nazaj. Vse sprejete ponudbe investitorjev so torej pod razveznim pogojem zadostne skupne vsote zbranih sredstev.

3.2. Analiza dometa uporabne vrednosti pametnih pogodb

Iz zgoraj navedenih značilnosti pametnih pogodb lahko ugotovimo, da se pametne pogodbe od klasičnih pogodb razlikujejo zlasti v naslednjih lastnostih: avtomatična izpolnitev pogodbene obveznosti, sklenitev pogodbe v obliki računalniške kode in gotovost, da se bo dogovor izpolnil tako, kot je bilo dogovorjeno. Čeprav zagovorniki pametnih pogodb navedene lastnosti poudarjajo kot njihove ključne prednosti, pa lahko ugotovimo, da te hkrati odpirajo številna vprašanja in dileme v zvezi z nadaljnjim razvojem in uporabo pametnih pogodb v poslovni praksi.²⁹

3.2.1. Avtomatična izpolnitev pogodbene obveznosti

Za presojo dometa uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava se je najprej treba vprašati, katera pogodbeni razmerja se sploh lahko sklenejo v obliki pametnih pogodb. Glede na definicijo pametne pogodbe je za analizo navedenega vprašanja pomembno zlasti naslednje: oblika računalniške kode, izpolnjevanje pogojev in prenos informacij o izpolnjenih pogojih v pametno pogodbo ter avtomatizacija izpolnitvenega ravnanja.

izpolnila. Prodajalec bo prejel nakazilo kupnine, hkrati pa bo kupec v zemljiški knjigi pri zadevni nepremičnini vključen kot novi lastnik. Prvi pogoj za sklenitev pametne pogodbe pa je vključenost baze transakcijskih računov in zemljiške knjige v verigo podatkovnih blokov.

²⁸ Več o projektih zbiranja zagonskih sredstev glej Adhami, Giudici, Martinazzi.

²⁹ V prispevku so v zvezi z uporabno vrednostjo pametnih pogodb obravnavana samo pogodbenopravna vprašanja, ne pa tudi vprašanja, povezana z izpolnjevanjem predpostavk za veljavno sklenitev pogodbe, ter vprašanja, ki se nanašajo na druga pravna področja, kot so na primer varstvo osebnih podatkov, davčno pravo, stvarno pravo idr.

Prvi pogoj za sklenitev pametne pogodbe je izdelava algoritmičnega zapisa (računalniške kode). Računalniška koda se napiše v programskem jeziku, za katerega so značilne formalnost, določnost in pogojenost (*if-then instructions*). Programski jezik ne omogoča diskrecije pri razlagi posameznega pogodbenega določila oziroma navodila. Navodila so jasna in točno določena, zato da so lahko računalniško berljiva.³⁰ Pametna pogodba ne more vključevati določila, ki ima v trenutku izpolnitve pogodbe drugačen pomen kot v trenutku njene sklenitve.³¹ Ker morajo biti posamezna navodila (določila) pametne pogodbe točno določena, pa sta stranki hkrati omejeni glede ohlapnejše opredelitve pogodbenega razmerja. Stranke pogosto oblikujejo pogodbeno razmerja tako, da jih je lažje prilagajati različnim okoliščinam in možnim dogodkom v prihodnosti. Nasprotno pa so stranke pri sklepanju pametnih pogodb omejene na uporabo jasnih in določnih pogodbenih določil. Programski jezik namreč ne omogoča tako imenovanih sivih območij, saj loči le dve možnosti: 1 ali 0. Stranke, ki želijo pogodbeno razmerje oblikovati na nedoločen in prilagodljiv način na podlagi standardov in temeljnih načel, ga torej ne morejo skleniti v obliki pametne pogodbe.³²

Na podlagi povedanega lahko ugotovimo, da pametnih pogodb ni mogoče sklepati, kadar gre za obligacije prizadevanja (presoja skrbnosti ravnanja stranke ne more biti algoritmično določena; na primer mandatna pogodba) in tudi tiste obligacije rezultata, pri katerih je izpolnitveno ravnanje nedoločno opredeljeno. O nedoločni opredelitvi razmerja govorimo, kadar so v pogodbeno razmerje vključeni standardi, običaji, načela in drugi pojmi, ki na abstraktni ravni niso konkretno opredeljeni in se njihova vsebina oblikuje šele na podlagi okoliščin vsakega konkretnega primera posebej. Ugotovimo lahko, da se v obliki pametne pogodbe lahko sklepajo le obligacije rezultata, in še to le tiste z jasnimi in računalniško berljivimi pogodbenimi določili, ki jih ni treba dodatno razlagati in oblikovati njihove vsebine.

Čprav morajo biti določila pametne pogodbe jasna in določna, pa se vanje vnaša tudi nekaj negotovosti, in sicer prek vključevanja pogodbenih pogojev. Ti pogoji se lahko nanašajo na ravnanja strank (na primer »če bo kupec plačal kupnino«) ali pa tudi na druge dogodke in ravnanja zunaj sfere pogodbenih strank. Kadar se pametne pogodbe nanašajo na dejstva in dogodke v svetu zunaj sfere verige podatkovnih blokov, je takšne podatke treba zbrati prek zunanjega vira in jih posredovati v verigo podatkovnih blokov. Sisteme, ki neodvisno zbirajo in posredujejo podatke iz zunanjih virov ter s tem vplivajo na presojo pogodbenih pogojev, imenujemo orakli (*oracles*). Drugače kot pri sistemu veriženja blokov orakli niso popolnoma decentralizirani, zato morajo pogodbene stranke do neke mere zaupati v avtentičnost po-

³⁰ Savelyev, str. 13.

³¹ Sklaroff, str. 291.

³² Cuccuru, str. 190.

sredovanih podatkov.³³ Gre torej za zunanje zaupanja vredne vire; ti zbirajo podatke, ki niso vključeni v verigo podatkovnih blokov, ter jih posredujejo v povezane pametne pogodbe.³⁴

Kot primer lahko navedemo sklenitev pametne zavarovalne pogodbe za primer suše, na podlagi katere bo zavarovanec prejel zavarovalnino, če količina padavin v določenem obdobju ne bo preseгла vnaprej določene vrednosti. Veriga podatkovnih blokov kot takšna ne vsebuje podatkov o količini padavin. Gre za zunanji podatek, ki ga je treba neodvisno in objektivno izmeriti ter posredovati v povezano pametno pogodbo. Pametna pogodba bo tako od zunanjega zaupanja vrednega vira (na primer Agencije Republike Slovenije za okolje) pridobila informacijo o količini padavin v določenem časovnem obdobju. Če bo količina padavin manjša od dogovorjene mejne vrednosti, se bo pametna pogodba avtomatično izpolnila, in sicer tako, da se bo izvedlo nakazilo zavarovalnine na transakcijski račun zavarovanca. Z vključitvijo oraklov pa pogodbeno razmerje ni več popolnoma neodvisno in decentralizirano. Obstaja namreč tveganje, da bo prišlo do vpliva na zunanje zbiranje informacij in s tem do vpliva na (ne)izpolnitev pogodbenih obveznosti.³⁵

Za sklenitev pogodbenega razmerja v obliki pametne pogodbe pa ne zadostujeta zgolj vsebina pogodbenega razmerja, ki se lahko preoblikuje v algoritmični zapis (računalniško kodo), in neodvisni zunanji viri informacij (oraki), temveč mora biti hkrati tudi rezultat pogodbenega razmerja (izpolnitveno ravnanje) takšen, da omogoča avtomatično izpolnitev brez potrebe po vključitvi pogodbene stranke.³⁶ Avtomatična izpolnitev pogodbenih obveznosti velja za temeljno značilnost pametnih pogodb. O pametni pogodbi lahko govorimo le takrat, kadar se pogodba (računalniški program) ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev avtomatično izpolni. *A contrario* ne gre za pametno pogodbo, če se obveznost ne izpolni avtomatično in je za njeno izpolnitev potrebno ravnanje tretje osebe oziroma ravnanje pogodbenih strank. Posledično v obliki pametnih pogodb ni mogoče sklepati tudi vseh tistih obligacij rezultata, pri katerih je izpolnitveno ravnanje nujno odvisno od ravnanja konkretne pogodbene stranke (na primer fizična izročitev predmeta, izvedba predmeta podjemne ali gradbene pogodbe ipd.).³⁷

Tudi če imamo pogodbeno razmerje, ki ga vsebinsko lahko zapišemo v algoritmični obliki, in tudi če gre za izpolnitveno ravnanje, ki je lahko avtomatizirano, pa je treba za sklenitev pametne pogodbe izpolniti še drugi pogoj. Ker se pametne pogodbe sklepajo in izpolnjujejo

³³ Werbach, Cornell, str. 336.

³⁴ Hansmann 2017.

³⁵ Cuccuru, str. 186.

³⁶ Simmchen, str. 164.

³⁷ Zato je treba ločiti pametne pogodbe od pogodb, ki se sklepajo prek spleta in pri katerih je – poleg tega, da ne gre za vključitev tehnologije verženja podatkovnih blokov – tudi izpolnitveno ravnanje odvisno od ravnanja ene ali obeh pogodbenih strank (na primer sklepanje pogodb prek platform Airbnb, Uber).

le v digitalni obliki, je treba za njihovo uporabo v poslovni praksi vzpostaviti še povezavo med digitalnim in realnim svetom.³⁸ V verigo podatkovnih blokov je tako treba vključiti različne baze podatkov (na primer register prebivalstva, register gospodarskih družb, zemljiško knjigo, register bančnih računov idr.) in jih medsebojno povezati. Samo to namreč omogoča avtomatično izvajanje transakcij, ki bo imelo pravne posledice tudi v realnem svetu.

3.2.2. Sklenitev pogodbe v obliki računalniške kode

Pametna pogodba je dogovor med pogodbenima strankama, ki je izražen v obliki računalniške kode in ki se ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev avtomatično izpolni. Za sklenitev pametne pogodbe je torej treba napisati računalniško kodo, kar pa ni izvedljivo brez ustreznega znanja računalniškega programiranja. Na področju pogodbenega prava s tem prihaja do bistvene spremembe, saj pogodbene stranke (pametnih) pogodb ne morejo skleniti v naravnem jeziku, temveč le v posebnem programskem jeziku, ki omogoča računalniško analizo in avtomatično izpolnitev. Programski jezik je popolnoma nerazumljiv vsakomur, ki ni več računalniškega programiranja, zato se postavlja vprašanje, kako bodo stranke sploh lahko sklepale pametne pogodbe.³⁹

Prispevek se nanaša na trenutno stanje in poznavanje področja računalniškega programiranja, vsekakor pa obstaja možnost, da je navedena ovira le začasna in bo v prihodnosti odpravljena. V prihodnosti bi se znanje računalniškega programiranja namreč lahko razširilo na širšo populacijo, prav tako pa bi lahko prišlo tudi do razvoja računalniških aplikacij, ki bi omogočale pisanje in razumevanje programskega jezika prek uporabe naravnega jezika.⁴⁰ Ne glede na navedeno pa lahko ugotovimo, da v tem trenutku večina posameznikov nima ustreznih znanj računalniškega programiranja, ki bi omogočala sklepanje pametnih pogodb. Posledično je najbolj verjetno, da bodo stranke vsebinsko (pametne) pogodbe dorekle v klasični obliki, oblikovanje računalniške kode pa zaupale računalniškemu programerju. Tako se bo sicer ohranila večina značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov (med njimi tudi avtomatična in popolna izpolnitev), kljub temu pa ne bo uresničena temeljna ideja tehnologije veriženja podatkovnih blokov, to je možnost neposrednega poslovanja brez potrebe po vključevanju tretjih oseb.⁴¹

Problem nepoznavanja programskega jezika pa je mnogo širši od vprašanja posredne oziroma neposredne sklenitve pametne pogodbe. Za pametne pogodbe je značilno, da se avtomatično izpolnijo in da po sklenitvi (potrditvi v podatkovni blok) ni več mogoče vplivati na njihovo

³⁸ Hsiao, str. 691.

³⁹ Giancaspro, str. 7.

⁴⁰ Surden, str. 629.

⁴¹ V zvezi s temeljno idejo razvoja tehnologije veriženja podatkovnih blokov glej Nakamoto.

vsebino oziroma kako drugače vplivati na izvajanje. Posledično je zelo pomembno, da je računalniška koda oblikovana brez napak, saj že najmanjša napaka lahko vpliva na nemožnost izpolnitve oziroma povzroči druge nepravilnosti.⁴² Popolna izpolnitev je mogoča le v primeru popolne računalniške kode.⁴³ Izdelava popolne računalniške kode pa je z vključitvijo tretje osebe (računalniškega programerja) še toliko težja. Ni namreč dovolj, da je koda tehnično brezhibna, temveč mora hkrati tudi v celoti odražati voljo pogodbenih strank. Navedeno je še toliko težje, ker računalniški programerji praviloma nimajo znanj s področja pogodbenega prava in bodo zato dogovor pogodbenih strank še težje preoblikovali v ustrezen algoritmični zapis. Pričakujemo lahko, da se bodo zaradi odstopanja vsebine računalniške kode od dejanske vsebine pogodbenega razmerja postavljala različna vprašanja v zvezi s prekoračitvijo pooblastil oziroma neobstojem pooblastil računalniških programerjev, prav tako pa tudi v zvezi z (ne)veljavnostjo sklenjenih pogodb zaradi nesporazuma oziroma neobstoja resnične volje pogodbenih strank. Postavljalo se bo tudi vprašanje dolžne skrbnosti pogodbenih strank, saj stranki, ki ne bosta znali napisati računalniške kode, verjetno tudi ne bosta znali preveriti njene vsebine. To pomeni, da bosta popolnoma odvisni od računalniškega programerja, saj bosta le stežka preverili, ali programirana računalniška koda tudi dejansko izraža njuno resnično voljo ali ne.⁴⁴

Ugotovimo lahko, da nepoznavanje in nerazumevanje programskega jezika (glede na trenutno stanje) bistveno vpliva na sklepanje pametnih pogodb in s tem na njihovo dejansko uporabno vrednost. Navedeno še posebno velja, kadar gre za enkratna pogodbeno razmerja, pri katerih morajo stranke za vsako posamično sklenitev pametne pogodbe v razmerje vključiti tretjo osebo (računalniškega programerja).⁴⁵ S tem se otežijo pogajanja, povečajo se stroški sklenitve pogodbe, poleg tega pa se ustvari tudi nevarno okolje za nastanek številnih pravnih problemov ter s tem velika nevarnost za neveljavnost pogodbenega razmerja in za nastanek odškodninske odgovornosti katere izmed strank.

Zaradi navedenih značilnosti se sklepanje pametnih pogodb trenutno uporablja le pri množičnem sklepanju istovrstnih pogodb. V teh primerih ena izmed strank (sama ali ob pomoči tretje osebe) v verigi podatkovnih blokov vnaprej pripravi celotno vsebino pogodbe in jo zainteresiranim posameznikom ponudi v sprejetje. Enak vzorec pametne pogodbe se tako uporabi

⁴² V raziskavi »Step by Step Towards Creating a Safe Smart Contract: Lessons and Insights from a Cryptocurrency Lab« so preučevali tipične napake, ki se pojavljajo pri programiranju. Ugotovili so, da je zaradi njihove edinstvene narave že v primeru zelo enostavnih pametnih pogodb zelo pomembno, kako so sestavljene in na kakšen način implementirajo dogovor med pogodbenima strankama. Glej Delmolino in dr.

⁴³ Mik, str. 300.

⁴⁴ Navedeni problem je podoben položaju strank v primeru sklepanja pogodb pri nepisemenih osebah oziroma sklepanja pogodbe v tujem jeziku, ki ga stranka ne razume. Glej Mik, str. 282.

⁴⁵ Cuccuru, str. 189.

za sklenitev številnih pravnih razmerij z isto vsebino, a z različnimi pogodbenimi strankami. Takšen način sklepanja pametnih pogodb se uporablja pri vseh projektih zbiranja zagonskih sredstev z izdajo uporabnih žetonov (*initial coin offering*). Po načinu sklepanja takšne pogodbe imenujemo adhezijske pogodbe. Gre za pogodbe, ki jih nasprotna stranke lahko samo sprejmejo ali zavrnejo, ne morejo pa spreminjati njihove vsebine (*take it or leave it*).⁴⁶ Stranki se glede vsebine pogodbenega razmerja ne pogajata, saj je ta že celovito urejena s predloženim predlogom. Nasprotna stranka lahko tak predlog sprejme na različne načine, med drugim tudi z izpolnitvijo zahtevanega ravnanja, na primer z nakazilom določenega zneska določene kriptovalute na posredovani transakcijski naslov.⁴⁷

3.2.3. (Ne)prilagodljivost pametne pogodbe

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov omogoča, da se dogovor pogodbenih strank izvede natančno tako, kot je programiran, brez nevarnosti prekinitve, spremembe ali drugega vpliva nasprotna stranke ali tretjih oseb. Ko je pametna pogodba enkrat sklenjena (potrjena v podatkovni blok), je ni več mogoče spremeniti, preklicati ali kako drugače vplivati na njeno izpolnitev. Izpolnitev pogodbenih obveznosti tako ni več odvisna od volje pogodbenih strank, temveč je v celoti odvisna od izpolnitve pogojev in od programirane računalniške kode. Gre za popolno izpolnitev, ki jo zagovorniki navajajo kot eno izmed glavnih prednosti pametnih pogodb.⁴⁸ Načelo *pacta sunt servanda* (dogovore je treba spoštovati) je temeljno načelo pogodbenega prava, zato je vsekakor dobrodošlo, da izpolnitev pogodbene obveznosti ni odvisna od volje nasprotna pogodbene stranke. Domneva se, da se stranka lahko bolj zanese na tehnično gotovost izpolnitve s pomočjo sodobne računalniške tehnologije kot na (ne)predvidljivost človeškega ravnanja.⁴⁹ Tehnologija veriženja podatkovnih blokov s tem (v primeru izpolnitve pogojev) omogoča garantirano izpolnitev obveznosti obeh pogodbenih strank.

Čeprav se na prvi pogled zdi, da je nespremenljivost (pametne) pogodbe absolutno pozitivna lastnost, pa lahko ugotovimo, da je ta značilnost hkrati tudi ena izmed največjih pomanjkljivosti, ki bistveno vplivajo na domet uporabne vrednosti pametnih pogodb.⁵⁰ Načelo *pacta sunt servanda* namreč ni absolutno in ima določene izjeme. Po sklenitvi pogodbe v praksi pogosto

⁴⁶ Kranjc, str. 62; Savelyev, str. 11.

⁴⁷ Navedeni način sklepanja pogodb se uporablja pri zbiranju zagonskih sredstev z izdajo uporabnih žetonov (ICO-projekti). Nosilci projektov objavijo javne transakcijske naslove, na katere lahko zainteresirani posamezniki nakažejo kriptovaluto v poljubnem znesku. Opravljeno nakazilo se šteje za sprejetje ponudbe in sklenitev pametne pogodbe. V zameno za opravljeno nakazilo investitorji v svoje elektronske denarnice avtomatično prejmejo ustrezno količino uporabnih žetonov.

⁴⁸ Hsiao, str. 687; Mik, str. 270; Raskin, str. 315.

⁴⁹ Raskin, str. 326.

⁵⁰ Glej tudi Sklaroff, str. 291–303.

nastopijo (nepričakovane) okoliščine, ki vplivajo na pogodbeno razmerje. Okoliščine lahko na razmerje vplivajo na različne načine, recimo da sklenitev pogodbenega razmerja ni več smotrna, da razmerje ne odraža (več) pogodbene volje strank, da je vsebino pogodbenega razmerja treba prilagoditi itd.

Pogodbene stranke ob sklenitvi pogodbe ne morejo *ex ante* predvideti vseh možnih dogodkov in okoliščin, ki bi lahko vplivale na pogodbeno razmerje. Tudi če bi jih lahko predvidele, pa bi bila opredelitev vseh možnih posledic v obliki določnih pogodbenih določil preveč kompleksna. Navedeno pride še posebej do izraza v primeru pogodbenih razmerij, ki se sklepajo za daljše časovno obdobje.⁵¹ Pogodbenopravna zakonodaja zato omogoča, da se (klasična) pogodbeni razmerja na spremenjene okoliščine lahko prilagajajo na različne načine. Do prilagoditve razmerja lahko pride na podlagi soglasja strank, na podlagi uporabe nedoločnih pogodbenih določil, katerih vsebina se prilagaja glede na nastale okoliščine, in z uporabo posebnih zakonskih pravil. Namen pravil pogodbenega prava je ravno v prilagodljivosti pogodbenega razmerja na različne okoliščine. Posledično lahko stranki v primeru nastanka spremenjenih okoliščin (sami ali prek intervencije sodišča) klasično pogodbeno razmerje korigirata v skladu s skupnim namenom in temeljnimi načeli pogodbenega prava. Gre predvsem za institute razveze pogodbe, odstopa od pogodbe, spremenjenih okoliščin, nemožnosti izpolnitve, delne izpolnitve, spremembe pogodbe, izpolnitve s subrogacijo, poravnave ipd.

Zaradi značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov pa vsebine pametne pogodbe v verigi podatkovnih blokov v nobenem primeru ni mogoče spremeniti, torej niti v primeru, če bi stranki soglašali o njeni spremembi ali razvezi. Ko je pametna pogodba enkrat sklenjena in vključena v potrjen podatkovni blok, na njeno vsebino ni več mogoče vplivati. Z izpolnitvijo pogojev se bo pametna pogodba avtomatično izpolnila v skladu s prvotnim dogovorom, ne glede na morebitno spremembo okoliščin in ne glede na spremenjen namen pogodbenih strank. Zaradi značilnosti tehnologije veriženja podatkovnih blokov pametne pogodbe ni mogoče prilagoditi na noben način. To je še posebno problematično v primerih, kadar bi obe pogodbeni stranki soglašali s spremembo pametne pogodbe. Navedeno namreč pomeni, da stranki po sklenitvi pametne pogodbe tudi ne moreta odpraviti morebitnih napak, do katerih je prišlo pri pisanju računalniške kode. Omenjeni problem je še toliko večji, ker je praktično nemogoče brez napak sprogramirati računalniške kode kompleksnejših pogodbenih razmerij, sploh zato, ker je potrebno vsa pogodbeni določila jasno in določno opredeliti.⁵²

Zaradi neprilagodljivosti pametnih pogodb bi bilo treba veliko več poudarka nameniti sklenitveni fazi pogodbenega razmerja. Stranke bi posledično morale že ob sklenitvi pametne pogodbe upoštevati vse predvidljive (in nepredvidljive) okoliščine, ki bi lahko vplivale na njihovo

⁵¹ Goetz, Scott, str. 1091.

⁵² Bacon, Bazinas 2017.

pogodbeno razmerje, saj bi le v tem primeru lahko prišlo do izpolnitve v skladu z njihovim skupnim namenom. Ne le, da bi morale stranke ob sklenitvi pametne pogodbe predvideti vse možne dogodke in zunanje okoliščine, ki bi lahko vplivale na pogodbeno razmerje, temveč bi morale zaradi zahtev po avtomatični izpolnitvi vse spremembe okoliščin tudi zapisati v računalniško berljivem algoritmičnem zapisu.⁵³ To pomeni, da bi morale že ob sklenitvi pogodbe točno določiti posledice, ki jih bo računalniška koda avtomatično izvršila za vsako posamično spremembo okoliščin.

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov torej ne dopušča nobenih sprememb računalniške kode po njeni potrditvi. Če stranki soglašata o naknadni spremembi, lahko učinke pametne pogodbe odpravita le z oblikovanjem nove računalniške kode (s sklenitvijo nove pametne pogodbe) oziroma s sklenitvijo vzporedne klasične pogodbe.⁵⁴ Nespremenljivost pametnih pogodb pa hkrati onemogoča tudi intervencije sodišč in drugih državnih organov. Medtem ko je v primeru klasičnih pogodb izpolnitev pogodbe lahko zadržana ali zaustavljena, to za pametne pogodbe ne velja. Kakršnikoli ukrepi sodišča so tako mogoči zgolj *ex post*, torej po tem, ko pride do avtomatične izpolnitve pametne pogodbe.⁵⁵

4. Sklep

Na podlagi analize prednosti in slabosti pametnih pogodb lahko ugotovimo, da tehnologija veriženja podatkovnih blokov omogoča nov koncept sklepanja pogodbenih razmerij. Izpolnitev pogodbene obveznosti ni več odvisna od volje pogodbenih strank, temveč le še od izpolnitve vnaprej določenih pogojev. Čeprav zagovorniki pametnih pogodb poudarjajo njihovo široko uporabno vrednost in celo napovedujejo, da bodo pametne pogodbe nasledile klasično pogodbeno pravo, pa lahko ugotovimo, da še zdaleč ni tako. V prispevku je pozornost namenjena tistim značilnostim, ki najbolj vplivajo na domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava. Prva ugotovitev je, da številna pogodbeno razmerja sploh niso primerna za sklenitev v obliki pametne pogodbe. V obliki pametne pogodbe tako ne moremo skleniti nobene obligacije prizadevanja in tudi nobene obligacije rezultata, ki ni povsem določno opredeljena oziroma pri kateri ni mogoče avtomatizirati pogodbenega ravnanja.

V obliki pametne pogodbe tako lahko sklepamo zgolj obligacije rezultata, in še to le tiste, ki jih lahko določno opredelimo in pri katerih lahko avtomatiziramo izpolnitveno ravnanje (vzpostavimo stik med digitalnim in realnim svetom). Tudi če razmerje po vsebini ustreza navedenim pogojem, pa sklenitev pametne pogodbe dodatno otežuje računalniška koda. Večina

⁵³ Cuccuru, str. 188.

⁵⁴ Glej tudi Sklaroff, str. 292.

⁵⁵ Prav tam, str. 280.

posameznikov in poslovnih subjektov namreč nima potrebnih znanj računalniškega programiranja, ki bi omogočala samostojno sklepanje pametnih pogodb oziroma vsaj razumevanje njihove vsebine. Postavlja se vprašanje, ali bo posameznik oziroma poslovni subjekt res sklenil pametno pogodbo, če niti on niti njegov pravni svetovalec ne bosta razumela njene vsebine in bo sklenitev temeljila na zaupanju tretji osebi, ki bo imela ustrezno znanje računalniškega programiranja. Težav pa ni konec niti po zapisu ustrezne računalniške kode. Po sklenitvi pametne pogodbe namreč ni več mogoče vplivati na njeno vsebino oziroma izvajanje. Pametnih pogodb tako ni mogoče prilagoditi spremembam okoliščin po sklenitvi pogodbe in ne morejo biti spremenjene niti, če bi se ugotovila napaka v računalniški kodi ali če bi stranki soglašali o spremembi pogodbe.

Na podlagi navedenega lahko sklenemo, da značilnosti pametnih pogodb ne omogočajo, da bi stranke v prihodnosti večino pogodbenih razmerij lahko sklepale v obliki pametnih pogodb. Pametne pogodbe na področju pogodbenega prava tako ne bodo imele takšnega dometa, da bi njihova uporaba bistveno spremenila sistem klasičnega pogodbenega prava. Uporabo pametnih pogodb, ki bi celostno urejale določeno pogodbeno razmerje, pa lahko pričakujemo predvsem pri enostavnejših pogodbenih razmerjih, zlasti na področju finančnih transakcij. Čeprav možnost sklepanja pametnih pogodb ne bo bistveno vplivala na osnovni koncept pogodbenega prava, pa je zelo verjetno, da bo tehnologija veriženja podatkovnih blokov zaradi svojih značilnosti vse pogosteje vključena v različne faze poslovanja. Tudi če bodo posamezna izpolnitvena ravnanja avtomatizirana, pa se bo večina vprašanj in posledic še vedno urejala prek klasičnega sistema pogodbenega prava.

Literatura

- ADHAMI, Saman, GIUDICI, Giancarlo, MARTINAZZI, Stefano. Why do businesses go crypto? An empirical analysis of initial coin offerings. *Journal of Economics and Business*, 2018. Dostopno na: <<https://doi.org/10.1016/j.jeconbus.2018.04.001>> (4. 11. 2018).
- ADLERSTEIN, David M. *Are Smart Contracts Smart? A Critical Look at Basic Blockchain Questions*, 2017. Dostopno na: <<https://www.coindesk.com/when-is-a-smart-contract-actually-a-contract/>> (4. 11. 2018).
- BACON, Lee, BAZINAS, George. "Smart Contracts": *The Next Big Battleground?*, 2017. Dostopno na: <<https://www.clydeco.com/insight/article/smart-contracts-the-next-big-battleground>> (4. 11. 2018).
- CLACK, Christopher D., BAKSHI, Vikram A., BRAINE, Lee. *Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions*, 2017. Dostopno na: <<https://arxiv.org/abs/1608.00771>> (4. 11. 2018).
- CoinMarketCap, <<https://coinmarketcap.com/>> (26. 10. 2018).

- CUCCURU, Pierluigi. *Beyond bitcoin: an early overview on smart contracts*, 2017, letn. 25, št. 3, str. 179–195.
- DELMOLINO, Kevin, KOSBA, Ahmed, MILLER, Andrew, SHI, Elaine. *Step by Step Towards Creating a Safe Smart Contract: Lessons and Insights from a Cryptocurrency Lab*. Financial Cryptography and Data Security: FC 2016 International Workshops, BITCOIN, VOTING, and WAHC. Barbados: Christ Church, 2016.
- DRNOVŠEK, Klemen. Tehnologija veriženja podatkovnih blokov in pravni vidiki sklepanja pametnih pogodb. *Podjetje in delo*, 2018, št. 5, str. 721–750.
- EKPARINYA, Parinya, GRAMOLI, Vincent, JOURJON, Guillaume. *Double-Spending Risk Quantification in Private, Consortium and Public Ethereum Blockchains*. CoRR, 2018.
- Ethereum, <<https://www.ethereum.org/>> (28. 10. 2018).
- GIANCASPRO, Mark. Is a »smart contract« really a smart idea? Insights from a legal perspective. *Computer law & security review*, 2017. Dostopno na: <<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.007>> (4. 11. 2018).
- GOETZ, J. Charles, SCOTT, E. Robert. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, 1981, letn. 67, str. 1089–1150.
- HANSMANN, Florian. *Smart Contracts and the Real World – A Complicated Relationship*, 2017. Dostopno na: <<https://medium.com/@fhansmann/smart-contracts-and-the-real-world-a-complicated-relationship-c00dd766731a>> (4. 11. 2018).
- HSIAO, Jerry I-H. »Smart« Contract on the Blockchain-paradigm Shift for Contract Law?. *US-China Law Review*, 2017, št. 10, str. 685–694.
- KIVIAT, Trevor I. Beyond Bitcoin: Issues In Regulating Blockchain Transactions. *Duke Law Journal*, 2015, letn. 65, str. 569–608. Dostopno na: <<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/4/>> (4. 11. 2018).
- KOSTANJŠEK, Blaž. *Uporaba verige blokov za zagotavljanje zaupnosti in integritete podatkov v obstoječih sistemih* (magistrsko delo). Ljubljana: Fakulteta za računalništvo in informatiko Univerze v Ljubljani, 2017.
- KRANJIC, Vesna. *Gospodarsko pogodbeno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2006.
- MIK, Elize. Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity. *Law, Innovation and Technology*, 2017, letn. 9, št. 2, str. 269–300.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008. Dostopno na: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> (4. 11. 2018).
- PÉREZ-SOLÀ, Christina, DELGADO-SEGURA, Sergi, NAVARRO-ARRIBAS, Guillermo, HERRERA-JOANCOMARTÍ, Jordi. Double-spending Prevention for Bitcoin zero-confirmation transactions. *Cryptology ePrint Archive*, Report 2017/394, 2017. Dostopno na: <<https://eprint.iacr.org/2017/394>> (4. 11. 2018).
- RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts. *1 Georgetown Law Technology Review*, 2017, letn. 1, št. 2 str. 306–341. Dostopno na: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959166> (4. 11. 2018).

- SAMEC BERGHAUS, Nataša, DRNOVŠEK, Klemen. Iluzija pojma pametne pogodbe. *Konferenčni zbornik X. posveta Pravo in ekonomija: Digitalno gospodarstvo, 1. december 2017*, 2018, str. 17–30.
- SAVELYEV, Alexander. *Contract Law 2.0: "Smart" Contracts As the Beginning of the End of Classic Contract Law*. Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, 2016. Dostopno na: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2885241> (4. 11. 2018).
- SIMMCHEN, Christoph. Blockchain (R)Evolution. *Multimedia und Recht*, 2017, str. 162–165.
- SKLAROFF, Jeremy M. Smart Contracts and the Cost of Inflexibility, *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, letn. 166, str. 263–303.
- Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond*. Chamber of Digital Commerce, 2016. Dostopno na: <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> (4. 11. 2018).
- SURDEN, Harry. Computable Contracts. *University of California Davies Law Review*, 2012, letn. 46, str. 629–700.
- SZABO, Nick. *Smart Contracts in Essays on Smart Contracts, Commercial Controls and Security*, 1994. Dostopno na: <<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>> (4. 11. 2018).
- SZABO, Nick. *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996. Dostopno na: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html> (4. 11. 2018).
- SZABO, Nick. *The Idea of Smart Contracts*, 1997. Dostopno na: <<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/idea.html>> (4. 11. 2018).
- The top 10 crypto coins of an extraordinary 2017 – Verge Currency gains over 1 million percent*, 2018. Dostopno na: <<https://blockchaintimes.co/cryptocurrencies/top-10-crypto-coins-of-extraordinary-2017-verge-gains-one-million-percent/>> (4. 11. 2018).
- WERBACH, Kevin, CORNELL, Nicholas. Contracts Ex Machina, *Duke Law Journal*, 2017, letn. 67, str. 101–170.
- YLI-HUUMO, Jesse, KO, Deokyoong, CHOI, Sujin, PARK, Sooyong, SMOLANDER, Kari. Where Is Current Research on Blockchain Technology?—A Systematic Review. *PLoS ONE* 11(10): e0163477. doi:10.1371/journal.pone.0163477, 2016.



Zavarovanje obveznosti

III.

MIRAN JUS

Zavarovanje trgovinskih kreditov

BOJAN BREŽAN, JURIJ LAMPIČ

Prenosljivost maksimalne hipoteke

KREŠIMIR STARČEVIČ, ANA BOŽIČ

Strategija upravljanja kreditnim rizikom te njen utjecaj na broj ovršnih postupaka pravne osebe

UDK 368.811:347.455
Izvirni znanstveni članek

Zavarovanje trgovinskih kreditov

MIRAN JUS
doktor pravnih znanosti,
izvršni direktor za strukturirano
financiranje in pravne zadeve,
Korona inženiring, d. d.

1. Uvod

Kreditno (*del credere*) zavarovanje je razmeroma učinkovit in v sodobnih kreditnih gospodarstvih marsikje daleč najpomembnejši finančni oziroma zavarovalniški ter osebnopravni instrument zaščite pred riziki (ne)plačil. Uporabljajo ga podjetja, ki kupcem tudi zaradi svojega prevladujočega tržnega položaja in pogajalskih pozicij blago in storitve prodajajo na kredit. S tako prodajo na odloženo plačilo (postnumerandni posel) in ugodnimi plačilnimi pogoji, praviloma brez zahtevanih dodatnih varščin, lahko prodajalci na trgih (kupcev) dosežejo pomembno konkurenčno prednost. Po drugi strani pa so s prodajo na odprt račun, ki danes v razvitih gospodarstvih močno prevladuje, izpostavljeni tudi njej inherentnim kreditnim (in morebitnim predkreditnim oziroma proizvodnim) rizikom, ki lahko – ne glede na skrben izbor partnerjev in dobro stipuliranje pogodb ter splošne gospodarske razmere in plačilno disciplino – resno ogrozijo njihovo poslovanje in celo obstoj.

Trgovinski (dobaviteljski) krediti (*trade/supplier credits*) so, ob tem, da omogočajo, olajšujejo in pospešujejo prodajo, tradicionalno eden najpomembnejših, varnih, stabilnih in najugodnejših (kratkoročnih) virov zunanjega financiranja poslovanja podjetij, trgovinske terjatve (*trade receivables*) iz (osnovnih) komercialnih pogodb (*(underlying) commercial contracts*) pa običajno predstavljajo precejšen del premoženja podjetij. Temu pomembnemu premoženju (saj terjatve v bilancah stanja tipičnih nefinančnih gospodarskih družb lahko predstavljajo 30 in več odstotkov njihove aktive) in denarnemu toku podjetij (ki je odvisen od pripravljenosti in zmožnosti njihovih dolžnikov, da ob dospelosti plačilnih obveznosti vrnejo prejete kredite oziroma plačajo dobavljeno blago in/ali storitve) lahko predstavlja kreditno zavarovanje,

predvsem z osrednjo aktivno (»povračilno«) funkcijo te celovite finančne storitve¹ v obliki (obljubljenega) plačila zavarovalnine po nastanku zavarovalnega primera oziroma dolžnikovem neplačilu dospele terjatve, prikladno in učinkovito sredstvo zaščite pred širokim naborom komercialnih in nekomercialnih rizikov.

Sodobno kreditno zavarovanje, ki se je v svetu začelo razvijati ob koncu 18. stoletja in je bilo v preteklosti, še bolj kot to velja na splošno za zavarovalništvo pri nas,² v marsikaterem smislu zanemarjeno in slabo poznano, se danes globalno razvija v vse bolj integralno, z informacijskim kapitalom in tehnologijo podprto, dostopno in konkurenčno storitveno kreditno zavarovanje s ponudbo zavarovalnih kritij (tako imenovano čisto zavarovanje) ter spremljajočih in dopolnilnih storitev (kreditne informacije, *monitoring* rizikov, izterjave ter druge oblike poslovnega in pravnega svetovanja) v podporo podjetjem pri njihovi prodaji in upravljanju rizikov. Zavarovanje trgovinskih kreditov je ob pravem (brezregresnem) in dospelostnem faktoringu (*non-recourse/maturity factoring*) praktično edini finančni instrument zaščite oziroma prenosa rizikov na tretje osebe z usmeritvijo večinoma na bolj ali manj celoten portfelj kreditnih rizikov podjetij, ko se zavarovatelji zaradi nepopolnosti trga (asimetričnost informacij) oziroma izogibanja negativni selekciji (*adverse selection*) rizikov s strani zavarovancev poslužujejo tradicionalne zahteve po zavarovanju celotnega prometa oziroma ob sklenitvi zavarovanja vztrajajo pri »bolj realističnem« (dovolj) razpršenem kritju (*whole turnover/spread cover*). Ob obstoju številnih substitutov na odprtem, razvitem in konkurenčnem trgu, ki je zaradi narave te dejavnosti sicer zelo koncentriran, storitve kreditnega zavarovanja ponujajo zlasti specializirane kreditne zavarovalnice, ki so marsikateremu podjetju težko pogrešljiv dolgoročni poslovni partner pri zavarovanju njegovih trgovinskih terjatev. To zavarovanje, ki ga ob (po)zavarovanjih nemarketabilnih rizikov pri z državo povezanih izvozno-kreditnih agencijah (IKA) na močno reguliranem trgu skladno s komunitarnimi predpisi in Zakonom o zavarovalništvu (ZZavar-1)³ ponujajo zgolj nadzirane finančne institucije, ki so licencirane za opravljanje zavarovalnih poslov v tej zavarovalni vrsti, tj. zavarovalnice, ki so kot take strokovne, izkušene in finančno močne ter zaupanja vredne, pa se je v dobrega četrta stoletja (»na nekaj podlage«) razvilo tudi na slovenskem trgu in kljub temu, da gre pri zavarovanju trgovinskih kreditov za tako imenovane *push* produkte, doseglo penetracijo, ki je – vsaj za zdaj še (glede na zakon velikih števil in dejstvo, da gre pri kreditnem zavarovanju za delovno intenzivno dejavnost) – lahko primerljiva s tistimi na bolj razvitih evropskih trgih.

¹ Poleg drugih pomembnih funkcij, kot so preventivna in kurativna funkcija tega zavarovanja ter funkciji pospeševanja prodaje in s kreditnim zavarovanjem olajšanega financiranja poslov podjetij.

² Že Urbanc (str. 11) je ugotavljal, »da je zavarovalstvo pri nas najbolj zanemarjena panoga, prava pastorka bodisi v narodnogospodarskem pogledu, bodisi v pogledu pravoznanstva«.

³ Uradni list RS, št. 93/15; glej o tem zlasti 2., 8., 21.–23. in 26. člen.

Glede na opredelitev zavarovanj po objektih, ki so predmet zavarovanja, in po glavnih kritih rizikih, po katerih na primer ZZavar-1 razvršča zavarovanja, je jasno, da zavarovalna vrsta kreditnih zavarovanj spada v skupino premoženjskih zavarovanj, to je zavarovanj premičnih in nepremičnih stvari ter premoženjskih interesov, ter v podskupino kreditnih in kavcijskih (jamstvenih) zavarovanj (*suretyship*),⁴ med kreditna zavarovanja pa v širšem smislu lahko štejemo tudi zavarovanje zvestobe oziroma zaupanja (*fidelity insurance*).

V članku se med širšim naborom raznih kreditnih zavarovanj, ki spadajo v to zavarovalno vrsto, omejujemo na osnovne značilnosti in pravno naravo pogodb o zavarovanju trgovinskih kreditov, predvsem na zavarovanja trgovinskih (domačih in izvoznih/kratkoročnih) kreditov pred marketabilnimi komercialnimi in nekomercialnimi (neposrednimi ali posrednimi političnimi) riziki, za kritje katerih na cikličnem zasebnem (po)zavarovalnem trgu v določenem času na splošno obstajajo zadostne zmogljivosti in ki jih v skladu z *acquis communautaire* oziroma pravili o državnih pomočeh ne smejo ponujati državno podprti zavarovatelji (IKA).⁵

2. Pogodbe kreditnega zavarovanja

2.1. Ekonomski in pravni temelji

Za razumevanje kompleksnosti zavarovalnih razmerij in njihovo pravno ureditev ter tudi za sam potek zavarovalnih poslov so nedvomno pomembni ekonomsko-finančni temelji zavarovalništva kot posebne in zelo pomembne gospodarske dejavnosti. Ti seveda močno vplivajo tudi na posebnosti pravne ureditve teh razmerij in pravno problematiko, ki je glede na druge institute obligacijskega prava pri zavarovalnih poslih v marsičem specifična. Kar velja o tem za zavarovalstvo na splošno, velja *mutatis mutandis* tudi za kreditno zavarovanje, ki kljub nekaterim nadaljnjim posebnostim temelji na praktično (in v osnovi) enakih temeljnih ekonomskih načelih kot druga premoženjska zavarovanja, in sicer so to:

- načeli vzajemnosti in solidarnosti,
- zakon velikih števil,
- verjetnostni račun ter
- razpršenost (dispersija) rizikov, ki so prevzeti v zavarovanje, v času in prostoru.

⁴ Točki 14 in 15 drugega odstavka 7. člena ZZavar-1.

⁵ IKA, ki delujejo v nacionalnem oziroma narodnogospodarskem interesu, so večinoma orientirane na (po)zavarovanje in/ali (re)financiranje enkratnih (*one-off*), večjih ter dolgoročnejših kreditnih poslov izvoza kapitalskih in kvzikapitalskih dobrin in projektov ter izhodnih neposrednih investicij na težavnih trgih v tujini oziroma na prevzemanje tistih rizikov mednarodnih gospodarskih poslov, ki jih zaradi njihove vrste, narave in lokacije ter trajanja (horizont rizikov), kakor tudi zaradi njihove slabše predvidljivosti in kumulacije ter drugih značilnosti, zasebni (po)zavarovalni sektor na splošno ni pripravljen oziroma sposoben kriti.

Za sklepanje in izvrševanje pogodb kreditnega zavarovanja so poleg omenjenih ekonomskih pogojev in predpostavk za varno in uspešno opravljanje zavarovalniške dejavnosti ob drugih pravilih iz splošnega dela Obligacijskega zakonika (OZ)⁶ večinoma pomembna tudi nekatera univerzalno uveljavljena splošna pravna načela, ki so *spiritus agens* obligacijskega prava in jih srečujemo tudi pri drugih obligacijskih razmerjih in poslih zaupanja, kakor tudi načela in pravila, ki jih poznamo pri drugih premoženjskih zavarovanjih, svoj poseben in konkretniji odraz pa dobijo tudi v pogodbah in pogojih kreditnega zavarovanja. K tem načelom na primer spadajo:

- načelo avtonomije oziroma svobode pogodbenih strank pri izbiri nasprotne stranke, vrste pogodbe in njene vsebine (v nasprotju s sicer v korist zavarovancev prevladujočo kogentnostjo zakonskih norm zavarovalnega pogodbenega prava),
- načelo pogodbene discipline (*pacta sunt servanda*),
- načelo dobre vere in poštenja,⁷
- pogoj obstoja (dopustnega/premoženjskega) zavarovalnega interesa (*insurable interest*),
- načelo odškodovanja (*principle of indemnity*)⁸ oziroma prepoved neupravičene obogatitve idr.

Kljub podobnosti z drugimi premoženjskimi zavarovanji in nekaterimi drugimi finančnimi instrumenti ter obligacijskimi instituti se kreditno zavarovanje od drugih zavarovalnih vrst v marsičem tudi razlikuje – tako v zavarovalnotehničnem smislu zaradi posebnosti kreditnih rizikov in njihovega prevzema v zavarovanje kot posledično tudi v zavarovalnopravnem smislu.

2.2. Osnovne značilnosti in vsebina pogodb kreditnega zavarovanja

Kot omenjeno, zavarovanje trgovinskih kreditov daje zavarovanim prodajalcem, ki na tujih trgih in doma kupcem prodajajo blago in storitve na odloženo plačilo oziroma na kredit (pri zavarovanju kratkoročnih kreditov praviloma na odprt račun), zavarovalno kritje pred riziki

⁶ Uradni list RS, št. 97/07 – UPB in 64/16 – odl. US.

⁷ Gre za že iz rimskega prava znano načelo *bona fides* pri sklepanju in izvrševanju pogodb, pri čemer je kreditno zavarovanje po vzoru iz pomorskega prava (*Rozanes v. Bowen (1928) 32 LILR 98* in *Black Kink Shipping Corp. v. Massie the Litsion Pride (1985), 1 Lloyd's Rep. 437*) prevzelo celo standard skrajno dobre vere oziroma najstrožjega spoštovanja obljube (*utmost good faith and fair dealing/uberrimae fidei*), ki velja tako za zavarovance pri izpolnjevanju njihovih pogodbenih obveznosti kot za zavarovatelja ter njihovo strokovno in profesionalno zavzetost pri oblikovanju jasnih in poštenih pogojev zavarovanja, likvidaciji škod itd.

⁸ Po tem načelu je obveznost zavarovatelja kreditov izplačati zavarovalnino v skladu z dogovorjenimi pogoji zavarovanja praviloma omejena s krito dejansko nastalo neposredno gmotno škodo (*damnum emergens*), zaradi preprečevanja moralnega hazarda zmanjšano za dogovorjen samopridržek (*self-retention*) zavarovanja; seveda v okviru odobrenih zavarovalnih (kreditnih) limitov kupcev (»zavarovalne vsote«) ter ob pogoju plačane dospele zavarovalne premije in izpolnjevanju drugih bistvenih pogodbениh obveznosti zavarovanca.

neplačil njihovih zasebnih ali javnih kupcev oziroma dolžnikov in v nekaterih primerih tudi njihovih morebitnih garantov. S sklenitvijo pogodbe o kreditnem zavarovanju lahko torej izvozniki oziroma prodajalci, ki so upniki terjatev za plačila iz raznih osnovnih komercialnih pogodb, na zavarovalnico delno ali »popolnoma« prenesejo komercialne in/ali nekomercialne rizike poslovnih transakcij. Ti riziki, predvsem kreditni, jim lahko povzročijo škodo, ki jo zavarovalnica nadomesti zavarovancem v dogovorjenem obsegu, če prodajalcem njihovi kupci iz določenih razlogov – če se brez njihove krivde zgodi škodni dogodek (tj. pri kritju komercialnih rizikov, zlasti če se uresniči rizik neplačila dolžnika zaradi trajne nesolventnosti ali podaljšane zamude plačila (*protracted default*)), ki v skladu s splošnimi oziroma posebnimi pogoji zavarovanja predstavlja zavarovalni primer (*insured event*) – ne izpolnijo svojih pogodbenih obveznosti oziroma če kupci neupravičeno odstopijo od pogodbe ali dobavljenih dobrin ob dospelosti oziroma v ustreznem roku po dospelosti ne plačajo, kot je bilo dogovorjeno.

V besedilih pogodb o zavarovanju trgovinskih kreditov so ob upoštevanju določb 521. člena ZZavar-1 zajete za te posle primeroma naštetе bistvene in preostale bolj ali manj običajne sestavine (*essentialia/naturalia negotii*), kot so na primer številka pogodbe ter navedba pogodbenih strank in njihovih podatkov, trajanje zavarovalne pogodbe in doba zavarovalnega kritja, čakalne dobe za izplačilo zavarovalnin ter razni drugi roki ipd. Poleg tega so v pogodbi za vse oziroma posamezne kupce, ki jim zavarovanci v skladu z običajnimi ter dogovorjenimi plačilnimi pogoji in roki prodajajo svoje blago oziroma storitve (in morebiti tudi za države, iz katerih so ti kupci) ter ki jih je zavarovalnica glede na njihovo boniteto in svoje zmogljivosti do določenih (zavarovalnih/kreditnih) limitov pripravljena sprejeti v zavarovanje, določeni tudi pogoji zavarovalnega kritja, vključno:

- s sprejemljivimi kratkoročnimi kreditnimi transakcijami oziroma trgovinskimi terjatvami, ki so dopusten in primeren predmet kreditnega zavarovanja z ustreznimi plačilnimi pogoji, vključno z določenimi najdaljšimi dovoljenimi roki kreditiranja kupcev, ter
- z navedenimi kritimi komercialnimi in/ali njim akcesornimi nekomercialnimi riziki, ki so tudi pri kreditnem zavarovanju konstitutiven element zavarovalne pogodbe, in sicer riziki po dobavi oziroma tudi pred dobavo, če je na primer zaradi posebne narave prodanega blaga posebej dogovorjeno tudi tako dodatno kritje preddobavnih/predkreditnih oziroma proizvodnih rizikov,
- pri čemer so v zavarovalni polici oziroma v splošnih in morebitnih posebnih pogojih zavarovanja, ki so sestavni del zavarovalne pogodbe, podrobno navedene tudi izključitve in omejitve odgovornosti zavarovatelja;
- z odstotkom zavarovalnega kritja oziroma recipročnim samopridržkom (določen odstotek neplačane zavarovane terjatve, ki ob nastali škodi predstavlja lastni delež zavarovanca), včasih pa tudi z navedbo najvišjega možnega skupnega zneska izplačanih zavarovalnin v določenem zavarovalnem obdobju (*insurer's maximum liability – IML*);

- z dospelostjo obveznosti zavarovalnice in načinom njihove izpolnitve;
- s premijskimi stopnjami, ki odražajo v zavarovanje prevzete rizike oziroma na zavarovalnico preneseni portfelj kreditnih rizikov, ter morebitnimi provizijami in nadomestili za druge storitve in razne stroške;
- z roki, načinom in modalitetami plačevanja zavarovalne premije;
- z režimom morebitne asignacije pravic iz zavarovalne pogodbe na zunanjega financerja posla;
- s subrogacijo oziroma regresnimi pravicami zavarovatelja;
- s podrobno določenimi obveznostmi zavarovanca pred sklenitvijo zavarovalne pogodbe in v času njenega trajanja ter sankcijami za morebitno neizpolnjevanje obveznosti zavarovanca;
- z določbami o nezakrivanju zaupnih informacij, merodajnem pravu in reševanju sporov iz zavarovalne pogodbe itd.

2.3. Nekatere posebne značilnosti pogodb kreditnega zavarovanja

Pri zavarovanju kratkoročnih trgovinskih kreditov skleneta podjetje (zavarovanec) in zavarovalnica tako imenovano splošno (generalno) zavarovalno pogodbo, pri kateri gre za poseben pravni institut, tj. za praviloma diskretno, odplačno, vzajemno oziroma sinalagmatično ter samostojno oziroma ločeno (*stand-alone*) posebno storitveno pogodbo z nekaterimi elementi aleatornosti, ki je temelj običajno dolgoročnega in interaktivnega partnerskega poslovnega sodelovanja med zavarovalnico in zavarovanimi podjetji (prodajalci/upniki) na področju njihovega upravljanja kreditnih rizikov.

Pravna podlaga (kavza) pogodbe o zavarovanju kreditov je zavarovalni interes oziroma zagotovitev zavarovalnega kritja, večinoma proporcionalnega, za trgovinske terjatve zavarovanca (*causa solvendi* oziroma *securitas*),⁹ ki so primerne za to zavarovanje ter so ob raznih morebitnih dodatnih spremljajočih storitvah zavarovalnice predmet pogodbenim obveznostim dolžnikov iz osnovnih komercialnih pogodb akcesornih in pogojnih (*conditional*) obveznosti zavarovalnice. Pri tem pa je za prenos rizikov na zavarovalnico ob preostalih pomembnih obveznostih, od katerih je po nastanku zavarovalnega primera lahko odvisno tudi izplačilo zavarovalnine (*condicio existit*), pogoj in glavni predmet obveznosti zavarovanca plačilo dogovorjene in ob skadenci oziroma v respiro roku dospele zavarovalne premije, ki se kot davčno priznan strošek (v nasprotju z rezervacijami) na primer plačuje mesečno glede na dejanski realizirani promet oziroma stanje odprtih zavarovanih terjatev (*turnover/balance declaring*). Te mora zavarovanec tekoče prijavljati v zavarovanje, kar poleg dolžnosti razkritij in obveščanja

⁹ Iz zavarovanja so na primer zaradi izogibanja moralnemu hazardu običajno izločene terjatve med povezanimi osebami.

o okoliščinah, ki vplivajo na rizike, ob strogih sankcijah za (predvsem težje ali ponavljajoče se) kršitve kot njegova bistvena obveznost velja *inter alia* tudi za prijave zamud oziroma neplačil, prepoved tako imenovanega *overloadinga* in nadaljnjih dobav neplačljivim kupcem ter ukrepe unovčevanja in izterjav (*debt collection*).

Zavarovalna pogodba kreditnega zavarovanja je v praksi bolj ali manj tipska, formularna (oblična) in praviloma obnovljiva (*perpetual*) dolgoročna tako imenovana *evergreen* pogodba (pogosto so v praksi običajne enoletne ali dvoletne obnove tudi avtomatične) ali pa dolgoročna oziroma permanentna pogodba, ki se sklepa za nedoločen čas z določenim odpovednim rokom, pri katerem gre za tako imenovani formalni konec zavarovanja oziroma zavarovalnega razmerja, ki seveda nastopi tudi z izpolnitvijo oziroma ob pogoju izpolnitve vseh obveznosti strank iz zavarovalne pogodbe.¹⁰

Pri omenjenih splošnih pogodbah o zavarovanju trgovinskih kreditov gre, kot omenjeno, v nekem smislu za okvirne zavarovalne pogodbe (*framework contracts*), ki *per se* še ne ustvarjajo delujočega zavarovalnega kritja,¹¹ temveč je tega kritja v okviru diskrecijskih oziroma odobrenih obnovljivih (*revolving*) zavarovalnih limitov kupcev (»glavne pogodbe« z materialnim začetkom zavarovanja) zavarovanec deležen šele po izvršenih dobavah in svojih prijavih konkretnih nastalih terjatev v zavarovanje (»tehnični začetek zavarovanja«). Pri pogodbah o zavarovanju trgovinskih kreditov gre torej za »obnovljive« zavarovalne pogodbe z dinamičnim upravljanjem zavarovalnih limitov in v zavarovanje prevzetim portfeljem rizikov, praviloma zapisane v imenskih zavarovalnih policah, saj se glasijo na določeno osebo (zavarovalca/zavarovanca), ki je v večini primerov tudi upravičenec do izplačila zavarovalnine,¹² in nastopajo v vlogi listine in dokaza o »obljubi zavarovalnice« (*policere*) oziroma o sklenjeni zavarovalni pogodbi ter njeni vsebini (legitimacijski »nepopolni vrednostni« papir), z vsemi njenimi bistvenimi sestavinami, katere sestavni del so praviloma tudi priloženi splošni in morebitni posebni pogoji zavarovanja, tarife, posebne (tipske) klavzule idr.

¹⁰ Tudi po odpovedi pogodbe oziroma njenem prenehanju zavarovalno kritje seveda ne preneha za tiste zavarovane terjatve, ki so bile v skladu s pogodbo o zavarovanju sproti pravilno prijavljane v zavarovanje in za katere je bila ob dospelosti plačana dolgovana zavarovalna premija; zavarovalni primer lahko namreč, na primer ob stečaju kupca, nastane tudi po dospelosti terjatve in odstopu od zavarovalne pogodbe.

¹¹ Zavarovancu zagotavljajo polno učinkovanje kritja šele ob sklenitvi zavarovalne pogodbe ali kasneje odobreni in veljavni zavarovalni limiti njegovih v zavarovanje prijavljenih kupcev. Zavarovalne pogodbe kreditnega zavarovanja se torej običajno »samodejno« podaljšujejo, vmes pa seveda lahko prihaja do določenih sprememb, ker se spreminjajo v zavarovanje prevzeti riziki, pa tudi portfelj kupcev zavarovanca; v praksi na primer dokaj pogosto prihaja do (*ex ante*) povečanja ali zmanjšanja limitov, do ukinitvev posameznih limitov in odobritev novih, do razširitev zavarovalnega kritja na nove kupce in kupce iz drugih držav ter do raznih drugih sprememb pogojev zavarovalnega kritja.

¹² Razen na primer pri asignaciji pravic iz zavarovalne pogodbe na banko, faktorja ali drugega zunanjega financerja posla, pri čemer pa za izplačilo zavarovalnine zavarovanec ostaja v zavezi, da v skladu s pogodbo o zavarovanju vestno izpolnjuje svoje pogodbene obveznosti.

2.4. Pravna narava pogodb o zavarovanju trgovinskih kreditov

Če kreditno zavarovanje primerjamo z nekaterimi drugimi osebnopravnimi sredstvi zaščite, lahko ugotovimo, da je vsaj z vidika zavarovalne pogodbe zavarovanje trgovinskih kreditov – čeprav je pri tem zavarovanju obveznost zavarovalca, drugače kot pri obveznosti garanta pri samostojnih bančnih garancijah – pogojen instrument, v nasprotju s klasičnimi poroštvami in raznimi akcesornimi garancijami pa je kreditno zavarovanje pravno samostojno oziroma *stand-alone*. Za razliko od poroka pri teh akcesornih dvostranskih pravnih poslih kreditni zavarovatelj prevzema lastno (zavarovalno) obveznost do zavarovanega upnika,¹³ ne pa da kot pri kavcijskih zavarovanjih oziroma poroštvah s svojo novo (stransko) sekundarno obveznostjo kot »dodatni dolžnik« solidarno ali subsidiarno jamči za tujo obveznost, tj. za obveznost glavnega dolžnika iz osnovne komercialne ali finančne pogodbe. O pravni samostojnosti pogodbe kreditnega zavarovanja namreč lahko govorimo, ker veljavnost in eksistenca te pogodbe vsaj neposredno nista podrejeni (subordinirani) kakim drugim (osnovni) pogodbam in ta tudi ni njen integralni del, čeprav je na primer po drugi strani obveznost kreditnega zavarovalca, kot omenjeno, tudi pogojna ter za veljavne in v zavarovanje pravilno prijavljene terjatve v prvi vrsti učinkuje šele v odvisnosti od nastanka določenega škodnega dogodka, ki predstavlja zavarovalni primer, pri čemer je obveznost zavarovalnice – glede na odškodovalno naravo tudi tega premoženjskega zavarovanja (*indemnity insurance*) – odvisna tudi od gmotne škode, ki jo na primer zaradi neplačila dolžnika utrpi prodajalec (zavarovanec), ki svojemu kupcu prodaja blago ali storitve na odloženo plačilo, po drugi strani pa tudi od pravilnega izpolnjevanja pogodbenih obveznosti zavarovanca.

¹³ Tako je bilo na primer odločeno tudi v zadevi VSS III Ips 113/97. Da pri kreditnem zavarovanju zavarovatelj prevzema svojo lastno obveznost, se strinja tudi V. Kranjc, str. 1177, ki pa pri tem pod poroštvami napačno (vsaj po našem pravu) podreja tudi kreditno zavarovanje, ker da »je pri kreditnem zavarovanju izkazana enaka *causa* kot pri poroštvu in ker tudi sicer izpolnjuje vse opredeljene elemente porošstva«. S tem žal spreminja svoja prejšnja stališča in v tem članku trdi, da porok s poroštvom prevzame lastno, ne pa tuje (dolžnikove) obveznosti, kar naj bi bilo torej pri poroštvah enako kot pri samostojnih bančnih garancijah. V zaključku utemeljujem, zakaj to stališče ni pravilno. Naj na tem mestu zgolj opozorim na še eno napačno trditev avtorice, tokrat v zvezi s kreditnemu zavarovanju v ožjem smislu podobnimi kavcijskimi zavarovanji, ki kot »zrcalna slika zavarovanja trgovinskih kreditov« včasih tudi kot substituti krijejo iste oziroma enake rizike in za katera namreč trdi (prav tam), da njihova podreditev pod pravila poroštvne pogodbe ni mogoča, pri čemer izhaja iz zmotne predpostavke, da »pri kavcijskem zavarovanju pogodbe z zavarovalnico ne sklene upnik [op. avtorja: kot na primer pri kreditnih zavarovanjih v ožjem pomenu], ampak dolžnik [...]«. Ta dolžnik (iz osnovne pogodbe) je pri kavcijskem zavarovanju (podobno kot pri kritnem razmerju z garantom nalogodajalec za izdajo bančne garancije) – če zanemarimo pri kavcijskih zavarovanjih v svetu prevladujoča tristranska razmerja – res »sklenitelj« zavarovanja (zavarovalec), vendar je v pravno ločenem valutnem razmerju pri teh poslih upravičenec iz tega zavarovanja (zavarovanec) njegov upnik iz osnovne pogodbe; torej tako kot pri poroštvah, ki pri odplačnih jamstvih (kar sicer ni opredeljeni element porošstva) praviloma nastanejo zaradi kritnega razmerja, pri klasičnih poroštvah pa lahko nastanejo brez sodelovanja in celo zoper voljo glavnega dolžnika (1012. člen OZ: »S poroštvno pogodbo se porok nasproti upniku zavezuje, da bo izpolnil veljavno in zapadlo obveznost dolžnika, če ta tega ne bi storil.«).

Pri kavcijskih zavarovanjih, za katera se za zaščito pred riziki nasprotne stranke (*counterparty risks*; torej ne zgolj pred riziki plačil, kot je to pri kreditnih zavarovanjih v ožjem smislu) v svetu večinoma indiskretno sklepajo tristranske pogodbe in v katere so tako vključeni vsi udeleženci teh razmerij oziroma teh garancijskih poslov v širšem smislu (tj. upniki in dolžniki iz temeljnih (kavzalnih) razmerij ter garanti, ki so pri neodvisnih bančnih garancijah na zahtevo z omenjenimi udeleženci poslovnih transakcij praviloma v pravno ločenih kritnih in valutnih razmerjih), obveznost zavarovalnice oziroma njena jamčevalna obveznost, da zavarovancu izplača dogovorjeno zavarovalnino, podobno kot pri klasičnem poroštvu običajno neposredno nastane pod pogojem neizpolnitve (*default*) pravno veljavne in dospele obveznosti glavnega dolžnika, za katero je tako jamstvo dano. Kavcijska zavarovanja, pri katerih se v praksi izdajajo predvsem razna storitvena jamstva, redkeje pa se z njimi jamči za plačilne obveznosti, torej zagotavljajo zavarovancem tako imenovano bonitetno jamstvo (*nomen bonum*) za njihove bodoče ali odprte in še ne dospele terjatve, ne pa tudi veritetnega (*nomen verum*), kar beneficiarjem dodatno nudijo samostojne oziroma »brezpogojne« bančne garancije, ki v praksi močno prevladujejo. Tako kot pri kavcijskem pa je to »bolj posredno« tudi pri kreditnem zavarovanju, kjer zavarovalnina zavarovancu, kot omenjeno, (do za zavarovanca ugodne rešitve komercialnega spora s kupcem) praviloma ne bo izplačana (*condicio pendet*),¹⁴ če je na primer do neplačila dolžnika iz osnovne komercialne pogodbe, ki za zavarovanca (upnika) predstavlja zavarovani kreditni rizik, prišlo zaradi neveljavne ali nezavezujoče osnovne komercialne pogodbe oziroma dokumentacijskih rizikov ter zaradi neizpolnitve pogodbenih obveznosti prodajalca – v tem primeru torej zaradi nekritega *performance* rizika samega zavarovanca, kjer bi lahko šlo za moralni hazard oziroma njegovo neupravičeno obogatitev.

¹⁴ Oziroma jo bo zavarovalnica ob neupravičenem izplačilu zavarovalnine, če se pozneje tako izkaže, regresirala od zavarovanca oziroma zahtevala nazaj. Garantom in večinoma tudi kavcijskim zavarovateljem ob izpolnitvi jamčevalne oziroma zavarovalne obveznosti v razmerju do nalogodajalcev za izdajo garancije oziroma zavarovalcev (dolžnikov iz osnovnih pogodb, katerih obveznosti do beneficiarjev oziroma zavarovancev so krite s temi instrumenti) pripada regresna pravica (*right of recourse*), ki je lahko običajno dodatno krita tudi z različnimi stvarnopravnimi oziroma osebnopravnimi varščinami, pri čemer pa ima na primer kreditni zavarovatelj regresno pravico do zavarovanca le, če je poravnal svojo obveznost iz zavarovalne pogodbe (plačal zavarovalnino zaradi nastanka zavarovalnega primera), zavarovanec pa je glede na zavarovalne pogoje to pogodbo kršil v tistih delih, ki zavarovatelja upravičujejo do vrnitve zavarovalnine in morebitnih drugih izplačanih zneskov, na primer za kritje upravičenih stroškov izterjav. V zvezi z osebnopravnimi sredstvi zaščite velja omeniti tudi subrogacijo, ko na primer pri poroštvu lahko govorimo o *ex lege* cesiji upnikovih pravic na poroka, kadar porok (subrogiranec) namesto glavnega dolžnika iz temeljnega razmerja poravna upnikovo (subrogantovo) terjatev do glavnega dolžnika. S tem pa seveda obveznost primarno zavezanega glavnega dolžnika, za katero je bilo poroštvo dano, ne preneha (kumulativna *intercessio*), kar je po učinkih podobno tudi pri kreditnem zavarovanju z regresom zavarovatelja do kupca (dolžnika) do višine izplačane zavarovalnine (VSS II Ips 471/06).

2.5. Pravna ureditev pogodb kreditnega zavarovanja

Ker gre pri zavarovalništvu za narodnogospodarsko pomembno gospodarsko dejavnost na specifičnem finančnem trgu in za tradicionalno uveljavljene ter pomembne in občutljive osebno-pravne instrumente zavarovanj pred riziki, je razumljivo, da je zavarovalniški trg na komunitarni in nacionalni ravni reguliran z javnopravnimi zakonskimi in številnimi podzakonskimi normami o organizaciji in poslovanju teh subjektov zavarovalnega nadzora, hkrati pa se za te posle med formalnimi pravnimi viri uporabljajo tudi materialnopravne norme nacionalnih civilnih oziroma trgovinskih zakonikov; pri nas na primer OZ kot splošni zakonski predpis (*lex generalis*) obligacijskega prava, in sicer tako njegove kogentne in dispozitivne norme iz splošnega dela, ki se praviloma uporabljajo za vsa obligacijska razmerja, hkrati pa tudi posebna ureditev za zavarovalne pogodbe kot nominatne kontrakte v XXVI. poglavju OZ.

Vendar se kreditno zavarovanje, kot smo lahko že ugotovili, od drugih zavarovanj v marsičem pomembno razlikuje tako v zavarovalnotehničnem kot v zavarovalnopravnem smislu. Te posebnosti kreditnih zavarovanj, ki vplivajo tudi na možnosti uporabe posebnih zakonskih norm o zavarovalnih pogodbah pri pogodbah o kreditnem zavarovanju, so precejšnje, tako da nekaterih določb posebnega dela OZ o zavarovalni pogodbi – tudi če zanemarimo bodoči razvoj tega zavarovanja v svetu in njegovo močno vpetost v mednarodni pozavarovalni trg – pri pogodbah kreditnega zavarovanja sploh ne bi mogli uporabiti, nekatere pa le ob ustreznih prilagoditvah posebnostim kreditnih zavarovanj. To pa bi bilo precej težko tudi zaradi siceršnje precej omejene avtonomije strank zavarovalnih pogodb oziroma varovanja interesov zavarovancev s prevladujočo kogentnostjo zakonskih norm zavarovalnega pogodbenega prava, pri čemer je tudi od dispozitivnih zakonskih norm odmik dopusten le, če je to očitno (nedvomno) v interesu zavarovanca.¹⁵ Zaradi posebnosti kreditnih zavarovanj – navsezadnje so v zavarovanje prevzeti riziki pri kreditnem zavarovanju lahko precej odvisni tudi od samega zavarovanca in njegovega upravljanja rizikov –, ki naj bi po nekaterih mnenjih zahtevale posebno ureditev¹⁶ (podobno kot pri pomorskih in letalskih zavarovanjih), slovenski OZ (kot je to tudi ponekod v primerjalnem pravu) v splošnih določbah o zavarovalni pogodbi, prevzetih iz nekdanjega jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR), v drugem odstavku 923. člena ta zavarovanja med drugim izrecno izključuje iz uporabe določil posebnega dela tega zakonika o zavarovalni pogodbi.¹⁷

¹⁵ Glej o tem 924. člen OZ.

¹⁶ Cigoj, str. 2408–2409.

¹⁷ Člen 923 OZ: »(1) Določbe tega poglavja se ne uporabljajo za plovno zavarovanje in tudi ne za tista druga zavarovanja, glede katerih se uporabljajo pravila o plovbnem zavarovanju. (2) Navedene določbe se prav tako ne uporabljajo za zavarovanje terjatev, kot tudi ne za razmerja iz pozavarovanja.« To pa se je v zvezi s kreditnim zavarovanjem potrdilo tudi v judikaturi (VS RS III Ips 2/97, VSL I Cpg 945/97, VSL II Cp 1670/98 in VSS III Ips 113/97).

Citirani člen sicer v zvezi s tem, drugače kot ZZavar-1, uporablja termin »zavarovanje terjatev«, kar je predvsem v zvezi z zavarovanjem kratkoročnih trgovinskih kreditov včasih tudi sinonim za kreditno zavarovanje, ki je sicer tudi v svetu splošno uveljavljen pojem za ta zavarovanja. V OZ uporabljeni termin se torej kot tak nanaša na terjatve iz danih kreditov.¹⁸ Taka neustrezna in neenotna zakonska uporaba različnih terminov za kreditna zavarovanja seveda lahko ustvarja nepotrebno terminološko zmedo, ki ima zaradi morebitne nejasnosti ali dvoumnosti in iluzornosti pričakovanj o avtentični razlagi predmetne norme lahko tudi praktične posledice z vplivom zakonskih določb *de lege lata* in njihovih razlag na presojo vsebine in učinkov teh instrumentov zavarovanja v praksi; predvsem glede tistih vprašanj, ki jih stranke v okviru pogodbene avtonomije niso (popolno oziroma jasno in nedvoumno) uredile, ali pa v zvezi s kogentnimi zakonskimi normami, kar pa je predvsem odvisno od pogodbenih substratov vsakega takega instrumenta.

Vendar to vseeno ne predstavlja večje težave pri samih kreditnih zavarovanjih v ožjem smislu, saj to lahko rešuje taka zgoraj omenjena razlaga norme, za katero se tudi zdi, da je splošno sprejeta. Večja težava pa bi lahko bila pri uporabi te norme glede razlage, ali se uporabljeni termin »zavarovanje terjatev« oziroma njegov sinonim »kreditno zavarovanje« kot zbirni izraz za vrsto zavarovanj z različno pravno naravo nanaša zgolj na posle, ki jih na primer sklepa-jo in izvršujejo zavarovalnice, licencirane za posle v tej zavarovalni vrsti, ali pa ta zakonska izključitev velja za vsa kreditna zavarovanja v širšem smislu, tj. vsaj za celotno podskupino kreditnih in kavcijskih zavarovanj.¹⁹ Za slednje obstajajo dobri argumenti, čeprav se kavcijska

¹⁸ OZ namesto splošno uveljavljenega termina »kreditno zavarovanje« v naše pogodbeno zavarovalno pravo uvaja drug in jezikovnopomensko splošnejši termin, ki poudarja eno stran obligacijskega kreditnega razmerja, v praksi pa se, kot omenjeno, včasih uporablja predvsem v zvezi z enim (ožjim) segmentom teh zavarovanj. Naj omenim, da je besedilo omenjene zakonske določbe v nekdanjem srbohrvaškem jeziku lepo govorilo o »osiguranju kredita«, v slovenskem besedilu ZOR pa so slovenski prevajalci oziroma uredniki termin očitno »poslovenili« v »zavarovanje terjatev«; podobno kot to velja tudi za »rizik(o)«, ki so ga »puristično slovenili«, verjetno tudi po vzoru enega od nestorjev slovenskega zavarovalništva prof. Bonclja, v »nevarnost« - na primer iz njegove pogosto citirane jedrnate definicije (prav tam, str. 13): »Zavarovanje je ustvarjanje gospodarske varnosti z izravnavanjem gospodarskih nevarnosti.« - , danes pa se zanj kot lektorsko očitno bolj sprejemljiv izraz pogosto neustrezno in kar počez uporablja tudi »tveganje«, ki ga seveda ni, če smo in v kolikor smo pred riziki popolnoma zaščiteni.

¹⁹ V izogib vsakršnim dvomom in morebitnim drugačnim razlagam 923. člena OZ vsebuje podobno določbo za zavarovanja pred nemarketabilnimi riziki (*non-marketable risks*), vključno s posli pozavarovanja in retrocesije, pri mednarodnih gospodarskih poslih, ki jih po pooblastilu Republike Slovenije v njenem imenu in za njen račun v narodnogospodarskem interesu izvaja pooblaščenca IKA (SID banka, d. d.), četrti odstavek 3. člena Zakona o zavarovanju in financiranju mednarodnih gospodarskih poslov – ZZFMGP (Uradni list RS, št. 2/04, 2/04, 56/08 – ZSIRB in 82/15): »Za zavarovalne pogodbe, posle pozavarovanja in retrocesije, ki jih pooblaščenca institucija sklepa na podlagi tega zakona, se ne uporabljajo določbe posebnega dela obligacijskega zakonika o zavarovalni pogodbi.« S tako določbo tega posebnega zakona so tudi za druga nemarketabilna (kreditna) zavarovanja (v širšem smislu), ki jih izvaja ali bi jih lahko izvajala slovenska IKA, na primer zavarovanja neposrednih izhodnih investicij, zavarovanja bančnih garancij (pred riziki *unfair calling* oziroma pred nekomercialnimi riziki), celo zavarovanja strojev, opreme in blaga v tujini pred nekomercialnimi riziki, zavarovanja pred riziki sprememb vrednosti valut (tečajni in drugi valutni

zavarovanja po svojih značilnostih in pravni naravi od drugih zavarovanj in tudi od kreditnih zavarovanj v ožjem pomenu precej razlikujejo ter imajo bistveno več opredelilnih elementov poroštev,²⁰ pri čemer pa civilnopravne zakonske norme o poroštvu niso tudi vedno povsem primerne za kavcijska zavarovanja.

Glede na tako zakonsko (ne)ureditev pogodb o kreditnem zavarovanju pri nas, je pravne viře za ta zavarovanja treba iskati predvsem v zavarovalnih pogodbah s splošnimi in morebitnimi posebnimi pogoji tega zavarovanja, v poslovnih običajih, v redki sodni in arbitražni praksi ter doktrini.

2.6. Splošni pogoji kreditnega zavarovanja²¹

Ker zavarovalnice sklepajo bolj ali manj istovrstne posle z vnaprej nedoločnim številom zavarovalcev množično, je povsem razumljivo in običajno, da imajo za svoje produkte vnaprej pripravljene vzorce posameznih zavarovalnih polic oziroma določila svojih bolj ali manj tip-skih zavarovalnih pogodb in njihovih rednih sestavin, in to tudi v obliki splošnih in posebnih pogojev zavarovanja (*lex contractus*),²² ki jih stranke vključijo v svoja zavarovalna razmerja kot sestavni del pogodb. Z zavarovalnimi policami, ki vsebujejo individualne sestavine zavarovalnih pogodb, pa se določeni elementi seveda lahko vsebinsko uredijo tudi drugače, kot je to določeno s splošnimi pogoji zavarovanja;²³ v takem primeru ima besedilo zavarovalne police prednost pred besedilom priloženih splošnih in posebnih pogojev zavarovanja.²⁴

riziki), razna kavcijska zavarovanja ipd., *a fortiori* odpravljeni morebitni dvomi o tem, ali se po našem pravu za te pogodbe uporabljajo določbe posebnega dela OZ o zavarovalni pogodbi (če bi že kdo bil mnenja, da ta zavarovanja ne spadajo pod pojem zavarovanja terjatev oziroma kreditov).

²⁰ Podobno o kavcijskih zavarovanjih na primer tudi Becue, str. 31: »Bonds are therefore a deed of guarantee rather than a contract of insurance.« O tej problematiki pri kavcijskih zavarovanjih in njihovih razlikovalnih značilnostih (*criterium delimitationis*) od kreditnih zavarovanj v ožjem pomenu glej podrobneje na primer v Jus (2010a), str. 38–40, 158–159 in 230–232.

²¹ Jus (2004), str. 137–138.

²² Vse obveznosti strank zavarovalne pogodbe je včasih težko urediti v sami zavarovalni polici, čeprav je tudi to v določeni meri mogoče in v praksi nekaterih zavarovateljev kreditov ponekod tudi običajno, zlasti pri zavarovanju posameznih oziroma enkratnih poslov. Vendar bo v tem primeru besedilo police običajno precej dolgo, zaradi kompleksnosti pogodb o zavarovanju trgovinskih kreditov pa so te v takih primerih lahko manj pregledne in težje razumljive, po drugi strani pa so morda v taki obliki lahko bolje krojene potrebam posameznih zavarovancev in posebnim okoliščinam njihovih komercialnih poslov (*tailor-made*) ter s tem tudi prikladnejše za njihova pogajanja z zavarovalnico.

²³ Vendar v tem primeru zavarovalne pogodbe praviloma, brez razlogov, ki so utemeljeni glede na predmet zavarovanja in brez izrecnega pisnega soglasja zavarovalca, v njegovo škodo ne smejo odstopati od določb splošnih pogojev (tretji odstavek 521. člena ZZavar-1).

²⁴ Peti odstavek 926. člena OZ.

Splošni pogoji kreditnega zavarovanja, ki so jih pripravili strokovnjaki kreditnih zavarovalnic in so jih »odobrili« njihovi pozavarovatelji, ki poleg nekaterih mednarodnih organizacij zavarovateljev teh kreditov (ICISA, PASA, Bernska unija idr.) pomembno prispevajo k njihovi »harmonizaciji«, so del ponudbe storitev zavarovateljev kreditov, poslovna praksa pa jih sprejema, tako da so lahko tudi del poslovnih običajev. Zavarovalne pogodbe so sicer v praksi v večji ali manjši meri adhezijskega tipa (*adhesion/“boilerplate” contracts*), splošni in morebitni posebni pogoji zavarovanja kot sestavni del sklenjenih pogodb o zavarovanju pa morajo biti jasni in nedvoumni ter vsaj ob podpisu pogodbe predloženi zavarovalcem. To pa ne pomeni, da se pogodbe o zavarovanju trgovinskih kreditov vedno sklepajo s pristopom ter da se o ponudbi kreditnih zavarovalnic in posameznih sestavinah zavarovalne pogodbe v nobenem primeru ni mogoče pogajati. Zavarovatelji bodo namreč glede na svoj tržni položaj, pogajalske pozicije, zavarovalne zmogljivosti in apetit po rizikih lahko tudi odstopali od svojih bolj ali manj običajnih praks in bodo s posameznimi zavarovalnimi policami lahko derogirali (spremenili in/ali dopolnili) nekatera določila svojih splošnih pogojev zavarovanja ali tipskih pogodb ter jih v tem primeru kot relativno heterogene storitve tudi delno prilagodili potrebam in željam svojih zavarovancev.

Ker gre pri kreditnem zavarovanju za pomembna poslovna razmerja, ki imajo lahko za podjetja (zavarovance) precejšnje premoženjske učinke, morajo biti ti dobro seznanjeni z določili zavarovalnih pogojev. Čeprav so že po splošnih načelih obligacijskega prava na primer prepovedane, izpodbojne in celo nične določbe, ki nasprotujejo namenu pogodbe ali dobrim poslovnim običajem, so nepravilne ali pretirano stroge glede na konkretne okoliščine, in čeprav bodo sodišča (predvsem v primeru nejasnosti določb in v dvomu) zelo verjetno razlagala določila zavarovalnih pogojev v korist (»šibkejš«?) stranke, ki ni pripravila oziroma predlagala splošnih pogojev zavarovanja,²⁵ se je v praksi lahko nevarno zanašati na to.²⁶

²⁵ Breme nejasnosti pogodbenih klavzul je že po starem in splošno sprejetem pravilu civilnega prava *in dubio contra stipulatorem* (83. člen OZ) na tisti stranki, ki je nejasnost povzročila, med različnimi možnimi razlagami takih nejasnih določb pa se običajno izbere tista, ki je za nasprotno stranko ugodnejša.

²⁶ Torej, čeprav se bodo nejasne in dvoumne določbe take zavarovalne pogodbe - ob morebitni analogni uporabi pravil obligacijskega prava, ki veljajo za druge pogodbe o (premoženjskem) zavarovanju - praviloma razlagale v korist zavarovanca (tj. v primeru kreditnih zavarovanj gospodarski subjekt – podjetje!) in v breme zavarovalnice (*ambiguity doctrine*), se na to podjetjem vendarle ne kaže preveč zanašati. Zlahka namreč lahko obvelja, da določila splošnih pogojev zavarovanja, ki so sestavni del pogodb o zavarovanju trgovinskih kreditov in na katera se pogodbe tudi sklicujejo, niso posledica zavarovateljeve pogajalske premoči in njegovega superiornega poznavanja tematike, temveč izraz avtonomije volje pogodbenih strank, in da so stranke s podpisom pogodb pristale na take (običajne?) pogoje zavarovanja. Sklenjene pogodbe zavezujejo tudi stranke zavarovalnih pogodb (*sanctity of contracts*), vendar le v njihovih mejah in ne čeznje.

3. Sklep

Zavarovanje trgovinskih kreditov je precej uveljavljen in učinkovit zavarovalni instrument zaščite pred riziki plačil. Drugače kot večina substitutov je v glavnem orientiran na portfelj kreditnih rizikov, ki so na sodobnih konkurenčnih trgih inherentni prevladujoči prodaji podjetij na odloženo plačilo. Te produkte premoženjskih zavarovanj na močno reguliranih zavarovalnih trgih podjetjem, svojim potencialnim partnerjem, ponujajo predvsem specializirane kreditne zavarovalnice, saj se kreditno zavarovanje od drugih zavarovalnih vrst pomembno razlikuje v zavarovalnotehničnem smislu, kar se odraža tudi pri zakonski materialnopravni (ne)ureditvi pogodb kreditnega zavarovanja. Prav zato na primer OZ v drugem odstavku 923. člena iz uporabe določil posebnega dela tega zakonika o zavarovalni pogodbi *expressis verbis* med drugim izključuje tudi kreditna zavarovanja oziroma zavarovanja terjatev.

Narava in značilnosti v zavarovanje prevzemanih rizikov pri kreditnih zavarovanjih bi zahtevale posebno in tem zavarovanjem prilagojeno materialnopravno regulacijo, kar bi bil v slovenskih razmerah dokaj zahteven zalogaj, celo sicer ustrezna zakonska ureditev tovrstnih zavarovalnih pogodb pa bi ob intenzivni vpetosti teh zavarovanj v mednarodni pozavarovalni trg verjetno težko sledila njihovemu hitremu razvoju v svetu.

Tako se bodo med pravnimi viri za te pogodbe pri nas poleg pravil iz splošnega dela OZ²⁷ kot *sedes materiae* še naprej uporabljali predvsem splošni pogoji kreditnih zavarovanj, kar pa v praksi ne bi smelo predstavljati večjih težav. Pogodbene obveznosti strank v zavarovalnih pogodbah in splošnih pogojih kreditnega zavarovanja so namreč običajno dovolj uravnotežene ter jasno in dovolj podrobno določene, glede na dosedanjo skromno sodno prakso na tem področju pa bi tudi težko trdili, da pogodbeni določila v teh razmerjih strankam v praksi povzročajo večje težave. Navsezadnje gre pri zavarovanju trgovinskih kreditov za zavarovanja, pri katerih so podjetjem na liberaliziranem trgu z močno konkurenco na strani ponudbe na voljo tudi nekateri substituti. Ta zavarovanja sklepajo bolj ali manj »enako močne« pogodbene stranke v konkurenčnem okolju. Sklepajo jih s svobodno voljo in enakopravno, zato verjetno niti ne potrebujejo nekega posebnega pravnega varstva v obliki kogentnih norm obligacijske zakonodaje o pogodbah kreditnega zavarovanja.²⁸

²⁷ VS RS III Ips 2/97. Menim, da to velja tudi za posebne subjektivne in objektivne zastaralne roke pri zavarovalnih pogodbah (neživljenjskega zavarovanja) iz 357. člena OZ, saj se omenjene izključitve po drugem odstavku 923. člena nanašajo zgolj na (ne)uporabo določb posebnega dela OZ o zavarovalni pogodbi. Tako je bilo odločeno tudi v sodni praksi (VSL II Cp 431/00), drugače pa o tem Kranjc (str. 1177–1178), ki meni, da bi se pri kreditnih zavarovanjih morali uporabiti zastaralni roki za poročstva.

²⁸ Poleg tega so kreditne zavarovalnice pri razlagi oziroma uveljavljanju določb svojih pogojev zavarovanja (morda precej bolj kot druge (splošne) zavarovalnice, saj gre pri zavarovanju trgovinskih kreditov, kot omenjeno, za *push* produkte ter običajno tudi za dolgoročen oziroma trajen pogodbeni, poslovni in partnerski odnos z zavarovancem) dostikrat »naklonjene« zavarovancu ugodnemu reševanju morebitnih problemov in tudi škodnih primerov (*ex gratia*

Čeprav naj bi bila besedila splošnih pogojev zavarovanja tudi po veljavnih zavarovalniških zakonskih predpisih poštena, nedvoumna oziroma enopomensko oblikovana in pregledno razčlenjena,²⁹ zavarovancem pa morajo biti ti pogoji znani in razumljivi – kar pri teh poslih zaupanja zahteva tudi varnost zavarovancev ter načela vestnosti, poštenja in dobre vere –, lahko nekatere določbe splošnih pogojev kreditnih zavarovanj, pri katerih gre za pogojne obveznosti zavarovateljev, včasih vendarle puščajo nekaj odprtega prostora glede razlage; tak »pristop« namreč pogosto zahteva oziroma povzroča že sama narava splošnih pravnih norm na eni ter številne in zelo raznovrstne konkretne okoliščine na drugi strani. Za take primere pa bi se po mojem mnenju (glede na dosedanjo redko judikaturu in če bi se to izkazalo kot ustrezno) morda pri reševanju nekaterih dilem in pri presojanju obveznosti iz posameznih pogodb o kreditnem zavarovanju vendarle lahko *per analogiam* uporabile vsaj nekatere določbe OZ o zavarovalni pogodbi, čeprav sam zakonik uporabo teh določb za zavarovanja terjatev (kreditov) izrecno izključuje.³⁰

Te so za pogodbe o kreditnih zavarovanjih, kar še posebno velja za kreditna zavarovanja v ožjem pomenu iz 14. točke drugega odstavka 7. člena ZZavar-1, vsekakor primernejše, kot bi bila na primer smiselna uporaba pravil o poroštvih, s katerimi si zavarovanje trgovinskih kreditov, kot smo lahko videli, nikakor ne deli vseh bistvenih opredelilnih elementov,³¹ dejstvo, da se za te pogodbe po drugem odstavku 923. člena OZ določbe iz njegovega posebnega dela o zavarovalni pogodbi ne uporabljajo, pa tudi še ne pomeni, da pri teh pogodbah ne gre za pogodbe o zavarovanju. Ta kreditna zavarovanja so namreč že *prima facie*, kljub nekaterim svojim posebnostim glede na druga premoženjska zavarovanja, vendarle zavarovanja v ekonomskem kot tudi pravnem smislu,³² in se ne samo po uporabljeni zavarovalniški terminologiji in poimenovanju pogodb, kar sicer res ni bistveno oziroma odločilno za presojo njihove pravne narave, pač pa tudi po subjektih – udeležencih poslovnih transakcij, ki nastopajo v teh razmerjih v različnih vlogah – bistveno razlikujejo od poroštev in tudi od kavcijskih zavarovanj

škode) ter so zato lahko v praksi tudi precej prilagodljive pri razlagi teh splošnih pravil (»v drobnem tisku«) – kadar seveda okoliščine posameznega razmerja oziroma zavarovalnega primera to dopuščajo.

²⁹ Člen 526 ZZavar-1.

³⁰ Smiselno uporabo teh določb pri kreditnih zavarovanjih v praksi omenjata tudi Pavliha in Simoniti, str. 146. Velja posebej dodati, da ob že omenjenem trendu razvoja storitvenega kreditnega zavarovanja pogodbe o zavarovanju trgovinskih kreditov lahko postajajo vse bolj sestavljene in nekatere že dobivajo tudi značilnosti pogodb mešane pravne narave (*mixti iuris*). Pri teh bi sicer značilnosti zavarovalnih pogodb običajno močno prevladovale, uporabljala pa bi se tudi določila o nekaterih drugih nominatnih in inominatnih pogodbah ter druga pravila, ki se uporabljajo za te posamezne civilne oziroma gospodarske pogodbe.

³¹ Kakor trdi Kranjc, str. 1176–1177.

³² Člen 921 OZ: »Z zavarovalno pogodbo se zavarovalec zavezuje, da bo zavarovalnici plačal zavarovalno premijo ali prispevek, zavarovalnica pa se zavezuje, da bo, če se zgodi dogodek, ki pomeni zavarovalni primer, izplačala zavarovancu ali nekemu tretjemu zavarovalnino ali odškodnino ali storila kaj drugega.« Glej o tem tudi določbi 926. člena OZ in 521. člena ZZavar-1 o sestavinah zavarovalnih pogodb.

vaj ter še zdaleč nimajo vseh opredelilnih elementov poročstva, temveč zavarovalne pogodbe.³³ Gre torej za različno obligacijskopravno naravo teh poslov.

S pogodbo o zavarovanju trgovinskih kreditov se namreč, kot omenjeno, upnik (prodajalec), ki za to zavarovanje plača dogovorjeno premijo, z obljubljenim plačilom zavarovalnine zavaruje pred morebitno neposredno gmotno škodo, ki mu lahko nastane zaradi nastanka bodočega in negotovega dogodka ali ravnanja (*l'aléa*), neodvisnega od izključne volje pogodbenic, ki v skladu s pogoji zavarovanja pomeni zavarovalni primer,³⁴ tj. pri zavarovanju trgovinskih kreditov neplačilo dolga zaradi dolžnikovega stečaja oziroma trajne nesolventnosti ali podaljšane zamude plačila, kar drugače od sekundarne obveznosti poroka pri klasičnem poročstvu tu pomeni lastno obveznost zavarovalnice. V nasprotju s tem pa pri poročstvu, ki je tudi dvostranski pravni posel, večinoma sam dolžnik, tj. pri poročstvu za plačilno obveznost kupec, svojemu upniku (beneficiarju danega poročstva) priskrbi poročstvo tretje osebe, s katerim mu porok (ali več porokov pri soporočstvu) s svojo sekundarno in obveznosti glavnega dolžnika iz temeljnega razmerja akcesorno obveznostjo jamči za pravilno izpolnitev obveznosti glavnega dolžnika iz osnovne pogodbe. Morebitna enaka kavza poročstva in kreditnega zavarovanja ter dejstvo, da oba ta osebnopravna instrumenta lahko krijeta tudi enake rizike beneficiarjev oziroma zavarovancev (čeprav obveznost pri poročstvu ni nujno zgolj plačilna), pa po mojem mnenju, kot omenjeno, ne more biti tudi zadosten pogoj za pravilnost trditve, da je smiselna podreditev zavarovanja trgovinskih kreditov pod institut poročstva,³⁵ saj imajo tako ali podobno kavzo nedvomno lahko tudi drugi osebnopravni instrumenti zaščite pred riziki.

Literatura in viri

- An Introduction to Trade Credit Insurance* (1st Edition). London: ICISA, 2013.
- BECUE, Paul. *Credit Insurance*. Leuven: Lanno Publishers, 2013.
- BIRDS, John. *Modern Insurance Law* (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell, 1988.
- BONCELJ, Jože. *Zavarovalna ekonomika*. Maribor: Založba Obzorja, 1983.
- BRIGGS, Dick, EDWARDS, Burt. *Credit Insurance – How to Reduce the Risk of Trade Credit*. New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo: Woodhead – Faulkner, 1988.
- CIGOJ, Stojan. *Komentar obligacijskih razmerij – Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih* (IV. knjiga). Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1986.

³³ Podobno glede tega tudi Colle (v: *La prévention de la défaillance ...*, str. 321): »L'assurance-crédit n'est pas une garantie. L'assureur s'engage dans la cadre d'une obligations principale. Il ne garantit pas la solvabilité du débiteur. Il indemnise le créancier qui a subi une perte à la suite de l'insolvabilité de son débiteur.«

³⁴ Člena 921 in 922 OZ.

³⁵ Poročstvo je glede na sekundarnost porokove obveznosti po našem pravu praviloma in v dvomu subsidiarno (pri čemer pa so po naši zakonodaji poročstva v gospodarskih poslih, če ni določeno drugače, solidarna), beneficiarji pa imajo v tem primeru *ius variandi* (1019. člen OZ).

- DOWDING, Tony. *Developments In Credit & Political Risk Insurance*. London: ICIA Credit Insurance Review, 2000.
- JUS, Miran. *Bančne garancije in sorodni instrumenti financiranja trgovine*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2010. (Citirano Jus, 2010a.)
- JUS, Miran. *Credit Insurance* (1st Edition). Amsterdam, Boston, Heidelberg, London, New York, Oxford, Paris, San Diego, San Francisco, Singapore, Sydney, Tokyo: Academic Press – Elsevier, 2013.
- JUS, Miran. Kavcijska zavarovanja – osnovne pravne značilnosti. *Zavarovalniški horizonti*, 2010, letn. 6, št. 1, str. 5–22. (Citirano Jus, 2010b.)
- JUS, Miran. *Kreditno zavarovanje*. Ljubljana: Založba Sanje, 2004.
- JONES, Peter M. Trade Credit Insurance. *Primer Series on Insurance*, Issue 15. Washington: The World Bank, 2010.
- KRANJC, Vesna. Kreditno zavarovanje – obligacijskoppravna narava posla. *Podjetje in delo*, 2009, letn. XXXV, št. 6–7, str. 1173–1180.
- La prévention de la défaillance de paiement* (Actes du 2e Congrès Sanguinetti 1998). Bruxelles: Larcier, 2000.
- PAVLIHA, Marko, SIMONITI, Sergej. *Zavarovalno pravo* (Druga, spremenjena in dopolnjena izdaja). Ljubljana: GV Založba, 2007.
- POLAJNAR PAVČNIK, Ada. XXVI. poglavje – Zavarovalna pogodba (1. in 2. oddelek). V: Juhart, M., in Plavšak, N. (red.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (posebni del)* – 4. knjiga. Ljubljana: GV Založba, 2004, str. 801–891.
- SALCIC, Zlatko. *Export Credit Insurance & Guarantees – A Practitioner's Guide*. London: Palgrave Macmillan, 2014.
- SCHMIDT, Christian. *Credit insurance and surety: solidifying commitments*. Zürich: Sigma, No. 6/2006 (Swiss Re), 2006.
- The BExA Guide to Export Credit Insurance*. London: The British Exporters Association <www.bexa.co.uk/bexa-guide-on-export-credit-insurance/> (19. 3. 2018).
- URBANC, Anton. *Zavarovalno pravo*. Ljubljana: samozaložba, 1939.
- The Panamerican Surety Association. <www.apfpasa.ch> (19. 3. 2018).
- Coface. <www.coface.com> (19. 3. 2018).
- Credendo. <www.credendo.com> (19. 3. 2018).
- Euler Hermes. <www.eulerhermes.com> (20. 3. 2018).
- Atradius. <<https://group.atradius.com>> (20. 3. 2018).
- The International Credit Insurance & Surety Association. <www.icisa.org> (19. 3. 2018).
- SID – Prva kreditna zavarovalnica. <www.sid-pkz.si> (21. 3. 2018).
- Vrhovno sodišče RS. *Sodna praksa*, <www.sodnapraksa.si> (31. 3. 2018).
- Zavarovalnica Triglav. *Zavarovanje terjatev do kupca*, <www.triglav.si/zavarovanja/podjetja/zavarovanje_terjatev_do_kupcev> (21. 3. 2018).

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.275:336.717.061

Prenosljivost maksimalne hipoteke

BOJAN BREŽAN

odvetnik, partner v Odvetniški pisarni
Schönherr, podružnica v Sloveniji

JURIJ LAMPIČ

Master of Science in Law and Finance,
Univerza v Oxfordu,
odvetniški kandidat v Odvetniški pisarni
Schönherr, podružnica v Sloveniji

1. Uvod

V slovenski poslovni praksi smo v zadnjih nekaj letih priča velikemu povečanju števila transakcij na sekundarnem trgu dolžniških instrumentov, predvsem bančnih posojil posameznikom, malim in srednjim podjetjem ter večjim korporacijam. Velikokrat gre za paketne prodaje t. i. slabih bančnih terjatev (*non-performing loans – NPLs*) specializiranim investitorjem. Tovrstne transakcije v zadnjih letih glede na nominalno vrednost gotovo zajemajo tudi veliko večino poslov prenosa terjatev.

Pri strukturiranju takšnih transakcij je najprimernejše pravno »orodje« cesija. Vendar je pri njeni uporabi v primeru, kadar so terjatve (v delu) zavarovane z maksimalnimi hipotekami, nekaj zadržkov.

2. Prenos slabih bančnih terjatev

2.1. Dejanske značilnosti transakcij prenosa slabih bančnih terjatev

Za portfelje slabih bančnih terjatev in transakcije v zvezi z njihovo prodajo je značilno zlasti:¹

- a) predmet prenosa je paket terjatev do večjega števila dolžnikov – pogajanja s posameznim dolžnikom v kontekstu prenosa terjatve niso ekonomična ali pa dolžnik ne želi sodelovati; z drugimi besedami, dolžnikovega sodelovanja pri transakciji ni mogoče pričakovati;

¹ Seveda določeni vidiki transakcij od navedenega tudi odstopajo, je pa običajno prisotna večina naštetih okoliščin.

- b) kreditno razmerje je že »ugasnilo« – banka je na primer odpoklcala kredit ali pa »odpovedala« pogodbo (kar običajno pomeni, da taka pogodba ne more biti podlaga za nadaljnja črpanja kredita in tako za nastanek novih terjatev);²
- c) proti nekaterim dolžnikom so v času prenosa terjatve (že) vodeni pravdni, izvršilni ali postopki zaradi insolventnosti;
- d) zavarovanja, predvsem hipotekarna, so bistveni dejavnik vrednosti portfeljev;
- e) v interesu strank bo tipično prenos *vseb*³ terjatev do določenega dolžnika (ali vsaj iz določene kreditnega razmerja), vključno z zavarovanji; upnik iz regulatornih razlogov izpostavljenost do dolžnika knjigovodsko vrednoti močno pod nominalno višino terjatev ali pa je terjatev že popolnoma odpisal – najhitrejši način, da iz takega sredstva ustvari vrednost, je prodaja tretji stranki; na strani upnika ni več interesa za nadaljevanje (kreditnega) razmerja z dolžnikom z zgodovino neplačila;
- f) v transakcijah so udeležene dobro poučene stranke (banke in specializirani skladi).

2.2. Pravna implementacija transakcij

Pri izbiri pravnega mehanizma izvedbe prenosa kreditnega tveganja ključno vlogo igrajo praktična (in časovno čim krajša) izvedljivost transakcije, pravna učinkovitost prenosa zavarovanj na novega upnika in navsezadnje transakcijski stroški. Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, so si navedeni vidiki glede na instrumente slovenskega prava, ki so na voljo, pogosto v nasprotju.

Najpreprostejši in za stranke običajno najprimernejši pravni mehanizem prenosa terjatev je cesija (odstop terjatve s pogodbo, 417. do 426. člen Obligacijskega zakonika – OZ⁴). Razlogi za privlačnost cesije so predvsem (1) odsotnost potrebe po soglasju ali siceršnjem sodelovanju dolžnika,⁵ (2) zraččenost zavezovalnega in razpolagalnega posla⁶ ter neobličnost prenosa (prenos terjatve se lahko zgodi na pogodbeno določen trenutek, npr. samodejno ob nakazilu kupnine; za izvedbo cesije ni treba vključevati notarjev oziroma vpisovati prenosa v registre), (3) podvrženost načelu akcesornosti,⁷ ki v večini primerov poskrbi za hkraten prenos zavarovanj in drugih stranskih pravic na prevzemnika, in (4) zaradi vsega že naštetega izvedljivost v kratkem času z nizkimi transakcijskimi stroški.

² Glede problematičnosti koncepta razmerja, »iz katerega ne morejo več nastati terjatve«, sicer glej oddelek 4.

³ Izjeme se večinoma pojavljajo pri prenosu izpostavljenosti do večjih dolžnikov (*single-ticket deals*).

⁴ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

⁵ Izjema velja zgolj v primeru (negospodarskih) pogodb, ko si je dolžnik izgovoril vključitev klavzule *pactum de non cedendo*, kar je v praksi redkost.

⁶ Juhart v Plavšak in dr., 2003b, str. 571–573.

⁷ Prvi odstavek 148. člena SPZ in 418. člen OZ.

Pogosto pa stranke k izbiri drugačne, kompleksnejše mehanike prenosa prisili pomanjkanje pravne gotovosti glede prenosljivosti⁸ določenih vrst zavarovanj. Zadnji vidik običajno prevlada nad pomisleki glede stroškov in transakcijskega časa, saj so, kot omenjeno, zavarovanja glavni vir vrednosti, ki jo vsebuje kreditna izpostavljenost do neplačevitega dolžnika. V poslovni praksi se tako uporabljajo naslednji alternativni načini prenosa terjatev (in zavarovanj):

- a) Prenos celotnega pogodbenega razmerja (122. člen OZ). Prenos pogodbe je sicer pravno najbolj čista možnost za celovito spremembo stranke na upniški strani, vendar je za njegovo učinkovitost potrebno dolžnikovo soglasje. Zahteva po dolžnikovem soglasju pomembno omejuje uporabnost instituta v kontekstu transakcij s slabimi terjatvami.
- Dolžnik lahko poda upniku soglasje k prenosu pogodbenega razmerja že vnaprej, tipično v kreditni pogodbi. Vključitvi ustrezne klavzule lahko dolžnik seveda nasprotuje oziroma se o njej pogaja in na ta račun iztrži ugodnejše druge pogoje.⁹ V bančni praksi klavzula s soglasjem ni bila pogosto vključena v pogodbe (kar velja predvsem za dokumentacijo starejšega datuma). Poleg tega ob vnaprejšnjem soglasju dolžnika prenos učinkuje šele z obvestitvijo dolžnika (drugi odstavek 122. člena OZ). V kontekstu NPL bo v portfelju nemalokrat mogoče najti dolžnike, ki so spremenili kontaktne podatke, se s skrivanjem aktivno izogibajo plačilu in jih preprosto ne bo mogoče z zadostno stopnjo pravne gotovosti obvestiti »na zanesljiv način, ki druge pogodbene stavke [tj. dolžnika; op. a.] ne sme pustiti v dvomu«. ¹⁰
 - Še težje bo v praksi pridobivanje *ex post* soglasja dolžnika h konkretnemu prenosu (drugi odstavek 122. člena OZ). Kot že omenjeno, gre pri prenosih terjatev NPL praviloma za paketno prodajo terjatev do cele vrste dolžnikov. Zlasti v situacijah, ko so postali neplačeviti, taki dolžniki nikakor niso motivirani, da bi upniku dali soglasje za prenos – vsekakor ne brez poskusa, da bi si skušali za to izgovoriti boljše pogodbene pogoje od upnika.

⁸ Izraz »prenosljivost« se v tem prispevku – razen če iz konteksta ne izhaja drugače – nanaša na akcesorno prenosljivost pri odstopu (cesiji) terjatve, torej da ima določena pravica, vsebovana v instrumentu zavarovanja, enako usodo kot terjatev ter se ob odstopu terjatve neovirano in brez potrebe po sodelovanju dolžnika prenese na prevzemnika. Prispevek uporablja izraz »se (ne) prenese« v enakem smislu. Seveda maksimalna hipoteka ni absolutno neprenosljiva.

⁹ Ta problem je prisoten predvsem pri večjih dolžnikih (pravnih osebah), manj pa pri potrošnikih oziroma malih podjetjih, ki morajo večinoma privoliti v splošne pogoje banke, v katerih je lahko vključeno ustrezno soglasje.

¹⁰ Juhart v: Plavšak in dr. 2003a, str. 647. Seveda je skrivanje dolžnika praktičen problem tudi v primeru cesije (in drugih oblikah prenosa), vendar pa je cesija – v nasprotju s prenosom pogodbe z vnaprejšnjim soglasjem – v smislu razpolagalnopravnega učinka neodvisna od vedenja dolžnika (naznanitev je potrebna le za preprečitev učinka veljavne izpolnitve odstopniku).

- b) Korporacijskoppravna operacija oziroma statusnopravno preoblikovanje, na primer oddelitev portfelja terjatev s prevzemom s strani investitorja (korporacijski *asset deal*), ali oddelitev ali izčlenitev predmetnega portfelja v samostojno družbo ter nakup deleža tako nastale oddeljene oziroma izčlenjene družbe s strani investitorja (*share deal*). Mehanizmi korporacijskega prava so ugodna rešitev z vidika pravne gotovosti prenosa vseh pravic in obveznosti zaradi učinka (delnega) univerzalnega pravnega nasledstva.¹¹ Njihove najpomembnejše slabosti pa so potreba po dodatni dokumentaciji (tipično pogodba o oddelitvi s prevzemom v (slovenskem) notarskem zapisu), dolgotrajnost in s tem povezana kompleksnost in višji transakcijski stroški, ki glede na vrednost portfelja ne bodo vedno upravičeni.
- c) »Sintetični« pogodbeni prenos kreditnega tveganja (npr. subparticipacija), pri katerem se dolžnikovo kreditno tveganje prenese s prodajalca na kupca pogodbeno (brez razpolagalnega posla) – običajno sta bistvena elementa razmerja prodajalčeva zaveza k posredovanju plačil in izterjanih zneskov kupcu ter izvrševanje dejanj v razmerju do dolžnika po navodilih kupca. Prednost takega načina je visoka stopnja fleksibilnosti pogojev, ki jo omogoča pogodbeno svoboda pri oblikovanju sintetičnega razmerja. Vendar pa strankam tak mehanizem pogosto ne bo v interesu predvsem iz naslednjih razlogov: (a) namesto enkratnega (*one-off*) pravnega posla sta stranki zavezani v trajajočem razmerju, ki zahteva natančno *ex ante* regulacijo in dodatno sprotno administracijo, predvsem na strani prodajalca; ta s prodajo slabih terjatev pogosto želi zmanjšati tudi stroške njihovega upravljanja, kar pa bo v primeru sintetičnega prenosa izvedljivo le v manjši meri; in (b) kupec je poleg kreditnega tveganja dolžnika izpostavljen tudi kreditnemu tveganju prodajalca – v primeru njegove insolventnosti bo kupec načeloma le navaden upnik insolventnega prodajalca, saj kupec v sintetični strukturi tipično ne postane imetnik stvarnopravnih zavarovanj v svojem imenu.

Glede na zgornji pregled lahko sklenemo, da je za poslovno prakso (še vedno) najuporabnejši in najprimernejši način prenosa terjatev iz NPL-portfeljev cesija. Njena pomembna omejitev pa je vprašljiva pravna učinkovitost hkratnega prenosa neakcesornih oziroma omejeno akcesornih zavarovanj, med katerimi je najpomembnejša maksimalna hipoteka.¹²

¹¹ Glej 635. in 638. člen Zakona o gospodarskih družbah (ZGD-1; Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13, 55/15 in 15/17).

¹² V nekaterih situacijah cesijo spremljajo tudi drugi pomisleki oziroma pravna negotovost, npr. vprašljivost hkratnega prenosa določenih pravic, ki niso denarne terjatve (npr. informacijske pravice iz kreditnih pogodb), oziroma splošna omejitev prenosljivosti terjatev, katerih prenos je z zakonom prepovedan, terjatev, ki so povezane z osebnostjo upnika, ali terjatev, katerih narava nasprotuje prenosu na drugega (glej prvi odstavek 417. člena OZ).

3. Maksimalna hipoteka

3.1. Splošno o maksimalni hipoteki in njeni prenosljivosti

Maksimalna hipoteka¹³ (nem. *Hochstbetragshypothek*) je podvrsta hipoteke,¹⁴ namenjena zlasti zavarovanju bodočih terjatev,¹⁵ ki izhajajo iz dinamičnega »upniško-dolžniškega razmerja«,¹⁶ do določenega maksimalnega zneska, za katerega jamči nepremičnina. Za nastanek maksimalne hipoteke je – enako kot za običajno hipoteko – konstitutivnega pomena vpis v zemljiško knjigo, pri čemer se maksimalna hipoteka kot taka posebej označi, vpiše pa se tudi maksimalni znesek, do katerega jamči zastavljena nepremičnina.¹⁷ Najprivlačnejša lastnost maksimalne hipoteke je njen delni odmik od načela akcesornosti, zaradi katerega določeni maksimalni znesek kritja ostaja enak ne glede na nastanek in predvsem prenehanje terjatev znotraj upniško-dolžniškega razmerja. Z vidika poslovne prakse je tak instrument primeren za zavarovanje na primer t. i. *revolving* kreditov,¹⁸ kreditnih pogodb z možnostjo črpanja dodatne kreditne linije (*uncommitted facility*), okvirnih kreditnih pogodb in pogodb o zaporednih dobavah.¹⁹ S samodejnim prilagajanjem hipotekarnega kritja nastajanju in ugašanju posameznih terjatev maksimalna hipoteka presega togo akcesornost običajne hipoteke in pomembno zniža transakcijske stroške v omenjenih poslovnih razmerjih. Maksimalna hipoteka je tako za prakso pogosto nepogrešljiva oblika stvarnopravnega zavarovanja obveznosti.²⁰

V kontekstu prenosljivosti pa je maksimalna hipoteka – prav zaradi druge plati odmika od načela akcesornosti – problematičen instrument. Četrty odstavek 146. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ)²¹ namreč določa, da je »[v] primeru odstopa terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko [...], prenos hipoteke izključen«. To v skladu z dosedanja sodno prakso pomeni,

¹³ Člen 146 Stvarnopravnega zakonika (SPZ).

¹⁴ Novejša pravna teorija sicer poudarja, da gre po vsebini za drugačno obliko izvedene stvarne pravice, o čemer več v oddelku 4. Glej Plavšak, str. 117.

¹⁵ Bodoča terjatev v tem kontekstu pomeni terjatev, ki ob nastanku maksimalne hipoteke še ne obstaja, vendar ni odvisna od nastopa bodočega negotovega dejstva (torej uresničitve pogoja), temveč je njen nastanek odvisen od volje strank (ni torej negotov z vidika strank). Glej Plavšak, str. 116.

¹⁶ Tratnik, str. 12.

¹⁷ Vrenčur v Juhart in dr. 2016, str. 805. Glej 146. člen SPZ in 18. člen Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1; Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17 in 11/18 – ZIZ-L).

¹⁸ Gre za vrsto kreditnega razmerja, ki omogoča večkratno črpanje in ponovno poplačevanje izposojenega zneska znotraj maksimalne vsote, na podoben način, kot to velja pri negativnem stanju na tekočem računu.

¹⁹ Plavšak, str. 116.

²⁰ Podobna oblika zavarovanja bi bila verjetno dobrodošla tudi za druge oblike premoženja, poleg nepremičnin, ki so lahko predmet stvarnopravnega zavarovanja.

²¹ Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

da se terjatev,²² prvotno zavarovana z maksimalno hipoteko, s cesijo na odstopnika prenese nezavarovana.²³ Zaradi pravne negotovosti, ki izvira iz predmetne določbe, se stranke pogosto zatečejo k alternativnim (in suboptimalnim) načinom prenosa terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko.²⁴ Stranke torej ne morejo uporabiti cesije kot najprimernejšega mehanizma prenosa terjatev pri portfeljih, v katerih je vsaj del terjatev zavarovanih z maksimalnimi hipotekami, kar je v praksi pogosto. Vendar pa, kot analizirava v nadaljevanju, razlogi za omejitev prenosljivosti maksimalne hipoteke niso prepričljivi.

3.2. *Ratio legis* četrtega odstavka 146. člena Stvarnopravnega zakonika

Slovenska teorija in sodna praksa tipično navajata, da je namen (*ratio legis*) omejitve prenosljivosti maksimalne hipoteke v varstvu hipotekarnega upnika. Omejitev naj bi želela preprečiti situacijo, ko bi »zmanjkalo hipotekarnega jamstva«²⁵ zaradi kontinuiranih odstopov posameznih terjatev, ki bi jim akcesorno sledil prenos (maksimalne) hipoteke. Z besedami Višjega sodišča v Ljubljani: »Če bi prenosu določene terjatve sledil prenos ustreznega deleža maksimalne hipoteke, za kar se zavzema pritožnik, bi hipotekarni upnik izgubil zavarovanje za terjatve, ki jih (še) ni prenesel, zato bi sčasoma zmanjkalo hipotekarnega jamstva za nove terjatve iz temeljnega razmerja, kot je pravilno pojasnilo že sodišče prve stopnje.«²⁶ V pripravljalni dokumentaciji v postopku sprejemanja Stvarnopravnega zakonika v letih 2001 in 2002 je glede predmetne omejitve zaslediti tudi stališče, da je »[g]lede na naravo maksimalne hipoteke (»odprtost« zavarovanja) [...] tudi nujno z novim četrtem odstavkom izključiti konkurenco upnikov v istem vrstnem redu, do katere bi lahko prišlo ob prenosu posamezne terjatve.«²⁷

Meniva, da v sodobni poslovni praksi omejitev ne deluje (več) v korist tipičnih pogodbenih strank, temveč je – ravno nasprotno – njen neto družbeni učinek negativen. Določba namreč na eni strani generira transakcijske stroške, saj se stranke želijo izogniti njenemu učinku zaradi drastične posledice – izgube zavarovanja –, na drugi strani pa ni jasno, koga ali kaj zares varuje. To zadnje vprašanje v naslednjih odstavkih analizirava z vidika prvotnega hipotekar-

²² Oziroma terjatev, nastala v okviru razmerja, ki je bilo zavarovano z maksimalno hipoteko.

²³ Sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004; sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁴ Glej oddelek 2.2. Prenosljivost maksimalne hipoteke z omenjenimi alternativnimi mehanizmi v literaturi načeloma ni sporna – glede prenosa pogodbe prim. npr. Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663.

²⁵ Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663; sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004; sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁶ Sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014.

²⁷ Predlog Stvarnopravnega zakonika (SPZ) – druga obravnava – EPA 272-III, Poročevalec št. 27, 19. marec 2002, str. 50. V prvotnem vladnem predlogu SPZ se omejitev v členu o maksimalni hipoteki ne pojavlja.

nega upnika, prevzemnika terjatev iz zavarovanega razmerja in dolžnika. Pri analizi smiselnosti omejitve iz četrtega odstavka 146. člena SPZ izhajava iz hipoteze, da bi ob odsotnosti te določbe oziroma ob cesiji terjatve iz pravnega razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, slednja prešla skupaj s terjatvijo na prevzemnika, in sicer v celoti, če bi bile prenesene vse terjatve iz zavarovanega razmerja, v primeru prenosa zgolj posamezne terjatve iz zavarovanega razmerja pa bi med različnimi upniki terjatev znotraj razmerja na maksimalni hipoteki nastala skupnost iz 1003. člena OZ.²⁸

Prvotni hipotekarni upnik varstva pred prenosom maksimalne hipoteke skupaj z zavarovano terjatvijo ob cesiji načeloma ne želi niti ga ne potrebuje. Upniku prodaja nezavarovane terjatve večinoma ne bo v interesu, saj bo za tako terjatev od prevzemnika iztržil veliko manjšo kupnino, poleg tega pa običajno želi tudi v celoti prenesti izpostavljenost do dolžnika. Če upnik morda vseeno želi terjatev prenesti brez spremljajoče maksimalne hipoteke (zato da »hipotekarnega kritja ne bo zmanjkalo« oziroma iz drugega razloga), bi se za tak prenos po splošnih pravilih lahko dogovoril s prevzemnikom: po prvem odstavku 148. člena SPZ se skupaj z zavarovano terjatvijo na novega upnika prenese tudi hipoteka, *če ni dogovorjeno drugače*. Če pa ga to ne skrbi, ni razloga, da mu pravo (kogentno) preprečuje prenos hipotekarnega kritja.

Pomislek se zdi na prvi pogled bolj utemeljen v razmerju do vsakega od prevzemnikov posameznih terjatev iz razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko. Vsak posamezen prevzemnik bi bil sicer seznanjen z zneskom maksimalne hipoteke (torej največjim kritjem) in z višino terjatve, ki jo prevzema (torej z višino kritja hipoteke, ki jo prevzema skupaj s terjatvijo), ne bi pa imel pregleda nad višino terjatev (in spremljajočih hipotek oziroma delov maksimalne hipoteke), ki so že ali bi še lahko nastale znotraj pravnega razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko. S tega vidika si je mogoče predstavljati situacijo, ko prvotni upnik enemu ali več prevzemnikom odstopi terjatve iz osnovnega razmerja, pri čemer vsako tako terjatev »proda« kot zavarovano in prejme temu ustrezno kupnino. Šele ob uveljavitvi maksimalne hipoteke pa bi vsak od upnikov – prevzemnikov spoznal,²⁹ da mora zavarovanje (tj. vrednost nepremičnine do maksimalnega zneska) deliti z upniki preostalih terjatev iz zavarovanega razmerja, katerih imetnik ni on sam.

²⁸ Kot to (zaradi nedeljivosti hipoteke) velja pri prenosu dela terjatve, zavarovane s (fiksno) hipoteko. Glej Plavšak, str. 113, in sliko 1 v oddelku 4. Glej tudi oddelek 5 glede potencialne zakonodajne implementacije.

²⁹ Argument v tem primeru bi bil, da je cesija zaradi vraščeni razpolagalnega posla v *inter partes* zavezovalno razmerje z vidika prevzemnikov terjatev relativno netransparenten mehanizem. Kot taka je potencialno dovzetejša za slaboverno delovanje prvotnega upnika, ki bi ga prevzemniki lahko odkrili le, ko bi bilo že prepozno. Kot pa je pojasnjeno v naslednjem odstavku, meniva, da je mogoče kakršnakoli tveganja iz tega naslova učinkovito sanirati s pogodbenim urejanjem.

Vendar pa tudi tak (putativni) *ratio legis* ne prepriča. Meniva, da bodo v veliki večini primerov stranke (tj. prodajalec – prvotni upnik in kupec – prevzemnik terjatve) zmožne uspešno pogodbeno nasloviti tveganja, ki bi izhajala iz omenjene pravne negotovosti: kupci (prevzemniki) redno zahtevajo, da prodajalec (odstopnik) jamči za nominalno višino terjatve na določen datum in za veljavnost zavarovanj. Ni razloga, da jamstva ne bi bilo mogoče ustrezno besedno prilagoditi tudi za primer prosto prenosljive maksimalne hipoteke (ali njenega dela).³⁰ Protiargument zaupanju v tako pogodbeno urejanje bi lahko bil, da je stvarnopravno varstvo načeloma močnejše od obligacijskopravnega – da je za prevzemnika torej »več vreden« ustrezen del (maksimalne) hipoteke na nepremičnini kot pa zaveza prenosnika (ki je kaj lahko neplačevit), da bo pokril morebitno izostalo kritje. Odgovor na to je, da v praksi že zdaj obstajajo podobne napetosti, na katere se stranke v večjih transakcijah odzivajo tudi z zavarovanjem jamstev (*warranty insurance*), običajno pa jih zgolj upoštevajo pri oblikovanju cene. Prenosnik, ki ne bo želel podati ustreznih jamstev, bo lahko svojo terjatev (tudi če je popolno zavarovana) tipično prodal z diskontom, v vsakem primeru pa bo, tudi ob prisotnosti ustreznega jamstva, kupec pri ceni upošteval tveganje neplačevitosti prodajalca v primeru aktivacije jamstva. V nobenem primeru se ne zdi prepričljiv argument, da je zaradi ohranjanja prave vrednosti stvarnopravnega zavarovanja ob prenosu treba kogentno prepovedati kakršenkoli akcesorni prenos stvarnopravnega zavarovanja s cesijo.

Teorija in sodna praksa ne omenjata, da bi bil smisel četrtega odstavka 146. člena SPZ morebiti varovanje dolžnika.³¹ Razume se, da je njegovo jamstvo ustrezno zamejeno z maksimalnim zneskom, za katerega jamči nepremičnina, ne glede na prenose terjatev. V vsakem primeru se dolžnikov položaj s cesijo ne more poslabšati.³²

Preizkus namena določbe četrtega odstavka 146. člena SPZ tako pokaže, da ta ni (učinkovito) usmerjena v varstvo interesov nobenega deležnika cesije terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko. Zato je treba pogled usmeriti v bolj smiselno rešitev.

³⁰ Kupec terjatve, zavarovane z maksimalno hipoteko, bi lahko izposloval jamstvo in zavezo prodajalca, da ne obstajajo in tudi ne bodo nastale druge terjatve, zavarovane z isto maksimalno hipoteko, ali pa, da štejejo vse terjatve prvotnega hipotekarnega upnika v razmerju do terjatve, ki jo prevzema, za podrejene.

³¹ V transakciji zavarovanega financiranja bi si kot šibkejšo stranko (če že) običajno predstavljali dolžnika. Kogentne določbe, kot je četrti odstavek 146. člena SPZ, so načeloma namenjene (in v takem primeru upravičene) varovanju šibkejše stranke.

³² Juhart v Plavšak in dr., 2003b, str. 589.

4. (Novejši) pogledi teorije na prenosljivost maksimalne hipoteke

Togost četrtega odstavka 146. člena SPZ je v teoriji spodbudila tako predloge za korigiranje ureditve kot tudi alternativne razlage delovanja določbe, ki bi strankam že *de lege lata* omogočile več pravne gotovosti glede prenosljivosti maksimalne hipoteke.

Že Keresteš ugotavlja, da bi kazalo od pravila odstopiti takrat, ko je z maksimalno hipoteko zavarovana samo ena terjatev in ne celotno upniško-dolžniško razmerje, iz katerega lahko nastanejo nove terjatve.³³ Podobno je tudi Višje sodišče v Ljubljani, ki je v konkretnem primeru sicer potrdilo princip neprenosljivosti, načeloma dopustilo, da bi bil »[o]dstop od pravila iz četrtega odstavka 146. člena SPZ [...] utemeljen le v primeru prenosa celotne pogodbe ali če bi bila z maksimalno hipoteko zavarovana le ena terjatev oziroma, če bi prišlo do prenosa vseh z maksimalno hipoteko zavarovanih terjatev«. ³⁴ Na tako razlogovanje se je naslonilo tudi Višje sodišče v Kopru: »Glede na navedeno je zaključek sodišča, da je iz Potrditvene pogodbe razvidno, da so bile prenesene vse terjatve zavarovane z maksimalno hipoteko, in da drugih terjatev ni ter da je bilo zato preneseno celotno razmerje, pravno pravilno in je že zato pritožba neutemeljena.«³⁵

V prejšnjem odstavku citirana stališča sodne prakse so sicer pravno-politično smiselna, vendar pa sama po sebi z vidika pravne gotovosti ne zadoščajo za spremembo prakse pri prenašanju terjatev, zavarovanih z maksimalnimi hipotekami. Kljub *obiter* dopuščenemu odmiku od pravila četrtega odstavka 146. člena SPZ sodišča namreč ne izoblikujejo oprijemljivejših kriterijev, na podlagi katerih bi lahko stranke zanesljivo ugotovile, ali »prenašajo vse terjatve iz razmerja«, »prenašajo (edino) terjatev, ki jo zavaruje maksimalna hipoteka,«³⁶ ali »da iz

³³ Keresteš v Juhart in dr. 2004, str. 663.

³⁴ Sodba VSL I Cpg 1169/2014, 18. 9. 2014. Sodišče nadaljuje, da v predmetnem primeru stranka ničesar od navedenega sicer ni zatrjevala. Podobno tudi sklep VSL II Cp 658/2004, 29. 9. 2004: »Maksimalno hipoteko bi bilo potrebno obravnavati kot klasično hipoteko le v primeru, da je z njo zavarovana ena sama terjatev in ne pravno razmerje.«

³⁵ Sklep VSK CDn 152/2016, 29. 6. 2016. Treba je poudariti, da je kljub odločitvi, navidez ugodni za prenosljivost maksimalne hipoteke, pomen te odločbe nekoliko manjši zaradi dejstva, da je šlo za prenos na Družbo za upravljanje terjatev bank, za katero po izrecni določbi Zakona o ukrepih Republike Slovenije za krepitev stabilnosti bank (ZUKSB; Uradni list RS, št. 105/12, 63/13 – ZS-K, 23/14 – ZDIJZ-C, 104/15, 26/17 – ORZUKSB33 in 27/17 – popr.) omejitve prenosljivosti iz drugih zakonov ne veljajo (drugi odstavek 29. člena ZUKSB).

³⁶ Ni jasno, ali sodna praksa in teorija tu ciljata na primer, (1) ko je z maksimalno hipoteko že od samega začetka zavarovana zgolj ena (nepogojna in »nebodoča«) terjatev (ki bi bila sicer lahko zavarovana tudi z navadno hipoteko), ali na primer, (2) ko je v sklopu razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, do časa prenosa nastala ali ostala samo ena terjatev (ki je bila sicer bodoča ob nastanku razmerja).

razmerja ne bo nastala nobena nova terjatev«. ³⁷ Glede na strogost potencialne posledice v primeru nasprotne interpretacije – izgube zavarovanja – se ob razumno previdnem pristopu odstopniki in prevzemniki ne morejo zanašati na navedena stališča. To se v praksi kaže v uporabi alternativnih mehanizmov prenosa ali pa v diskontu pri kupnini za terjatve.

Novejša teorija se namesto na formo (torej poimenovanje in sistematsko uvrstitev) osredotoča na vsebino upravičenja, ki ga pridobi imetnik maksimalne hipoteke. ³⁸ Ker maksimalna hipoteka, ki zavaruje upniško-dolžniško razmerje, sama po sebi (še) ne vključuje prednostnega poplačilnega upravičenja, ³⁹ je njena narava bolj podobna varovalni izvedeni stvarni pravici, kot sta na primer predznamba hipoteke ⁴⁰ ali zaznamba vrstnega reda pridobitve hipoteke. ⁴¹ To pomeni, da maksimalna hipoteka varuje vrstni red nastanka posameznih hipotek, ki s samodejnim nastankom zavarujejo posamezne nastale terjatve iz zavarovanega upniško-dolžniškega razmerja. Take hipoteke pa so akcesorne posameznim terjatvam, nastalim znotraj takega razmerja, in kot take prosto prenosljive skupaj s takimi posameznimi terjatvami. Ob prenosu terjatev iz razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, prevzemnik skupaj s prenosnikom postane soimetnik maksimalne hipoteke.

Avtorja meniva, da navedena interpretacija pripelje do ekonomskega učinka, ki bi tipično ustrežal interesom strank v transakcijah, ki vključujejo prenos terjatev, zavarovanih z maksimalno hipoteko. Interpretacija tudi ni v neposrednem nasprotju z obstoječo zakonodajo, jo pa razlaga na izviren način, ⁴² ki nima trdne zaslombe v zakonu. Zato – podobno kot obstoječa stališča sodne prakse – zgolj sama na sebi še ne nudi zadostne stopnje pravne gotovosti, da bi bila v praksi sprejeta brez pomislekov (in kvalifikacij v pravnih mnenjih odvetniških pisarn).

³⁷ Zdi se, da ta okoliščina cilja na primer na (1) »odpoklicane« oziroma »odpovedane« (okvirne) kreditne ali drugačne pogodbe ali (2) kreditne pogodbe, pri katerih je kredit črpan do konca in dolžnik ne more več z *enostransko* izjavo (npr. *utilisation request*) ustvariti nove terjatve oziroma povečati obstoječe. V obeh primerih gre pravzaprav bolj za *verjetnost*, da iz obstoječega razmerja ne bodo nastale nove terjatve. Upnik in dolžnik se sicer vedno lahko dogovorita za nastanek novih terjatev iz razmerja, pri čemer ni ovire, da bodo take terjatve po lastnostih ustrezale kriterijem razmerja, ki ga krije maksimalna hipoteka, in tako padle pod njegovo kritje.

³⁸ Celoten odstavek se sklicuje na Plavšak, str. 117. Tej interpretaciji pritrjuje tudi Vrenčur (v Juhart in dr. 2016, str. 806).

³⁹ Kar je bistvena vsebina upravičenja, ki za imetnika izhaja iz navadne hipoteke.

⁴⁰ Člen 48 ZZZK-1 in nasl.

⁴¹ Člen 68 ZZZK-1.

⁴² Omenjena interpretacija odstopa od interpretacije *ratio legis* določbe četrtega odstavka 146. člena, kot sta jo doslej razlagali teorija in sodna praksa (glej oddelek 3.2).

Interpretacija odpira tudi določena vprašanja, povezana z implementacijo. Stranki NPL-transakcije namreč praviloma stremita k temu, da se glede prenosa zavarovanj doseže ustrezna publiciteta oziroma *erga omnes* učinek (t. i. *perfection*). Glede posameznih hipotek, ki nastanejo znotraj kritja maksimalne hipoteke, velja domneva, da pripadajo imetniku maksimalne hipoteke⁴³ – strankam je v interesu tako domnevo izpodbiti, kar bodo najučinkoviteje dosegle z vpisom v zemljiško knjigo. V tem trenutku še ni splošno znane in uveljavljene prakse zemljiškoknjižnih sodišč, v skladu s katero bi ta ustrezni vpis izvedla na primer na podlagi posadne listine, s katero hipotekarni upnik dovoljuje vpis novega upnika kot soimetnika *maksimalne* hipoteke⁴⁴ (taka praksa je sicer že ustaljena glede delnih prenosov terjatev – glej primer na sliki 1). Alternativna pravnotehnična možnost za zagotovitev publicitete bi bila izstavitve posadne listine, ki bi v korist prevzemnika dovoljevala vknjižbo *posamezne hipoteke*, nastale za posamezno terjatev znotraj razmerja, zavarovanega z maksimalno hipoteko, *z istim vrstnim redom kot maksimalna hipoteka*.⁴⁵ Vendar je seveda tudi tak pristop negotov z vidika odločanja zemljiškoknjižnega sodišča, obenem pa je nejasen glede vidika omejenosti jamstva do maksimalnega zneska in bi potencialno dajal vtis povečanega jamstva nepremičnine. Ustrezno publiciteto bi morda lahko zagotovila sprememba ZZK-1, ki bi glede posameznih hipotek, nastalih znotraj kritja maksimalne hipoteke, vpeljala analogno ureditev, ki od novele ZZK-1C⁴⁶ velja za zaznambo neposredne izvršljivosti posameznih hipotek znotraj maksimalne hipoteke (peti odstavek 91. člena ZZK-1). Če je torej za razjasnitev položaja potrebna zakonodajna rešitev, pa avtorja meniva, da se je bolje lotiti celoviteje (glej naslednji oddelek).

⁴³ Plavšak, str. 118.

⁴⁴ Dovolitev takega vpisa bi implicirala tudi, da je tudi prevzemnik soimetnik varovalne stvarne pravice v obliki maksimalne hipoteke (in ne (zgolj) posameznih fiksnih hipotek), kar pa pravzaprav ne ustreza materialnopravni posledici, kot jo za tak primer predvideva omenjena interpretacija delovanja maksimalne hipoteke. Seveda bi se dalo pravo stanje ustrezno pojasniti z dodatnimi opisi.

⁴⁵ V tej smeri tudi Tratnik, str. 22, v svojem predlogu ureditve prenosljivosti maksimalne hipoteke *de lege ferenda*. Glej tudi sliko 2, ki ilustrira podoben zemljiškoknjižni pristop pri vpisih več (navadnih) hipotek več imetnikov z istim vrstnim redom.

⁴⁶ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zemljiški knjigi (ZZK-1C), Uradni list RS, št. 25/2011.

Slika 1: Primer dveh imetnikov ene hipoteke
 (anonimiziran dejanski izpisek iz zemljiške knjige)

ID pravice / zaznambe	[redacted]
čas začetka učinkovanja	28.05.2010 12:00:00
vrsta pravice / zaznambe	401 - vknjižena hipoteka
glavna nepremičnina:	katastrska občina [redacted]
podatki o vsebini pravice / zaznambe	
terjatev:	[redacted]
tip dospelosti	2 - do odpoklica
dodatni opis:	
[redacted]	EUR
[redacted]	EUR
[redacted]	EUR
Na podlagi notarskega zapisa [redacted] sporazuma o zavarovanju denarne terjatve po 142. in 145. čl. SPZ [redacted] se vknjiži skupna hipoteka za zavarovanje denarne terjatve v višini [redacted] EUR:	
- upnika	[redacted]
- upnika	[redacted] in
- upnika	[redacted]
obresti: obresti po spremenljivi letni obrestni meri, [redacted]	
[redacted] morebitnimi zamudnimi obrestmi po obrestni meri, ki je seštevek pogodbene obrestne mere in pribitka v višini [redacted] vsemi drugimi nadomestili, pripadki in stroški, ki bi jih imeli upniki z uveljavljanjem vračila terjatev ter možnostjo predčasne odpovedi kredita pod pogoji določenimi [redacted]	
zapadlost glavnice: zapade v plačilo [redacted]	

stran 2 od 7

22.3.2017 - 15:45

Zaznamuje se neposredna izvršljivost notarskega zapisa.

imetnik:

1. matična številka: [redacted]
 firma / naziv: [redacted]
 naslov: [redacted]
- začetek učinkovanja vpisa imetnika 20.04.2015 14:26:07
 2. matična številka: [redacted]
 firma / naziv: [redacted]
 naslov: [redacted]
 začetek učinkovanja vpisa imetnika 28.05.2010 12:00:00

zveza - ID osnovnega položaja: [redacted]

pravice / zaznambe pri izvedeni pravici / zaznambi:

ID	čas začetka učinkovanja	vrsta
[redacted]	25.04.2014 13:52:03	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki
[redacted]	30.10.2014 15:29:38	717 - vknjižba spremembe pri izvedeni pravici
[redacted]	12.05.2015 11:28:07	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki
[redacted]	12.10.2015 11:45:05	716 - zaznamba spremembe pri hipoteki

Slika 2: Primer več hipotek, vpisanih z istim vrstnim redom (anonimiziran dejanski izpisek iz zemljiške knjige)

Osnovni pravni položaj nepremičnine:

ID osnovnega položaja: [redacted]		
vrsta osnovnega položaja: 101 - vknjižena lastninska pravica		
delež: 1/1		
imetnik:		
1. matična številka: [redacted]		
firma / naziv: [redacted]		
naslov: [redacted]		
začetek učinkovanja vpisa imetnika 22.11.2007 11:32:00		
omejitve: Opozorilo: v primeru več omejitev z istim časom učinkovanja vpisa se vrstni red ugotovi na podlagi dodatnih opisov pri posamezni izvedeni pravici ali zaznambi.		
ID omejitve	čas začetka učinkovanja	vrsta
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	401 - vknjižena hipoteka
[redacted]	19.04.2010 09:00:00	402 - vknjižena maksimalna hipoteka

stran 1 od 20

5. Sklep in *de lege ferenda*

Razlogi za kogentno prepoved prenosa (deleža) maksimalne hipoteke pri cesiji terjatve niso prepričljivi, saj niso utemeljeni v legitimni koristi nobenega izmed udeležencev razmerja. Obenem omejitev prenosljivosti povzroča preglavice v poslovni praksi, na kar nakazujejo tudi opisane reinterpretacije maksimalne hipoteke in njene prenosljivosti, s katerimi bi bila togost četrtega odstavka 146. člena omehčana.

Novejša pravna teorija ponuja dobrodošel razmislek, kako ob že obstoječi ureditvi najti izhod iz zagate, ki jo predstavlja omejitev prenosljivosti maksimalne hipoteke, vendar pa v fazi implementacije še vedno odpira preveč vprašanj, da bi jo odvetniška praksa strankam lahko priporočila brez pomislekov. Pravna negotovost bi bila morda lahko učinkovito sanirana z ustaljeno sodno prakso Vrhovnega sodišča (za kar je seveda treba počakati na nastanek ustreznega spora in razplet nižjestopenjskih sodnih postopkov), vsekakor pa bi bil položaj najboljše razjasnjen z intervencijo zakonodajalca.

Po mnenju avtorjev bi morala zakonodajna rešitev zadostiti vsaj naslednjim kriterijem: (i) omogočiti stvarnopravno učinkovit prenos maksimalne hipoteke (oziroma zavarovalnega kritja, ki ga ta omogoča) na novega upnika skupaj s cesijo terjatve (tj. brez sodelovanja dolž-

nika), (ii) strankam omogočiti možnost zagotovitve publicitete takega prenosa (*perfection*) in (iii) ohraniti enako raven varstva strank, kot jo ponuja trenutna ureditev.⁴⁷

Konkretno to pomeni tako poseg v režim prenosljivosti maksimalne hipoteke v SPZ kot tudi ustrezajoče popravke ZZK-1, ki bi omogočali predvsem zagotovitev publicitete. S tega vidika bi bilo četrty odstavek 146. člena koristno bodisi črtati bodisi ga napraviti dispozitivnega (z enako dikcijo, kot jo uporablja prvi odstavek 148. člena SPZ za navadno hipoteko). Glede spremembe ZZK-1 bi bilo treba izrecno zapisati, da se prevzemnik terjatve lahko bodisi (1) vpiše kot soimetnik maksimalne hipoteke (kar je skladno s predlogom novejšje teorije), pri čemer si z odstopnikom lahko v deležih alocirata višino kritja, do katerega so upravičene terjatve vsakega od njiju;⁴⁸ bodisi (2) vpiše kot imetnik posameznih fiksnih hipotek, ki so nastale za posamezne terjatve znotraj kritja maksimalne hipoteke, pri čemer bi bilo treba zagotoviti publiciteto povezave med prvotno maksimalno hipoteko in takimi posameznimi terjatvami (ena od rešitev za to bi bila že omenjena ureditev, analogna petemu odstavku 91. člena ZZK-1).

Literatura

- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato (ur.). *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik (SPZ) (neuradno prečiščeno besedilo) s komentarjem*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, 2016.
- PLAVŠAK, Nina. Prenos hipoteke ali maksimalne hipoteke ob prenosu (cesiji) terjatve. *Dnevi insolvenčnega prava*, 2016, str. 103–118.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem. 1. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003a.
- PLAVŠAK, Nina, JUHART, Miha (ur.). *Obligacijski zakonik (OZ) (splošni del) s komentarjem. 2. knjiga*. Ljubljana: GV Založba, 2003b.
- TRATNIK, Matjaž. Različne vrste hipotek v slovenskem pravu. *Pravni letopis 2008; Zbirka znanstvenih člankov in razprav*, 2008, str. 11–23.

⁴⁷ Glede tega kriterija poudarjava, da ni očitno, da bi katerakoli od strank v kontekstu prenosljivosti maksimalne hipoteke potrebovala posebno varstvo zakonodajalca.

⁴⁸ Taki deleži se tudi vpišejo v zemljiško knjigo. Če stranki (ali stranke) deležev ne bi določili (določile), jima (jim) kritje pripada v enakih delih; prim. 1004. člen OZ.

Strokovni članek
UDK 336.774.3:347.734:339.542.2

Strategija upravljanja kreditnim rizikom te njen utjecaj na broj ovršnih postupaka pravne osobe

KREŠIMIR STARČEVIĆ
*diplomirani pravnik, stariji izvršni
direktor, Atlantic Grupa d.d., Zagreb*

ANA BAČIĆ
*magistra prava, pravni savjetnik,
Atlantic Grupa d.d., Zagreb*

Predgovor

U današnje vrijeme iznimno brze razmjene dobara i usluga te svakodnevno velikog broja izvršenih transakcija, redovita i pravodobna naplata potraživanja postaje imperativ za gospodarstvenike. Štoviše, uredna naplata potraživanja postaje preduvjet kako bi pravna osoba koja sudjeluje na tržištu, mogla obavljati svoju temeljnu poslovnu djelatnost.

U protekloj godini svjedočili smo krahu najvećeg koncerna na ovim prostorima, Agrokora d.d., koji je zamalo povukao za sobom i tisuće drugih manjih ili većih gospodarstvenika koji su, u velikom dijelu, bili ovisni o Agrokoru. Na sreću, državnom intervencijom, izbjegnuto je takav scenarij, ali ostaje pitanje zašto se to dogodilo te još važnije, kako izbjeći da se to više ne dogodi u budućnosti.

Kvalitetan zakonski temelj u trgovačkom pravu, kao i zakonska rješenja insolventijskog prava svakako su nužna pretpostavka kako se velike kompanije ne bi na tržištu ponašale svojevotjno i monopolistički. Odredbe o rokovima plaćanja, o poštenoj odnosno nepoštenoj trgovačkoj praksi, o zaštiti tržišnog natjecanja te propisane sankcije za one gospodarstvenike koji se takvih odredaba ne pridržavaju, odnosno koje ih krše, svakako jesu bitan korigirajući faktor. Međutim, osim toga, kompanije unutar svog organizacijskog modela trebaju i same stvarati i osigurati sve pretpostavke kako bi uredno i sustavno vodile svoja potraživanja te pravodobno i kvalitetno reagirale ukoliko dođe do rizika neuspješne naplate potraživanja.

Atlantic Grupa d.d. je na vrijeme prepoznala važnost segmenta naplate potraživanja te unutar svog organizacijskog modela ustrojila odjel koji se isključivo bavi tematikom naplate potraživanja te kreirala proceduru kontrole i praćenja naplate potraživanja.

1. Uvod

1.1. Opis problema

S aspekta poduzetnika, roba nije prodana, odnosno usluge nisu isporučene, ukoliko iste nisu naplaćene. Iako novac nije smisao poslovanja, on je ključni resurs bez kojeg trgovačko društvo odnosno sudionik na tržištu ne može opstati. Zbog navedenog, redovna i pravodobna naplata potraživanja je za svako poduzeće od ključnog značaja.

U svim granama industrije postoji dužničko-vjerovnički ugovorni odnos. U takvim odnosima povjerenje ne može biti jedino osiguranje da će dužnik platiti za isporučena dobra i usluge sukladno datumu dospijeća. Zbog toga svi moderni pravni sustavi poznaju razne mehanizme, odnosno instrumente osiguranja plaćanja te posljedično uređuju ovršni postupak, ukoliko do istog dođe.

U vrlo promjenjivim uvjetima poslovanja koji posljednjih godina vladaju svjetskim i domaćim gospodarstvom, potrebno je i da kompanije same unutar svoje organizacije veći fokus usmjere na naplatu i likvidnost odnosno sigurnost poslovanja. Integrirano upravljanje rizicima (eng. *Enterprise Risk Management*) postaje imperativ suvremenog poslovanja. Rizik likvidnosti kao jedan od ključnih financijskih rizika zahtijeva definiranje odgovorne osobe, izradu i implementaciju strategije, kao i sustavnu kontrolu i praćenje.

Povećanjem obujma i brzine priljeva novca na račun društva povećava se i njegova dobit. Povećanja dana zaliha povećava potrebu za radnim kapitalom, odnosno obratno, smanjenje dana zaliha, smanjuje potrebu za radnim kapitalom, slijedom čega je potrebno paziti da novčani jaz (eng. *cash gap*) bude uvijek što manji. Inzistiranje na učinkovitoj naplati potraživanja ima za posljedicu dugoročnu sigurnost i uspješnost poduzeća.

1.2. Svrha i ciljevi istraživanja

Svrha istraživanja koje je opisano u ovom znanstvenom radu je utvrditi postoji li uzročno-posljedična veza odnosno zakonitost između strateškog upravljanja potraživanjima i broja ovršnih predmeta pojedine kompanije.

S obzirom na svrhu istraživanja, postavljeni su i ciljevi istraživanja: (1) analizirati stanje u povezanim društvima Atlantic Grupe d.d. koja posluju u Hrvatskoj, Sloveniji i Srbiji s osvrtom na stanje prije i poslije uvođenja strategije za upravljanje kreditnim rizikom; (2) analizirati navedenu strategiju; (3) utvrditi postoji li zakonitost odnosno uzročno-posljedična veza između strateškog upravljanja naplatom potraživanja i broja ovršnih predmeta pojedine kompanije.

2. Teorijska podloga

2.1. Limitiranje odgode plaćanja u svrhu opće likvidnosti

Europski parlament i Vijeće su 16. veljače 2011. godine donijeli Direktivu 2011/07/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima¹ (u daljnjem tekstu: Direktiva). Svrha navedene Direktive upravo je bila smanjiti nelikvidnost gospodarskih subjekata koja je generirala opću nelikvidnost država članica. Plaćanja u poslovnim transakcijama među gospodarskim subjektima odnosno između gospodarskih subjekata i javnih tijela uslijede, u pravilu, kasnije nego što je određeno ugovorom. Iako je roba isporučena, odnosno, usluge pružene, mnogi ispostavljeni računi plaćaju se znatno nakon roka. Takva zakašnjenja negativno utječu na likvidnost i otežavaju financijsko upravljanje poduzeća. Ona također utječu na njihovu konkurentnost i profitabilnost u slučaju kad vjerovnik treba pribaviti vanjsko financiranje zbog zakašnjelog plaćanja. Rizik takvih negativnih učinaka znatno je jači u razdobljima gospodarskog pada kad pristup financiranju postaje teži, navodi se u Direktivi.²

Budući da većinu robe i usluga na unutarnjem tržištu pružaju gospodarski subjekti drugim gospodarskim subjektima i javnim tijelima na temelju odgode plaćanja, pri čemu dobavljač kupcu daje vrijeme za plaćanje računa, prema dogovoru među strankama, na način utvrđen na računu dobavljača odnosno utvrđen zakonom, ukazala se potreba zakonski ograničiti takvu odgodu. Navedena Direktiva je ograničila ugovorno razdoblje plaćanja poduzeća prema drugom poduzeću na šezdeset kalendarskih dana, osim u iznimnom okolnostima koja zahtijevaju plaćanja dulja od šezdeset kalendarskih dana, primjerice kada poduzetnici žele odobriti trgovački kredit svojim klijentima te uz uvjet da takvo produljenje nije nepravedno prema vjerovniku.³

Republika Hrvatska je u svoje zakonodavstvo implementirala navedenu Direktivu putem Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi⁴ (u daljnjem tekstu: ZFPPN) koji je na snazi u Republici Hrvatskoj od 1. 10. 2012. godine. Republika Slovenija je navedenu Direktivu implementirala u svoje zakonodavstvo putem Zakona o preprečavanju zamud pri plaćilih⁵ (u daljnjem tekstu: ZPreZP), koji je na snazi od 28. 7. 2012. godine. U Republici

¹ Službeni list EU, SL 048, P. 0001 – 0010, 23. 2. 2011.

² Direktiva 2011/07/EU, Preambula, točka (2) i (3).

³ Direktiva 2011/07/EU, Preambula, točka (13).

⁴ Narodne novine, br. 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15, 78/15.

⁵ Uradni list RS, št. 57/12.

Srbiji pak postoji istovjetan Zakon o rokovima izmirenja novčanih obveza u komercijalnim transakcijama,⁶ koji je stupio na snagu 25. 12. 2012. godine.

Osim što je definiran rok ispunjenja novčanih obveza u poslovnim transakcijama između poduzetnika, sukladno ZFPPN koji je na snazi u Republici Hrvatskoj, uprava je dužna u vođenju poslova društva poduzimati sve potrebne mjere kako bi osigurala likvidnost i solventnost društva te mora upravljati imovinom društva tako da je društvo sposobno ispuniti sve svoje dospjele obveze. Osim toga, upravi je propisana obveza sustavnog praćenja, procjene i strategije održavanja, odnosno dosezanja adekvatne razine kapitala u odnosu na vrstu, opseg i složenost poslovne djelatnosti koju društvo obavlja i rizike kojima je izloženo ili bi moglo biti izloženo u obavljanju poslovne djelatnosti.⁷ Nadzorni odbor je također dužan nadzirati stanje likvidnosti i solventnosti društva.⁸

Upravljanje rizicima obuhvaća utvrđivanje, mjerenje ili procjenu te praćenje rizika, uključujući izvješćivanje o rizicima kojima je društvo izloženo ili bi moglo biti izloženo tijekom svoga poslovanja. Uprava je dužna osigurati da društvo provodi redovne mjere upravljanja rizicima te da postupa u skladu s pravilima poslovno-financijske struke, s obzirom na opseg i vrstu poslova koje društvo obavlja. Pod pojmom rizik podrazumijevaju se svi rizici kojima je društvo izloženo ili bi moglo biti izloženo u poslovanju, osobito kreditni rizik, tržišni rizik, operativni rizik i rizik likvidnosti. Rizik likvidnosti je definiran kao rizik gubitka zbog nemogućnosti ispunjenja dospjelih obveza.⁹ Također, uprava je dužna poduzeti sve potrebne mjere da društvo raspolaže s dovoljno dugoročnih izvora financiranja, obzirom na opseg i vrstu poslovne djelatnosti te redovno pratiti ostvaruje li društvo potrebnu adekvatnost kapitala. Pri tome se smatra da je nastala neadekvatnost kapitala u društvu, ako je gubitak iz tekuće godine zajedno s prenesenim gubicima dosegao polovinu visine temeljnog kapitala.¹⁰

2.2. Instrumenti osiguranja plaćanja

Bez obzira na zakonsko limitiranje roka ispunjenja novčane obveze na rok od 60 dana, uprava, nadzorni odbor, kao i svi zaposlenici društva u svom poslovanju imaju obvezu skrbiti o likvidnosti društva i o kvaliteti prodaje. Čak i ako se radi o klijentima koji uredno plaćaju i podmiruju svoje obveze, u uvjetima recesije i zaostajanja u gospodarskim aktivnostima, vrlo često i takvi klijenti sve teže i sa sve većim odgodama plaćaju račune za isporučene im robe i

⁶ Službeni glasnik RS, br. 119/2012, 68/2015 i 113/2017.

⁷ ZFPPN, čl. 5/1, 5/2 i 5/3.

⁸ ZFPPN, članak 6.

⁹ ZFPPN, članak 7/1, 7/2 i 7/3.

¹⁰ ZFPPN, članak 9.

usluge. Time ujedno na dobavljače prenose svoje probleme i rizike odnosa sa svojim klijentima odnosno poslovnim partnerima.

U tu svrhu, ponekad društva moraju kratkoročno „žrtvovati“ rentabilnost te kroz povoljnije komercijalne uvjete motivirati kupce na urednost plaćanja i izdavanje što kvalitetnijih instrumenata osiguranja.

2. 2. 1. Bankarska garancija na poziv

Kada govorimo o instrumentima osiguranja, svakako kao broj jedan treba navesti bankarsku garanciju na poziv.

Bankarska garancija na poziv ili na prvi poziv je vrlo snažno sredstvo osiguranja plaćanja bilo da se radi o domaćem ili međunarodnom poslovanju. Bankarska garancija se ipak najčešće koristi za osiguranje tražbina iz međunarodnog poslovanja kao instrument međunarodne trgovačke prakse.

Samo u manjem broju država bankarska garancija je propisana zakonom, dok je u većini zemalja bankarska garancija inominatni ugovor, odnosno ugovor koji nije reguliran zakonskim odredbama.¹¹ U Republici Hrvatskoj bankarska garancija je propisana Zakonom o obveznim odnosima,¹² u Republici Sloveniji Zakonom o obligacijskih razmerjih,¹³ dok je u Republici Srbiji ista propisana Zakonom o obligacionim odnosima.¹⁴ Međunarodna trgovačka komora (ICC) je kodificirala običajno pravo koje se odnosi na primjenu bankarskih garancija u Jedinstvenim pravilima Međunarodne trgovačke komore za bankarske garancije od 1. srpnja 2010. godine.

Bankarske garancije mogu biti „na poziv“ odnosno „na prvi poziv“ (eng. *demand guarantees*) te mogu biti bankarska jamstva. Osnovna razlika je ta što je bankarsko jamstvo akcesornog karaktera. To znači da je banka u ulozi jamca od kojeg vjerovnik može zahtijevati ispunjenje ukoliko i tek nakon što dužnik ne ispuni obvezu iz osnovnog ugovora. Također, kod bankarskog jamstva, a za razliku od bankarske garancije na poziv, banka kao jamac može isticati sve prigovore koje ima glavni dužnik, osim prigovora koji bi bili osobne naravi. Suprotno tome, bankarska garancija na poziv je zaseban pravni posao koji ne ovisi o valjanosti ili nevaljanosti osnovnog ugovora. Osnovna prednost tih bankarskih garancija je ta što banka preuzima neza-

¹¹ Milinović 2018.

¹² Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

¹³ Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 – odl. US, 57/89, Uradni list RS, št. 88/99 – ZRTVS-B, 83/01 – OZ, 30/02 – ZPlaP in 87/02 – SPZ.

¹⁴ Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89; Službeni list SRJ, br. 31/93; Službeni list SCG, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

visnu obvezu plaćanja određenog novčanog iznosa i to na prvi poziv korisnika, ako se ispune uvjeti koji su navedeni u samoj garanciji.¹⁵ Upravo iz tog razloga bankarske garancije na poziv se smatraju „kraljicama sigurnosti u naplati osiguranja“ te „papiroim bezuvjetnog povjerenja“.¹⁶ Za potrebe ovog rada će se termin „bankarska garancija“ uvijek odnositi na bankarsku garanciju na poziv.

Bankarskom garancijom se banka (garant) obvezuje da će na pisani zahtjev korisnika bankarske garancije istome isplatiti određeni novčani iznos ako je udovoljeno uvjetima iz garancije. Dakle, kod bankarske garancije, banka izdaje garanciju korisniku garancije u svoje ima, a za račun nalogodavca bankarske garancije, temeljem ugovora o nalogu koji je kupac sklopio s bankom. Izdavanje bankarske garancije definira se osnovnim ugovorom sklopljenim između nalogodavca i korisnika garancije, međutim, kao što je navedeno, bankarska garancija ne ovisi o valjanosti ili nevaljanosti osnovnog ugovora. Bitni elementi bankarske garancije su iznos garancije i trajanje garancije. Vezano za trajanje garancije, potrebno je istaknuti da se bankarska garancija izdaje na ugovoreni period i potrebno je istu produžiti ukoliko to zahtjeva poslovni odnos s klijentom.

Potrebno je spomenuti i potvrđene garancije (tzv. supergarancije) kao posebnu vrstu bankarskih garancija izdanih od strane jedne banke te potvrđenih od strane druge banke. U tom slučaju korisnik garancije može svoje zahtjeve iz garancije podnijeti bilo banci koja je izdala garanciju, bilo onoj koja ju je potvrdila.¹⁷

U međunarodnoj praksi je veoma raširena posebna tehnika „potvrđivanja“ garancije odnosno tzv. kontragarancije. To je garancija kod koje se banka u zemlji nalogodavca obvezuje u korist banke u zemlji korisnika garancije isplatiti iznos naveden u garanciji banke u zemlji korisnika, ako se korisnik naplati od te banke¹⁸. Kod kontragarancije, za razliku od supergarancije, korisnik ima odnos samo s drugom bankom koja mu je izdala garanciju, a nema nikakav pravni odnos s prvom bankom koja je dala kontragaranciju toj prvoj banci.¹⁹

2. 2. 2. *Standby letter of credit*

Standby letter of credit je poseban oblik garancije nastao u Sjedinjenim Američkim Državama (u daljnjem tekstu: SAD) te je tipičan za anglosaksonsko pravo.²⁰ Standby akreditivi su zami-

¹⁵ Vukmir, str. 335.

¹⁶ Uzelac, Brozović, str. 66. Citirano prema: Brkanić, str. 91.

¹⁷ Vukmir, str. 362.

¹⁸ Milinović 2018.

¹⁹ Vukmir, str. 363.

²⁰ Opširnije Bertrams, str. 5–6.

jenili bankarske garancije kad je američkim bankama nakon velike depresije (1929.–1932.) bilo zabranjeno izdavanje bankarskih garancija na poziv.²¹ Kod američkog standby letter of credit američko poduzeće se obraća izravni banci u zemlji svog poslovnog partnera, sa zahtjevom za izdavanje bankarske garancije. Potonja banka je spremna izdati bankarsku garanciju ako dobije kontragaranciju neke američke banke. Takva kontragarancija američke banke se naziva standby letter of credit.²²

2. 2. 3. Pokroviteljska izjava

Pokroviteljske izjave (eng. *Letter of comfort*) također, pod određenim uvjetima mogu biti garancije. U međunarodnoj poslovnoj praksi tim pismom poduzeće „matica“ najčešće daje određene izjave o bonitetu svoje „kćerke“ ili potvrđuje svoje međusobne veze, ali u pravilu bez jake obveze plaćanja ili ispunjenja neke druge obveze poduzeća „kćerke“.²³ Ovisno o sadržaju takve izjave, razlikujemo jače i slabije pokroviteljske izjave, u skladu s tim se razlikuje i njihova pravna narav.

Na ovim područjima česta je tzv. korporativna garancija odnosno izjava društva majke kojom društvo majke jamči za obveze društva kćeri, npr. za izvršenje obveze plaćanja. Istom društvu majka pristupa dugu društva kćeri, odnosno zajedno jamče da će dug biti ispunjen. Korporativna garancija nije izravno naplativ instrument osiguranja u smislu da se ne može podnijeti na naplatu Financijskoj agenciji ili banci kod koje društvo kćer ili društvo majka imaju otvoren račun. Ukoliko dužnik iz takve garancije odbije platiti predmetni iznos, vjerovnik mora pokrenuti parnični postupak, stoga za vjerovnika ovakve garancije, u pravilu, nisu adekvatno osiguranje potraživanja.

2. 2. 4. Zadužnica

U Republici Hrvatskoj se za osiguranje naplate potraživanja u gospodarskom poslovanju između dva domaća gospodarska subjekta najčešće koristi zadužnica. Sukladno Ovršnom zakonu²⁴ (u daljnjem tekstu: OZ), zadužnica kao instrument osiguranja je privatna isprava potvrđena kod javnog bilježnika kojom dužnik daje suglasnost da se radi naplate tražbine određenog vjerovnika zaplijene svi računi koje ima kod banaka te da se novac s tih računa, u skladu s njegovom izjavom sadržanom u toj ispravi, isplaćuje vjerovniku. Zadužnica, kao instrument hrvatskog ovršnog prava, nema izravnih paralela u komparativnom pravu.

²¹ Vukmir, str. 360.

²² Cf. *ibid.*, str. 360–361.

²³ Cf. *ibid.*, str. 366.

²⁴ Narodne novine, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, čl. 214/1.

Zadužnica se izdaje u jednom primjerku te ima učinak rješenja o ovrsi kojim se zapljenjuje tražbina po računu i prenosi na ovrhovoditelja.²⁵ Zaduznica ima svojstvo ovršne isprave na temelju koje se može tražiti ovrha protiv dužnika ili jamaca plateca na drugim predmetima ovrhe.²⁶ Zakonom o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima²⁷ od 2011. godine postupanje po zadužnici preuzela je Financijska agencija, čime je znatno olakšano postupanje po zadužnici. Aktivacijom zadužnice putem Financijske agencije radi naplate tražbine vjerovnika vrši se zapljena novca po svim računima dužnika koje ima kod banaka te se novac s tih računa isplaćuje vjerovniku.

Postoje dvije vrste zadužnice: zadužnica i bjanko zadužnica. Razlika između bjanko i „obične zadužnice“ je što se kod bjanko zadužnice iznos tražbine za koji se izdaje zadužnica naknadno upisuje, dok kod „obične“ zadužnice dužnik iznos tražbine upiše već pri izdavanju iste. Bjan-ko zadužnica se izdaje na točno određene najviše iznose, i to do iznosa od 50.000,00 kuna, 100.000,00 kuna, 500.000,00 kuna te do iznosa od 1.000.000,000 kuna.²⁸

Dane zadužnice ne vrijede vremenski neograničeno. Tražbine iz zadužnice zastarijevaju za deset godina.

Teoretičari nisu suglasni oko toga znači li nesporna učinkovitost zadužnice za vjerovnika i preveliku opasnost za dužnika u vidu mogućih zlouporaba i prijevара. To iz razloga što zadužnica, osim što osigurava tražbinu, čini nepotrebnim utvrđivanje njenog postojanja jer je po učincima izjednačena s rješenjem o ovrsi (kad se ovrha zahtijeva na računima ovršenika), odnosno s ovršnom ispravom (kad se ovrha traži na drugim predmetima različitim od novčanih sredstava).

Do donošenja izmjena Ovršnog zakona 1. 9. 2017. godine pojedini su teoretičari²⁹ isticali kako je nauštrb učinkovitosti kod zadužnice sav teret prebačen na ovršenika, jer je ovrhovoditelj mogao zadužnicu u pravilu prisilno naplatiti bez ikakvih prethodnih provjera postojanja osigurane tražbine, njene dospelosti i valjanosti temeljnog pravnog posla, pa čak i bez mogućnosti ovršenika da o njenoj naplati uopće bude upoznat prije no što ona bude provedena. Međutim, stupanjem na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona,³⁰ od 1. 9. 2017. godine Financijska agencija vrši zapljenu tražbine po računu i prenosi na ovrhovoditelja tek po proteku roka od šezdeset dana od dana kada je zadužnica dostavljena Financijskoj

²⁵ OZ, čl. 214/1.

²⁶ OZ, čl. 214/7.

²⁷ Narodne novine, br. 91/10, 112/12.

²⁸ Pravilnik o obliku i sadržaju bjanko zadužnice, Narodne novine, br. 115/2012, 82/2017, članak 9.

²⁹ Vidi Uzelac, Brozović, str. 59.

³⁰ Narodne novine, br. 73/2017.

agenciji, i to samo ako Agencija u tom roku ne zaprimi drugačiju odluku suda. Naime, Financijska agencija, nakon što primi zadužnicu ili bjanko zadužnicu na naplatu, bez obzira na to radi li se o zadužnici koja je upisana ili nije upisana u Registar zadužnica, o tome obavještava dužnika te se dužnik na istu može žaliti nadležnom sudu tražeći odgodu ovrhe odnosno proglašenje ovrhe nedopuštenom. Ako Financijska agencija u roku od 60 dana od dana kad joj je dostavljena zadužnica ili bjanko zadužnica ne primi rješenje suda o odgodi izdavanja naloga bankama za provedbu prijenosa zaplijenjenih sredstava ili rješenje suda kojim se pljenidba i prijenos proglašava nedopuštenim na temelju ovršne isprave na temelju koje je ona zatražena, izdat će nalog bankama da obave prijenos sredstava s računa ovršenika na račun ovrhovoditelja. Ovom novinom u ovršnom postupku malo je usporen postupak naplate, ali zbog kratkih rokova u kojima sudovi moraju postupiti ipak nije značajno usporen sam ovršni postupak. Ipak, postoji bojazan kod ovrhovoditelja, a i pojedinih teoretičara,³¹ da će ovrhovoditelji biti izloženi povećanom riziku zbog odgodnog učinka navedenih izmjena uslijed kojeg mogu biti zahvaćeni naknadnim promjenama u statusu ovršenika, npr. uslijed otvaranja predstečajnog i stečajnog postupka.

Još jedno svojstvo zadužnice koje je za vjerovnika povoljno je njezina prenosivost. Uz to, svakako treba istaknuti i činjenicu da je izdavanje samo zadužnice znatno jeftinije od izdavanja bankarske garancije.

2.2.5. Izvršnica

U Republici Sloveniji izvršnica je vrlo raširen instrument osiguranja koji je propisan u ZPre-ZP. To je pravni instrument *sui generis* koji je uveden u slovenski pravni poredak s ciljem što učinkovitijeg osiguranja i što bržeg ispunjenja plaćanja obveza između gospodarskih subjekata.³² Izvršnica je relativno novi instrument osiguranja plaćanja te ima određene zajedničke karakteristike sa zadužnicom u hrvatskom pravu. Temelji se na izjavi dužnika kojom se isti obvezuje da će isplatiti vjerovniku određeni iznos novca.

Zakonom je predviđeno da izvršnicu može izdati samo gospodarski subjekt ili javni organ te da ista mora biti ovjerena od javnog bilježnika.³³ Izvršnica nije prenosiva, a vjerovnik je može dati na provedbu u roku od tri godine od dana dospelosti obveze.³⁴ Datum dospijea je bitan element izvršnice.

³¹ Tako Dika, str. 70.

³² Tacol, Jan, str. 13.

³³ ZPreZP, čl. 37/1 i 37/2.

³⁴ ZPreZP, čl. 41, 42.

Vjerovnik je ovlašten zatražiti plaćanje po izvršnici od banke u kojoj dužnik ima otvoren račun, a sukladno odobrenju dužnika danim u izvršnici.³⁵ O tom zahtjevu predmetna banka je dužna obavijestiti dužnika te je istodobno dužna zaplijeniti financijska sredstva na dužnikovom računu.³⁶ Ako na dužnikovim računu nema dovoljno sredstava za plaćanje, banka koja je navedena na izvršnici kopiju izvršnice upućuje drugim bankama u kojima dužnik ima otvoren račun, a koje su obvezne izvršiti prijenos sredstava potrebnih za plaćanje potraživanja vjerovnika na račun dužnika prvotne banke.³⁷

Izvršnica kao pravni instrument ima snagu ovršne isprave sukladno Zakonu o izvršbi in zavarovanju³⁸ te se smatra se da sadrži potvrdu ovršnosti.³⁹ Vrhovni sud Republike Slovenije je odlukom od dana 7. 11. 2014. godine potvrdio da izvršnica nije vjerodostojna isprava, već ovršna isprava.⁴⁰

Kao i kod zadužnice, negativna strana izvršnice za dužnika je što banka dužnika nije u obvezi provjeravati postoji li zaista financijska obaveza dužnika te da li je utemeljena ugovorom ili nije, kao ni da li je obveza na temelju izvršnice prestala. Banka samo provjerava da li je obveza dužnika dospjela, da li je od dana dospelosti prošlo više od tri godina te ima li sve bitne elemente propisane ZpreZP.⁴¹

S druge strane, za vjerovnika je negativna strana izvršnice ta što prednost naplate pred izvršnicom ima odluka kojom sud nalaže banci da blokira imovinu dužnika, odnosno odluka porezne ili carinske uprave kojom nalažu banci da oduzme imovinu dužnika te odluka suda ili poreznog tijela o ovrši (slo. *sklep o izvršbi*). Osim toga, u slučaju pokretanja insolventijskog postupka ili postupka stečaja (slo. *prisilna poravnava*), izvršnice nije moguće koristiti. Slijedom toga, bankarska garancija za vjerovnika je svakako sigurnije, ali ujedno i skuplje rješenje.

2. 2. 6. Mjenica

Mjenica je vrijednosni papir koji glasi na određeni iznos novca, a koji svom imatelju daje pravo da taj iznos naplati od osobe koja je u njoj naznačena kao dužnik. Mjenica se već dugo vremena koristi u međunarodnoj poslovnoj praksi. Pravila o mjenici ne razlikuju se u bitnom gledajući komparativne pravne sustave.

³⁵ ZPreZP, čl. 43/1.

³⁶ ZPreZP, čl. 45, 46.

³⁷ ZPreZP, čl. 51.

³⁸ Uradni list RS, št. 3/07 – UPB, 93/07, 37/08 – ZST-1, 45/08 – ZArbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13 – odl. US, 45/14 – odl. US, 53/14, 58/14 – odl. US, 54/15, 76/15 – odl. US in 11/18.

³⁹ ZPreZP, čl. 38.

⁴⁰ Sklep VSRS III R 29/2014 od dana 7. 11. 2014.

⁴¹ ZPreZP, čl. 39.

Mjenica se kao instrument osiguranja vrlo često koristi u Srbiji, dok se, uvođenjem zadužnice u Hrvatskoj, odnosno izvršnice u Sloveniji, nešto rjeđe koristi u Hrvatskoj i Sloveniji zbog svog kompliciranog i vrlo često neuspješnog postupka naplate. Zakoni o mjenici⁴² u Republici Hrvatskoj, Republici Sloveniji i Republici Srbiji se u bitnom ne razlikuje, a temelje se na Zakonu o mjenici iz 1946. godine⁴³ koji je vrijedio na području bivše države.

Kao i kod zadužnice, i kod mjenice postoji bjanko mjenica. Bjanko mjenica je mjenica koja u trenutku izdavanja nema sve bitne sastojke mjenice, ali je omogućeno osobi kojoj je mjenica zakonito dana da ih naknadno upotpuni. Kao minimalan sadržaj u trenutku izdavanja traži se potpis izdavatelja mjenice i potpis onoga koji treba platiti. Ukoliko je izdavatelj mjenice ujedno i osoba koja treba platiti, dovoljan je potpis izdavatelja mjenice.

Mjenica, za razliku od zadužnice i izvršnice, nema snagu ovršne isprave i temeljem iste se ne može izravno tražiti ovrha putem Financijske agencije (zadužnica) odnosno putem svih banaka u kojima dužnik ima otvoren račun (izvršnica).

Mjenica je vjerodostojna isprava samo ukoliko na njoj piše „bez protesta“ ili „bez troškova“. U suprotnom, mjenica postaje vjerodostojna isprava u trenutku kada je mjenični vjerovnik protestira. Protest je javna isprava koju je izdao javni bilježnik, a njome se najčešće utvrđuje da je mjenični dužnik, odnosno osoba koja treba akceptirati i platiti mjenicu, istu odbila akceptirati i platiti, stoga da su nastupile činjenice koje su zakonska osnova za ostvarivanje regresa od ostalih potpisnika mjenice, ukoliko je mjenica više puta prenesena putem indosamenta.

Za kompanije je, u ovom smislu važno da, kada se osiguravaju mjenicom uvijek od izdavatelja mjenice traže da na istoj naznače „bez protesta“ ili „bez troškova“, kako bi izbjegli komplicirani postupak protestiranja mjenice. Temeljem mjenice koja je vjerodostojna isprava može se tražiti donošenje rješenja o ovrši.

S obzirom na dospelost, mjenica može biti na određeni dan, na određeno vrijeme po viđenju, po viđenju, na određeno vrijeme nakon izdavanja. Ako na mjenici nema nikakve oznake dospelosti, ona vrijedi kao mjenica po viđenju, što znači da je izdavatelj mjenice dužan istu platiti odmah kad mu takvu predočimo. Pravo zahtijevati isplatu temeljem mjenice zastarijeva za tri godine od dana dospelosti mjenice.

⁴² U Republici Hrvatskoj na snazi je Zakon o mjenici (Narodne novine, br. 74/94, 92/10), u Republici Sloveniji na snazi je Zakon o mjenici (Uradni list FLRJ, št. 104/46, 33/47 – popr., Uradni list SFRJ, št. 16/65, 54/70, 57/89, Uradni list RS, št. 13/94 – ZN in 82/94 – ZN-B), dok je u Republici Srbiji na snazi Zakon o mjenici (Službeni list FNRJ, br. 104/46, Službeni list SFRJ, br. 16/65, 54/70 i 57/89, Službeni list SRJ, br. 46/96 i Službeni list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja).

⁴³ Sl. list FNRJ, br. 104/46, Sl. list SFRJ, br. 16/65, 54/70 i 57/89.

Iz navedenog možemo primijetiti da je mjenica teže naplativi vrijednosni papir kojeg vjerovnici, zbog tromosti u provedbi, u pravilu ne vole koristiti kao instrument osiguranja plaćanja. „U slučaju odbijanja dobrovoljnog ispunjenja obveza iz mjenice, redoviti put naplate mjenice ide kroz parnični postupak, bilo da se on inicira samostalno nakon protesta, bilo da parnični postupak bude posljedica prigovora protiv rješenja o ovrsi na temelju vjerodostojne isprave.“⁴⁴

Također, potrebno je istaknuti da se mjenica može koristiti i kao sredstvo plaćanja i kreditiranja.

2. 2. 7. Pridržaj prava vlasništva

Pridržaj prava vlasništva (engl. *retention of property right*) nije, u klasičnom smislu, instrument osiguranja, ali gospodarski subjekti ga često koriste u međusobnim ugovornim odnosima, budući da ipak pruža svojevrstu zaštitu vjerovniku. Propisan je obveznim zakonodavstvom ovih triju država⁴⁵.

Pridržaj prava vlasništva je institut putem kojeg prodavatelj pridržava pravo vlasništva i poslije predaje stvari kupcu dok kupac ne isplati kupoprodajnu cijenu u potpunosti. Kod kupoprodaje s pridržajem prava vlasništva, prodavatelj je i dalje vlasnik sve do potpune isplate ugovorne cijene, a kupac drži posjed i koristi stvar sve dok ne isplati punu cijenu. Ipak, takva ugovorna odredba ne ograničava kupca da raspolaže sa stvari, pa čak da istu i proda, bez obzira na to što nije isplatio kupoprodajnu cijenu.

Pridržaj prava vlasništva dolazi do izražaja u stečajnom postupku, kada prodavatelj može temeljem te odredbe tražiti izlučno pravo na stvarima na kojima je zadržao pravo vlasništva. Međutim, to vrijedi samo u slučaju da je pridržaj prava vlasništva robe učinjen u obliku javno ovjerovljene isprave prije kupčeva stečaja ili prije pljenidbe stvari.

3. Metodologija rada i hipoteza

Izrada ovog znanstvenog rada uključuje teorijsko razmatranje i sekundarno istraživanje (*desk research*) pa su stoga i znanstvene metode korištene u ovom pristupnom radu definirane karakterom pojedinih dijelova rada. U teorijskom dijelu pri izradi ovog rada koriste se u odgovarajućim kombinacijama sljedeće znanstvene metode: metode analize, metoda klasifikacije, metoda deskripcije, metoda komparacije.

⁴⁴ Uzelac, Brozović, str. 64.

⁴⁵ Vidi *supra*, str. 6, bilj. 6, 7 i 8.

U istraživačkom dijelu koautori koriste dokumentaciju i podatke objekta istraživanja ATLANTIC GRUPE dioničkog društva za unutarnju i vanjsku trgovinu sa sjedištem u Zagrebu, Miramarska 23, Republika Hrvatska (u daljnjem tekstu: Atlantic Grupa).

Na temelju prethodno definiranih problema proizlazi hipoteza koja se analizira i testira u ovom radu, a koja glasi:

Hipoteza (H): *Sustavnim i kvalitetnim ugovaranjem osiguranja naplate potraživanja te kontinuiranim praćenjem naplate svojih potraživanja pravne osobe mogu smanjiti broj ovršnih predmeta, a time povećati likvidnost odnosno posljedično polučiti bolje poslovne rezultate.*

3.1. Objekt istraživanja

Istraživanje je provedeno na primjeru Atlantic Grupe, točnije njena tri povezana društva sa sjedištem u različitim državama, i to:

1. Atlantic Trade d.o.o., Lončareva 9, 10 000, Zagreb, Republika Hrvatska,
2. Atlantic Trade d.o.o., Kolinska 1, 1000, Ljubljana,
3. Atlantic Brands d.o.o., Bulevar Peka Dapčevića 29, 11000 Beograd-Voždovac, Republika Srbija.

3.1.1. Podaci o Atlantic Grupi d.d.

Atlantic Grupa je vertikalno integrirana multinacionalna kompanija sa sjedištem u Zagrebu, Republika Hrvatska, koja obuhvaća aktivnosti istraživanja i razvoja, proizvodnje te distribucije robe široke potrošnje u jugoistočnoj Europi, zapadnoeuropskim tržištima te Rusiji i Zajednici Neovisnih društava (ZND). Prema podacima iz sudskog registra⁴⁶ temeljni kapital Atlantic Grupe iznosi 133.372.000,00 kuna. Društvo je u 2017. godini ostvarilo prihode od prodaje u iznosu od 5,3 milijarde kuna.⁴⁷

Po svom pravnom obliku Atlantic Grupa je trgovačko društvo kapitala, odnosno dioničko društvo. Dionice Atlantic Grupe su od 2006. godine uvrštene na uređeno tržište kapitala te kotiraju na Zagrebačkoj burzi.

Atlantic Grupa je organizacijski ustrojena kao holding kompanija, što znači da drži ili trajno sudjeluje u vlasništvu drugih, pravno samostalnih društava. U ovom trenutku Atlantic Grupu čine 33 povezana društva.

⁴⁶ Sudski registrar 2018.

⁴⁷ Atlantic Grupa 2017, str. 100.

Društvo je ustrojeno po dualističkom modelu, što znači da Društvo ima Upravu koja se sastoji od predsjednika i tri člana Uprave te Nadzornog odbora koji se sastoji od sedam članova. Osim nadzornog odbora, Atlantic Grupa ima i tri Komisije: Komisiju za korporativno upravljanje, Komisiju za imenovanje i nagrađivanje te Komisiju za reviziju. Društvo ima odjel za strategiju. Također, postoji pododbor nadzornom odboru – revizorski odbor.

Atlantic Grupa, kao kompanija koja je uvrštena na Zagrebačku burzu, ima propisan vlastiti Kodeks korporativnog upravljanja.⁴⁸ Osim toga, Društvo primjenjuje i Kodeks korporativnog upravljanja Zagrebačke burze, kao i Kodeks Hrvatske agencije za nadzor financijskih usluga. Statut društva je javno dostupan na internetskim stranicama Atlantic Grupe.⁴⁹

Atlantic Grupa ima razrađen sustav za upravljanje rizicima. Društvo identificira i klasificira svoje rizike te na razini Društva postoji registar rizika. Društvo upravlja rizikom na cjelovit način, primjenjujući koncept poznat kao Enterprise Risk Management (ERM). Društvo mjeri financijske rizike poslovanja (tečaj, kamatna stopa, cijena, kreditni rizik i rizik naplate potraživanja), kao i operativne te strateške rizike te s istima upravlja.

3. 1. 2. Atlantic Grupa d.d. – početak i razvoj do danas

Atlantic Grupa d.d. je svoje poslovanje započela 1991. godine osnivanjem društva Atlantic Trade d.o.o. za distribuciju robe široke proizvodnje. Kompanija se postupnim razvojem u narednim godinama razvila u snažnog nacionalnog distributera s distribucijskim centrima u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku. Atlantic Grupu su prepoznali renomirani strani principi kao što su kompanije Wrigley, Procter&Gamble, Johnson&Johnson, Ferrero, Mars i drugi, povjerivši joj portfelj svojih proizvoda za distribuciju na hrvatskom tržištu.

Nakon što se Atlantic Grupa etablirala i učvrstila svoju poziciju na domaćem tržištu, postepeno je počela širenje svoje distribucijske mreže izvan granica Republike Hrvatske. Tako je 2001. godine Atlantic Grupa otvorila svoj predstavnički ured u Bosni i Hercegovini, nakon čega je uslijedilo i osnivanje vlastitih kompanija za distribuciju u susjednim zemljama Srbiji, Makedoniji i Sloveniji.

Sve do 2001. godine Atlantic Grupa je bila isključivo distributivna kompanija, međutim 2001. godine je uslijedio veliki događaj za Atlantic Grupu, a to je akvizicija kompanije Cedevisa d.o.o. čime Atlantic Grupa postaje i proizvodna kompanija.

Atlantic Grupa je svoje poslovanje te strategije rasta i održivosti planirala i definirala sukladno razvoju tržišta i potrebama klijenata. Razvivši se u vodećeg nacionalnog distributera, hrvatsko tržište je Atlantic Grupi postalo premalo za ostvarenje svojih ciljeva te za povećanje prihoda.

⁴⁸ Atlantic Grupa 2006.

⁴⁹ <<https://www.atlantic.hr/en/>> (13. 11. 2018).

Usljed navedenog, Atlantic Grupa je prepoznala važnost internacionalizacije te se odlučila na izlazak iz regionalnih okvira. Tako je 2005. godine preuzela njemačkog proizvođača prehrane za sportaše s poznatim brendom Multipower te tim poslovnim poduhvatom stupila na zapadnoeuropsko tržište i postala međunarodna kompanija. Atlantic Grupa je prihvatila izazove internacionalizacije te na taj način smanjila ovisnost o domaćem tržištu i bolje disperzirala rizike poslovanja.

U 2008. godini, kompanija počinje s akvizicijama ljekarničkih ustanova te formira vlastiti ljekarnički lanac i lanac specijaliziranih prodavaonica nazvan FARMACIA.

Do sredine 2010. godine Atlantic Grupa postaje jedan od vodećih europskih proizvođača prehrane za sportaše, regionalni lider u proizvodnji vitaminskih napitaka i dodataka prehrani, istaknuti regionalni proizvođač kozmetike i proizvoda za osobnu njegu, vodeći distributer robe široke potrošnje u jugoistočnoj Europi te vlasnik jednog od vodećih privatnih ljekarničkih lanaca.

Prekretnica razvoja kompanije dogodila se uslijed najveće akvizicije u povijesti Atlantic Grupe – akvizicija kompanije s razvijenim portfeljem brendova iz vlastitog proizvodnog pogona i vodećim tržišnim pozicijama na regionalnim tržištima – Droga Kolinska d.d. Završetkom akvizicije 2010. godine, Atlantic Grupa postaje jedna od vodećih prehrambenih kompanija u regiji.

U 2015. godini Atlantic Grupa preuzima Foodland d.o.o. s poznatim brendom Bakina Tajna i paletom proizvoda visoke kvalitete. Osim navedene akvizicije, iste godine puštena je u pogon nova tvornica energetskih pločica iz asortimana sportske i aktivne prehrane u industrijskom parku Nova Gradiška.

Važan korak u internacionalizaciji Atlantic Grupa je napravila 2016. godine osnovavši distribucijske kompanije u Njemačkoj i Austriji kako bi osigurala plasman ciljane grupe proizvoda na tim tržištima.

U 2017. godini provedeno je restrukturiranje poslovnog područja sportske i aktivne prehrane u sklopu kojega su sklapanjem strateškog partnerstva s belgijskom kompanijom Aminolabs istoj prodane dvije tvornice – ona u njemačkom Bleckedeu te tvornica u Novoj Gradišci, zajedno s njima pripadajućim ugovorima o uslužnoj proizvodnji za treće strane⁵⁰.

3. 1. 3. Naplata potraživanja u Atlantic Grupi do kraja 2014. godine

Atlantic Grupa je nakon akvizicije Droge Kolinske 2010. godine postala jedna od vodećih kompanija na ovim područjima.

⁵⁰ Atlantic Grupa 2006, str. 9.

Međutim, postojala je velika neusklađenost glede politike i higijene plaćanja, osiguranja plaćanja, kreditnog limita na pojedinim tržištima. To se najviše odnosilo na distributivne kompanije po tržištima koje su na dnevnoj bazi zaprimale i izvršavale veliki broj narudžbi od svojih kupaca, slijedom čega su imale i najveći broj transakcija.

Atlantic Grupa d.d. se u tom periodu suočavala s velikim brojem nepravodobnih, neurednih ili uopće neplaćenih potraživanja prvenstveno u Hrvatskoj i Srbiji. U Hrvatskoj je to bila djelomično i posljedica raznih akvizicija društava koja su imala svoja neplaćena potraživanja, a koja su akvizicijom prešla na Atlantic Trade d.o.o.

U 2013. godini, broj utuženih potraživanja je, gledajući distributivne kompanije po tržištima Hrvatske, Slovenije i Srbije, izgledao ovako:

Tablica 1: Broj ovršnih predmeta u tri ovisna društva Atlantic Grupe d.d. sa sjedištem u tri različite države.

Godina	Pravna osoba	Broj ovršnih predmeta
2013.	Atlantic Trade d.o.o. Zagreb	147
	Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana	11
	Atlantic Brands d.o.o. Beograd	104

Izvor: Atlantic Grupa d.d.

Slijedom toga, pokazala se potreba da se, na nivou Atlantic Grupe, izradi strategija koja će detaljnije regulirati politiku plaćanja, dopuštenog prekoračenja, kao i sustavnog vođenja i kontrole potraživanja od strane definiranih odgovornih osoba. Na tom tragu je 15. prosinca 2014. godine Uprava Atlantic Grupe d.d. donijela Strategiju upravljanja kreditnim rizikom (eng. *Credit Risk Management Strategy*) (u daljnjem tekstu: Strategija) s obvezom da se ista barem jednom godišnje revidira.

3. 1. 4. Uvođenje strategije naplate potraživanja na konsolidiranoj razini

Strategija predstavlja okvir, odnosno zadane granice, unutar kojih su pojedine distributivne kompanije mogle donijeti za dužnike striktnije parametre, ali ne i povoljnije parametre. Istom je predviđena procedura vođenja potraživanja za svakog pojedinog kupca.

Strategijom je predviđeno da je potrebno definirati kreditni limit za svakog kupca od strane tzv. lokalnih odbora za rizike, a koji odbor sačinjavaju po jedan član iz odjela prodaje, odjela

financija i pravnog odjela ili od strane lokalnih⁵¹ menadžera za rizike ukoliko potraživanje ne prelazi 50.000 eura. Utvrđeni kreditni limit se također treba revidirati barem jednom godišnje.

Kod kontrole suradnje s pojedinim kupcem definirane su mjere u slučaju prekoračenja kreditnog limita ili pak povećanja kreditnog limita. Primjerice kod narudžbe kupca koja prelazi njegov definirani limit, lokalni menadžer za kreditni rizik će dati nalog za otkaz dostave predmeta narudžbe odmah nakon zaprimanja takve narudžbe. Ujedno, lokalni menadžer za kreditni rizik daje nalog za suspenziju otkaza narudžbe uslijed povećanja dopuštenog kreditnog limita, i to odmah po povećanju predmetnog kreditnog limita. Uz to, lokalni menadžer za kreditni rizik daje nalog za odricanje od otkaza narudžbe, u slučaju uplate od strane kupca.

Proces kontrole plaćanja ima više faza. Ovisno o kojoj se fazi radi, različita je i odgovorna osoba koja je primarno zadužena skrbiti o tom potraživanju i kontrolirati njegovu naplatu. Od dana isporuke robe do najkasnije 60. dana nakon datuma dospijea, kontrola nad plaćanjem je u nadležnosti relevantnog Strateškog distributivnog područja (eng. *Strategic distribution unit*), odnosno nadležne osobe – tzv. *Account Officer* iz odjela prodaje za tog kupca. *Account Officer* je osoba unutar svakog pojedinog strateškog distribucijskog područja koja ima direktne kontakte s kupcem s obzirom na prodajne aktivnosti. *Account Officeri* su ujedno i primarno odgovorni skrbiti o potraživanju, i to od dana isporuke robe pa sve do 60. dana nakon roka dospijea. Njihove obveze su u prvom redu redovno paziti da druga strana ne prijeđe definirani kreditni limit te ishoditi instrument osiguranja koji je odobren od menadžmenta za upravljanje kreditnim rizikom. Nadalje, njihove su obveze promptno prosljeđivati narudžbe odjelu za fakturiranje, vršiti redovne provjere statusa potraživanja, vršiti usmenu i pisanu komunikaciju s klijentima vezano za predmetno plaćanje. U ovom periodu (od dana dospijea pa do 60. dana od dana dospijea), ukoliko ni po navedenim opomenama kupac ne podmiri svoje dospjele obveze, odjel naplate potraživanja aktivira dani instrument osiguranja.

U slučaju da kupac ne plati ni u roku 60 dana od dana dospijea plaćanja, takvo potraživanje primarno prelazi u odgovornost lokalnog menadžera za kreditni rizik. Menadžeri za kreditni rizik (eng. *Credit Risk Managers*), ovisno o lokalnoj organizaciji, mogu biti dio Riznice ili generalno odjela Financija. Menadžer za kreditni rizik za svaku zemlju je imenovan od strane središnje korporativne riznice. Zadaci i odgovornosti lokalnog menadžera za kreditni rizik su predlaganje ažuriranja i izvedbe lokalnih uputa kreditnog rizika koje moraju biti u suglasnosti s temeljnom strategijom upravljanja kreditnim rizikom, kao i odobravanje kreditnog limita koji ne prelazi 50.000 eura. Osim toga, lokalni menadžer za kreditni rizik priprema prijedloge

⁵¹ Lokalni znači „s tog tržišta“. Ukoliko se radi o potraživanju iz Slovenije, lokalni menadžer za rizike znači menadžer s tržišta Slovenije.

za lokalni odbor za rizik vezane za kreditni limit, rokove plaćanja, maksimalno kašnjenje s plaćanjem te instrumente osiguranja plaćanja za svakog kupca ili za svaku grupu kupaca te priprema programe restrukturiranja u slučaju da je kupac u privremenim financijskim poteškoćama. Također, lokalni menadžer za rizike organizira i sudjeluje u regularnim mjesečnim sastancima lokalnog odbora za rizike vezano za potraživanja kojima naplata kasni više od dopuštenog maksimuma i gdje su dostave blokirane te ujedno surađuje s odjelom pravnih poslova.

Lokalni odbor za rizike je dio menadžmenta za upravljanje kreditnim rizikom te je isti odgovoran za odobrenje kreditnog limita koji prelazi 50.000 eura, za definiranje datuma dospijeća te za definiranje maksimalnog dopuštenog kašnjenja s plaćanjem za takva potraživanja. Ujedno, takav odbor odobrava upute za lokalno upravljanje kreditnim rizikom (u daljnjem tekstu: lokalne upute) te odobrava program restrukturiranja.

Korporativna riznica je vlasnik procesa naplate (eng. *process owner*) odgovorna za revidiranja i ažuriranja temeljne strategije upravljanja kreditnim rizikom na razini cijele Atlantic Grupe te istu podnosi na odobrenje upravi Atlantic Grupe. Također, korporativna riznica koordinira lokalne odobre za rizike te priprema konsolidirana mjesečna izvješća za potraživanja Atlantic Grupe.

Nakon 91. dana, a najkasnije 181. dan od dana dospijeća plaćanja potraživanje se predaje agenciji koja se bavi naplatom potraživanja ili se predaje u nadležnost odjela pravnih poslova. Ukoliko se ni nakon 3 godine potraživanje ne naplati, isto se otpisuje.

Lokalni odjel pravnih poslova je odgovoran za prijavu potraživanja sudu u slučaju stečaja, likvidacije ili sličnog događaja. Također, odjel pravnih poslova pokreće i vodi ovršne postupke te o istima na mjesečnoj osnovi izvještava nadležnog menadžera za kreditni rizik.

Uprava Atlantic Grupe, skupno ili putem pojedinog člana uprave nadležnog za pojedino područje tzv. Sponzori (eng. *Sponsors*), odobrava:

1. strategiju upravljanja kreditnim rizikom,
2. otpise potraživanja.

3. 1. 5. Instrumenti osiguranja kao dio Strategije upravljanja kreditnim rizikom

Strategija razlikuje osigurana i neosigurana potraživanja. Neosigurana potraživanja su sva potraživanja u kojima Atlantic Grupa preuzima rizik neplaćanja druge strane u cijelosti, dok su osigurana ona u kojima Atlantic Grupa ne preuzima rizik neplaćanja druge strane u cijelosti, iz razloga što je potraživanje osigurano kvalitetnim instrumentom osiguranja. Ukoliko je potraživanje neosigurano, potrebno je ugovoriti avansno plaćanje. Cilj osiguranja plaćanja

je smanjenje rizika od neizvršene naplate potraživanja kao i od nerealiziranih marketinških ulaganja.

Atlantic Grupa u suradnji sa svojim kupcima primjenjuje, u pravilu, sljedeće instrumente osiguranja:

- bankarska garancija (Atlantic Trade d.o.o. Zagreb, Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana, Atlantic Brands d.o.o. Beograd);
- standby akreditiv (Atlantic Trade d.o.o. Zagreb, Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana, Atlantic Brands d.o.o. Beograd);
- zadužnica (Atlantic Trade d.o.o. Zagreb);
- izvršnica (Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana);
- mjenica (Atlantic Brands d.o.o. Beograd).

Osim navedenih sredstava osiguranja, u ugovorima se vrlo često ugovara klauzula o pridržaju prava vlasništva do potpunog plaćanja robe. Korporativne garancije su također instrument osiguranja koji poznaje Atlantic Grupa, ali zbog ranije objašnjenih svojstava⁵² takve garancije ugovara ukoliko nije u mogućnosti dobiti drugo, snažnije sredstvo osiguranja od kupaca.

Zbog svojstva ovršnosti kao i praktične primjenjivosti, u Republici Hrvatskoj, Atlantic Trade d.o.o. za tuzemno poslovanje najčešće koristi zadužnicu. Osim glavnog dužnika, potrebno je i da jamac platac (*vrlo često direktor društva*) preuzme obvezu plaćanja potpisom i potvrdom kod javnog bilježnika. Također zbog svojstva ovršnosti, u Republici Sloveniji, Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana, sa svojim kupcima najčešće ugovara izvršnicu. U Republici Srbiji takav instrument osiguranja ne postoji, slijedom čega se koristi mjenica, ali i bankarska garancija.

U poslovanju s kupcima ili distributerima u državama članicama Europske unije i u inozemstvu, članice Atlantic Grupe, neovisno u kojoj se državi nalaze, u pravilu traže bankarsku garanciju. U tom slučaju potrebno je da Banka izdavatelj (*garant*) bude prvoklasna banka na tržištu te da isti dokument bude izdan u SWIFT formatu, to jest međubankarskom standardu razmjene podataka koji Atlantic Grupi jamči veću sigurnost i lakšu naplatu osiguranog potraživanja. Za kupce odnosno distributere iz Sjedinjenih Američkih Država ugovara se u pravilu *Standby letter of credit*.⁵³

Navedena osiguranja plaćanja se uvijek izdaju prije sklapanja ugovora o prodaji odnosno ugovora o distribuciji. Postupak ishođenja osiguranja plaćanja te kontrole naplate se vrši na način da se najprije provjerava bonitet kupca odnosno distributera, temeljem čega se odobrava određeni kreditni limit. Upravo na iznos odobrenog kreditnog limita se traži izdavanje instrume-

⁵² Vidi *supra*, str. 8 i 9.

⁵³ Vidi *supra*, str. 8.

nata osiguranja plaćanja. Tijekom poslovne suradnje također se redovito prati bonitetni status kupca ili distributera, kao i promjene suradnje u vidu drastičnih povećanja količine naručene robe ili ostalih odstupanja.⁵⁴

3. 1. 6. Lokalne upute

Osim Strategije koja je donesena na konsolidiranoj razini, na lokalnoj razini su pojedine članice Atlantic grupe d.d. donijele i svoje radne upute, ovisno o tome da li je lokalni menadžment za kreditni rizik smatrao da je pojedini prodajni segment potrebno urediti striktnije od uvjeta u krovnoj strategiji.

Ukoliko razmatramo predmetna tri tržišta, Atlantic Trade d.o.o. Zagreb je donio radnu uputu vezanu za kontrolu financijskog zaduženja i naplatu potraživanja za segment HoReCa (hoteli, restorani, kafići). U navedenoj radnoj uputi predviđena je automatska blokada narudžbe ukoliko narudžba prelazi odobreni kreditni limit ili kupac odnosno distributer ne plati u roku od 7 dana po ugovorenom roku dospijeća. Predviđeno je, također, da ukoliko u periodu od 1. do 25. dana prekoračenja financijskog limita ili neizvršenja investicije po ugovoru, kupcu se šalje pisana opomena te ga se poziva na plaćanje. Nakon 25. dana dolazi do aktivacije osiguranja plaćanja. Kod nerealiziranih ulaganja, uz aktiviranje instrumenta osiguranja, ujedno se raskida ugovor s kupcem. Blokada računa kupca, prije dospijeća plaćanja, također je razlog za aktivaciju osiguranja plaćanja. Ukoliko kupci plaćaju s odgodom, obavezno moraju predati zadužnicu, koju osim glavnog dužnika mora ispuniti i jamac platac. Ukoliko se instrument osiguranja ne uspije naplatiti, odjel pravnih poslova pokreće ovrhu na drugom predmetu ovrhe, primjerice na pokretninama, nekretninama, ovisno o tome što dužnik ima u svom vlasništvu.

Atlantic Brands d.o.o. Beograd je donio čak dvije radne upute i to za segment HoReCa poslovanja i za segment maloprodaje (*retail*). Navedenim uputama su također predviđeni kraći rokovi za slanje opomene, puštanja instrumenata osiguranja na naplatu te za involviranje odjela pravnih poslova. Specifičnost je da je za sve kupce s otvorenim potraživanjima iznad 5.000.000 RSD obavezno da dostave bankarsku garanciju, a odstupanja može odobriti samo Lokalni odbor za kreditni rizik prema predviđenim kriterijima.

Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana nije donio posebne lokalne upute, već izravno primjenjuje krovnu Strategiju.

⁵⁴ Vidi *supra*, str. 19, 20, 21.

4. Rezultati istraživanja

Provedeno istraživanje pokazalo je sljedeće rezultate:

Tablica 2: Broj ovršnih predmeta od uvođenja strategije u prosincu 2014. godine, koja se primjenjuje od početka 2015. godine.

	Atlantic Trade d.o.o. Zagreb	Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana	Atlantic Brands d.o.o. Beograd
2016.	1	3	84
2017.	3	0	68

Izvor: Atlantic Grupa

S obzirom na to da je 2015. godina bila godina implementacije Strategije, ista nije uzeta kao relevantna.

Sagledavajući podatke iz Tablice 2. razvidno je da je kvalitetnim upravljanjem kreditnim rizikom, sustavnom kontrolom naplate potraživanja, kao i ugovaranjem odgovarajućih sredstava osiguranja, Atlantic Grupa značajno smanjila ovršne postupke.

„Prvak“ u naplati je svakako Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana koji je od 11 ovršnih predmeta u 2011. godini, u 2016. godini pokrenuo tek 3 ovršna postupka, a u 2017. niti jedan ovršni postupak.

Najveći pomak zabilježio je Atlantic Trade d.o.o., Zagreb koji je sa 147 ovršnih predmeta u 2013. godini „pao“ na svega 1 u 2016. godini, odnosno 3 ovršna predmeta u 2017. godini. Malo povećanje u 2017. godini u odnosu na prethodnu godinu može se pripisati teškoj gospodarskoj situaciji u kojoj se zatekla Republika Hrvatska uslijed prijetećeg stečaja Agrokor, kao i mnogobrojnih društava koja su bila direktno ili indirektno ovisna o njemu.

Do značajnog poboljšanja u vidu naplate potraživanja došlo je i u Atlantic Brandsu d.o.o. Beograd, koji je u 2013. pokrenuo 104 ovršna postupka, dok je u 2016. godini utužio 84, odnosno u 2017. godini 68 potraživanja. Razloge za dobre, ali ipak ne odlične rezultate Atlantic Branda d.o.o. u Republici Srbiji možemo tražiti u nepostojećem komparativnom instrumentu osiguranja poput zadužnice u Republici Hrvatskoj odnosno izvršnice u Republici Sloveniji koji imaju snagu ovršnih isprava, izravno su naplativi i jednostavni za provedbu. Bankarska garancija koju Atlantic Brands d.o.o. ugovara s kupcima s otvorenim potraživanjima iznad 5.000.000 RSD je dobro rješenje, ali parcijalno, jer obuhvaća relativno mali broj kupaca. Osim

toga, izdavanje i obnavljanje bankarske garancije je skupo, a i banke nisu voljne davati takvu garanciju za kupce koji nemaju zadovoljavajući bonitet. S druge strane, mjenica se nije pokazala kao dobro rješenje za vjerovnike zbog svoje tromosti i kompliciranog postupka naplate.⁵⁵

5. Rasprava i zaključak

Praestat cautela quam medela, odnosno „bolje spriječiti nego liječiti“ je poznata narodna izreka koja se u punom smislu može primijeniti na poslovanje pravne osobe, pogotovo u dijelu naplate potraživanja. Bilo da se radi o malom ili velikom poduzeću, strategija upravljanja kreditnim rizikom je od ključne važnosti za opstanak, razvoj i profitabilnost poduzeća.

Kroz primjer Atlantic Grupe dokazani su rezultati takve strategije u vidu značajnog smanjenja ovršnih postupaka u kojima je Atlantic Grupa ovrhovoditelj, a što posljedično rezultira većom likvidnošću same kompanije. Pregledom Strategije Atlantic Grupe, opravdani prigovor bi mogao biti da je Atlantic Grupa veliki sudionik na tržištu sa preko 5.300 zaposlenika te prihodima od prodaje u iznosu od 5,3 milijarde kuna, slijedom čega može ishoditi kvalitetne instrumente osiguranja od svojih kupaca te čak i da prestane s isporukama robe velikim, ali rizičnim kupcima, neće ugroziti svoj opstanak.

Kao odgovor na to, izvršili smo pregled strukture kupaca Atlantic Grupe, odnosno onih koji su dali i koji nisu dali neke od instrumenata osiguranja. Ukoliko uzmemo za primjer Atlantic Trade d.o.o., povezano društvo Atlantic Grupe i vodećeg distributera na području Republike Hrvatske, na dan 31. 7. 2018. godine isti je imao 8.373 kupaca, od kojih najveći broj čine HoReCa kupci (6.524), zatim srednji i mali kupci (1.769), EU i inozemni kupci (54) te na kraju veliki odnosno tzv. ključni kupci (26). Iako brojčano najmanji, tzv. ključni kupci čine skoro tri četvrtine ukupnog prihoda od prodaje odnosno 70,47 %. Upravo ključni kupci su ti koji najčešće ne žele dati instrument osiguranja bez obzira što se s druge strane radi o Atlantic Grupi, dok HoReCa kupci, srednji i mali kupci, pa čak i EU i inozemni kupci u pravilu daju instrumente osiguranja za dobivene odgode plaćanja. Slična je situacija i u ostalim distributivnim kompanijama na tržištu Slovenije i Srbije. Upravo kod kupaca koji ne žele dati instrument osiguranja za slučaj neizvršene uplate za isporučena dobra ili za slučaj nerealiziranih ulaganja, bitna je Strategija upravljanja kreditnim rizikom opisana u ovom radu, prvenstveno u dijelu koji se odnosi na kontrolu potraživanja prije roka dospijeca, ali i tijekom čitave suradnje s takvim kupcima.

Dakle, bilo da se radi o velikom ili malom poduzeću, strategija upravljanja kreditnim rizikom od presudne je važnosti za kupce koji plaćaju s odgodom, a koji nisu dali instrument

⁵⁵ Vidi *supra*, str. 12, 13 i 14.

osiguranja. Ukoliko poduzetnik zaključi da mu je takav kupac važan za suradnju bez obzira na neosigurano potraživanje, mora uvažiti odluku odjela odnosno osoba nadležnih za poslove financija i riznice, te isključivo uz njihovo odobrenje krenuti s njima u suradnju. Tijekom same suradnje potrebno je provjeravati bonitet kupca i sukladno tome korigirati kreditni limit. Nadležna osoba u prodaji za predmetnog kupca i odjel naplate potraživanja mora redovno i kontinuirano pratiti suradnju s kupcem te izvještavati o suradnji lokalni odbor za rizik, odnosno nadležne osobe u financijama i riznici. Također, potrebno je pravodobno detektirati promjene u suradnji u vidu, primjerice, velikog povećanja naručene robe te o tome odmah izvijestiti odjel financija i rukovoditelje kanala prodaje.

Ukoliko dosljedna primjena ovakve Strategije znači i stopiranje suradnje s velikim, odnosno ključnim sudionicima na tržištu, kratkoročno to možda znači „žrtvovanje“ profitabilnosti, ali dugoročno svakako doprinosi većoj likvidnosti i sigurnosti poslovanja.

Na temelju provedenog istraživanja te analize dobivenih podataka možemo zaključiti da je uspješno dokazana postavljena hipoteza da se *sustavnim i kvalitetnim ugovaranjem osiguranja naplate potraživanja te kontinuiranim praćenjem naplate svojih potraživanja kod pravnih osoba koje posluju na slobodnom tržištu može smanjiti broj ovršnih predmeta, a time povećati likvidnost, odnosno posljedično polučiti bolje poslovne rezultate.*

Literatura

Atlantic Grupa d.d. *Kodeks korporativnog upravljanja*, 2006.

Atlantic Grupa d.d. *Godišnje izvješće 2017.*, 2017.

BERTRAMS, Roeland. *Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, Third Revised Edition. Paris, New York: ICC Publishing S.A.. Kluwer Law International, 2004.

BRKANIĆ, Vlado. Izbor instrumenata osiguranja plaćanja. *Revizija, računovodstvo i financije*, 2012, br. 10.

DIKA, Mihajlo. *O novom uređenju instituta zadužnice i bjanko zadužnice. Novela Ovršnog zakona 2017.* Zagreb: Inženjerski biro d.d., 2017.

MILINOVIĆ, Ante. *Bankarska garancija*. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, <www.vtsrh.hr> (28. 8. 2018.)

Sudski registrar, Ministarstvo pravosuđa Republike Hrvatske, <<https://sudreg.pravosudje.hr/registar>> (30. 8. 2018.)

TACOL, Tilen, JAN, Matjaž. Uporaba izvršnice v praksi. *Pravna praksa*, 2013, št. 40-41.



UZELAC, Alan, BROZOVIĆ, Juraj. Zadužnica: evolucija, aktualno stanje i otvorena pitanja. U: Rijavec, V. (ur.), *Zbornik Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i usporedna pravno-teorijska i praktična dostignuća*. Split: 2009.

VUKMIR, Branko. *Pravo međunarodnih plaćanja*. Zagreb: RRIF, 2007.



Premoženjska razmerja
med zakoncema po
družinskem zakoniku

IV.

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC
*Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih
razmerij med zakoncema*

VESNA RIJAVEC
Zakoniti premoženjski režim zakoncev

BRANKA REŠETAR
*Marital Property Agreements in Croatian
Theory and Practice*

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.626.2

Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC
*doktorica pravnih znanosti, redna
profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Ljubljani*

1. Uvod

Težko pričakovani in – glede na usodo, ki ga je spremljala skozi dolga leta postopka njegovega sprejemanja, bi lahko rekli – tudi precej nesrečni in razvpiti Družinski zakonik (DZ)¹ je bil marca 2017 (končno) sprejet, uporabljati pa se bo začel (v pretežni meri)² spomladi leta 2019.³

Področje premoženjskih odnosov med zakoncema je s sprejetjem DZ doživelo zelo korenite spremembe. To velja zlasti za novost v obliki možnosti sklepanja pogodbenega premoženjskega režima med zakoncema, kar doslej ni bilo dovoljeno. Zakonci bodo na podlagi DZ lahko sprejeli lasten, svojim željam, potrebam in interesom prilagojen pogodbeni premoženjski režim in s tem ukinili sicer veljavni, zakoniti premoženjski režim. Ta je bil doslej edini, ki je bil dopusten in kot takšen uveljavljen v vseh zakonskih zvezah kot obligatorni premoženjski režim. To bosta lahko zakonca storila tako, da bosta sklenila tako imenovano pogodbo o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema.⁴ Če takšne pogodbe ne bosta sklenila, bo zanju (še naprej) veljal zakoniti premoženjski režim, ki pa poslej ne bo več obligatorne narave. Ta je vsebinsko, v svojih temeljnih predpostavkah, ostal podoben zakonitemu premoženjskemu režimu, ki ga pozna Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZDR).⁵

¹ Uradni list RS, št. 15/17.

² To je razen nekaterih izjem, ki so posebej določene v 305. členu DZ.

³ Natančneje 14. 4. 2019.

⁴ Glej 85. člen DZ.

⁵ Glej Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US in 15/17 – DZ.

Gre za premoženjski režim skupnosti za skupno premoženje zakoncev⁶ in režim ločenega premoženja za posebno premoženje⁷ vsakega od zakoncev.⁸ Kljub temu pa so bile v tem delu ZZZDR sprejete tudi posamezne spremembe in dopolnitve instituta, ki sicer niso povzročile revolucionarnega obrata v ureditvi (ni prišlo do spremembe narave zakonitega premoženjskega režima),⁹ so pa prinesle nekatere novosti, zlasti v obliki natančnejše in bolj dorečene ureditve.¹⁰

2. Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema

2.1. Definicija

Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema DZ definira kot pogodbo, s katero se zakonca dogovorita o vsebini njunega premoženjskega režima, ki se razlikuje od zakonitega. V njej lahko uredita tudi druga premoženjska razmerja za čas trajanja zakonske zveze kot tudi za primer razveze.¹¹ V francoski pravni teoriji in praksi se uporabljata termina (sinonima) *la convention matrimoniale* in *le contrat de mariage*, v angleški in ameriški *prenuptial (postnuptial) agreement* in *premarital (postmarital) agreement*, v nemškem pravnem krogu *Ehevertrag*, v Italiji *convenzioni matrimoniali*.¹²

Gre za institut, ki ga sicer vsakokratni nacionalni zakonodajalec v določenem delu oblikuje oziroma napolnjuje z vsebino po svoje, večinoma pa je vendarle v ospredju, kot nakazuje že njegovo ime, civilnopravna narava urejanja (predvsem) premoženjskih razmerij med zakoncema. Ta pomeni, če se izrazim v matematičnem jeziku, konstanto, medtem ko so elementi pravne ureditve, ki med različnimi jurisdikcijami variirajo, variabilni faktorji. Med slednjimi lahko navedem predvsem:¹³

⁶ Skupno premoženje zakoncev sestavljajo vse premoženjske pravice, ki so bile pridobljene z delom ali odplačno med trajanjem zakonske zveze in življenjske skupnosti zakoncev. V kategorijo skupnega premoženja spada tudi premoženje, ki je pridobljeno na podlagi ali s pomočjo skupnega premoženja oziroma premoženja, ki iz skupnega premoženja izhaja. Glej 67. člen DZ.

⁷ Posebno premoženje vsakega od zakoncev sestavljajo pravice, ki jih je zakonec pridobil pred sklenitvijo zakonske zveze ali neodplačno med trajanjem zakonske zveze. Glej 77. člen DZ.

⁸ Natančneje Žnidaršič, str. 348–445.

⁹ O tem bi lahko govorili, če bi se v temeljni vsebini spremenil premoženjski režim, na primer iz režima premoženjske skupnosti v režim ločenega premoženja in podobno.

¹⁰ Glej določbe 65.–84. člena DZ.

¹¹ Glej 85. člen ZD.

¹² Glej Žnidaršič, str. 262.

¹³ Glej prav tam, str. 261–262.

- a) časovni element: ženitna pogodba se lahko sklepa pred sklenitvijo zakonske zveze ali tudi pozneje;
- b) obličnostni element: nekatere ureditve zahtevajo sklenitev ženitne pogodbe pred notarjem ali v neki drugi javni listini, druge pa teh zahtev ne postavljajo;
- c) element dopustnosti spreminjanja: nekatere ureditve dopuščajo poznejše spreminjanje pogodbeno sprejetega premoženjskega režima;
- d) element obsega pogodbene svobode: zakonci imajo lahko pri sklepanju ženitnih pogodb bolj ali manj podobno svobodo odločanja oziroma določanja njene vsebine kot pri sklepanju preostalih pogodb, praviloma pa omenjeni svobodi postavljajo strožje omejitve;¹⁴
- e) element javnosti oziroma publicitete: nekatere pravne ureditve zahtevajo določen način objave podatkov o pogodbenem premoženjskem režimu zakoncev, zato da se z njimi lahko seznanijo zainteresirane tretje osebe;
- f) vsebinski element: temeljni vsebinski element ženitne pogodbe je pravzaprav njegova konstanta, vendar je v smislu variabilnega elementa treba opozoriti na razlike med prakso v Evropi in ZDA, kjer ženitne pogodbe poleg klasičnih, premoženjskoprvnih zavez lahko vsebujejo tudi veliko osebnih in »mešanih« zavez (na primer, kje bo par letoval, kakšne hišne ljubljence bo imel in podobno).¹⁵

2.2. Poimenovanje instituta

V slovenskem pravu je izraz »pogodba o ureditvi premoženjskoprvnih razmerij« novost, ki jo je prinesel DZ; vse doslej se je v teoriji in tudi v praksi uporabljal izraz »ženitna pogodba«. Družinskopravna teorija je že dalj časa opozarjala na pomanjkljivosti uveljavljenega izraza, hkrati pa ji ni uspelo ponuditi primernejše alternative, zato je ostala pri uporabi starega, uveljavljenega pravnega pojma.¹⁶ Kljub številnim pomislekom zoper izraz »ženitna pogodba« je najverjetneje ohranitev pravno uveljavljenega (tradicionalnega) pojma z jasno izoblikovano vsebino, ki je sodobna in ni diskriminatorna (kot je njeno poimenovanje), boljša rešitev od uvajanja novih, bolj ali manj posrečenih izrazov in besednih skovank.

¹⁴ Te se lahko izražajo na različne načine, predvsem v smislu nepriznavanja njihove veljavnosti oziroma iztožljivosti ter v smislu presojanja njihove pravičnosti.

¹⁵ Za anglosaško prakso sklepanja ženitnih pogodb je značilno, da se določbe le-teh koncentrirajo zlasti na ureditev problema razdelitve premoženja ob razvezi zakonske zveze oziroma ob prenehanju zakonske zveze zaradi kakšnega drugega razloga. Tako je veliko tudi zavez dednopravnega značaja, kar v pravu preostalih evropskih držav srečujemo v nekoliko manjši meri. Tu se določbe ženitnih pogodb nanašajo v pretežni meri na ureditev premoženjskih razmerij med zakoncema kot celote: tako tistih v času trajanja zakonske zveze kot tistih po njenem prenehanju (o delitvi premoženja). Glej Žnidaršič, str. 261–262.

¹⁶ Glej prav tam, str. 262–265.

V tem smislu se zdi termin, ki ga na novo uvaja DZ, to je »pogodba o ureditvi premoženjsko-pravnih razmerij«, dokaj neposrečena rešitev. Izraz je predvsem presplošen, saj lahko medsebojna premoženjska razmerja zakonca urejata tudi na podlagi številnih drugih pravnih poslov, ki po svoji vsebini niso ženitne pogodbe, ampak gre za klasične pogodbe civilnega prava, kot so na primer prodajna, menjalna, posojilna ali katerakoli druga pogodba premoženjskega prava. V DZ uporabljeni pojem zato sam po sebi ne pove ničesar o posebnostih in kompleksnosti pravnega posla, ki se pod tem imenom skriva. Novo poimenovanje instituta lahko v praksi pripelje tudi do zmede in nesporazumov, saj je zlahka zamenljiv z njegovo nadpomenko, to je s pojmom, ki v najsplošnejšem smislu označuje vse (katerakoli) premoženjskopravne posle med zakoncema. DZ ureja to vprašanje v drugem odstavku 64. člena, kjer določa, da morajo biti pogodbe glede premoženjskih pravic in obveznosti, ki jih sklemeta zakonca med seboj, sklenjene v obliki notarskega zapisa. Očitno je, da jasne terminološke ločnice med obema pravnima pojmom, ki ju DZ uporablja, to je med »pogodbo o ureditvi premoženjskopravnih razmerij« ter »pogodbo glede premoženjskih pravic in obveznosti«, ni. Menim, da bi bila ta ločnica – glede na to, da gre za poimenovanje pomembnega in v slovenski pravni red na novo (oziroma po dolgih letih ponovno) uvedenega instituta – še kako potrebna. Omeniti velja tudi dejstvo, da s takšnim poimenovanjem bistveno odstopamo od prakse urejanja tovrstnih vprašanj v primerjalnem pravu, kjer je pojem, kot je bilo zgoraj že pojasnjeno, bistveno natančnejše določen, se pravi rezerviran za točno določeno vrsto (specifične družinskopravne) pogodbe. Izraz je vprašljiv tudi z nomotehničnega vidika,¹⁷ saj je poleg tega, da je presplošen, tudi predolg in zato težaven za ustrezno natančno in koncizno normiranje, kar bo najverjetneje povzročalo težave tudi pri njegovi uporabi v praksi.

V nadaljevanju bom zaradi vseh navedenih razlogov večinoma uporabljala pojem »ženitna pogodba«.

2.3. Značilnosti ženitne pogodbe

2.3.1. Subjekti ženitne pogodbe

Ženitno pogodbo lahko sklenejo, v skladu z izrecno določbo DZ, zakonci in zunajzakonski partnerji. Ker ima v skladu z Zakonom o partnerski zvezi (ZPZ)¹⁸ sklenjena partnerska zveza, to je življenjska skupnost dveh moških ali dveh žensk, katere sklenitev, pravne posledice in prenehanje ureja zakon, načeloma enake pravne posledice kot zakonska zveza na skoraj vseh pravnih področjih (izjema sta postopka skupne posvojitve otroka in oploditve z biomedicin-

¹⁷ Kot nazoren primer nam lahko služi tretji odstavek 90. člena DZ, kjer je razvidna zamotanost in nepreglednost diktije zaradi (pre)dolгих stavkov, ki jih povzroča (tudi) neprimerno (predolgo) poimenovanje instituta.

¹⁸ Uradni list RS, št. 33/16.

sko pomočjo),¹⁹ lahko istospolni partnerji iz takšne skupnosti sklenejo tudi ženitno pogodbo. Kljub načelno zagotovljeni izenačitvi med pravicami partnerjev iz sklenjene partnerske zveze in zakonci na podlagi splošne določbe 2. člena ZPZ tudi v 4. členu posebej našteva vprašanja, ki se presojajo s pomočjo smiselne uporabe ZZZDR. Med njimi izrecno omenja premoženjska razmerja med partnerji.²⁰

ZPZ, ki se je uveljavil 24. 2. 2017, je uvedel tudi posebno kategorijo tako imenovane neskljenjene partnerske zveze, ki pravno ureja dejanske življenjske skupnosti istospolnih parov, to je tistih, ki se niso odločili za formalno sklenitev partnerske zveze. Za celovito ureditev pravnega položaja istospolnih partnerjev iz dejanske življenjske skupnosti je bila odločilna odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-212/10-15 z dne 14. 3. 2013,²¹ ki jim je priznala pravico do dedovanja v enakem obsegu, kot je priznana zunajzakonskim partnerjem. Za nastanek neskljenjene partnerske zveze ni potrebna formalna oblika njene sklenitve (podobno kot pri zunajzakonski skupnosti), ampak zadošča dejstvo, da dve ženski ali dva moška, ki nista sklenila partnerske zveze, dalj časa živita skupaj.²² Neskljenjena partnerska zveza ima, v skladu z določbo drugega odstavka 3. člena ZPZ, pravne posledice le med partnerjema. Te so na področju družinskega prava²³ enake kot v razmerju med istospolnimi partnerji iz sklenjene partnerske zveze, torej enake kot med zakonci. Tako so partnerji iz neskljenjene partnerske zveze na področju premoženjskih pravic izenačeni z vsemi zgoraj že obravnavanimi kategorijami partnerjev in z zakonci. Obenem to pomeni, da so, enako kot oni, upravičeni tudi do sklepanja ženitne pogodbe.

2.3.2. Časovni vidik dopustnosti sklepanja in učinkovanja ženitne pogodbe

DZ je v povezavi s časovnim elementom dopustnosti sklepanja ženitne pogodbe sprejel relativno široko ureditev, saj dopušča njeno sklepanje tako bodočim zakoncem oziroma nupturientom, torej pred sklenitvijo zakonske zveze, kot tudi zakoncem kadarkoli v času trajanja zakonske zveze.

¹⁹ Glej 2. člen ZPZ.

²⁰ B. Novak (str. 142, op. 437) utemeljeno opozarja na dejstvo, da pravila, ki urejajo premoženjska razmerja med zakonci, vsebujejo tudi pravila o odgovornosti zakoncev za dolgove tretjim, zato ne drži trditev, ki je zapisana v obrazložitvi k predlogu ZPZ ter v mnenju Vlade RS k Predlogu ZPZ, da ZPZ ne ureja razmerij partnerjev do tretjih oseb.

²¹ Uradni list RS, št. 31/13.

²² Ob tem med partnerjema ne smejo obstajati razlogi, zaradi katerih bi bila sklenjena partnerska zveza med njima neveljavna, na primer že sklenjena partnerska zveza z drugo osebo, bližnje sorodstvo, trajna nerazsodnost partnerja zaradi hude duševne bolezni. Glej prvi odstavek 3. člena ZPZ.

²³ Na področjih zunaj družinskega prava ustvarja neskljenjena partnerska zveza pravne posledice le, če zakonodajca s tega področja take pravne posledice priznava zunajzakonski skupnosti.

V ženitni pogodbi lahko zakonca ali bodoča zakonca uredita premoženjska razmerja za čas trajanja zakonske zveze (največkrat kot njun premoženjskopравни režim) kot tudi za primer razveze, ne pa recimo za primer smrti. To pomeni, da se zakonca v ženitni pogodbi ne moreta dogovoriti, kakšna bo usoda njunega premoženja v primeru smrti enega od njiju, oziroma ne moreta sprejeti dednopravnih klavzul ženitne pogodbe.²⁴

2.3.3. Obličnost ženitne pogodbe

Za veljavno ženitno pogodbo se zahteva njena sklenitev v obliki notarskega zapisa. DZ te zahteve sicer ni oblikoval posebej za ženitno pogodbo, jo je pa po načelu logičnega pravnega sklepanja *a minore ad maius* mogoče izpeljati iz drugega odstavka 64. člena DZ, ki določa, da morajo biti (katerekoli) pogodbe glede premoženjskih pravic in obveznosti, ki jih sklepata zakonca med seboj, sklenjene v obliki notarskega zapisa. To pomeni, da v primeru, da takšna zahteva velja za posamičen (preprost) premoženjski pravni posel med zakoncema, kot je na primer prodajna pogodba, velja tudi za kompleksno pogodbo, kot je ženitna pogodba zakoncev. Res pa tudi drugi odstavek 88. člena DZ, ki ureja vprašanje hrambe in dopustnosti vpogledov v vsebino ženitne pogodbe, določa, da lahko osebe, ki so do vpogleda upravičene na podlagi Zakona o notariatu (ZN),²⁵ zahtevajo tudi prepis notarskega zapisa ženitne pogodbe. Na tem mestu je notarski zapis ženitne pogodbe v DZ tudi edinkrat izrecno omenjen.

Sicer pa je pravni temelj zahteve po sklepanju ženitne pogodbe v obliki notarskega zapisa tudi ZN, ki v 1. točki prvega odstavka 47. člena določa, da spadajo v skupino pogodb, za katere se zahteva sklepanje v obliki notarskega zapisa, tudi pogodbe o urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema oziroma zunajzakonskima partnerjema.

2.3.4. Vsebinska ženitna pogodba

V okviru obligacijskega prava razvitih evropskih pravnih ureditev ima ženitna pogodba, uvrščena v družino različnih (nominatnih) pogodb, posebno mesto. Specifičnost njene ureditve izhaja iz njenih treh bistvenih značilnosti: kompleksnosti, značilnosti pogodbe – zakona ter dejstva, da gre za pogodbo družinskega prava.²⁶

Ženitna pogodba je glede na svojo vsebino izrazito kompleksen pravni posel. Njen osnovni namen je določiti premoženjska razmerja v zakonski zvezi in za primer njenega prenehanja. Ne zadovolji se le z ustanovitvijo posameznih pravic in obveznosti med zakoncema, temveč

²⁴ To bi bilo v nasprotju s prepovedjo sklepanja dedne pogodbe na podlagi slovenskega dednega prava. Natančneje glej Zupančič in Žnidaršič Skubic, str. 182–183.

²⁵ Uradni list RS, št. 2/07, 33/07, 45/08, 91/13.

²⁶ Glej Colomer, str. 137.

prek vzpostavitve njunega premoženjskega režima pomeni neke vrste zakon za pogodbeni stranki. Ženitna pogodba namreč (praviloma) ureja celoten spekter premoženjskih vprašanj med zakoncema: od njune lastninske pravice do njunega upravljanja in razpolaganja s premoženjem. Ureja in predvideva tudi množico pravnih poslov, ki jih bosta zakonca sklepala s tretjimi osebami ali drug z drugim.

Zakonca se lahko odločita za katerega od modelov premoženjskega režima, ki jih (če jih) ponuja zakon,²⁷ model lahko preoblikujeta v skladu z lastnimi željami in potrebami ali pa imata pri oblikovanju premoženjskega režima proste roke, kot je to vprašanje urejeno v DZ. Ta zakon torej zakoncema ne ponuja posebnih (že izoblikovanih) modelov premoženjskih režimov, ki bi lahko bili alternativa zakonitemu premoženjskemu režimu. Tudi takšno ureditev poznajo ponekod v primerjalnem pravu.²⁸ Kot zanimiv primer drugačnega načina urejanja teh vprašanj, ki je celo presegel omejitve nacionalnih jurisdikcij, velja omeniti sporazum med Nemčijo in Francijo, ki je v obeh državah začel veljati 1. maja 2013 in prinaša možnost, da zakonci v obeh državah izberejo poseben pogodbeni premoženjski režim, ki ga opredeljuje sporazum.²⁹

Ureditev, ki jo je sprejel slovenski zakonodajalec, je v skladu z načelom spodbujanja svobodnega pogodbenega dogovarjanja med zakoncema brez vnaprej pripravljenih vzorčnih modelov alternativ zakonitemu premoženjskemu režimu. Takšna ureditev je z zakonodajnega in nomotehničnega vidika preprostejša, vprašanje pa je, ali bo tudi v praksi pripomogla h kar najbolj učinkovitemu in nemotenemu sprejemanju pogodbenih premoženjskih režimov. V državi, kjer je bila tradicija sklepanja ženitnih pogodb prekinjena skoraj osem desetletij, morda ne bi bilo odveč, da bi vsaj kakšnega od najbolj tipičnih vzorčnih modelov, kot sta na primer režim ločenega premoženja³⁰ in režim skupnosti povečanega premoženja,³¹ ponudil že zakonodajalec. Vzorčni modeli bi bili v veliko pomoč tudi odvetnikom in notarjem, kadar bi strankam svetovali glede teh vprašanj. Ob veljavni ureditvi bo zato njihova vloga aktivnega

²⁷ Takšna sta primera Francije in Nemčije, glej Žnidaršič, str. 152 in 154–156, 128–140, ter Katalonije, glej Martin-Casals in Ribot, str. 12.

²⁸ Na primer Hrvaška, glej Narodne novine, št. 103/15.

²⁹ Gre za režim, ki se vsebinsko v večini elementov pokriva z nemškim zakonitim premoženjskim režimom, to je režimom skupnosti povečanega premoženja (*Zugewinnngemeinschaft*), oziroma francoskim pogodbenim (opcijskim) premoženjskim režimom (*la participation aux acquêts*). Glej Cubeddu Wiedemann (ur.), str. 12–13.

³⁰ V režimu ločenega premoženja vsak od zakoncev ohrani lastninsko pravico na premoženju, ki ga ima ob sklenitvi zakonske zveze, enako pa velja tudi za premoženje, ki ga pridobi odplačno ali neodplačno v času trajanja zakonske zveze. Vsak od zakoncev pridobiva svoje premoženje zase, ga samostojno upravlja in razpolaga z njim. Glej Žnidaršič, str. 154–155.

³¹ Režim ima v času trajanja zakonske enake lastnosti kot režim ločenega premoženja, do razlikovanja med njima pride šele v primeru prenehanja zakonske zveze, saj se tedaj pri vsakem od zakoncev izračuna, kolikšno je bilo neto povišanje njegovega premoženja v času trajanja zakonske zveze. Vsak od zakoncev je (načeloma) upravičen do polovice neto premoženja, ki ga je drugi zakonec ustvaril v času trajanja zakonske zveze. Natančneje prav tam, str. 155–156.

usmerjevalca pogodbenih strank še toliko pomembnejša in bo nedvomno zahtevala tudi njihovo dodatno izobraževanje.

Predstavljena načelna svoboda zakoncev pri oblikovanju lastnega premoženjskega režima je vselej delno omejena. Poleg splošnih omejitev na podlagi pravnega in javnega reda, ki veljajo za sklepanje vseh pogodb, so pri ženitni pogodbi prisotne še specialne omejitve v smislu obligatorne ureditve premoženjskih razmerij med zakoncema. Njihov obseg in vsebina se v določeni meri med posameznimi pravnimi ureditvami razlikujejo, povsod pa govorimo o vzpostavitvi nabora pravic in obveznosti, s katerimi zakonci ne morejo prosto razpolagati (*ius cogens*). Praviloma so to določbe o medsebojni prežिवninski obveznosti, o skupnem domu zakoncev in otrok, prispevanju za skupne potrebe in podobno. Tudi DZ postavlja omejitve pogodbeni svobodi zakoncev zlasti na področju stanovanjskega varstva,³² odločanja o skupnih zadevah,³³ zadovoljevanja skupnih potreb (in potreb družine),³⁴ medsebojnega preživljanja³⁵ ter vračanja daril.³⁶

2.3.5. Pojasnilna dolžnost notarja

V okviru pooblastil, ki jih je DZ pri sklepanju ženitne pogodbe predvidel za notarja, je najpomembnejša njegova obveznost pojasnitve.³⁷ V skladu z njo mora notar pred sklenitvijo ženitne pogodbe zakonca seznaniti z zakonitim premoženjskim režimom oziroma ju poučiti o premoženjskih pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz DZ. Prav tako se mu izrecno nalaga, da mora poleg obveznosti, ki jih ima do pogodbenih strank že na podlagi splošnega predpisa, ki ureja njegovo delovanje (ZN), kadar strankam pomaga pri sklepanju pravnih poslov v obliki notarskega zapisa, izpolniti tudi dolžnost nepristranskega svetovanja. Notar naj bi se pred sklenitvijo ženitne pogodbe prepričal, da sta obe pogodbeni stranki v celoti razumeli pomen in pravne posledice ženitne pogodbe, ki jo nameravata skleniti. DZ sicer izrecno nalaga notarju dolžnost, ki jo ima tudi na podlagi splošnih predpisov, in sicer da poskrbi za to, da vsebina pravnega posla ne nasprotuje ustavi, prisilnim predpisom in moralnim načelom. Notar mora zakonca poučiti tudi o pravni ureditvi vodenja registra ženitnih pogodb. Predvsem ju mora obvestiti o tem, da se ženitna pogodba vpisuje v register, ki ga vodi Notarska zbornica Slovenije, prav tako jima mora pojasniti, kateri podatki in zakaj se vpisujejo v register ter kakšne so pravne posledice takšnega vpisa. Če sklepata ženitno pogodbo bodoča zakonca, ju mora notar

³² Glej 59. in 109. člen DZ.

³³ Glej 60. člen DZ.

³⁴ Glej 61. člen DZ.

³⁵ Glej 62. in 100.–108. člen DZ.

³⁶ Glej 110. člen DZ.

³⁷ Glej 87. člen DZ.

poučiti tudi o tem, da sta dolžna izpisek iz matičnega registra o sklenjeni zakonski zvezi (po tem ko jo bosta dejansko sklenila) poslati notarju, ta pa bo nato poskrbel za vpis v register.³⁸

2.3.6. Register pogodb o ureditvi premoženjskoprvnih razmerij

DZ uvaja register pogodb o ureditvi premoženjskih razmerij (v nadaljevanju: register ženitnih pogodb) kot računalniško vodeno zbirko podatkov, ki jo vodi Notarska zbornica Slovenije.³⁹ Notar, ki zakoncema sestavi ženitno pogodbo (ali jo spremeni), ima dolžnost, da v osmih dneh od njene sklenitve (ali spremembe) pri Notarski zbornici zahteva njen vpis v register. Če sklepata ženitno pogodbo bodoča zakonca, ima notar dolžnost, da takšno zahtevo poda v osmih dneh od prejema izpiska iz matičnega registra o sklenjeni zakonski zvezi pogodbenikov. Izpisek sta mu po sklenitvi zakonske zveze dolžna poslati zakonca sama (drugi odstavek 90. člena DZ). Za izpolnitev navedene obveznosti ni predpisan nikakršen rok, prav tako ni za primer, da tega ne storita, predvidena nikakršna sankcija. Zato težko govorimo o pravi dolžnosti, temveč prej o bremenu zakoncev.⁴⁰ Če ga izpolnita, dobi njun pogodbeni premoženjski režim učinek publicitete, v nasprotnem primeru pa velja domneva, da njuna premoženjska razmerja obvladuje zakoniti premoženjski režim. V primeru, da zakonca ali bodoča zakonca sklepata ženitno pogodbo z odloženim učinkovanjem, kadar torej ta ne začne učinkovati s trenutkom njene sklenitve ali ob sklenitvi zakonske zveze, notar pošlje zahtevo za vpis v osmih dneh od dneva začetka učinkovanja ženitne pogodbe.

3. Sklep

Ženitna pogodba je pomembna novost slovenskega družinskega prava, ki je zakoncem prinesla možnost svobodnejšega urejanja medsebojnih premoženjskih razmerij. S tem je prekinjena dolgoletna tradicija ukalupljanja premoženjskih interesov zakoncev v obligatorni zakoniti premoženjski režim, ki se mu ni bilo mogoče – niti na podlagi izrecnega drugačnega dogovora – izogniti. Pogodbena svoboda pri oblikovanju lastnega premoženjskega režima je velik korak v smer demokratizacije in liberalizacije na področju družinskega premoženjskega prava, vendar kljub izrazito pozitivni konotaciji prinaša tudi številne pravne dileme in vprašanja, ki jih do zdaj nismo poznali. Nedvomno bo zato treba odprta vprašanja reševati z veliko znanja, kreativnosti, povezovanja dognanj družinskega in obligacijskega prava ter ob primerni nasložitvi na izkušnje iz primerjalnega prava.

³⁸ Glej drugi odstavek 90. člena DZ.

³⁹ Glej 90. člen DZ.

⁴⁰ Glej Juhart in dr., str. 68.

Literatura

COLOMER, André. *Droit civil*. Pariz: Litec, 1998.

CUBEDDU WIEDEMANN, Maria Giovanna (ur.). *The optional matrimonial property regime: the Franco-German community of accrued gains*. Cambridge: Intersentia, 2014.

JUHART, Miha, MOŽINA, Damjan, NOVAK, Barbara, POLAJNAR PAVČNIK, Ada, ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Uvod v civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2011.

MARTIN-CASALS, Miquel, RIBOT, Jordi. *National report: Catalonia*. Girona: Observatory of European and Comparative Private Law, University of Girona, 2018. Dostopno na: <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Catalonia-Property.pdf>> (14. 8. 2018).

NOVAK, Barbara. *Družinsko pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2017.

ZUPANČIČ, Karel, ŽNIDARŠIČ SKUBIC, Viktorija. *Dedno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2009.

ŽNIDARŠIČ, Viktorija. *Premoženjska razmerja med zakoncema*, Ljubljana: Bonex, 2002.

Izvirni znanstveni članek
UDK 347.626

Zakoniti premoženjski režim zakoncev

VESNA RIJAVEC
doktorica pravnih znanosti, redna
profesorica na Pravni fakulteti
Univerze v Mariboru

1. Uvod

Družinski zakonik (DZ)¹ opredeljuje premoženje kot vsoto vseh premoženjskih pravic, saj določa, kaj je skupno premoženje zakoncev (67. člen). Po Stvarnopravnem zakoniku (SPZ)² je premoženjska pravica tista pravica, ki je prenosljiva in katere vrednost je mogoče izraziti v denarju (21. člen). Za premoženjsko razmerje zakoncev, to je za premoženjsko skupnost, pa ni dovolj aktivno premoženje, temveč jo sestavljajo tudi skupne obveznosti.³

Za premoženjska razmerja, ki so posledica življenjske skupnosti v zakonski zvezi kot tudi v priznani zunajzakonski skupnosti, po slovenskem pravu ne veljajo zgolj splošna pravila civilnega prava, temveč DZ ureja premoženjski režim kot celoto pravil, ki urejajo premoženjske odnose med zakoncema in v razmerju do tretjih oseb (63. člen DZ). Kljub dikciji, da ureja celoto pravil, ni mišljeno, da bi bila ta ureditev izčrpana, saj to ni izvedljivo. Za neregulirana vprašanja se uporabljajo splošna pravila premoženjskega prava. S pojmom celota se le poudarja sistemski pristop k ureditvi premoženjskih razmerij. Novost DZ je uvedba večje avtonomije pri urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema, saj omogoča, da zakonca s pogodbo o ureditvi premoženjskopravnih razmerij izključita v preteklosti obvezni režim skupnega premoženja. Lahko se dogovorita o lastnini na premoženjskih predmetih, ki jih pridobita v času trajanja zakonske zveze. Lahko izbereta in določita vsebino lastnega premoženjskega režima (pogodbeni premoženjski režim).

¹ Uradni list RS, št. 15/17 in 21/18 – ZNOrg.

² Uradni list RS, št. 87/02 in 91/13.

³ Primerjaj Rijavec 2002, str. 1371–1391.

Dokler zakonca posebnega obličnega dogovora ne skleneta, velja zakoniti premoženjski režim z obveznim nastankom skupnega premoženja v času trajanja zakonske zveze (65. člen DZ). S pogodbo pa lahko, kot že doslej, določita tudi, da njuno posebno premoženje, njegov del ali posamezni premoženjski objekti postanejo skupno premoženje. Kadar zakonca skupaj kupita določeno stvar, vsak s svojim posebnim premoženjem postaneta le solastnika, če se nista drugače sporazumela. Zakoniti premoženjski režim med zakoncema je torej režim premoženjske skupnosti in režim ločenega premoženja (66. člen DZ). Kot že doslej, v zakonitem režimu obstajata dve kategoriji premoženja druga poleg druge, skupno premoženje zakoncev kolektivne narave in ločeno, posebno premoženje zakoncev individualne narave. DZ v primerjavi s predhodnim Zakonom o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (ZZZZDR)⁴ podrobneje ureja nekatera v preteklosti sporna vprašanja.

Pravica do avtonomnega urejanja s pogodbo o premoženjskopравnih razmerjih zdaj omogoča tudi pravico do izbire prava, ker režim ni več kogenten.

2. Skupno premoženje

2.1. Pojem

Skupno premoženje zakoncev je kot družinskopravni premoženjski institut posebna premoženjskopравna kategorija, ki jo DZ opredeljuje nekoliko drugače, čeprav je bila ureditev po ZZZZDR uspešno uveljavljena v praksi. Kljub spremembi gre za kontinuiteto, zato se bo še vedno mogoče opreti na stališča, ki se ujemajo z osnovnim konceptom ustvarjanja v skupnosti. Skupno premoženje zakoncev so vse premoženjske pravice, ki so bile pridobljene z delom ali odplačno med trajanjem zakonske zveze in življenjske skupnosti zakoncev. Skupno premoženje zakoncev je tudi premoženje, ki je pridobljeno na podlagi in s pomočjo skupnega premoženja oziroma iz premoženja, ki iz njega izhaja (67. člen DZ). S tem zadnjim pristavkom je DZ jasno zapisal, kar se je kot nesporno že doslej štelo v teoriji in sodni praksi – da spadajo v skupno premoženje tudi donosi skupnega premoženja.⁵ Po načelu tako imenovane realne subrogacije je skupno premoženje tudi neki predmet ali pravica, ki je vstopila v premoženjsko maso namesto druge, ker je bila na primer kupljena z denarjem, ki je skupno premoženje, z zamenjavo ali z izkupičkom za prodano stvar iz skupnega premoženja ali ker gre za znesek odškodnine za poškodovano ali uničeno skupno premoženje zakoncev ali za stvar oziroma pravico, ki je bila kupljena z omenjenim denarjem. Pri tem je bistveno, da obstaja povezava med starim in novim premoženjem.

⁴ Uradni list RS, št. 69/04 – uradno prečiščeno besedilo, 101/07 – odl. US, 90/11 – odl. US, 84/12 – odl. US, 82/15 – odl. US in 15/17 – DZ.

⁵ Rijavec 2009, str. 153–164.

DZ na splošno uvaja dodaten naslov za pridobitev skupnega premoženja, to je odplačni način. Pri kategoriji pridobivanja z delom se je v predhodni ureditvi pokazala pomanjkljivost, saj ni pokrivala vseh primerov odplačne pridobitve premoženja (na primer pridobitev s kreditom). Po drugi strani pa v teoriji najdemo razlago, da je odplačnost mogoče razumeti tako široko, da pokrije tudi ustvarjanje nove vrednosti z delom. Če zakonec opravlja delo in na podlagi tega dela pridobi premoženjsko korist, je ta korist pridobljena odplačno.⁶ Vseeno menim, da odplačnost kot pojem ustreza predvsem, kadar se novo premoženje pridobi pravnoposlovno. Zato ni odveč, da tudi zaradi lažjega razumevanja kontinuitete ostane poudarek na premoženju, ustvarjenem z delom. Ustvaritev premoženja je originarno mogoča tudi z lastnim delom, na primer gradnja z lastnim delom. Tega načina ni mogoče enostavno označiti kot odplačnega. Morda bi bil lahko zajet s pojmom »pridobljeno na podlagi in s pomočjo skupnega premoženja oziroma iz premoženja, ki iz njega izhaja«. Naslednji primer je avtorsko delo, pri katerem premoženjska komponenta avtorske pravice spada v skupno premoženje in njen nastanek ni povezan s skupnim premoženjem niti z odplačnostjo. Med odplačnostjo in premoženjsko koristjo torej ne moremo postaviti enačaja.

V DZ je dodana zahteva, da gre za pravice, pridobljene ne samo med trajanjem zakonske zveze, temveč tudi v času obstoja življenjske skupnosti. S tem je jasno zapisana rešitev, ki se je izoblikovala v sodni praksi, da po prenehanju življenjske skupnosti zakoncev skupno premoženje ne nastaja več. Morda pri tem manjka le še pristavek, da naj bi šlo za trajno prenehanje življenjske skupnosti, kot je to pogoj tudi za izgubo dedne pravice kljub obstoju zakonske zveze ob smrti zakonca. Kljub temu ni dvoma, da ni mogoče upoštevati vsakega kratkotrajnega prenehanja življenjske skupnosti, temveč skupno premoženje preneha nastajati le, če gre za neupravičeno trajno ločeno življenje, zaradi česar med zakoncema tudi ni ekonomske skupnosti.

Skupno premoženje sestavljajo katerekoli premoženjske pravice, ki pripadajo obema partnerjema skupno v nedoločenih deležih. Če je predmet skupnega premoženja lastninska pravica na stvari, se ta pojavlja kot skupna lastnina (68. člen DZ).

Za vpis skupne lastnine v zemljiško knjigo je podlaga Zakon o zemljiški knjigi (ZZK-1)⁷ in DZ ne vsebuje več izrecnega navodila. Skupna lastnina se vpiše tako, da se pri istem osnovnem pravnem položaju kot imetniki vpišejo vsi skupni lastniki (tretji odstavek 15. člena ZZK-1). Za solastnino velja drugače, saj se vpiše z več osnovnimi pravnimi položaji, in sicer s toliko, kolikor je solastniških deležev (drugi odstavek istega člena).

⁶ Novak, str. 52.

⁷ Uradni list RS, št. 58/03, 37/08 – ZST-1, 45/08, 28/09, 25/11, 14/15 – ZUUJFO, 69/17 in 11/18 – ZIZ-L.

Skupno lastnino ima več oseb, če lahko samo skupno izvršujejo lastniška upravičenja na nerazdeljeni stvari, ker njihovi deleži niso vnaprej določeni (72. člen SPZ). Ta institut je vendarle treba razumeti kot zakonsko predvideno izjemo. Le v nekaterih skupnostih, temelječih na osebni povezanosti, kakršna je skupnost zakoncev, je zaradi njihove narave bolje, da delitev pravic in obveznosti ni matematično predvidena.

2.2. Pridobivanje skupnega premoženja

V zakonitem režimu na predpisane načine, to je iz naslova dela, odplačno in iz naslova skupnega premoženja, nastaja le skupno premoženje. Za njegov nastanek je prvi pogoj obstoj žive zakonske zveze, v okviru katere zakonca vsak zase ali s skupnim delom ustvarjata premoženje na neposreden ali posreden način. Neposredno ustvarjata novo vrednost z lastnim vložnim delom, posredno pa tako, da en zakonec ne sodeluje neposredno pri ustvarjanju premoženja, temveč le omogoča drugemu, da lahko to opravlja za oba (na primer, žena skrbi za gospodinjstvo, dom in otroke, da lahko mož opravlja pridobitno delo). Tudi če zakonec v času zakonske zveze pridobi premoženje odplačno samo v svojem imenu, je to skupno premoženje. Tudi osebni avtomobil, pri katerem je lahko kot lastnik vpisana samo ena oseba, je skupno premoženje zakoncev, če je bil pridobljen v času trajanja zakonske zveze kot rezultat skupnih sredstev. Čeprav je nepremičnina vpisana le na ime enega zakonca, lahko drugi uveljavlja svoj delež iz skupnega premoženja na tej nepremičnini.⁸

Tudi vse, kar je zakonec ustvaril samo s svojim delom v lastnem imenu, je skupno premoženje, čeprav drugi zakonec konkretno k nastanku tega objekta ni prispeval ničesar. Takšno situacijo je mogoče upoštevati šele pri delitvi, ob določitvi deležev posameznega zakonca.

Skupno premoženje pomeni rezultat delovnih naporov in delovnih prispevkov zakoncev. Glavni vir pridobitve premoženja je zaslužek zakoncev iz službenega razmerja ali dohodek iz pridobitne dejavnosti. Kot pridobitev premoženja iz naslova dela štejemo rezultate zakončevih fizičnih in psihičnih prizadevanj. Tudi rezultati zakončevih posebnih delovnih in pridobitnih zmožnosti spadajo v času trajanja zakonske zveze v skupno premoženje.

Do zdaj se zakonci pogosto niso vknjiževali kot skupni lastniki, čeprav je bila nepremičnina pridobljena z zaslužkom v času zakonske zveze, delitev skupnega premoženja pa ni bila izvedena. Partnerja z napačnim vpisom v zemljiško knjigo ne izgubita pravic iz skupnega premoženja.

DZ vsebuje enako pravilo, da skupno premoženje nastane z delom, kot to določa drugi odstavek 51. člena ZZZDR. Zato še vedno velja stališče, da se pridobi skupno premoženje ori-

⁸ Kraljič, str. 779, 780.

ginarno v trenutku pridobitve oziroma nastanka premoženja.⁹ Opozoriti pa je treba, da je DZ uveljavil izjeme, ker je izrecno drugače uredil režim za podjetniško premoženje.

3. Posebno premoženje

3.1. Pojem

Če se zakonca ne odločita za pogodbeno ureditev, torej velja zakoniti režim, da zakonec sicer ostane lastnik posebnega premoženja, ki ga je prinesel v zakonsko zvezo, v času trajanja zakonske zveze pa posebno premoženje nastane le, če ga je pridobil neodplačno (na podlagi dedovanja, daril temu zakoncu, odškodnine za nepremoženjsko škodo in kot donos posebnega premoženja). DZ tudi izrecno zapiše, da so posebno premoženje zakonca stvari manjše vrednosti za izključno njegovo osebno rabo, ne glede na izvor ali način pridobitve (77. člen DZ). Razlika med skupnim in posebnim premoženjem je v načinu pridobitve, to je v odplačnem ali neodplačnem načinu. Kljub novi opredelitvi v DZ odplačni način vendarle ne pomeni, da je skupno premoženje tudi, kar je zakonec pridobil z vložkom iz posebnega premoženja, če na primer podedovani denar porabi za nakup hiše. Svoje posebno premoženje namreč zakonec upravlja in z njim razpolaga samostojno. Tudi tu pride v poštev načelo realne subrogacije, če na mesto ene stvari stopi druga stvar. Pri tem je potrebna le sledljivost glede tega, iz katere mase izvira nova vrednost. V primeru dvoma je to skupno premoženje.

Po času nastanka posebnega premoženja ločimo posebno premoženje, ki ga ima zakonec ob sklenitvi zakonske zveze, in premoženje, ki ga zakonec zase pridobi med trajanjem zakonske zveze.

Odstop od premoženjske skupnosti ni mogoč samo s konkludentnim ravnanjem, na primer, če bi zakonec želel ustvariti posebno premoženje tako, da bi na posebnem računu na svoje ime nalagal sredstva, ki so sicer skupno premoženje. Pogodbe med zakonci so podvržene posebnim obličnostim.

4. Vlaganje v tujo nepremičnino

Če zakonec vlaga delo ali sredstva v nepremičnino, ki je posebno premoženje drugega zakonca, se lahko sporazumeta o obstoju in višini terjatve ter o njenem zavarovanju (prvi odstavek 79. člena DZ). S tem lahko razumemo, da vlaga delo, ki bi sicer dalo rezultat v povečanju skupnega premoženja, ali sredstva, ki pa so lahko skupno premoženje ali njegovo posebno premoženje. Tudi doslej je za vložek iz skupnega premoženja veljalo, da ima zakonec obliga-

⁹ Sklep VS RS II Ips 152/2009 z dne 20. 3. 2012.

cijski zahtevek, če drugi zakonec skupno premoženje vloži v svoje posebno premoženje. Nova rešitev omogoča, da se še pred delitvijo skupnega premoženja zavaruje pravica tistega zakonca, ki je vlagal v tuje premoženje. Mladi zakonci pogosto svoj stanovanjski problem rešujejo z dozidavo ali z gradnjo na nepremičnini, ki jo dobi podarjeno od staršev en zakonec. Na začetku se niti ne zavedajo potrebe, da bi z gradnjo povezana lastninska vprašanja pogodbeno uredili. Zato DZ izrecno napotuje na sklenitev sporazuma. Temeljna pravna podlaga je SPZ, ki določa, da z gradnjo na tuji nepremičnini graditelj namreč ne pridobi stvarne pravice, pa tudi za obligacijski zahtevek velja, da ne dobi vrnjenega celotnega vložka, temveč le toliko, za kolikor je bil lastnik z gradnjo obogaten (prvi odstavek 48. člena SPZ). Ob predhodnem soglasju, ki je lahko tudi konkludentno, da naj z vlaganjem nastane solastnina, je mogoče uveljaviti tudi stvarnopравни zahtevek po pravilih SPZ o povečanju vrednosti nepremičnine z gradnjo (48. člen SPZ). Ta pravila omogočajo daljši zastaralni rok. Zastaralni roki za zahtevke graditelja tečejo od dneva, ko je graditelj izgubil posest nepremičnine (tretji odstavek 48. člena SPZ).

Novo določbo je mogoče razumeti tako, da lahko zakonec zahteva celotno vlaganje ali solastnino. Če sporazum ni dosežen, je po DZ mogoče zahtevati, da sodišče odloči o obstoju in višini zakončeve terjatve ter o njenem zavarovanju po predpisih stvarnega prava in po določbah zakona, ki ureja izvršbo in zavarovanje (79. člen DZ). Določba ni dovolj dodelana. Manjka točna opredelitev, katero sodišče odloči o obstoju. V dvomu je to pravdo sodišče, ki odloča po tožbi. Pri zavarovanju bi lahko šlo za zastavno pravico prisilne narave. Po splošnih procesnih pravilih pa so mogoče tudičasne odredbe kot sredstvo zavarovanja po Zakonu o izvršbi in zavarovanju (ZIZ).¹⁰

5. Vlaganje v podjetje drugega zakonca

Če zakonec vlaga svoj prispevek v gospodarsko družbo ali v drugo pravno osebo ali v podjetje samostojnega podjetnika posameznika, ki predstavlja posebno premoženje drugega zakonca, zakonca s pogodbo določita obliko udeležbe zakonca, ki vlaga svoj prispevek. Če takega dogovora ni, se šteje, da gre za udeležbo po pravilih obligacijskega prava o družbeni pogodbi (80. člen DZ). S to novo določbo DZ uveljavlja odstop od nastajanja skupnega premoženja, kar bi v primeru gospodarske družbe narekovalo skupno imetništvo pravic udeležbe. To se je v praksi pokazalo kot zelo zapleteno. Zakon napotuje na nujnost predhodne izrecne pogodbene ureditve, v njeni odsotnosti pa uvaja ureditev družbene pogodbe po Obligacijskem zakoniku (v nadaljevanju OZ),¹¹ za katero je značilna solastnina. V primeru imetništva pravic udeležbe

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

¹¹ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

je to imetništvo po idealnih deležih, ki so matematično določeni. Pravila družbene pogodbe so primernejša od zakonitega premoženjskega režima tudi zaradi varstva tretjih oseb.

6. Skupno opravljanje pridobitne dejavnosti

Kadar pa zakonca skupaj opravljata pridobitno dejavnost kot poklic ali kot podjetnik posameznik ali sta pri njej udeležena, ima ureditev teh razmerij s splošnimi pogodbami prednost pred zakonitim premoženjskim režimom. Če se pogodbeno nista izrecno dogovorila o vprašanih, ki izvirajo iz skupne pridobitne dejavnosti ali udeležbe pri njej, se uporabijo pravila njunega pogodbenega premoženjskega režima. Šele če zakonca pogodbeno nista na noben način uredila razmerij glede pridobitne dejavnosti, se uporabljajo pravila zakonitega premoženjskega režima (81. člen DZ). Pred DZ tudi tu ni bilo možno odstopanje od obveznega režima nastajanja skupnega premoženja.

7. Upravljanje skupnega premoženja

Zakonca upravljata skupno premoženje ter razpolagata z njim skupno in sporazumno. Dodana je domneva, ki rešuje težave v praksi. Če eden od zakoncev razpolaga s premičnino manjše vrednosti ali če opravlja pravne posle rednega upravljanja skupnega premoženja, se šteje, da ima soglasje drugega zakonca (drugi odstavek 69. člena DZ).

Sicer pa kot doslej velja, da pogodba glede skupnega upravljanja stvari, ki jo sklene posamezni nepooblaščen skupni lastnik - kljub morebitni dobrovernosti tretjega -, brez naknadne odobritve neupravičeno zastopanega zakonca ne veže. Dobra vera tretjega ob sklenitvi je v tem primeru odločilna le za njegovo pravico, da sme od neupravičenega zastopnika zahtevati odškodnino (četrti odstavek 73. člena OZ). Tudi tu zadostuje, da ni vedel za obstoj skupne lastnine, in ni pomembno, ali bi za to dejstvo lahko vedel.

8. Razpolaganje s skupnim premoženjem

8.1. Splošno

Na zunaj je skupno lastnino težje spoznati kot solastnino, ker notranje razmerje med skupnimi lastniki ni navzven spoznavno, medtem ko so pri solastnini idealni deleži določeni tudi za zunanje razmerje. Zato je določena milejša domneva o dobrovernosti tretjega. Če posamezni skupni lastnik sam razpolaga s skupno stvarjo, je tretji nedobroveren samo, če je vedel, da je stvar v skupni lastnini in da se z njo razpolaga brez soglasja skupnega lastnika (tretji odstavek 72. člena SPZ). To pa pomeni, da mu ni mogoče očitati malomarnosti, da bi se moral pozanimati, kot na splošno velja pri ugotavljanju dobre vere.

Če s stvarjo razpolaga posamezni zakonec brez soglasja drugega zakonca, lahko štejemo, da ima skupno stvar v posesti po volji obeh skupnih lastnikov, ker ima tudi sicer pravico do posesti. Za tretjega pa je zahtevana dobra vera podana že, če ni vedel, da je stvar v skupni lastnini. Pri sklepanju pravnega posla glede stvari torej ni treba ugotavljati, ali je pogodbenik poročen in ali stvar spada v skupno premoženje. Pri nepremičninah se stranke lahko zanesejo na podatke v zemljiški knjigi. Če je nepremičnina vpisana samo na enega zakonca, čeprav je bila pridobljena v času trajanja zakonske zveze in spada v skupno premoženje, velja domneva, da je lastnik nepremičnine tisti, ki je vpisan v zemljiško knjigo (prvi odstavek 11. člena SPZ).

Če pa je tretji vedel, da je stvar v skupni lastnini in da posamezni skupni lastnik nima soglasja preostalih za razpolaganje, tak pravni posel drugih skupnih lastnikov ne veže, razen če ga pozneje odobrijo. Tretji lahko preostalim predlaga, da v primernem roku posel odobrijo. Če tega ne storijo, se šteje, da pogodba ni bila sklenjena (73. člen OZ).

8.2. Dogovor o upravljanju in razpolaganju

Zakonca se lahko dogovorita o drugačnem upravljanju skupnega premoženja in drugačnem razpolaganju z njim, kakor je to določeno v 70. členu DZ, vendar mora posamezni zakonec, ki deluje samostojno, upoštevati tudi koristi drugega zakonca. Enostranski odstop od dogovora je vedno mogoč.

9. Obveznosti zakoncev

Z zakonitim režimom je povezana tudi odgovornost za skupne obveznosti, ki je solidarna v zunanjem razmerju. To pomeni, da lahko upnik svojo terjatev uveljavlja proti vsakemu zakoncu v celoti. V posamezni skupnosti je nato v notranjem razmerju mogoča ustrezna izravnava. Skupne obveznosti zakoncev so tiste, ki po splošnih predpisih obremenjujejo oba zakonca, obveznosti, nastale v zvezi s skupnim premoženjem, in obveznosti, ki jih prevzame zakonec za tekoče potrebe življenjske skupnosti z drugim zakoncem ali družine. Za te obveznosti odgovarjata zakonca nerazdelno s skupnim in tudi s posebnim premoženjem vsakega od njiju. Zakonec lahko od drugega zakonca terjaja povračilo za to, kar je ob poravnavi obveznosti, ki bremeni oba, plačal več, kakor znaša njegov del obveznosti (82. člen DZ).

Posebne obveznosti zakonca so tiste, ki jih je imel pred sklenitvijo zakonske zveze, in tiste, ki jih prevzame po sklenitvi zakonske zveze, vendar niso skupna obveznost zakoncev po prvem odstavku 82. člena tega zakonika. Za posebne obveznosti odgovarja zakonec s svojim posebnim premoženjem in svojim deležem na skupnem premoženju (84. člen DZ).

10. Dolgovi in terjatve na skupnem premoženju

Pomemben je nov poudarek, da se dolgovi in terjatve glede skupnega premoženja ugotovijo pred ugotavljanjem deleža vsakega od zakoncev na skupnem premoženju.

11. Razdelitev skupnega premoženja

DZ uvaja ustrežnejši izraz od delitve, saj pri skupnem premoženju ni v ospredju delitev posamezne stvari na več novih, temveč razdelitev pravic iz premoženja med zakonca.

Legitimno zahtevo po razdelitvi skupnega premoženja imajo predvsem oba zakonca, upnik enega izmed njih - zaradi obveznosti, za katere drugi zakonec ali partner ne odgovarja solidarno - in dediči umrlega zakonca.

Novost je način delitve v pogodbi o premoženjskih razmerjih. Če v pogodbi o ureditvi premoženjskopравnih razmerij, s katero zakonca spreminjata zakoniti premoženjski režim, ni določen način delitve skupnega premoženja, se to razdeli po pravilih zakonitega premoženjskega režima, razen če se zakonca sporazumeta drugače. Delitev se opravi po stanju ob začetku učinkovanja pogodbe o ureditvi premoženjskopравnih razmerij (tretji odstavek 71. člena DZ).

Pri delitvi je treba ugotoviti obseg skupnega premoženja in ga ločiti od posebnega premoženja. Vsakemu zakoncu se v njegov delež vračuna vse, kar dolguje skupnemu premoženju. Šteje se, da sta deleža zakoncev enaka, zakonca pa lahko dokažeta, da je to razmerje drugačno. Če obstaja spor o obsegu skupnega premoženja ali višini deleža, se to vprašanje rešuje v pravdi, čeprav se vodi nepravdni postopek za delitev.

Pri delitvi skupnega premoženja določimo delež vsakega zakonca na vsem premoženju, torej za vse njegove sestavine enako. Ugotovitev deleža velja nujno za vse skupno premoženje, ki je obstajalo ob ugotovitvi, kar je v DZ tudi izrecno napisano (drugi odstavek 71. člena DZ). V praksi stranke pogosto napačno postavljajo zahtevo za določitev različnih deležev pri posamezni konkretni stvari. Prispevek zakonca k skupnemu premoženju se namreč določa na podlagi vseh njegovih prizadevanj v zakonski skupnosti. Zato ne more biti hkrati različen pri posameznih stvareh in pravicah, ki sestavljajo to premoženje. Delež pri posamezni stvari je lahko le navidezno različen v primerih, ko v skupno premoženje ne spada cela stvar, temveč le njen idealni del, če se zakonca na primer sporazumeta o gradnji hiše na zemljišču, ki je posebno premoženje enega zakonca (drugi odstavek 48. člena SPZ). Pri delitvi se zakoncu prišteje ta idealni delež iz naslova posebnega premoženja in ima zato na stvari višji delež.

Če se izvrši fizična, realna delitev, tedaj vsak izmed zakoncev postane samostojni lastnik konkretno določenih stvari. Predmeti, ki so namenjeni za opravljanje obrti ali poklica in zakoncu

omogočajo pridobivanje osebnega dohodka, ter predmeti, namenjeni izključno njegovi osebni rabi, se mu dodelijo na njegovo zahtevo na račun njegovega deleža (76. člen DZ).

Lahko pa se samo določijo idealni deleži, s čimer na stvareh nastane solastnina.

V primeru delitve nedeljive stvari lahko posamezni zakonec dobi celo stvar in drugega izplača. Prevzem stvari in izplačilo v denarju sta seveda vedno mogoča, če ju je drugi zakonec pripravljen sprejeti.¹²

Delitev je možna, če zakonska zveza preneha ali se razveljavi. Za sporazumno razvezo zakonske zveze je predhodno sklenjeni sporazum o delitvi skupnega premoženja v obliki neposredno izvršljivega notarskega zapisa celo procesna predpostavka. Neobhodni pogoj za sklenitev tega sporazuma je soglasje zakoncev o dokončnem obsegu skupnega premoženja (o tem, kaj vse spada v to skupno premoženje), o deležu posameznega zakonca in o načinu delitve. Zato pozneje ni mogoče sodno uveljavljati, da v skupno premoženje spadajo še določene stvari ali pravice, ki s sporazumom niso bile zajete, čeprav so bile pridobljene v času trajanja zakonske zveze.¹³

Razdelitev je možna tudi med trajanjem zakonske zveze, vendar lahko zajame le premoženje, ki takrat obstaja. Na novo ustvarjeno premoženje je spet skupno premoženje, saj delitev ne pomeni tudi razdružitve skupnosti. Mogoče pa je skleniti posebno pogodbo o premoženjskih razmerjih med zakoncema, ki določi odstop od zakonitega režima.

Sporazumna delitev v času trajanja zakonske zveze mora biti sklenjena v obliki notarskega zapisa, ki je predpisan za veljavnost pravnih poslov med zakoncema.

12. Sklep

Obligatori režim premoženjske skupnosti je prinesel veliko dobrega v smislu premoženjske enakopravnosti med možem in ženo, vendarle pa to danes ne more biti razlog za vztrajanje pri njegovi prisilni naravi. Država lahko z določitvijo posameznih prisilnih norm, ne pa celotnega premoženjskega režima, zadrži monopol le na področju zaščite določenih oseb, zlasti otrok, pa tudi upnikov, in na področju varnosti pravnega prometa.

DZ zato uvaja avtonomijo, da se zakonca lahko odločita za drugačno rešitev. Prehod na novo ureditev pa ne bo enostaven. Dogovorjena rešitev bo rezultat interesov in tudi moči, pritiskov iz ozadja. Na urejanje trajnih razmerij negativno vpliva tudi odsotnost širšega vpogleda v vse razsežnosti pravnega posla. Pomemben vpliv na ravnovesje imajo tudi spremenjene okoliščine. Če bo dogovorna ureditev do enega izmed zakoncev izrazito nepravilna, kadar bo šlo za ekscesno pogodbeno ureditev, bo pravo moralo nuditi pravno varstvo v smislu pravil izravnave.

¹² Sklep VS RS II Ips 211/2014 z dne 28. 1. 2016 in sodba VS RS II Ips 54/2017 z dne 28. 9. 2017.

¹³ Sodba in sklep VS RS II Ips 829/2008 z dne 26. 11. 2009.



Literatura

- KRALJIĆ, Suzana. Nekateri vidiki pravne ureditve premoženjskih razmerij med zakoncem. *Pravnik*, 2001, letn. 56, št. 11-12, str. 769–793.
- NOVAK, Barbara. Premoženjski režim med zakoncema po Družinskem zakoniku. *Odvetnik*, 2018, letn. 20, št. 2, str. 50–57.
- RIJAVEC, Vesna. Delitev skupnega premoženja. *Pravni letopis*, 2009, str. 153–164.
- RIJAVEC, Vesna. Stvarnopravni zakonik in dedno pravo. *Dnevi slovenskih pravnikov 2002: od 10. do 12. oktobra v Portorožu*, str. 1371–1391.

Pregledni znanstveni članek
UDK 347.626.2(497.5)

Marital Property Agreements in Croatian Theory and Practice

BRANKA REŠETAR

Doctor of Law, Associate Professor,
Faculty of Law, University of Josip Juraj
Strossmayer, Osijek

1. Introduction

The default matrimonial property regime in Croatia is a community of property regime in which assets acquired during the marital union are considered as community of property. The assets that spouses have acquired on the basis of their work during the marital union or the assets that have been derived from such property represent the matrimonial community of property, co-owned in equal parts. In addition to community of property, spouses can have personal property, which is assets acquired by inheritance or gift, or personal assets that had been acquired before the marital union. Spouses are co-owners of community of property, while personal property is each spouse's own property.¹

Spouses are co-owners of their community of property in equal parts *ex lege*, unless they have agreed otherwise. Although the title itself belongs to one spouse only, the other spouse is also an owner of the spouses' community of property, although an unregistered one. If there is a dispute between the spouses regarding their co-ownership, the spouse who is not the title holder shall prove before the courts that they are a co-owner of the appertaining item registered in a public register (e.g. the land register).²

Croatian family law grants spouses the option to conclude marital property agreement and modify or change the default matrimonial property regime. A marital property agreement based on unrestricted autonomy of spouses has been introduced into Croatian family leg-

¹ Alinčić *et al.*, pp. 2014–2518.

² Matrimonial property regime for spouses and partners in informal relationships is the same under the Croatian family law. Compare: Rešetar, Lucić, pp. 15–17.

islation more than twenty years ago. Until today, the marital property agreement has been regulated by just a few provisions, leaving the door open to extensive autonomy of spouses with minimum restraints. Notwithstanding the huge contract freedom, it is clear that marital property agreements in Croatia are not made often.³

Considering the small number of marital property agreements concluded in the Republic of Croatia and their sparse legal regulation, Croatian courts are not often in position to decide thereon and their validity. However, case law includes several interesting judicial decisions that have opened up particular questions relating to marital property agreements, their content and validity.

In order to comprehend the current legal regulation of marital property agreement in the Republic of Croatia, the paper first shows its history. Then it presents the applicable provisions of the Family Act, which govern marital property agreement in Croatia. Finally, it presents three cases pertaining to marital property agreements dealt with by Croatian courts.

The exiguous case law immediately reveals flaws in the regulation of marital property agreements in the Republic of Croatia. Therefore, the conclusion revolves around those flaws, so that they can serve as guidelines for future research and legislative amendments.

2. The History of Marital Property Agreement in Croatia

The history of marital property agreement in Croatia begins with the post-World War II period, when the 1946 Marriage Act was in force. The Act was applied on the territory of the Federal People's Republic of Yugoslavia and thus on the territory of today's Republic of Croatia as well.⁴ According to that Act, marital property agreements were governed by only one provision, stipulating that spouses could enter into such agreements and contractually regulate their rights and liabilities if the agreements were not contrary to the law. (Art. 10 of the 1946 Marriage Act). Marital property agreements were subject to the general rules of civil law and their form was not prescribed. Spouses could agree upon disposal of matrimonial property and its division, and could enter into various agreements in compliance with civil law (a deed of gift, loan agreement, purchase agreement or an agreement on the utilisation of an item belonging to only one spouse). Spouses could even agree that their own property shall be incorporated into their matrimonial property.⁵

³ Official statistical data about marital property agreements are not available in Croatia; however, information about the frequency of marital property agreements is provided for research of some authors. Čulo, Šimović, pp. 1029–1068, Majstorović, pp. 221–222, Hrabar, p. 57.

⁴ Official Gazette of the Federal People's Republic of Yugoslavia, no. 29/1946.

⁵ Prokop, pp. 53–54.

In line with the 1946 Marriage Act, spouses were not permitted to conclude a contract that was contrary to the regulations governing their matrimonial property relations or other laws. Hence, they were not allowed to enter into an agreement that would replace the default legal regime (community of property) with a separate property regime. Furthermore, it was not permitted to limit the community of property regime to only one kind of assets (e.g. real or movable property). Spouses were in a position to waive neither their part of matrimonial property nor their maintenance rights. In general, maintenance could not be the scope of a marital property agreement. Spouses were not allowed to agree upon the division of their future matrimonial property or, in other words, property that had not been acquired at the moment of conclusion of the agreement. Lastly, spouses were not permitted to waive their right to division of matrimonial property after the dissolution of marriage or agree upon the dowry or mehr.⁶

Majstorović drew the conclusion that despite the formal possibility to enter into a marital property agreement, the 1946 Marriage Act granted only little autonomy to spouses. Consequently, Majstorović stresses that this was a completely different concept of a marital property agreement from the current one that is based on broad contractual freedom and spouses' autonomy.⁷

Pursuant to the Croatian 1978 Matrimonial and Family Act⁸, spouses' autonomy with respect to their marital property agreement was somewhat broader. Indeed, spouses were for the first time permitted to detach their earnings in marriage from their community of property. Thus, spouses were given an opportunity to classify their earnings as separate property. At that time, a marital property agreement had to be concluded in writing and the spouses' signatures authenticated (Article 279 of the 1978 Matrimonial and Family Act). Majstorović deems such autonomy a huge step forward in this light, since such an option allowed greater economic independence of spouses.⁹

Yet, such a legal regulation resulted in certain issues. For instance, was it possible to categorise earnings as separate property if one spouse was unemployed? The relevant literature regarded a marital property agreement made in such circumstances as immoral, and mentioned that the weaker spouse should be protected and the agreement annulled.¹⁰

Despite the possibility of concluding such a marital property agreement and its partial deviation from the default community of property regime, there were no examples of such con-

⁶ *Ibid.*

⁷ Majstorović, p. 139.

⁸ Official Gazette, no. 11/1978, 45/1989, 51/1989, 59/1990.

⁹ Majstorović, pp. 142–143.

¹⁰ R. Sudžum according to Majstorović, pp. 142–143.

tracts in practice. There were agreements on the classification of separate property of spouses, but such agreements were not considered marital property agreement.¹¹

The 2003 Family Act¹² provided spouses with broad autonomy concerning contractual arrangement of matrimonial property relations. It was a poor regulation of marital property agreements with only three provisions, which opened up the possibility of regulating marital property agreement in a totally unrestrained fashion.

A marital property agreement was defined as a legal transaction of spouses with respect to the regulation of their current and future property (Article 255, paragraph 1, of the 2003 Family Act). Hence, spouses were given an opportunity to fully modify the default community of property regime without any restrictions, and to adapt it to their own needs and interests.¹³

Article 255, paragraph 2, of the 2003 Family Act provided that the provisions of marital property agreements on property administration or disposal shall have legal effect regarding third parties if they are registered in land or public registers that require such registration for the acquisition of rights.

According to Article 255, paragraph 3, of the 2003 Family Act, a marital property agreement shall be made in writing, and the signatures of spouses shall require authentication by a notary public. Pursuant to Article 257 of the 2003 Family Act, it was forbidden to contract foreign law under a marital property agreement.

Article 256 of the same Act dealt with marital property agreement made by spouses deprived of legal capacity.

Unrestricted formulation of marital property agreements implies that every agreement entered into by spouses that is not contrary to applicable legal regulations and the principles of family law was permitted. Accordingly, it was permitted to fully neglect the default regime of community of property, agree upon different shares of spouses in the matrimonial property, change the status of particular assets (community of property or separate property), administer the matrimonial property, divide it etc.¹⁴

Based on the historical overview of marital property agreements in the Republic of Croatia, we can divide their development into three stages: the first stage refers to the period from 1946 to 1978, the second one to the period from 1978 to 2003, and the third one to the period from 2003 to today. All stages are characterised by a gradual broadening of the freedom of

¹¹ Majstorović, p. 144.

¹² Official Gazette, no. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15.

¹³ Majstorović, pp. 168–170.

¹⁴ Majstorović, pp. 193–208.

contractual regulation of matrimonial property relations. The first stage was marked by highly restricted autonomy, based on which spouses could not freely amend the default matrimonial property regime (community of property). In the second stage, they were permitted to do so, but only to a certain extent, or more precisely, only in the part referring to their earnings or income. Furthermore, such a possibility was hardly used in that stage. The third stage is marked by broad freedom and vast autonomy in the contractual regulation of matrimonial property relations.

The third stage commenced with the adoption of the 2003 Family Act and is still going on since the 2015 Family Act, which is currently in effect, but has not introduced any new developments in this regard.

3. Marital Property Agreement in the 2015 Family Act

Under the Croatian legal system, only three provisions regulate marital agreement, Articles 40, 41 and 42 of the 2015 Family Act.

According to Article 40, paragraph 1, of the 2015 Family Act, marital property agreements may regulate property relations between spouses with respect to existing or future property. Marital property agreements may be concluded before marriage, during marriage and after dissolution of marriage.

Article 40, paragraph 2, of the 2015 Family Act states that the provisions of a marital property agreement on property administration or disposal shall have legal effect regarding third parties if they are registered in land or public registers that require such registration for the acquisition of rights.

According to Article 40, paragraph 3, of the 2015 Family Act, an agreement shall be made in writing, and the signatures of the spouses require authentication.

Article 42 of the Family Act prescribed only one limitation regarding the spouses' freedom to contract. It is forbidden to contract foreign law under the marital property agreement and it is thus prohibited to apply foreign law on matrimonial property relationships between spouses. However, this provision will be effective until the new Croatian International Private Act enters into force.¹⁵

¹⁵ The new International Private Act will enter into force in Croatia on 29 January 2019, the same day when Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes shall apply. According to the Article 22, paragraph 1, of the Regulation, the spouses or future spouses may agree to designate, or to change, the law applicable to their matrimonial property regime. They should provide that that law is the law of the State where the spouses or future spouses, or one of them, is habitually resident at the time

Article 41 deals with the marital property agreement made by spouses deprived of legal capacity. Such a marital property agreement could be made by a guardian of a spouse deprived of legal capacity and approved by a competent authority, as well as certified by notary public.

Taking account all three provisions dealing with marital property agreements, it can be concluded that the Croatian legal system allows spouses huge autonomy with minimum restraints.¹⁶

There are no special provisions under the 2015 Family Act prescribing an option for the court to override or modify the marital property agreement on account of unfairness, rights of a third party, or on any other grounds. However, according to the general principle under Article 4 of the Croatian Civil Obligations Act,¹⁷ the spouses are obliged to conclude a marital agreement, which creates obligations, rights and liabilities, in accordance to the principle of good faith and fair dealing.

According to the general civil law, contracts can be a) annulled or b) voidable, depending on the requirements.

The general civil law prescribes reasons for declaring the nullity of a contract. Thus, the contract must meet the requirement of legality or, in other words, the contract must be concluded for a legal purpose. Any interested party may invoke nullity, while the matter of nullity the court examines *ex officio* according to Article 327, paragraph 1, of the Croatian Civil Obligations Act. According to Article 328 of the Croatian Civil Obligations Act, the right to invoke nullity does not lapse.

A valid and enforceable contract must be concluded by the parties with legal capacity and with intention to create a legal binding agreement. In some cases, contracts must comply with certain formalities, being in writing or with a public notice (Article 330 of the Civil Obligations Act).

The party who applied for declaring the contract null and void may request that the contract be annulled (Article 331, paragraph 1). After becoming aware of the cause for the voidability or after termination of duress, such a party is granted a one-year period to apply for the annulment. However, in any circumstances, this right shall expire within three years from the date of entering into a contract (Article 335).

the agreement is concluded; or the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded.

¹⁶ Spouses are permitted to agree on maintenance, agreement should be scrutinised by the courts. However, maintenance is not under the scope of marital property agreement (Article 302 of the 2015 Family Act).

¹⁷ Official Gazette, no. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

Pursuant to Article 369 of the Croatian Civil Obligations Act, if, after entering into a contract, extraordinary circumstances arise that could not be envisaged at the time of conclusion of contract, making it excessively onerous for one party to perform, or if entering into the contract would lead to an excessive loss as a result of the performance, that party may request an amendment or even termination of the contract. An amendment or termination of a contract may not be applied for by a contracting party claiming the change of circumstances if that party should have taken such circumstances into consideration at the time of conclusion of contract, or if they could have avoided or overcome them. When a party requires termination of a contract, the contract shall not be terminated if the other contracting party provides for or agrees to an equitable change in the relevant clause of the contract. In case the court declares a contract to be terminated, it shall, upon an application of the other party, bind the party applying for the cancellation to compensate the other party with a reasonable amount for the damage suffered due to the termination. In compliance with Article 371 of the Croatian Civil Obligations Act, when ruling on amendment or termination of a contract, the court shall be guided by the principles of good faith and fair dealing, taking into account the purpose of the contract, the allocation of the risk resulting from the contract or from laws, the duration and effects of extraordinary circumstances, and the interests of both parties.¹⁸

Although the Family Act does not precisely regulate marital property agreements, the general principles of the law of obligations facilitate protection of spouses having entered into a flawed marital property agreement that can be legally contested or declared null and void. Yet, there is the issue of the appropriateness of law of obligations principles for resolving disputes relating to matrimonial property relations, including those based on a marital property agreement.

4. Marital Property Agreements in the Case Law of Croatian Courts

Poor regulation of marital property agreements by the Family Act and their rare conclusion results in few court proceedings initiated by spouses in regard to their marital property agreement. The problems appearing in sparse relevant case law relate to the issue of differentiating between marital property agreements and agreements on the division of matrimonial property, as well as to the issue of marital property agreement formulation.

4.1. Marital Property Agreement or Settlement

The spouses who initiated judicial proceedings due to their marital property agreement were married from 1998 to 2009. During the marriage, two children were born. The disputable

¹⁸ Compare: Rešetar, Lucić, pp. 29–33.

marital property agreement was made in 2007, and its conclusion was assisted by attorneys-at-law. At the time of conclusion of the agreement, divorce proceedings were already underway. The marital property agreement regulated division of the matrimonial property, which included six real property assets, in a way that some assets were given to one and others to the other spouse. The contract also recognised the right of ownership over assets that were not comprised thereby, but those assets were not specified therein. After the conclusion of the agreement, the husband found out that his wife purchased two apartments in Zagreb, two apartments at the seaside, three apartments in Austria, and two suites in the Austrian ski-resort Nassfeld while they were still married. For that reason, the husband initiated court proceedings requiring annulment of the marital property agreement on the grounds that he was misled on at the time of conclusion of the agreement, since he did not know about all the real property his wife acquired while they were still married, and that the property concerned shall belong to their community of property pursuant to the Family Act.

The first instance court rejected the husband's application, stating that the agreement in question involves features of a settlement in accordance with civil law principles. According to Article 150, paragraph 1, of the Croatian Civil Obligations Act, a settlement between disputing parties to a legal transaction (act) is aimed at a compromise leading to dispute termination, accompanied with mutual respect for contractual rights and liabilities.

The second instance court, however, accepted the husband's appeal to the decision of the first instance court. The second instance court established that the agreement could not be regarded as a settlement according to civil law principles. On the contrary, it was a genuine example of a marital property agreement governed by the Family Act. On the other hand, due to the fact that the Family Act sets forth neither contestation nor voidability of marital property agreement, relevant provisions of the Civil Obligation Act shall apply.¹⁹

According to Article 284, paragraph 1, of the Croatian Civil Obligations Act, if a party is misled by the other party with the intention of persuading them to conclude a contract, the former shall be entitled to apply for contract annulment.

The ex-wife did contest the fact that she had purchased the respective real property assets in Croatia and abroad and that she had registered them as her own ownership, but she protested against deeming them as community of property, claiming that the funds invested in asset purchase had belonged to her parents.

The second instance court stressed that although the title itself belongs to one spouse only, the other spouse is also an owner of the spouses' community of property, though an unregistered

¹⁹ According to the Family Act, matrimonial property relations are subsidiarily subject to the Civil Obligations Act and the Act on Ownership and Other Real Rights.

one. If there is a dispute between spouses regarding their co-ownership, the spouse who is not the title holder shall prove before the court that they are a co-owner of the appertaining item that is registered in a public register (e.g. the land register).

The second instance court concluded its decision with the assertion that the controversial assets purchased during the marriage do represent community of property. Community of property is a rebuttable presumption. Therefore, it is the ex-wife who shall prove that the purchased assets belong to her personal property.

She is also obliged to prove how she obtained the concerned assets, so the burden of proof lies on her.

In that case, the second instance court held that the spouse's settlement on the division of matrimonial property does belong to the scope of family law and it cannot be completely resolved by applying only civil law principles. The second court's point refers to matrimonial property presumptions. Despite the fact that real property is registered as property of only one spouse, it shall be regarded as community of property if acquired during marriage. The burden of proof lies with the spouse who claims otherwise.²⁰

4.2. Marital Property Agreement Form

The first case involving a dubious form of a marital property agreement was initiated by the spouses who concluded an agreement on the specification and division of matrimonial property on 25 March 1995. The agreement was made in writing, but not as a notarial act, which was stipulated by the then effective Notary Public Act.²¹ The 1998 Family Act was also in force at that time and, for that purpose, it required authentication of signatures but not notarisatio of the whole document.

The claimant subsequently contested the agreement on the specification and division of matrimonial property concluded on 25 March 1995, since it was not made as a notarial act as prescribed by the Notary Public Act.

The first instance court annulled the agreement due to its irregular form. However, the Supreme Court was of a different opinion.

The Supreme Court established that such regulation of matrimonial property relations was valid on the date when the agreement was made (25 March 1995). At that time, the Family Act did not set forth the obligation to conclude the marital property agreement in the form

²⁰ Decision of County Court Zagreb, No. P-8018/09 Gž Ob-43/17. 24 January 2017.

²¹ Public Notary Act, Official Gazette no. 78/93.

of a notarial act, but only a written form thereof if it concerned spouses' real property. Even though the 1993 Notary Public Act was in force at that time too, the Family Act was considered *lex specialis* and was to apply in that particular case.

The Supreme Court revised the decision of the first instance court and provided the following explanation: "The parties' agreement represents an agreement on the division of community of property and not a marital property agreement. In terms of such contracts, the Family Act envisaged the written form thereof only if they related to real property. Since the disputable agreement was concluded in writing and comprised both movable and immovable property, it shall be deemed as a duly concluded agreement."²²

The second case also revolved around the agreement form. The respective agreement was made as an agreement on the division of matrimonial property on 18 January 2001. The ex-wife undertook to assign 50% of ownership of the company to her husband, and he was to compensate her for the assignment with DEM 50,000. The ex-wife undertook not to establish a company that would be dealing with the same business activity as her ex-husband's, and would thus not represent competition.

After some time, the ex-wife submitted an application requiring the amount of DEM 50,000, whereas her ex-husband required damage compensation from her on the grounds of lost profit because she, contrary to their oral agreement, was operating the same type of business as he was.

The husband required damage compensation due to violation of the oral agreement, and referred to Article 71 of the then effective Civil Obligations Act, according to which "*any subsequent oral additions on non-essential terms that are not laid down in the contract shall be valid, provided it is not contrary to the purpose of the prescribed form.*"²³

Prior to the formal conclusion of the agreement, the spouses had agreed upon the DEM 50,000 payment liability, which had actually taken place before the conclusion of the agreement in a written form. The Croatian Supreme Court held that the spouses' oral agreement implied legal effects since it had been fully executed with the aim of regulating matrimonial property relations. On the other hand, the oral agreement made for the purpose of preventing the ex-wife from operating the same business as her husband was believed to imply no legal effects since it had been neither implemented in practice nor produced legal effects.²⁴

The issues relating to the marital property agreement form or the form of an agreement on the division of matrimonial property arose from amendment of the mandatory form of mari-

²² Supreme Court of the Republic of Croatia, Rev. No. 2414/1996, 26 May 1999.

²³ Article 291, paragraph 3, of the Civil Obligations Act, which is in force today.

²⁴ Supreme Court of the Republic of Croatia, Rev. No. 1069/2005-2, 8 June 2006.

tal property agreement in family law, as well as from application of other laws (Notary Public Act and Civil Obligations Act) to matrimonial property contracts. The 2015 Family Act prescribes that such contracts shall be made in writing and the signatures thereon authenticated. Nevertheless, there is still the possibility of contesting them based on law of obligations rules.

5. Open Questions Concerning Marital Property Agreement in Croatia

Although the legal regulation of marital property agreements is vague and the case law scarce, it is still possible to single out several burning issues.

The first issue refers to the time when a marital property agreement can be concluded. The relevant case law has disclosed that a marital property agreement concluded after marriage termination may be regarded as a parties' settlement. Settlement validity is assessed based on civil law rules, while the validity of a marital property agreement is subject to the family law regime.²⁵ The 2015 Family Act provides spouses with the option to enter into a post-divorce agreement, based on which they regulate their matrimonial property relations (Article 52, paragraph 1/3). According to Article 45 of the 2015 Family Act, spouses may regulate their post-divorce matrimonial property relations by means of an agreement. Unlike a marital property agreement, such an agreement requires no special form.²⁶ The 2015 Family Act does not specifically set out whether a marital property agreement can be concluded after divorce or not.²⁷

As far as their form is concerned, there is a difference between a marital property agreement and an agreement on the division of matrimonial property. When it comes to the former, the signatures thereon need to be authenticated, whereas the latter does not require such authentication.

There is also the issue whether spouses need special protection both when they enter into a marital property agreement and when they enter into an agreement on the division of matrimonial property. In fact, both types of documents deal with family matters, which involves emotions, children and other family members. Such special protection would require more than signature authentication; for example, mandatory counselling on the legal consequences of agreement conclusion or spouses' property rights granted by family law.²⁸

²⁵ Decision of the County Court of Zagreb, No. P-8018/09 Gž Ob-43/17. 24 January 2017.

²⁶ Aralica, pp. 42–43.

²⁷ According to the Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses, issued by the Commission on European Family Law (CEFL), an agreement between the spouses or prospective spouses may be concluded at any time. Principle 4:10. Boele-Woelki *et al.*, p. 117.

²⁸ *Ibid.*, p. 126. According to principle 4:13, a notary or other legal professional should explain to each spouse their legal position and choices available. They should ensure that spouses understand the legal consequences of their

Sometimes, there might be a problem for a third party who is in a legal relation with one or both spouses when the party is not familiar with the fact that the spouses have made a marital property agreement. In such cases, the legal effects of the marital property agreement cannot affect the third party. Yet, if a third party was aware of the marital property agreement at the moment of entering into a legal relation with one or both spouses, or the agreement was publicly known, the agreement might affect the third party. This usually refers to spouses' creditors.²⁹

In terms of Croatian family law, a marital property agreement can be annulled only on the basis of general contract law provisions. However, the specificity of the relationships between family members and partners requires a specific approach to the validation of marital property agreements. The court should be given an opportunity to modify those marital property agreements for specific reasons beyond contract law rules. Indeed, spouses emotionally depend on one another, and their relationship is interwoven with interests of other family members (children and parents). Marital property agreements often comprise longer periods of time, during which unpredictable events might occur in the life of spouses. Such events may encompass the birth and raising of children, as well as illness of elderly family members, due to which one spouse spends more time within their family to the detriment of their professional development and career.³⁰

6. Conclusion

The historical overview of marital property agreements in the Republic of Croatia is characterised by gradual broadening of the freedom of contractual regulation of matrimonial property relations. Initially, spouses were permitted to conclude marital property agreements based on very restricted autonomy, according to which they could not freely amend the default matrimonial property regime of community of property. Later, spouses were permitted to do so, but only in the part referring to their earnings or income. That possibility was hardly used in practice. Finally, the broad freedom and vast autonomy in the contractual regulation of matrimonial property relations was introduced in to Croatian family legislation in 2003. Until today, marital property agreement has been regulated by just a few provisions, leaving the door open to extensive autonomy of spouses with minimum restraints. Notwithstanding that, marital property agreements in Croatia are not made often, and Croatian courts

marital property agreement and that they freely consent thereto. No distinctions should be between pre-marital property agreements and post-marital property agreements.

²⁹ *Ibid.*, p. 130

³⁰ *Ibid.*, p. 138. According to the principle 4:15, it is allowed to set aside or adjust of a marital property agreement in case of exceptional hardship.

are not often in position to decide on contents and validity of marital property agreements. Nevertheless, the rare case law has opened up particular questions relating to marital property agreements. The problems appearing in case law relate to the issue of differentiating between marital property agreements and agreements on the division of matrimonial property, as well as to the issue of marital property agreement formulation.

The identified problems are not unknown to other contemporary legal systems. Trying to find the solution for the problems relating to the marital property agreements, it could be helpful to take into account the European Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses. Is there a better way to find a legislative solution than to look into the common core for the solution of similar legal problems, on the basis of comparing the different solutions provided by the family laws of the various European jurisdictions?³¹

Bibliography

- ALINČIĆ, Mira *et al.* *Obiteljsko pravo* [Family Law]. Zagreb: Narodne novine, 2007.
- ARALICA, Tomislav. *Bračna stečevina i drugi imovinski odnosi bračnih drugova u sudskoj praksi* [Matrimonial Property and Other Matrimonial Property Relations in the Case Law]. Zagreb: Novi informator, 2017.
- BOELE-WOELKI, Katharina *et al.* *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses*, issued by the Commission on European Family Law (CEFL). Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2013.
- ČULO, Anica, ŠIMOVIĆ, Ivan. *Register of Marital Property Agreements Contribution to the Security of Legal Transactions*. Zagreb: Zbornik PFZ, 2009, pp. 1029–1068.
- HRABAR, Dubravka. *Status imovine bračnih drugova – neka pitanja i dvojbe* [The Status of the Spouses Property – Some Questions and Dilemmas], in: *Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse* [Current Issues in the Croatian Legislation and Legal Practice], Vol. 9. Zagreb: Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, 2002.
- MAJSTOROVIĆ, Irena. *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava* [Marital Property Agreement – Novelty of Croatian Family Law]. Zagreb: Sveučilišna tiskara, 2005.
- PROKOP, Ana. *Komentar Osnovnom zakonu o braku* [Comments on the 1946 Marriage Act]. Zagreb: Školska knjiga Zagreb, 1959.
- REŠETAR, Branka, LUCIĆ, Nataša. National report – Croatia, in: Boele-Woelki, K., Mol, C., and Gelder, E. (eds.), *Cambridge European Family Law in Action, Volume V – Informal Relationships*. Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Croatia-IR1.pdf>> (accessed on 29 October 2018).

³¹ Boele-Woelki *et al.*, 2013.



Nomotehnika



ALBIN IGLIČAR

*Kritične točke občinskih splošnih pravnih aktov z vidika
Resolucije o normativni dejavnosti*

KATJA BOŽIČ, GORDANA LALIĆ

*Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike
ob srečevanjih dveh pravnih redov*

ANDREJA KURENT

Problematičnost amandmajev

Strokovni članek
UDK 352.07:342.924

Kritične točke občinskih splošnih pravnih aktov z vidika Resolucije o normativni dejavnosti

ALBIN IGLIČAR
doktor pravnih znanosti, zaslužni
profesor Pravne fakultete
Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Normativna dejavnost občine spada v širši okvir pravotvornosti civilne družbe. Ker vsako človeško združenje potrebuje pravila za vzpostavljanje odnosov znotraj združenja in pravila za razmerja do drugih združenj,¹ mora tudi samoupravna lokalna skupnost sprejeti splošne pravne norme, ki določijo okvire za sobivanje prebivalcev v nekem naselju oziroma za življenje v med seboj povezanih naseljih.² Zato je občini ustavno zagotovljena avtonomija pri oblikovanju in sprejemanju statuta, poslovnikov in odlokov, s katerimi ureja področja, ki so neposredno povezana s potrebami in interesi prebivalcev občine.³

Občinsko normativno urejanje na prostorskem,⁴ komunalnem⁵ in socialnem⁶ področju je dopolnjeno z določbami o javnem redu⁷ ter z organizacijskimi akti o delovanju občinske uprave in občinskih javnih služb.⁸ Kljub široki avtonomiji pa mora občinska normativna dejavnost v

¹ Na to opozarja latinski izrek *Ubi societas, ibi ius* (Kjer je družba, tam je pravo).

² Drugi odstavek 139. člena Ustave RS: »Območje občine obsega naselje ali več naselij, ki so povezana s skupnimi potrebami in interesi prebivalcev.«

³ Prvi odstavek 140. člena Ustave RS: »V pristojnost občine spadajo lokalne zadeve, ki jih občina lahko ureja samostojno in ki zadevajo samo prebivalce občine.«

⁴ Odlok o občinskem prostorskem planu, odlok o občinskem prostorskem načrtu, odlok o podrobnem občinskem prostorskem načrtu, odlok o urejanju podobe naselij in krajine ipd.

⁵ Odloki o urejanju javnih poti, rekreacijskih površin, oskrbi s pitno vodo, energetskega, komunalnega področja ipd.

⁶ Urejanje ravnanja z občinskimi stanovanji, odloki o socialni pomoči, pokopališki in pogrebni dejavnosti ipd.

⁷ Odloki o javnem redu in miru, mirujočem prometu, odpiralnem času lokalov ipd.

⁸ Odlok o organiziranosti občinske uprave, odlok o ustanovitvi osnovne šole, odlok o ustanovitvi zavoda za šport, odloki o gospodarskih javnih službah ipd.

vsebinskem in postopkovnem smislu ostajati v ustavnih in zakonskih okvirih⁹ ter slediti strokovnim spoznanjem pravne doktrine in nomotehnike. Ob tem ne gre prezreti tudi usmeritev, ki jih je v Resoluciji o normativni dejavnosti¹⁰ (v nadaljevanju: Resolucija) za oblikovanje pravnega sistema v Sloveniji sprejel Državni zbor RS.

V zvezi s to obsežno »postavodajno« dejavnostjo občin je na lokalni ravni še bolj vidno hitro širjenje obsega družbenih odnosov, ki jih urejajo pravne norme (panjuridizacija). Številne družbene odnose, ki so bili nekdanj določeni z moralnimi, religioznimi in običajnimi normami, moderna sekularizirana in dinamična družba ureja s pravnimi normami. Pri tem so pravne norme, ki jih sprejema država, v vedno večjem obsegu dopolnjevana s pravnimi določbami občinskih aktov in aktov, ki jih sprejemajo organizacije z javnimi pooblastili (na primer tako imenovane regulativne agencije, šole itd.), ter z avtonomnim pravom organizacij in skupnosti civilne družbe (statuti društev, univerz, delniških družb itd.). V takem pluralizmu formalnih pravnih virov je treba upoštevati potrebno ravnovesje pri določanju pravic in dolžnosti. Normodajalec mora zato imeti zadržan pristop, ki naj vodi k urejanju le tistih odnosov, ki so eksistenčnega pomena za pravne subjekte in ki so potencialno konfliktni. Taka regulacija, ki naj zagotavlja red in predvidljivost v ravnanju prebivalcev, mora biti tudi čim bolj jasna, neprotislovna in pregledna.

Posebnost, ki se pojavlja kot determinanta občinske normativne dejavnosti, je še zavest ljudi o pripadnosti določeni lokalni skupnosti. Ta navezanost na kraj prebivanja se povezuje s splošno politično in pravno kulturo, kar pride posebej do izraza v procesih pripravljanja in sprejemanja občinskih splošnih pravnih aktov. Občinski predpisi morajo izhajati iz večinskih interesov prebivalcev, ker to spodbuja ljudi k izpolnjevanju določb v teh aktih in jim zagotavlja legitimnost. Predpisi, ki jih občine sprejemajo bolj v vlogi izvajalca »državnih ukazov«, bodo težko upravičili naravo avtonomnega prava. Seveda pa tudi pri tem delu pravnega sistema kaže čim bolj dosledno slediti načelom »dobre zakonodaje«, kot so opredeljena v – že omenjenem – resolucijskem dokumentu slovenskega splošnega predstavniškega telesa.

2. Načelo o potrebnosti normiranja

Enako kot za državno raven je tudi za občinsko avtonomno pravo pomembno načelo o potrebnosti normiranja. Za odločitev, katere družbene odnose je treba vnaprej urediti z zakonom ali s kakšno drugo vrsto splošnih pravnih aktov, je nujno upoštevati izoblikovane strokovne podlage pravne teorije in prakse ter dejanske družbene razmere v konkretni globalni

⁹ Na primer pristojnost Ustavnega sodišča RS, da odloča »o skladnosti predpisov lokalnih skupnosti z ustavo in z zakoni« (četrti alineja prvega odstavka 160. člena Ustave RS).

¹⁰ Uradni list RS, št. 95/09.

družbi. V iskanju srednje poti med subnormiranostjo (podnormiranjem) in hipernormiranostjo (prenormiranjem) se je bolje nagibati k manjšemu obsegu pravnega normiranja;¹¹ več prostora kaže prepustiti drugim vrstam družbenih norm, kot so morala, običaji, strokovna pravila določenih področij človekove dejavnosti, spontano ravnanje ljudi, njihove izkušnje in racionalnost. Pravo sicer res posega v eksistenčno pomembne in potencialno konfliktno družbene odnose,¹² vendar je le *ultima ratio*, to je zadnje sredstvo za njihovo oblikovanje in urejanje. Pred njim imajo to vlogo idejne zamisli, običaji, morala in same naravne zakonitosti, ki pogojujejo in določajo ravnanje enega subjekta glede na drugega (kar je vsebina družbenega odnosa).

S tega zornega kota kaže presojati na primer tudi naravo in obseg občinskih prostorskih aktov. Za občino je namreč prostor konstitutivna sestavina te oblike združevanja ljudi, tako da je gospodarjenje s prostorom ključnega pomena za njen obstoj in razvoj. Zato v urejanje prostora že od nekdanj posegajo tudi pravne norme.¹³

Na tem področju je treba najprej razlikovati med dokumenti razvojnega načrtovanja, ki nimajo narave pravnih aktov (občinski prostorski plan), ter prostorskimi izvedbenimi akti, ki jih občina sprejme z odlokom in so splošni pravni akti (občinski prostorski načrt – OPN, občinski podrobni prostorski načrt – OPPN, odlok o urejanju podobe naselij in krajine).¹⁴ Prvi so političnouslymerjalni dokumenti, drugi pa so pravno zavezujoči, z vsemi zahtevami za njihovo nomotehnično dorečenost (metode, struktura, jezik) in dosledno izvrševanje. Zato naj bi OPN vseboval le tiste norme, ki jih je mogoče natančno pravno izraziti, pravilno strukturirati (dispozicija, sankcija, členi, odstavki, alineje, poglavja, deli) ter oblikovati kot splošne in abstraktne norme. To pomeni, da spada v OPN le najožja – zakonsko zahtevana¹⁵ – vsebina, ne pa različni opisi zgodovinskih in zemljepisnih razsežnosti določenih naselij. Tudi podrobno določanje osončenja stanovanjskih prostorov ne spada v splošni pravni akt, temveč je predmet

¹¹ Podobno Služba Vlade RS za zakonodajo, str. 20.

¹² Poleg tega so za pravno normiranje primerni še odnosi, kjer je treba pravice in obveznosti udeležencev natančno urediti in pri katerih je mogoče ljudi nadzorovati, ali se ravna v skladu s pravnimi normami, oziroma jih v takšno ravnanje tudi prisiliti.

¹³ Ljubo Bavcon je o moralnem liku pravnika (str. 63) zapisal: »Pravo so ljudje že v davni preteklosti izumili zato, da se ne bi pobili med seboj za kosček kruha in za prostor na soncu ...«

¹⁴ Zakon o urejanju prostora (ZUreP-2), Uradni list RS, št. 6/17, četrty odstavky 115. členu in drugi odstavek 48. členu, z začetkom uporabe 1. 6. 2018.

¹⁵ Okvir je prvi odstavek 107. členu ZUreP-2: »Z OPN se določijo: ureditveno območje naselij; območje za dolgoročni razvoj naselij; druga ureditvena območja [...]; območja, za katera se pripravijo OPPN [...]; območja prenov; namenska raba prostora; prostorski izvedbeni pogoji; pogoji glede gradnje komunalne opreme in druge gospodarske javne infrastrukture in obveznosti priključevanja nanjo.«

izvedbenih konkretnih aktov ali prilog splošnega pravnega akta.¹⁶ OPN je namreč pravni akt v obliki odloka, kar ima za posledico, da mora biti njegova končna redakcija izvedena po pravilih pravne stroke. Čeprav pri njegovi pripravi sodelujejo še številni drugi poklicni profili,¹⁷ nosi končno odgovornost za v OPN predlagana določila pravnik.

3. Načelo samoomejevanja

Resolucija z načelom samoomejevanja dovoljuje »poseganje v družbena razmerja in človekove pravice in svoboščine le v obsegu, ki je nujno potreben za doseganje zastavljenih ciljev (legitimnost cilja, upravičenost posega)«. Vsak postavodajalec naj bi bil posebno pozoren tudi na oceno stanja in razloge, ki narekujejo pravno urejanje določenega sklopa družbenih odnosov. Kritični odnos do želja politikov kot predlagateljev splošnih pravnih aktov lahko tudi na občinski ravni že v prvi fazi postopka sprejemanja odloka prepreči bodisi preobsežno bodisi neprimerno in pretirano normiranje. Presojanje omenjenih okoliščin s pravnosistemskega in političnointeresnega vidika je mogoče na plenarni seji občinskega sveta ali zgolj na individualni ravni, ko se svetniki posamično seznanjajo z vsebino predlaganega odloka. Pri razpravljanju o navedenih sestavinah predloga splošnega akta daje Resolucija pomembna vodila racionalne pravne politike.

Vendar so tudi pri občinski normativni dejavnosti prevladujoči politični interesi ali posebni interesi samo enega dela občine ali celo le majhne skupine posameznikov, premalo pa svetniki upoštevajo skupne interese občine ter strokovne poglede statutarnopravnih komisij in pravnikov v občinski upravi. Ob tem kaže biti pozoren tudi na razlikovanje med odloki, ki jih občine sprejemajo v sklopu tako imenovanih prenesenih pristojnosti in jim tako narekuje zakon,¹⁸ ter odloki, ki nastanejo spontano iz potreb lokalne skupnosti na področju njenih izvirnih pristojnosti.¹⁹

¹⁶ Na primer drugi odstavek 70. člena Odloka o OPN občine H.: »Pri stanovanjskih prostorih (bivalna kuhinja, dnevna soba, otroška soba) je treba zagotoviti minimalni čas osončenja z direktno sončno svetlobo, skladno z veljavno zakonodajo, ki znaša dne 21. 12. najmanj 1 uro, dne 21. 3., 21. 6. in 21. 9. najmanj 3 ure.«

¹⁷ Peti odstavek 43. člena ZUreP-2: »Interdisciplinarno skupino strokovnjakov glede na značilnosti in potrebe posameznega prostorskega izvedbenega akta in glede na potrebne strokovne podlage sestavljajo strokovnjaki s področja arhitekture, krajinske arhitekture, urbanizma, prostorskega načrtovanja, gradbeništva, geografije, geodezije, ohranjanja narave, varstva kulturne dediščine, varovanja zdravja ljudi, urejanja voda, varstva okolja, prometa in druge gospodarske javne infrastrukture, prava, urbane ekonomije, socialnih zadev, sociologije, psihologije, agronomije in gozdarstva in drugih relevantnih področij.«

¹⁸ Na primer Zakon o urejanju prostora, Zakon o osnovni šoli.

¹⁹ Vlaj, str. 204: »V izvirno pristojnost občine spadajo lokalne zadeve javnega pomena, ki se nanašajo na prebivalce občine in jih je občina sposobna samostojno urejati.«

4. Načelo sorazmernosti

Resolucijsko načelo sorazmernosti opozarja na sorazmernost pri predpisovanju obveznosti, kar zahteva tudi izbiro med različnimi vrstami splošnih pravnih aktov, s katerimi urejamo družbene odnose. Pri tem gre za politično in strokovno zahtevna vprašanja razmejevanja med ustavo, zakonom, uredbo in pravilnikom na eni strani ter za razmejevanje med državnimi in avtonomnimi (samoupravnimi) pravnimi viri na drugi strani. Ob sprejemanju usmeritve, da je določanje obveznosti in pravic v slovenskem pravnem sistemu pridržano zakonu,²⁰ je kljub temu mogoče s podzakonskimi akti zagotavljati ustrezno sorazmernost med pravnimi okviri družbenih razmerij ter poljem pravno nevezanega ravnanja posameznikov in njihovih organizacij.

Tudi občinski odloki prepogosto urejajo odnose, ki niso primerni za pravno urejanje, oziroma odnose, ki ne izpolnjujejo meril za pravno regulacijo ali pa zahajajo v podrobnosti in v urejanje posamičnih primerov (kazuistika). Seveda imajo pri tem slabe zglede v državni zakonodaji.²¹ Vendar je kljub temu ves čas treba paziti, da odlok ostaja splošni pravni akt, ki ureja prihodnje ravnanje vnaprej neznanega števila pravnih subjektov. S tega vidika kaže razmisliti, ali ne bi bilo bolj v skladu z načelom sorazmernosti, da bi občina, na primer, ustanovila osnovno šolo s sklepom in ne z odlokom.²² Ustanovitev posamezne pravne osebe je posamični akt, ki določi položaj in izhodišča za notranjo organizacijo določenega pravnega subjekta.²³

5. Načelo odgovornosti

Resolucija pri izvajanju načela odgovornosti »predpostavlja ravnanje organov po pravilih stroke [...], spoštovanje hierarhije pravnih aktov, sistemizacije prava in nomotehnike«. Temu se pri normodajalcu pridružuje še politična odgovornost za odločitve, ki so dobile tudi pravno obliko.

Odgovornost je celovita družbena vrednota in povezan sistem odnosov v družbi. Če je v vseh družbenih sredinah ta vrednota sprejeta in spoštovana, potem se odgovornost uveljavlja tudi pri oblikovanju, sprejemanju in izvrševanju splošnih pravnih aktov. Seveda ta soodvisnost

²⁰ Člen 87 Ustave RS: »Pravice in obveznosti državljanov ter drugih oseb lahko državni zbor določa samo z zakonom.«

²¹ Tak zglede zakona za posamezni primer je Zakon o izgradnji, upravljanju in gospodarjenju z drugim tirom železniške proge Divača–Koper, sprejet v Državnem zboru RS 8. 5. 2017.

²² Primerjaj Odlok o ustanovitvi javnega vzgojno-izobraževalnega zavoda Osnovne šole Simona Jenka Kranj, Uradni list RS, št. 81/10 – UPB.

²³ Zavod določi podrobnejše določbe o organih in pristojnostih, načinu njihovega odločanja ter o svojem delovanju z avtonomnimi internimi akti (statut, pravila).

deluje tudi v obratni smeri. Odgovornost ima svojo moralno, politično, strokovno in pravno dimenzijo, ki so povezane s poljem svobodnega odločanja in pooblastili odločevalca.²⁴ Odgovornost kaže na subjektivni odnos do posledic človekovega delovanja, lahko pa tudi na objektivno razmerje do ciljev in rezultatov ljudske aktivnosti.

Dejansko izvajanje odgovornosti je nadalje pogojeno s problematiko dejanskega sprejemanja družbenih oziroma zakonodajnih odločitev. Kadar se formalni subjekt sprejemanja odločitev razlikuje od subjekta, ki je odločitev resnično vsebinsko pripravil, se občutek odgovornosti za normativni akt razblini in zabriše. Ta vidik je pri normativni dejavnosti zelo pogost, saj nomotehnična doktrina ugotavlja, da je za tako imenovanega materialnega zakonodajalca, ki pripravi vsebino zakona, treba šteti strokovne upravne organe.²⁵ Seveda pa se pozneje ta vsebina preoblikuje (v praksi največkrat poslabša) zaradi političnega in interesnega dogovarjanja ter preglasovanja v organu, ki na koncu (formalno) sprejme odločitev. Zato je toliko bolj pomembno, da se ohrani informacija o pripravljavcu predpisa in da se razkrijejo tudi vse interesne skupine, ki so z lobiranjem vplivale na vsebino splošnega pravnega akta.

S tega zornega kota sta specifična položaj in odgovornost statutarnopravne komisije občinskega sveta. Ta komisija nastopa kot stalno delovno telo občinskega sveta. Pri normativni dejavnosti občine ima zelo pomembno vlogo, saj z vidika zakonitosti in pravnega oblikovanja obravnava predloge predpisov, preverja usklajenost predpisov z njihovo obrazložitvijo, predlaga obvezne razlage predpisov in njihove popravke, predlaga sprejetje prečiščenega besedila akta, daje razlago poslovnika ipd.²⁶ Če je v parlamentu (državnem zboru) izvedena stroga ločitev med politiko (poslanci), ki odloča, in pravno stroko (zakonodajno-pravna služba), ki lahko daje le mnenja, se v številnih občinah politika in pravna stroka prepletata v statutarnopravni komisiji. Enakopravni člani te komisije so namreč ob svetnikih tudi tako imenovani »drugi občani«,²⁷ kar navadno pomeni – v tem primeru – pravne strokovnjake. Navedeni sestav ima seveda prednosti in slabosti, ki pridejo do izraza v posameznih situacijah. Prednost je gotovo v tem, da se lahko neposredno slišijo in pogosto tudi uveljavijo strokovni vidiki predpisov, slabost pa to, da je mogoče s preglasovanjem »povoziti« argumente pravne stroke.

²⁴ Gablentz, str. 496.

²⁵ Na primer Reh binder, str. 203: »Gesetzgebung im materiellen Sinne ist heute Sache der Verwaltung.« Podobno Godec, str. 73.

²⁶ Primerjaj 107. člen Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj, Uradni list RS, št. 18/17.

²⁷ Primerjaj drugi odstavek 103. člena Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj, Uradni list RS, št. 18/17: »Člane komisij imenuje svet z večino glasov vseh svetnikov izmed svetnikov in drugih občanov [...].«

6. Načelo določnosti predpisov

Idealu dobrega normodajalca naj bi se približevali tudi občinski sveti z upoštevanjem resolucijskega načela določnosti predpisov. Jasnost, preciznost, nedvoumnost, določnost ipd. so značilnosti dobrih jezikovnih izrazov v pravu. S tem se zagotavljata vrednoti pravne varnosti in zaupanja v pravo. Z opredelitvijo pojmov na začetku splošnega pravnega akta, njihovo dosledno uporabo v celotnem besedilu, razumljivimi legalnimi definicijami in logično strukturo akta uspešno sledimo določnosti pravnih zapovedi. V občinskih odlokih naj bodo dorečene pravne norme, ki jih nato razlagajo naslovljenci pri svojem dejanskem vedenju in ravnanju ter sodišča in upravni organi v procesu udejanjanja pravnih predpisov.

Kadar je kakšna določba odloka dvoumna in tako zelo nejasna, da jo je mogoče argumentirano razlagati na več načinov, sprejme občinski svet tako imenovano avtentično razlago. Avtentično razlago (interpretacijo) predpisa ali drugega pravnega akta poda subjekt, ki ga je sprejel. Zanj se uporablja tudi slovenski izraz verodostojna razlaga. Takšna interpretacija ima enako pravno moč kot predpis oziroma akt, ki ga razlaga, in ima celo retroaktivno veljavnost, razen če bi posegla v pravnomočno rešene zadeve. Avtentična razlaga postane sestavni del odloka, ima enako moč kot odlok in velja, odkar je začel veljati odlok – *ex tunc*. Njena retroaktivna veljavnost se ne razteza le na že sprejete odločitve, ki so postale pravnomočne.

Z uveljavitvijo načela o delitvi oblasti oziroma principa tako imenovanih zavor in ravnovesij pa je razlaga zakonskih norm obvezna (vendar ne avtentična) za organe, ki sodelujejo v procesu uporabe splošnih pravnih norm, zlasti sodišča in upravne organe. Zato je za sodobne demokracije razumljiv stavek iz Blackovega pravnega slovarja, da avtentične razlage »skrben svetovalec danes ne bi priporočal nobeni vladi«. ²⁸ Z njo namreč normodajalec v nekem smislu popravlja svoje napake oziroma dopolnjuje slaba besedila splošnih pravnih aktov in tako rekoč zlorablja svoj položaj. V visoko razvitem pravnem sistemu bi potemtakem morala biti avtentična razlaga nepotrebna, saj bi morali tudi v postopku sprejemanja odloka nastati dorečeni in jasni odloki. Poznejše postavodajalčeve (avtentične oziroma verodostojne) razlage z retroaktivno veljavnostjo v takšnem sistemu niso zaželenne.

Bistvena omejitev avtentične razlage je, da z njo ni dopustno vnašati v splošni pravni akt novih določb oziroma nove vsebine. Te omejitve pa občine ne spoštujejo dosledno in z avtentično

²⁸ Bryan A. Garner (ur.), str. 824, se sklicuje na Fullerjevo (*Anatomy of the Law*) opredelitev avtentične razlage: »[...] and no thoughtful adviser would recommend it to any government today.« Pri tem pojasni, da poda avtentično razlago organ, ki je normo sprejel, da z razlago pojasni, kaj je pomen norme oziroma kaj je z njo mislil. Omenja tudi, da se je takšna (avtentična) razlaga do nedavnega uporabljala v nekaterih evropskih državah.

razlago vnašajo v akt nove pravice in obveznosti, kar ima nato za posledico razveljavitev akta na Ustavnem sodišču.²⁹

Enake omejitve veljajo tudi za popravke občinskih splošnih aktov, s katerimi je dopustno odpravljati le očitne redakcijske napake ali napake pri prepisovanju iz avtentičnega besedila akta v njegovo uradno objavljeno obliko. Ob tem se lahko postavi vprašanje, ali so popravki res pristojnost župana³⁰ ali pa bi ta naloga bolj pripadala statutarnopravni komisiji.

Načelo določnosti je ogroženo tudi v primerih, ko se za sprejetje odloka uporabi še poseben akt – sklep,³¹ namesto da bi se akt sprejel neposredno kot odlok. V takem primeru namreč ni jasno, kakšen je pravzaprav naslov splošnega akta.

7. Načelo dostopnosti

Načelo dostopnosti zahteva dobro seznanitev vseh pravnih subjektov z vsebino predpisov. Objavljanje zakonov je ena izmed najpomembnejših pridobitev demokratičnega družbenega razvoja. Državljanom mora biti zagotovljena možnost, da se s pravnimi predpisi seznanijo prek uradnih glasil v papirni ali elektronski obliki ter tudi prek številnih drugih spoznavnih pravnih virov, od pravne literature do sredstev množičnega obveščanja, lokalnih glasil in svetovnega spleta, vključno z dostopom »do ažurnih in enostavnih registrov veljavne zakonodaje«. Obravnavano načelo opozarja na primerno skrb za čim več poti in načinov, da je v sodobni (informacijski) družbi tudi svet prava odprt in pregleden.

Na ravni lokalne skupnosti je še posebno pomembna resolucijsko opredeljena »obveznost organov, da zagotovijo čim širše seznanjanje s predpisi v razumnih uveljavitvenih rokih«. Ob tem pa ostaja vprašanje, ali je bolje objavljati lokalne predpise v posebnih prilogah lokalnih glasil ali v Uradnem listu RS. Seveda pa tezo te dileme zelo zmanjšuje že splošno razširjen dostop do spletnih strani občine.

Za doseganje načela dostopnosti je pomembno tudi pripravljanje uradnih prečiščenih besedil občinskih predpisov (UPB). Uradno prečiščeno besedilo zelo povečuje dostopnost, kadar

²⁹ Na primer odločba US RS U-I-7/09 glede Odloka o prostorskih ureditvenih pogojih v Občini Divača, izrek: »Prvi odstavek 15. člena Odloka o prostorskih ureditvenih pogojih v Občini Divača (Uradni list RS, št. 45/05 – ur. p. b. in 102/07) je bil v delu, ki je določal, da so stanovanjski objekti v naseljih Divača in Senožeče lahko tudi večetažni, vendar se mora njihova etažna velikost prilagajati krajevnim značilnostim, pri čemer etažnost ne sme presežati P+4+M, in da po predhodnem mnenju občinske uprave Občinski svet Občine Divača soglaša s projektnimi rešitvami za gradnjo na teh območjih, v neskladju z zakonom. Ugotovitev [...] ima učinek odprave.« Evidenčni stavek: »Obvezna razlaga predpisa občinskega sveta, s katero občinski svet ne pojasnjuje svojega predpisa, temveč ga po vsebini spreminja oziroma dopolnjuje, ni obvezna razlaga, ampak sprememba predpisa.«

³⁰ Na primer Popravek Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj, Uradni list RS, št. 23/17.

³¹ Na primer občinski svet je sprejel »Sklep: Sprejme se Odlok o OPN Občine D...«.

postane neki splošni akt zaradi pogostih sprememb nepregleden. Na pobudo predlagatelja ali statutarnopravne komisije nato (brez razprave) to besedilo potrdi občinski svet.³²

8. Načelo poenostavitve

Resolucijsko načelo poenostavitve zahteva »enostavne postopke [...] brez nepotrebnih obremenitev, preglednost predpisov z razumno strukturo, pravilno in enotno uporabo strokovnih pojmov«. Resolucija usmerja normodajalca k enostavnosti, preglednosti, razumni strukturi in uporabi ustaljenih strokovnih pojmov. Poleg tega izrecno kritizira »odlaganje začetka uporabe že veljavnega predpisa, če ni za to posebej utemeljenih razlogov«.

Na žalost v zakonodajni praksi slovenskega parlamenta vse pogosteje srečamo slab pristop, ko v prehodnih in končnih določbah beremo: »Ta zakon začne veljati petnajsti dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se začne šest mesecev po njegovi uveljavitvi« in s tem povezano določbo: »Z dnem uveljavitve tega zakona preneha veljati Zakon o državnem pravobranilstvu [...] uporablja pa se do začetka uporabe tega zakona.«³³ V navedenem primeru – in številnih podobnih – se po nepotrebnem vzpostavlja razlika med veljavnostjo pravnega predpisa in začetkom njegove uporabe, kar vnaša v pravni sistem nejasnost in nepreglednost. Tak neustrezn pristop se začenja uporabljati že pri državnih podzakonskih predpisih oziroma ministrskih pravilnikih.³⁴

Na žalost se nakazuje nevarnost, da bi se ta slaba praksa z državne ravni začela širiti tudi na normativno dejavnost lokalnih skupnosti.

Splošni pravni akt uporabljajo naslovljenci (adresati) v pravnih razmerjih pri sklepanju pravnih poslov, sodišča pri reševanju sporov ter drugi državni organi in organi lokalnih skupnosti pri svojem delovanju. Seveda lahko navedeni subjekti uporabljajo le veljavne zakone. Po drugi strani pa ni ustrezno, da pravni subjekti veljavnih zakonov in drugih splošnih pravnih aktov ne bi uporabljali. Neuporaba veljavnih aktov je v nasprotju z načelom poenostavitve ter s predvidljivostjo družbenega življenja in s tem pravno varnostjo kot izpeljankama pravne vrednote, ki jo prepoznamo v načelu pravne države. Zato je določba pravnega akta o časovnem zamiku

³² Na primer 131. člen Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj, Uradni list RS, št. 18/17, ki predvideva sprejem uradnega prečiščenega besedila, ki ga potrdi Mestni svet, če spremembe in dopolnitve posegajo v najmanj eno tretjino njegovih členov.

³³ Člena 111 in 112 Zakona o državnem odvetništvu (ZDOdv), Uradni list RS, št. 23/17.

³⁴ Na primer 13. člen Pravilnika o šolskem redu v srednjih šolah (Uradni list RS, št. 26/18): »Ta pravilnik začne veljati naslednji dan po objavi v Uradnem listu Republike Slovenije, uporabljati pa se začne 1. septembra 2018.« Očitno je povsem nepotrebno vakacijski rok (čas od objave do začetka veljavnosti akta) skrajšan na zgolj en dan.

uporabe veljavnega predpisa v nasprotju z zagotavljanjem preglednosti, jasnosti in resnosti pravnega sistema.

V vsakdanji praksi vseh pravnih sistemih prihaja do določenega razkoraka med veljavnim pravnim pravilom in njegovo uporabo v praksi. Omenjeni razkorak med normativnim (veljavnost) in stvarnim (uporaba) je posledica številnih objektivnih in subjektivnih okoliščin, ki se jim ni mogoče povsem izogniti oziroma jih ni mogoče nikdar v celoti predvideti, nikakor pa ni potrebno, da bi ga hote vzpostavljali sam postavodajalec. Ta mora težiti k čim večji učinkovitosti (efektivnosti) pravnih aktov. Praksa bo že sama pokazala na bolj ali manj velike ovire pri izvajanju oziroma uporabljanju zakona. Ekonomske, socialne, interesne in kulturne razmere v nekem družbenem okolju pogojujejo slabše uporabljanje predpisa v fizično otipljivi stvarnosti. To so objektivna dejstva, ki jih mora zakonodajalec čim bolj upoštevati, vsekakor pa njegov cilj zakonodajalca ne sme biti časovno zamikanje uporabe predpisa, ki že velja.

Zakonska določba, ki postavlja različna datuma za začetek veljavnosti in začetek uporabljanja predpisa, pravzaprav negira smisel in namen vakacijskega roka. Čas od objave predpisa do začetka njegove veljavnosti (vakacijski rok) je namenjen seznanitvi naslovljencev predpisa z njegovo vsebino in pripravam oblastnih organov na naloge, ki jih imajo v zvezi z izvrševanjem predpisa. Zato tudi v primeru, ko je treba za izvajanje predpisa izvesti še kakšne organizacijske priprave ali sprejeti dodatne izvedbene akte oziroma pravilnike, ni treba razlikovati med začetkom veljavnosti in začetkom uporabe tega predpisa, temveč je pač treba ustrezno podaljšati njegov vakacijski rok. To pomeni, da naj postavodajalec uporabi ustavno pooblastilo, ki je prav s tem namenom predvideno v ustavi – da predpis lahko začne veljati pozneje kot po izteku splošnega štirinajstdnevnega vakacijskega roka.³⁵ Ko je splošni pravni akt že sprejet v predstavnem telesu in objavljen v uradnem glasilu, se ne more več spreminjati, besedilo predpisa je bilo avtoritativno sprejeto in normodajni postopek končan.

Kadar predpis zaradi organizacijskih razlogov potrebuje daljši čas za začetek veljavnosti, kot je ustavno določeni vakacijski rok, je treba ta rok ustrezno raztegniti in določiti veljavnost predpisa – torej ne že na petnajsti dan po njegovi objavi, ampak pozneje, čez pol leta, čez eno leto ali, še bolje, z določitvijo točnega datuma začetka njegove veljavnosti.³⁶ V nobenem primeru se ne smejo v pravnem sistemu ponavljati situacije, da predpisa, ki velja, ne uporabljamo, uporabljamo pa predpis, ki ne velja več, ker ga je prejšnji zakon razveljavil. Predpis, ki velja, je pač treba uporabljati, predpis, ki je bil razveljavljen, pa se ne sme (več) uporabljati.³⁷

³⁵ Drugi odstavek 154. člena Ustave Republike Slovenije: »Predpis začne veljati petnajsti dan po objavi, če ni v njem drugače določeno.«

³⁶ To je ustrezno določeno na primer v 95. členu Odloka o OPN Občine Hrpelje – Kozina (Uradni list RS, št. 2/18): »Ta odlok se objavi v Uradnem listu Republike Slovenije in začne veljati s 31. 1. 2018.«

³⁷ Izjema velja v kazenskem pravu, kot določa drugi odstavek 7. člena Kazenskega zakonika (KZ-1, UPB2; Uradni list RS, št. 50/12): »Če se po storitvi kaznivega dejanja zakon spremeni (enkrat ali večkrat), se uporablja zakon, ki je

9. Načelo transparentnosti

Resolucija o normativni dejavnosti poglavje o izhodiščih in načelih za pripravo predpisov konča z načelom transparentnosti. To načelo »predpostavlja predstavljanje politike urejanja določenega področja čim širši javnosti, posebno pa ciljnim skupinam, na katere se nanaša«. Prvi pogoj za izvajanje načela transparentnosti pa je »sprejemanje predpisov po rednih zakonodajnih postopkih, ki omogočajo kakovostno seznanjanje ter odzive in vplive zainteresirane javnosti«. Prav ta zahteva po spoštovanju rednih postopkov in vključevanju javnosti je zelo pomembna tudi za pripravljanje in sprejemanje občinskih predpisov.

Seveda je tudi na tem področju treba ugotoviti, da uporaba zakonodajnih postopkov v državnem zboru ne more biti ravno zgled občinskim svetom v postopkih sprejemanja občinskih odlokov. Zato naj občinski sveti ne posnemajo prakse državnega zbora, ki kar dve tretjini zakonov sprejme po izjemnih (nujnih in skrajšanih) postopkih!³⁸

Za sprejemanje občinskih odlokov naj velja pravilo rednega postopka, ki zajema dve osnovni stopnji. S tem sta zagotovljena temeljita in premišljena obravnava predlogov občinskih splošnih aktov ter potrebno soočanje političnointeresnih, pravnovsebinskih in pravnotehničnih pogledov. To omogoča tudi delitev obravnave na splošni del (razlogi za izdajo odloka, njegovi cilji, načela in temeljne rešitve) in posebni del (obrnava posameznih členov in amandmajev). Nekateri poslovnik občinskih svetov določajo, da se v prvi fazi besedilo odloka obravnava kot osnutek in potem v drugi fazi kot predlog.³⁹ Morda bi bilo smiselno tudi enofazni postopek sprejemanja odloka – po vzoru Poslovnika Državnega zbora – poimenovati kot nujni in ne hitri postopek, kot je ta postopek imenovan v nekaterih poslovniki občinskih svetov.⁴⁰

Pri pripravi občinskih predpisov bo treba več pozornosti posvetiti tudi presoji učinkov predpisov,⁴¹ in to ne le na finančnem področju, ampak tudi na okoljskem, gospodarskem, administrativnem in socialnem. Podobno velja še za sodelovanje javnosti pri pripravi predpisov, na kar opozarja tudi vladna Strategija razvoja lokalne samouprave.⁴²

milejši za storilca.«

³⁸ Na primer, v obdobju med januarjem in decembrom 2017 je Državni zbor RS sprejel po rednem zakonodajnem postopku 54 zakonov, po izrednih postopkih pa 73 (nujni 18, skrajšani 39, ratifikacija 16) – Poročilo o delu Državnega zbora v obdobju 2014–2018, tretje leto mandata, str. 21.

³⁹ Na primer 135. člen Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj.

⁴⁰ Na primer 148. člen Poslovnika Mestnega sveta Mestne občine Kranj.

⁴¹ *Regulatory impact assesment* – RIA.

⁴² Strategija razvoja lokalne samouprave v Sloveniji do leta 2020 nalaga občinam ločevanje postopka priprave predpisov od postopka njihovega sprejemanja ter poudarja, da je v postopku priprave predpisa treba izvesti javno predstavitev in splošno razpravo.

V poslovnikih občinskih svetov pa kaže vnesti tudi zavezo, da je treba v predlogu akta navesti vse subjekte, ki so sodelovali pri pripravi občinskega splošnega pravnega akta, torej tudi imena članov delovnih skupin, ki so oblikovale delovno besedilo akta, ter vseh zunanjih organizacij in posameznikov, ki so želeli vplivati na vsebino akta. To pomeni vzpostavitev tako imenovane zakonodajne sledi.⁴³ Ta zagotavlja transparentnost pri podatkih o interesnih skupinah in njihovih lobistih, ki so vplivali na vsebino sprejetega predpisa. Lobiranje kot metoda delovanja interesnih skupin oziroma civilne družbe v procesu sprejemanja predpisov je lahko dopolnitev demokratičnosti tega procesa, če poteka v skladu s pravnimi in etičnimi pravili. Kadar pa lobisti in lobiranci ne spoštujejo pravnih in etičnih okvirov, se ta način udeležbe pri pripravi predpisov spremeni v grožnjo demokratični in pravni državi. Razkritje lobističnih vplivov zato zagotavlja transparentnost in demokratičnost v celotnem procesu nastajanja občinskega predpisa.

Literatura

- BAVCON, Ljubo. *Izzivi in odzivi*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2006.
- GABLENTZ, Otto Heinrich von der. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 13. New York: Macmillan and Free Press, 1968.
- GARNER, Bryan A. (ur.). *Black's Law Dictionary*, 7th edition. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.
- GODEC, Rupko. *Upravni zbornik*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 1993.
- IGLIČAR, Albin, KEČANOVIČ, Bećir, RIBIČIČ, Ciril. *Zakonodajna sled: sledljivost vplivov v postopku priprave in sprejemanja občinskih splošnih pravnih aktov*. Ljubljana: Inštitut za ustavno pravo, 2017. Dostopno na: <<http://ustava.si/wp-content/uploads/2017/09/Zakonodajna-sled.pdf>> (6. 11. 2018).
- Poročilo o delu Državnega zbora v obdobju 2014–2018, tretje leto mandata, januar 2017–december 2017*. Dostopno na: <https://fotogalerija.dz-rs.si/datoteke/Publikacije/PorocilaDZ/Mandat_2014%E2%80%932018/Letno_porocilo_-_2017.pdf> (6. 11. 2018).
- REHBINDER, Manfred. *Rechtssoziologie*. München: C. H. Beck, 2000.
- Služba Vlade RS za zakonodajo. *Nomotehnične smernice*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2008. Dostopno na: <http://www.svz.gov.si/fileadmin/svz.gov.si/pageuploads/Dokumenti/Nomotehnicne_smer.pdf> (6. 11. 2018).
- VLAJ, Stane. *Lokalna samouprava*. Ljubljana: Fakulteta za upravo, 2004.

⁴³ Več v Igličar, Kečanovič, Ribičič.

Kratki znanstveni prispevek
UDK 340.134:061.1EU(497.4)

Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanjih dveh pravnih redov

KATJA BOŽIČ

*magistrica pravnih znanosti, Služba
Vlade Republike Slovenije za zakonodajo*

GORDANA LALIĆ

*doktorica pravnih znanosti, Služba Vlade
Republike Slovenije za zakonodajo*

Uvod

Nomotehnika je nabor znanj, pravil in priporočil, ki so namenjena čim bolj enotni pripravi predpisov. Tudi to je eden od načinov zagotavljanja čim boljših predpisov, ki so nepogrešljivi za učinkovitost prava in pravne države. Glede na razvoj prava in priprave predpisov se ta nabor širi in pogloblja z izboljšanimi pristopi in nekaterimi novimi pravili in smernicami, ki so rezultat dela Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo in sodelovanja s številnimi pomembnimi sogovorniki v postopku priprave predpisov.

Od pristopa k Evropski uniji (v nadaljnjem besedilu: EU) je dovršen del Nomotehničnih smernic¹ namenjen posebnostim pri izvajanju in prenašanju pravnih aktov EU, zlasti zaradi upoštevanja Lizbonske pogodbe pa so se v zadnjih letih izoblikovala nekatera nova pravila in priporočila kot rezultat dinamičnega razvoja prava EU, ki od vseh vpletenih v postopek priprave predpisov zahteva poznavanje vse več novosti in posebnosti. Ob prepletanju dveh pravnih redov je nomotehnika zelo prikladno okolje za iskanje načinov, kako tem posebnostim na eni strani poskusiti poiskati skupne imenovalce in utrditi presečne množice ter na drugi strani utemeljiti in jasno definirati nekatere trmaste posebnosti, ki upravičeno ostajajo samosvoje znotraj vsakega pravnega reda. Prizadevanje za tako utemeljevanje je še kako dobrodošlo pri preseganju nekaterih mitov, ki se včasih brez potrebe usidrajo v pravno zavest in otežujejo iskanje rešitev, ki bi jih lahko presegle.

¹ Glej: http://www.svz.gov.si/fileadmin/svz.gov.si/pageuploads/Dokumenti/Nomotehnicne_smer.pdf.

V nadaljevanju je izpostavljenih nekaj takih mitov, ki jim skušamo zmeščati robove in poiskati načine za kakovostno sobivanje na videz še tako različnih izhodišč.

... 1. mit: »Naše« in »njihovo« pravo

Pred štirimi leti je bil v okviru Nomotehničnih dnevov izpostavljen izziv, o čem pravzaprav govorimo, kadar govorimo o »našem« pravu – ali s tem mislimo pravo naše države ali pa nam je že uspelo ponotranjiti dejstvo, da je naše pravo tudi pravo, ki ga sprejemajo institucije EU v Bruslju.

Zdi se, da je izziv še vedno izjemno aktualen. Čeprav smo del družine EU že dobrih 14 let, so odzivi na besedo »pravo« in besedno zvezo »naše pravo« različni. Žal v obeh primerih še vedno zlasti polni negativnih asociacij: da je naš pravni red kaotičen, zapleten, birokratski, neživljenjski, nepravičen. Zlasti zaradi prava EU.

Med razlogi za to, da prva misel na naše pravo ne implicira prava EU, so zlasti nepoznavanje prava EU, občutek, da gre za pravila, ki jih državljanom ni treba upoštevati in poznati, ter dobro znani prevladujoči občutek, da se s pravom EU preprosto ne identificiramo. Ravno glede na dejstvo, da smo država članica EU že 14 let, neprijetno bodejo v ušesa ponotranjena razlikovanja med »našim« in »njihovim«, zelo pogosto tudi med ljudmi, ki imajo s tem opravka več kot le naključno.

S pristopom k EU smo med drugim ne le prevzeli kopico že veljavnega pravnega reda EU, pač pa smo ob tem sprejeli tudi dejstvo, da naše pravice in dolžnosti urejajo tudi pravni akti EU, nekateri od njih celo neposredno ali vsaj z neposrednim učinkom, da morajo naša sodišča soditi o naših pravicah in dolžnostih ne le v skladu z nacionalnim pravnim redom, ampak še kako tudi oziraje se na pravni red EU (kot mešanico politike, prava in ekonomije) in sodno prakso Sodišča EU.

Če prava EU ne dojemamo kot »naše« pravo, s tem posredno ne računamo na pravice in dolžnosti, ki iz tega izvirajo. In so vse prej kot nepomembne. Če smo lahko po eni strani zelo hitro sprejeli zabrisane meje in skupno valuto, je po drugi strani sprejemanje prava EU za svoje proces, ki zahteva več angažiranosti, premisleka, predvsem pa iracionalnega občutka ponotranjenosti. Čeprav ga, preden postane »pravo«, sooblikujejo ne le ljudje, zaposleni v institucijah EU (ki so tudi »naše«, mimogrede), ampak v znatni meri tudi strokovnjaki iz »naše« države.

Med pomembne dodatne dejavnike, ki vplivajo na tako dojetje, je gotovo treba šteti vsaj geografski dejavnik sprejemanja odločitev, slabo splošno poznavanje funkcioniranja EU, drugačen koncept pravnih aktov in njihovega sprejemanja ter navsezadnje gromozanski uradniški aparat EU.

Pred sprejemanjem prava EU za svoje pravo se je seveda mogoče ubraniti s številnimi miti, ki jih marsikdaj nekritično negujemo. Razlike med nacionalnim pravnim redom in pravnim redom EU vsekakor obstajajo, vendar ne bi smele pomeniti razloga za odklanjanje prava EU, ampak priložnost za iskanje načinov, kako ustvarjati presečne množice in na drugi strani pošteno utemeljiti nekatere trmaste posebnosti, ki si jih lahko privoščijo vsaka država članica.

Oboje je mogoče, kot že rečeno, iskati tudi skozi pravila, ki so oblikovana v Nomotehničnih smernicah. Nekatera od njih bodo predstavljena v nadaljevanju, ob boku z drugimi miti, ki večinoma vznikajo iz tega osnovnega o delitvi na »naše« in »njihovo« pravo.

... 2. mit: Pravni red EU je nepregleden

Pravni red Republike Slovenije temelji na relativno enostavni hierarhični strukturi pravnih aktov in je zlasti v zadnjih letih s številnimi informacijskimi zbirkami in spletišči postal zgledno dostopen vse širšemu krogu uporabnikov, preglednost veljavne nacionalne zakonodaje pa je zaradi omenjenega ne glede na izjemno normativno produktivnost še vedno relativno dobra.

Kar zadeva pravni red EU, bi ne glede na neprimerno večji obseg pravnih aktov težko upravičili očitke glede nedostopnosti in nepreglednosti prava EU – vsaj kar zadeva spletno okolje. Spletišče EUR-Lex namreč omogoča brezplačen dostop do zakonodajnih in drugih javnih dokumentov EU, je na voljo v vseh uradnih jezikih EU, prek njega pa je dostopna spletna različica dnevne izdaje Uradnega lista EU. Pri brskanju so na voljo različne možnosti preprostega in naprednega iskanja ter brskanja po zbirkah, različne možnosti prikaza in prenosa dokumentov (v formatih PDF, HTML, DOC, TIFF) ter analitični metapodatki za vsak dokument.

Pri pripravi nacionalnih predpisov, ki prenašajo oziroma izvajajo pravne akte EU, je nepogrešljivo zaznati bistvene razlike glede na drugačno arhitekturo pravnih aktov EU in tudi temu primerno drugačna nomotehnična pravila EU ter oblikovati smernice, ki odpravljajo morebitne nejasnosti in nedvoumnosti, prispevajo k preglednosti ter naslovnikom predpisa olajšajo razumevanje. Taka priporočila v okviru svojih pristojnosti oblikuje Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo v Nomotehničnih smernicah.

Ena izmed posebnosti, ki odraža različna hierarhična razmerja, so na primer razlike v elementih citata naslova. Naslov nacionalnega predpisa je vedno samo vsebinski, citiranje objav pa kronološko urejeno, z navedbo prve objave predpisa (»Uradni list RS, št. ...«) in vseh drugih posegov vanj – na nomotehnično dogovorjeni način je treba navesti vse spremembe, vse druge predpise, ki posegajo v njegovo vsebino, nekatere odločbe Ustavnega sodišča (praviloma razveljavitvene), avtentične razlage zakona in popravke predpisa. Če je bilo objavljeno uradno prečiščeno besedilo zakona, se citat začne z zadnjim uradnim prečiščenim besedilom in nadaljuje s poznejšimi posegi.

Primer:

Zakon o ... (**Uradni list RS**, št. xx/yy – **uradno prečiščeno besedilo**, xx/yy – **ZJC-B**, xx/yy – **odl. US**, xx/yy, xx/yy – **popr.** in xx/yy – **ORZGO14**)

Polni naslov pravnega akta EU, ki ga je vedno treba navajati s citatom iz Uradnega lista EU, vsebuje veliko več informacij: poleg vrste pravnega akta EU in vsebine tudi institucijo ali organ, kratico v oklepaju (»EU«, »Euratom«, »EU, Euratom«, »SZVP«, v starejših pravnih aktih tudi »EGS« ali »ES«), letnico, številko in datum sprejetja, včasih tudi krajši naslov in pod naslovom nekatere dodatne informacije (npr. »kodificirano besedilo«, »kodificirana različica«, »prenovitev«).

Tudi navajanje objav pravnih aktov EU je precej drugačno: navede se prva objava predpisa z datumom in prvo stranjo (npr. »UL L št. ... z dne ..., str. ...«). Pravni akti EU včasih posegajo tudi v akte, ki jim niso nujno hierarhično prirejeni, kar je poleg dinamičnega normiranja in drugačnih elementov naslovov razlog, da objav pravnih aktov EU v nacionalnih predpisih ni mogoče navajati enako, kot to velja za nacionalne predpise. Vsekakor pa je ne glede na to treba poskrbeti za dober sistem sledljivosti in jasnosti navajanja. Zato se pri navajanju pravnega akta EU naslovu in osnovnemu citatu vedno doda informacija o zadnjem posegu vanj. Ti posegi so zlasti sprememba, dopolnitev, odstopanje, popravek ali razveljavitev. Zadnji vsebinski poseg mora biti vsekakor element navedka pravnega akta EU v nacionalnem predpisu, ki ga izvaja oziroma prenaša, po potrebi pa se za uporabo v nadaljnjem besedilu doda tudi skrajšana oblika navajanja pravnega akta EU.

Primer:

Uredba ... (EU) xyxy/xyxy z dne ... o ... (**UL L št. ... z dne ..., str. ...**), **zadnjič spremenjena** z Uredbo ... (EU) xyxy/xyxy z dne ... o ... (UL L št. ... z dne ..., str. ...), **(v nadaljnjem besedilu: Uredba xyxy/xyxy/EU)**

... 3. mit: Razlike ogrožajo pravno varnost (ni hierarhije pravnih aktov)

Glede na kriterij hierarhičnih normativnih interakcij bi pravnemu redu EU morda lahko očitali, da je nepregleden ravno zato, ker je hierarhija pravnih aktov EU precej bolj skrivnostna. Ta je sicer po Lizbonski pogodbi na videz jasna z delitvijo na zakonodajne akte, ki se sprejemajo po rednem ali posebnem zakonodajnem postopku (to so zlasti uredba, direktiva in sklep), ter nezakonodajne akte, ki se sprejemajo na podlagi posebnega pooblastila za dopolnjevanje, spreminjanje ali izvajanje zakonodajnih aktov (to so zlasti delegirana uredba, delegirana direktiva in delegirani sklep ter izvedbena uredba, izvedbena direktiva in izved-

beni sklep). Skozi prizmo nacionalnega pravnega sistema, v katerem je že na prvi pogled, z umestitvijo na eno od hierarhičnih ravni predpisov, povsem jasno normativno življenje in spreminjanje posameznega predpisa, nas lahko begajo zlasti nekateri pristopi, ki so na ravni EU drugačni in odstopajo ravno v delih, ki to hierarhičnost na prvi pogled dajejo in prinašajo drugačno razumevanje pravnega sistema, na primer spreminjanje zakonodajnega akta z nezakonodajnim ali razpršeno in velikokrat pravnosistemsko nelogično poseganje predpisa v predpis z drugega področja (slednje žal ni več tako zelo redko tudi na nacionalni ravni).

Koncept preambule in pravne podlage je pri nacionalnih predpisih in pri pravnih aktih EU povsem različen. Medtem ko je pri nas preambula pridržana ustavi in izraža uvod v vsebino, cilje, ki jih ima zadevni predpis, načela, ki usmerjajo njegovo uporabo, in razloge, zaradi katerih je predpis sprejet, pa je pravna podlaga tisto besedilo tik pred naslovom izvršilnih predpisov, v katerem je treba navesti zakonito (materialno) podlago za izdajo konkretnega predpisa, brez katere ta predpis ne bi bil zakonit in ga zato ne bi bilo dopustno izdati. Pri tem ne gre za navedbo formalne pravne podlage izdajanja izvršilnih predpisov (Zakona o Vladi Republike Slovenije oziroma Zakona o državni upravi), temveč materialne podlage, konkretnega člena zakona, ki se s takim predpisom izvršuje.

V nacionalnih predpisih je pravna podlaga uvedena z besedilom »Na podlagi ...«. Tudi v nacionalnih predpisih, ki prenašajo oziroma s katerimi izvajamo pravne akte EU, je pravna podlaga vedno nacionalni materialni predpis in nikoli pravni akt EU.

V pravnih aktih EU je celotno besedilo med naslovom in normativnim delom pravnega akta EU, ki se začne z besedilom »ob upoštevanju ...«, preambula, ki jo tvorijo:

- sklicevanja: pravna podlaga (primarna (tudi sekundarna) zakonodaja, mednarodni sporazumi) in pripravljalni akti (predlogi, pobude ...) ter
- uvodne izjave: utemeljitev (obrazložitev) vsebine normativnega akta.

Uvodne izjave pravnih aktov EU so nezavezujoče, napisane v nenormativnem slogu, a vendar izjemnega pomena za razumevanje pravnih aktov EU, za njihovo razlago in poznavanje razlogov za njihovo sprejetje. Upoštevati jih je mogoče pri razreševanju nejasnosti določb, na katere se nanašajo, vendar same po sebi nimajo avtonomnega pravnega učinka. Preambula pravnega akta EU nima pravno zavezujoče veljave in se nanjo ni mogoče sklicevati, da bi se odstopilo bodisi od samih določb zadevnega akta bodisi zaradi razlage teh določb v smeri, ki je očitno v nasprotju z njihovim besedilom.²

Pravna »NE«varnost je očitak, ki spremlja odnos med nacionalnim pravom in pravom EU že dve desetletji. Prvotno je bil usmerjen v različen način označevanja členov, potem pa je prera-

² Sodba *Deutsches Milch-Kontor GmbH proti Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-136/04, 32. točka; Sklepni predlogi generalnega pravobranilca v zadevi *Komisija Evropskih skupnosti proti Italijanski republiki*, zadeva C-110/05, 64. točka.

sel v negativen odnos do celotne strukturne oblikovanosti pravnega reda EU. Del tega je tudi način sklicevanja. Medtem ko je na nacionalni ravni v primernem obsegu razumljena razlika v pojmovanju in rabi togega (podrobno navaja določbe in citira objavo predpisa v uradnem listu/v prehodnih določbah predpisa, v materialnih določbah pa se mu praviloma izogibamo) ter drsečega (opisno in brez navedbe objave predpisa v uradnem listu) sklicevanja, pa je nujnost razumevanja v zvezi s sklicevanjem na pravne akte EU ključna za pravilno nomotehnično odločitev in zato še toliko pomembnejša.

V nacionalnih predpisih, ki prenašajo direktive in izvajajo uredbe EU, je togo sklicevanje na (konkretne) direktive in uredbe EU v materialnih določbah lahko tudi način prenosa oziroma izvajanja pravnega akta EU.

Primer:

Sklic kot način izvajanja pravnega akta EU	Sklic kot način prenosa pravnega akta EU
<p>(2) Neizpolnitev ali kršitev obveznosti se sankcionira v skladu s 63. členom Uredbe 1306/2013/EU, 63. členom Uredbe 809/2014/EU in zakonom, ki ureja kmetijstvo, razen v primeru višje sile in izjemnih okoliščin iz 65. člena te uredbe.</p>	<p style="text-align: center;">1. člen</p> <p>Ta pravilnik določa posebne zahteve glede sestave kozmetičnih proizvodov, predpisuje snovi, ki jih kozmetični proizvodi ne smejo vsebovati, sestavine kozmetičnih proizvodov, za katere veljajo posebne omejitve, in pogoje, pod katerimi se kozmetični proizvodi, ki jih vsebujejo, lahko dajejo v promet, v skladu z Direktivo Sveta 76/768/EGS z dne 27. julija 1976 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi s kozmetičnimi izdelki (UL L št. 262 z dne 27. 9. 1976, str. 169), zadnjič spremenjeno z Izvedbeno Direktivo Komisije 2012/21/EU z dne 2. avgusta 2012 o spremembi prilog II in III k Direktivi Sveta 76/768/EGS v zvezi s kozmetičnimi izdelki zaradi prilagoditve tehničnemu napredku (UL L št. 208 z dne 3. 8. 2012, str. 8), (v nadaljnjem besedilu: Direktiva 76/768/EGS).</p> <p style="text-align: center;">2. člen</p> <p>Kozmetični proizvodi ne smejo vsebovati snovi iz Priloge II Direktive 76/768/EGS.</p>

Glede drsečega sklicevanja na pravne akte EU velja enako, kot velja za nacionalne predpise, posebnost je le v tem, da ga praviloma ne uporabljamo za direktive, saj te, ker se ne uporabljajo neposredno, prenašamo vsebinsko in le redko z neposrednim sklicem.

... 4. mit: Nemogoče se je sklicevati ali presneti »iii-ji«

Pravni akti EU imajo nekatere strukturne enote, ki jih pri pripravi nacionalnih predpisov ne uporabljamo. Tozadevne razlike, zaradi katerih prihaja do posebnosti zlasti pri sklicevanju na take strukturne enote, pa nikakor niso razlog za težave in nejasnosti, če te razlike dobro poznamo in pri pripravi nacionalnih predpisov, s katerimi prenašamo oziramo izvajamo take pravne akte EU, upoštevamo nekatera pravila.

Strukturne enote pravnih aktov EU	
strukturna enota	oznaka
člen	Člen 1
odstavek	1.
– oštevilčen	1.
– neoštevilčen (kadar ni razdeljen na manjše strukture)	
pododstavek	
točka	(a) (i)
alinea	–

Kadar gre za sklicevanja znotraj pravnih aktov EU, so ti sklici deloma drugačni, kot so sklici nacionalnih predpisov na te iste strukturne enote (npr. člen, odstavek, številčna točka). Na tiste strukturne enote pravnih aktov EU, ki jih v nacionalni nomotehniki ne poznamo, pa se sklicujemo s poimenovanjem iz pravnih aktov EU (npr. pododstavek, točka (ii)).

Razlike v sklicih	
sklic znotraj pravnih aktov EU	sklici nacionalnih predpisov na te strukturne enote
člen 1	1. člen
odstavek 1	prvi odstavek
prvi odstavek	prvi odstavek
prvi pododstavek	prvi pododstavek

točka 1	1. točka
točka (a)	točka (a)
točka (i)	točka (i)
prva alineja	prva alineja

Slednje pride v poštev zlasti v nacionalnih predpisih, ki izvajajo pravne akte EU, in pri uporabi sklica kot tehnike prenosa. V teh primerih vedno uporabimo načela nacionalne nomotehnike (torej od manjšega k večjemu) in ohranimo poimenovanje strukturne enote, na katero se sklicujemo (torej se sklicujemo tudi na pododstavek), rahlo jezikovno odstopanje pa upoštevamo pri sklicevanju na alinejo, ki je v pravnih aktih EU zapisana kot »alineja«. Pri takem sklicevanju pa prilagodimo način sklicevanja, razen ko gre za točke, označene s črkami in malimi rimskimi številkami.

Navajanje v padajočem vrstnem redu	Navajanje od manjšega k večjemu
pravni akt EU	nacionalni predpis
... iz člena 13(4)(c)(ii) iz točke (ii) pod (c) četrtega odstavka 13. člena
... Člen 9(1), prva in druga alineja	prva in druga alineja prvega odstavka 9. člena

Ustrezno navedenemu se na strukturne enote pravnih aktov EU sklicujemo z uporabo ustaljenega načina nacionalnih nomotehničnih pravil, upošteva je nekatere posebnosti.

Za razliko od načinov upoštevanja strukturnih enot pravnih aktov EU pri sklicevanju je treba pri prenosu pravnih aktov EU uporabiti strukturne enote (jih označiti in poimenovati) v skladu z nacionalnimi nomotehničnimi pravili, torej pripraviti predpis kot vsak drug predpis.

Slednje v širšem smislu seveda pomeni tudi to, da je treba tak pravni akt EU vsebinsko umestiti v nacionalni pravni red in da nacionalni predpis, ki prenaša pravne akte EU, nikakor ni zgolj odsljkava pravnega akta EU. V takih primerih je treba paziti predvsem na to, da ne uvajamo strukturnih enot, ki jih ne poznamo (npr. pododstavkov, podtočk), in da nekaterih strukturnih enot ne označujemo z oznakami, ki so v nacionalnih nomotehničnih pravilih drugačne (npr. z malimi rimskimi številkami »(ii)« in s črkami v oklepajih »(a)«).

Pravni akt EU	Nacionalni predpis
Člen 17	17. člen
1.	(1)
2.	(2)
(a)	a)
(b)	b)
(c)	c)
(d)	č)
(i)	-
(ii)	-
3.	(3)

... 5. mit: Sledimo narekom Bruslja ali kdo kaj?

Pred skoraj natanko tridesetimi leti, julija 1988, je tedanji predsednik Evropske komisije, Jacques Delors, izrekel napoved o vplivu zakonodaje EU na države članice. Zatrnil je namreč, da se bo že čez desetletje 80 odstotkov gospodarskih odločitev, lahko pa tudi socialnih in finančnih, sprejemalo na ravni EU.

Pravo EU ima pomemben učinek. Pri njegovem merjenju se večinoma osredotočamo na direktive, pri čemer pozabljamo na drugo zakonodajo EU, še najbolj na dejstvo, da uredbe in druga zakonodaja EU, ki ima neposreden učinek, številčno prekašajo direktive. Prav tako postajajo direktive vedno bolj podrobne in državam članicam puščajo le malo diskrecije, ki naj bi bila implicitna tej vrsti pravnih aktov v odnosu do nacionalne ravni. A ne le pravni akti EU, še pomembneje na nas vpliva nevidni učinek prava EU. Ta namreč blokira pobude nacionalne zakonodaje, ki niso skladne s pravom EU, ki jim je nadrejeno. To ni le teoretični problem.

Zaradi članstva v EU so bile potrebne spremembe ustave (marca 2003), Zakona o državni upravi (junija 2004 in julija 2016), Zakona o Vladi Republike Slovenije (novembra 2004) in Zakona o prekrških (maja 2005 in maja 2016). Vse te spremembe so pripoznale prevlado načel prava EU, med njimi zlasti načela primarnosti in načela neposredne uporabe. Ne glede na ohranitev suverenosti Republike Slovenije je v določenih primerih, kadar sta si ali bi si lahko bila v nasprotju, treba ravnati v skladu s pravom EU in ne nacionalnim pravom.

Primarnost prava EU se kaže na različne načine, nomotehnično tudi tako, da čeprav države članice same normativno uredijo določeno področje, pri tem zaradi prepletenosti nacionalnega pravnega reda in pravnega reda EU eno brez drugega težko učinkuje. Vezanost uveljavitve nacionalnega ukrepa na odločitve institucij EU je treba na nacionalni ravni naslovnikom predpisa določno naznaniti. Naznanilo, ki je bilo kot oblika akta vneseno v Zakon o državni upravi julija 2016, je akt pristojnega ministra, s katerim – kadar je uveljavitev ali začetek uporabe nacionalnega predpisa ali njegovega dela odvisen od uveljavitve ali začetka uporabe pravnega akta EU, ki učinkuje neposredno – slednji naslovnike nacionalnega predpisa seznanijo o taki informaciji. To naznanilo se objavi v uradnem listu.

Pri izvajanju pravnih aktov EU, ki se uporabljajo neposredno (uredbe EU), morajo države članice predpisati sankcije, in sicer:

- če uredba EU izrecno določa, da mora država članica določiti sankcije za kršitve njenih določb;
- uredba EU ne določa sankcij za kršitve njenih določb, vendar iz njihove narave izhaja, da so sankcije potrebne.

Torej, četudi pravni akt EU učinkuje ali se uporablja neposredno ter tako velja kot obvezen predpis, mu umanjka bistveni element pravnega pravila, ki naslovnike obvezuje k določenemu ravnanju – sankcija. Določanje sankcij je v pristojnosti držav članic. Do pristopa Republike Sloveniji k EU je veljalo, da se (prekrški) sankcije lahko (na državni ravni) določijo z zakonom ali z uredbo vlade v primeru kršitve določb te uredbe. Prav zaradi pravne narave pravnih aktov EU pa je bilo treba kaznovalno politiko prilagoditi novi realnosti. Glede na to, da večino uredb EU izvajamo z uredbami vlade, je bil Zakon o prekrških leta 2005 dopolnjen tako, da se z uredbo vlade lahko določijo (prekrški in) sankcije tudi za kršitve določb pravnih aktov EU, ki se v Republiki Sloveniji uporabljajo neposredno. Z vidika hierarhije predpisov se tako izenačujeta zakon in uredba vlade, ki določa prekrške in sankcije za kršitve določb pravnih aktov EU, ki se uporabljajo neposredno. Vlada ob pripravi uredb o izvajanju uredb EU tako lahko uporabi institute, ki so z Zakonom o prekrških sicer rezervirani za zakon.

... 6. mit: Ah, ti prevodi

Kot država članica EU soustvarjamo pravne akte EU, prav tako pa je slovenski jezik v skladu z Uredbo št. 1 z dne 15. aprila 1958 o določitvi jezikov, ki se uporabljajo v Evropski gospodarski skupnosti,³ eden od jezikov EU. Vsi »prevodi« pravnih aktov EU, ki nam morda povzročajo težave pri njihovi uporabi, so tako posledica tudi naših (ne)aktivnosti v času njihovega sprejemanja.

³ UL L št. 17 z dne 6. 10. 1958, str. 385.

Kljub težnji po notranji in medsebojni terminološki usklajenosti se lahko zgodi, da različni pravni akti EU z istega področja uporabijo različne izraze za poimenovanje iste vsebine. To se zgodi zaradi časovne komponente (pravni akti EU so sprejeti v daljšem časovnem obdobju, vsak naslednji pa prejšnjemu izrazoslovju ne sledi dosledno) ali zaradi napredka strokovnega področja, v katerega izraz spada. Če je na podlagi primerjave jezikovnih različic pravnih aktov EU mogoče ugotoviti, da gre za isti izraz, ki pa ima v slovenskih besedilih več pojavnih oblik, lahko v nacionalnem predpisu, s katerim pravne akte EU prenašamo ali izvajamo, tako »nedoslednost« rešimo s tako imenovanim terminološkim mostom. V uvodnih določbah nacionalnega predpisa naštejemo nabor različnih izrazov, uporabljenih v zadevnih pravnih aktih EU, in jasno navedemo, da je vse treba razumeti kot točno določen izraz. Tako naslovníkom predpisa omogočimo razumevanje vsebine brez nepotrebne dvoma o tem, kaj dejansko urejamo.

Glede vseh jezikovnih različic pravnih aktov EU veljata popolna enakovrednost in načelna verodostojnost. Za odpravo očitno napačnega poimenovanja v besedilu pravnega akta EU je nujen popravek, če je to v interesu pravne varnosti, sicer pa je za sprejetje končne odločitve o pravilni razlagi pristojno Sodišče EU. Popravki so nujni, kadar gre za utemeljene stvarne napake, to pomeni, da je besedilo

- popolnoma napačno,
- dvoumno in bi lahko privedlo do drugačne razlage, kakor je bilo mišljeno, ali
- nerazumljivo zaradi pravopisnih ali slovničnih napak.

V času do morebitne spremembe besedila pravnega akta EU velja različica, kakršna je bila objavljena v Uradnem listu EU, pri čemer pa je treba sporno določbo razlagati glede na namen in splošno sistematiko ureditve, katere del je.⁴ Splošna dolžnost spoštovati pravo EU vsebuje tudi obveznost neuporabe tistih določb pravnega akta EU (in posledično nacionalnega predpisa, ki takšen akt izvaja ali prenaša), ki bi lahko ovirale enotno uporabo prava EU.

Ugotovljena napaka v določeni jezikovni različici ne vpliva na veljavnost pravnega akta EU, če je na podlagi primerjalne analize (več) jezikovnih različic mogoče ugotoviti, da gre za napako. Zaradi enotne uporabe in enotne razlage prava EU se namreč posamezna jezikovna različica ne sme presojati ločeno, temveč ob upoštevanju njenega namena, ciljev, ki jih želi doseči, in zlasti ob upoštevanju vseh drugih jezikovnih različic.⁵

⁴ Glej sodbo *Milk Marketing Board of England and Wales proti Cricket St Thomas Estate*, zadeva C-372/88, 19. točka.

⁵ Glej sodbo *Privat-Molkerei Borgmann GmbH & Co. KG proti Hauptzollamt Dortmund*, zadeva C-1/02, 2. točka.

Namesto zaključka

EU je vsekakor posebna regulativna tvorba. Njena osnovna ideja je zagotoviti skupne rešitve za skupne probleme. Države članice imajo pri tem ključno in dvojno vlogo: pravne akte EU morajo prenesti na nacionalno raven, obenem pa pravila s papirja preliti v življenje in jih izvajati, zato da bi tako zagotovile dejansko skladnost ravnanj. Dejstvo je, da se lahko politike EU pri izvedbi in prenosu na nacionalno raven spremenijo. Dobijo 28 različnih obrazov, ki včasih ne ustrezajo izvirnemu. V procesu izvedbe in prenosa prihaja do reinterpretacij ter prilagoditev prava EU specifičnim kontekstom in političnim prioritetam držav članic. Najpogosteje se to zgodi, kadar je pravilo EU nejasno ali pa v nasprotju z nacionalnim nomotehničnim pravilom oziroma političnimi željami na nacionalni ravni. V tem morju nepredvidljivosti, polnem mitov in trmastih posebnosti, krmari nomotehnika.

Izvirni znanstveni članek
UDK 342.537.4(497.4)

Problematičnost amandmajev

ANDREJA KURENT
*magistrica pravnih znanosti,
sekretarka v Zakonodajno-pravni
službi Državnega zbora Republike
Slovenije*

1. Uvod

Beseda »amandma«¹ po Pravnem terminološkem slovarju pomeni: (1) dopolnilni ali spreminjevalni predlog k splošnemu pravnemu aktu, na primer zakonu, v postopku njegovega sprejemanja, (2) v nekaterih pravnih sistemih sprejeta dopolnitev ali sprememba splošnega pravnega akta, navadno ustave, ki oblikovno ne posega v izhodiščno besedilo. Prvi del te definicije povzema tudi SSKJ, na normativni ravni pa Poslovnik državnega zbora² (v nadaljnjem besedilu: poslovnik).

Amandma je najbolj znan kot način spreminjanja ustave v ustavnorevidijskem postopku, tako v svetu (znano je na primer sklicevanje na posamezne amandmaje k ameriški ustavi) kot pri nas.³ Vendar se bo ta prispevek osredotočil samo na amandma na predlog zakona, torej na element, prisoten v zakonodajnem postopku v ožjem smislu, ki poteka le v Državnem zboru Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: državni zbor), ne pa tudi na pripravo zakonskega gradiva pred tem oziroma ravnanje z zakonom, ko je v državnem zboru sprejet (zakonodajni postopek v širšem smislu).

Kljub dejstvu, da sprejeti amandma postane zakonska tvarina in tako del normativne ureditve, mu pravna znanost ne namenja pozornosti. V bistvu je to razumljivo glede na to, da je že »znanstvene in strokovne pravne literature v zvezi s parlamentarnim pravom v slovenščini ko-

¹ Uporaba pojma »amandman« ni primerna, saj je zastarel oziroma hrvatizem; glej slovarje, navedene v literaturi, in Wikipedijo, <https://hr.wikipedia.org/wiki/Amandman> (10. 5. 2018).

² Poslovnik državnega zbora, Uradni list RS, št. 35/02, 60/04, 64/07, 105/10, 80/13 in 38/17.

³ O ustavnem amandmaju oziroma ustavnorevidijski tehniki je na voljo obširna literatura, glej na primer Kaučič 2001.

maj kaj«. ⁴ Amandma spada v sfero parlamentarnega prava kot eden od elementov zakonodajnega postopka, torej se uvršča v parlamentarno procesno pravo. Najvidnejši strokovnjaki parlamentarnega prava ga sicer omenjajo, a le v sklopu opisa postopka sprejemanja zakona, ⁵ tako da lahko sklenemo, da ga pravna teorija ne problematizira. Na normativni ravni je ureditev skopa, saj ga opredeljuje le poslovnik kot akt, v katerem državni zbor skladno s parlamentarno avtonomijo ureja svoje poslovanje, predvsem pa ureja zakonodajni postopek. Poudariti je treba, da ga izmed drugih relevantnih aktov ne omenja niti Resolucija o normativni dejavnosti, ⁶ celo ne Nomotehnične smernice ⁷ kot pripomoček za oblikovanje pravnih aktov. Kljub zadregam pri obravnavi amandmaja v praksi ga, verjetno zaradi ozke specializacije dela, podrobneje ne obdela niti ustrezen učbenik ali praktikum. Če parafraziramo Dworkina, ⁸ pa je treba resno spregovoriti tudi o amandmaju, saj lahko pomembno poseže v predlagano zakonsko besedilo in spremeni njegovo vsebino. Čeprav ga pravna teorija in znanost omalovažujeta z neobravnavanjem, pa ga – vsaj na formalni ravni – politika ne. Tako je v koalicijskih sporazumih (glej na primer vsaj zadnja dva) glede amandmajev predvideno, da zanje skrbi tista poslanska skupina, iz katere prihaja resorni minister, ter da se mora po sklicu seje matičnega delovnega telesa, ki bo obravnavalo zakonski predlog, pristojno ministrstvo seznaniti z mnenjem zakonodajno-pravne službe in na tej podlagi po potrebi oblikovati predlog amandmajev (15. člen Koalicijskega sporazuma ⁹). Za usklajevanje o amandmajih je mogoče sklicati koalicijsko usklajevanje, amandmaje pa formalno vložijo vodje koalicijskih poslanskih skupin. Poleg podpore vladnim in koalicijskim predlogom zakonov je (z možnimi izjemami) predvidena tudi podpora njihovim amandmajem s strani poslancev (16. in 17. člen Koalicijskega sporazuma), ki jih lahko tudi samostojno vlagajo (19. člen Koalicijskega sporazuma).

Amandma zaradi raznolikosti njegovih pojavnih oblik, vsebinskih plati, zlorab ali nepravilnosti pri postopku sprejemanja, predvsem pa zaradi njegovega pomena zahteva podrobnejšo obravnavo. Sprejeti amandma postane sestavni del zakona in z njim deli usodo. Kot zakonska določba bi morala biti v njem vsebovana in upoštevana vsa pravila in elementi, ki jih splošna pravna teorija zahteva za normativno ureditev. Sprejeti amandma, vključen v veljavni zakon, se uporablja in interpretira enako kot vsak zakon, lahko je tudi deležen ustavnosodne

⁴ Grad 2013, str. 5.

⁵ Glej dela, navedena v seznamu literature, na primer vsaj Grad 2013, str. 240–242, ali 2000, str. 209–211; Igličar 2011, str. 279–285; Zajc 2000, str. 150–152, 164.

⁶ Resolucija o normativni dejavnosti, Uradni list RS, št. 95/09, ali njena predhodnica, Resolucija o temeljih zakonodajne politike republike, Uradni list SRS, št. 16/77.

⁷ Nomotehnične smernice, druga, spremenjena in dopolnjena izdaja, ki jo je leta 2008 izdala Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo.

⁸ Dworkin 1978, str. 184–206.

⁹ Koalicijski sporazum o sodelovanju v Vladi Republike Slovenije za mandatno obdobje 2018–2022, enako tudi v Koalicijskem sporazumu o sodelovanju v Vladi Republike Slovenije za mandatno obdobje 2014–2018.

presoje,¹⁰ saj je za posamezno določbo v pravnem redu način njenega nastanka popolnoma nerelevanten. Velja in se uporablja kot pozitivno pravo.

V prispevku je postavljena teza, da je amandma na znanstveni in strokovni ravni deležen premalo pozornosti ter da je v teoriji in tudi v sami parlamentarni praksi pogosto obravnavan pomanjkljivo in (zato) neprimerno. V osnovnem izhodišču je problematično že, da z vidika splošnih pravil pravoznanstva ne izpolnjuje nujno pogojev za zakonsko določbo, zlasti če zaradi neustrezne obrazložitve amandmaja namen zakonodajalca ni jasen, zaradi neustrezne ubeseditve pa celo nerazumljiv. Amandma se pripravlja šele v zakonodajnem postopku, ki poteka v državnem zboru, zato se lahko zgodi, da je pripravljen nestrokovno, brez ustreznih analiz in podlag, na hitro, sprejet pa je glede na politično pripadnost njegovega vlagatelja. Ker lahko pomeni zlorabo prava, pravic in oblike oziroma ker v določenem delu tako ravnanje pomeni tudi obid poslovnika oziroma neprimerno parlamentarno prakso, bi bilo treba k njegovi obravnavi pristopiti z vso skrbnostjo in poglobljenostjo. Glede na to, da se z amandmaji lahko spremeni tudi vsebina celotnega predloga zakona,¹¹ sta zanemarjanje njegove vloge in odsotnost preučevanja s strani pravne znanosti oziroma stroke neupravičena.

Dosedanja parlamentarna praksa oblikovanja in sprejemanja amandmajev se je izkazala kot ne dovolj ustrezna. V zakonodajni veji oblasti, katere poglavitna funkcija v zakonodajnem postopku naj bi bilo oblikovanje in sprejetje zakona, njeni nosilci, torej poslanci, nimajo zadosti ustreznih znanj za oblikovanje zakona, odnos do opozoril stroke pa se neredko zamenja z odnosom do politične pripadnosti.¹² Nekoliko drugačno stališče je zavzel Cerar: »V demokratičnih ureditvah sta moderno pravo in politika praviloma najbolj intenzivno soočena v zakonodajnih in drugih parlamentarnih postopkih. Tu je vpliv politike na pravo najmočnejši, vendar tudi v tej sferi moderno pravo ohranja velik del avtonomije. [...] K vsemu temu je ne nazadnje mogoče prišteti še določeno stopnjo pravne zavesti in pravnega občutka, ki se vedno izoblikujeta tudi pri političnih akterjih ter jih usmerjata k spoštovanju obstoječega prava

¹⁰ Ustavno sodišče je doslej le enkrat presojalo postopek v zvezi z amandmajem. V odločbi U-I-128/93 z dne 23. 12. 1993 je presojalo, ali so bile pri glasovanju o amandmaju zatrjevane postopkovne nepravilnosti takšne, da bi lahko vplivale na neustavnost zakona. Sklenilo je, da pobude za presojo ne bo sprejelo in da ne bo začelo postopka. Pojasnilo je, da na skladnost zakona z ustavo ne more vplivati vsaka kršitev zakonodajnega postopka, ampak le kršitev tistih pravil, ki so določena z ustavo. Ker pa ustava nima določb o vsebini posameznih zakonodajnih faz in o postopkovnih vprašanjih glede oblikovanja predloga zakona, pri glasovanju o amandmaju k posameznemu členu predloga zakona torej ne gre za postopke, predpisane z ustavo, in ustavno sodišče ni pristojno odločati o morebitnih kršitvah določb poslovnika.

¹¹ V dosednji parlamentarni praksi niso redki primeri, ko je bil na vsak člen predloga zakona, pa tudi na njegov naslov, vloženi in sprejeti amandma. Sprememba naslova je seveda posledica bistvene spremembe zakonskega besedila.

¹² O neupoštevanju pravne stroke glej kritične zapise, na primer Igljčar 2016, str. 15, Pogorelec 2016, str. 30–31, ali Zajc 2000, str. 197.

in k primerni pravodajni dejavnosti.«¹³ Očitati je mogoče, da se poslanci ne zavedajo svoje odgovornosti, ki jo imajo kot predstavniško telo, ki s sprejemanjem zakonodaje izvaja svojo poglavitno funkcijo. Amandma je sicer temeljno orodje v zakonodajnem postopku, s katerim je mogoče vsebinsko vplivati na besedilo predloga zakona, postopek z amandmaji pa poteka izredno hitro. Kot bo razvidno v nadaljevanju, največ predlogov zakonov in amandmajev pripravi Vlada Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: vlada), vložijo pa jih poslanci koalicije (namesto nje). Poudariti je treba, da iz podatkov izhaja, da poslanci vložijo tudi največ amandmajev, predvsem v obliki amandmajev poslanskih skupin koalicije.

Zaradi navedenega in ker vlada predstavlja drugo vejo oblasti, bi predvsem od nje pričakovali odgovornejše ravnanje, saj odgovornosti za slabo pripravljene zakonske predloge namesto kvalitetne zakonodaje ne bi smela prevaliti na državni zbor. Iz statističnih podatkov izhaja, da se je v vseh dosedanjih mandatnih dobah državnega zbora na zakonske predloge vložilo kar 72.079 amandmajev, od tega je bila sprejeta slaba polovica (42.278).¹⁴ Ker se zdi, da se bo parlamentarna praksa glede obravnave amandmajev, kot se je izoblikovala od ustanovitve nove države dalje, perpetuirala, gre v tem prispevku za izrazito aktualno problematiko, saj bo ta na sistematičen način (po dosegljivih podatkih gre za prvo tovrstno analizo oziroma predstavitev) dokazal obstoj pomembnih pravnih dejstev v zvezi z amandmaji, ki doslej še niso bila celovito (ali sploh) analizirana in obdelana, kot tudi prvič doslej interpretiral sicer znana dejstva o amandmajih, ki pa še niso bila enovito obdelana in prikazana. Prispevek ima posebno težo tudi zato, ker povezuje teoretična izhodišča z empiričnimi ugotovitvami pri delu državnega zbora.

2. Normativna ureditev (v teoriji in praksi)

Amandma je torej pomemben dejavnik znotraj zakonodajnega postopka, ki (kot) poteka v državnem zboru, zato je dokaj precizno urejen v njegovem poslovniku, saj so »[u]strezni postopki parlamentarnega delovanja [...] najpomembnejše zagotovilo demokratičnosti njegovega delovanja«. ¹⁵ Parlamentarna procedura mora zagotavljati demokratičnost tako, da omogoča uveljavljanje pravic vsem sodelujočim subjektom, a mora hkrati slediti tudi načelu ekonomičnosti zakonodajnega postopka. Upoštevati je treba, da parlament sestavlja več poslancev (v Sloveniji 90, v večini držav članic Evropske unije pa še več), ki imajo različne vrednote, interese in politične cilje, in da mora zato skupna odločitev (parlament je vedno kolegijsko

¹³ Cerar 2009, str. 83.

¹⁴ Podatki so zajeti iz podatkovnih baz državnega zbora. Kljub manjšemu številu amandmajev, ki so bili sprejeti, je treba upoštevati, da so bili vsi vloženi amandmaji tudi obravnavani, kar pomeni, da je bilo v to vložena veliko strokovnega dela, tako pripravljavcev kot presojevalcev in državnega zbora v celoti.

¹⁵ Grad 2013, str. 14.

telo) nastati kot njihov kompromis.¹⁶ Ravno zato je ureditev zakonodajnega postopka predpisana zelo natančno, navadno v parlamentarnem poslovniku, lahko pa tudi z zakonom ali celo ustavo.¹⁷ V slovenski pravni ureditvi je, čeprav pravna teorija glede pravne narave ni povsem enotna,¹⁸ status poslovnika opredelilo Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: ustavno sodišče), in sicer, da ima v določenem delu status zakona. Ker poslovnik na abstrakten in originaren način ureja pravna razmerja v zakonodajnem postopku, ima – vsaj v tem delu, ko ureja zakonodajni postopek – hierarhičen položaj zakona, čeprav v formalnem smislu ni zakon (odločbe ustavnega sodišča, št. U-I-84/96 z dne 21. 10. 1999, U-I-104/01 z dne 14. 6. 2001, U-I-40/96 z dne 3. 4. 1997).

Torej se poslovnik šteje za zakon, ki ureja procesne pravice udeležencev. To v konsekvenci pomeni, da zavezuje vse njegove udeležence, ali kot pravi Grad: »Poslovnik je v skladu s splošnim načelom zakonitosti za parlament obvezen, kar se izraža v tem, da mora ta pravno urediti svoje delo in poslovanje ter da se mora ravnati po teh pravilih.«¹⁹ ter »Za sodobno demokracijo, ki temelji na pravni državi, bi bilo seveda nepojmljivo, da bi parlament kot vrhovni tvorec prava ravnal v nasprotju z ustavo in veljavno zakonodajo. Ravnati pa se mora tudi po internih pravilih poslovanja, ki jih sprejme v obliki poslovnika.«²⁰ Postopek sprejemanja zakona je sicer lahko razlog za presojo ustavnega sodišča (ki k tej nalogi pristopa izjemno restriktivno), vprašanje pa je, ali opustitev izvajanja nekaterih poslovniških določb ne pomeni hkrati že nezakonitega ravnanja. V zvezi s tem Pavčnik meni, da pri kršitvah postopkovnih pravil v poslovniku ni mogoče najti podlage za delitev na bistvene in nebistvene kršitve, vendar bi za bistvene lahko šteli tiste, ki očitno vplivajo na vsebino pravnega akta.²¹

Teorija ob tem navaja, da »se lahko razvije tudi običaj, ki ni v skladu s pravno ureditvijo nekega vprašanja, tj. običaj *contra legem*«. ²² Vendar je ta benevolentni pristop lahko vprašljiv. Poslovniške določbe so veljavne in se zato morajo izpolnjevati. Če pa se izkaže, da gre za *desuetudo*, bi moral državni zbor, ki je pri vprašanju poslovnika popolnoma avtonomen (sam sprejme svoj poslovnik in ga sam spreminja), ta ustavni institut²³ tudi spremeniti. Do tedaj

¹⁶ Grad 2000, str. 92.

¹⁷ Tako na primer nemški Gesetzgebuch (GG), ki se šteje za ustavo, v temelju ureja zakonodajni postopek, ki je podrobneje razdelan v poslovniku zveznega parlamenta.

¹⁸ Igljčar 2004, str. 105–107.

¹⁹ Grad 2013, str. 30.

²⁰ Prav tam, str. 172.

²¹ Pavčnik 2011, str. 191.

²² Grad 2013, str. 39.

²³ Člen 24 Ustave Republike Slovenije: »Državni zbor ima poslovnik, ki ga sprejme z dvotretjinsko večino navzočih poslancev.«

bi bilo treba njegove določbe pravilno izvrševati. Vprašanje zornega kota je namreč, kdaj gre lahko za »bistvene kršitve« – ali je opustitev izvajanja določb tako pomembna, da neizvajanje pomeni kršitev? Za ilustracijo – bi poslanci na primer sprejeli zakon, ki bi povzročil tako velike finančne posledice, da bi bilo omajano fiskalno pravilo iz 148. člena ustave?²⁴ Kaj pa v primeru, da predlagatelj navaja napačne ali nepopolne podatke, odbor, pristojen za finance (v nadaljnjem besedilu: odbor za finance), ki bi moral finančne učinke zakonskega predloga, predvsem pa amandmaja, preveriti, pa tega ne stori oziroma se do amandmaja, ki ima finančne posledice, sploh ne opredeli? Opozoriti kaže, da je ravno finančni vidik v tujini obravnavan drugače (primerjaj nemško ureditev v nadaljevanju tega prispevka).

Mogoče je povzeti, da poslovnik niti za svoje kršitve niti zlorabe (več v nadaljevanju prispevka) ne predvideva nobenega postopka ali vsaj subjekta, ki bi na to opozoril in predvidel določene posledice (razen politične odgovornosti). Ta vprašanja še niso bila izpostavljena, sklenili pa bi lahko, da je državni zbor v svojem ravnanju, zlasti v zvezi z amandmaji, še izredno daleč od Kantovega kategoričnega imperativa (Deluj samo po maksimi, za katero lahko hkrati želiš, da postane splošen zakon),²⁵ še bolj pa od Fullerjeve moralnosti aspiracije, saj ne dosega niti moralnosti dolžnosti.²⁶

V nadaljnjem izvajanju je treba upoštevati, da tudi znanstvene razprave izhajajo iz besed zakona. Zato je nadvse pomembno, kaj je zakonodajalec mislil ob sprejetju določbe, vključene v zakon v obliki amandmaja, kako jo je oblikoval in argumentirano prepričal druge sodelujoče udeležence zakonodajnega postopka. O zakonodajalčevi misli je Cerar navedel: »Podobno velja seveda tudi za pravo, kar v navezavi na vprašanje kontinuitete normativno izražene misli pomeni, da zakonodajalčeva misel, kakršnakoli pač je, tudi dejansko *obstaja*, čeprav si jo je seveda v demokratičnem kontekstu mogoče predstavljati le kot nekakšen konsenzualni koncentrat misli predstavniške oziroma zakonodajne večine, ki je utelešen v *zakonski misli*. Le-ta mora biti sicer v precejšnji meri 'jasna', določna ali vsaj določljiva že na racionalnem nivoju sporazumevanja (to je ena od temeljnih zahtev načela pravne države), vendar pa ostaja v veliki meri prisotna tudi v (kolektivni) nezavedni sferi, iz katere pa se lahko razbere le na iracionalen (intuitiven) način, kar se seveda vseskozi dogaja, čeprav se tega procesa praviloma ne zavedamo.«²⁷ O pomanjkljivi obrazložitvi amandmaja bomo govorili v nadaljevanju.

²⁴ Ustava Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13.

²⁵ Kelsen 2016, str. 39.

²⁶ Fuller 2015, str. 73–81.

²⁷ Cerar 2001, str. 14, opomba št. 25.

2.1. Posebej o vladi kot predlagateljici zakona

Zaradi pomena navadno ustava določa, kdo ima zakonodajno (zakonsko) iniciativo. Po 88. členu slovenske ustave lahko zakon predlaga vlada ali vsak poslanec, predloži ga lahko tudi najmanj pet tisoč volivcev, 97. člen ustave pa se interpretira tako, da ga lahko predlaga tudi državni svet.

Glavno vlogo pri pripravi zakonodaje ima vlada. V parlamentarnih demokracijah ima vlada kapaciteto, moč in možnost zagotoviti zakon (*to provide input to legislation*) že na ustavni podlagi, saj zakone predlaga in izvaja.²⁸ Vlada ima najboljši vpogled v normativno ureditev, pa tudi v realno stanje. Tako ve, katera področja je treba normativno urediti, rešitve korigirati ali dopolniti. Hkrati je to njena ustavna dolžnost glede na izvrševanje pristojnosti, ki jo ima kot izvršna veja oblasti – vodenje in izvrševanje politike države. Ne nazadnje pa je k takemu delovanju zavezana, saj je za to dobila mandat na volitvah. Po njih so politične stranke, ki so volivce prepričale s predstavitvijo svojih programov, na tej podlagi oblikovale vlado in za to sklenile koalicijske pogodbe ali sporazume. »Vsekakor iz položaja vlade v parlamentarnem sistemu v vsakem primeru izhaja, da je ona aktivni in iniciatorski del oblasti in da je vloga parlamenta predvsem v tem, da potrjuje njene predloge in podpira njeno politiko – dokler ima pač vlada podporo parlamenta. Nasprotni primeri so redki. Zato lahko ugotovimo, da v Evropi v veliki ali manjši meri prevladuje premoč vlade nad parlamentom.«²⁹ Pravna teorija meni, da lahko »glede delovanja političnih strank v državnem zboru [...] ugotovimo, da poteka v glavnem v običajnih okvirih delovanja strank v parlamentu. Vsekakor pa je delovanje političnih strank pogojeno s pomanjkanjem take tradicije in je zato v skladu z dejanskim stanjem politične kulture.«³⁰

V večini parlamentarnih sistemov je kljub njihovim posebnostim parlamentarna večina tesno povezana z vlado, ob pogoju zaupanja in odgovornosti pa je vlada tista, ki sprejema politične odločitve in jih usmerja skozi parlamentarni postopek. Zato se parlamentarna večina lahko zanaša na vladne predloge, tako v zvezi s političnimi odločitvami kot zakonskimi predlogi. Hkrati je osebje na ministrstvih in vladi sposobno koordinirati obširen in kompleksen zakonodajni proces ter lahko prevzame del bremena nase namesto parlamenta.³¹

Poglavitno je, da upravni organi s svojimi političnimi, materialnimi, strokovnimi in kadrovske resursi pripravijo zakonske osnutke, ki jih s svojo politično avtoriteto sprejme vlada in jih kot predloge zakonov vloži v zakonodajni postopek zakonodajalcu. Ta jim v postopku

²⁸ Drinoczi 2017, str. 37.

²⁹ Grad 2007, str. 106.

³⁰ Grad, Kaučič, Zagorc, str. 452.

³¹ Drinoczi 2017, str. 39.

sprejema da svojo avtorizacijo kot predstavniško telo, ki bi se zato moralo v zakonodajnem postopku bolj ukvarjati s soočanjem interesov volivcev (in svojih političnih strank) kot pa z amandmaji, zlasti če so ti posledica ne dovolj pretehtanih vsebinskih in strokovnih rešitev, ob upoštevanju nomotehničnih pravil kot *conditio sine qua non* priprave predpisa.

Zaradi navedenega, predvsem pa zaradi privilegija (v smislu pravice ozkega kroga subjektov), ki ga daje ustava kot najvišji pravni akt, bi moral biti predlagatelj zavezan, da v zakonodajni postopek vloži do popolnosti izdelan zakonski predlog. »Za predlagatelja zakona je pomemben njegov položaj v zakonodajnem postopku, ker ima praviloma interes, da se zakon sprejme v čim bolj podobni vsebini, kot jo je predlagal, in da se sprejme čim prej.«³² Podobno Igljčar: »Predlog zakona je torej potrebno že ob sprožitvi postopka za njegov sprejem pravno-tehnično dodelati, jasen pa mora biti namen predlagatelja, ki se izraža v opredeljevanju ciljev in načel bodočega zakona. Zakonodajni organ se v nadaljevanju postopka osredotoča na vsebinska ter interesna in politična vprašanja zakonske vsebine, medtem ko naj bi bili metodični, jezikovni in nomotehnični vidiki zakonskega predloga v glavnem že dorečeni.«³³

Vlada tako že po naravi svoje funkcije vloži v zakonodajni postopek največ zakonskih predlogov, ki so (naj bi bili) strokovno urejeni in koalicijsko usklajeni. Zato navadno v prvi fazi obravnave svojega zakonskega predloga ne more popravljati (lahko pa na to seveda vpliva). Tako po veljavni poslovniški ureditvi za sejo matičnega delovnega telesa vlada ne more vlagati amandmajev na predlog zakona, ki ga je sama vložila. Ta določba (prvi odstavek 129. člena poslovnika) velja že od leta 2002, ko je bil sprejet poslovnik z novim konceptom zakonodajnega postopka. Ureditev je bila spremenjena (tudi) zato, da bi se vlado »prisililo« k vlaganju perfektnih zakonskih predlogov. Ob primerjavi novega in starega poslovnika je Pogorelec opozoril: »V dosedanji praksi je namreč vlada med postopkom v Državnem zboru precej spreminjala vložene predloge in včasih celo povsem spremenila vsebino zakona. Takšen način dela je vladi omogočal, da je v prvi obravnavi v zakonodajni postopek vlagala razmeroma slabo pripravljene zakonske predloge, ki jih je potem v postopku v Državnem zboru popravljala, spreminjala in dopolnjevala z amandmaji, katerih število je včasih celo doseglo število členov osnovnega predloga zakona.«³⁴ Vendar je v tem članku izrazil tudi skepsa, da bo vlada opustila prakso »vlaganja slabo pripravljenih zakonov«,³⁵ in današnja parlamentarna praksa mu pritrjuje. Podobno Igljčar: »Veliko število amandmajev v dosedanjem zakonodajnem odločanju v slovenskem parlamentu je posledica slabo pripravljenih zakonskih predlogov, tako po vsebinsko-konceptualni kot po nomotehnični plati. [...] Zato lahko strožje oziroma bolj

³² Grad 2013, str. 239.

³³ Igljčar 2002, str. II.

³⁴ Pogorelec 2002, str. 7.

³⁵ Prav tam, str. 8.

racionalne poslovniške opredelitve o amandmajskem dopolnjevanju zakonskega predloga ter stabiliziranje demokratičnih procesov v celotni globalni družbi privedejo do preglednega in obvladljivega amandmiranja v drugi obravnavi predloga zakona.«³⁶

Intenca poslovnika za vlaganje predlogov zakonov, ki so vsebinsko in pravnotehnično dobro pripravljene, je povsem spodletela. Na to ne nazadnje kaže že število sprejetih amandmajev, ki se tudi po uveljavitvi novega koncepta zakonodajnega postopka s poslovníkom leta 2002 nikakor ni zmanjšalo; razlika je bila zaznana le takoj po uveljavitvi novega poslovnika. Parlamentarna praksa je do vloženih predlogov zakonov in amandmajev izredno benevolentna in v nekaterih segmentih dopušča celo odstopanje od restriktivnih določb poslovnika, slabo pripravljenih zakonskih predlogov pa (žal) ne zavrača.³⁷

Državni zbor je leta 2007 svoj poslovnik z novelo (PoDZ-1B)³⁸ spremenil v smeri mehčanja pogojev za predlagatelja, torej predvsem vlado, saj ji je omogočil, da lahko posega v svoj zakonski predlog po tem, ko je ta že v zakonodajnem postopku (prvi odstavek 135. člena poslovnika). Po sklicu seje matičnega delovnega telesa resda ne more več umakniti predloga zakona iz zakonodajnega postopka, lahko pa vlaga amandmaje tudi k svojim predlogom zakonov, vendar šele za obravnavo na plenarni seji državnega zbora. Namen te spremembe je bil vladi omogočiti odziv na amandmaje, sprejete na seji matičnega delovnega telesa, čeprav bi glede na tedanjo (in veljavno) normativno ureditev vlada lahko vlagala amandmaje na katerokoli določbo zakonskega predloga, ki je bila amandmirana na seji matičnega delovnega telesa, ter na prehodne in končne določbe predloga zakona. Vlada torej zgolj na matičnem delovnem telesu ne more vlagati amandmajev, lahko pa jih vlaga v drugi in tretji obravnavi, ki potekata na plenarni seji, in sicer tako na svoje predloge kot na zakonske predloge drugih predlagateljev. Vlada te možnosti v praksi ne uporablja. Formalno pa lahko vsak predlagatelj, predvsem vlada, na seji matičnega delovnega telesa ubere drugo pot in vlaga amandmaje na amandmaje ter tako uveljavlja prvotni koncept svojega zakonskega besedila. K amandmajem sicer lahko vedno podata mnenje tako predlagatelj kot vlada (tudi če je predlagateljica), s čimer lahko odvrneta sprejetje zanj oziroma zanjo neustreznih amandmajev.

Upoštevati bi bilo treba, da bi moral biti zakonski predlog, ki je vložen v zakonodajni postopek, »perfekten«, to je sposoben takojšnje objave v uradnem listu, ne pa vložen s predpostavko, da se bo besedilo nomotehnično uredilo ali da se bo vanj vsebinsko posegalo šele v zakono-

³⁶ Igljčar 2002, str. IV.

³⁷ V raziskavi je Igljčar ugotovil, da večina poslancev meni, da bi matično delovno telo moralo imeti možnost zavrniti slabo pripravljen zakon (Igljčar 2000, str. 5). Podobne sugestije daje Pogorelec (2016, str. 25): »[S]e pravi, da se ne dovoli, da gre predpis v nadaljnjo proceduro, ne da bi bile ugotovljene napake predhodno odpravljene [...]«

³⁸ Predlog sprememb in dopolnitev Poslovnika državnega zbora, PoDZ-1B, EPA 1483-IV, www.dz-rs.si (18. 12. 2018).

dajnem postopku v državnem zboru. Z vidika vloge vlade je zato nedopustno, da išče soglasje politike za koncept zakonodajnih rešitev šele v državnem zboru. Navsezadnje se ob obilici zakonskih predlogov in amandmajev v zakonodajnem postopku zlahka pripeti napaka ali spregleda pomanjkljivost. Predvsem pa je dolžnost predlagatelja, da vloži tak predlog zakona, ki je v zakonodajnem postopku deležen le morebitnih vsebinskih sprememb, ne pa tudi nomotehničnih in redakcijskih. Kot rečeno, parlamentarna praksa že ob sami vložitvi ne zavrača pomanjkljivih in nomotehnično neustreznih zakonskih predlogov, če ti vsaj na formalni ravni izpolnjujejo pogoje, ki jih določa 115. člen poslovnika (obvezne sestavine predloga zakona), niti tega ne stori pozneje, ko ugotovi kvaliteto zakonskega predloga v vseh razsežnostih. S tem postanejo vprašljivi elementi načela delitve oblasti, saj je tudi načelo zavor in ravnovesij v poteku zakonodajnega postopka vprašljivo oziroma praktično zanemarjeno – vlada pripravi amandma, namesto nje ga vloži vladna koalicija v parlamentu, ista koalicija ga tudi sprejme. Nadzora državnega zbora nad vlado v tem procesu tako pravzaprav ni, v praktičnem izvajanju pa tak način dela postavlja državni zbor v vlogo potrjevalca vladinih odločitev oziroma njenega izvrševalca. Pristojnosti se izvršujejo po nepravih subjektih, odgovornost je zamegljena.

Teorija navaja, da vlada pripravi zakonski predlog, nato ga prepusti usodi v parlamentu. Poenostavljeno rečeno, predlog zakona ob vložitvi postane »last« državnega zbora. Ta opredelitev ni popolnoma enoznačna. Logično je, da je državni zbor gospodar postopka (*dominus litis*) oziroma da odloča o zakonskih predlogih, saj je le on zakonodajalec. Zato vanje lahko tudi posega – na lastno iniciativo ali sugestijo drugih, tudi predlagatelja, ki seveda v zakonskem predlogu lahko opravi določene korekcije besedila (če se je njihove potrebnosti na primer zavedel zadnji trenutek). Ne more pa sintagma »last parlamenta« apoloagirati abstinence predlagatelja, saj naj bi, po logiki namena vložitve predloga zakona, upravičeval uzakonitev svojih interesov oziroma potreb. Zajc meni, da »last« parlamenta pomeni, da ta samostojno odloča o predlogu zakona. Zato naj predlagatelji načeloma ne bi mogli prevzemati nalog, da sami dopolnjujejo predloge zakonov, ki so jih vložili v postopek,³⁹ Igličar pa pojasnjuje, da se v državnem zboru predlog zakona dograjuje, spreminja in dokončno oblikuje.⁴⁰ Menim, da je paradigma o »lastnosti« v svojem bistvu aporična, tudi na formalni ravni presežena vsaj z že omenjeno spremembo poslovnika leta 2007. Tudi sicer bi lahko obveljala le v primeru vlaganja perfektnih zakonov. Ne nazadnje bo vlada izvajala zakon, ki bi ga lahko popravila vsaj z amandmaji na plenarni seji državnega zbora, vendar je pri tem omejena na tako imenovane odprte člene zakonskega predloga, kar lahko otežuje uveljavitev potrebnih rešitev. Na formalni ravni lahko vlada v mnenju pojasni razloge, zakaj zavrača amandmaje pooblaščenih predlagateljev, ki pa so po logiki stvari le vsebinske narave. Sicer pa vlada amandmaje, ki jih zaradi poslovniških določb ne more sama vložiti, oblikuje in vloži prek poslanskih skupin koalicije,

³⁹ Zajc 2000, str. 131.

⁴⁰ Igličar 1993, str. 2.

kar v temelju nasprotuje zasnovi poslovnika.⁴¹ Poleg navedenega lahko vlada predlog zakona umakne iz procedure do sklica matičnega delovnega telesa, vloga amandmaje za plenarno sejo, predstavlja in zagovarja svoj predlog zakona ter brani posamezne rešitve, predvsem pa od koalicijske večine lahko pričakuje, da jo bo podprla. Omeniti kaže, da tudi v postopku ustavne presoje zakona vlada poda svoje mnenje o zakonu samostojno, za sejo matičnega delovnega telesa državnega zbora, in neposredno ustavnemu sodišču.

V zvezi z navedbami o predlogu zakona, ki naj bi z vložitvijo v zakonodajni postopek postal »last« parlamenta, se je treba ozreti tudi na ureditve v večini zahodnoevropskih držav, ki, poleg zgoraj navedenih tozadevnih pomislekov, drugače urejajo vlogo poročevalca, predvsem v smislu, da nastopa namesto predlagatelja. Po naši ureditvi poročevalec nima posebne vloge, temveč na seji državnega zbora le predstavi poročilo matičnega delovnega telesa, ki je obravnavalo zakonski predlog. Z redkimi izjemami to vlogo prevzame kar njegov predsednik. Poročevalčevi posebni poudarki niti niso možni, saj so v poročilu izraženi potek seje delovnega telesa in opredelitve do vloženi amandmajev, hkrati pa je javno ter bi na morebitne nepravilnosti ali subjektivnosti lahko opozorili njegovi člani.

V tujih ureditvah je položaj poročevalca (*rapporteur*) povsem drugačen. Kot je mogoče razbrati, on zastopa zakonski predlog že takoj po vložitvi, ko ga vlada (oziroma drug predlagatelj) le predstavi; sicer pa poročevalec pojasnjuje rešitve in odločitve zakonskega predloga, vlada mu je le v podporo. Po 83. členu poslovnika italijanske zbornice⁴² na primer lahko vlado zaprosi, da (namesto njega) na plenarni seji daje pojasnila na vprašanja v zvezi s pripombami ali finančnimi in zakonskimi posledicami, na koncu razprave pa imata besedo oba. Podobno določa tudi na primer 93. člen češkega poslovnika.⁴³ V nemški ureditvi⁴⁴ na zvezni ravni komisija (matično delovno telo) imenuje poročevalca za posamezen zakonski predlog na predlog parlamentarnih skupin. S predsednikom komisije si deli odgovornost nadzora nad obravnavo zakonskega predloga in tudi sopodpiše poročilo komisije. Poročevalec mora biti dobro seznanjen (*familiar*) ne le z vsebino zakonskega predloga, temveč tudi s poglobljenimi političnimi vprašanji. Upoštevati mora različna stališča do predloga, preučiti specialno literaturo s tega področja ter različne želje in zahteve zainteresiranih skupin kot tudi mnenja, predstavljena v medijih. Predvsem pa povezuje komisijo in ustrezno parlamentarno skupino v razpravi o zakonskem predlogu, zagotavlja, da so parlamentarne skupine tekoče obveščene

⁴¹ Amandmajev z vidika priprave zakonskega predloga ustavne, pravnosistemske, predvsem pa nomotehnične narave sploh ne bi smelo biti ali pa vsaj izredno redko.

⁴² Glej Rules of Procedure of the Chamber of Deputies, <http://en.camera.it> (25. 9. 2018).

⁴³ Glej Rules of Procedures of the Chamber of Deputies, <http://psp.cz/en.docs/laws/1995/90.html> (25. 9. 2018).

⁴⁴ Glej tudi podpoglavje 3.2.2.

o delu, posvetovanjih in zaključkih komisije, hkrati pa komisijo obvešča o željah in zahtevah parlamentarnih skupin.⁴⁵

Zato je vprašljivo, ali je naš poslovnik v zadostni meri sledil opredelitvi vloge poročevalca, ko je povzegal rešitve zahodnoevropskih ureditev. Poslovnik namreč še vedno predvideva pomembno vlogo vlade v zakonodajnem postopku, ki predlogu zakona lahko aktivno sledi na vseh obravnavah, tako na matičnem delovnem telesu kot na plenarnih sejah. Z vidika dejanskega izvajanja poslovnika v praksi pa je treba izpostaviti, da vlada v primeru, ko formalno ne more vlagati amandmajev na svoj predlog zakona, to stori prek poslancev koalicije, ki jo tudi sicer podpirajo v vseh korakih. Vendar pa v praktičnem izvajanju ta tako imenovana glasovalna demokracija⁴⁶ skriva pomembno nevarnost: »Zakonodajni ter izvršilni državni organi se namreč pričenjajo spreminjati v slepa orodja, s katerimi upravljajo vodstva političnih strank. To dosegajo z disciplinirano večino poslancev vladajoče partije v parlamentu in enako pokornimi člani vlade, ki v njej zasedajo ključne položaje.«⁴⁷

2.2. Poslovniške določbe

Poslovnik ureja amandma predvsem znotraj podpoglavja Redni zakonodajni postopek, Obravnava v matičnem delovnem telesu. Poslovnik razlikuje postopek z amandmaji glede na to, ali se amandmiranje izvaja na seji delovnega telesa ali plenarni seji državnega zbora, ter glede na posamezno fazo zakonodajnega postopka oziroma vrsto zakonodajnega postopka.

S postopkovnega vidika poslovnik določa subjekte, ki lahko vložijo amandma k predlogu zakona v posamezni fazi, formalne sestavine in rok, do katerega se lahko vložijo, pa tudi postopek ravnanja z amandmajem. Predlagatelji in roki so odvisni od faze in vrste zakonodajnega postopka.

Najprej poslovnik v 129. členu znotraj preskriptivne določbe opredeljuje pojem amandmaja, pri čemer sledi slovarski definiciji (navedeni na začetku tega prispevka), namreč da se z njim lahko predlaga sprememba ali dopolnitev posameznega člena ali naslova zakona.⁴⁸ Poleg spremembe posameznega člena se z amandmaji lahko predlagajo tudi novi člani, ki vsebujejo

⁴⁵ Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee, www.bundestag.de/htdocs_e/documents/legal (20. 3. 2017).

⁴⁶ Igljčar 2009, str. 138.

⁴⁷ Igljčar 2004, str. 57.

⁴⁸ V zvezi s tem je treba opozoriti na neskladje z Nomotehničnimi smernicami, ki spremembo naslova odklanjajo. Takšnemu stališču kaže pritrčiti, če se upošteva funkcija naslova – kratka, bistvena vsebina zakona, njegova esenca. Vendar pa se v parlamentarni praksi čedalje pogosteje sprejemajo zakoni, ki urejajo specifično področje, so konkretne in ne več abstraktne narave, in se zato njihova vsebina kaže tudi v samem naslovu zakona. Verjetno je to utemeljen razlog, da poslovnik dopušča tudi spremembo zakonskih naslovov. Glej tudi opombo št. 11.

rešitve, izhajajoče iz ciljev in načel predloga zakona, oziroma se lahko posamezni člen črta. Ob tem mora predlagatelj amandmaja posebno pozornost posvetiti koherentnosti oziroma notranji skladnosti zakona. Zato je treba pazljivo preveriti amandma ne le z vsebinskega vidika, temveč tudi z nomotehničnega in oblikovnega. Besedilo amandmaja mora namreč vsebovati rešitve, ki ne sežejo prek okvira zakona, določbe morajo biti pravilno umeščene, da sledijo logičnemu zaporedju določb, uporabljeni morajo biti pojmi, ki jih zakon že navaja, in to na primerljiv način. Torej mora predlagatelj ob pripravi vseskozi slediti zakonskemu predlogu, ki ga amandmira, oziroma v primeru predloga novele tudi veljavnemu zakonu. Njegov pogled mora potovati sem ter tja med temi elementi, dokler ne oblikuje vsestransko korektnega in pravilnega besedila. »Gre za stalno, vzajemno učinkovanje, za potovanje pogleda sem ter tja (*Hin- und Herwandern des Blickes*)«⁴⁹ med relevantnimi besedili.

Glede vsebine amandmaja sicer veljajo splošna pravila nomotehnike, zahteve po jasnosti, do- ločnosti in razumljivosti predpisov ter siceršnja pravila, ki opredeljujejo vsebino in formo zakonskih določb.⁵⁰

Amandma se vloži pisno v normativni obliki z obrazložitvijo. Poslovnik določa tudi vsebino obrazložitve (129. člen), ki mora pojasniti razloge za amandma in navesti posledice za državni proračun ali druga javna finančna sredstva ter druge posledice, ki jih bo imelo sprejetje amandmaja. V praksi amandmaji vse preredko izpolnjujejo te zahteve, kar je problematično z več vidikov: v splošnem gre za neupoštevanje poslovnika, neprimerna (ali napačna) obrazložitev zamegli namen amandmaja, kar postane problematično pri njegovi razlagi in presoji primernosti vpetosti v zakonsko besedilo oziroma celotni pravni sistem (vprašanje notranje skladnosti oziroma koherentnosti), zaradi nenavedbe ali nepravilne navedbe potrebnih finančnih sredstev ni možna presoja amandmaja prek odbora za finance ipd.

Opozoriti velja, da se predlogi, ki niso oblikovani v amandmajski obliki, na matičnem delovnem telesu v praksi skorajda ne obravnavajo, ne glede na to, kdo jih predlaga (navadno zainteresirane javnosti).

S postopkovnega vidika poslovnik določa, da se o vsakem amandmaju glasuje posebej, da lahko pred vsakim glasovanjem dasta k posameznemu amandmaju mnenje predlagatelj zakona in vlada, če ni predlagatelj zakona, in tako skušata vplivati na sprejetje oziroma zavrnitev amandmaja. Strokovna služba matičnega delovnega telesa pripravi tako imenovani pregled (vloženih) amandmajev,⁵¹ pri čemer mora upoštevati s poslovníkom določene izvedbene podrobnosti: če je amandma k posameznemu členu vsebinsko povezan z amandmaji k drugim

⁴⁹ Pavčnik 2004, str. 179.

⁵⁰ Pavčnik 2011, str. 38–71.

⁵¹ S tem se omogočita preglednost morebitnih sprememb zakonskega besedila in način glasovanja, kot pomoč pri obravnavi zakonskega predloga.

členom, se o tako povezanih amandmajih razpravlja skupaj in glasuje zaporedoma; če je k posameznemu členu vloženi več amandmajev, se najprej glasuje o amandmaju, ki najbolj odstopa od vsebine člena, in nato po tem kriteriju o drugih amandmajih; če je vložen amandma k amandmaju, se najprej glasuje o amandmaju, ki je dan k amandmaju, in šele zatem o samem amandmaju ter pri tem upošteva možnost, da so zaradi sprejetega oziroma nesprejetega amandmaja drugi amandmaji postali brezpredmetni in se zato o njih ne glasuje.⁵² Te posebnosti so v pregledu amandmajev navedene v obliki opomb.

Opozoriti je treba, da se v primeru, ko je za sprejetje zakona zahtevana kvalificirana večina, tudi o amandmajih glasuje s takšno večino, ne glede na njihovo vsebino (tudi na primer redakcijski amandma). Zakonodajalec je zavzel popolnoma pragmatičen pristop, ko se je odločil za enoten način glasovanja, saj bi sicer lahko prihajalo do mejnih vprašanj, ki bi zahtevala opredelitev matičnega delovnega telesa (ali morebitnega drugega subjekta – primerjaj z britanskim modelom v nadaljevanju) in kasneje tudi državnega zbora o svojstvu amandmaja (ki bi se po naravi stvari lahko sprejemal z navadno večino).

2.2.1. Amandma na seji matičnega delovnega telesa

Tudi če je izvedena splošna razprava o zakonskem predlogu kot prva obravnava zakonodajnega postopka (ki je sicer opravljena s posredovanjem zakonskega predloga poslancem), se v prvi fazi zakonodajnega postopka amandmaji ne vlagajo. Amandmaje je mogoče vlagati šele za sejo matičnega delovnega telesa, ki je pristojno za obravnavo predloga zakona, saj mu ga je predsednik državnega zbora dodelil v obravnavo. Vsa druga delovna telesa, ki zaradi interesne oziroma vsebinske povezanosti obravnavajo ta predlog zakona, so zainteresirana delovna telesa. Zato je (bi morala biti) v tej fazi oziroma stopnji obravnava amandmaja še zlasti pretehtana, saj nadaljnji fazi zakonodajnega postopka potekata le še na seji državnega zbora.

Sledeč načelu delitve oblasti in parlamenta kot suverenega nosilca zakonodajne veje oblasti,⁵³ poslovnik določa krog subjektov, ki lahko vložijo amandma. Ker naj bi predlagatelj po logiki stvari vztrajal pri besedilu predloga zakona, kot ga je vložil v zakonodajno proceduro, v tej fazi ne more vlagati amandmajev na lastni predlog zakona. Vloži jih lahko širok krog predstavnikov državnega zbora in vlada, če ni predlagateljica zakona. Tako amandmaje k predlogu zakona v tej fazi lahko vložijo poslanci, poslanska skupina, zainteresirano delovno telo in vlada, kadar ni predlagateljica zakona. Amandma lahko vloži tudi odbor za finance, če gre za zakonski predlog, ki bo imel finančne posledice, oblikovati ga sme tudi matično delovno telo samo.

⁵² Poslovnik sicer za to ugotovitev pooblašča predsedujočega matičnemu delovnemu telesu, v primeru nestrinjanja predlagateljev amandmajev o tem odloči matično delovno telo, brez predhodne razprave in obrazložitve glasu. Tudi tovrstni amandmaji so v pregledu amandmajev ustrezno označeni.

⁵³ Z dolžno omejitvijo v pogojih ustavne demokracije.

Predlagatelj amandmaja vse do glasovanja matičnega delovnega telesa z njim prosto razpolaga. Tako ga lahko spremeni, dopolni ali umakne do konca razprave o amandmajih k členu, h kateremu je predlagal amandma.

Za nemoten potek zakonodajnega postopka poslovnik določa roke, v katerih se amandma lahko vloži, in sicer v tej fazi do petega dne pred sejo matičnega delovnega telesa, na kateri se opravi druga obravnava predloga zakona. Če je sklicana nujna seja matičnega delovnega telesa (kar pomeni, da je sklicana v krajšem roku), pa se amandmaji lahko vlagajo do začetka obravnave predloga zakona. Ta rok velja tudi, če je na dnevni red seje matičnega delovnega telesa uvrščen predlog zakona, za katerega s terminskim programom to ni bilo predvideno.

Posebno vlogo ima predlagatelj zakona, ki lahko vloži amandmaje k vložnim amandmajem (amandma na amandma), vendar najkasneje dan pred sejo matičnega delovnega telesa do 12. ure oziroma do začetka obravnave amandmaja, ki je bil, skladno s poslovníkom, vložen kasneje.

Do vložnih amandmajev se lahko opredelijo predlagatelj zakona, zainteresirano delovno telo, odbor za finance in vlada, če ni predlagateljica zakona, ter Zakonodajno-pravna služba Državnega zbora Republike Slovenije (v nadaljnjem besedilu: zakonodajno-pravna služba) z vidika svojih nalog. Poslovnik določa, da se matično delovno telo opredeli do teh mnenj, vendar ker mnenja niso zavezujoča, matično delovno telo to nalogo tudi opusti.

Amandma, ki je vložen v zakonodajno proceduro, pregledata strokovna služba matičnega delovnega telesa in zakonodajno-pravna služba – prva služba opravi pregled s procesnega vidika (upravičen predlagatelj, rok, pravilna umestitev) in na nepravilnosti opozori predlagatelja ter mu predlaga korekcije, zakonodajno-pravna služba pa z vidika svojih nalog (skladnost z ustavo, pravnim sistemom in zakonodajno tehniko). Zaradi kratkih časovnih rokov k amandmajem zakonodajno-pravna služba po navadi ne da pisnega mnenja, temveč zaradi racionalizacije dela svoje pomisleke še pred sejo matičnega delovnega telesa sporoči predlagatelju, če med njima poteka komunikacija glede oblikovanja amandmajev, sicer pa na sami seji ustno. Navadno se ustne pripombe upoštevajo še manj kot pisne,⁵⁴ kljub poslovniški zahtevi v poročilu matičnega delovnega telesa pogosto niso niti povzete.⁵⁵

⁵⁴ Argumenti za neupoštevanje so različni, zastrašujoč pa je vse pogostejši: »Preveč bo amandmajev.« (!)

⁵⁵ Poslovnik v drugem odstavku 130. člena eksplicitno določa, da matično delovno telo obravnava amandmaje in mnenja, ki jih k posameznemu amandmaju lahko dajo predlagatelj zakona, zainteresirano delovno telo, odbor za finance in vlada, kadar ni predlagateljica zakona, ter se do njih opredelijo. Mnenje zakonodajno-pravne službe k amandmajem mora biti podano na temelju generalne določbe iz 27. člena poslovníka. Poročilo matičnega delovnega telesa o predlogu zakona mora med drugim vsebovati tudi bistveno vsebino razprave in predlogov, danih v razpravi, ter stališča, sprejeta o mnenjih zainteresiranih delovnih teles, zakonodajno-pravne službe, državnega sveta, predsednika republike in vlade (prva in druga alineja prvega odstavka 42. člena poslovníka).

Zakonodajno-pravna služba je dolžna podati svoje mnenje k predlogu zakona dva tedna pred sejo matičnega delovnega telesa, mnenje se s sklicem objavi tudi na spletnih straneh državne zbornice (načelo javnosti dela in transparentnosti). Z njim se tako lahko seznanijo vsi zainteresirani, tudi predlagatelj, ki mora v čim krajšem roku preučiti utemeljenost danih pravnih pripomb in izoblikovati amandmaje. Amandmaji morajo biti namreč vloženi pet dni pred sejo matičnega delovnega telesa oziroma celo v krajšem roku.⁵⁶ To pomeni, da morajo biti oblikovani v enem tednu,⁵⁷ kar je izjemno kratek rok (odvisno od kompleksnosti materije, števila pripomb, dolžine zakona). Tvorci poslovnika so s tem dali veliko večjo težo seznanitvi z vloženi amandmaji kot pa njihovi pripravi in oblikovanju.

V tej fazi predlagatelj ne more vložiti amandmajev na lastni zakonski predlog. Zato jih vlada, kadar nastopa v vlogi predlagatelja zakonskega predloga, neformalno oblikuje tako, da jih pripravi pristojno ministrstvo, namesto nje pa jih vložijo poslanske skupine koalicije. Pogorelec utemeljeno opozarja, da je takšna praksa sistemsko nepravilna.⁵⁸ V praksi to pomeni, da koalicijske poslanske skupine želijo izoblikovane amandmaje prejeti še kakšen dan prej, da se o njih uskladijo ter da jih vsi vodje podpišejo in vložijo v proceduro.⁵⁹ Že tako kratek rok je še skrajšan v primeru sprejemanja zakona po nujnem postopku, kjer ni roka za vlaganje amandmajev, temveč se ti lahko vložijo tudi na seji matičnega delovnega telesa. Rok ne velja niti za amandmaje matičnega delovnega telesa, ki se v rednem zakonodajnem postopku lahko vložijo na sami seji. Dejstvo je, da slabo pripravljenim predlogom zakonov sledi obširno mnenje zakonodajno-pravne službe, temu pa številni amandmaji, večkrat tik pred zdajci, do katerih pa ob upoštevanju osnovnih pravil⁶⁰ priprave zakonov sploh ne bi smelo priti. Kot je bilo že navedeno, pri ustrezno pripravljenem besedilu pravzaprav ne bi smelo biti redakcijskih ali nomotehničnih amandmajev, saj je dolžnost predlagatelja, da vloži korektno pripravljen predlog zakona. Na tej predpostavki so bile oblikovane tudi poslovniške določbe o nadaljnjem delu v zakonodajnem postopku.

⁵⁶ Krajši rok velja tudi, če je zakonski predlog vložen po rednem ali skrajšanem zakonodajnem postopku, predlog zakona pa je uvrščen na Terminski program dela državnega zbora. Predlagatelj lahko s sledenjem temu programu ugotovi, kdaj bo njegov predlog zakona obravnavan na seji matičnega delovnega telesa, in se pravočasno pripravi na odziv.

⁵⁷ Od tega roka je treba odšteti dve soboti in nedelji, ko javni sektor ne dela.

⁵⁸ Pogorelec 2016, str. 27.

⁵⁹ Takšna praksa iskanja neformalnih poti za vlaganje amandmajev je seveda neustrezna, saj je na ta način položaj vlade v zakonodajnem postopku oslabiljen, po drugi strani pa se s tako prakso na državni zbor (in zakonodajno-pravno službo) prenaša del odgovornosti vlade za pripravo kvalitetne zakonodaje. Razlogi koalicije za takšno ravnanje so politične ali pragmatične narave (ni treba sklicati seje vlade), vendar s tem koalicija zaobide vlado, predvsem pa resorje, ki jo sestavljajo (na primer ministrstvo za finance), ali vladne službe (Službo za zakonodajo). Pogorelec (2006a, str. 228) opozarja še na dvomljivo kvaliteto tako vloženi amandmajev in se sprašuje: »[B]i na vladi, če bi lahko prišli do nje, morda sploh ne bili sprejeti?«

⁶⁰ Več v Igličar, na primer 1993 ali 1994.

Zakonodajno-pravna služba je po poslovniku zadolžena tudi za mnenje oziroma oceno o amandmajih. Pri tem je vezana na opis svojih nalog in ne more vstopati kot *deus ex machina* ali Dworkinov Herkul.⁶¹ Ob tem ni jasno, koliko strokovno mnenje pravne narave vpliva kolateralno še na druge določbe zakonskega predloga in s tem na vsebinska vprašanja. Zato se pogreša večji angažma predlagatelja, predvsem vlade, ki ima visokokvalificirano osebje s strokovnim znanjem z različnih področij, oziroma strokovne pomoči znotraj državnega zbora (strokovnjaki, zaposleni v poslanskih skupinah ali na delovnih telesih državnega zbora).

Po končani obravnavi strokovna služba matičnega delovnega telesa pripravi dopolnjeni predlog zakona, ki vsebuje osnovni predlog zakona z vključenimi amandmaji, kot jih je sprejelo matično delovno telo (ki je tako vstopilo na mesto državnega zbora). To pomeni, da prejšnjega, osnovnega besedila zakonskega predloga praktično ni več, temveč na njegovo mesto vstopi dopolnjeni predlog zakona. Določbe, ki so bile vanj vnesene z amandmaji, so njegov integralni del, torej ne več amandmaji, s katerimi bi se lahko kakorkoli postopalo še naprej. Dopolnjeni predlog zakona je sestavni del poročila matičnega delovnega telesa o obravnavanem zakonskem predlogu. Pri tem strokovna služba v krepkem tisku označi člene, ki vključujejo sprejete amandmaje, to so tako imenovani odprti člani. Samo ti so lahko amandmirani na seji državnega zbora. Opozoriti kaže, da so ti člani odprti v celoti, ne glede na to, kakšno spremembo je povzročil amandma in v katerem delu člena.⁶²

Posebno pozornost je treba posvetiti amandmajem, katerih sprejetje vpliva na druge člene, ki ne morejo biti amandmirani (niso odprti člani) ali v primeru novele zahtevajo reakcijo na člene osnovnega zakona, ki pa jih novela ne zajema. Na to problematiko se navezuje odklanjanje tako imenovane paketne obravnave zakonov, saj zaradi nemožnosti sprotnega usklajevanja povezanih ali medsebojno učinkujočih se določb to lahko povzroči nekoherentnost takih zakonov. Zato je primernejše njihovo sukcesivno obravnavanje, ki dopušča večjo širino pri amandmiranju. Poslovnik namreč predvideva uskladitveni amandma le v primeru, ko je neusklajenost znotraj zakonskega predloga ali z drugimi zakoni povzročil sprejeti amandma.

2.2.2. Amandma na seji državnega zbora

Princip obravnave amandmajev na seji državnega zbora je v grobem enak, kot je bilo opisano za sejo matičnega delovnega telesa, razlike pa so posledica racionalizacije dela in drugačne stopnje obravnave predloga zakona. Tako je zožen krog predlagateljev amandmajev in določb, na katere se amandmaji lahko vlagajo. Amandmajev niti ne obravnava več matično delovno telo, temveč le še plenum. V drugi obravnavi ni več obravnavan predlog zakona, ki je bil vložen

⁶¹ Dworkin 1986, str. 313. Sodnik Herkul ima sicer nadčloveške veščine (*skills*), učenost, potrpežljivost in ostroumnost (Dworkin 1978, str. 105), prav vseh teh lastnosti pa služba nima.

⁶² Ne velja pa to nujno na primer za priloge kot sestavni del zakona.

v zakonodajni postopek, temveč dopolnjeni predlog zakona. Državni zbor opravi razpravo po posameznih členih, vendar le tistih, h katerim so vloženi amandmaji, in o njih glasuje.

Amandma se lahko vloži k tistim členom predloga zakona, h katerim je matično delovno telo sprejelo amandmaje, s tem da omejitev ne velja za amandmaje k prehodnim in končnim določbam predloga zakona. Da to ne velja le za novelo, je v veljavi od zadnje spremembe poslovnika. Amandmaji se lahko vložijo najkasneje pet dni pred sejo državnega zbora, na kateri se obravnava predlog zakona. Če je na dnevni red seje državnega zbora uvrščen predlog zakona, za katerega s terminskim programom to ni bilo predvideno, se amandmaji lahko vlagajo najkasneje dan pred začetkom seje do 12. ure. Na izredni seji državnega zbora pa se amandmaji k predlogu zakona lahko vlagajo do začetka obravnave predloga zakona. Amandma na amandma predlagatelj lahko vloži dan pred njegovo obravnavo, a le do 12. ure, če gre za izredno sejo državnega zbora ali predlog zakona, ki ni bil uvrščen na terminski program, pa do začetka obravnave tega amandmaja.

Restriktivno je spremenjen krog subjektov, ki lahko vložijo amandma, saj je zvišan številčni cenzus vlagateljev. Amandmaje lahko vložijo poslanska skupina, deset poslancev, predlagatelj in vlada, kadar ni predlagateljica zakona.

V tretji obravnavi⁶³ predlog zakona obravnava le še državni zbor, ne pa tudi matično delovno telo. Ker gre za sklepno fazo zakonodajnega postopka, so pooblaščeni predlagatelji amandmaja določeni še restriktivneje: amandmaje lahko vložijo le še predlagatelj ali vlada, kadar ni predlagateljica zakona, ali poslanska skupina. Tudi v tej fazi se amandmaji lahko vložijo le k členom, h katerim so bili v drugi obravnavi na seji državnega zbora sprejeti amandmaji, vložijo se praviloma do začetka obravnave. Omejitev ne velja za amandmaje, ki se vlagajo k prehodnim in končnim določbam predloga zakona.

Po končani tretji obravnavi lahko sledi še uskladitveni postopek, ki nastopi v primeru, če so s sprejetimi amandmaji posamezne določbe predloga zakona medsebojno neuskklajene ali neuskklajene z drugimi zakoni. S to ugotovitvijo zakonodajno-pravna služba ali vlada opozorita predsedujočega, ki določi predlagatelju oziroma vladi (v primeru hkratnega obravnavanja več zakonskih predlogov, ki urejajo isto družbeno razmerje, po 117. členu poslovnika) čas, da pripravi uskladitveni amandma. Če ta amandma ni sprejet ali ni pripravljen v roku, ga lahko pripravi matično delovno telo ali pa predlaga, da se predlog zakona ne sprejme. Če uskladitveni amandma ni sprejet, je zakonodajni postopek končan.

⁶³ Po podatkih ta poteka na naslednji seji le še v 15 odstotkih primerov, od zadnje spremembe poslovnika, po kateri se predlagatelji lahko odrečejo vložitvi amandmajev (tretji odstavek 138. člena poslovnika), pa je pričakovati, da se bo zakonodajni postopek končal na isti seji še pogosteje. Predlogi zakonov so dostopni na www.dz-rs.si.

3. Primerjalni pregled

V tem delu bo najprej prikazana geneza predmetnih poslovnških določb v Sloveniji, zatem pa v tujini. Obema je skupno, da težita k racionalizaciji in ekonomičnosti zakonodajnega postopka, kar pa lahko postane vprašljivo z vidika načela demokratičnosti kot načela pravne države.

Če skušamo primerjati različne pravne ureditve glede amandmaja, predvsem z vidika poslovnških določb, po posameznih zahodnoevropskih državah, bi morali najprej upoštevati ureditev poteka samega zakonodajnega postopka, šele zatem pa postopanje z amandmaji. Posplošimo lahko, da so si postopkovne ureditve v načelu primerljive,⁶⁴ v detajlih pa je razlik toliko, da jih ne moremo uvrstiti na isti skupni imenovalac. Geneza je sicer razumljiva – večina ureditev je izhajala iz sistema, ki je izvorno temeljil na ureditvi zakonodajnega postopka v parlamentu današnjega Združenega kraljestva Velike Britanije in Severne Irske (v nadaljnjem besedilu: britanski model). Ta je vzpostavil večfaznost zakonodajnega postopka tako, da se predlogi zakonov obravnavajo v več fazah (branjih), in sicer: prvo branje, drugo branje, delo v komisiji in – ob poročilu komisije – tretje branje.⁶⁵ V to načelno ureditev pa so posamezne države vnesle svoj pristop, temelječ na tradiciji in specifičnosti družbenopolitične ureditve in oblike državne oblasti. Zato zakonodajni postopek poteka v posameznih državah različno, v variacijah, in zato se po državah razlikuje tudi postopanje z amandmaji.

3.1. Ureditev po poslovniku iz leta 1993

Tako je tudi prvi poslovnik državnega zbora, ki je uvedel⁶⁶ evropski tradiciji primerljiv zakonodajni postopek, uredil amandmajske materije, ki se od veljavne ureditve delno razlikuje. V nadaljevanju obravnavamo razlike med njima.

Po obeh poslovnikih, tako veljavnem kot prejšnjem, v prvi fazi zakonodajnega postopka zaradi narave same obravnave ni mogoče vlagati amandmajev. V drugi obravnavi pa prejšnji poslovnik ni ločil med obravnavo na državnem zboru in na matičnem delovnem telesu, temveč je matično delovno telo postopalo po določbah, ki so sicer veljale za sejo državnega zbora. V drugi obravnavi so amandmaje lahko predlagali poslanci, matično delovno telo, zainteresi-

⁶⁴ Več o zakonodajnih postopkih glej v Grad, Kristan, Perenič, 2006.

⁶⁵ Glej Legislative process: Taking a Bill through Parliament, <https://gov.uk/guidance/legislative-process-taking-a-bill-through-parliament> (20. 9. 2017).

⁶⁶ Uradni list RS, št. 40/93, 80/94, 3/95 – popr., 28/96, 26/97, 46/00, 3/01, 9/01, 13/01 in 52/01 – odločba US. Sprememba poslovnika v smeri racionalizacije je bila zahteva oziroma napotek Evropske komisije, ki ga je dala v Rednem poročilu Evropske komisije o napredku Slovenije (Poročevalec Državnega zbora Republike Slovenije, št. 82/1999, str. 96) pri vključevanju v Evropsko unijo in z njim opozorila na ponavljajoče se in zato dolgotrajne zakonodajne postopke.

rano delovno telo, predlagatelj in tudi vlada, kadar sama ni bila predlagateljica zakona. Veljavni poslovnik mednje posebej uvršča tudi poslansko skupino in zainteresirano delovno telo iz 124. člena poslovnika, to sta odbor za finance in komisija za narodni skupnosti, ki amandmaje lahko vlagata le z vidika svojih pristojnosti (če zakon prinaša finančne posledice za državni proračun ali druga javna finančna sredstva oziroma predlog zakona vsebuje določbe, ki se nanašajo na pravice in položaj narodnih skupnosti). Prejšnji poslovnik je za vložitev amandmajev določal rok 15 dni pred sejo državnega zbora, danes pa jih je treba vložiti najkasneje peti dan pred sejo matičnega delovnega telesa, v izjemnih primerih tudi kasneje. Vendar je prejšnji poslovnik dopuščal, da najmanj deset poslancev, poslanska skupina ali matično delovno telo amandmaje vlagajo do konca obravnave posameznega člena, veljavni poslovnik pa to rešitev povzema tako, da tem subjektom dovoljuje vlaganje amandmajev za sejo državnega zbora (pet dni pred sejo). Bistvena razlika je v tem, da prejšnji poslovnik ni razlikoval položaja vlade glede na to, ali je predlagateljica zakona ali ne, temveč je omogočal predlaganje amandmajev tako predlagatelju kot vladi. Sedaj veljavni poslovnik se je leta 2007 spremenil tako, da je vladi zgolj za sejo matičnega delovnega telesa ta možnost odvzeta. Posledice te poslovniške spremembe smo že omenili. Predlagatelj lahko ubere drugo pot in vlaga amandmaje na amandmaje ter tako uveljavlja prvotni koncept svojega zakonskega besedila. K amandmajem pa sicer lahko vedno podata mnenje tako predlagatelj kot vlada, s čimer lahko odvrneta sprejetje neustreznih amandmajev.

V tretji obravnavi je bil po prejšnjem poslovniku krog predlagateljev določen restriktivneje in so lahko amandmaje predlagali: najmanj deset poslancev, poslanska skupina, matično delovno telo, predlagatelj zakona in vlada, kadar ni predlagateljica zakona, 15 dni pred sejo državnega zbora, v enakih rokih, kot so veljali za drugo obravnavo. Veljavni poslovnik to možnost daje le še poslanski skupini, predlagatelju in vladi, kadar ni predlagateljica zakona, v enakih rokih, kot veljajo za drugo obravnavo na seji državnega zbora.

Siceršnji vsebinski in drugi postopkovni pogoji so ostali enaki oziroma so spremembe manj relevantne. Omeniti kaže le olajšano možnost takojšnjega prehoda na tretjo obravnavo zakonskega predloga. Medtem ko je bila ta po prejšnji ureditvi možna le, če so bili v drugi obravnavi na seji državnega zbora sprejeti le amandmaji redakcijske narave ali sploh noben, veljavna ureditev omogoča takojšnjo tretjo fazo, če v drugi obravnavi ni bil sprejet noben amandma, ali so bili v drugi obravnavi sprejeti amandmaji k manj kot desetini členov (in temu ne ugovarja tretjina navzočih poslancev) ali pa so se subjekti, pooblaščenici za vlaganje amandmajev v tretji fazi, vlaganju amandmajev odpovedali.

Ugotovimo lahko, da geneza poslovniške ureditve v zvezi z amandmaji kaže na čedalje večjo ekonomičnost oziroma učinkovitost parlamentarnega dela. Ta trend je lahko vprašljiv, saj je postopek z amandmaji že na splošno naravnani na zelo kratek čas, kar z vidika domišljivosti rešitev, ki rezultirajo v zakonskih rešitvah, lahko postane skrb vzbujajoče. Za pripravo in

obravnavo amandmajev je namreč na voljo čedalje manj časa, kar pomeni, da imajo tudi akterji v samem zakonodajnem postopku in širša, predvsem strokovna javnost manj možnosti za poglobljeno preučitev in analizo.

Z načelnega vidika splošne normativne ureditve se pri postopanju z amandmaji veljavne poslovniške določbe od prejšnjih bistveno ne razlikujejo, razen izjem glede vlagateljev amandmajev, ki so bile navedene zgoraj. Kljub tej restrikciji pa število amandmajev kaže, da v bistvu spremembe poslovniških določb niso prispevale k prvotno zamišljeni ideji glede preudarnega in premišljenega vlaganja zakonskih predlogov, na kar kažejo podatki o številčnosti vloženih amandmajev. Težko bi sicer pritrdili stališču, da se s spremembami poslovnika skuša približati ureditvi v državah članicah Evropske unije, saj so njihove rešitve različne.⁶⁷

3.2. Posebnosti amandmajske ureditve v nekaterih evropskih državah

Zakonodaja je sicer primarno odgovornost parlamenta, vendar je v večini držav glavni iniciator vlada. V pogojih parlamentarne demokracije je mogoče pričakovati, da bo koalicijska večina v parlamentu podprla rešitve, ki jih v obliki zakonskih predlogov in amandmajev predlaga vlada. Ta je odgovorna, da so njene rešitve pripravljene tako, da bodo v parlamentu deležne podpore. Zakon je v demokratični in pravni državi namreč osnovni in osrednji instrument za vodenje politike države.⁶⁸ Tudi v drugih evropskih državah pa se izkazuje zaskrbljenost nad ekstenzivnostjo zakonodaje, nad manjšo participacijo parlamenta in s tem prevlado izvršne veje oblasti (zato bi bilo bolje namesto o delitvi oblasti govoriti o institucionalnem ravnovesju med organi – *institutional balance of organs*), pomanjkanjem transparentnosti in demokratičnim deficitom (ljudstvo, udeleženci) v zakonodajnem procesu.⁶⁹

Zaradi preteklih izzivov in pomena zakonodajnega postopka, katerega posledica je sprejetje zakona, ki določa pravice in obveznosti naslovnikov, ter zaradi načela demokratičnosti so vsaj nekateri temeljni elementi glede zakonodajnega postopka v veliki večini držav določeni že v ustavi. V ustavni demokraciji naj bi zakonodajni postopek upošteval osnovna načela demokratične in pravne države, kot so: transparentnost, participativnost, na znanju temelječe zakonske rešitve, možnost izbire, verodostojnost, ustavnost in zakonitost, neposredna demokracija in prisotnost legitimacijske verige, delitev oblasti, spoštovanje pravic parlamentarne manjšine in človekovih pravic.⁷⁰

⁶⁷ Tako ima na primer poslovniška ureditev na Češkem podobno shemo zakonodajnega postopka, kot je v Sloveniji veljala pred uveljavitvijo novega koncepta s poslovníkom iz leta 1993, čeprav gre za članico Evropske unije. Glej Rules of Procedures of the Chamber of Deputies, na <http://psp.cz/en.docs/laws/1995/90.html> (25. 9. 2018)

⁶⁸ Karpen, Xanthaki 2017, str. 2.

⁶⁹ Prav tam, str. 6.

⁷⁰ Drinoczi, str. 34.

Primerjalnopravni pregled vzbuja občutek, da je tendenca ekonomičnosti prisotna tudi v drugih ureditvah. Vendar pa je ob upoštevanju daljše parlamentarne tradicije in pravne kulture na višji ravni treba upoštevati tudi način priprave in obravnave zakonskih besedil v zakonodajnem postopku tako v širšem kot ožjem smislu.

Literatura,⁷¹ podobno kot velja za Slovenijo, navaja določene škodljive prakse v parlamentarnem zakonodajnem procesu, ki bi se jim bilo treba izogibati. Tako poudarja pretirano uporabo nerednih, krajših postopkov (*accelerated processes*), neskladnost s postavljenimi roki, distribucijo dokumentacije in predlogov v zadnjem trenutku, pripravo predlogov, ki ne omogočajo dovolj časa za preučitev in razpravo, neupoštevanje časa oziroma nezadostni čas za razpravo in predloge zainteresiranih javnosti, planiranje parlamentarnih razprav v nočne ure, neobjavo relevantnih informacij, neobstoj ekip za analize, pripravo in oblikovanje zakonskih gradiv, pomanjkanje finančnih sredstev za te ekipe in zunanje strokovnjake, dopuščanje splošne razprave in ne detajlne (*line-by-line method*) razprave ter obravnave morebitnih izboljšav. Te prakse lahko vodijo k zmanjšanju zakonodajne moči in omejijo predstavniško demokracijo tako, da bodo upravičene trditve o izgubi parlamentarne zakonodajne oblasti.

V Sloveniji določena priporočila glede priprave pravnih aktov vsebujejo (neobvezujoče) Nomotehnične smernice, večina tujih držav (na primer Avstrija, Nemčija) pa ima tudi posebne tovrstne priročnike oziroma navodila (*legislative guides*) in ekipe na ministrstvih, zadolžene za pripravo zakonskih besedil oziroma v parlamentih za pripravo amandmajev, redkeje tudi zakonskih predlogov. V nadaljevanju so podane nekatere posebnosti sprejemanja oziroma priprave amandmajev v britanskem modelu (Združenem kraljestvu Velike Britanije in Severne Irske) kot državi z najdaljšo parlamentarno tradicijo in v Zvezni republiki Nemčiji, po kateri se je zgledovala tudi naša poslovniška ureditev. Ker so osnovni principi obravnavanja zakonskih predlogov in amandmajev v parlamentih večinoma enaki, so navedeni le drobci, ki odstopajo od slovenske ureditve in parlamentarne prakse, izhajajo pa tako iz poslovnških določb kot priročnikov, iz katerih je razvidno njihovo dejansko izvajanje (*law in action*). Njihov pristop bi lahko bil dobrodošlo vodilo pri snovanju bodočih sprememb poslovnika oziroma parlamentarne prakse.

3.2.1. Posebnosti britanske ureditve

Britanska navodila⁷² poudarjajo, da vsaka sprememba, ki jo pripravi vlada, upočasni zakonodajni postopek. Čeprav so nekateri amandmaji potrebni, lahko vzbudijo vtis, da zakonski predlog ni pravilno pripravljen, ovirajo sprejetje zakona, podaljšujejo parlamentarni čas in

⁷¹ Prav tam, str. 51.

⁷² Cabinet office, Guide to Making Legislation, http://assets.publishing.service.gov.uk/government/.../guide_to_Making_Legislation_Jul-2017.pdf (16. 10. 2018), str. 171–184.

nezadovoljstvo (*cause ill-feeling in Parliament*) ter omogočajo kritiko opozicije. Čeprav bi šlo za manjše in nesporne amandmaje, ki ne bi zahtevali veliko časa, je njihov seštevek lahko zajeten. Zato naj vlada svoje posege omeji na minimum in jih pripravi le, če so nujni za pravilno izvajanje zakona – s čimer mora soglašati posebna parlamentarna komisija (*Parliamentary Business and Legislation (PBL) Committee of the Cabinet*) – in če se s tem vlada izogne porazu (*government defeat*) oziroma če to olajša parlamentarno delo. Vlada mora amandmaje pripraviti vsaj teden dni pred razpravo oziroma jih pripraviti parlamentarni svet (*Parliamentary Council*). Vsi amandmaji morajo biti obrazloženi v jasnem, razumljivem jeziku (*plain English*), priložene jim morajo biti tekoče ažurirane analize o vplivu zakona. Če amandma vzbujata resna pravna vprašanja, predvideva zgodnejšo uveljavitev ali retroaktivnost, se mora ekipa, ki pripravlja predlog zakona, povezati z generalnim pravobranilcem in pravno službo generalnega odvetništva.

Če predlog zakona ni pripravljen v popolnosti, se ne sprejme v obravnavo, saj bi njegova obravnava vplivala na letni zakonodajni program (izjema so urgentni zakoni). Vse amandmaje, tako vladne kot opozicijske, ki se jim obeta podpora, najprej pregledata PBL in pristojna komisija (*clearance process*), pri čemer sodelujeta s pristojnim ministrstvom. Predlagatelj mora pojasniti in utemeljiti, v katero kategorijo spada amandma in kakšni bodo njegovi učinki.

Amandmaji so štirih vrst:

1. manjše in tehnične narave (*minor and technical*), kot so odprava tipkarskih napak, redakcijske izboljšave, izčiščenja, preštevilčenja, pravilna poimenovanja; ti amandmaji absolutno ne vplivajo na vsebino zakona in ne zahtevajo razprave, preštevilčenje kot posledico sprejetih amandmajev in nekatere tipkarske napake pa na posebno prošnjo lahko popravi pristojen urad (*Public Bill Office*);
2. konvencijski (*concessionary*), ki jih predlagajo zunajparlamentarni subjekti; obravnavajo se le, če se pričakuje, da bi lahko dobili podporo v kasnejših fazah zakonodajnega postopka; tudi ti se podprejo le, če so neizogibni;
3. bistveni (*essential*), ki so posledica nepričakovanih okoliščin, ki zahtevajo takojšen odziv; gre za popravek velikih napak v predlogu zakona ali za zadeve, ki bi lahko povzročile večje težave;
4. želeni (*desirable*), ki se tičejo novih političnih idej, pri čemer bi bil zakon le ogrodje za njihovo uveljavitev.

Od uvrstitve v kategorijo je odvisna njihova nadaljnja usoda (presojo opravita PBL in pristojna komisija), saj želeni amandmaji skorajda niso dopustni, bistveni so primerni le za sejo komisije, konvencijski pa so sprejemljivi v vseh fazah (razen tretje, kjer se amandmaji v prvem domu ne vlagajo).

Iz navodil je mogoče razbrati, da se sprejemajo tudi amandmaji, ki jih vloži opozicija. Pri tem se priporoča, da se pristojni minister posvetuje z vodji poslanskih skupin (*whips*) o tem, ali naj se amandma obdrži, zavrne ali napravi kompromis. Nenavadno oziroma pomenljivo je, da so vsa navodila v zvezi z opozicijskimi amandmaji zapisana v podpoglavju navodil z naslovom *Government defeats*.⁷³

Zaradi britanske dvodomne ureditve parlamenta se v zadnji, usklajevalni fazi seveda lahko vlagajo amandmaji; zaradi prehajanja zakonskega predloga od enega doma k drugemu in nazaj (kar se lahko ponavlja) se ta faza simbolično (pogovorno) imenuje »ping pong«.⁷⁴

Za sisteme nesimetrične dvodomnosti sicer Štrus navaja, da pravica drugega doma do vlaganja amandmajev izgubi pomen, ker ima zadnje besedo vedno prvi dom.⁷⁵

3.2.2. Posebnosti nemške ureditve

Nemčija ima zakonodajni postopek v temeljih urejen že v Temeljnem zakonu Zvezne Republike Nemčije (GG), ki ima status ustave,⁷⁶ razdelan je v poslovníku,⁷⁷ v pregledu sprejemanja zakonodaje, ki jim sledijo priporočila Bundestaga za pripravo zakonodaje,⁷⁸ in v priročniku.⁷⁹ Zakonodajni postopek je sicer primerljiv s slovensko ureditvijo, vendar pa ni treba, da se opravi vse tri obravnave in da se izvede obravnava na delovnem telesu.

Poudariti velja, da poslovnik v 80.a členu določa, da med prvo in drugo obravnavo – na podlagi odločitve matičnega delovnega telesa – skupina uradnikov Bundestaga (*editorial team*) preveri zakonski predlog z vidika jezikovne pravilnosti in jasnosti. Če je potrebno, poda priporočila matičnemu delovnemu telesu, ki se tudi sicer lahko obrne na to skupino za nasvet lingvistične narave ves čas zakonodajnega postopka. To še posebno velja za predloge amandmajev, za katere se pričakuje sprejetje. Po 82. členu lahko vsak poslanec vloži obrazložen amandma do konca obravnave predloga zakona. Če do glasovanja še ni opravljena razprava o njem, se ga prebere. Člen določa tudi, da se vsak zakonski predlog (delno ali v celoti) pred zaključnim glasovanjem v tej in tudi tretji fazi lahko vrne v presojo delovnemu telesu, različ-

⁷³ V prevodu *defeat* pomeni poraz.

⁷⁴ V italijanski pa se uporablja izraz *navette*. Oba izražata prehajanje (žogice ali jadrnice) sem ter tja.

⁷⁵ Štrus 2011, str. 158.

⁷⁶ Basic Law for the Federal Republic of Germany, German Bundestag – Administration – Public Relations section, Berlin 2001.

⁷⁷ Glej Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee, www.bundestag.de/htdocs_e/documents/legal (20. 3. 2017).

⁷⁸ Objavljeni so na spletnih straneh Bundestaga, po posameznih fazah, vključno z magnetogrami.

⁷⁹ Manual for Drafting Legislation, ki ga je leta 2008 izdalo zvezno ministrstvo za pravosodje; glej <https://bmjv.de> (16. 10. 2018).

nemu od matičnega, ki je predlog zakona že obravnavalo. V tretji fazi lahko amandmaje vloži le poslanska skupina ali pet odstotkov vseh poslancev (trenutno 31). Ta dva subjekta tudi sicer v proceduri igrata pomembno vlogo.

Priporočila poudarjajo vlogo odbora, pristojnega za proračun (*Budget committee*), ki glede zakonskih predlogov daje parlamentu priporočila za uravnoteženost prihodkov in odhodkov. Če bi zakonski predlog zahteval velika finančna sredstva, ki niso zagotovljena v proračunu, bi moral Bundestag poskrbeti zanje ali pa zakona ne bi smel sprejeti.

Priporočila opredeljujejo drugo fazo na komisiji kot mesto za preučitev dodatnih strokovnih in političnih mnenj, pa tudi kot možnost, da različne politične oziroma parlamentarne skupine izrazijo svoja mnenja in sklepajo kompromise glede zakonskega besedila. Veliko vlogo igrajo tudi poročevalci (*rapporteurs*). Šele po tem, ko se predsednik komisije in poročevalec dobro seznanita in podučita (*made themselves familiar with the subject matter of the bill*) ter se tudi v poslanskih skupinah konča notranja razprava o zakonskem predlogu, predsednik komisije v soglasju z vodji poslanskih skupin skliče sejo matičnega delovnega telesa. Na njej predlog zakona predstavi predstavnik vlade ali poročevalec. Na seji morajo biti prisotni tako predstavniki vlade kot dežel, da jih člani lahko povprašajo o posameznih specifičnih zadevah ali ozadju in razlogih za potrebnost zakona, še posebno pa o posledicah, ki jih bo prinesel.

Navodila pristojni parlamentarni komisiji omogočajo, da lahko zaprosi uradnika s pristojnega ministrstva, naj ji pravno korektno pripravi amandma z zeleno vsebino, hkrati pa navajajo, da amandmaji pogosto niso posledica predlogov za spremembe, temveč nastanejo na podlagi razprave in pogajanj v komisiji. V drugi obravnavi amandmaje lahko vlagajo poslanske in parlamentarne skupine, pa tudi vsak poslanec samostojno. To bo največkrat storil, če se poslanska skupina ne strinja z njegovim predlogom. Vendar je ta korak v javnosti lahko sprejet kot znak, da poslanska skupina ne deluje in da bo izgubila zaupanje v primernost svojih odločitev. Zato je takšno vlaganje amandmajev precej redko, obratno pa seveda velja za opozicijske poslance. Iz magnetograma je razvidno, da se na seji komisije glasuje oziroma ugotavlja izid glasovanja po glasovih vodij poslanskih skupin, ki sestavljajo koalicijo in opozicijo.⁸⁰

V navodilih so dodani tudi vzorci za vsak pisni predlog, tako za raznovrstne dopise kot amandmaje, z vsemi podrobnostmi.⁸¹ Navodila med drugim opisujejo tudi spremembo naslova zakonskega predloga, pa tudi redakcijske amandmaje (ki so lahko zgolj jezikovne narave).

⁸⁰ To rešitev je prevzel slovenski poslovnik za glasovanje na kolegiju predsednika državnega zbora.

⁸¹ Čeprav so takšna navodila poznana tudi v državah nekdanje SFRJ, jih v Sloveniji nimamo.

3.2.3. Še nekatere druge posebnosti

S primerjalnega vidika kaže opozoriti, da so nekatere ureditve veliko število glasovanj o amandmajih rešile na svojstven način. Tako na Danskem predsedujoči lahko presodi, da glasovanje ni potrebno, kadar se v razpravi pokaže, da je opredelitev poslancev jasna. Če temu nasprotuje najmanj 17 poslancev, se glasovanje mora opraviti. Načeloma se ne glasuje o amandmajih, ki jih je podprlo matično delovno telo. Podobno je na Švedskem, kjer poročilo odbora vsebuje opredelitev do amandmajev. Še krajši je potek na Nizozemskem, kjer predsedujoči na plenarni seji razglasi, da je amandma sprejet, če pristojni minister poda izjavo, da soglaša z amandmajem, ki mu nihče ne nasprotuje. V Španiji predsedujoči na podlagi posvetovanj z vodji poslanskih skupin določi, kako bo glasovanje potekalo – če je podpora nesporna, se glasuje o posameznih delih zakonskega predloga in amandmajih le z enim glasovanjem.⁸²

4. Pomen amandmaja

Kot že navedeno, je amandma s procesnega vidika najmanjša enota, katere vsebina se prelije v zakonsko določbo. Amandma zunaj zakonodajnega postopka (kot ga obravnava ta prispevek) ne obstaja, saj takoj po sprejetju postane zakonska določba oziroma del besedila predloga zakona. Glede na hiperprodukcijo zakonov, predvsem njihovih novel, in zato tudi množice amandmajev je lahko ta materija zelo problematična in vredna strokovne obravnave. V nadaljevanju so navedeni najpomembnejši (dodatni) vidiki.

4.1. Število amandmajev

Pomen amandmajev je najprej razviden iz samega števila predlaganih amandmajev. Veliko število vloženih amandmajev zahteva daljšo obravnavo, kar otežuje delo državnega zbora in zavleče postopek sprejemanja zakona. Vsak amandma nujno pomeni dodatno razpravo ali pa vsaj dodaten čas, potreben za glasovanje.

V statističnih podatkih in razpredelnicah različnih avtorjev glede parlamentarne aktivnosti se podatki razlikujejo, saj so odvisni od zajema podatkov – nekateri vanje vštevajo vse zakone, drugi ne. Treba je upoštevati, da se mednarodne pogodbe ratificirajo z zakonom, v katerega ni mogoče posegati z amandmaji, enako velja za ustavne zakone.

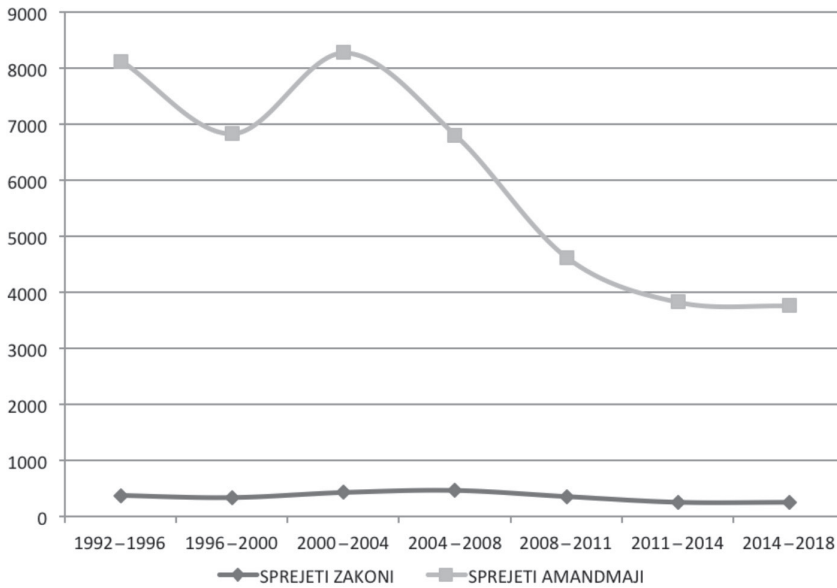
V statističnem pogledu je treba obravnavati tudi število vloženih in sprejetih zakonov ter ga primerjati s številom amandmajev. Na splošno lahko ugotovimo, da število sprejetih amand-

⁸² Povzeto po raziskovalni nalogi Postopek sprejemanja amandmajev, ki je zajela te štiri države.

majev stagnira oziroma upada: v prvi mandatni dobi je državni zbor sprejel 22 amandmajev na zakonski predlog, v drugi 20, v tretji 19, v četrti 14, v peti 12 in v naslednjih dveh (šesti in sedmi) 14 – glej tabelo 1.

Število sprejetih zakonov in amandmajev je sicer manjše (kljub delu, vloženemu vanje in v povezavi z njimi) od vloženih, saj se v veliki večini sprejemajo le zakonski predlogi in amandmaji, ki jih je pripravila koalicija. To izhaja tudi iz spodnjega grafikona, ki prikazuje veliko število amandmajev, sprejetih na posamezne zakonske predloge. Posplošeno lahko rečemo, da je v grobem povprečju na vsak zakon vloženih 29 amandmajev, sprejetih pa je pol manj (17).

Grafikon 1: Število sprejetih zakonov in amandmajev po mandatnih obdobjih



Iz spodnje tabele je razvidno, da število sprejetih amandmajev polagoma upada. Pri analizi je treba upoštevati tudi grafikon 2 in tabelo 2, ki kažeta razmerje med predlaganimi in sprejetimi amandmaji oziroma sprejetimi in zavrženimi amandmaji. Podrobnejša analiza bi pokazala, ali manjše število sprejetih amandmajev v posameznih mandatnih dobah kaže na zavračanje opozicijskih amandmajev ali so jih opozicijski poslanci le vložili manj.

Tabela 1: Število sprejetih zakonov in amandmajev po posameznih mandatnih dobah

	Sprejeti zakoni	Sprejeti amandmaji
1992–1996	373	8126
1996–2000	341	6838
2000–2004	432	8279
2004–2008	467	6807
2008–2011	358	4625
2011–2014	257	3830
2014–2018	256	3763

Veliko število amandmajev lahko kaže na več okoliščin: na vsebinske pomanjkljivosti predloga zakona, na politične razlike v pogledu na predmet in koncept predlagane zakonske ureditve, lahko pa tudi zgolj na slabo in nedosledno pripravljeno besedilo predloga zakona. Največ vloženih amandmajev nastane kot posledica mnenja zakonodajno-pravne službe, številni izmed njih so nomotehnične narave. Kot je bilo že pojasnjeno, te amandmaje pripravi pristojno ministrstvo, vložijo jih koalicijske poslanske skupine, ki jih tudi sprejmejo.

Iz grafikona 2 je razvidno, koliko amandmajev je bilo vloženih in koliko izmed njih je bilo zavrženih. Glede na ureditev zakonodajnega dela v parlamentu, kot je bila opisana v prejšnjih izvajanjih, je mogoče sklepati, da so amandmaje, ki niso bili sprejeti, vložili opozicijski poslanci. Tako kot primerjalne prakse tudi slovenska te amandmaje navadno (razen izjemno redkih izjem) zavrača. Cerar o moči pravi: »Moč *kot celota ni manifestna (aktualna)*, pač pa je nekakšna nakopičena energija, ki se praviloma *aktivira oziroma manifestira le deloma*, tj. preko različnih sil(nic), iz katerih je mogoče sklepati na obstoj moči določenega subjekta. Praktično to pomeni, da je mogoče obstoj in jakost (posamezne) *sile*, ki se pač vedno manifestira navzven, bolj ali manj natančno izmeriti neposredno, medtem ko je mogoče jakost *moči* meriti le posredno. V družbenih vedah in praksi je tako mogoče na primer neki pravni ali politični pritisk v obliki sile ugotovljati oziroma meriti glede na zunanje učinke te sile v družbenih razmerjih [...], medtem ko je dejansko politično ali pravno moč nekega subjekta nemogoče izmeriti na tak način.«⁸³ Zavrženi amandmaji so lahko kazalnik takšne politične moči.

Vprašanje pa je, ali je tak način dela še v skladu z osnovno idejo parlamenta kot stičišča političnih interesov in vrednot, tako koalicije kot opozicije, kjer naj bi se zato razpravljalo o različnih rešitvah in doseglo kompromis.

⁸³ Cerar 2000, str. 56.

Grafikon 2: Število predlaganih in sprejetih amandmajev po posameznih mandatnih dobah

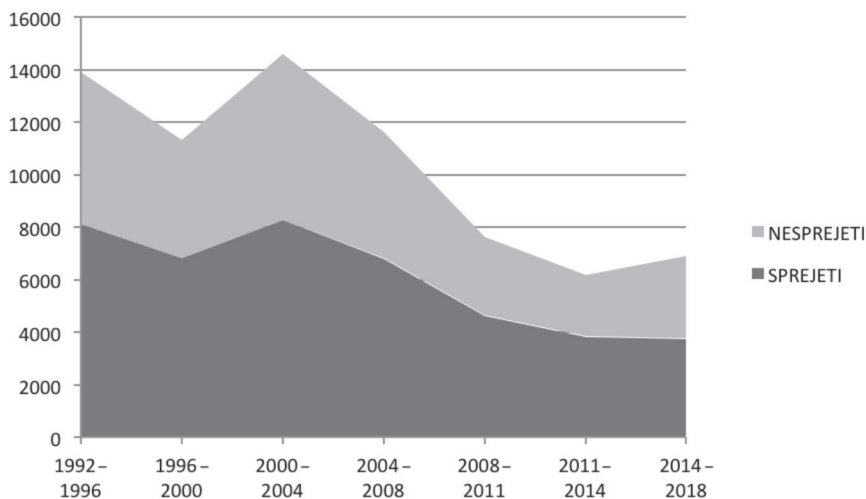


Tabela 2: Število sprejetih in nesprejetih amandmajev po posameznih mandatnih dobah

	Sprejeti	Nesprejeti
1992–1996	8126	5762
1996–2000	6838	4470
2000–2004	8279	6310
2004–2008	6807	4814
2008–2011	4635	2968
2011–2014	3830	2333
2014–2018	3763	3144

Vir: Poročila o delu Državnega zbora, na www.dz-rs.si.

Ne glede na vsebino so amandmaji večkrat vloženi s pojasnilom, da gre za redakcijsko spremembo ali popravek. Redakcijska sprememba naj bi bila takšna, ki ne poseže v vsebino določbe.⁸⁴ Presoja, kdaj gre za redakcijo, kdaj pa sprememba zahteva amandma, je zelo občut-

⁸⁴ Grad 2000, str. 210.

ljive narave. Vsebina in forma se namreč v zakonskih določbah izredno prepletata. Namen predlagatelja, na podlagi katerega je bila intervencija dosežena (tako pri predlogu zakona kot amandmaju), je ob pomanjkljivi obrazložitvi zabrisan, kar otežuje presojo, ali vsebuje tudi obrise vsebinskih sprememb. V vsakem primeru pa sodbo o tem, kaj je v konkretnem primeru lahko redakcija in do kod v konkretnem primeru seže njen domet, lahko poda le pravnik redaktor, ki obravnava konkretni predlog zakona.⁸⁵

Kot vodilo za razlikovanje lahko služijo tudi merila, opisana v poglavju o primerjalnih ureditvah (britanski model). Res pa je, da se *de facto* zakonodajni postopek v primerjanih ureditvah razlikuje od slovenskega v času, ki je potreben za sprejetje zakona (tujina eno leto, v Sloveniji le nekaj mesecev), predvsem pa večina ureditev pozna tudi tako imenovani pripravljalni postopek (*prescrunity process*), ki poteka znotraj parlamenta, z namenom oblikovanja jasnih rešitev zakonskega predloga. Slovenski poslovnik tega načina ne predvideva.

V končni redakciji zakona za objavo v uradnem listu lahko zakonodajno-pravna služba odpravi le manjše ali povsem očitne napake, sicer pa v besedilo ne more več posegati, predvsem ne vsebinsko. Popravek zakona se objavi v Uradnem listu RS po posebnem postopku, ki ga določa zakon.⁸⁶ Nanaša se lahko samo na očitne napake, nastale med zakonodajnim postopkom (na primer nepravilno sklicevanje), ne pa na napake, ki so bile v predlogu zakona prisotne že od vložitve v zakonodajno proceduro.⁸⁷

4.2. Omejitev razprave

Z vsebinskega in postopkovnega vidika se pomen amandmajev kaže v tem, da zakonodajni postopek, kot je koncipiran s poslovníkom, v parlamentarni praksi poteka še restriktivneje, saj se razpravlja predvsem (ali celo le) o amandmajih, ki so vloženi k zakonskemu predlogu. To po poslovniku sicer ne velja za sejo matičnega delovnega telesa, ki naj bi razpravljalo in glasovalo o členih ali delih predloga zakona (drugi odstavek 125. člena) oziroma o posameznih členih predloga zakona (126. člen), lahko pa samo sklene, da bo razpravo in glasovanje opravilo skupaj za več povezanih členov zakonskega predloga, po posameznih delih oziroma poglavjih ali celo o vseh členih predloga zakona skupaj. Ta možnost velja le, če ni vložen amandma,

⁸⁵ Politični pritiski za vnos ali popravek določb ali njenih delov v okviru redakcije so pogosti, a nesprejemljivi.

⁸⁶ Zakon o Uradnem listu Republike Slovenije, Uradni list RS, št. 57/96, 90/05, 102/07, 109/09, 38/10 – ZUKN in 60/17 – ZPUPJN-B.

⁸⁷ Več kot očitna napaka je na primer sklic na 00 člen (primer Predloga zakona o trgu finančnih instrumentov – ZTFI-1), vendar pa ni vedno nedvoumno, katero sklicevanje je pravilno. Nedoumljivo je, da se taka nepravilnost zazna šele v fazi, ko predlog zakona začne pregledovati zakonodajno-pravna služba, saj bi to ob izpolnjevanju svojih nalog morali opaziti (in ukrepati) vsi subjekti, ki predlog zakona obravnavajo prej (strokovna služba ministrstva, vlade, poslanskih skupin, državnega zbora).

saj se o vsakem amandmaju glasuje posebej. Pred vsakim glasovanjem lahko podata mnenje k posameznemu amandmaju predlagatelj zakona in vlada, če ni predlagateljica zakona, pa tudi člani odbora in zakonodajno-pravna služba. Tudi sicer naj bi razprava na seji matičnega delovnega telesa po uvodnih predstavitvah potekala le glede vloženih amandmajev. To lahko privede do diametralno nasprotnih zaključkov: da se z večanjem števila amandmajev podaljšuje razprava in tako obremenjuje parlamentarno delo, da je tako zakonski predlog deležen temeljitejše obravnave, vendar pa tudi, da se zakonski predlog s tem lahko precej spremeni.

Podobno velja za sejo državnega zbora, ki se s predlogom zakona ukvarja v drugi in tretji obravnavi,⁸⁸ vendar pa se v drugi obravnavi opravi razprava po posameznih členih, in sicer le tistih, h katerim so bili vloženi amandmaji. Tudi glasuje se le o posameznih amandmajih. Amandmaji se lahko vlagajo le k členom, h katerim je amandma sprejelo matično delovno telo, oziroma v tretji fazi k členom, h katerim je v drugi fazi sprejel amandma državni zbor. Gre torej za precejšnjo restrikcijo, saj državni zbor ne more razpravljati o celotnem zakonskem predlogu (temu je namenjena splošna razprava v okviru prve obravnave), temveč le o amandmajih. Če teh ni, razprava poslancev ni mogoča, temveč se zgolj predstavijo stališča poslanskih skupin. Te omejitve zelo skrajšajo čas obravnave v državnem zboru, saj je procedura glasovanja o vsakem posameznem amandmaju kar dolgotrajna.

4.3. Prehod iz obravnave v obravnavo

Tudi prehod iz druge v tretjo fazo zakonodajnega postopka je odvisen od števila sprejetih amandmajev. Če v drugi obravnavi ni bil k dopolnjenemu predlogu zakona sprejet noben amandma, državni zbor na isti seji preide na glasovanje o zakonu. Prav tako prehod na tretjo obravnavo že na isti seji pomeni sprejetje amandmajev k manj kot desetini členov. Načeloma se tretja obravnava opravi po preteku 24 ur po tem, ko poslanci prejmejo pregled vseh sprejetih amandmajev in vseh členov dopolnjenega predloga zakona, h katerim so bili amandmaji sprejeti; če se upravičeni predlagatelji odpovedo vložitvi amandmajev, pa državni zbor lahko takoj preide na glasovanje o zakonu. S tem se zakonodajni postopek izredno pospeši, saj je zakon sprejet na eni sami seji državnega zbora.

4.4. Uskladitveni amandma

Poslovnik v okviru uskladitvenega postopka, ki poteka po končani tretji obravnavi, a pred končnim glasovanjem, določa, da na neuskklajenost zakona oziroma neuskklajenost z drugimi zakoni, ki je nastala kot posledica sprejetih amandmajev, zakonodajno-pravna služba ali vlada opozorita predsedujočega, ki določi rok za pripravo uskladitvenega amandmaja. Tega lahko

⁸⁸ Glej 134., 136. in 140. člen poslovnika.

predlaga predlagatelj ali matično delovno telo. Če amandma ni pripravljen ali ga državni zbor zavrne, tudi zakon ne more biti sprejet in se tako konča zakonodajni postopek. To pomeni, da o usodi zakonskega predloga lahko odloči en sam amandma.

4.5. Zaupnica

Teoretično bi amandmaji lahko imeli velik vpliv na predlog zakona, če bi predsednik vlade vezal zaupnico na sprejetje zakona (117. člen ustave), pri čemer bi se z amandmaji besedilo predloga zakona tako spremenilo, da ne bi več ustrezalo intenci predlagatelja. Vprašljivo bi bilo, ali bi predsednika vlade tako postavljena zaupnica še vezala.

5. Zloraba amandmaja

Splošna pravna teorija navaja, da je »osrednja prvina pravice [...] možnost, da pravni subjekt na določen način ravna (*facultas agendi*)«. ⁸⁹ Teorija o zlorabi je utemeljena na stališču, da dovoljeno dejanje (izvrševanje pravice) lahko postane nezakonito (zloraba), ker na primer ne dopušča, da nosilec izvršuje pravico brez resničnega (upravičenega) interesa, zakonitega motiva ali zgolj s škodovalnim namenom. ⁹⁰

V slovenskem pravnem redu ne poznamo splošne prepovedi zlorabe, pač pa jo vsebuje le posamezna zakonodaja (na primer kazenska). V parlamentarnem poslovniku zloraba v zakonodajnem postopku ni omenjena in zato niti sankcionirana (teoretično bi v poštev prišla le politična odgovornost posameznih akterjev). Torej velja latinski rek *Abusus non tollit usum*.

Vendar pa lahko ravno v zvezi s postopkom amandmiranja govorimo o zlorabi.

Kljub proklamiranemu načelu delitve oblasti v zakonodajnem postopku enakovrednosti vej ni zaznati oziroma je očitno, da *de facto* izvršilna oblast prevladuje nad zakonodajno vejo. Literatura se do tega ni opredelila oziroma poudarja le neprimeren način volitev in imenovanj predsednika vlade in ministrov v državnem zboru. Grad ⁹¹ navaja, da je tesno sodelovanje med parlamentom in vlado značilno za parlamentarni sistem, čeprav to ne velja enako v obe smeri – parlament se lahko vmešava v delo vlade praktično samo takrat, kadar uveljavlja njeno politično odgovornost, medtem ko vlada dobršen del svojega delovanja uresničuje prav prek parlamenta, ki mu predlaga najpomembnejše odločitve v sprejem. A nekritično prevzemanje predlogov vlade, brez zavedanja vloge parlamenta kot predstavnika ljudstva in odgovornosti

⁸⁹ Pavčnik 1986, str. 14.

⁹⁰ Prav tam, str. 26.

⁹¹ Grad 2000, str. 315.

za to, pomeni zlorabo funkcije. Obratno pa ima s tem vlada monopol nad vlaganjem svojih predlogov, tako zakonskih kot amandmajev, saj ima vnaprej zagotovljeno podporo.

Nadaljnjo zlorabo postopka pomeni dejstvo, da vlada v zakonodajno proceduro vloga nepopolno pripravljeno gradivo, ki se mora v državnem zboru še dograditi, tako z vidika vsebinskih političnih odločitev kot z nomotehničnega vidika. Tudi tovrstni prenos predlagateljeve odgovornosti na parlament ne more biti v skladu s parlamentarno demokracijo. Na to opozarja tudi Zajc, ki pravi: »Nekatere pravice na škodo racionalnosti in ekonomičnosti postopka pa lahko pretirano izrabljajo tudi poslanci koalicije – sprejemanje slabo pripravljenih predlogov zakonov v postopek pomembno vpliva na podaljševanje postopkov, vlaganje velikega števila amandmajev na lastne predloge zamegljuje sam smoter dopolnjevanja.«⁹²

S postopkovnega vidika brez dvoma lahko štejemo za zlorabo pravne oblike primere, ko se namesto predloga zakona vloži amandma z vsebino, ki bi sicer morala biti oblikovana samostojno kot zakonska novela in deležna samostojnega zakonodajnega postopka. Tako se predlagatelj izogne celotnemu procesu, ki ga sicer zahteva priprava zakonske novele.

Amandma je na prvi pogled, z oblikovnega vidika, zelo podoben predlogu novele in zanj načeloma veljajo vsa pravila kot za zakon in zakonsko novelo.⁹³ Vendar je v praksi način spreminjanja zakona z amandmaji lažji kot s predlogom novele. Z amandmajem so pogosto sprejete rešitve, glede katerih niso izpolnjeni kriteriji, ki jih poslovnik zahteva za predlog zakona. Predlagatelj amandmaja se namreč izogne celotnemu zakonodajnemu postopku, predvsem pripravi spremljajočega gradiva (cilji, načela, pogloblitve rešitve, primerjalnopravni pregled ipd.), pa tudi oceni potrebnih finančnih sredstev, ki je kljub izrecni poslovniški določbi (peti odstavek 129. člena) predlagatelj ne navede, prav tako ni treba zapisati zakonodajne sledi.⁹⁴ Z amandmajem se predlagatelj izogne tudi zahtevi po javni objavi in s tem povezanim usklajevanjem tako z zainteresirano javnostjo (tudi socialnimi partnerji, organi lokalne samouprave, nevladnimi organizacijami) kot s koalicijskimi partnerji, hkrati pa amandma ni podvržen zahtevi, da ga obravnavajo subjekti, določeni s poslovnikom ali drugimi akti (lokalne skupnosti, Sodni svet, Državnotožilski svet, ECB).

Prav tako predlagatelju ni treba pripraviti ustreznega zakonskega gradiva, za katerega poslovnik navaja obširne sestavine, pri amandmaju pa določa manjše zahteve. V primeru, da predlog zakona ne vsebuje vseh sestavin, se šteje, da predlog zakona ni vložen, za amandma pa ta domneva ne velja. Amandma je lahko skromno obrazložen, medtem ko mora predlog zakona

⁹² Zajc 2000, str. 213.

⁹³ Glej Nomotehnične smernice, poglavje Spremembe pravnih predpisov (zakonske novele), str. 115 in nadaljnje.

⁹⁴ To je novost zadnjih sprememb poslovnika, ki pa (žal) zavezuje le vlado.

vsebovati razloge za spremembo oziroma zakonodajni postopek na splošno, oceno stanja, finančni vidik in mednarodne primerjave.

Predlog zakona, ki bo povzročil javnofinančne posledice, mora preučiti Ministrstvo za finance, za amandma pa ta zahteva ne velja. Poslovnik sicer določa, da naj bi v primeru amandmaja s tovrstno vsebino to nalogo opravilo delovno telo, pristojno za vprašanja javnih financ, vendar je v praksi ne izvaja. Kljub poslovniški možnosti (prvi odstavek 124. člena) in dodelitvi odbor za finance ne obravnava niti predlogov zakonov niti amandmajev, ki imajo posledice za javna finančna sredstva.

Omejitev za amandma sicer predstavlja določba tretjega odstavka 129. člena poslovnika, po kateri je dopustno z amandmaji predlagati nove člene le, če »vsebujejo rešitve, izhajajoče iz ciljev in načel predloga zakona«. Na prvi pogled povsem določna zahteva v praksi zajema ohlapne kriterije. Tako predlagatelj vnese v zakonski predlog določbe, ki sicer po vsebini (lahko) spadajo v zakonsko besedilo, niso pa bile deležne obravnave, kot je bilo opisano zgoraj, predvsem pa se tako izogne morebitnemu nasprotovanju v javnosti ali – v primeru amandmajev, ki jih oblikuje ministrstvo – potrebnemu soglasju pristojnega ministrstva oziroma Službe Vlade Republike Slovenije za zakonodajo. O potrebi po posledični spremembi naslova zakonskega predloga smo že govorili.

Amandma pomeni tudi element presenečenja. Treba je upoštevati, da amandma ni transparenten, saj o njem ni javne razprave. Vlaga se v tako kratkem času, da se vsi zainteresirani z njim ne morejo seznaniti, ga preučiti v vseh razsežnostih, še manj pa se nanj odzvati. Umanjka tudi ustrezno posvetovanje. V kritiki se velja nasloniti na Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije,⁹⁵ ki v 4. členu opredeli integriteto kot pričakovano delovanje in odgovornost posameznikov in organizacij pri preprečevanju in odpravljanju tveganj, da bi bila oblast, funkcija, pooblastilo ali druga pristojnost za odločanje uporabljena v nasprotju z zakonom, pravno dopustnimi cilji in etičnimi kodeksi. Kot omenjeno, se poslovnik na te določbe ne ozira. Vendar kaže na tem mestu opozoriti na poudarek Kranjca: »Če postane edina omejitev človekovega ravnanja pravna prepoved, potem pomeni to konec pravne kulture in s tem urejene človeške družbe. Izgine namreč spodbuda, zaradi katere si na individualni ravni prizadevamo biti dobri in postati boljši, na kolektivni ravni pa biti prijazni in strpni do drugih.«⁹⁶

Glede na to, da se v predlogu novele lahko vlagajo amandmaji le na člene predloga zakona, to pomeni, da ni mogoče posegati v člene (osnovnega) zakona, ki se jih predlog novele ne dotika. Zato želijo predlagatelji nove materialne določbe vnesti kar v poglavje prehodnih in končnih

⁹⁵ Uradni list RS, št. 69/11 – UPB.

⁹⁶ Kranjc, str. 2.

določb predlagane novele, s časovnim prejudiciranjem, da rešitev velja le do ustrezne ureditve v matičnem zakonu.

Vprašljivo je, ali je vlaganje amandmajev na sejo državnega zbora, če ti že na matičnem delovnem telesu niso dobili podpore ali je njihovo vsebino zakonodajno-pravna služba napovedala kot končno redakcijo, mogoče šteti za zlorabo. Pričakovati je namreč, da so ti amandmaji vloženi samo zaradi proceduralne možnosti za razpravo na plenarni seji državnega zbora. V zvezi s tem Pavčnik pravi, da se pravica neha tam, kjer se začene zloraba.⁹⁷ V tem smislu enako velja za zaporedno vlaganje amandmajev z enako ali podobno vsebino. V primerljivi situaciji (zaporednih vlaganj pobud za razpis referendumov) je ustavno sodišče ugotovilo, da je sprejeto splošno pravno načelo, da je pravice treba izvrševati v njihovih mejah in v skladu z njihovim namenom. Uporaba pravice v nasprotju z njenim namenom pomeni zlorabo pravice. Zaporedno vlaganje pobud, za katere je bilo ugotovljeno, da so vložene le zaradi zavlačevanja zakonodajnih postopkov, pomeni, da gre za uporabo pravice v nasprotju z njenim namenom, takšna uporaba pravice pa pomeni njeno zlorabo (U-I-85/16 in Up 398/16 z dne 14. 7. 2016).

Nadalje je za zlorabo bistveno, da nastaja v konfliktu med dvema ali več pravicami, ki pripadajo različnim nosilcem.⁹⁸ Glede na to je vprašljiv amandma koalicije, ki povzame (prepiše) amandma opozicije. Tak amandma je izglasovan, pravica opozicije pa je izvotljena. Ker je državni zbor predstavniško telo, bi se na teoretični ravni lahko zastavilo vprašanje legitimnosti zavračanja amandmajskih predlogov, ki jih vložijo predstavniki manjšin (opozicije), zgolj zato, ker so iz opozicije. Pavčnik navaja stališče, »da je treba pravice izvrševati skladno z njihovim namenom; vladavini prava nasprotuje tisto izvrševanje pravice, ki v kvalitativno enakem obsegu tudi drugemu ne dopušča aktivirati njemu pripadajoče pravice.«⁹⁹

Ne nazadnje lahko za svojstveno zlorabo štejemo tudi način oblikovanja amandmaja. Medtem ko amandma *de facto* večinoma oblikujeta le dve osebi (z ministrstva in zakonodajno-pravne službe), je, kakor izhaja iz primerjalnega pregleda, v tujih ureditvah za to opravilo sicer na voljo poseben tim. Zaradi skromne zasedbe amandma večkrat ne doseže dometa pripomb iz mnenja zakonodajno-pravne službe, saj ima pripravljavec z ministrstva le omejena pooblastila, navadno le za pretežno redakcijske popravke, ne pa tudi za popravke ustavnopravne in pravnosistemske narave.

Poseben vidik zlorabe pomeni obrazložitev amandmaja. Ker amandma postane zakonska tvarina, mora tudi obrazložitev amandmaja slediti intenci, ki jo za obrazložitev zakonskih določb določa poslovnik, oziroma vsaj poslovniški določbi, ki določno zapoveduje vsebino obrazložit-

⁹⁷ Pavčnik 1986, str. 28.

⁹⁸ Prav tam, str. 28.

⁹⁹ Pavčnik 2009, str. 41.

ve amandmaja. V obrazložitvi zakonskega predloga morajo biti pojasnjeni vsebina in namen posameznih členov predloga zakona ter posledice in medsebojne povezave rešitev, ki jih vsebujejo. Šele takšna obrazložitev lahko daje vpogled v pravo voljo in namen zakonodajalca ob sprejetju posamezne rešitve, kar ugotavlja oziroma ocenjuje tudi ustavno sodišče v postopku presoje skladnosti posameznega zakona z ustavo, na primer pri presoji očitkov o arbitrarnem ravnanju zakonodajalca, pri ugotavljanju javnega interesa in pri testu sorazmernosti (glej na primer odločbe št. U-I-212/93 z dne 7. 4. 1994, U-I-103/01 z dne 18. 3. 2004, U-I-160/03 z dne 19. 5. 2005, U-I-137/03 z dne 26. 5. 2005). V skladu z uveljavljeno ustavnosodno presojo morajo biti tudi razlogi, ki utemeljujejo ustavno skladnost zakonske ureditve, navedeni že v zakonodajnem gradivu. Te utemeljitve namreč ne morejo nadomestiti morebitna kasnejša, po zaključenem zakonodajnem postopku (v okviru morebitnega postopka ustavnosodne presoje) prvič podana utemeljevanja teh razlogov, ki iz zakonodajnega gradiva niso razvidna (glej na primer odločbo št. U-I-158/11 z dne 28. 11. 2013).

Za amandma pa poslovnik določa ožjo vsebino obrazložitve, v kateri se pojasnijo razlogi za amandma in navedejo posledice za državni proračun ali druga javna finančna sredstva ter druge posledice, ki jih bo imelo sprejetje amandmaja (peti odstavek 129. člena poslovnika). Če obrazložitev teh kriterijev ne izpolnjuje, se amandma vseeno obravnava, z dodatno (ustno) obrazložitvijo ali brez.

Pripravljalci amandmajev sicer v glavnem upoštevajo mnenje zakonodajno-pravne službe in skušajo odpraviti napake ali nedoslednosti, na katere je v njem opozorjeno. Na neprimernost utemeljitve, da je neki amandma »redakcijske narave«, je bilo v prispevku že opozorjeno.

Vendar tudi ni korektna obrazložitev, da amandma »sledi mnenju zakonodajno-pravne službe«, če iz mnenja izhaja na primer le vprašanje o določeni rešitvi ali podobno. Prav tako je (vsaj) nekorektno uporabiti takšno obrazložitev, če predlagatelj z amandmajem vnaša tudi vsebino, ki ni povezana z mnenjem zakonodajno-pravne službe.

Popolnoma neprimerna pa je takšna obrazložitev v primeru, ko zakonodajno-pravna služba opozori na jasnost ali določnost besedila in zato predlagatelj vnese nove rešitve, ki pa so lahko deležne novih pripomb zakonodajno-pravne službe z vidika nove vsebine.

V nekaterih primerih predlagatelj kar v »sveženj« amandmajev, nastalih kot posledica mnenja zakonodajno-pravne službe, vnese tudi nove rešitve, ki niso povezane s tem mnenjem, brez ustrezne obrazložitve ali pod okriljem uskladitve z mnenjem zakonodajno-pravne službe, kar je vsaj problematičen, če že ne nedostojen pristop.

Posebno zlorabo lahko pomeni nujni zakonodajni postopek, pri čemer se bomo na tem mestu omejili le na to, da so v njem možni ustni amandmaji. Tu je najbolj razvidna kršitev temeljnih načel zakonodajnega postopka, kot so načelo pisanosti, večfaznosti in transparentnosti.¹⁰⁰

¹⁰⁰ O načelih glej Igličar 1994, str. 64–67.



In navsezadnje: poslovnik se sploh ne dotika vprašanja zlorabe in zato niti ne vprašanja, kdo bi lahko presojal o (očitni) zlorabi amandmaja. Pri tem imamo v mislih vlogo predsednika matičnega delovnega telesa ali strokovnih služb, ki delajo v parlamentu. V zvezi s tem si ponovno lahko izposodimo besede Pavčnika, da je zloraba to, da se skrijemo za okostenelo zakonsko besedilo, ki ga mehanično uporabimo, nismo pa pripravljeni, da bi se z besedilom razlagalno (interpretativno) spoprijeli.¹⁰¹

Na splošno bi lahko sklenili, da zloraba pomeni vsaj kršenje morale, pri čemer se zastavlja vprašanje namena pravice (teleološka razlaga). Pravna pravila o prepovedi zlorabe pravice niso vključena v poslovnik, čeprav bi se lahko moralno upravičenje štelo kot načelo razlage posameznih določb. Pri tem bi bilo morda mogoče analogno upoštevati smisel 15. člena ustave, da so pravice omejene le s pravicami drugih udeležencev zakonodajnega postopka. »V naši dosednji pravni teoriji (Lukić, Pavčnik) in judikaturi se je namreč izoblikovalo stališče, da za pojem zlorabe pravice zadošča že njeno nepravilno (nenamensko) izvajanje, v nasprotju s ciljem pravice, celo brez namena, da se drugemu preprečuje izvajanje njegove enake pravice. Izvajanje pravic je pač vpeto v splošne cilje in načela pravnega sistema ter njegovo družbeno funkcijo.«¹⁰²

6. Sklep

Prispevek želi opozoriti na zanemarjeno vlogo amandmaja in največje napake, ki jih storijo pripravljavci zakonskih besedil in amandmajev, predvsem pa podati kritiko dosedanje parlamentarne prakse ravnanja z amandmaji v zakonodajnem postopku. Vsaka oseba, ki kakorkoli sodeluje v zakonodajnem postopku, mora poznati tako pravila nomotehnike kot relevantnih določb poslovnika (in njegovih morebitnih sprememb). To velja tudi za pripravo amandmajev. Poleg tega se amandmaji navadno pripravljajo v naglici in pod patronatom politike.

Kako se oblikuje amandma, pokaže vpogled v že obravnavane amandmaje, ki so objavljeni na spletni strani državnega zbora. Čeprav oblika ni predpisana, je najlažje uporabiti standardizirano obliko amandmaja, ki je bila v praksi že večkrat preizkušena. Zakonodajni postopek v državnem zboru pač ne more biti učna ura za pripravljavce amandmajev.

Kot je navedeno v prispevku, je veliko število amandmajev posledica tega, da vlada v zakonodajni postopek ne vloži vsebinsko in nomotehnično dovolj dobro oblikovanih zakonskih predlogov. Razlog za to naj bi bil, da pripravljavci nimajo na voljo dovolj časa za pripravo zakonskega gradiva, temveč se pripravljajo v naglici, in sicer kot odziv na dogodke, za kate-

¹⁰¹ Pavčnik 2010, str. 1701.

¹⁰² Igljčar 1999, str. 7.

re javnost zahteva takojšnje ukrepanje, zaradi izteka rokov za implementacijo direktiv EU, največkrat pa zaradi odločitev politike, ki ne upošteva osnovnih principov oblikovanja aktov. Takšna naglica in posledično slabša kvaliteta zakonskih predlogov sta postali stalnici, množica amandmajev pa politikov, kot je videti, ne vznemirja. Zato se lahko nadaljuje *perpetuum mobile* zakonodajne dejavnosti: vlaganje velikega števila amandmajev na nedodelan predlog zakona in sprejetje nekvalitetne zakonodaje, ki mu nujno sledijo popravki v obliki zakonskih novel. Ti se pripravljajo v naglici in se nekvalitetni vlagajo v zakonodajno proceduro. Razen redkih izjem o tej problematiki molčita tako javnost kot stroka, predvsem je skrb vzbujajoče, da tudi pravna. Nepravilno ravnanje se nadaljuje, čeprav se na ta način ogroža načelo vladavine prava oziroma pravne države. Vendar, kot je dejal Zaratustra: »Molk je slabši; vse zamolčane resnice postanejo strupene.«¹⁰³ Morda bo ta prispevek spodbudil razmišljanja o spremembi prakse. Zahteva, naj vlada v postopek vlaga kvalitetne zakonske predloge (kar sicer izhaja tudi iz pozornega branja poslovnih določb), bi morala biti izvajana tudi v praksi, ne nazadnje pa tudi sankcionirana s tem, da bi se takšni predlogi zakonov zavračali v katerikoli fazi zakonodajnega postopka, najbolje in najučinkoviteje pa že ob sami vložitvi. Tudi primeri zlorab, eksemplifikativno navedeni v prispevku, govorijo sami zase.

Literatura

- CERAR, Miro. (Ne)ideološkost pravne države. V: M. Pavčnik (ur.), *Pravna država*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- CERAR, Miro. Narava pravnih vrednot. *Zbornik znanstvenih razprav*, LXI. letnik, 2001.
- CERAR, Miro. Pravo in moč. *Zbornik znanstvenih razprav*, LX. letnik, 2000.
- DRINOCZI, Timea. Legislative proces. V: U. Karpen, H. Xanthaki, *Legislation in Europe, A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017.
- 25 podatkov za 25 let Državnega zbora Republike Slovenije*. Ljubljana: Državni zbor Republike Slovenije, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- FULLER, Lon L. *Moralnost prava*, prevod V. Lamut. Ljubljana: GV Založba, 2015.
- GRAD, Franc, KAUČIČ, Igor, ZAGORC, Saša. *Ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2016.
- GRAD, Franc, KRISTAN, Ivan, PERENIČ, Anton. *Primerjalno ustavno pravo*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2006.

¹⁰³ Nietzsche 1974, str. 122.

- GRAD, Franc. Nova razmerja med parlamentom in vlado. *Javna uprava*, let. 43, št. 1. Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 2007.
- GRAD, Franc. *Parlament in vlada*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2000.
- GRAD, Franc. *Parlamentarno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2013.
- IGLIČAR, Albin. Nosilna vprašanja zakonodajne dejavnosti. V: T. Štajnpihler, A. Igličar, M. Pavčnik (ur.), *Odperta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2016.
- IGLIČAR, Albin. Novi poslovniški model zakonodajnega postopka, *Pravna praksa*, št. 42/2002.
- IGLIČAR, Albin. Pravna kultura kot sestavina pravne države. V: M. Pavčnik (ur.), *Pravna država*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- IGLIČAR, Albin. V smeri racionalizacije zakonodajnega postopka, *Pravna praksa*, št. 14-15/2000.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajna dejavnost, Viri, nomotehnika in zakonodajni postopek*. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- IGLIČAR, Albin. Zakonodajni postopek, Predlog za novo poslovniško ureditev, *Pravna praksa*, št. 5-6/1993.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajni proces z osnovami nomotehnike*. Ljubljana: Pravna fakulteta, 2004.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajni proces*. Ljubljana: Uradni list SRS, 1985.
- IGLIČAR, Albin. *Zakonodajno odločanje*. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, 1994.
- IGLIČAR, Albin. Zloraba pravic. *Parlamentarec*, št. 6, junij 1999.
- KARPEN, Ulrich, XANTHAKI, Helen. *Legislation in Europe*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017.
- KAUČIČ, Igor. Ustavni zakon v slovenskem ustavnem sistemu. *Zbornik znanstvenih razprav*, let. LXI, 2001.
- KELSEN, Hans. *Kaj je pravičnost?*, prevod V. Lamut. Ljubljana: IUS Software, GV Založba, 2016.
- KRANJC, Janez. Ni vse, kar je dovoljeno, tudi pošteno (spodobno). *Pravna praksa*, št. 45/2017.
- KRAŠOVEC, Tatjana. *Postopek sprejemanja amandmajev*, raziskovalna naloga. Dostopno na <www.dz-rs.si> (10. 5. 2018).
- NIETZSCHE, Friedrich. *Tako je dejal Zaratustra, knjiga za vse in za nikogar*. Ljubljana: Slovenska matica, 1974.
- PAVČNIK, Marijan. *Argumentacija v pravu*, 2. spremenjena in dopolnjena izd. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2004.
- PAVČNIK, Marijan. Glose o zlorabi pravnega pozitivizma, pravne oblike in prepovedi zlorabe pravic. *Podjetje in delo*, št. 6-7/2010.
- PAVČNIK, Marijan. Narava pravne države in njene prvine. V: M. Pavčnik (ur.), *Pravna država*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava, Prispevek k razumevanju prava*, 4., pregledana in dopolnjena izdaja. Ljubljana: GV Založba, 2011.
- PAVČNIK, Marijan. *Teorija prava, prispevek k razumevanju prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1997.

- PAVČNIK, Marijan. *Zloraba pravice*. Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1986.
- POGORELEC, Janez. Hitrejši, a težavnejši zakonodajni postopek?, *Pravna praksa*, št. 28-29/2002.
- POGORELEC, Janez. *Politična odgovornost*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2006.
- POGORELEC, Janez. Praktični vidiki izboljševanja naše zakonodajne prakse – od priprave predpisa do zakonodajnega postopka. *Javna uprava*, št. 2-3/2006.
- POGORELEC, Janez. Vloga strokovnih služb Vlade in parlamenta v zakonodajni dejavnosti. V: *Odprta vprašanja zakonodajne dejavnosti*. Ljubljana: Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2016.
- Pravni terminološki slovar*. Ljubljana: Založba ZRC SAZU, 2018.
- Slovar slovenskega knjižnega jezika*, bos.zrc-sazu.si/sskj.html (18. 12. 2018).
- ŠTRUS, Dušan. *Drugi dom parlamenta*. Ljubljana: Fakulteta za upravo, 2011.
- ZAJC, Drago. *Parlamentarno odločanje, (Re)parlamentarizacija v Srednji in Vzhodni Evropi, Funkcije novih parlamentov*. Ljubljana: Fakulteta za družbene vede, 2000.



Drugi prispevki

VI.

MARKO DJINOVIĆ

*Odločanje o stroških in varščini za stroške postopka
v arbitražah, ki jih financirajo tretje osebe*

VALENTINA PRETE

Avtorskopravno varstvo improvizirane glasbe

Pregledni znanstveni članek
UDK 341.6:336.152
UDK 346.93:336.152

Odločanje o stroških in varščini za stroške postopka v arbitražah, ki jih financirajo tretje osebe*

MARKO DJINOVIC
magister pravnih znanosti,
generalni sekretar Stalne
arbitraže pri GZS,
član komisije ICC za arbitražo in ARS

1. Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb

Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb (*third-party funding in international arbitration* – TPF¹) pomeni, da tretja oseba zagotavlja stranki v sporu finančna sredstva ali drugo materialno podporo za uveljavitev zahtevka ali obrambo pred zahtevkom, v zameno pa je upravičena do finančne koristi iz odločbe, izdane v arbitražnem postopku, oziroma poravnave, dosežene v arbitražnem postopku. TPF je torej investiranje v tuj zahtevek. Zanj je značilno, da financer zagotavlja stranki brezregresno financiranje stroškov arbitražnega postopka v zameno za dogovorjeno premijo v primeru uspeha z zahtevkom, običajno kot delež na izkupičku iz postopka. Plačilo financerja je odvisno od uspeha stranke z zahtevkom, zato v primeru neuspeha financer ne prejme ničesar. Financer ni stranka arbitražnega postopka, zato kot tretja oseba z investicijo pridobi le ekonomski interes na zahtevku (izidu postopka), ne pa tudi pravnega.²

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z naslovom Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb, ki sem jo avtor pod mentorstvom prof. dr. Aleša Galiča uspešno zagovarjal 17. junija 2016 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Prispevek je razširjen in nadgrajen z izsledki aktualnega poročila ICCA–Queen Mary iz leta 2018, najnovejšo literaturo, prelomnimi odločitvami v zadevah *Essar v. Norscot* in *Armas et al v. Venezuela* ter aktualno arbitražno prakso po pravilih ICSID in UNCITRAL.

¹ V arbitražnem pravu je najpogosteje uporabljen angleški izraz *third-party funding in international arbitration*, ki ga za potrebe tega prispevka prevajam kot »financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb«. V nadaljnjem besedilu bom za označevanje tega pojava uporabljal kratico TPF kot okrajšavo za *third-party funding*.

² Za analizo in definicijo financiranja stroškov arbitraže s strani tretjih oseb glej Djinović, str. 343–384.

Motivi za povpraševanje strank po TPF so raznoliki, v glavnem pa so odvisni od tega, ali je stranka sposobna oziroma pripravljena nositi finančno breme arbitraže. Uveljavljanje tožbenega zahtevka v arbitražnem postopku je namreč lahko povezano z visokimi stroški, zlasti v kompleksnih mednarodnih sporih velike vrednosti. Stranka, ki namerava sprožiti arbitražni postopek, mora v obliki predujma deloma ali v celoti založiti (financirati) stroške arbitraže, tj. plačilo za arbitražni senat, administrativne stroške arbitražne institucije in morebitne druge stroške.³ Poleg tega mora stranka računati tudi z lastnimi stroški, med katerimi izstopajo stroški pravnega zastopanja, stroški prič in izvedencev, ki jih imenuje stranka, potni stroški, stroški prevajanja idr.⁴ Po nekaterih raziskavah (lastni) stroški strank celo presegajo 80 odstotkov vseh stroškov, ki jih imajo stranke z arbitražnim postopkom.⁵

Iskanje zunanjih virov financiranja stroškov arbitraže je tako pogosto potrebno že zato, da je plačilno nesposobni oziroma insolventni stranki sploh omogočena uveljavitev zahtevka (dostop do pravice; *access to justice*). Lahko pa so motivi strank za uporabo TPF povsem pragmatični in usmerjeni v iskanje računovodsko nevtralnejših rešitev za financiranje stroškov arbitraže, ki ne vplivajo na likvidnost stranke in ne ovirajo izvajanja njene redne dejavnosti. Posamezne (finančno zmožne) stranke se niso pripravljene izpostaviti stroškovnemu tveganju neuspeha v arbitražnem postopku in ga želijo deliti s financerjem. TPF torej ne uporabljajo samo finančno nezmožne stranke, temveč vse pogosteje tudi solventne stranke zaradi obvladovanja tveganj in ugodnih učinkov na likvidnost.⁶

Finančna udeležba tretje osebe (financerja) v arbitražnem postopku odpira številna pereča vprašanja.⁷ Nemara najpomembnejše med njimi je vpliv TPF na odločitve arbitrov v zvezi s stroški arbitražnega postopka, ki ga podrobno obravnavam v tem prispevku. Ta vpliv se lahko pokaže v različnih fazah postopka, bodisi ob njegovem zaključku, ko arbitri odločajo

³ Primerjaj prvi odstavek 45. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

⁴ Taksonomijo stroškov arbitražnega postopka navaja Waincymer, str. 1237–1258.

⁵ Komisija Mednarodne trgovinske zbornice (ICC) za arbitražo in ARS (ICC Commission on Arbitration and ADR) je leta 2012 pripravila študijo o razmerju med stroški arbitraže (plačilo za senat in administrativni stroški) in stroški strank. V ta namen je analizirala arbitražne odločbe, izdane pred Mednarodnim arbitražnim sodiščem ICC v letih 2003 in 2004. Rezultati so pokazali, da stroški strank predstavljajo kar 82 odstotkov vseh stroškov arbitražnega postopka, plačilo za arbitražni senat 16 odstotkov, administrativni stroški pa le dva odstotka celotnih stroškov arbitražnega postopka. Glej ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration.

⁶ O motivih za uporabo TPF več Bogart, str. 1–2.

⁷ Denimo neobstoj enotne opredelitve TPF, potencialna spornost pojava, pomanjkanje informacij o delovanju TPF v praksi in pogodbenih standardov v industriji, nevarnost čezmernega vpliva financerja na strateške odločitve v arbitražnem postopku, možni vpliv TPF na nepristranskost in neodvisnost arbitrov ter številna druga.

o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka med stranki,⁸ bodisi na začetku postopka, ko morajo arbitri odločiti o zahtevi tožene stranke za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka (*cautio iudicatum solvi*). Kot bom pokazal v nadaljevanju, TPF vnaša dodatno raven kompleksnosti v obe navedeni vrsti odločitev arbitrov.⁹

V prispevku se ukvarjam z neobičajnimi položaji,¹⁰ do katerih lahko pride zaradi prisotnosti TPF in ki jih morajo arbitri razrešiti pri odločanju o stroških oziroma varščini za stroške arbitražnega postopka. Na začetku analiziram, ali je financirana stranka dejansko utrpela stroške arbitražnega postopka glede na to, da jih financira tretja oseba. To je odločilno za presojo, ali je financirana stranka, ki je uspela s svojim zahtevkom, od nasprotne stranke upravičena zahtevati povrnitev stroškov arbitražnega postopka. Drugo vprašanje je, ali lahko financirana stranka, ki je uspela z zahtevkom, od nasprotne stranke kot stroške arbitražnega postopka zahteva tudi povrnitev premije za uspeh, ki jo mora plačati financerju na podlagi njenega medsebojnega dogovora. Kot tretje me zanima, ali lahko arbitražni senat financerja šteje za stranko arbitražnega postopka in izda odločbo, s katero ga neposredno zaveže k povrnitvi stroškov nasprotne stranke, ki je uspela v postopku. Na koncu je predmet analize vprašanje, kako lahko obstoj TPF vpliva na presojo arbitrov, ali so podani pogoji za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka.¹¹

Zaradi nevarnosti, da bi se glede omenjenih vprašanj izoblikovala neenotna praksa, ki bi omajala zaupanje v mednarodno arbitražo, arbitri potrebujejo merila (usmeritve) za konsistentno in predvidljivo odločanje v teh občutljivih primerih.¹² Namen tega prispevka je zato oblikovanje smernic (priporočil) za ravnanje arbitrov, podprtih z vodilno arbitražno teorijo in prakso, ki se je v zvezi z omenjenimi vprašanji že izoblikovala.

⁸ Razporeditev stroškov (*allocation of costs*) je v arbitražni teoriji in praksi uveljavljen izraz, s katerim označujemo odločitev arbitražnega senata (v arbitražni odločbi ali ločenem sklepu) o tem, katera stranka in v kakšni višini je dolžna povrniti nasprotni stranki stroške postopka, vključno s stroški zastopanja in nagradami arbitrov, ter nositi lastne stroške. Ta izraz uporabljajo tudi Arbitražna pravila UNCITRAL (spremenjena 2010) v 42. členu. Glej Sekolec, str. 102–104. Glej tudi Bühler, str. 253–254.

⁹ Huang, str. 525–537, v kontekstu sodnega odločanja opozarja na razsežnosti pojava TPF s katalogom osnovnih vprašanj, ki bi si jih moral zastaviti sodnik, kadar je v postopku soočen s prisotnostjo TPF. Sodnik bi se moral v konkretnem primeru seznaniti s TPF, njegovim ekonomskim ozadjem, naravo transakcije, razporeditvijo tveganj med stranki, ki se kaže skozi medsebojne pravice in obveznosti udeleženih subjektov, ter nazadnje izpeljati zaključke, kakšne učinke ima lahko TPF na postopek in položaj strank.

¹⁰ Tipologijo položajev (odprtih vprašanj), s katerimi se arbitri zaradi prisotnosti TPF srečujejo pri odločanju v zvezi s stroški arbitražnega postopka, povzemam po: Report of the ICCA–Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (v nadaljevanju: ICCA–Queen Mary Report (2018)), str. 146.

¹¹ Prav tam, str. 163–183.

¹² Glej Park, Rogers, str. 8.

2. Vpliv TPF na odločanje o stroških arbitražnega postopka

2.1. Osnovno izhodišče: načelo uspeha strank v postopku

Če katera od strank zahteva, da arbitražni senat odloči o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka, morajo arbitri najprej ugotoviti, ali so po pravu sedeža arbitraže (*lex arbitri*) in sporazumu strank pooblašteni za odločanje o stroških ter na kakšnem izhodišču (načelo uspeha strank v postopku). V primeru, da senat namerava neuspešni stranki naložiti plačilo stroškov stranke, ki je v postopku uspela, mora odločiti, katere vrste stroškov in v kakšni višini je zmagovita stranka upravičena zahtevati (standard razumnosti). Nazadnje mora senat odločiti, kolikšen del stroškov je neuspešna stranka dolžna povrniti stranki, ki je v postopku uspela.¹³

Arbitri uživajo široko diskrecijo pri odločanju o stroških arbitražnega postopka. Arbitražni zakoni večinoma zgolj pooblaščajo arbitre, da na zahtevo strank odločijo o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka, in določajo osnovno izhodišče za njihovo razporeditev.¹⁴ Sicer pa puščajo strankam avtonomijo pri oblikovanju postopka, vključno z vprašanjem razporeditve stroškov, arbitrom pa ustrezno polje diskrecije pri odločanju.¹⁵

Tudi večina pravil arbitražnih institucij,¹⁶ med njimi Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS (Ljubljanska arbitražna pravila), daje arbitrom dovolj široko diskrecijo, pri čemer pa določa nekatera osnovna izhodišča (merila) za razporeditev stroškov, s katerimi je ta diskrecija začrtana. Pravila kot osnovno izhodišče največkrat določajo načelo uspeha strank v postopku in obenem dopuščajo arbitrom, da od tega načela (v večji ali manjši meri) tudi odstopijo ali ga korigirajo, kadar to utemeljujejo okoliščine primera.¹⁷

¹³ Več o pristopu arbitrov k odločanju o stroških v ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 146–154.

¹⁴ Primerjaj 39. člen Zakona o arbitraži (ZArbit, Uradni list RS, št. 45/08 s spremembami), ki v primeru, da ni drugegačnega dogovora strank, senat pooblašča, da odloči, katera stranka in v kakšni višini je dolžna povrniti nasprotni stranki stroške postopka, vključno s stroški zastopanja in nagradami arbitrov, ter nositi lastne stroške. Pri tem pušča senatu diskrecijo (prosto presojo), da odloči ob upoštevanju okoliščin primera in izida postopka (načelo uspeha strank v postopku). Glej tudi 61. člen angleškega zakona o arbitraži (Arbitration Act) iz leta 1996 (dostopno na <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (22. 10. 2018)).

¹⁵ Glej tudi Bühler, str. 253–254, ki ugotavlja, da senati praviloma rutinsko odločajo o stroških, ne da bi podrobneje analizirali pravo sedeža arbitraže (*lex arbitri*). Meni, da je na tem področju »malo prava in veliko diskrecije«. Prav tako v arbitraži ni primerno (niti običajno), da bi senati uporabljali pravila o stroških, ki veljajo v nacionalnih ureditvah civilnega pravnega postopka. Ta so za potrebe arbitražnega postopka preveč zapletena, toga in strankam iz različnih okolij pogosto tudi tuja.

¹⁶ Med njimi so pravila arbitražnega inštituta pri Stockholmski trgovinski zbornici – SCC (2017), pravila arbitražnega inštituta pri Finski gospodarski zbornici (2013), pravila Nemškega arbitražnega inštituta – DIS (2018), pravila Londonskega mednarodnega arbitražnega sodišča – LCIA (2014).

¹⁷ Denimo z načelom dobre vere in poštenja. Glej peti odstavek 45. člena in 46. člen v povezavi z drugim odstavkom 21. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil.

Pristop arbitrov, ki pri razporeditvi stroškov v izhodišču upošteva načelo uspeha strank v postopku (*costs follow the event*¹⁸), je široko sprejet.¹⁹ Gre za prevladujočo prakso v mednarodni arbitraži.²⁰ Vodilni komentatorji ga zato prištevajo celo med temeljna načela mednarodnega trgovinskega prava,²¹ kar nemara potrjuje tudi njegova uvrstitev v Načela ALI/UNIDROIT za transnacionalne civilne postopke iz leta 2004. Zato je mogoče utemeljeno pričakovati, da se načelo uspeha kot osnovno izhodišče sklada s pričakovanji večine strank (uporabnikov) v mednarodni arbitraži.²² Temu sledita tudi slovenski ZArbit v 39. členu in Ljubljanska arbitražna pravila v 45. in 46. členu.²³

Načelo uspeha strank v postopku v bistvu pomeni, da mora stranka, ki je v postopku izgubila, zmagoviti stranki povrniti stroške, ki jih je ta imela zaradi arbitražnega postopka. Njegov smisel je v vzpostavitvi prejšnjega stanja (ekonomskega ravnotežja). V mednarodni arbitraži obstaja dokaj enotno stališče o tem, da načelo uspeha v postopku učinkovito odvrča stranke

¹⁸ Načelo *costs follow the event* je utemeljila prelomna sodba angleškega sodišča iz leta 1860 v zadevi *Harold v. Smith* (1860) 5 H. & N. 381, 385. Smisel načela je, da uspešna stranka (zaradi stroškov postopka) ne sme biti na slabšem zato, ker se je za zaščito svojih pravic obrnila na pristojni forum. Pri tem ne gre niti za bonus uspešni stranki niti za kazen neuspešni stranki, temveč za pravično izravnavo. Povzeto po ICC Commission on Arbitration and ADR Report on Decisions on Costs in International Arbitration, str. 16.

¹⁹ Kljub široki sprejetosti pa načelo uspeha v postopku ni univerzalno. V nekaterih jurisdikcijah (predvsem v ZDA, Indoneziji, na Japonskem in Filipinih) je uveljavljeno pravilo, da vsaka stranka nosi svoje stroške, vključno s stroški pravnega zastopanja, imenovano tudi ameriško pravilo (*the American rule*). Več Gotanda, str. 12–13.

²⁰ Glej Born, str. 3096. Glej tudi Lew, Mistelis, Kröll, str. 324–325.

²¹ Glej Gotanda, str. 216–220.

²² Primerjaj ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure (2004), načelo 25.1: »The winning party ordinarily should be awarded all or a substantial portion of its reasonable costs. «Costs» include court filing fees, fees paid to officials such as court stenographers, expenses such as expert-witness fees, and lawyers' fees.« Glej tudi ICC Commission on Arbitration and ADR, Report on Decisions on Costs in International Arbitration, str. 4–5, iz katerega izhaja, da so arbitražni senati merilo uspeha strank v postopku uporabili kot izhodišče pri odločitvah o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka v večini arbitraž pred ICC, ICDR/AAA, SCC, PCA, LCIA in kar v 91 odstotkih arbitraž pred HKIAC oziroma 90 odstotkih pred SIAC.

²³ Stalna arbitraža pri GZS je leta 2014 analizirala vzorec 40 arbitražnih odločb, izdanih med letoma 2006 in 2013. Povprečna vrednost spornega predmeta analiziranih arbitražnih odločb je 2.507.635,39 evra (vrednosti so se gibale od 3.338,34 do 44.960.750,56 evra). Domače arbitraže zajemajo (obe stranki s sedežem v Sloveniji) 52,5 odstotka, mednarodne arbitraže pa 47,5 odstotka (vsaj ena stranka s sedežem zunaj Slovenije). Stranke so prihajale iz 11 različnih držav (iz Slovenije 63, iz Madžarske 1, iz Hrvaške 4, iz Nemčije 4, iz Švice 1, iz Makedonije 2, iz Avstrije 4, iz Norveške 1, iz Bosne in Hercegovine 1, iz Velike Britanije 1 in iz Črne gore 1). Arbitražni senati so pri odločanju o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka: (a) v 29 primerih upoštevali načelo uspeha v postopku (72,5 odstotka); (b) v dveh primerih izhajali iz vnaprejšnjega dogovora strank v arbitražnem sporazumu (5 odstotkov); (c) v enem primeru odločili, da morata stranki stroške arbitraže nositi v enakem deležu, vsaka od njiju pa trpi lastne stroške (2,5 odstotka); (d) v osmih primerih v arbitražno odločbo povzeli poravnavo, v kateri so se stranke same dogovorile o razporeditvi stroškov (20 odstotkov). Iz analize izhaja, da je v praksi Stalne arbitraže pri GZS načelo uspeha strank v postopku daleč prevladujoče merilo, ki ga arbitražni senati uporabljajo kot izhodišče za odločanje o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka. Senati so to merilo uporabili v 72,5 odstotka vseh analiziranih primerov.

od vlaganja neutemeljenih, špekulativnih in pretiranih zahtevkov ter nedobrovernega pravnega na splošno. Takšen pristop k razporeditvi stroškov naj bi na tožnike načeloma deloval tudi kot pozitivna spodbuda k večji previdnosti pri oceni višine zahtevkov in uveljavljanju zgolj kvalitetnih zahtevkov.²⁴

2.2. Ali so financirani stranki dejansko nastali stroški arbitražnega postopka

Prvo vprašanje je, ali je financirana stranka, ki je uspela v postopku, od nasprotne stranke upravičena zahtevati povrnitev stroškov arbitražnega postopka glede na to, da je te stroške financirala tretja oseba. Drugače povedano, ali so financirani stranki stroški dejansko nastali?²⁵

Ozko gledanje in poenostavljanje problematike nas lahko pripelje do zaključka, da financirana stranka *a priori* ni upravičena do povrnitve stroškov arbitražnega postopka, saj teh stroškov ni sama plačala. Vendar pa bi bil takšen (preuranjen) sklep v večini primerov napačen in nepravilen do financirane stranke. Arbitri bodo zato morali preučiti pogodbo o financiranju stroškov arbitraže (pogodba o TFP)²⁶ v delu, ki ureja finančne pogoje, zlasti določbe, ki urejajo plačilo financerja v primeru uspeha stranke z zahtevkom.²⁷ Kot je bilo uvodoma pojasnjeno, je TPF odplačni posel, pri katerem je financer v primeru uspeha financirane stranke v postopku upravičen do premije za uspeh, ki je običajno določena v odstotku od prisojenega zneska ali kot večkratnik vloženi sredstev oziroma kar je več. Tovrstna določila v pogodbi med financerjem in financirano stranko so v praksi tipična in veljajo za standard v industriji TPF.²⁸

S tem vprašanjem se je ukvarjala tudi Komisija ICC za arbitražo in ARS, ki ugotavlja, da je v primerih, ko tožniku stroške arbitražnega postopka financira tretja oseba, ta običajno poplačana iz koristi, ki jo je tožnik dosegel v arbitražnem postopku. Uspešni tožnik bo tako dejansko utrpel stroške (arbitražnega postopka), saj jih bo moral na podlagi pogodbe o TPF financerju povrniti.²⁹ Z vidika stroškov arbitražnega postopka zato TPF za uspešnega tožnika

²⁴ Tako Gotanda, str. 35, sklicujoč se na empirično študijo Hughesa, Snyderja, str. 244.

²⁵ ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 155.

²⁶ Pogodba o financiranju stroškov arbitraže se v angleško govorečem krogu označuje kot »Litigation Finance Contract« ali »Litigation Finance Agreement« (LFA). O teh pogodbah obširneje Steinitz, Field, str. 711–772.

²⁷ V tem duhu je treba razumeti tudi 35. člen novih pravil SIAC za investicijske arbitraže iz leta 2017, ki TPF izrecno omenja kot okoliščino, ki jo arbitražni senat *lahko* upošteva, ko odloča o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka: »The Tribunal may take into account any third-party funding arrangements in ordering in its Award that all or a part of the legal or other costs of a Party be paid by another Party.«

²⁸ Glej točko 2.5 Kodeksa ravnanja združenja financerjev Anglije in Walesa (Code of Conduct for Litigation Funders, The Association of Litigation Funders of England & Wales), sprejetega leta 2011 (rev. 2018).

²⁹ Glej tudi Scherer, Goldsmith, Fléchet, str. 662.

tipično ne bo finančno nevtralna operacija.³⁰ Arbitražni senat bo seveda moral ugotoviti, da so stroški, ki jih financirana stranka vtožuje, dejansko nastali, bili plačani (za račun financirane stranke) in so razumni (*reasonable*).³¹ Mnenje komisije je mogoče razumeti v smislu, da ne gre za vprašanje pravice, temveč tehnike.

Tudi arbitražni senati so se v praksi že srečali z vprašanjem, ali ima uspešna financirana stranka pravico zahtevati povrnitev stroškov arbitražnega postopka od nasprotne stranke. Do zdaj je javno znanih vsaj pet takih primerov, pri čemer komentatorji opažajo, da je v vseh mogoče zaslediti precejšnjo konsistentnost odločanja senatov. Kot vodilni primer se pogosto navaja arbitraž ICSID v zadevi *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*.³² Potem ko je tožnik (investitor) uspel s svojim zahtevkom, je tožena stranka (država gostiteljica) nasprotovala tožnikovi zahtevi za povrnitev stroškov arbitražnega postopka z argumentom, da je tožnikove stroške financirala podružnica nemške zavarovalnice Allianz Litigation Funding. Arbitražni senat, ki mu je predsedoval Yves Fortier, je zavrnil ugovor tožene stranke z obrazložitvijo, da »senatu ni poznano nobeno načelo, na podlagi katerega bi bilo potrebno financiranje stroškov arbitraže upoštevati pri odločitvi, ali lahko tožeča stranka zahteva povrnitev stroškov«. Z dobesedno enakim argumentom so pozneje ICSID-ovi tribunali priznali pravico financirane stranke do povrnitve stroškov še v dveh drugih primerih, in sicer v zadevi *RSM Production Corporation v. Grenada*³³ ter *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*.³⁴ Posebno zanimiv (in nenavaden) je prvi od omenjenih primerov, *RSM Production Corporation v. Grenada*, saj je bila v njem financirana tožena stranka (država). Šlo je za to, da v razveljavitvenem postopku neuspešni tožnik (predlagatelj) ni plačal zahtevanih predujmov in je ICSID postopek ustavil. Predlagatelj je trdil, da mu ni treba povrniti stroškov, ki jih je imela tožena stranka z razveljavitvenim postopkom, saj tožena stranka teh stroškov ni utrpela zaradi tega, ker jih je financirala tretja oseba. Razveljavitveni odbor je iz že omenjenih razlogov zavrnil tožnikove argumente.³⁵

Ustrezno širino razumevanja je pokazal tudi arbiter v eni od starejših arbitraž ICC,³⁶ v kateri je *obiter dictum* obravnaval (hipotetično) pravico financirane tožene stranke do povrnitve stroškov. Kot pojasnjuje, bi bila tožena stranka, če bi v sporu uspela, upravičena od tožeče stranke

³⁰ Pogoj za povrnitev stroškov arbitražnega postopka je, da jih je stranka tudi dejansko (ekonomsko) utrpela. Glej ICC Commission on Arbitration and ADR, Report on Decisions on Costs in International Arbitration, str. 16.

³¹ Prav tam, str. 17.

³² ICSID Case No. ARB/05/18.

³³ ICSID Case No. ARB/05/14.

³⁴ ICSID Case No. ARB/08/2.

³⁵ Primere povzemam po Honlet, str. 702–703.

³⁶ ICC Case No. 7006, Final Award of 1992. Primer povzemam po ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 152.

zahtevati povrnitev stroškov pravnega zastopanja, ki jih je financirala tretja oseba (zavarovalnica). Po mnenju arbitra to, da je namesto stranke plačala stroške pravnega zastopanja tretja oseba na podlagi predhodnega dogovora, ne zanika dejstva, da je njihovo plačilo še vedno primarna obveznost stranke, ki je pravnega zastopnika pooblastila za zastopanje. Tožena stranka bi namreč v primeru uspeha morala financerju povrniti njegov finančni vložek.

Konsistentno (*a contrario*) pa je tribunal Stockholmskega arbitražnega inštituta v zadevi *Quasar de Valores SICAN S.A. v. the Russian Federation* odredel financiranemu tožniku pravico do povrnitve stroškov arbitražnega postopka. V tem primeru je Menatep Ltd, nekdanji večinski delničar Yukosa, financiral zahtevke razlastninjenih delničarjev v investicijski arbitraži proti Ruski federaciji brez (iztožljive) pravice do povrnitve stroškov financiranja in nagrade v primeru uspeha. V koncizni, vendar prepričljivi obrazložitvi je senat pod predsednikovanjem Charlesa N. Browerja utemeljil, da »običajni argumenti, ki uspešni financirani stranki omogočajo povrnitev stroškov, v tem primeru ne pridejo v poštev, saj financiranje tipično predpostavlja financierjevo iztožljivo pravico do premije [za prevzeto tveganje] v primeru uspeha. V tem primeru takšna iztožljiva obveznost na strani financirane stranke ne obstaja [...]«. Tožnik ni uspel niti z argumentom, da bi financier Menatep teoretično lahko uspešno iztožil financirano stranko zaradi neupravičene obogatitve v njenem domicilu v Španiji.³⁷ Zaključek, da financirana stranka stroškov arbitražnega postopka dejansko ni utrpela, je tako teoretično možen le v izjemnih primerih, denimo pri tako imenovanem *pro bono* financiranju stroškov arbitražnega postopka, ko financier krije stroške iz dobrodelnega ali podobnega (moralnega, darilnega) vzgiba in v zameno ne pričakuje povrnitve teh stroškov niti ni do njih upravičen.³⁸

Glede na navedeno je mogoče prepričljivo zastopati dvojje priporočil (smernic) za arbitre:

1. Dejstvo, da je stranki financirala stroške arbitražnega postopka tretja oseba, samo po sebi ni zadosten razlog, da bi arbitri pri odločanju o razporeditvi stroškov odstopili od uporabe načela uspeha v postopku in financirani stranki, ki je v postopku uspela, odrekli pravico do povrnitve stroškov.
2. Kadar tretja oseba financira stroške arbitražnega postopka, tipično obstaja obveznost financirane stranke, da v primeru uspeha v postopku povrne financierju njegov vložek. Obstoj tovrstne obveznosti bi sam po sebi moral zadoščati za sklep arbitražnega senata, da je financirana stranka dejansko utrpela te stroške arbitražnega postopka.³⁹

³⁷ SCC Arbitration, Award dated 20 July 2012, točka 223.

³⁸ Glej tudi Chan, str. 300–301. Avtorica navaja še en takšen primer »dobrih samaritanov« (*Good Samaritans*), kot ga pomenljivo poimenuje. Gre za investicijsko arbitražo *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7), v kateri je Bloomberg Foundation v okviru svoje kampanje »Campaign for Tobacco-free Kids« *pro bono* financiral stroške obrambe Urugvaja proti tožbi tobačne multinacionalke.

³⁹ ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 155.

2.3. Ali financerjevo premijo za uspeh lahko štejemo med stroške arbitražnega postopka

Vse pogosteje se arbitražni senati srečujejo z vprašanjem, ali je financerjevo premijo za uspeh mogoče šteti med razumne stroške, ki jih je financirana stranka imela zaradi arbitražnega postopka. Zanima nas torej, ali lahko financirana stranka, ki je uspela v postopku, od nasprotne stranke kot stroške arbitražnega postopka terja tudi povrnitev premije za uspeh, ki jo mora plačati financerju na podlagi njune medsebojne pogodbe.⁴⁰

Pri omenjenem vprašanju gre za dvoplastni problem. Prvič, gre za vprašanje kvalifikacije⁴¹ stroškov arbitražnega postopka. In drugič, odpira se vprašanje razumnih meja, v katerih lahko uspešna financirana stranka zahteva povrnitev stroškov, ki so ji nastali zaradi arbitražnega postopka (standard razumnosti, angl. *reasonableness*⁴²).

Komisija ICC za arbitražo in ARS ugotavlja, da pogodbe o financiranju stroškov arbitraže v primeru uspeha stranke v postopku poleg obveznosti povrnitve financerjevega vložka (plačanih stroškov arbitražnega postopka) običajno predvidevajo tudi obveznost plačila premije za uspeh v zameno za prevzeto tveganje; premija predstavlja ceno kapitala. Komisija pavšalno zaključuje, da je v teh primerih »verjetno«, da lahko financirana stranka, ki je uspela v postopku, v določenih okoliščinah zahteva od nasprotne stranke povrnitev cene kapitala v obliki stroška arbitražnega postopka. Kot primer navaja obresti za namensko bančno posojilo, ki ga stranka najame za plačilo stroškov arbitražnega postopka. Po mnenju komisije se morajo v teh primerih arbitri prepričati o tem, da je financirani stranki strošek (kapitala) nastal zaradi uveljavljanja zahtevka v arbitraži, da ga je stranka dejansko utrpela in da je razumen.⁴³

Pristop Komisije ICC za arbitražo in ARS se zdi nekoliko preveč liberalen. Sam se bolj zavzemam za pristop, ki odgovor na uvodoma zastavljeno vprašanje poišče skozi vzporednice s tako imenovanimi *contingency fee* dogovori,⁴⁴ ki jih štejemo za TPF v širšem pomenu besede.

⁴⁰ Prav tam, str. 156.

⁴¹ Glej denimo Savola, str. 281–288, ki odvetniške, zavarovalniške in druge premije za uspeh uvršča med »kontroverzne« vrste stroškov.

⁴² Več o standardu razumnosti Bühler, str. 271. Glej tudi Wehrli, str. 253. Zahteva po razumnosti je namenjena omejevanju pretiranih zahtevkov strank glede stroškov in se presoja iz objektivnega gledišča. Wehrli objektivni preizkus razumnosti pojmuje kot preizkus, katere stroške je razumna stranka pripravljena utrpeti za uveljavitev zahtevka oziroma obrambo v arbitraži. Po drugi strani pa pojasnjuje, da se je v okviru preizkusa razumnosti treba vprašati tudi, kaj bi v očeh nasprotne stranke bili razumni stroški, ki bi jih njen nasprotnik bil pripravljen utrpeti v ta namen.

⁴³ ICC Commission on Arbitration and ADR, Report on Decisions on Costs in International Arbitration, str. 17.

⁴⁴ S *contingency fee* dogovorom se odvetnik zaveže na lastne stroške in riziko zastopati stranko v arbitraži, stranka pa se zaveže odvetniku odstopiti delež (odstotek) od zneska, ki ga senat prisodi stranki oziroma ga stranka pridobi v primeru poravnave. Če stranka v postopku ne uspe (ne pridobi nobene koristi iz arbitražne odločbe ali poravnave), odvetnik ne prejme ničesar. Glej Wehrli, str. 252–254.

Do nedavne odmevne odločitve v zadevi *Essar v. Norscot*⁴⁵ arbitražna in sodna praksa o tem, ali je financerjevo premijo za uspeh mogoče šteti med razumne stroške, ki jih je financirana stranka imela zaradi arbitražnega postopka, nista bili znani. Znana pa je tozadевна praksa v zvezi s *contingency fee* dogovori, ki po mojem mnenju (ne glede na primer *Essar*) še vedno predstavlja ustrezno podlago za oblikovanje smernic za odločanje arbitrov v tovrstnih položajih. Najpogosteje se citira zadeva *Siag & Vecchi v. Arab Republic of Egypt*,⁴⁶ v kateri je tribunal ICSID tožnikoma priznal pravico do povrnitve razumnih stroškov pravnega zastopanja v vrednosti 6.000.000 ameriških dolarjev. Tožnika sta zaradi finančnih težav s pravnim zastopnikom King & Spalding sklenila *contingency fee* dogovor, na podlagi katerega je bila odvetniška družba (financer) upravičena do plačila le v primeru uspeha tožnikov v postopku. V postopku uspešna tožnika sta od tožene stranke zahtevala povrnitev stroškov pravnega zastopanja, izračunanih na podlagi običajnih urnih postavk omenjene odvetniške družbe. Arbitražni senat je tožnikoma stroške pravnega zastopanja priznal kot razumne. Štel je, da sta tožnika upravičena do povrnitve stroškov pravnega zastopanja v ocenjeni vrednosti časa, ki ga je pravni zastopnik vložil v primer, saj sta bila v primeru uspeha pogodbeno zavezana plačati pravnemu zastopniku te stroške.⁴⁷ V odklonilnem ločenem mnenju arbiter Francisco Orrego Vicuña opozarja, da čeprav *contingency fee* dogovor sam po sebi ni nič nenavadnega, vseeno predpostavlja, da tožnik sprejme določeno tveganje, ki pa ga ni primerno v celoti prevaliti na toženca, zlasti če upoštevamo višino zneskov v konkretnem primeru. Poudariti je treba, da se v tem primeru senat ni neposredno ukvarjal z vprašanjem, ali je mogoče zahtevati povrnitev financerjeve premije za uspeh, temveč se je omejil le na vprašanje razumnosti vtoževanih stroškov pravnega zastopanja. Nekateri komentatorji zato menijo, da je senat v tej zadevi implicitno sprejel tezo o nevtralnosti TPF pri odločitvah senatov o razporeditvi stroškov arbitražnega postopka.⁴⁸

Drugo, popolnoma neuhojeno pot pa je ubral arbiter posameznik, Sir Philip Otton, ki je v eni od arbitraž ICC s sedežem v Londonu⁴⁹ propadlemu tožencu (*Essar Oilfields Services Ltd*) naložil vračilo pretežnega dela premije za uspeh v znesku 1.940.000 britanskih funtov,⁵⁰ ki jo je v postopku uspešni tožnik (*Norscot Rig Management Pvt Ltd*) moral plačati financerju (*Woodsford Litigation Funding*) na podlagi pogodbe o financiranju stroškov arbitraže. Arbiter je štel,

⁴⁵ *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, Queen's Bench Division (Commercial Court) 15 September 2016, [2016] EWHC 2361 (Comm). Izčrpano analizo odločbe poda Živković, str. 35–50.

⁴⁶ ICSID Case No. ARB/05/15.

⁴⁷ Prav tam, točka 604.

⁴⁸ Tako Honlet, str. 703–704. Primerjaj tudi Williams, Walton, str. 434.

⁴⁹ Arbitražna odločba ICC No. 15790/VRO z dne 17. 12. 2015 in njena razlaga z dne 3. 3. 2016 sta postali znani v postopku izpodbijanja arbitražne odločbe pred sodiščem Anglije in Walesa v zadevi *Essar v. Norscot*.

⁵⁰ To je trikratnik stroškov arbitražnega postopka v vrednosti približno 647.000 britanskih funtov, ki jih je financer plačal za tožnika (financirano stranko).

da pojem »drugi stroški« (*other costs*) iz točke c prvega odstavka 59. člena angleškega zakona o arbitraži iz leta 1996 (*lex arbitri*) poleg stroškov pravnega zastopanja obsega tudi kakršnekoli druge razumne stroške strank, vključno s financerjevo premijo za uspeh. Po besedah arbitra je bilo odločilnega pomena toženčevo fravdulozno ravnanje pred in med arbitražnim postopkom. Essar je sistematično finančno izčrpaval tožnika in ga naposled pahnil v brezizhoden položaj, v katerem mu za zaščito svojih pravic ni preostalo drugega, kot da si pod tržnimi pogoji zagotovi financiranje stroškov arbitraže s pomočjo TPF. Arbitrer je na podlagi izvedenskega mnenja ocenil, da premija za uspeh, ki je v konkretnem primeru znašala trikratnik plačanih stroškov oziroma 35 odstotkov od prisojenega zneska, odraža običajne tržne pogoje. Essar je arbitražno odločbo pozneje izpodbijal pred pritožbenim sodiščem Anglije in Walesa, vendar brez uspeha. Sodišče je v celoti pritrdilo arbitru z utemeljitvijo, da je bila odločitev arbitra znotraj poverjenih mu pooblastil (diskrecije), ki jih ima pri vsebinskem napolnjevanju pojma »drugi stroški« iz točke c prvega odstavka 59. člena angleškega zakona o arbitraži.⁵¹ Zanimivo (in za naše okolje nedoumljivo) je, da se je sodišče vsebinsko ukvarjalo tudi z razlago te določbe v angleškem zakonu o arbitraži, čeprav mu tega ne bi bilo treba storiti, saj je zahtevo za razveljavitev arbitražne odločbe zavrnilo že iz razloga, ker ni ugotovilo zatrevane »bistvene nepravilnosti« (*serious irregularity*) po točki b drugega odstavka 68. člena angleškega zakona o arbitraži. Sodišče je arbitru pritrdilo tudi pri vsebini, rekoč, da jezikovna, logična in sistematična razlaga pripeljejo do sklepa, da lahko pojmovno odprti institut »drugih stroškov« obsega tudi stroške financiranja arbitraže, ki stranki nastanejo zaradi uveljavitve zahtevka ali obrambe pred zahtevkom. Nazadnje je sodišče odločitev arbitra preizkusilo tudi z vidika načela pravičnosti. Po besedah sodišča bi bilo »skrajno nenavadno in neposrečeno«, če arbitrer po določbi točke c prvega odstavka 59. člena zakona o arbitraži ne bi imel možnosti med »druge stroške« uvrstiti tudi stroške financiranja arbitraže v primerih, ko je te stroške tako očitno in neposredno povzročila stranka, ki je v sporu izgubila.⁵²

Kljub precejšnji odmevnosti primeru *Essar v. Norscot* vendarle ne gre pripisovati prelomnega pomena.⁵³ V tem primeru je namreč arbitrer svojo odločitev sprejel na podlagi zelo specifičnega (ekscenega) dejanskega stanja in sinhronega učinkovanja določb točke c prvega odstavka 59. člena angleškega zakona o arbitraži ter prvega odstavka 31. člena arbitražnih pravil ICC iz leta 1998,⁵⁴ ki so se uporabljala v predmetni arbitraži. Kot že omenjeno, Komisija ICC za arbitražo in ARS izrecno dopušča tolmačenje pravil ICC na način, da je financerjevo premijo za uspeh mogoče šteti med stroške arbitražnega postopka. Vendar pa to ne pomeni, da bi

⁵¹ Glej točke 41–47 odločbe *Essar v. Norscot*, [2016] EWHC 2361 (Comm).

⁵² Prav tam, točke 56 in 68–72.

⁵³ Sullivan, str. 8–12.

⁵⁴ Določba se glasi: »The costs of the arbitration shall include [...] and the *reasonable legal and other costs* incurred by the parties for the arbitration.« (Poudaril avtor.)

arbitri ob uporabi kakega drugega *lex arbitri* oziroma arbitražnih pravil prišli do enakega zaključka, saj bi bili lahko bistveno bolj omejeni v svoji kreativnosti pri razlagi pojma »stroškov arbitražnega postopka«. Ne glede na vezanost zadeve *Essar* na angleški *lex arbitri* pa lahko pomeni močno spodbudo za financirane stranke, da v primeru uspeha v postopku od nasprotne stranke terjajo povrnitev financerjeve premije za uspeh. Menim, da odločitve, kot je *Essar*, v mednarodni arbitraži nikakor ne smejo postati pravilo, temveč morajo ostati izjema, pridržana za ekscesne primere. V nasprotnem primeru lahko pride do absurdnih odločitev o stroških onkraj standarda razumnosti, pri katerih financirana stranka ne nosi nikakršnega tveganja; če spor izgubi, stroške plača financer, če spor dobi, ji mora nasprotna stranka povrniti poleg stroškov še financerjevo premijo za uspeh.

Po večinskem stališču morajo stroški nastati zaradi arbitražnega postopka. Če torej zmagovita stranka želi uspešno zahtevati povrnitev stroškov, mora obstajati tesna povezava med nastalimi stroški in uveljavljanjem zahtevka oziroma obrambo v arbitraži.⁵⁵ Strinjam se s stališčem, da stroškov, ki stranki nastanejo zaradi osebnih okoliščin, ni mogoče šteti za razumne. Wehrli pojasnjuje, da *contingency fee* dogovore stranke sklepajo iz osebnih razlogov, ki so lahko v pomanjkanju finančnih sredstev ali želji (odločitvi), da omejijo svoje tveganje in ga delijo z odvetnikom ali financerjem (»*Prozessfinanzier*«). Ker so vzgibi za takšne transakcije osebne narave, premije za uspeh izpadejo iz definicije razumnih stroškov. To pomeni, prvič, da lahko financirana stranka, ki je uspela v postopku, od nasprotne stranke zahteva povrnitev premije za uspeh odvetnika (*contingency fee*) le do višine sicer razumnih stroškov pravnega zastopanja v konkretnem primeru.⁵⁶ In drugič, povrnitve premije za uspeh financerja kot take ni mogoče zahtevati, je pa mogoče zahtevati (razumne) stroške arbitražnega postopka, ki jih je financer plačal za stranko.⁵⁷ Bistveno je, da oboje pripelje do enakovrednega rezultata za stranke, tako z vidika postopkovne pravičnosti kot pripadajočih ekonomskih učinkov. Videti je jasno analogijo s prej obravnavano odločbo v zadevi *Siag & Vecchi v. Arab Republic of Egypt*.

Glede na vse navedeno zastopam naslednja priporočila za arbitre:

1. Premija za uspeh, ki jo mora financirana stranka v primeru uspeha z zahtevkom plačati financerju, je kompromis, ki ga financirana stranka sprejme zato, da financer nase prevzame tveganja, povezana s plačilom stroškov arbitražnega postopka. Ta obljuba premije ni povezana z arbitražnim postopkom kot takim in je osebne narave.

⁵⁵ Bühler, str. 271. Primerjaj tudi določbo 46. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil: »Če se stranke niso drugače sporazumele, senat na zahtevo katere koli stranke [...] odloči o povrnitvi *razumnih stroškov*, ki so jih stranke imele zaradi postopka, vključno s stroški pravnega zastopanja.« (Poudaril avtor.)

⁵⁶ Prim. tudi Meredith, Aspinall, str. 22.

⁵⁷ Wehrli, str. 253–254.

2. Zato načeloma ni primerno, da bi arbitražni senati financiranim strankam prisojali premije za uspeh, saj premija ni strošek arbitražnega postopka, ki bi bil neposredno povezan z uveljavljanjem zahtevka oziroma obrambe v arbitraži.⁵⁸
3. Po drugi strani pa lahko financirana stranka, ki je uspela v postopku, zahteva povrnitev razumnih stroškov arbitražnega postopka, vključno s stroški pravnega zastopanja,⁵⁹ ki jih je financer plačal zanjo. V ta namen mora financirana stranka že na začetku postopka *sua sponte* razkriti kakršenkoli dogovor TPF, da lahko nasprotna stranka oceni potencialna tveganja, ki jim je izpostavljena.

2.4. Ali lahko arbitri naložijo plačilo stroškov arbitražnega postopka neposredno financerju

Verjetno najbolj kontroverzno je vprašanje, ali lahko arbitražni senat ob upoštevanju načela uspeha v postopku izda odločbo, s katero financerju (tretji osebi) neposredno naloži povrnitev stroškov nasprotne stranke, ki je uspela v postopku.⁶⁰ Gre za dilemo, ali lahko arbitražna odločba v delu, ki se nanaša na razporeditev stroškov arbitražnega postopka, učinkuje v razmerju do oseb, ki se niso prostovoljno podredile pristojnosti arbitraže in niso stranke postopka.

Poudariti je treba, da odmevne odločitve sodišč Anglije in Walesa v zadevah *Arkin*,⁶¹ *Excalibur*⁶² in *Legg*⁶³ – te so v civilnih sodnih postopkih vzpostavile (omejeno) odgovornost financerja za povrnitev sodnih stroškov nasprotne stranke, ki je v postopku uspela zoper financirano stranko – ne morejo biti uporabljene kot zgled za implementacijo enakovrednega modela

⁵⁸ Povzeto po ICCA–QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs (2015), str. 3 in 9–10. Primerjaj stališče v aktualnem ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 146.

⁵⁹ Glej izvleček iz odločbe Stalne arbitraže pri GZS v zadevi SA 5.6 5/2012 (1. 7. 2013), stranke: Madžarska, Slovenija, pcto. 806.385,51 evra s pp. Senat je zavzel stališče, da pri odločanju o razumnosti priglašeni stroškov zastopanja ni vezan na odvetniško tarifo, ki velja v sedežu arbitraže (Madžarska), in da omenjeno tarifo lahko senat uporabi le kot pomožni kriterij za odločanje o razumnosti stroškov. Izvleček iz odločbe je objavljen v: Slovenska arbitražna praksa, letnik IV, številka 1, 2015, str. 28–42. V mednarodni arbitraži je to stališče široko sprejeto. Glej Bühler, str. 272; Meredith, Aspinall, str. 24, ki se sklicujeta na odločbo ICC Case No. 8786 of 1997.

⁶⁰ ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 156–160.

⁶¹ *Arkin v. Borchard Lines Ltd and others* [2005] EWCA Civ 655. Sodišče je odločilo, da je profesionalni financer, ki financira del tožnikovih sodnih stroškov – s čimer je tožniku omogočen dostop do pravice in če zoper financiranje ni morebitnih drugih zadržkov –, potencialno odgovoren za povrnitev sodnih stroškov nasprotne stranke, in sicer do višine finančnih sredstev, ki jih je vložil v financiranje postopka.

⁶² *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc and Ors* (Rev 2) [2014] EWHC 3436 Comm.

⁶³ *Legg and Others v. Sterte Garage Ltd and Another* [2016] EWCA Civ 97. Sodišče je po tem, ko je toženec propadel v postopku in postal insolventen, naložilo plačilo stroškov postopka zavarovalnici, ki je v pravdi sprva aktivno sodelovala na strani toženca, odločilno vplivala na strategijo pravedanja in procesne odločitve ter v lastnem (ekonomskem) interesu financirala toženčevo obrambo, pozneje pa se je iz postopka umaknila.

v mednarodno arbitražo. Koncept odgovornosti financerja, ki so ga v omenjenih primerih izoblikovala sodišča, je specifična angleška iznajdba in je utemeljen na izrecnem pooblastilu, vsebovanem v *Senior Courts Act 1981*, ki sodiščem daje polno diskrecijo, da odločijo, kdo in v kakšnem obsegu nosi stroške sodnega postopka.⁶⁴ V nasprotju s sodišči pa arbitražni senati takega pooblastila nimajo niti ga po mojem mnenju ne bi smeli imeti, če želimo ohraniti konsenzualno naravo arbitraže.

Trenutno ni znan noben primer, da bi arbitri naložili financerju povrnitev stroškov nasprotne stranke, ki je uspela v postopku. To je logično, saj je pristojnost arbitražnega senata utemeljena na arbitražnem sporazumu med strankami, ki učinkuje *inter partes*, kar Born označuje kot temelj mednarodne arbitraže.⁶⁵ Gre za univerzalno sprejeto načelo,⁶⁶ ki je dosledno izpeljano v skoraj vseh arbitražnih zakonih,⁶⁷ arbitražnih pravilih UNCITRAL (rev. 2010)⁶⁸ in pravi-
lih vodilnih institucionalnih arbitraž.⁶⁹ Več kot očitno je, da niti nacionalne zakonodaje niti arbitražna pravila ne dopuščajo možnosti, da bi senat naložil vračilo stroškov arbitražnega postopka osebi, ki ni stranka arbitražnega postopka. Senat lahko razporedi stroške le med stranke arbitražnega postopka (tj. med tožečo in toženo stranko oziroma stranko, ki se eventualno pridruži⁷⁰ postopku), nima pa pooblastila, da bi naložil vračilo stroškov uspešne stranke tretji osebi.⁷¹ Med tretje osebe spada tudi financer.⁷²

⁶⁴ Senior Courts Act, tretji odstavek 51. člena: »The court shall have full power to determine by whom and to what extent the costs are to be paid.« Dostopno na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/51> (22. 10. 2018).

⁶⁵ Born, str. 1405–1406; Lew, Mistelis, Kröll, str. 3; Blackaby, Partasides in dr., str. 14–15.

⁶⁶ Primerjaj tudi drugi odstavek 2. člena Newyorške konvencije o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb iz leta 1958 (Uradni list SFRJ, MP, št. 11/81). Ta določba sicer ureja pisno obliko arbitražnega sporazuma, vendar je iz nje jasno razvidno, da gre za sporazum med strankama (*by the parties*).

⁶⁷ Denimo angleški zakon o arbitraži v prvem odstavku 61. člena: »The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties.« V enakem duhu tudi ZArbit v prvem odstavku 39. člena.

⁶⁸ Glej drugi odstavek 42. člena Arbitražnih pravil UNCITRAL (rev. 2010): »Arbitražni senat v končni arbitražni odločbi ali, če to šteje za primerno, v drugi arbitražni odločbi določi znesek, ki ga mora stranka plačati drugi stranki kot posledico odločitve o razporeditvi stroškov.«

⁶⁹ Med njimi drugi odstavek 37. člena pravil ICC (2012), šesti odstavek 49. člena pravil SCC (2017) in drugi odstavek 28. člena pravil LCIA (2014).

⁷⁰ Institut pridružitve stranke postopku (*joinder*), ki ga urejajo vsa moderna arbitražna pravila (tudi Ljubljanska arbitražna pravila v 12. členu), omogoča, da se postopku kot stranka pridruži ena ali več tretjih oseb, pod pogojem, da te osebe zavezuje isti arbitražni sporazum. Več o pridružitvi stranke postopku Lahne, Rižnik, str. 13–15. Pripominjam, da v primeru TPF financerja ne zavezuje arbitražni sporazum med strankama v sporu in financer ni podal soglasja za sodelovanje v arbitražnem postopku. Zato financerja proti njegovi volji ni mogoče pridružiti kot stranko v arbitražni postopek.

⁷¹ Glej Živković, Galagan, str. 175.

⁷² ICC Commission on Arbitration and ADR, Report on Decisions on Costs in International Arbitration, str. 17.

Pripomniti je treba, da v mednarodni arbitraži sicer obstajajo različne teorije, po katerih se arbitražni sporazum potencialno lahko razširi tudi na osebe, ki niso stranke arbitražnega sporazuma, vendar se v arbitražni in sodni praksi te teorije razlagajo izjemno restriktivno. Gre denimo za doktrine o subrogaciji, pravnem nasledstvu, agenturi, garancijskih razmerjih, skupini podjetij, alter ego, estoppel ipd.⁷³ Vendar upoštevajoč naravo transakcije TPF hitro ugotovimo, da za financerja omenjene doktrine praviloma ne bodo prišle v poštev.⁷⁴ Financer namreč tipično ni udeležen v osnovnem pravnem razmerju, iz katerega izvira spor med strankama in katerega del je tudi arbitražni sporazum. To velja tako za fazo pogajanj in stipulacije kot za izpolnitveno fazo. Prav tako financer iz osnovnega pravnega razmerja (med strankama v sporu) ni upravičen do nobenih koristi. Levy in Bonnan poudarjata, da se stranka tipično obrne na financerja takrat, ko spor že nastane, in da so financerjev interes izključno koristi iz arbitražnega postopka, ne pa udeležba pri koristih iz temeljnega poslovnega razmerja med strankama, ki sta v sporu. Nadaljujeta, da tudi vpliv financerja na strankine procesne odločitve sam po sebi ne zadošča za sklep, da je financer postal stranka postopka, saj njegov interes ostaja ekonomski. V zaključku se sprašujeta, v čem bi bil potemtakem smisel razlikovanja med klasičnim financerjem in zavarovalnico ter odvetnikom, ki deluje na podlagi *contingency fee* dogovora. Vsi trije so aktivno udeleženi v postopku na strani financirane stranke, skupen pa jim je tudi ekonomski interes glede izida postopka.⁷⁵

Ideje, da bi arbitri morali imeti možnost naložiti financerju povrnitev stroškov nasprotne stranke, napaja strah pred tem, da si stranka v primeru uspeha v postopku ne bo uspela povrniti stroškov od financirane stranke, financerja pa tudi ne bo mogla terjati zanje. Zagovorniki teh stališč poudarjajo, da nikomur ne bi smelo biti omogočeno, da financira arbitražo in v primeru uspeha od tega profitira, po drugi strani pa v primeru neuspeha ne nosi tveganja plačila stroškov nasprotne stranke. Nekateri od njih to slikovito označujejo kot »sprejemanje stanja hazarderjeve nirvane«. Menim, da ta trditev zgreši bistvo TPF v več pogledih. Prvič, ne upošteva, da financer že v osnovi prevzame tveganje, da bo v primeru neuspeha izgubil svoj celotni vložek v stroške arbitražnega postopka, ki jih je financiral za stranko. Financerjeva aktivnost tako po naravi stvari ni brez tveganja. Drugič, ne upošteva, da se stranke v mednarodni arbitraži proti tveganju plačila adversarnih stroškov pogosto (tudi na zahtevo financerjev) ščitijo s tako imenovanimi *after the event* (ATE) zavarovalnimi policami.⁷⁷ Poleg tega pa tudi insti-

⁷³ O tem obširno Born, str. 1409–1484.

⁷⁴ Glej Scherer, Goldsmith, Fléchet, str. 662; Mechantaf, str. 371–379.

⁷⁵ Levy, Bonnan, str. 82–84.

⁷⁶ Tako Chan, str. 318–319, ki se pri tem sklicuje na ločeno mnenje Gavina Griffitha v ICSID-ovi arbitraži *RSM Production Corporation v. Saint Lucia* (ICSID Case No. ARB/12/10).

⁷⁷ Zavarovanje ATE si stranka (zavarovanec) priskrbi po nastanku spora in jo štiti pred tveganjem, da bo morala v primeru neuspeha povrniti nasprotni stranki stroške postopka. V primeru uspeha stranke v postopku je zavarovalnica

tucionalni financjerji (proti dodatni premiji) prevzamejo odgovornost za eventualno plačilo stroškov nasprotne stranke. Kot vidimo, argumenti teh komentatorjev temeljijo na napačnih predpostavkah, da TPF sam po sebi predpostavlja plačilno nezmožnost financirane stranke in da je financiranju stroškov arbitraže inherentna nevarnost zlorabe procesnih pravic skozi obvladovanje postopka iz ozadja.⁷⁸ Tudi če bi predpostavka o plačilni nezmožnosti financirane stranke teoretično držala, to ne spremeni dejstva, da gre za običajno poslovno tveganje, s katerim morajo stranke računati v trenutku sklenitve pogodbe (arbitražnega sporazuma), in lahko v končni fazi pomeni tudi, da si v postopku uspešna stranka ne bo povrnila stroškov arbitražnega postopka.⁷⁹ Zagovorniki teh idej se zatekajo k raznim pravnim konstrukcijam, s katerimi želijo utemeljiti svoja stališča. Chanova denimo ponuja tudi svoje smernice, ki naj bi jih stranke sporazumno sprejele kot nekakšna »dopolnilna arbitražna pravila«, na podlagi katerih bi lahko senat naložil povrnitev stroškov nasprotne stranke neposredno financjerju.⁸⁰ Jurisdikcijo senata nad financjerjem pa utemeljujejo kar skozi točko b splošnega standarda številka 6 v Smernicah IBA o navzkrižju interesov v mednarodni arbitraži iz leta 2014. Chanova sicer priznava, da je naložitev stroškov zmagovite nasprotne stranke neposredno financjerju lahko sporna glede na konsenzualno naravo arbitraže. Obenem pa pojasnjuje, sklicujoč se na točko b splošnega standarda številka 6 smernic IBA, da pomemben del deležnikov v mednarodni arbitraži podpira idejo, da si lahko financier in financirana stranka »delita identiteto«.⁸¹ To po njenem mnenju zadošča za financjerjevo obveznost, da mora uspešni nasprotni stranki povrniti stroške in da lahko senat k temu neposredno zaveže financjerja.⁸² S tem stališčem se ni mogoče strinjati. Menim, da je namen točke b splošnega standarda številka 6 smernic IBA to, da se za potrebe presoje eventualnega navzkrižja interesov pri arbitrih, ki bi lahko privedli do dvoma o njihovi nepristranskosti in neodvisnosti, »šteje, da ima financier identiteto stranke«. Z drugimi besedami to pomeni, da če pri arbitru obstaja navzkrižje interesov v razmerju do financjerja, je to po posledicah *de facto* izenačeno s položajem, ko bi bil arbiter v navzkrižju interesov v razmerju do financirane stranke v postopku, kar ga – odvisno od narave razmerja – utegne diskvalificirati. Nikakor pa ni ne namen ne pričakovani oziroma realni domet smernic

upravičena do dogovorjene premije. Plačilo premije je torej odloženo do konca arbitražnega postopka in se aktivira samo v primeru uspeha financirane stranke. Več o tem Clanchy, str. 56–67.

⁷⁸ Chan, str. 320.

⁷⁹ Senati ta preizkus uporabljajo tudi pri odločanju o varščini za stroške arbitražnega postopka (*cautio iudicatum solvi*).

⁸⁰ Glej Chan, str. 285–288, zlasti smernice št. 1 in 20–23.

⁸¹ Glej splošni standard številka 6 (točka b) Smernic IBA o navzkrižju interesov v mednarodni arbitraži iz leta 2014 (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration): »If one of the parties is a legal entity, any legal or physical person having a controlling influence on the legal entity, or a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration, may be considered to bear the identity of such party.« Glej tudi pojasnilo k njemu, str. 13–15.

⁸² Chan, str. 319.

IBA v širitvi jurisdikcije arbitražnih senatov na tretje osebe, ki jih ne veže arbitražni sporazum in niso stranke postopka. Sprašujem se, kako bi lahko stranki z medsebojnim sporazumom (o upoštevanju smernic) določili financerja (tretjo osebo) za stranko postopka in s tem zaobšli konsenzualno naravo arbitraže. V breme tretjega? Na to vprašanje omenjeni komentatorji ne dajo prepričljivega odgovora. Jasno pa je, da financerji na pridružitve v postopek in pridobitev statusa stranke ne bi pristali, saj je to v nasprotju s konceptom TPF, katerega namen se izjalovi v trenutku, ko prestopi mejo ekonomskega interesa.

Glede na navedeno menim, da mora obveznost povrnitve adversarnih stroškov ostati v razmerju med strankama arbitražnega postopka in se je ne sme širiti na tretje osebe. Ocenjujem tudi, da je malo verjetno, da bi arbitražni senati v praksi financerju naložili vračilo stroškov v postopku uspešne nasprotne stranke. S tem bi zagotovo tvegali neizvršljivost odločbe. Kljub temu pa ta razprava ni odveč in je potrebna že iz previdnosti, saj se pojavljajo težnje po (ne dovolj pretehtanih) konceptualnih posegih v temelje mednarodne arbitraže. Zato je potreben opomnik, da arbitražni senat v principu nima pristojnosti, da bi izdal odločbo, s katero bi financerja neposredno zavezal k povrnitvi stroškov nasprotne stranke, ki je uspela v postopku.⁸³

3. Vpliv TPF na odločanje o varščini za stroške arbitražnega postopka

3.1. Izhodišča, podlage in merila za odločanje

Načelo uspeha strank v postopku lahko izgubi svoj pomen, kadar (financirana) tožeča stranka z zahtevkom propade in obstaja resna nevarnost, da si tožena stranka ne bo mogla povrniti stroškov arbitražnega postopka. V ta namen je praksa razvila institut varščine za stroške arbitražnega postopka (*cautio iudicatum solvi, security for costs*), s katerim si lahko tožena stranka v izjemnih primerih zavaruje izpolnitev terjatve na plačilo stroškov v primeru, da v postopku uspe. Namen tega začasnega ukrepa je zavarovanje izpolnitve končne arbitražne odločbe v delu, ki se nanaša na odločitev o stroških arbitražnega postopka.⁸⁴

V izhodišču je pomembno, od kod arbitražni senat črpa pooblastilo za izdajo takega začasnega ukrepa. Odgovor je odvisen od prava sedeža arbitraže (*lex arbitri*) in arbitražnih pravil, za katera sta se stranki dogovorili. V primerih, ko *lex arbitri*⁸⁵ in arbitražna pravila⁸⁶ vsebujejo

⁸³ Tako tudi ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 145 in 160–163.

⁸⁴ O institutu varščine za stroške arbitražnega postopka temeljno Sandrock, str. 17–37. V slovenski teoriji glej Kerševan, str. 112–114.

⁸⁵ Glej denimo angleški zakon o arbitraži, tretji odstavek 38. člena: »The tribunal may order a claimant to provide security for the costs of the arbitration.«

⁸⁶ Glej točko c drugega odstavka 26. člena Arbitražnih pravil UNCITRAL (rev. 2010) in drugi odstavek 25. člena pravil LCIA (2014).

izrecno pooblastilo, je povsem jasno, da ima arbitražni senat to pristojnost. Tipični primer so anglosaške pravne ureditve. Večina arbitražnih zakonov⁸⁷ in arbitražnih pravil⁸⁸ pa takšnega izrecnega pooblastila ne vsebuje, temveč ureja le splošno pooblastilo senatu, da lahko sprejme začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega glede na predmet spora. V teh primerih je široko sprejeto stališče, da odprto pooblastilo senatu za izdajo začasnih ukrepov obsega tudi pooblastilo za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka.⁸⁹ Nekateri komentatorji pa menijo, da arbitražni senat (specialnega ali splošnega) pooblastila v zakonu oziroma arbitražnih pravilih niti ne potrebuje, saj odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka spada med tako imenovana inherentna pooblastila (*inherent powers*) arbitrov.⁹⁰

Praksa kaže, da arbitražni senati varščino za stroške arbitražnega postopka odredijo le v izjemnih primerih⁹¹ in z veliko mero preudarnosti. Neizpolnitev naloženega ji ukrepa ima namreč lahko za tožečo stranko hude posledice, tudi ustavitve arbitražnega postopka. Obstaja resna nevarnost, da bi bila s tem nepravilno onemogočena uveljavitev sicer utemeljenega zahtevka finančno šibke tožeče stranke. Po drugi strani pa je varščina za stroške arbitražnega postopka eden najučinkovitejših začasnih ukrepov, ki jih lahko izda arbitražni senat, saj za njegovo izvršitev ni potrebna asistenca državnega sodišča. Ta začasni ukrep sam po sebi sili tožečo stranko k njegovi izvršitvi pod grožnjo procesnih posledic.⁹²

⁸⁷ Glej prvi odstavek 20. člena ZArbit in prvi odstavek 183. člena švicarskega zakona o mednarodnem zasebnem pravu. Glej *Private International Law Statute of 18 December 1987* (neuradni angleški prevod 12. poglavja švicarskega zakona o mednarodnem zasebnem pravu). Dostopen na: <<http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html>> (22. 10. 2018).

⁸⁸ Glej prvi odstavek 28. člena pravil ICC (2012). Glej tudi prvi odstavek 37. člena Ljubljanskih arbitražnih pravil: »Senat lahko na zahtevo stranke sprejme vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega.«

⁸⁹ Tako denimo Born, str. 2495. Primerjaj tudi točko c drugega odstavka 17. člena Vzorcnega zakona UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži iz leta 1986 (rev. 2006). Tako stališče je pred kratkim zavzel tudi senat Stalne arbitraže pri GZS v odločitvi o toženčevi zahtevi za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka v zadevi SA 5.6 6/2017, stranki Slovenija in Avstrija, pcto. 2.144.573,89 evra s pp (sklep z dne 6. 11. 2018). Senat utemeljuje, da »[...] Ljubljanska arbitražna pravila (v nadaljevanju: LAP) v 38. členu urejajočasne ukrepe, v skladu s katerim lahko arbitražni senat na zahtevo stranke sprejme vsak začasni ukrep, ki ga šteje za potrebnega. Po sprejetih stališčih v mednarodni arbitražni praksi, kot pravilno povzema toženec, medčasne ukrepe, ki jih lahko izda arbitražni senat, spada tudi možnost odreditve varščine za stroške. Omeniti velja, da LAP opuščajeomejitev, da mora biti izbrani ukrep potreben glede na predmet spora, zato je dvomov v možnost izdaje začasnega ukrepa odreditve varščine zaradi morebitne takšne omejitve še manj kot po splošni ureditvi v ZArbit. Senat torej sprejema stališče, da v skladu z ZArbit in LAP lahko odloči o odreditvi varščine za stroške v okviru splošne pristojnosti izdaje začasnih ukrepov.« (Poudaril avtor.)

⁹⁰ Smiselno povzeto po ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 163–170. Primerjaj tudi Ude, str. 184–185, ki sicer v okviru obravnave klasičnega instituta tožniške varščine v civilni pravdi (*cautio auctoris*) zavzame stališče, da morebitna prepoved tega instituta v arbitražnem postopku ne spada med tista procesna pravila, ki se uvrščajo v pojem »procesni javni red«.

⁹¹ Glej Kirtley, Wietrzykowski, str. 19.

⁹² Glej CIArb International Arbitration Practice Guidelines, str. 3. Smernice predstavljajo izbor najboljših praks v mednarodni arbitraži za odločanje arbitrov o varščini za stroške arbitražnega postopka.

Tudi če arbitražni zakoni in pravila večinoma molčijo o postopku in merilih za odločanje o varščini za stroške arbitražnega postopka,⁹³ se v mednarodni arbitraži (kot dobra praksa) običajno uporablja štiristopenjski proces odločanja:

1. če je zahteva za odločanje o začasnem ukrepu podana na začetku arbitražnega postopka, senat najprej ugotovi svojo pristojnost za odločanje v sporu;⁹⁴
2. če ugotovi, da je za odločanje v sporu pristojen (oziroma če je to storil že predhodno), mora v nadaljevanju ugotoviti, ali je (po arbitražnem sporazumu, pravilih postopka ter *lex arbitri*) pooblaščen za odločanje o zahtevi za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka;
3. če oceni, da je pooblaščen za odločanje, mora v okviru svoje diskrecije določiti postopek, v katerem obema strankama omogoči, da se izjavita;
4. nato arbitražni senat odloči o utemeljenosti zahteve za odreditev varščine za stroške postopka.⁹⁵

Ko odloča o zahtevi za odreditev varščine, arbitražni senat najprej (brez prejudica za utemeljenost zahtevka) oceni, ali je verjetno izkazana potencialna prihodnja pravica predlagatelja, da v primeru uspeha v postopku od nasprotne stranke zahteva povrnitev stroškov arbitražnega postopka (*fumus boni iuris*). V nadaljevanju senat opravi preizkus, ali obstaja resna nevarnost, da predlagatelj ne bo mogel uspešno izvršiti morebitne odločbe o stroških v njegovo korist, ker tožnik nima zadostnih denarnih sredstev oziroma premoženja, na katerega bi predlagatelj lahko posegel z izvršbo (*periculum in mora*). Senat odredi varščino za stroške postopka le, če tožena stranka te bistvene spremembe okoliščin v tožnikovem finančnem stanju ni mogla razumno predvideti že ob sklenitvi arbitražnega sporazuma (ne gre za običajno poslovno tveganje) in je izdaja začasnega ukrepa sorazmerna. Sorazmernost ukrepa pomeni, da z njim ne bi bila nepravilno onemogočena uveljavitev zahtevka finančno šibke tožeče stranke.⁹⁶ Zahteva po sorazmernosti ima namen preprečiti tudi ekstremne primere, ko bi na primer tože-

⁹³ Merila in postopek odločanja celovito obravnava Waincymer, str. 636–654.

⁹⁴ Pri predhodni ugotovitvi pristojnosti gre za priporočilo dobre prakse in ne za obvezni pogoj za odločanje senata o varščini za stroške arbitražnega postopka. V praksi je namreč relevantno vprašanje, ali sme senat odločiti o odreditvi varščine, če je bil podan ugovor nepristojnosti arbitražnega senata. Običajno bo toženelec tisti, ki bo ugovarjal nepristojnost in obenem zahteval odreditev varščine. Splošno sprejeto je, da lahko senat odloča o stroških arbitražnega postopka tudi, če na koncu odloči, da ni pristojen za odločanje v sporu. Zato tudi ni videti ovir, da senat odredi varščino za stroške arbitražnega postopka v primeru vsečega ugovora nepristojnosti. Glej odločitev tribunala po švicarskih arbitražnih pravilih »Order No.1 of 19 December 2008«, točki 5.2.10 in 5.2.11, objavljeno v: Berger, str. 53. Primerjaj tudi prvi odstavek 39. člena ZArbit, po katerem pridemo do enakega zaključka, saj lahko arbitražni senat o stroških odloči ne le s končno arbitražno odločbo, temveč tudi s sklepom, s katerim se postopek konča; torej vključno s sklepom o ustavitvi postopka, kadar se arbitražni senat izreče za nepristojnega.

⁹⁵ Povzeto po CIArb International Arbitration Practice Guidelines, str. 4–6.

⁹⁶ Prav tam, str. 4–15. Za pregled arbitražne prakse glej prav tam, str. 24–27.

nec s svojim ravnanjem bistveno prispeval k insolventnosti tožnika, nato pa bi s fravdulozno zahtevo za varščino želel onemogočiti arbitražni postopek.⁹⁷ Pri odločanju senat upošteva vse relevantne okoliščine primera, med katere, kot bomo videli v nadaljevanju, spada tudi vsebina pogodbe o financiranju stroškov arbitraže. Predlagatelj začasnega ukrepa nosi dokazno breme glede dejstev, na katera opira zahtevo.

Temeljna premisa odločanja je tehtanje med interesom tožeče stranke, da uveljavi svoj zahtev pred arbitražo (dostop do pravice), in interesom tožene stranke, da v primeru uspeha od tožeče stranke dobi povrnjene stroške arbitražnega postopka. To tehtanje lepo ponazarja primer ICSID *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*, v katerem arbitražni senat izrecno poudari, da »ni značilnost sistema ICSID, da bi tožniku omogočal uveljavitev zahtevka zgolj ob pogoju, da izkaže zadostna finančna sredstva, s katerimi bi lahko zagotovil izvršitev eventualne odločbe za povrnitev stroškov nasprotne stranke«. Senat poudarja tudi, da morajo biti za odstop od tega načela izkazane izjemne okoliščine.⁹⁸

Na kakšne načine lahko prisotnost TPF potencialno zaplete proces odločanja o varščini za stroške arbitražnega postopka, bo predmet preučevanja v nadaljevanju.

3.2. Ali uporaba TPF predpostavlja slab finančni položaj stranke

V praksi obstaja nevarnost, da bi se arbitri zato, ker ena od strank uporablja TPF, zatekali k bližnjicam in bi se pri oceni slabega finančnega položaja financirane stranke odločilno oprli na dejstvo obstoja TPF. Takšen zaključek senata bi bil preuranjen in bi privedel do nepravilne odločitve. Sklepanje na slab finančni položaj tožeče stranke zgolj na podlagi obstoja TPF temelji na napačni predpostavki, da TPF uporabljajo le insolventne stranke. Praksa namreč kaže, da TPF zaradi obvladovanja tveganj in ugodnih učinkov na likvidnost vse pogosteje uporabljajo finančno dobro stoječe stranke. Zato je pomembno, da se arbitri seznanijo z vsebino pogodbe o financiranju stroškov arbitraže, zlasti v delu, ki ureja izjave o ključnih dejstvih in jamstva financirane stranke. Arbitri bi pri presoji finančnega položaja stranke morali upoštevati to dejstvo in pretehtati vse relevantne okoliščine primera.

Tak pristop je ubral tudi senat v zadevi *Guaracachi America Inc. And Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, ki je potekala pred Stalnim arbitražnim sodiščem v Haagu po arbitražnih pravilih UNCITRAL.⁹⁹ V tem primeru toženi stranki ni uspelo prepričati senata z argumentom, da že obstoj zunanjega financiranja tožnikovih stroškov zadošča za sklep, da

⁹⁷ Lew, Mistelis, Kröll, str. 601–602.

⁹⁸ ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No.3 – Decision on the Parties' Requests for Provisional Measures (23. 6. 2015), str. 31, točka 120.

⁹⁹ UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17.

tožnik v primeru neuspeha v postopku toženi stranki ne bo zmožen povrniti stroškov arbitražnega postopka. Tožena stranka je trdila tudi, da pri tem ni pomembno, ali je financer zavezan tožniku kriti morebitne adversarne stroške, ki bi jih ta v primeru neuspeha v postopku moral plačati toženi stranki. Na podlagi ocene finančnih poročil in analize tožnikovega poslovanja je senat ocenil, da tožena stranka ni izkazala slabega finančnega položaja tožnika. Senat je pri zavrnitvi zahteve za odreditev varščine upošteval tudi to, da je tožnik v arbitražnem postopku pravočasno poravnal vse predujme za kritje stroškov.¹⁰⁰

Priporočljivo je, da arbitražni senat pri ugotavljanju finančnega položaja tožeče stranke izhaja iz njenih splošnih finančnih kazalnikov, kot so letna poročila in drugi finančni izkazi. Pogodba o financiranju stroškov arbitraže se lahko šteje za indikator finančnega položaja financirane stranke skupaj s preostalimi finančnimi izkazi, vendar sama po sebi ni nujno zadostna indikacija, da je tožeča stranka v slabem finančnem položaju.¹⁰¹

3.3. Ali TPF vpliva na odločanje o varščini za stroške arbitražnega postopka

Tožena stranka, ki zahteva varščino za stroške arbitražnega postopka, bo praviloma morala dokazati, da se je tožnikov finančni položaj po sklenitvi arbitražnega sporazuma bistveno poslabšal in da tega ni mogla razumno predvideti. Postavlja se torej vprašanje, ali je lahko obstoj TPF taka okoliščina. Pogost argument predlagateljev varščine je, da če lahko tožeča stranka v arbitraži uveljavlja svoj zahtevek zgolj zato, ker prejema zunanje financiranje stroškov postopka, je edino pravično, da tožena stranka pridobi varščino za stroške arbitražnega postopka za primer, da tožnik propade z zahtevkom. Predstavniki financerjev, Smith, meni, da takšna argumentacija nasprotuje bistvu arbitražnega sporazuma, saj v času njegove sklenitve vsaka od strank sprejme običajno poslovno tveganje, da nasprotna stranka zaradi slabega finančnega položaja v prihodnosti morda ne bo sposobna plačati stroškov arbitražnega postopka oziroma drugi stranki zagotoviti varščine za stroške arbitražnega postopka. To tveganje lahko stranka predvidi in tudi dokaj zanesljivo ovrednoti. Pridobitev zunanjega vira financiranja stroškov arbitražnega postopka po njegovem mnenju tega dejstva ne spremeni.¹⁰²

S Smithom se je načeloma mogoče strinjati, vendar ne brezpogojno, saj se ne ukvarja z bistvenim pomenom, ki ga imajo lahko za odločitev senata določila pogodbe o financiranju stroškov arbitraže. Obstajajo namreč izjemni primeri, ki z vidika sorazmernosti zahtevajo drugačno obravnavo. Kot eden izmed njih se navaja (gospodarska) arbitraža ICC iz leta 2012, v kateri

¹⁰⁰ Primer povzemam po Honlet, str. 704.

¹⁰¹ ICCA–QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs (2015), str. 16–17.

¹⁰² Shannon, Bench-Nieuwveld, str. 28–29.

je bila zahteva za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka uperjena zoper neplačevitega tožnika, ki si je na podlagi pogodbe o TPF zagotovil financiranje stroškov arbitraže. Pogodba o financiranju je bila del spisovne dokumentacije, saj jo je tožnik sam razkril toženi stranki in arbitražnemu senatu. Senat je najprej ugotovil, da je tožnik holding s sedežem na Cipru, za katerega ne obstajajo realne možnosti, da bi lahko toženi stranki v primeru uspeha povrnil stroške arbitražnega postopka.¹⁰³ Odločilni pa so bili zaključki senata na podlagi analize pogodbe o financiranju stroškov arbitraže. Iz pogodbe je namreč izhajalo, da financier v razmerju do financirane stranke ne krije tveganja eventualne obveznosti plačila stroškov nasprotne stranke. Poleg tega je bila financierjeva možnost odstopa od pogodbe tako široko formulirana, da bi financier lahko odstopil od pogodbe ob vsakem času in tožniku onemogočil nadaljevanje postopka. Senat je situacijo slikovito primerjal s »prebiranjem češenj«, ki je nepravilno do toženca, saj tožnik spriči svoje neplačevitosti ne nosi nikakršnega ekonomskega tveganja. Zaradi uporabe TPF lahko namreč tožnik sodeluje v arbitraži, kot da bi bil solventen, v primeru, da propade v postopku in ni sposoben plačati adversarnih stroškov, pa jih po pogodbi ni dolžan plačati niti financier. Senat je vse te okoliščine upošteval pri svoji odločitvi, s katero je ugodil zahtevi za izdajo začasnega ukrepa.¹⁰⁴ Vidimo, da je senat zaradi prisotnosti TPF odstopil od uveljavljenega preizkusa, po katerem mora predlagatelj izkazati bistveno spremembo okoliščin v tožnikovem finančnem položaju, ki jih v času sklenitve arbitražnega sporazuma razumno ni bilo mogoče predvideti (*material change of circumstances test*). Če bi uporabil ta preizkus, bi verjetno moral zahtevo za varščino zavrniti s podobnimi argumenti,

¹⁰³ Za odreditev varščine običajno ne bo zadoščalo, da je tožnik »poštni nabiralnik« ali holding s sedežem v kaki *offshore* državi. Tako se je denimo v arbitraži ICC št. 15951/FM s sedežem v Švici toženec, ki je sklenil pogodbo s slamnatim podjetjem s Karibov, v predlogu za varščino neuspešno skliceval na to dejstvo. Po mnenju arbitra posameznika je ob sklenitvi pogodbe prevzel tveganje, da si v primeru spora ne bo povrnil stroškov postopka. Glej odločitev »Ordonnance de procédure No. 2 du 29 mai 2009«, točka 2.3, v: Berger, str. 75. Podobno je bil neuspešen tudi toženec v *ad hoc* arbitraži, prav tako s sedežem v Švici, ki je svojo zahtevo za varščino oprl na to, da je tožnik pred desetimi leti (!) svoj sedež iz Švice prenesel v Kneževino Monako. Ni namreč uspel dokazati, da je prenos sedeža v neposredni zvezi s konkretnim arbitražnim postopkom oziroma da je tožnik prenesel sedež zato, da bi se v prihodnosti izognil uspešni izvršitvi morebitne arbitražne odločbe v korist toženca. Senat je tudi pojasnil, da prenos sedeža stranke v državo, ki ni članica Newyorške konvencije o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb, sam po sebi ni zadosten razlog za odreditev varščine. Ker senat v spremembi sedeža tožnika ni zaznal elementa slabe vere, je zahtevo za varščino zavrnil. Glej odločitev »Decision of 17 May 2003«, prav tam, str. 19–22. Drugače pa se arbitri odločajo v primerih, ko tožnik svoje posle namenoma (v slabi veri) organizira tako, da je eventualna izvršba zoper njega v prihodnosti onemogočena, ali kadar »v pričakovanju arbitraže« skrije ali odtuji premoženje. Tako je denimo senat v arbitraži št. Cia-Ti Nr. 103/00 s sedežem v Švici odredil položitev varščine za stroške arbitražnega postopka *offshore* tožniku z domicilom v Panami, ki je (brez ustrezne protidajatve) na podlagi cesije pridobil terjatve le 15 dni pred vložitvijo zahteve za arbitražo. Senat je zaključil, da je glede na okoliščine primera zelo očiten namen tožnika, da se izogne morebitni prihodnji izvršbi zanj neugodne arbitražne odločbe. Glej odločitev »Verfügung Nr. 6 vom 25. Juli 2003«, prav tam, str. 28–36.

¹⁰⁴ *X v. Y and Z* (ICC Case), Procedural order (3 August 2012). Primer povzet po ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 171–172.

kot jih zastopa Smith. V konkretnem primeru se je tako senat šele na podlagi analize določil pogodbe o TPF odločil dati prednost interesu tožene stranke, da si v primeru uspeha zagotovi povrnitev stroškov arbitražnega postopka.

Tudi v enem od novejših primerov ICSID, *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*,¹⁰⁵ se je arbitražni senat pri svoji odločitvi odločilno oprl na razmerje med financirano stranko (tožnikom) in financerjem. Senat je zahtevo Italije za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka v znesku 250.000 ameriških dolarjev zavrnil kljub temu, da je bil zoper tožnika začet stečaj in je to pomenilo, da najverjetneje ne bo sposoben iz lastnih sredstev plačati stroškov v primeru uspeha toženca v postopku. Tako se je odločil, saj je tožnik kot dokaz predložil zavarovalno polico ATE z maksimalnim kritjem 1.000.000 evrov, ki je tožnika štela pred tveganjem plačila adversarnih stroškov. Senatu sicer niso bili znani pogoji pogodbe o TPF, ki urejajo morebitno financerjevo odgovornost za povrnitev stroškov. Vendar je senat kljub temu štel, da ATE zavarovanje predstavlja zadostno jamstvo,¹⁰⁶ tudi ob upoštevanju dejstva, da je bil znesek zahtevane varščine nekajkrat nižji od zavarovalnega kritja.

Svojevrsten preobrat pa pomeni le dva meseca stara odločitev v zadevi *Manuel García Armas et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*,¹⁰⁷ ki je potekala pred Stalnim arbitražnim sodiščem v Haagu po arbitražnih pravilih UNCITRAL. Gre namreč šele za drugo v javnosti znano odločitev, s katero je senat v investicijski arbitraži ugodil zahtevi države za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka.¹⁰⁸ V tem primeru je senat po tem, ko so tožniki v postopku razkrili obstoj TPF, odredil razkritje pogodbe s financerjem, sklicujoč se na dolžnost varovanja integritete arbitražnega postopka. Potem ko se je senat prepričal, da v pogodbi ni predvidena financerjeva obveznost povrnitve adversarnih stroškov, je od tožnikov zahteval dokaz, da so sposobni iz lastnih sredstev povrniti tožencu stroške arbitražnega postopka v primeru njegovega uspeha v postopku. S tem je senat na tožnike prevalil dokazno breme, ki ga sicer nosi predlagatelj začasnega ukrepa. Navedbi konkretnega razloga za prevalitev dokaznega bremena na tožnike se je senat izognil, sklicujoč se na splošno načelo, da morajo stranke v postopku v dobri veri sodelovati s senatom, ter na maksimo, da naj dokazno breme nosi tisti,

¹⁰⁵ ICSID Case No. ARB/15/50, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures) z dne 12. 4. 2017, točke 31–39.

¹⁰⁶ Po mnenju vodilnih komentatorjev stranka, od katere arbitražni senat zahteva, da položi varščino za stroške arbitražnega postopka, odredbi senata zadosti tudi na način, da deponira ustrezno zavarovalno polico ATE. Glej Kantor, str. 57.

¹⁰⁷ PCA Case No. 2016–08, Orden Procesal No. 9 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandada) z dne 20. 6. 2018.

¹⁰⁸ Doslej je bila znana le odločitev v zadevi *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures z dne 12. 12. 2013.

ki je v najboljšem položaju za to, da dokaže dejstva.¹⁰⁹ Ker tožnikom po mnenju senata ni uspelo dokazati, da so sposobni iz lastnih sredstev povrniti tožencu stroške arbitražnega postopka v primeru njegovega uspeha, jim je senat naložil položitev varščine v znesku 1.500.000 ameriških dolarjev.¹¹⁰

Že pred odločitvijo v zadevi *Armas* so se nekateri komentatorji zavzemali za to, da naj bodo tribunali vendarle bolj naklonjeni odreditvi varščine za stroške arbitražnega postopka v primerih, ko se tožnik financira s pomočjo TPF. V investicijski arbitraži je namreč uveljavljeno stališče, da insolventnost tožnika in obstoj TPF sama po sebi nista zadostna razloga za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka. Tako sta odločila tudi senata v dveh novejših zadevah, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*¹¹¹ in *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*.¹¹² Tudi sicer so tribunali v investicijski arbitraži izjemno nenaklonjeni odrejanju varščine za stroške arbitražnega postopka.¹¹³ Vendar pa se to utegne v prihodnje spremeniti kot odgovor na vse glasnejše kritike in zahteve po reformi sistema investicijske arbitraže.¹¹⁴

Darwazehova in Leleu tako predlagata dvostopenjski preizkus¹¹⁵ za odločanje o varščini za stroške arbitražnega postopka, ki temelji na obveznosti financirane stranke, da že na začetku postopka razkrije obstoj TPF in bistvena določila pogodbe o financiranju.¹¹⁶ Skladno s predlaganim preizkusom mora tožena stranka izkazati, da:

1. je mogoče sklepati, da tožnik ni sposoben ali voljan tožencu povrniti stroškov arbitražnega postopka v primeru toženčevega uspeha v postopku in da
2. se tožnik za financiranje stroškov arbitražnega postopka zanaša na TPF.

Če sta pogoja kumulativno izpolnjena, so podane izjemne okoliščine (*exceptional circumstances*), ki utemeljujejo odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka. Dokazno breme se tako prevaži na tožnika, ki lahko dokaže, da odreditev varščine v konkretnem primeru ne bi bila upravičena. Če se torej tožnik želi izogniti varščini, bo moral dokazati, bodisi da ima

¹⁰⁹ Glej PCA Case No. 2016-08, Orden Procesal No. 9 z dne 20. 6. 2018, točka 246.

¹¹⁰ Prav tam, točka 261.

¹¹¹ ICSID Case No. ARB/14/14, Procedural Order No. 3 – Decision on the Parties' Requests for Provisional Measures z dne 23. junij 2015, str. 32, točka 123.

¹¹² UNCITRAL, PCA Case No. 2013-15, Procedural Order No. 10 z dne 11. 1. 2016, str. 10, točka 63.

¹¹³ Izčrpen seznam investicijskih arbitraž, v katerih so tribunali zavrnili zahteve za varščino za stroške arbitražnega postopka, navaja ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 174–175.

¹¹⁴ Glej Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), UNCITRAL, Working Group III, Thirty-sixth session, A/CN.9/WG.III/WP.149 (5 September 2018).

¹¹⁵ Glej Darwazeh, Leleu, str. 134–146, po katerih povzeman predlog dvostopenjskega preizkusa.

¹¹⁶ Gre za določila, ki urejajo potencialno financierjevo odgovornost za povrnitev stroškov nasprotne stranke, premijo za uspeh in možnost odpovedi pogodbe.

dovolj premoženja za plačilo morebitnih adversarnih stroškov bodisi da je financer v pogodbi o TPF prevzel obveznost plačila morebitnih adversarnih stroškov oziroma predložiti ATE-zavarovanje. Podobnost z odločitvijo v zadevi *Armas* je očitna.

V tem trenutku je že jasno, da odločitev v zadevi *Armas* nudi vpogled v prihodnost odločanja tribunalov o varščini za stroške postopka v investicijski arbitraži. Dejstvo je, da je bil le nekaj mesecev po omenjeni odločbi objavljen predlog sprememb pravil ICSID. Ta predvideva obveznost razkritja TPF na začetku postopka in posebno določbo (ločeno od splošne, ki ureja začasne ukrepe) o varščini za stroške arbitražnega postopka, ki arbitre izrecno pooblašča za odreditev varščine, ureja postopek in uvaja poseben preizkus za odločanje o varščini. Tribunal bo moral namreč poleg drugih okoliščin pretehtati, ali je financirana stranka sposobna povrniti nasprotni stranki stroške arbitražnega postopka v primeru, da ta uspe v postopku. Preizkus za odločanje, ki ga uvaja predlog novih pravil ICSID, je enak tistemu, ki ga je uporabil tribunal v zadevi *Armas*.¹¹⁷ Zato nekateri že govorijo o novi *exceptio fundati* v investicijski arbitraži, tj. izjemi od tradicionalnega preizkusa za odločanje o varščini za stroške arbitražnega postopka v primerih, ko se tožnik za financiranje arbitraže zanaša na TPF.¹¹⁸

Glede na vse navedeno se zdita ustrezni naslednji priporočili za arbitražne senate:

1. Če je v mednarodni arbitraži običajno potrebno, da predlagatelj izkaže bistveno spremembo okoliščin v tožnikovem finančnem položaju, ki jih v času sklenitve arbitražnega sporazuma ni bilo mogoče razumno predvideti, potem obstoj financiranja stroškov arbitražnega postopka s strani tretje osebe sam po sebi ne more biti uporabljen kot dokaz, da so se te okoliščine bistveno spremenile na tak način.
2. Določila pogodbe o financiranju stroškov arbitraže, vključno z zavarovalno polico ATE, so lahko relevantna za presojo arbitražnega senata, ali je financirana stranka sposobna povrniti nasprotni stranki stroške arbitražnega postopka v primeru, da ta uspe v postopku. Pri presoji pogodbe za namen odločanja o zahtevi za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka bi morali arbitražni senati posebno pozornost posvetiti določilom pogodbe, ki urejajo možnost odpovedi pogodbe in potencialno financerjevo odgovornost za povrnitev stroškov nasprotne stranke.¹¹⁹

4. Sklep

Skozi odločitve o stroških arbitražnega postopka arbitri neprestano iščejo kompromis med zagotavljanjem postopkovne pravičnosti in učinkovitosti. Finančna udeležba tretjih oseb v

¹¹⁷ Glej Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Consolidated Draft Rules, str. 33 in 127.

¹¹⁸ Tako Leventhal.

¹¹⁹ ICCA–Queen Mary Report (2018), str. 145 in 180–183.

arbitražnem postopku v te odločitve vnaša dodatno raven kompleksnosti in arbitre postavlja v netipične (nekonvencionalne) položaje, ki jih morajo ustrezno razrešiti, če naj s svojimi odločitvami o stroških najdejo pravo ravnotežje med obema ciljema.

V mednarodni arbitraži je načelo uspeha v postopku (*costs follow the event*) široko sprejeto kot osnovno izhodišče za odločanje o stroških arbitražnega postopka. Ustrezna uporaba tega načela omogoča pravično stroškovno izravnavo med strankama in stranke odvrča od spekulativnega (nedobrovernega) pravedanja. Pravica financirane stranke, da v primeru uspeha v postopku od nasprotne stranke zahteva povrnitev stroškov arbitražnega postopka, je odločilno pogojena z odplačno naravo TPF. Če torej na podlagi pogodbe o TPF obstaja obveznost financirane stranke, da v primeru uspeha v postopku povrne financerju njegov vložek v stroške arbitražnega postopka, to zadošča za zaključek senata, da je financirana stranka te stroške utrpela in jih lahko (v razumni višini) terjaja od nasprotne stranke. Zato obstoj TPF ne more biti razlog, da bi arbitri pri odločanju o stroških odstopili od uporabe načela uspeha v postopku. Če bi to storili, bi financirano stranko nepravilno prikrajšali za stroške, ki jih je dejansko utrpela.

Uporaba TPF tudi ne spremeni kvalifikacije stroškov arbitražnega postopka. Z drugimi besedami, financerjeve premije za uspeh ni primerno šteti med stroške arbitražnega postopka, saj bi sicer poslovno tveganje, ki ga je financirana stranka prevzela neodvisno od arbitražnega postopka, krivično prevalili na drugo stranko. Glavni vzvod arbitrov za dosledno izpeljavo načela uspeha v postopku je zato standard razumnosti (*reasonableness*). Ta financirani stranki omogoča povrnitev razumnih stroškov, ki jih je imela zaradi arbitražnega postopka.

Treba se je upreti skušnjavi, da bi financerje, ki niso stranke v postopku, skušali podrediti jurisdikciji arbitražnega senata. Senat v principu nima pristojnosti, da bi z odločbo neposredno zavezal financerja k povrnitvi stroškov nasprotne stranke, ki je uspela v postopku. V izjemnih okoliščinah, ko bi se sicer načelo uspeha v postopku izrodilo, je korektiv lahko varščina za stroške arbitražnega postopka (*cautio iudicatum solvi*). Senat bo pri tehtanju praviloma dal prednost interesu tožnika, da uveljavi svoj zahtevek (dostop do pravice), pred interesom toženca, da si v primeru uspeha od tožnika povrne stroške. Slednje namreč spada v običajno poslovno tveganje. Ko pa v enačbo vključimo TPF, bodo pri odločanju o varščini poleg tožnikovega finančnega položaja odločilno vlogo odigrala določila pogodbe o financiranju, ki urejajo financerjevo odgovornost za povrnitev stroškov nasprotne stranke in odpoved pogodbe.

Literatura

- Arbitražna pravila Stalne arbitraže pri GZS – Ljubljanska arbitražna pravila* (2014). Dostopno na: <http://www.sloarbitration.eu/Arbitrazna-pravila-SI> (22. 10. 2018).
- Arbitražna pravila UNCITRAL* (rev. 2010). V slovenščino prevedla Rižnik, P. in Sekolec, J. V. *Slovenska arbitražna praksa*, Stalna arbitraža pri GZS, letn. II, št. 1, str. 60–73.
- ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* (2004). Dostopno na: <<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>> (22. 10. 2018).
- BERGER, Bernhard. *Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law*. ASA Bulletin, 2010, letn. 28, št. 1, str. 7–81.
- BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine (ur.) in dr. Redfern and Hunter on *International Arbitration*. London: Oxford University Press, 2009.
- BOGART, Christopher P. *Third Party Funding in International Arbitration: An Overview of Arbitration Finance*. Burford Capital, 2013, str. 1–3.
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Second Edition. Kluwer Law International, 2014.
- BÜHLER, Micha. Awarding costs in International Commercial Arbitration: An Overview. *ASA Bulletin*, 2004, letn. 22, št. 2, str. 249–279.
- CHAN, Elizabeth. Proposed Guidelines for the Disclosure of Third-Party Funding Arrangements in International Arbitration. *American Review of International Arbitration*, 2015, letn. 26, št. 2, str. 281–322.
- CLArb *International Arbitration Practice Guideline, Applications for Security for Costs*, Chartered Institute of Arbitrators (2015). Dostopno na: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=16>> (22. 10. 2018).
- CLANCHY, James. Third Party Funding in Arbitration: Breaking Down Barriers and Building Bridges. *Croatian Arbitration Yearbook*, 2016, letn. 23, str. 56–67.
- Code of Conduct for Litigation Funders*, The Association of Litigation Funders of England & Wales (rev. 2018). Dostopno na: <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>> (22. 10. 2018).
- DARWAZEH, Nadia, LELEU, Adrien. Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding. *Journal of International Arbitration*, 2016, letn. 33, št. 2, str. 125–149.
- DJINOVIĆ, Marko. Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb. *Pravnik*, 2018, letn. 73, št. 5–6, str. 343–384.
- GOTANDA, John Yukio. Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations. *Michigan Journal of International Law*, 1999, letn. 21, št. 1, str. 1–50.
- HONLET, Jean-Christophe. Recent decisions on third-party funding in investment arbitration. *ICSID Review*, 2015, letn. 30, št. 3, str. 699–712.

- HUANG, Bert I. Litigation Finance: What Do Judges Need to Know?. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 2012, str. 525–537.
- HUGHES, James W., SNYDER, Edward A. Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence. *Journal of Law and Economics*, 1995, letn. 38, št. 1, str. 225–250.
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (2014). Dostopno na: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (22. 10. 2018).
- ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (2012). Dostopno na: <<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration>> (22. 10. 2018).
- ICC Commission on Arbitration and ADR Report on Decisions on Costs in International Arbitration* (2015). Dostopno na: <<http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2015/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration---ICC-Arbitration-and-ADR-Commission-Report/>> (22. 10. 2018).
- ICCA-Queen Mary (QMUL) Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs and Costs, Draft Report* (1. 11. 2015). Dostopno na: <https://www.arbitration-icca.org/media/6/09700416080661/tpf_taskforce_security_for_costs_and_costs_draft_report_november_2015.pdf> (22. 10. 2018).
- Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre* (2017). Dostopno na: <<http://siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA/SIAC%20Investment%20Arbitration%20Rules%20-%20Final.pdf>> (22. 10. 2018).
- KANTOR, Mark. Risk Management Tools for Respondents – Here be Dragons. V: Cremades, Bernardo M., Dimolitsa, Antonias (ur.) in dr. *Third-party Funding in International Arbitration*. Dossier X of the ICC Institute of World Business Law. Pariz: ICC, 2013, str. 57–69.
- KERŠEVAN, Ana. *Začasni ukrepi v arbitražnem postopku in vloga nacionalnih sodišč v postopku njihove izdaje in izvršitve*. Doktorska disertacija. Ljubljana: Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2017.
- KIRTLEY, William, WIETRZYKOWSKI, Koralie. Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?. *Journal of International Arbitration*, 2013, letn. 30, št. 1, str. 17–30.
- LAHNE, Nejc, RIŽNIK, Peter. Rešitve Ljubljanskih arbitražnih pravil za kompleksne arbitražne postopke. *Pravna praksa*, 2014, letn. 33, št. 20, str. 13–15.
- LEVENTHAL, Alexander G. *Towards an Exceptio Fundati? Assessing a (Potentially) Emerging Exception for Third Party Funding in Investment Treaty Decisions on Security for Costs in the Wake of Armas v. Venezuela*. Kluwer Arbitration Blog (18. 9. 2018). Dostopno na: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>> (22. 10. 2018).

- LEVY, Laurent, BONNAN, Regis. Third-party funding: Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings. V: Cremades, Bernardo M., Dimolitsa, Antonias (ur.) in dr. *Third-party Funding in International Arbitration*. Dossier X of the ICC Institute of World Business Law. Pariz: ICC, 2013, str. 78–94.
- LEW, Julian D., MISTELIS, Loukas, KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- MECHANTAF, Khalil. Third-Party Funding in International Arbitration: Active Funders as Parties in Arbitration Proceedings. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2016, letn. 82, št. 4, str. 371–379.
- MEREDITH, Ian, ASPINALL, Sarah. Do Alternative Fee Arrangements Have a Place in International Arbitration?. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2006, letn. 72, št. 1, str. 22–26.
- PARK, William, ROGERS, Catherine A. Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force. *Public Law Research Paper No. 14-67; Penn State Law Research Paper No. 42-2014*, 2014, str. 1–10.
- Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group III, Thirty-sixth session, A/CN.9/WG.III/WP.149 (5 September 2018). Dostopno na: <<http://www.uncitral.org>> (22. 10. 2018).
- Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Consolidated Draft Rules*, ICSID Secretariat, (2 August 2018). Dostopno na: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf> (22. 10. 2018).
- Report of the ICCA–Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration* (2018). Dostopno na: <https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf> (22. 10. 2018).
- SANDROCK, Otto. The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings, or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant. *Journal of International Arbitration*, 1997, letn. 14, št. 2, str. 17–37.
- SAVOLA, Mika. Awarding Costs in International Commercial Arbitration. *Scandinavian Studies in Law*, 2017, letn. 63, str. 276–314.
- SCHERER, Maxi, GOLDSMITH, Aren, FLÉCHET, Camille. Le financement par les tiers des procédures d'arbitrage international, une vue d'Europe Seconde partie: le debat juridique (Third Party Funding of International Arbitration Proceedings - A view from Europe Part II: The Legal Debate). *International Business Law Journal* (2012); *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 160/2013*, 2013, str. 649–665.
- SEKOLEC, Jernej. *Arbitražna pravila UNCITRAL (1976) s komentarjem: arbitražna pravila Komisije Združenih narodov za mednarodno gospodarsko pravo*. Ljubljana: Univerzum, 1983.
- SHANNON, Victoria, BENCH-NIEUWVELD, Lisa. *Third Party Funding in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012.

- STEINITZ, Maya, FIELD, Abigail. A Model Litigation Finance Contract, 99 *Iowa Law Review* 711, 2014, The University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 13-32, str. 711–772.
- SULLIVAN, Jeffrey. Essar v. Norscot: Are The Costs Associated With Third Party Funding Recoverable?. *Transnational Dispute Management*, letn. 15, št. 4, 2018, str. 1–12.
- UDE, Lojze. *Arbitražno pravo*. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012.
- WEHRLI, Daniel. Contingency Fees / Pactum De Palmario ‘Civil Law Approach’. *ASA Bulletin*, 2008, letn. 26, št. 2, str. 241–258.
- WILLIAMS, David A. R., WALTON, John. Costs and Access to International Arbitration. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 2014, letn. 80, št. 4, str. 432–442.
- ŽIVKOVIĆ, Patricia, GALAGAN, Dmytro. If They Finance Your Claim, Will They Pay Me If I Win: Implications of Third Party Funding on Adverse Costs Awards in International Arbitration. *European Scientific Journal (ESJ)*, April 2015, Special Edition, str. 173–181.
- ŽIVKOVIĆ, Patricia. The Recoverability of Outcome-Based Fees Related to Dispute Financing in International Arbitration: Does the Essar v Norscot Case Bring Anything New to the Table?. *Slovenska arbitražna praksa*, Stalna arbitraža pri GZS, letn. VI, št. 1, 2017, str. 35–50.

Izvorni znanstveni članek
UDK 347.785:781.65

Avtorskopravno varstvo improvizirane glasbe*

VALENTINA PRETE
magistrica prava,
odvetniška pripravnica
pri odvetnici Urši Chitrakar

1. Uvod

Glasbena improvizacija je eden najbolj kreativnih in navdihujočih segmentov umetniškega udejstvovanja in človeka spremlja tako dolgo, kot ga spremlja glasba sama. Zaradi nevezanosti na vnaprej dan notni zapis nudi glasbenikom široko polje umetniške svobode, znotraj katere se lahko prosto izražajo tako glede na svoje trenutno notranje razpoloženje kot tudi glede na najrazličnejše zunanje dražljaje – odziv publike, ki jih posluša, različne akustike dvoran in podobno. Dović improviziranje zanimivo opredeljuje kot »sekvenc[o] spontan in sprotnih odločitev«, ki jih ustvarjalci sprejemajo v realnem času in brez natančno določenega načrta.¹

Zaradi določenih zgodovinskih okoliščin,² pogosto pa tudi zaradi svoje kompleksnosti in hermetičnosti ostaja improvizirana glasba v zahodnem svetu še vedno relativno marginalna glasbena praksa, ki večinoma nagovarja le ožje kroge poslušalcev. Z ekonomskega vidika je zato veliko manj zanimiva od popularne, predvsem mainstream glasbene scene, ki je za ustvarjalce in njihove glasbene založbe velikokrat izjemno dobičkonosna. Improvizirana dela prav tako

* Prispevek je bil pripravljen na podlagi magistrske naloge z enakim naslovom, ki jo je avtorica pod mentorstvom doc. dr. Matije Damjana uspešno zagovarjala 4. junija 2018 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

¹ Dović, str. 99.

² Kljub temu da je bila improvizacija prisotna v vseh obdobjih glasbene zgodovine, se je od konca 19. stoletja naprej zaradi izuma fonografa in razvoja glasbenoizobraževalnega sistema zahodna glasba popolnoma institucionalizirala in iz glasbenih del, ki so se od takrat naprej samo še »izvajala«, se je izbrisal vsakršen maneverski prostor za improviziranje. Šele z rojstvom jazza v sredini 20. stoletja je improvizacija ponovno našla svoje mesto med glasbeniki. Za številne druge kulture po svetu pa je, nasprotno, improvizacija neprekinjeno ostala temeljni princip za ustvarjanje in je nedvomno nepogrešljiv element glasbene tradicije še danes.

niso predmet velikih plagiatorskih bitk, saj so povečini tako svojevrstna, da se v bistvenih elementih vselej dovolj razlikujejo od vseh glasbenih del, ki so nastala pred njimi.

Kljub dejstvu, da je splošno povpraševanje po improviziranih glasbenih praksah, ki segajo od mainstream jazz pa vse do free jazz in proste improvizacije, globalno gledano relativno majhno, je pomembno, da v imenu ohranjanja glasbene raznolikosti spodbujamo tudi žanre, ki so ekonomsko manj zanimivi.

2. Nastanek in varstvo avtorskega dela

2.1. Slovenska avtorskoppravna zakonodaja

Sedes materiae slovenskega avtorskega prava je Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (v nadaljevanju: ZASP), ki temelji na ustavno varovani pravici do ustvarjalnosti (60. člen Ustave RS). Zakon nudi varstvo vsem delom s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ki kumulativno izpolnjujejo vse predpostavke iz 5. člena ZASP: delo mora biti na kakršenkoli način izraženo, hkrati pa mora predstavljati stvaritev, ki je v zadostni meri individualna in intelektualna.

Delo je individualno, ko je svojevrstno, inovativno in samosvoje – ko ima torej poteze, v katerih odseva avtorjeva osebnost in zaradi katerih ga lahko ločimo od množice nevarovanih vsakdanjih predmetov, dediščine v obči lasti ter drugih varovanih avtorskih del.³ Pogoji intelektualnosti pa pomeni, da je avtorsko delo lahko rezultat le človekovega ustvarjanja (ne pa tudi živalskega, računalniškega⁴ ipd.), zaradi česar je avtor lahko le fizična oseba (10. člen ZASP).

Ker je človekovo ustvarjanje izjemno raznoliko, so kategorije avtorskih del iz 2. odstavka 5. člena ZASP, med katerimi so naštet tudi glasbena dela, le primeroma podane. Avtorsko delo je zato pravni standard, ki ostaja namenoma odprt in ga s konkretnimi primeri napolni šele sodna praksa.⁵

2.2. Uporabna vrednost *ex lege* varstva avtorskih del?

ZASP kot predstavnik kontinentalne avtorskoppravne tradicije nudi *ex lege* varstvo vsem delom, ki so na kakršenkoli način izražena. To pomeni, da se mora delo navzven manifestirati

³ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 31.

⁴ Ob hitrem razvoju tehnologije na področju umetne inteligence se sicer lahko upravičeno sprašujemo, ali bo takšna predpostavka res še dolgo veljala. Današnji algoritmi namreč že zmorejo napisati skladbo ali naslikati portret, vendar je izraz njihove »osebnosti« v ustvarjenih delih, ki je prav tako eden od pogojev za nastanek avtorskega dela, za zdaj še zelo vprašljiv.

⁵ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 28.

tako, da je zaznavno za človeške čute, ni pa potrebno, da je delo tudi fiksirano na kakršnemkoli materialnem nosilcu.⁶ Države, v katerih je kot avtorskopravni model uveljavljen *copyright*, nasprotno, varovanje avtorskih del pogojujejo ravno z njihovo fiksacijo.⁷ Takšno razlikovanje je zgodovinsko in izvira iz dveh različnih pravno-filozofskih izhodišč: kontinentalni sistemi so osnovani na francoskem *droit d'auteur*, ki v središče postavlja avtorja in njegovo vez do avtorskega dela, *copyright* sistemi pa so bistveno bolj utilitaristično usmerjeni in vidijo smisel avtorskega prava predvsem v spodbujanju umetniške (re)produkcije.

Prav improvizirana glasba je, poleg plesa, govorov in podobnih avtorskih del, eden od primerov, ko lahko izraženo delo vsaj za kratek čas obstaja tudi ob popolni odsotnosti njegove materialne fiksacije.⁸ Glasba, ki se v živo izvaja na nekem koncertu, je torej po ZASP varovana že zgolj na podlagi dejstva, da je izražena, ne glede na to, ali je ob tem nastal kakšen posnetek njene izvedbe ali ne. *De iure* je tako široka definicija avtorskoprnega varstva umetniških stvaritev seveda dobrodošla, saj pokriva široko paleto najrazličnejših umetniških udejstvovanj in jih ne diskriminira glede na njihovo formo. *De facto* pa je njena uporabna vrednost relativno majhna in avtorjev, ki delujejo na kontinentu, v praksi ne postavlja v bistveno boljši položaj od avtorjev, ki delujejo v sistemih *copyright*.

Izjemno težko si je namreč predstavljati primer, ko bi nekdo kršil avtorske pravice improvizatorja tako, da bi njegovo igranje sproti transkribiral v notni zapis in partituro ponujal v komercialne namene. Prav tako se zdi malo verjetno, da bi kdorkoli memoriziral določen del improvizirane skladbe in ga kasneje sam izvajal kot plagiat. V času pametnih telefonov in drugih podobnih naprav, ki omogočajo posameznikom, da na enostaven način ustvarijo neskončno število avdio- in videoposnetkov, je morda še največja »nevarnost« to, da nekdo brez dovoljenja avtorja posname izvedbo določene improvizacije in jo kot tako imenovani *bootleg* posnetek proti njegovi volji reproducira, priobči javnosti ali kako drugače uporabi.⁹ V takem primeru bi *ex lege* varstvo glasbenega dela na posnetku avtorju omogočalo, da od kršitelja zahteva umik posnetka in odškodnino zaradi kršitve tako moralnih (predvsem pravice prve objave) kot materialnih avtorskih pravic. Ker se kratki izseki koncertov pogosto objavljajo na družbenih omrežjih, je sicer za avtorja preganjanje takšnih objav s promocijskega vidika lahko tudi nesmiselno.

⁶ Prav tam, str. 32.

⁷ Najbolj znani predstavnici *copyright* sistemov sta Združene države Amerike in Združeno kraljestvo Velike Britanije in Severne Irske.

⁸ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 32.

⁹ V originalnem pomenu so *bootleg* posnetki neavtorizirani posnetki izvedb, ki pridejo v javnost, še preden je določeno avtorsko delo uradno izdano.

Zdi se torej, da *ex lege* varstvo vseh avtorskih del, ki so na kakršenkoli način izražena, v praksi ne igra bistvene vloge, saj se kršitve avtorskih in drugih pravic večinoma pojavljajo zgolj pri delih, ki so tako ali tako že fiksirana na nekem nosilcu. Na fotografijah, posnetkih in drugih nosilcih temelji navsezadnje tudi celoten dokazni postopek v sodnih sporih, v katerih sodišče ugotavlja obstoj avtorskega dela in njegove domnevne kršitve. Kontinentalna ureditev se zato kljub *ex lege* varstvu v tem pogledu skoraj v ničemer ne razlikuje od ureditve v *copyright* sistemih.

3. Specifike improviziranih glasbenih del

3.1. Sočasnost kompozicije in izvedbe

Dejstvo, da improvizirana glasba nastaja *ex tempore*,¹⁰ razbija sicer uveljavljeno dihotomijo med kompozicijo glasbenega dela in njegovo izvedbo. Dihotomija ločuje fazo, v kateri skladatelj svoje ideje preliva na papir in jih oblikuje v konkretno kompozicijo,¹¹ ter fazo, v kateri različni izvajalci to kompozicijo izvajajo v skladu z njenim notnim zapisom in ki po definiciji vselej nastopi za prvo fazo. Ker pri improviziranem igranju glasbeno delo nastaja sproti, *ipso facto* med njegovo prvo (in edino) izvedbo, sta ta dva procesa (po)ustvarjanja prepletena do te mere, da ju ni več mogoče ločiti. Iz tega izhaja, da sta klasični vlogi avtorja in izvajalca zabrisani oz. združeni v eni in isti osebi, ki z igranjem postane nosilka tako avtorskih kot izvajalskih pravic na izvedenem delu. Izvajalec določene improvizacije je zato vedno hkrati tudi njen avtor in nasprotno.

3.2. Problem efemernosti

Če improvizirane glasbe med njenim izvajanjem ne fiksiramo na določenem materialnem nosilcu,¹² takšno glasbeno delo preneha obstajati v trenutku, ko glasbeniki odložijo svoje instrumente in glasba poneha. Gre namreč za *efemerna* avtorska dela,¹³ ki so ob odsotnosti ustrezne fiksacije minljiva in povečini tudi neponovljiva. Tako kot številne druge kategorije efemernih del, značilne predvsem za nekatere sodobne umetniške prakse (performansi,

¹⁰ Izraz *ex tempore* izhaja iz latinščine in pomeni »takoj, brez priprave«. Od tod tudi angleški izraz *extemporization*, ki se uporablja kot sinonim za improvizacijo.

¹¹ V tej prvi fazi se skriva še druga, morda najbolj znana avtorskoppravna dihotomija, med idejo in izrazom te ideje.

¹² Pri tem se avtorica omejuje na avdio- in videoposnetke, ki so utelešeni na določenem fonogramu. Notni zapisi improviziranega igranja so v praksi neobičajni, zaradi široke palete nezapisljivih zvokov in šumov, značilnih predvsem za prosto improvizacijo in drugo eksperimentalno glasbo, pa utegnejo biti tudi preveč pomanjkljivi.

¹³ Slovar slovenskega knjižnega jezika opredeljuje efemerno kot nekaj, kar traja malo časa; kar je kratkotrajno, bežno.

happeningi, začasne instalacije ipd.), se lahko tudi improvizirana glasba ohranja zgolj skozi dokumentiranje – torej tako, da se ustvari vsaj en avdio- ali videoposnetek njene izvedbe. Posnetek dela tako ostaja edini zadovoljivi nosilec, ki priča o nastanku samega avtorskega dela in ga ohranja pri obstoju, vse dokler tak posnetek obstaja in ga je mogoče predvajati.

V določenih primerih je možno, da je tudi posnetek nekega glasbenega dela kot tak deležen samostojnega avtorskoplavnega varstva – na primer takrat, ko bi bil posnet in zmontiran v obliki videospota. Zgolj preprosti posnetki koncertov, ki nastanejo s prenosnimi telefoni poslušalcev ali kar prek kamere, ki je nepremično pritrjena na stojalo, pa povečini ne bodo varovani kot avtorska dela.

4. Prepletanje avtorskih in sorodnih pravic

Kot izhaja že iz njegovega poimenovanja, ZASP ureja dve skupini pravic: avtorsko in sorodne. Avtorska pravica je enovita pravica, ki avtorju pripada na podlagi same stvaritve dela (14. člen ZASP). Iz nje izvira več vrst upravičenj: moralne avtorske pravice, ki varujejo osebnostna upravičenja (tj. avtorjeve duhovne in osebne vezi do svojega dela), materialne avtorske pravice, ki varujejo avtorjeva premoženjska upravičenja (ta omogočajo avtorju, da izključno dovoljuje ali prepoveduje uporabo svojega dela), ter druge pravice avtorja, ki urejajo nekatera druga upravičenja avtorja (na primer pravico javnega posojanja, sledno pravico in druge).

Sorodne pravice, ki varujejo podjeme izvajalcev, proizvajalcev fonogramov, filmskih producentov, založnikov in drugih oseb, ki jih ne moremo uvrstiti v kategorijo avtorjev, pa so vse pravice, ki nastanejo *v zvezi z* avtorskimi deli.¹⁴ Vsebinsko so avtorski najbližje pravice izvajalcev, saj interpretiranje določenega dela najbolj od vseh meji na duhovno ustvarjanje.¹⁵ Prav zaradi tega so izvajalci edini, ki imajo po zakonu poleg materialnih tudi moralne pravice za svojih izvedbah.

Nastanek avtorskih in sorodnih pravic je odvisen od tega, kolikšen del skladbe je improviziran, v kolikšnem delu pa se izvaja v skladu z obstoječo partituro. Na podlagi tega lahko glasbena dela okvirno razdelimo v tri skupine:

- dela z nič ali zanemarljivim deležem improvizacije,
- dela, ki so delno improvizirana,
- dela, ki so v celoti improvizirana.¹⁶

¹⁴ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 18.

¹⁵ Prav tam, str. 284.

¹⁶ Shaw, str. 127.

Prva skupina zajema vsa glasbena dela, pri katerih je interpret vezan na vnaprej napisano kompozicijo in pri katerih je maneverski prostor za odstopanje od nje zelo majhen. Smisel tega, da avtor skladbe bolj ali manj natančno določi harmonske postope, glavno melodijo, tempo in druge glasbene prvine, je prav v tem, da skladba vselej zveni enako in predvsem na način, kot si jo je avtor zamislil. V to skupino lahko uvrstimo večino del s popularne in alternativne glasbene scene, ki obe temeljita na pisanju pesmi (angl. *songwriting*), kot tudi večji del repertoarja klasične glasbe.¹⁷

Kljub upoštevanju, da nobena izvedba skladbe ni do potankosti enaka, so odstopanja od napisane partiture v teh primerih tako majhna, da izvajalčev doprinos k avtorskemu delu ni dovolj izviren in individualen, da bi ga lahko šteli za soavtorja. Ko torej glasbeniki zgolj poustvarjajo tuja glasbena dela in pri tem ohranjajo vse njihove bistvene prvine, ne gre za *predelavo* avtorskega dela, temveč zgolj za njegovo *izvedbo*.¹⁸ Glasbeniki tako ne pridobijo nobenih avtorskih pravic na glasbenem delu, ampak zgolj sorodne, *izvajalske* pravice na svoji izvedbi.

Druga kategorija zajema vsa avtorska dela, pri katerih se skladba delno izvaja v skladu z obstoječo partituro, deloma pa se čezno improvizirano igra. Slednje je značilno za glasbene zvrsti, kot sta jazz in blues, pri katerih glasbena skupina najprej skupaj odigra glavno temo, nato pa prepusti posameznemu solistu, da odigra niz variacij čez dano harmonsko strukturo (angl. *chord progression*), ki mu služi kot podlaga.¹⁹

Pri takšnem igranju pride do zanimivega prepleta pravic: v delu, kjer glasbeniki zgolj preigravajo obstoječo skladbo, jo samo *izvajajo*, zaradi česar pridobijo na svoji izvedbi izvajalske pravice. V delu, kjer posamezen glasbenik solira čez obstoječo harmonsko strukturo, pa je njegov ustvarjalni doprinos že tolikšen, da izpolnjuje pogoje za samostojno duhovno stvaritev, in zato v tem delu skladbo že *predeluje*. Iz tega izhaja, da pridobi poleg izvajalskih pravic tudi avtorske pravice na tako predelanem delu.

Tretja kategorija zajema dela, ki so v celoti improvizirana in se ne opirajo na nobeno predobstoječo partituro, ampak nastajajo sproti med samim izvajanjem. Glasbeniki, ki odigrajo v celoti improviziran koncert, so tako avtorji glasbe, na kateri pridobijo avtorske pravice, kot tudi njeni izvajalci, zaradi česar pridobijo poleg avtorskih tudi izvajalske pravice na svoji izvedbi.

¹⁷ Percepcija, da klasična glasba ni improvizirana, je stara le dobrih 100 let (glej opombo št. 3).

¹⁸ Damjan 2015, str. 13.

¹⁹ Eden izmed najbolj znanih repertoarjev, ki je bil osnovan na takšnem načinu igranja, je zagotovo repertoar *jazz standardov*; gre za zbirko »zimzelenih«¹⁸ skladb iz zakladnice ameriškega jazza z običajno formo AABA, pri čemer A označuje glavno temo, B pa tako imenovani *bridge*. Potem ko glasbeniki skupaj odigrajo celotno skladbo, se običajno vrnejo na začetek in skozi vsako ponovitev standarda ali njegovega dela spremljajo po enega od solistov, ki prosto solira čez harmonsko strukturo. Ko se zvrstijo vsi zeleni solisti, skladbo še zadnjič skupaj odigrajo od začetka do konca.

Ker so posamezni prispevki glasbenikov sočasni in povečini tudi dovolj individualni, nastalo glasbeno delo izpolnjuje pogoje za soavtorstvo po 12. členu ZASP: ustvarjalni prispevek vsakega soavtorja mora biti vsaj tolikšen, da bi ga lahko šteli za samostojno avtorsko delo, končni izdelek mora biti rezultat skupnega sodelovanja in mora predstavljati nedeljivo celoto.²⁰ Kot soavtorji nerazdelno odločajo o premoženjskem izkoriščanju dela, moralne pravice pa uveljavljajo vsak zase.

5. Kolektivno upravljanje pravic na živi izvedbi

5.1. Pravica javnega izvajanja

Materialne avtorske pravice varujejo premoženjske interese avtorjev s tem, da avtor izključno dovoljuje ali prepoveduje uporabo svojega dela in primerkov svojega dela. Člen 22 ZASP ureja različne vrste te uporabe, med katere spadajo tudi uporabe avtorskih del v netelesni obliki, ki jih pogosto poimenujemo s skupnim izrazom *male pravice*. Te urejajo različne načine priobčitve avtorskih del javnosti in med drugim zajemajo javno izvajanje oziroma priobčitev dela javnosti z živo izvedbo. Ker ima avtor izključno oblast nad premoženjsko komponento avtorske pravice na svojih delih, je v vseh primerih, ko se njegova glasba v živo izvaja na koncertu, upravičen do ustreznega denarnega nadomestila za takšno uporabo svojega dela.

5.2. Obvezno kolektivno upravljanje

Zaradi številčnosti in razpršenosti uporabnikov je učinkovito individualno upravljanje pravic za posameznega avtorja praktično nemogoče.²¹ Iz tega razloga je Zakon o kolektivnem upravljanju avtorske in sorodnih pravic (v nadaljevanju: ZKUASP) v 9. členu uvedel model obveznega kolektivnega upravljanja, po katerem določena kolektivna organizacija deluje kot vezni člen med avtorji in uporabniki del, ki prek nje urejajo izplačilo nadomestil za različne uporabe avtorskih del.

Kolektivna organizacija, ki je v Sloveniji pristojna za pobiranje in razdeljevanje nadomestil v različnih primerih uporabe avtorsko zaščitene glasbe, je Združenje skladateljev in avtorjev za zaščito avtorske pravice Slovenije (v nadaljevanju: Združenje SAZAS). Zaradi kogentne narave 9. člena ZKUASP avtor ali drug imetnik pravic ne more vplivati na upravljanje svojih malih pravic, saj jih Združenje SAZAS upravlja neposredno na podlagi zakonskega pooblastila in ne glede na imetnikovo voljo.²² To pomeni, da je Združenju SAZAS treba plačati

²⁰ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 60–62.

²¹ Trampuž, str. 58.

²² Drobež, str. 107.

avtorsko nadomestilo v vseh primerih, ko se javnosti priobčujejo dela, ki so avtorskoppravno varovana. Edina izjema od obveznega kolektivnega upravljanja je v primerih, ko je glavni izvajalec hkrati tudi imetnik vseh pravic na izvajanih delih. V tem primeru je kljub sicer obveznemu kolektivnemu upravljanju možno, da avtor – izvajalec svoje pravice ureja individualno, tj. z vsakim uporabnikom posebej (10. člen ZKUAP).

5.3. Objavljenost in neodrska narava del

Da se izplačilo avtorskih nadomestil lahko ureja prek Združenja SAZAS, morata biti izpolnjena še dva dodatna pogoja. Prvič, avtorska dela morajo biti objavljena, kar pomeni, da so z dovoljenjem upravičenca postala dostopna javnosti (3. člen ZASP). Vrhovno sodišče RS v svoji sodbi izrecno navaja, da v primeru krstnih izvedb skladb kolektivna organizacija ni pristojna za pobiranje nadomestil, saj takšno delo ne more šteti za že objavljeno avtorsko delo.²³ Drugič, kolektivno upravljanje pravic je možno samo na delih, ki so neodrske narave. Sem spadajo vsa dela, ki se javnosti priobčijo samostojno in niso vezana na določeno scensko dogajanje, kot to velja za odrska dela (npr. opere in mjuzikli).²⁴ V vseh primerih, ko se torej javnosti priobčujejo še neobjavljena ali odrska glasbena dela, je treba pravice urediti individualno.

5.4. Avtorska nadomestila v primeru improviziranih koncertov

Od tega, kolikšen del koncerta je improviziran, je odvisno, ali se morajo male pravice na glasbenem delu upravljati obvezno kolektivno ali pa jih avtor lahko ureja individualno, tj. z vsakim uporabnikom posebej.

Kadar je koncert v celoti improviziran, kolektivna organizacija v nobenem primeru ni pristojna za pobiranje avtorskih nadomestil na tako priobčeni glasbi. Ker glasbeniki improvizatorji ne izvajajo obstoječih avtorskih del, ampak ta nastajajo sproti med njihovim izvajanjem, gre za njihovo prvo (in tudi edino) javno priobčitev. Krstne izvedbe glasbenih del pa so, kot rečeno, izvzete iz obveznega kolektivnega upravljanja, zaradi česar se pravice ne urejajo prek Združenja SAZAS, temveč se mora avtorsko nadomestilo izplačati neposredno glasbenikom, ki so avtorji glasbe. Ne glede na pogoj objavljenosti bi bilo individualno upravljanje z avtorskimi pravicami sicer mogoče že na podlagi dejstva, da so izvajalci nujno hkrati tudi (so)avtorji vse improvizirane glasbe, ki se izvede na koncertu, in bi lahko že na podlagi izjeme iz 10. člena ZKUASP svoje pravice urejali individualno.

²³ Sodba II Ips 879/2006 z dne 18. aprila 2007.

²⁴ Damjan 2017, str. 151.



Če glasbeniki zgolj improvizirajo čez skladbe, ki so predhodno že bile objavljene in so del repertoarja pristojne kolektivne organizacije, mora uporabnik za takšno uporabo tujih avtorskih del poravnati ustrezno avtorsko nadomestilo Združenju SAZAS. V delu, kjer glasbeniki solirajo čez zaščitene teme, namreč posegajo v tuja avtorska dela tako, da jih predelujejo, in pri tem koristijo tuje avtorske pravice na tako predelanem delu. Dolžnost plačila nadomestila izhaja iz dejstva, da ima vsak avtor izključno pravico tudi do *nadaljnega* izkoriščanja svojega dela; to pa zajema tudi izkoriščanje predelanega (*derivatnega*) dela, v katerem je originalno avtorsko delo vselej zajeto.²⁵

Individualno urejanje delno improviziranih koncertov bi bilo izjemoma možno tudi v primeru, ko bi bile teme, čez katere bi improvizirali, avtorsko delo izvajalcev samih ali pa bi šlo za teme, ki so zunaj avtorskopravne zaščite.²⁶

6. Varstvo fonogramov in njihova improvizirana manipulacija

6.1. Pravice na fonogramih

Krovni izraz za vse vrste materialnih nosilcev, ki vsebujejo posnetek neke izvedbe ali drugih zvokov, zakon definira kot fonogram (drugi odstavek 128. člena ZASP), fizično ali pravno osebo, ki s svojim finančnim in časovnim vložkom omogoči njegov nastanek, pa kot proizvajalca fonogramov.²⁷ Ker pri izdelavi posnetka običajno sodeluje več različnih ustvarjalcev, se v povezavi z njim oblikujejo različne vrste pravic: avtorji del, ki so posneta na fonogramu, pridobijo (oziroma obdržijo) na svojih delih avtorske pravice, izvajalci, ki ta dela izvedejo, imajo na svoji posneti izvedbi sorodne pravice izvajalcev (120. in 121. člen ZASP), proizvajalec fonograma pa razpolaga s petimi izključnimi upravičenji iz naslova sorodnih pravic proizvajalcev fonogramov (129. člen ZASP). Če se fonogrami javno priobčujejo javnosti, se pri tem hkrati koristijo pravice vseh zgoraj naštetih.

6.2. Sampling

Ko glasbo posnamemo in fiksiramo na določenem materialnem nosilcu, njena (ne)improviziranost ne igra več bistvene vloge; fonogram bo namreč užival enako pravno varstvo ne glede na to, koliko improvizirana je njegova vsebina. Kljub temu da improvizirana glasba s fiksacijo

²⁵ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 48.

²⁶ Slednje velja za primere, ko bi glasbeniki za podlago uporabili določen ljudski napev, ki v skladu z 9. členom ZASP spada pod nevarovane stvaritve, ali pa bi uporabili skladbo, pri kateri so avtorske pravice že potekle (70 let od smrti avtorja).

²⁷ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 308–309.

na materialnem nosilcu izgubi marsikatero ključno lastnost, ki jo sicer razlikuje od neimproviziranih del, pa tehnologija že vrsto let omogoča, da se fonograme ne le predvaja, temveč z njimi tudi bolj ali manj improvizirano *manipulira*. Slednje zajema širok spekter različnih načinov njihove predelave – od preurejanja, spajanja, rezanja do ritmičnega usklajevanja²⁸ –, med katerimi je najverjetneje najbolj poznana prav tehnika vzorčenja ali *samplanja*. Gre za ustvarjalni proces, pri katerem DJ-ji jemljejo krajše izseke obstoječih glasbenih del in jih nespremenjene ali pa zvočno obdelane umeščajo v novo glasbeno delo.²⁹

Ker ZASP ne predvideva nobene vsebinske omejitve avtorske pravice, po kateri bi bilo mogoče prosto uporabljati izseke tujih del v javnosti, ostaja edina možna kvalifikacija vzorčenja še vedno *predelava*. To postavlja DJ-je v enak pravni položaj kot glasbenike, ki na koncertih v živo predelujejo avtorska dela prek improviziranja čez obstoječe teme. Za oboje namreč velja, da morajo pred predelavo tujih avtorskih del pridobiti soglasje avtorjev in drugih imetnikov pravic, uporabniki pa so nato zavezani k plačilu vseh potrebnih nadomestil.

6.3. Kolektivno upravljanje

Kolektivne organizacije lahko v primeru javnega predvajanja fonogramov od uporabnikov poberejo nadomestilo le, če gre za fonograme, ki so bili izdani v komercialne namene. To pomeni, da je bilo zadostno število primerkov, ki so bili z dovoljenjem upravičenca ponujeni javnosti ali dani v promet, izdano z namenom tržne eksploatacije.³⁰ Kolektivna organizacija, ki v Sloveniji skrbi za pravice izvajalcev in proizvajalcev fonogramov, je Zavod za uveljavljanje pravic izvajalcev in proizvajalcev fonogramov Slovenije (v nadaljevanju: Zavod IPF). Organizacija med drugim obvezno kolektivno upravlja pravico javne priobčitve fonogramov ter pobrana nadomestila v razmerju 50 : 50 odstotkov razdeli med izvajalce in proizvajalce fonogramov.

V primeru improvizirane manipulacije s fonogrami je uporabnik dolžan poravnati ustrezno nadomestilo tako Združenju SAZAS iz naslova avtorskih pravic na uporabljenih delih kot tudi Zavodu IPF, ki bo nadomestilo izplačal izvajalcem in proizvajalcem fonograma, ki so sodelovali pri njegovi produkciji.

7. Empirična raziskava

Anketa na temo avtorskih pravic na glasbi, ki je v celoti improvizirana, je bila opravljena med 21 glasbeniki improvizatorji in je dala nekatere zanimive rezultate. Namen te kratke raziskave

²⁸ Rejc, Artnak, str. 16.

²⁹ Prav tam.

³⁰ Trampuž, Oman, Zupančič, str. 313.

je bil predvsem dobiti vpogled v to, kako se glasbeniki v praksi dogovarjajo za izvedbe koncertov in višino honorarja, ali v ta namen podpisujejo pogodbe ter kakšna je njihova splošna ozaveščenost o avtorskih pravicah. Kljub temu da je vzorec vprašanih na prvi pogled morda preskromen, da bi potegnili zanesljive zaključke, je treba upoštevati, da je slovenska improvizatorska scena zelo majhna in da bistveno več glasbenikov, kot jih je dejansko sodelovalo pri vprašalniku, niti ni mogoče najti.

7.1. Sklepanje podjemnih pogodb o izvedbi koncerta

Kar 90 odstotkov vseh vprašanih je na vprašanje, ali pred izvedbo posameznega koncerta sklenejo pogodbo, odgovorilo, da takšno pogodbo sklenejo zgolj izjemoma. Od teh jih večina pogodbo sklene predvsem ali celo izključno v primerih, ko sodelujejo z večjimi organizatorji. Na to najbrž vpliva dejstvo, da imajo večja koncertna prizorišča in pomembnejši glasbeni festivali v ta namen organizirane svoje pravne službe, ki poskrbijo za redno sklepanje pogodb z izvajalci, medtem ko je pri manjših organizatorjih, kot so na primer klubi na Metelkovi ali manjši zavodi, sklenitev pogodbe v večji meri odvisna od samoiniciative in pravniške podkovanosti posameznega uporabnika. Da se s svojimi pravicami in drugo vsebino iz pogodb večina podrobno ne seznanja, je mogoče sklepati iz dejstva, da le 21 odstotkov vprašanih pogodbo, ko jim je ponujena v podpis, sploh skrbno prebere. Preostali delež vprašanih pogodbo samo na hitro preleti (69 %), jo prebere le včasih (5 %) ali pa pogodbe sploh ne prebere (5 %).

7.2. Avtorski in izvajalski honorar

Glede višine honorarja se glasbeniki in organizatorji dogovarjajo različno od primera do primera; honorar bodisi enostransko določi organizator, včasih ga določijo glasbeniki sami, najpogosteje pa se z organizatorjem koncerta pogajajo o njegovi višini. Na vprašanje, kako je honorar običajno definiran v pogodbi, je skoraj 75 odstotkov vprašanih odgovorilo, da je honorar določen v enotnem bruto ali neto znesku, pri čemer ni natančneje specificirano, kaj vse naj bi ta znesek pokrival. Nekateri glasbeniki se poleg enotnega zneska v pogodbi običajno dogovorijo tudi glede potnih stroškov, nihče od vprašanih pa običajno ne sklepa pogodb, v katerih bi bilo jasno določeno, koliko jim pripada iz naslova podjemne pogodbe (torej kot plačilo za samo izvedbo koncerta) in koliko iz naslova avtorskih pravic na izvedenih delih. Temu je sledilo tudi nekoliko retorično vprašanje, ki se je glasilo: »Ali veste, da ste improvizatorji vselej upravičeni tako do plačila za samo izvedbo koncerta kot tudi do nadomestila za avtorske pravice na vaši improvizirani glasbi?«. Enaindvajset odstotkov vprašanih je odgovorilo, da vedo, a se vselej dogovorijo le za honorar iz naslova izvedbe koncerta, 47 odstotkov glasbenikov meni, da sta tako honorar iz podjema kot nadomestilo za avtorske pravice zajeta v enotnem dogovorjenem honorarju, 32 odstotkov pa jih ni vedelo, da takšno nadomestilo sploh obstaja.

Povedno pri tem je, da izmed vseh vprašanih nihče ne zahteva izplačila avtorskega nadomestila *poleg* plačila za izvedbo koncerta, ampak se nadomestilu (če odštejemo tiste, ki se svoje pravice do nadomestila pravzaprav ne zavedajo) bodisi vnaprej in zavestno odpovejo bodisi ga štejejo za vključenega v dogovorjeni honorar.

7.3. Finančni vidik

Da gre za marginalno sceno, znotraj katere se ne obračajo velike vsote denarja, potrjuje dejstvo, da skoraj polovica glasbenikov, ki delujejo na tej sceni, z nastopanjem na koncertih ne zasluži dovolj za preživetje, četrtnina s svojimi dohodki komaj pride skozi mesec in le četrtnina izmed vseh vprašanih s svojo glasbo še kar dobro oziroma dobro živi. Vzrok za to je morda dejstvo, da je koncertov po količini dovolj, a so preslabo plačani (s tem se je strinjalo 56 % vprašanih). S trditvijo, da je improvizirana glasba zaradi svojih specifik obsojena na to, da med ljudmi ni najbolj popularna, se je strinjala več kot polovica vseh, prav tako jih je kar sedem pritrdilo dejstvu, da večkrat privolijo v skromnejši honorar samo zato, da določeno koncertno prizorišče z že tako skromnimi finančnimi sredstvi ne bi zaprlo svojih vrat.

V zvezi z gmotnim položajem glasbenikov improvizatorjev je treba obenem upoštevati, da (komercialni) radii povečini ne vidijo možnosti v tem, da bi s takšno glasbo privabljali nove poslušalce, niti jih ne zanima z njo razširjati obzorja obstoječim.³¹ Dohodki iz naslova avtorskih in sorodnih pravic na predvajanih fonogramih so zato v tem smislu zelo skromni in gotovo ne morejo predstavljati solidnega dohodka za ustvarjalce. Podobno skromno je tudi povpraševanje po zgoščenkah in drugih nosilcih zvoka, ki ostaja predvsem v domeni glasbenih sladokuscev. Vse navedeno pogosto prisili glasbenike, da za svoje preživetje najdejo še druge, vzporedne vire zaslužka.

7.4. Kolektivno upravljanje in splošna ozaveščenost o pravicah

Z vprašanjem, povezanim s kolektivnim upravljanjem, je avtorico zanimalo, kakšna je splošna percepcija glasbenikov o tem, ali je Združenje SAZAS upravičeno do pobiranja avtorskih nadomestil na njihovi improvizirani glasbi. Nekaj čez 60 odstotkov vprašanih je (pravilno) odgovorilo, da SAZAS ni pristojen za pobiranje nadomestil iz naslova pravice javnega izvajanja, saj gre za glasbo, ki ni vnaprej objavljena in torej ne more biti del repertoarja, s katerim obvezno upravlja kolektivna organizacija. Preostalih 40 odstotkov vprašanih pa je (zmotno) menilo, da so do izplačila prek kolektivne organizacije, kljub temu da gre za improvizirano

³¹ Izjema je Radio Študent, ki improvizirani glasbi od vseh radijskih postaj posveča največ pozornosti in je tudi sicer glavni medijski podpornik alternativne in nekonvencionalne glasbene scene v Sloveniji.

glasbo, upravičeni. Polovica teh je prepričanih, da določen dohodek iz tega naslova tudi dejansko dobiva na svoj transakcijski račun.

Skoraj 80 odstotkov vseh vprašanih je ocenilo, da so o svojih avtorskih in drugih pravicah, ki jim pripadajo kot glasbenikom, premalo ozaveščeni. Kljub temu da se je isti delež hkrati strinjal s trditvijo, da bi si želeli o svojih pravicah izvedeti več, pa je le en sam izmed vseh vprašanih v zvezi s tem v preteklosti že poiskal pomoč pri pravnem strokovnjaku. Sklepamo lahko, da pravno svetovanje marsikomu predstavlja prevelik strošek ali pa ga vsaj dojema kot nedostopen luksuz in se za obisk odvetnika kljub potrebi po informacijah raje ne odloči. Ironično pri tem je, da bi se relativno majhna investicija v dober pravni nasvet glasbenikom najverjetneje obrestovala in bi se lahko odražala ravno v povečanju njihovih dohodkov.

8. Sklep

Primerjava rezultatov ankete s teoretičnimi izhodišči je pokazala, da so nekateri pojmi in koncepti, ki jih zagovarja in utemeljuje pravna teorija, v praksi zabrisani ali celo nerelevantni. Raziskava je ovrgla teorijo zlasti glede načina dogovarjanja glasbenikov z organizatorji za svoj honorar: kljub strogemu ločevanju avtorskega in izvajalskega honorarja se ta dva honorarja v praksi pravzaprav nikoli ne obravnavata ločeno oziroma ju presenetljivo velik delež glasbenikov dojema kot vključena v enoten znesek, ki jim je izplačan po izvedbi koncerta. Ali so glasbeniki za svoje improvizirane koncerte kljub temu ustrezno plačani, ostaja delno še odprto vprašanje. Da bi glasbeniki v skupnem izkupičku včasih lahko dobili več, če njihova glasba ne bi bila improvizirana, lahko namreč argumentiramo z dejstvom, da nekateri organizatorji vsem glasbenikom, ki igrajo na njihovem koncertnem prizorišču, ponudijo enak honorar ne glede na to, kakšno glasbo izvajajo. V takih primerih so glasbeniki, ki izvajajo neimprovizirano avtorsko glasbo, deležni tako honorarja za izvedbo koncerta kot tudi naknadnega plačila nadomestila prek Združenja SAZAS, glasbeniki, ki na koncertu v celoti improvizirajo, pa prejmejo le dogovorjeni honorar brez pribitka iz naslova avtorskih pravic. S tem se (odvisno, s katere perspektive gledamo) *de facto* odpovejo izplačilu avtorskega honorarja ali pa privolijo v manjše plačilo iz naslova podjemne pogodbe.

Literatura

- DAMJAN, Matija. Avtorstvo glasbenega dela in položaj glasbenega aranžerja. *Zbornik znanstvenih razprav*, 2015, LXXV, str. 7–34.
- DAMJAN, Matija. Razlikovanje med odrskimi in neodrskimi glasbenimi deli. *Pravni letopis Inštituta za primerjalno pravo*, 2017, str. 145–154.

- DOVIĆ, Marijan. Umetnost improvizacije v literaturi in glasbi. *Primerjalna književnost*, letn. 38, št. 2, str. 99–116.
- DROBEŽ, Eneja. *Kolektivno varstvo avtorske in sorodnih pravic: novosti v slovenskem in evropskem pravu ter uveljavljanje zahtevkov v pravnih postopkih*. IUS Software, GV Založba, 2017.
- REJC, Žiga, ARTNAK, Katja. Miksanje glasbe ter varstvo pravic izvajalcev in proizvajalcev fonogramov. *Pravna praksa*, 2015, št. 49–50, str. 16–17.
- SHAW, Warren. *Copyrighting Improvised Music*. 32 Copyright L. Symp. 109, 1982.
- TRAMPUŽ, Miha. *Kolektivno upravljanje avtorske in sorodnih pravic: Ureditve v Sloveniji in Evropski skupnosti*. GV Založba, 2007.
- TRAMPUŽ, Miha, OMAN, Branko, ZUPANČIČ, Andrej. *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1997.



Pravni letopis 2018

Povzetki
Abstracts

VII.

UDK 004.738.5:34

Pravni letopis 2018, str. 9–25

BARBARA POVŠE GOLOB, MAŠA DROFENIK

Nezakonite spletne vsebine: ali cenzura na internetu sploh deluje?

V boju proti nezakonitim spletnim vsebinam se države vse pogosteje zatekajo k blokadam spletnih mest. Blokade so tehnični ukrep, ki na sporno vsebino ne vpliva, pač pa – odvisno od oblike – uporabnikom skuša preprečiti ali otežiti dostop do teh vsebin. Cilj prispevka je tehnična ocena učinkovitosti blokad, ki kaže, da so blokade v splošnem neučinkovite in nesorazmerne, saj pogosto povzročijo neželene in škodljive posledice. V sklepu so podani predlogi, kako pristopiti k reševanju te problematike.

Ključne besede: nezakonite spletne vsebine, blokade spletnih mest, sistem domenskih imen (DNS)

UDC 004.738.5:34
Pravni letopis 2018, pp. 9–25

BARBARA POVŠE GOLOB, MAŠA DROFENIK

Internet Censorship – Does It Work?

The use of internet blocking by governments against illegal content is a growing trend worldwide. Internet blocking is a technical measure to prevent access to content considered illegal and has no impact on the content itself. The goal of this paper is to provide technical assessment of different methods of blocking content on the internet. Our conclusion is that internet blocking is generally inefficient, often ineffective, and causes unintended collateral damage. We provide some advice on how to approach this complex issue.

Keywords: internet blocking, illegal content, Domain Name System (DNS)

UDK 347.952:004.774

Pravni letopis 2018, str. 27–37

MATIJA DAMJAN

Pravice na internetni domeni in izvršba na domeno

Internetna domena nam pomaga prepoznati posamezno spletno mesto in dostopati do njega. Zaradi svoje razlikovalne funkcije ima prepoznavna internetna domena precejšen gospodarski pomen, saj povečuje obiskanost spletnega mesta. Upniki nosilca domene zato želijo poseči na premoženjsko vrednost domene za poplačilo svojih terjatev. Vendar način izvršbe na internetno domeno v zakonodaji ni jasno urejen. Prispevek prikaže temeljne tehnične značilnosti internetne domene in njene registracije ter na tej podlagi preučí pravno naravo internetne domene oziroma pravic na njej. Avtor ugotavlja, da domena sama po sebi ni pravica, vendar jo je mogoče unovčiti s prodajo celote obligacijskih pravic nosilca domene v razmerju do registra domen.

Ključne besede: internetna domena, spletna stran, internetni naslov, izvršba, rubež, stečaj, znamka, ARNES

UDC 347.952:004.774

Pravni letopis 2018, pp. 27–37

MATIJA DAMJAN

Rights on Internet Domain Names and Execution upon a Domain Name

An internet domain name helps us identify any website and access it. Due to its distinguishing function, a recognisable internet domain has considerable economic significance as it increases website traffic. Therefore, domain name holder's debtors may want to cash in the property value of the domain to ensure payment of their claims against the creditor. However, the method of execution upon domain names is not clearly regulated in legislation. The article presents the basic technical characteristics of internet domain names and their registration; on this basis, it further examines the legal nature and legal protection of domain names. The author concludes that a domain name in itself should not be treated as an exclusive right. Nevertheless, execution upon a domain name can still be carried out by appraisal and sale of the complete set of domain name holder's contractual rights arising from its relationship with the domain name registry.

Keywords: internet domain name, website, internet address, execution procedure, seizure and sale, bankruptcy, trade mark, ARNES

*UDK 347.44:004**Pravni letopis 2018, str. 41–57*

NATAŠA SAMEC BERGHAUS, KLEMEN DRNOVŠEK

Domet uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava

Tehnologija veriženja podatkovnih blokov omogoča sklepanje avtomatično izvršljivih pogodb. Gre za tako imenovane pametne pogodbe, ki se sklepajo v obliki računalniške kode in se avtomatično izpolnijo ob izpolnitvi vnaprej določenih pogojev. Pametne pogodbe se od klasičnih pogodb razlikujejo zlasti v naslednjih lastnostih: avtomatična izpolnitev pogodbene obveznosti, sklenitev pogodbe v obliki računalniške kode in gotovost, da se bo dogovor izpolnil na način, kot je bilo dogovorjeno ob sklenitvi pogodbe. V prispevku so obravnavane temeljne značilnosti pametnih pogodb. Na podlagi obravnave prednosti in slabosti posameznih značilnosti pametnih pogodb je opravljena analiza predvidenega dometa uporabne vrednosti pametnih pogodb na področju pogodbenega prava.

Ključne besede: pametne pogodbe, klasične pogodbe, veriga blokov, samodejna izvršitev, spremenjene okoliščine, pogodbeno pravo, neprilagodljivost

UDC 347.44:004

Pravni letopis 2018, pp. 41–57

NATAŠA SAMEC BERGHAUS, KLEMEN DRNOVŠEK

Applicability Range of Smart Contracts in the Field of Contract Law

Blockchain technology enables the conclusion of automatically enforceable contracts, commonly known as smart contracts, which are concluded in the form of computer code and are executed automatically after all predetermined conditions are met. The distinctive features of such smart contracts are mainly in their characteristics: automatic execution of contractual obligations, use of computer code in contract conclusion, and certainty of execution of the contractual agreements exactly as predetermined. This paper discusses the fundamental features of smart contracts. Furthermore, it presents the analysis of the presumed applicability range of smart contracts in the field of contract law. The analysis is based on the consideration of advantages and disadvantages of individual smart contract features.

Keywords: smart contracts, traditional contracts, blockchain, automatic enforcement, changed circumstances, contract law, inflexibility

UDK 368.811:347.455
Pravni letopis 2018, str. 61–77

MIRAN JUS

Zavarovanje trgovinskih kreditov

Zavarovanje trgovinskih kreditov se šteje za učinkovit in danes prevladujoč finančni/zaščitni instrument za sodobno prodajo na odloženo plačilo in na odprt račun, ki se uporablja za zagotavljanje zavarovalnega kritja (predvsem sorazmernega) za inherentne komercialne in nekomercialne rizike ter pomožnih storitev v zvezi s trgovinskimi terjatvami (orientiran na portfelj kreditnih rizikov). Pogodba o zavarovanju trgovinskih kreditov je dvostranska, odplačna, vzajemna, obnovljiva, samostojna in *uberrimae fidei* odškodovalna pogodba, običajno diskretne narave, s pogojnimi obveznostmi zavarovalnice kot temeljem dolgoročnega ali trajnega interaktivnega sodelovanja med kreditno zavarovalnico in zavarovancem (prodajalcem/upnikom). Čeprav kreditno zavarovanje bolj ali manj temelji na enakih načelih kot druga premoženjska zavarovanja, je ta kompleksna zavarovalna vrsta (vključno s kavcijskim zavarovanjem), z v članku opisano pravno naravo in glavnimi značilnostmi pogodbe o zavarovanju trgovinskih kreditov, precej specifična in se razlikuje od drugih zavarovanj v zavarovalnotehničnem kot tudi v pravnem smislu; tako se XXVI. poglavje Obligacijskega zakonika sicer prevladujočimi kogentnimi normami o zavarovalni pogodbi za kreditno zavarovanje ne uporablja. Zato so pravni viri pogodbenega prava za kreditno zavarovanje predvsem zavarovalne police s splošnimi in posebnimi pogoji zavarovanja kot njihovimi sestavnimi deli, pa tudi običaji, neformalni pravni viri in omejena sodna praksa.

Ključne besede: pogodba o zavarovanju trgovinskih kreditov, Obligacijski zakonik, splošni pogoji zavarovanja

UDC 368.811:347.455
Pravni letopis 2018, pp. 61–77

MIRAN JUS

Trade Credit Insurance

Trade credit insurance is perceived as an efficacious and nowadays prevailing financial/security instrument for contemporary sales on deferred payment and open account terms employed to provide insurance coverage (mainly proportional) against inherent commercial and non-commercial risks, as well as auxiliary services related to trade receivables (oriented on credit risk portfolio). The trade credit insurance contract is bilateral, onerous, reciprocal, perpetual and stand-alone *uberrimae fidei* contract of indemnity, usually of a discreet nature, with conditional obligations of the insurer as a foundation of a long-term or permanent interactive cooperation between credit insurer and the insured vendor (creditor). Even though credit insurance is founded more or less on the same basic principles as other property insurances, this complex insurance class (including suretyship) – with the legal nature and main characteristics of trade credit insurance contract described in the article – is rather specific and differs from other types of insurance in underwriting, as well as in legal sense, and thus Chapter XXVI of the Code of Obligations with its prevailing mandatory provisions on insurance contract do not apply for credit insurance. Therefore, legal sources for credit insurance contract law are mainly insurance policies with general and special insurance conditions as their integral parts, as well as usages, informal legal sources and scarce case law.

Keywords: trade credit insurance contract, Code of Obligations, general insurance conditions

UDK 347.275:336.717.061
Pravni letopis 2018, str. 79–92

BOJAN BREŽAN, JURIJ LAMPIČ

Prenosljivost maksimalne hipoteke

Na podlagi izrecne omejitve v Stvarnopravnem zakoniku se maksimalna hipoteka kot omejeno akcesorno stvarnopravno zavarovanje pri cesiji (odstopu) na novega upnika ne prenese skupaj s terjatvijo, kar potrjuje tudi dosedanja sodna praksa. Ker je cesija najprimernejši mehanizem za prenos terjatev na novega upnika, maksimalna hipoteka pa pogost instrument utrditve obveznosti, omenjena omejitev v poslovni praksi – predvsem pri transakcijah prodaje slabih bančnih terjatev – povzroča težave. *Ratio legis* omejitve prenosljivosti naj bi bil varovanje prvotnega upnika, ki bi mu lahko v nasprotnem primeru »zmanjkalo hipotekarnega kritja«. V prispevku je zavzeto stališče, da za tako varstvo ni razloga, saj je upniku na voljo dovolj pogodbenih mehanizmov za varstvo svojega položaja, prav tako pa ni videti drugega pravopolitičnega razloga za omejevanje prenosljivosti maksimalne hipoteke. Zaradi navedenega ne preseneča, da se je v pravni teoriji pojavilo že več stališč o drugačni pravni naravi maksimalne hipoteke, ki stremijo k temu, da bi bila njena prenosljivost na tak ali drugačen način omogočena že brez poseganja v obstoječo zakonodajo. Avtorja meniva, da bi bilo pravno negotovost najučinkoviteje sanirati z izrecno odpravo omejitve in hkratno vpeljavo možnosti zagotovitve publicitete prenosa v zemljiškoknjižni zakonodaji.

Ključne besede: maksimalna hipoteka, cesija, odstop terjatve, prenosljivost maksimalne hipoteke, načelo akcesornosti, prenos pogodbe, prodaja slabih terjatev, NPL-transakcije, zemljiška knjiga

UDC 347.275:336.717.061

Pravni letopis 2018, pp. 79–92

BOJAN BREŽAN, JURIJ LAMPIČ

Transferability of Maximum Mortgage

On the basis of an explicit limitation included in the Slovenian Law of Property Code, the maximum mortgage, a property law-based security interest of limited accessory nature, does not, by way of assignment, transfer to a new creditor along with the claim; this principle is also affirmed by the available case law. Since assignment is the most suitable mechanism for transferring claims to a new creditor, and maximum mortgage is a common credit enhancement instrument, the above limitation causes inconvenience to commerce, in particular in respect to non-performing loans sale transactions. Supposed legislative rationale of the limitation on transferability is the protection of the original creditor, who could otherwise "run out of mortgage security interest". The paper takes the view that there are no reasons to provide such protection, since the creditor can avail itself of contractual mechanisms to safeguard its position, and that there are also no other policy reasons to limit the transferability of maximum mortgage. It is therefore not surprising that the legal theory has produced several alternative views regarding the legal nature of the maximum mortgage with the aim of enabling its transferability without amending the law as it stands. The authors are of the opinion, however, that the associated legal uncertainty is best mitigated through an outright abolition of the limitation and the concurrent introduction of a mechanism enabling publicity of the transfer through amendments to the land register legislation.

Keywords: maximum mortgage, assignment of receivables, transferability of maximum mortgage, accessory principle, transfer of contract, non-performing loans sales, NPL transactions, land register

UDK 336.774.3:347.734:339.542.2
Pravni letopis 2018, str. 93–116

KREŠIMIR STARČEVIČ, ANA BAČIČ

Strategija upravljanja kreditnega tveganja in njen vpliv na število izvršb pravnih oseb

V prispevku avtorja obravnavata problem izterjave terjatev do pravnih oseb za dobavljeno blago in storitve ter predlagata možne rešitve. Prvi del prispevka predstavlja teoretično podlago glede plačilnih rokov in tudi glede instrumentov zavarovanj, dotakne pa se tudi primerjalnega preseka najpogosteje uporabljenih instrumentov zavarovanja na Hrvaškem, v Sloveniji in Srbiji. V nadaljevanju prispevka avtorja podata analizo strategije upravljanja kreditnega tveganja v družbi Atlantic Grupa, d. d., in njenih odvisnih družbah Atlantic Trade, d. o. o., Zagreb, Atlantic Trade, d. o. o., Ljubljana, in Atlantic Brands, d. o. o., Beograd. Na podlagi analize izbrane družbe oziroma njenih odvisnih družb pojasnujeta, ali je in kako je uvedba strategije upravljanja kreditnih tveganj v postopku izterjave terjatev vplivala na število izvršb, ki so jih sprožile te družbe.

Ključne besede: izterjava terjatev, strategija upravljanja kreditnih tveganj, izvršbe, likvidnost, Atlantic Grupa, d. d.

UDC 336.774.3:347.734:339.542.2

Pravni letopis 2018, pp. 93–116

KREŠIMIR STARČEVIĆ, ANA BAČIĆ

Credit Risk Management Strategy and its Influence on the Number of Execution Proceedings against Legal Persons

In this paper, the author discusses the problem of collecting claims against legal entities for goods and services supplied, and proposes possible solutions. The first part of the paper presents the theoretical bases regarding payment deadlines, as well as regarding insurance instruments, with the reflection on the comparative cross-section of the most frequently used insurance instruments in Croatia, Slovenia, and Serbia. In the continuation of the article, the author presents the analysis of the credit risk management strategy in Atlantic Grupa d.d. and its subsidiaries Atlantic Trade d.o.o. Zagreb, Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana and Atlantic Brands d.o.o. Belgrade. Using the analysis of the selected company and its subsidiaries, the author explains whether and how the introduction of a credit risk management strategy affected the number of the execution proceedings these companies initiated.

Keywords: collecting claims, credit risk management strategy, execution proceedings, liquidity, Atlantic Grupa d.d.

Strategija upravljanja kreditnim rizikom te njen utjecaj na broj ovršnih postupaka pravne osobe

U ovom radu obrađuje se problem naplate potraživanja pravnih osoba za isporučena dobra i usluge te se predlažu moguća rješenja. Prvi dio rada dio daje teorijsku podlogu vezanu za rokove plaćanja, kao i instrumente osiguranja plaćanja, s osvrtom na komparativni presjek najčešće korištenih instrumenata osiguranja u Republici Hrvatskoj, Republici Sloveniji i Republici Srbiji. U nastavku rada daje se analiza strategije upravljanja kreditnim rizikom u Atlantic Grupi d.d., odnosno u njenim ovisnim društvima Atlantic Trade d.o.o. Zagreb, Atlantic Trade d.o.o. Ljubljana i Atlantic Brands d.o.o. Beograd. Kroz analizu odabranog trgovačkog društva, odnosno njegovih ovisnih društava daje se odgovor na pitanje da li je, i kako, uvođenje strategije upravljanja kreditnim rizikom u proces naplate potraživanja, utjecalo na broj ovršnih predmeta navedenih društava.

Ključne riječi: naplata potraživanja, strategija upravljanja kreditnim rizikom, ovršni predmeti, likvidnost, Atlantic Grupa d.d.

*UDK 347.626.2**Pravni letopis 2018, str. 119–128*

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema

Pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema je v slovenskem družinskem pravu novost, ki jo je prineslo sprejetje Družinskega zakonika. V prispevku avtorica analizira nekatera od odprtih vprašanj, ki se bodo ob uvedbi instituta oziroma ob njegovi uporabi v praksi nedvomno pojavljala. Najprej opozori na problematiko poimenovanja instituta, ki po njenem mnenju ni primerno, zato v prispevku uporablja stari, uveljavljeni izraz ženitna pogodba. V nadaljevanju analizira pravne vidike posameznih problemskih sklopov, kot so na primer vprašanja, ki se dotikajo subjektov ženitne pogodbe, časovnega vidika sklepanja in njenega učinkovanja ter njene vsebine in pojasnilne dolžnosti notarja. Prispevek zaključí z ugotovitvijo, da je pogodbená svoboda pri oblikovanju lastnega premoženjskega režima velik korak v smeri demokratizacije na področju družinskega premoženjskega prava, vendar hkrati prinaša tudi številne pravne dileme in vprašanja, ki jih doslej nismo poznali.

Ključne besede: pogodba o ureditvi premoženjskopравnih razmerij med zakoncema, ženitna pogodba, premoženjski režim med zakoncema, premoženjska razmerja med zakoncema, pojasnilna dolžnost notarja.

UDC 347.626.2

Pravni letopis 2018, pp. 119–128

VIKTORIJA ŽNIDARŠIČ SKUBIC

The Agreement on the Regulation of Property Relations between Spouses

The agreement on the regulation of property relations between spouses (marriage contract) is a novelty of Slovene family law, which was introduced with the adoption of the Family Code. In the paper, the author analyses some of the open questions that will undoubtedly appear at the point of introduction of the institution or its use in practice. Initially, the author draws attention to the issue of its name, which, in her opinion, is inappropriate. The author therefore uses the old and established term: marriage contract. The author continues with the analysis of legal aspects of individual problem sets on the matter, such as questions regarding the subjects of a marriage contract, the time aspect of concluding a contract and its effectiveness, the issue of its content and explanatory duty of notary public. The author concludes the paper with the finding that the introduction of autonomy in creating a marital property regime presents a big step towards democratisation in the field of a family property law, but at the same time gives rise to many legal dilemmas and questions that were unknown until now.

Keywords: agreement on the regulation of property relations between spouses, marriage contract, marital property regime, property relations between spouses, explanatory duty of public notary

*UDK 347.626**Pravni letopis 2018, str. 129–139*

VESNA RIJAVEC

Zakoniti premoženjski režim zakoncev

Po slovenskem pravu za premoženjska razmerja, ki so posledica življenjske skupnosti, ne veljajo zgolj splošna pravila civilnega prava, temveč jih podrobneje ureja tudi Družinski zakonik. Ena izmed vidnejših novosti Družinskega zakonika je uvedba večje avtonomije pri urejanju premoženjskih razmerij med zakoncema, ki slednjim omogoča, da s pogodbo o ureditvi premoženjskopравnih razmerij izključita režim skupnega premoženja. Brez posebnega dogovora velja dosedanji zakoniti premoženjski režim z obveznim nastankom skupnega premoženja v času trajanja zakonske zveze. Skupno premoženje zakoncev so vse premoženjske pravice, ki so bile pridobljene z delom ali odplačno med trajanjem zakonske zveze in življenjske skupnosti zakoncev. Skupno premoženje zakoncev je tudi premoženje, ki je pridobljeno na podlagi in s pomočjo skupnega premoženja oziroma iz premoženja, ki iz njega izhaja. V prispevku so posamezni načini nastanka skupnega premoženja pojasnjeni z vidika Družinskega zakonika in razvoja sodne prakse ter upoštevana razlaga novih značilnosti posebnega premoženja.

Ključne besede: zakoniti premoženjski režim, pogodbeni premoženjski režim, skupno premoženje, posebno premoženje, razdelitev skupnega premoženja, družinski zakonik.

UDC 347.626

Pravni letopis 2018, pp. 129–139

VESNA RIJAVEC

Legal Matrimonial Property Regime

According to the Slovenian legal system, property relations in cohabiting union are not regulated only under general rules of civil law, but also under the Family Code. One of the novelties of the recently adopted Family Code is the introduction of greater autonomy in regulating property relations between spouses. With this novelty, the spouses can conclude an agreement on allocation of property-law relations, enabling the exclusion of the joint property regime. In the absence of such an agreement, the regime of joint property will be applied by default during the period of marriage. The joint property of spouses includes all property rights that were obtained by work or as remuneration during the period of marriage and their cohabitation. The joint property of spouses also includes property acquired on the basis of joint property or derived from joint property.

Keywords: statutory property regime, contractual property regime, joint property, special property, division of the joint property, Family Code

UDK 347.626.2(497.5)
Pravni letopis 2018, str. 141–153

BRANKA REŠETAR

Pogodbe o premoženjskih razmerjih zakoncev v hrvaški teoriji in praksi

Za zgodovinski pregled pogodb o premoženju zakoncev v Republiki Hrvaški je značilno postopno širjenje svobode pogodbenega urejanja premoženjskih razmerij med zakoncema. Prvotno zakonca nista mogla prosto spremeniti zakonskega premoženjskega režima (skupno premoženje); kasneje jima je bilo to dovoljeno, vendar le v delu, ki se nanaša na njun zaslužek ali dohodek. Družinski zakon iz leta 2003 je priznal široko svobodo in veliko avtonomijo pogodbenega urejanja zakonskih razmerij med zakoncema in sedaj veljavni Družinski zakon iz leta 2015 tega ni spremenil. Pogodbe o premoženju zakoncev urejajo le trije člani Družinskega zakona iz leta 2015. Zaradi pomanjkljive zakonske ureditve in redkega sklepanja tovrstnih pogodb so sodni postopki, ki so jih zakonci začeli v zvezi s pogodbami o premoženju, redki. Težave, ki se pojavljajo v dostopni sodni praksi, se nanašajo na vprašanje razlikovanja med pogodbami o premoženjskih razmerjih in pogodbami o delitvi skupnega premoženja, pa tudi na sklepanje pogodb o premoženju zakoncev. Namen tega članka je predstaviti zgodovino pogodb o premoženju zakoncev na Hrvaškem, ustrezno veljavno zakonodajo o teh pogodbah, pa tudi sodno prakso, ki hrvaškemu zakonodajalcu zastavlja nekatera odprta vprašanja. Avtorica predlaga, naj hrvaški zakonodajalec kot zgled za posodobitev družinskega prava v zvezi s premoženjem zakoncev uporabi Načela evropskega družinskega prava glede premoženjskih razmerij med zakoncema.

Ključne besede: premoženjska razmerja med zakoncema, pogodba o premoženjskih razmerjih, družinski zakon, sodna praksa, načela evropskega družinskega prava

UDC 347.626.2(497.5)

Pravni letopis 2018, pp. 141–153

BRANKA REŠETAR

Marital Property Agreements in Croatian Theory and Practice

The historical overview of marital property agreements in the Republic of Croatia is characterised by gradual broadening of the freedom of contractual regulation of matrimonial property relations. Initially, spouses could not freely amend the default matrimonial property regime (community of property); later, they were permitted to do so, but only in the part referring to their earnings or income. Finally, the 2003 Family Act recognised the broad freedom and vast autonomy in the contractual regulation of matrimonial property relations. The 2015 Family Act, which is currently in force, has not introduced any new developments in this regard. Only three provisions of the 2015 Family Act regulate marital property agreements. Poor regulation of marital property agreements and their rare conclusion results in only few court proceedings initiated by spouses concerning their marital property agreements. The problems arising in relevant case law relate to the issue of differentiating between marital property agreements and agreements on the division of matrimonial property, as well as to the issue of marital property agreement formulation. This article is aimed at presenting the history of marital property agreement in Croatia, relevant applicable legislation on marital property agreement, as well as case law providing open questions for the Croatian legislator. The author suggests the Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses to Croatian legislator as a model to modernise family law concerning marital property agreement.

Keywords: matrimonial property relations, marital property agreement, 2015 Family Act, case law, Principles of European Family Law

UDK 352.07:342.924

Pravni letopis 2018, str. 157–168

ALBIN IGLIČAR

Kritične točke občinskih splošnih pravnih aktov z vidika Resolucije o normativni dejavnosti

Cilje slovenske pravne politike določa Resolucija o normativni dejavnosti (Uradni list RS, št. 95/09), ki usmerja sprejemanje predpisov tako na državni kot na lokalni ravni. Resolucijska načela o pravni varnosti, jasnosti in preglednosti predpisov ter restriktivnem pristopu pri normiranju so zavezujoča tudi za pripravljanje občinskih predpisov. Pri njihovem sprejemanju je treba bolj spoštovati redne poslovniško določene postopke ter bistveno povečati državljansko participacijo oziroma vključenost občanov v procese nastajanja lokalnih predpisov. Več pozornosti bo treba posvetiti še oceni posledic predpisov (RIA) in izpopolniti nomotehnično znanje njihovih sestavljalcev. Dodatno pozornost kaže nameniti tudi resolucijskim načelom odgovornosti, sorazmernosti in dostopnosti.

Ključne besede: splošni pravni akt, resolucija, pravna varnost, jasnost, odgovornost, sorazmernost, dostopnost

UDC 352.07:342.924

Pravni letopis 2018, pp. 157–168

ALBIN IGLIČAR

Resolution on Regulatory Activities and Municipality Legal Acts – Critical Points

The Resolution on Regulatory Activities is crucial for the development of Slovenia towards a modern state based on the rule of law. The Resolution first sets out the main objectives to be achieved in the preparation and adaption of rules, strengthening the rule of law, respect for separation of powers and the hierarchy of norms, assurance of the quality of regulations, encouragement of civic participation and implementation of regulatory impact assessment. Insufficient efforts to achieve the objectives are indicated in bodies preparing and proposing new regulations, in legislative and regulatory bodies, as well as in bodies responsible for the enforcement of said regulations. In rulemaking in municipalities, principles of responsibility, proportionality and accessibility are very important.

Keywords: general legal act, resolution, legal certainty, clarity, responsibility, proportionality, accessibility

UDK 340.134:061.1EU(497.4)
Pravni letopis 2018, str. 169–180

KATJA BOŽIČ, GORDANA LALIĆ

Presečne množice in trmaste posebnosti nomotehnike ob srečevanjih dveh pravnih redov

Pred sprejemanjem prava EU za svoje pravo se je seveda mogoče ubraniti s številnimi miti, ki jih marsikdaj nekritično negujemo. Razlike med nacionalnim pravnim redom in pravnim redom EU vsekakor obstajajo, vendar ne bi smele pomeniti razloga za odklanjanje prava EU, ampak priložnost za iskanje načinov, kako ustvarjati presečne množice in na drugi strani pošteno utemeljiti nekatere trmaste posebnosti, ki si jih lahko privoščijo vsaka država članica. Oboje je mogoče iskati tudi skozi pravila, ki so oblikovana v Nomotehničnih smernicah.

Ključne besede: nomotehnika, pravo EU, prenos, izvajanje, pravna varnost

UDC 340.134:061.1EU(497.4)
Pravni letopis 2018, pp. 169–180

KATJA BOŽIČ, GORDANA LALIĆ

Intersections of Sets and Stubborn Peculiarities of Legislative Drafting Rules when Two Legal Orders Confront Each Other

It is of course possible to defend oneself against embracing EU law as our own law with many myths, which we often cultivate uncritically. Certainly, there are differences between the national legal order and the EU legal order, but rather than be a reason for the rejection of the latter, they should be an opportunity to find ways to create intersections of sets, and, on the other hand, a fair justification for some stubborn peculiarities that each member state may afford. Both can also be found through the application of the legislative drafting rules.

Keywords: rules of legislative drafting, EU legal order, transposition, implementation, legal certainty

UDK 342.537.4(497.4)
Pravni letopis 2018, str. 181–220

ANDREJA KURENT

Problematičnost amandmajev

Prispevek obravnava amandma v pojavni obliki, kot je prisoten v zakonodajnem postopku v ožjem smislu, torej le v Državnem zboru Republike Slovenije. Predstavljeni sta normativna ureditev, ki je zajeta v Poslovniku državnega zbora, in parlamentarna praksa postopanja z amandmajem, pri čemer so izpostavljene težave in nepravilnosti oziroma zlorabe, ki se pri tem pojavljajo. Za primerjavo so prikazani prejšnja poslovniška ureditev in njen dosedanji razvoj glede amandmajev kot tudi nekatere tuje ureditve glede na način oblikovanja in ravnanja z amandmaji, ki odstopa od slovenske danosti. Prispevek je kritičen do odnosa Vlade Republike Slovenije tako pri oblikovanju zakonskih predlogov kot – posledično in samostojno – amandmajev ter nasprotuje paradigmi o predlogu zakona, ki z vložitvijo v zakonodajno proceduro postane last parlamenta. Ta fikcija naj bi namreč vlado odvezala odgovornosti za pripravo kvalitetne zakonodaje. Glede na število vloženih oziroma sprejetih amandmajev, potek zakonodajnega postopka v odvisnosti od vloženih amandmajev, široke možnosti zlorab amandmaja, predvsem pa glede na dejstvo, da se amandma prelije v zakonsko določbo in z njim deli usodo, je nenavadno, da ga niti znanost niti stroka ne problematizirata. V prispevku je poleg kritike poudarek tudi na idejah za spremembo parlamentarne prakse, če že ne poslovniške ureditve, pri čemer se prikazana znanstvena izhodišča in normativna ureditev prepletajo z avtoričinimi empiričnimi spoznanji.

Ključne besede: amandma, zakonodajni postopek, Državni zbor Republike Slovenije, Vlada Republike Slovenije, parlamentarna praksa, zloraba

UDC 342.537.4(497.4)
Pravni letopis 2018, pp. 181–220

ANDREJA KURENT

Issues Concerning Amendments

The article discusses amendments as they appear in the legislative procedure in the strict sense, i.e. in the National Assembly of the Republic of Slovenia. It presents their regulation in the Rules of Procedure of the National Assembly as well as the relevant parliamentary practice, with an emphasis on the problems and irregularities, as well as possible abuses. A comparison is made between the regulation of amendments under the previous Rules of Procedure and its hitherto development, as well as with selected foreign countries, focusing on the differences in formulating and dealing with amendments. The article is critical of the attitude of the Slovenian Government toward drafting legislative proposals and – consequently or independently – amendments, and opposes the paradigm whereby a draft law becomes property of the Parliament after having been submitted into legislative procedure. Such fiction would in fact release the Government from its accountability to draft quality legislation. Considering the number of amendments tabled or adopted, the course of the legislative procedure depending on the amendments tabled, the wide scope of possible abuses of amendments, and, above all, the fact that amendments translate into legal provisions and share their fate, it is unusual that neither scientists nor professionals see them as problematic. The article suggests ideas for changing the parliamentary practice, if not the regulation provided by the Rules of Procedure itself, intertwining scientific bases and regulatory arrangements with the empirical findings of the author.

Keywords: amendment, legislative procedure, National Assembly of the Republic of Slovenia, Government of the Republic of Slovenia, parliamentary practice, abuse

*UDK 341.6:336.152**UDK 346.93:336.152**Pravni letopis 2018, str. 223–252*

MARKO DJINOVIĆ

Odločanje o stroških in varščini za stroške postopka v arbitražah, ki jih financirajo tretje osebe

Financiranje stroškov arbitraže s strani tretjih oseb (TPF) lahko pomembno vpliva na odločanje arbitrov o stroških arbitražnega postopka in varščini za stroške arbitražnega postopka. Ta prispevek obravnava nekonvencionalne položaje, do katerih pride zaradi prisotnosti TPF, in arbitrom ponuja smernice za njihovo razrešitev. Ne glede na to, ali stroške arbitražnega postopka stranka financira sama ali s pomočjo TPF, se mora arbitražni senat, ko odloča o razporeditvi stroškov med stranki, vedno prepričati, da so stroški nastali v zvezi z arbitražo, da jih je stranka dejansko utrpela (plačala) in da so razumni. Vprašanje, ali lahko financirana stranka, ki uspe v postopku, od nasprotne stranke zahteva povrnitev stroškov in v kakšnem obsegu, je zato rešljivo le ob dosledni uporabi načela uspeha strank v postopku in standarda razumnosti ter ob upoštevanju vsebine pogodbe o TPF. V izjemnih okoliščinah, kadar bi bil ogrožen cilj načela uspeha strank v postopku (pravična stroškovna izravnava med strankama), si bo lahko toženec z začasnim ukrepom zavaroval izpolnitev terjatve na plačilo stroškov za primer uspeha v postopku. Prisotnost TPF bo v teh primerih zahtevala drugačen pristop arbitražnega senata, ki bo moral toženčevo zahtevo za odreditev varščine za stroške arbitražnega postopka presojati v širšem kontekstu vsebine pogodbe o TPF in ne le v okvirih standarda običajnega poslovnega tveganja, ki ga tožnik sprejme ob sklenitvi arbitražnega sporazuma.

Ključne besede: arbitražno pravo, mednarodna arbitraža, investicijska arbitraža, arbitraža, arbitražni postopek, arbitri, stroški arbitražnega postopka, financiranje stroškov arbitraže, varščina za stroške

UDC 341.6:336.152

UDC 346.93:336.152

Pravni letopis 2018, pp. 223–252

MARKO DJINOVIĆ

Decisions on Costs and Security for Costs in Third-Party Funded Arbitration Proceedings

Third-party funding (TPF) may have a significant impact on decisions on costs and security for costs in international arbitration. This article discusses the intricate issues in the decision-making process that may arise because of TPF, and provides guidance for addressing these issues by arbitral tribunals. When allocating costs between parties, the arbitral tribunal will need to determine that the costs were incurred and paid or payable by the (funded) party seeking to recover them, and were reasonable. In deciding whether a funded party may recover its costs and which costs are recoverable (e.g. costs of funding including third-party funder's success fee), the arbitral tribunal should take into account the terms of the funding agreement and consistently apply the costs following the event principle and the test of reasonableness. In exceptional circumstances, if a funded claimant might not be able to pay the adverse cost award, the respondent might apply for security for costs in order to secure the execution of any future cost award in the event of a successful outcome. In deciding the application for security for costs in the presence of third-party funding, the tribunal may have to venture beyond the usual consent-based approach and 'material change of circumstances' test. Thus, the terms of any funding arrangement may be relevant if relied upon to establish that the claimant (funded party) can meet any adverse costs award.

Keywords: arbitration law, international arbitration, arbitration, investment arbitration, arbitrators, arbitral proceedings, costs of arbitration, allocation of costs, third party funding, security for costs

UDK 347.785:781.65
Pravni letopis 2018, str. 253–266

VALENTINA PRETE

Avtorskopravno varstvo improvizirane glasbe

Prispevek celovito obravnava avtorskopravni položaj improvizirane glasbe in opozarja na nekatere ključne specifične, zaradi katerih je režim avtorskih pravic na improviziranih glasbenih delih nekoliko drugačen od tistega na bolj konvencionalnih in neimproviziranih delih. Skozi različne stopnje improviziranosti opredeljuje nastanek avtorskih in sorodnih pravic na živi izvedbi ter opisuje problematiko njihovega kolektivnega upravljanja. Prispevek v sklepnem delu predstavi tudi rezultate nedavno opravljene empirične raziskave med glasbeniki improvizatorji ter kritično ovrednoti določena razhajanja med izhodišči, ki jih zagovarja teorija, in urejanjem avtorskih pravic v praksi.

Ključne besede: improvizacija, efemerna avtorska dela, avtorska pravica, pravice izvajalcev, ZASP, predelava, kolektivno upravljanje, empirična raziskava

UDC 347.785:781.65

Pravni letopis 2018, pp. 253–266

VALENTINA PRETE

Copyright Protection of Improvised Music

The article presents an in-depth overview of the copyright status of improvised music and highlights the chosen key features in which the copyright regime on improvised music slightly differs from that of more conventional and non-improvised music pieces. The copyright and related rights of a live performance, as well as the problem of their collective management, are defined and described through various levels of improvisation. The final part of the article presents the results of the empirical research recently conducted among musicians-improvisers, and critically evaluates certain discrepancies between theoretical starting points and the management of copyright in practice.

Keywords: improvisation, ephemeral copyrighted works, copyright, performers' rights, Copyright and Related Rights Act, arrangement, collective management, empirical research

