



Stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij

Recenzenta / *Reviewers*: izr. prof. dr. Jaka Cepec, doc. dr. Bruna Žuber

Urednik / *Editor*: Matija Damjan

Avtorji / *Authors*: Matija Damjan, Peter Grilc, Miha Juhart, Lucija Strojan,
Katja Štemberger Brizani, Ana Vlahek

Izdal in založil / *Published by*:

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani
(zanj Lojze Ude, direktor)

Jezikovni pregled / *Language editing*: Dean Zagorac

Oblika in priprava za tisk / *Design and layout*: Dean Zagorac

Kraj in leto izdaje / *Place and year of the edition*: Ljubljana 2023

Tisk / *Printed by*: Litteralis, d. o. o., Ljubljana

Število izvodov / *No. of copies*: 55

Cena z DDV / *Price incl. VAT*: 30 EUR

Raziskave za to monografijo so potekale v okviru aplikativnega raziskovalnega programa L5-3182 »Vpliv evropske ureditve elektronskih komunikacij in konkurenčnega prava na stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij«, ki sta ga sofinancirala Javna agencija za znanstvenoraziskovalno in inovacijsko dejavnost Republike Slovenije in Telekom Slovenije, d.d., ter raziskovalnega programa P5-0337 »Pravni izzivi informacijske družbe«, ki ga financira Javna agencija za znanstvenoraziskovalno in inovacijsko dejavnost Republike Slovenije.

Besedilo je na voljo pod pogoji licence *Creative Commons*
»priznanje avtorstva – nekomercialno«.



CIP - Kataložni zapis o publikaciji

Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

621.391:347.2

STVARNOPRAVNI položaj telekomunikacijskih omrežij / urednik Matija Damjan ; [avtorji
Matija Damjan ... et al.]. - Ljubljana : Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti, 2023

ISBN 978-961-94965-2-7

COBISS.SI-ID 191815939

Stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij

Urednik:

Matija Damjan

ij inštitutzaprimerjalnopravo

Ljubljana 2023

Vsebina

- 7 · Seznam avtorjev

- 9 · *Jaka Čepec in Bruna Žuber*
Recenziji

- 13 · *Matija Damjan*
Uvod

- 17 · *Peter Grilc*
Razmerje med sektorsko regulacijo elektronskih komunikacij in konkurenčnim pravom

- 41 · *Lucija Strojan*
Ukrepi za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture

- 69 · *Matija Damjan in Ana Vlahek*
Stvarnopravna opredelitev telekomunikacijskega omrežja

- 93 · *Miha Jubart*
Pravica graditi in pogoji za skupno gradnjo omrežij

- 109 · *Matija Damjan*
Služnost v javno korist kot podlaga za gradnjo in uporabo omrežij

- 139 · *Katja Štemberger Brizani*
Razlastitev in prisilna ustanovitev služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

Seznam avtorjev

Matija Damjan

univ. dipl. pravnik, dr. pravnih znanosti, raziskovalec na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in docent na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Peter Grilc

univ. dipl. pravnik, dr. pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Miha Juhart

univ. dipl. pravnik, dr. pravnih znanosti, redni profesor na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Lucija Strojan

mag. prava, raziskovalka na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in asistentka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Katja Štemberger Brizani

mag. prava, dr. pravnih znanosti, asistentka in raziskovalka na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Ana Vlahek

univ. dipl. pravnica, dr. pravnih znanosti, izredna profesorica na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani

Recenziji

Monografija Stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij obravnava kompleksno tematiko stvarnopravnega urejanja telekomunikacijskih omrežij v kontekstu evropske regulative elektronskih komunikacij in konkurenčnega prava. Avtorji so se poglobili v različne vidike interakcije med tema pravnima področjema, ki je še posebej aktualna v luči hitrega razvoja telekomunikacijskih tehnologij in potrebe po učinkoviti uporabi infrastrukture.

Uvod, ki ga je napisal Matija Damjan, bralcu ponudi temeljit vpogled v problematiko in postavi okvir celotne monografije. Razpravo nadaljuje Peter Grilc s prikazom razmerja med sektorsko regulacijo *ex ante* in konkurenčnim pravom. Lucija Strojan se osredotoča na ukrepe za preprečevanje podvajanja infrastrukture in njeno optimizacijo, kar je ključno za racionalno izrabo virov in spodbujanje konkurence med operaterji telekomunikacijskih storitev. Poglavlje, ki sta ga napisala Matija Damjan in Ana Vlahek, skuša stvarnopravno opredeliti pojem telekomunikacijskega omrežja kot sestavljene stvari, kar je temelj za razumevanje nadaljnjih stvarnopravnih razmerij v tem sektorju. Miha Juhart raziskuje, kaj vse obsega pojem pravice graditi, ki jo mora investitor omrežja pridobiti pred začetkom gradnje. Pri tem posebna vprašanja postavlja pojem skupne gradnje infrastrukture s strani več operaterjev, ki jo spodbuja nova zakonodaja na področju elektronskih komunikacij. Matija Damjan v svojem drugem prispevku obravnava služnost v javno korist, ki je ključna stvarnopravna podlaga za gradnjo in uporabo omrežij. Ker stvarnopravni položaj obstoječih omrežij in naprav na tujih zemljiščih pogosto ni jasno urejen, se veliko vprašanj odpira zlasti glede pridobivanja služnosti za že zgrajeno infrastrukturo. Prav tako pogosto ni jasno, ali je skupna uporaba infrastrukture s strani dodatnih operaterjev že zajeta s služnostmi, ki so bile ustanovljene samo v korist posameznega operaterja. Katja Štemberger Brizani zaključuje monografijo s poglavjem o razlastitvi oziroma prisilni ustanovitvi služnosti v upravnem postopku.

Monografija je napisana jasno in strukturirano, kar olajša razumevanje sicer zapletene materije. Avtorjem je uspelo identificirati ključne probleme in ponuditi teoretično utemeljene ter praktično uporabne rešitve. Knjiga je nepogrešljivo branje za pravnike, ki se ukvarjajo s telekomunikacijskim pravom, pa tudi za regulatorje in operaterje, ki se soočajo z izzivi stvarno-pravnega urejanja telekomunikacijskih omrežij. Knjiga Stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij je tako pomemben korak naprej v pravni literaturi in bo nedvomno referenčno delo za prihodnje raziskave in prakso na tem področju.

izr. prof. dr. Jaka Cepec

Moderna družba in gospodarstvo temeljita na vseprisotnem dostopu do interneta in medsebojni povezljivosti. Zato so elektronska komunikacijska omrežja, ki omogočajo širokopasovni prenos podatkov po kablkih in brezžično, nepogrešljiva za razvoj informacijske družbe. Predmet monografije Stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij je pravno urejanje tovrstnih omrežij, pri katerem se prepletata javnopravni pristop prava elektronskih komunikacij in zasebnopravni pristop stvarnega prava. Knjiga je rezultat aplikativnega raziskovalnega projekta, znotraj katerega so raziskovalci skušali identificirati in pravno kvalificirati v praksi nastajajoče pravne težave, povezane z gradnjo in obratovanjem elektronske komunikacijske infrastrukture, ter ponuditi uporabne pravne rešitve, ki bi pripomogle k boljšemu in učinkovitejšemu reševanju teh težav.

Knjiga je razčlenjena na šest poglavij, ki jih je prispevalo več avtorjev. Peter Grilc raziskuje razmerje med sektorsko regulacijo elektronskih komunikacij in konkurenčnim pravom, kar je ključno za razumevanje pravnega okvira, ki oblikuje elektronska komunikacijska omrežja. Lucija Strojman obravnava ukrepe za preprečevanje podvajanja elektronske komunikacijske infrastrukture in njeno optimizacijo v obliki institutov dostopa in skupne rabe. Ana Vlahek in Matija Damjan pravno opredeljujeta elektronsko komunikacijsko omrežje s pravnimi kategorijami stvarnega prava. Miha Juhart razpravlja o vsebini pravice graditi kot podlagi za pridobitev gradbenega dovoljenja. Matija Damjan v ločenem poglavju obravnava pravno ureditev in načine pridobitve služnosti v javno korist kot poglavitne vrste pravice, ki omogoča gradnjo omrežja na nepremičninah v tuji lasti. V zadnjem po-

glavju Katja Štemberger Brizani obravnava možnost prisilne ustanovitve služnosti za potrebe elektronskega komunikacijskega omrežja v upravnem postopku in s tem povezane pravne dileme.

Pravni red šteje gradnjo in nemoteno delovanje elektronskih komunikacijskih omrežij za dejavnost v javnem interesu, ki mora biti posebej regulirana zaradi možnosti, da operaterji obvladovanje obstoječih omrežij zlorabijo za omejevanje konkurence na trgu. Za zagotavljanje celovite pokritosti ozemlja s komunikacijskimi omrežji je po ugotovitvah avtorjev potrebno učinkovito urejanje pravnih razmerij do zemljišč in objektov, ki niso v lasti operaterjev. To je pogosto zapleten proces, ki odpira pomembna vprašanja o ravnovesju med javnim in zasebnim interesom.

Monografija je pomemben prispevek pravne teorije k razumevanju in reševanju pravnih izzivov, povezanih z gradnjo in upravljanjem elektronskih komunikacijskih omrežij. Avtorjem je uspelo združiti teoretično znanje z izkušnjami iz prakse, ki so jih v okviru raziskave pridobili od deležnikov na obravnavanem področju. Tako so ustvarili delo, ki bo nedvomno koristilo tako pravnikom kot tudi strokovnjakom na področju elektronskih komunikacij.

doc. dr. Bruna Žuber

Uvod

Razvitost elektronskih komunikacijskih omrežij je bistvenega pomena za hiter tehnološki in gospodarski razvoj sodobne družbe. Prebojne tehnologije, kot so internet stvari, umetna inteligenca, avtonomna vozila, računalništvo v oblaku itd., temeljijo na stalni povezanosti v internet in hitrem prenosu podatkov. V času omejitev zaradi pandemije covida-19 je sunkovito narasla uporaba videokonferenčnih platform za delo od doma, šolo na daljavo in medsebojno druženje. Za zagotovitev širokopasovnega prenosa podatkov je nujna gradnja in nemoteno obratovanje telekomunikacijske infrastrukture, zlasti optičnih kablov in baznih postaj za oddajnike mobilnih omrežij 5G. Da se zagotovi pokritje celotnega ozemlja države, se objekti in naprave javnih komunikacijskih omrežij tipično postavljajo na zemljiščih oziroma objektih, ki niso v lasti operaterja omrežja, zato je treba urediti razmerja z lastniki teh nepremičnin. Gre za izjemo od načela *superficies solo cedit*, ki se praviloma ureja z ustanavljanjem služnosti v javno korist ali stavbne pravice, včasih pa tudi s sklepanjem najemnih pogodb.

Predpisi o elektronskih komunikacijah, sprejeti na ravni Evropske unije (zlasti Evropski zakonik elektronskih komunikacij)¹ in nacionalni ravni, dopolnjujejo splošna pravila stvarnega prava z nekaterimi posebnostmi glede vsebine in načina prisilne ustanovitve služnosti v javno korist za potrebe gradnje in obratovanja javnih komunikacijskih omrežij. Izgradnja in nemoteno obratovanje teh omrežij sta namreč nedvomno v javnem interesu. Kljub temu se v praksi v zvezi s tem pojavljajo številna odprta vprašanja, ki so posledica tega, da so klasični instituti civilnega prava namenjeni razmeroma stabilnim razmerjem med dvema subjektoma, razmerja glede uporabe komunikacijskih omrežij pa so bolj spremenljiva. Razmeroma

¹ Direktiva (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (prenovitev), Uradni list EU L 321, 17. december 2018, str. 36–214.

togo tradicionalno stvarno pravo tako trči z novimi evropskimi regulacijami hitro razvijajočega se področja elektronskih komunikacij. Urejanje stvarnih pravic na tujih nepremičninah je ena od večjih ovir, ki upočasnjujejo gradnjo komunikacijskih omrežij, neurejeno stanje pravic v zvezi z obstoječo infrastrukturo pa eno od večjih tveganj za operaterje. Oboje povzroča potencialno dolgotrajne spore, ki obremenjujejo sodišča in zavirajo razvoj infrastrukture.

Obvladovanje obstoječega komunikacijskega omrežja je lahko močno orodje, s katerim obstoječi operater omejuje vstop na trg novim, konkurenčnim ponudnikom storitev in tako omejuje konkurenco na trgu. Pri tem lahko pride do zlorabe prevladujočega položaja v smislu 102. člena Pogodbe o delovanju Evropske unije.² Zakonodaja o elektronskih komunikacijah omogoča Agenciji za komunikacijska omrežja in storitve RS (AKOS), da s predhodno regulacijo trga odpravlja ovire za razvoj učinkovite konkurence na trgu, s tem pa novim vstopnikom na trg omogoča tudi dostop do omrežja operaterja, ki ima prevladujoč položaj na trgu, in s tem ponujanje storitev končnim uporabnikom tudi tam, kjer novi vstopniki še niso prisotni s svojim omrežjem.

Agencija lahko v ta namen odredi skupno uporabo lastnine oziroma komunikacijskih objektov, kot so na primer stavbe, vhodi v stavbe in napeljave v njih, drogov, anten, stolpov in drugih podobnih konstrukcij, pa tudi cevnih vodov, kanalov, vstopnih jaškov in priključnih omaric, vključno s fizično skupno lokacijo. Že na podlagi zakona ima operater omrežja pravico dostopa do stavbne fizične infrastrukture zaradi postavitve elektronskega komunikacijskega omrežja, če bi bilo podvajanje te infrastrukture gospodarsko neučinkovito ali fizično neizvedljivo. Agencija lahko naloži obveznosti skupne uporabe napeljave v stavbah ali do prve razdelilne točke. Infrastrukturni operater pa lahko zaradi postavitve elementov elektronskih komunikacijskih omrežij ponudi operaterju omrežja dostop do svoje fizične infrastrukture.

Poleg izboljšanja konkurence na trgu navedeni ukrepi zasledujejo tudi cilj preprečevanja nepotrebnega podvajanja komunikacijske infrastrukture in racionalne izrabe obstoječih omrežij, kar je ekonomsko in ekološko smotno.

² Prečiščena različica, Uradni list EU C 202, 7. junij 2016, str. 1–388.

V ta namen je zakonodaja uvedla še institut skupne gradnje elektronskih komunikacijskih omrežij, ki nalaga infrastrukturnim operaterjem, da morajo pri gradbenih delih na fizični infrastrukturi omogočiti zainteresiranim soinvestitorjem sodelovanje pri gradnji in postavitev svojih omrežnih elementov. Če zainteresiranega investitorja za skupno gradnjo ni, na območju gradnje pa še ni kabelske kanalizacije, morajo investitorji v določenih primerih vgraditi dovolj zmogljivo prazno kabelsko kanalizacijo in jo pod enakimi pogoji dati na voljo vsem drugim ponudnikom elektronskih komunikacij.

V praksi se kaže, da instituti dostopa, skupne uporabe in skupne gradnje odpirajo številna vprašanja zlasti na področju stvarnega prava. Ni na primer jasno, ali je uporaba obstoječe infrastrukture s strani dodatnih operaterjev zajeta z že prej ustanovljenimi služnostmi, ki so ustanovljene samo v korist posameznega operaterja, ali pa morajo novi operaterji pridobiti svojo služnost. Podobno vprašanje se postavlja pri skupni gradnji infrastrukture – ali morajo soinvestitorji posebej pridobiti pravico gradnje in v kakšnih časovnih okvirih jo morajo pridobiti. Ni jasno, kdaj lahko obstoječi služnostni upravičenec drugemu operaterju zavrne možnost uporabe svoje infrastrukture, če takega dovoljenja ni pridobil, in kaj lahko stori lastnik služne nepremičnine. Ta vprašanja so tem bolj pereča zato, ker stvarnopravni položaj obstoječih omrežij in naprav na tujih zemljiščih pogosto ni jasno urejen, ker se v preteklosti niso sklepale ustrezne pogodbe in pridobivale stvarne pravice, ampak so se omrežja gradila na podlagi neformalnih soglasij lastnikov nepremičnin. Pred urejanjem novih razmerij, ki jih narekuje zakonodaja o elektronskih komunikacijah, je tako treba pogosto rešiti še sklop vprašanj, ki zadevajo lastninjenje nekdanje družbene lastnine na stavbnih zemljiščih in pretvorbo pravic na njej.

V okviru aplikativnega raziskovalnega programa L5-3182 »Vpliv evropske ureditve elektronskih komunikacij in konkurenčnega prava na stvarnopravni položaj telekomunikacijskih omrežij«, ki ga je v letih 2021 do 2023 izvajala raziskovalna skupina na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani in na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, smo skušali identificirati pravne probleme, ki se pojavljajo pri stvarnopravni ureditvi razmerij glede različnih oblik skupne uporabe javnih komunikacijskih omrežij, jih pravno kvalificirati ter izoblikovati teoretično utemeljene in praktično uporabne rešitve za njihovo rešitev. Pri identifikaciji

težav iz prakse in možnih mehanizmov reševanja smo v obliki več posvetov sodelovali s predstavniki sofinancerja projekta, družbe Telekom Slovenije, d.d., in drugimi deležniki, zlasti operaterji elektronskih komunikacij v okviru Združenja za informatiko in telekomunikacije – Sekcija operaterjev elektronskih komunikacij, Agencijo za komunikacijska omrežja in storitve RS ter predstavniki občin. Pričujoča monografija predstavlja glavne pravne ugotovitve raziskovalnega projekta.

Ljubljana, september 2023

Matija Damjan

Peter Grilc

Razmerje med sektorsko regulacijo elektronskih komunikacij in konkurenčnim pravom

1. UVOD

1.1. Odmejitev

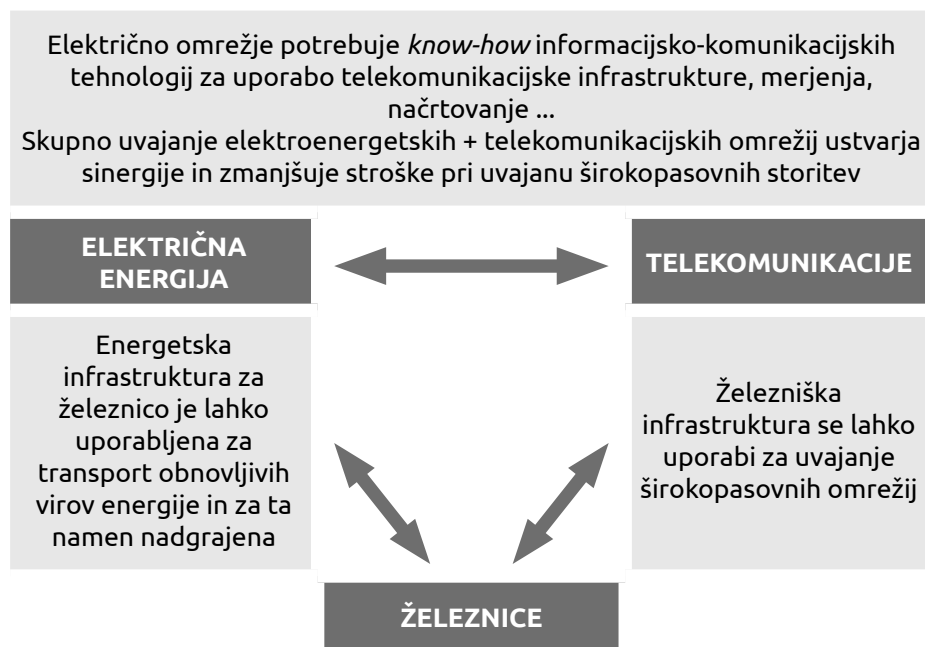
V razpravi so obravnavani trendi v ureditvi nekaterih reguliranih sektorjev, zlasti v sektorju elektronskih komunikacij, in razmerje med sektorsko regulacijo ter (splošno) konkurenčnopravno ureditvijo v EU in v državah članicah, posebej v Sloveniji.

Izhodiščno in delovno razumemo regulacijo kot urejanje *ex ante* (zakonodajno, pogojno tudi avtonomno) in nadzor *ex post* ter kombinacijo pristojnosti in delovanja pristojnih organov (v našem primeru organa za varstvo konkurence in sektorskega regulatorja), ki ustvarjajo temelje za delovanje udeležencev na posameznem (relevantnem, v primeru sektorske regulacije pa vnaprej določenem oziroma izbranem) trgu.

Sektorji, ki so v primerjalnem pravu regulirani (ne povsod vsi in ne povsod na enak način), so *prima facie* in zgolj zaradi osnovne orientacije, energetika (električna energija in plin), letalski transport, cestni in železniški transport, poštne storitve, telekomunikacije, avdiovizualni sektor, zavarovalništvo, bančni in finančni sektor, trg vrednostnih papirjev, pogojno gradbeništvo ipd.

Med dejavnostmi, ki še niso prešle v splošno razširjene regulirane sektorje, vendar so že ožji ali podsektorji, pogojno rečeno s potencialom, da bodo ali so že postali (sektorji nastajanju), informativno omenimo tehnologijo CRISPR (tehnologija za spreminjanje genoma), tehnologije samovozečih vozil, veriženje podatkovnih blokov oziroma kriptovalute s prvimi ponudbami kriptožetonov (angl. *initial coin offering* – ICO) ipd. Precejšnje regulacije, ki še ni prešla v pokritje z definicijo reguliranega sektorja, postaja deležen sektor zdravstvenih storitev, zlasti prek definiranja standardov. Nekatere dejavnosti imajo torej obetavne nastavke, da bi se jih zakonodajalec lotil tako, da bi jih lahko v bližnji prihodnosti že poimenovali regulirani sektor, vrste pa zdaj še niti ne poznamo, ker bo njihova potencialna geneza odvisna zlasti od tehnološkega razvoja. Značilnost reguliranega sektorja je, da je le zakonodajalec, bodisi nadnacionalni ali nacionalni, tisti, ki ga regulira, in iz tega okvira že uvodoma izključimo normodajalca, ki to ni, čeprav tudi ta s samoregulacijo (angl. *selfregulation*) zaokroži pravila, ki so sprejeta avtonomno.

Za posamezni sektor je lahko pristojen posamezni regulator, prihaja pa tudi do združevanja v okviru multisektorske regulacije in pristojnosti.



Slika 1 – Multisektorska regulacija: konvergence in medsebojne neodvisnosti različnih mrež (sektorjev)

	Slovenija	Francija	Nemčija	Velika Britanija
Energetski sektor	Agencija za energijo	Commission de régulation de l'énergie (CRE)	Bundesnetzagentur (BNetzA)	Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM)
Letalski transport	Javna agencija za civilno letalstvo		Luftfahrt Bundesamt	Civil Aviation Authority (CAA)
Cestni transport	Pristojno ministrstvo	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)	Karalfahrt Bundesamt	Office of Rail and Road (ORR)
Poštne storitve				
Telekomunikacije	Agencija za komunikacijska omrežja in storitve (AKOS)*	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)	Bundesnetzagentur (BNetzA)	Office of Communications (OFCOM)
Avdio-vizualni sektor			Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten	

Organ, ki je pristojen za vsa omrežja. Is a *multi-sector regulatory approach* as it has been implemented in Latvia and Germany preferable to a uni-sectoral one? Glej Iris Henseler-Unger: Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Post and Railway – A Success Story!, Conference “Multi-Sector Regulation – Present and Future Challenges“ Riga, 8. junij 2011.

Tabela 1 – Pregled regulatorjevih pristojnosti za (1.) posamezni sektor ali (2.) multisektorsko pristojnost

Prednosti multisektorske regulacije so v tem, da:

1. odsevajo tržne realnosti (mreže se vse bolj zblizujejo; izogibati se je mogoče pristojnostim med različnimi organi);
2. omogočajo sinergije (podobna vprašanja se pojavljajo v sorodnih sektorjih, izrabi se lahko široko in multidisciplinarno strokovno znanje, strokovno znanje in izkušnje iz drugih sektorjev se vključuje v lastne regulativne odločitve); in
3. omogočajo večjo regulatorno konsistentnost (tesno sodelovanje strokovnjakov iz različnih sektorjev omogoča doslednejše regulativne pristope in ukrepe).

1.2. Pojemovna razmejitev in povezanost (regulacija/liberalizacija/deregulacija/re-regulacija)

Regulacija sektorjev je pojmovno povezana s procesom deregulacije in liberalizacije, ki se pogosto uporabljata kot sopomenki, v več kontekstih pa se poleg njiju pojavlja tudi privatizacija. Deregulacija¹ praviloma sledi regulaciji. To problematiko razprava le omenja, vendar se v analizo in pojmovno in praktično razmejevanje zaradi ohranjanja fokusa, ki je vendarle na reguliranih sektorjih, namenoma ne spušča.² Omenimo le, da se v zvezi z omenjenimi izrazi najpogosteje omenjajo odpravljanje omejitev, več ali popolna svoboda gospodarskih subjektov, predpisi za odpravo oziroma bla-

¹ »Deregulacija je odprava ali zmanjšanje oblastnih predpisov v posamezni gospodarski panogi. Cilj je omogočiti industriji, da posluje bolj svobodno, sprejema odločitve učinkovito in odpravi korporativne omejitve. Deregulacija pogosto pomeni odpravo ovir za konkurenco.«

² Omeniti pa je treba pozitivne in negativne plati deregulacije. Manjšim nišnim igralcem omogoča ustvaritev inovativnih novih produktov. Cene na svobodnem trgu so praviloma nižje kot na reguliranem. Velika podjetja v reguliranih gospodarskih panogah pogosto nadzorujejo specializirane regulativne agencije. Cena regulacije je navadno visoka. V dereguliranem sektorju lažje nastajajo in se napihujejo baloni in zanje je bolj verjetno, da bodo počili ter prispevali h krizi. Sektorji z visokimi začetnimi infrastrukturnimi stroški za zagon pogosto potrebujejo državno podporo, ki je na dereguliranem trgu ni. Partnerji in potrošniki so izpostavljeni prevelikemu podjetniškemu tveganju, celo goljufijam, širši družbeni vidiki postavljeni v ozadje ali popolnoma prezrti.

žitev dotedanje ureditve, manj zakonskih in posledično ekonomskih omejitev, odpiranje trga, razveza in večja udeležba subjektov zasebnega prava.

Zaradi malce popolnejše slike je treba omeniti, da so se začetni liberalizacijski trendi v zadnjem obdobju v ZDA pojavili v osemdesetih letih 20. stoletja, da sta bila njihova poenotena cilja učinkovita konkurenca in zagotavljanje blaginje potrošnikov ter da so bili najbolj očitno trendi na področjih električne energije, letalskega prometa, financ in bančništva ter telekomunikacij. V EU je bila liberalizacija povezana z regulacijo (na primer odpiranje konkurence v energetske sektorju, sektorju elektronskih komunikacij, pošte itd.). Glede na ZDA se je liberalizacija v EU dogajala z zamikom v devetdesetih letih 20. stoletja in prvih letih desetletja, ki je sledilo, in kontrolirano (hkratna regulacija) ter postopno (paketno sproščanje omejitev na posameznih trgih). Njen cilj je bil zaokroženje enotnega trga in konkurence na njem, področja so bila primerljiva, praviloma pa je bila tudi povezana z izvajanjem obveznih gospodarskih javnih služb.

Za zaokrožitev uvodnega pojmovnika dodajmo, da delna ali popolna re-regulacija pomeni vrnitev v obdobje pred deregulacijo, primarno zaradi neuspešne deregulacije, zgodi pa se načrtno na podlagi analize stanja in gibanj v sektorju ali kot sanacijski odziv na pretirane odklone ali krize.

Primer paketne sektorske regulacije v EU je sektor električne energije:

- prvi sveženj (1996, 1998): liberalizacija trga z odprtjem trga za tretje osebe; direktivi 96/92 o skupnih pravilih za skupni trg električne energije in 98/30/ES o skupnih pravilih za skupni trg naravnega plina;
- drugi sveženj (2003): ločitev (angl. *unbundling*) konkurenčnih in nekonkurenčnih sektorjev (proizvodnja – dobava – transport – distribucija); direktivi 2003/54 o električni energiji in 2003/55 o plinu; novim dobaviteljem električne energije se omogoči dostop do trgov držav članic; izbira – migracija porabnikov med dobavitelji (industrijskim od 2004 oziroma zasebnim od 2007);
- tretji sveženj (2009, veljaven od 2011): zadnja faza liberalizacije energetskega trga v EU; direktivi 2009/72 o električni energiji in 2009/73 o plinu; izpeljeta nadaljnjo liberalizacijo notranjega trga teh energentov.

Shematični potek ureditve sektorja od prvega do tretjega svežnja pokaže, da je v ospredju sektorske ureditve struktura (angl. *structure*), konkurenč-

nopravna ureditev pa je usmerjena v vedenjskost (angl. *performance*), kar je obravnavano v nadaljevanju.



Slika 2 – Shematični potek ureditve sektorja od prvega do tretjega svežnja

Mimobežni pregled po izbranih sektorjih (energetika, bančni sektor, letalski transport, telekomunikacije), ki je v razpravi zaradi omejenosti njenega obsega le informativno in brez ambicije analitičnosti, ponazarja nekatere posledice deregulacije. Z deregulacijo energetskega sektorja, zlasti na področju električne energije v ZDA, je država v devetdesetih letih 20. stoletja prek agencij želela omogočiti razmere za nižje cene in blaginjo. Na to so se odzvali operaterji, ki so dotlej investirali v infrastrukturo, do katere bi po razvezi poslej imeli dostop konkurenti, vendar je zlasti sesutje prenosnega sistema (tako imenovani kalifornijski električni mrk),³ povzročilo ustavitev deregulacijskih procesov in uveljavitev zakonov⁴ s poostrenimi zahtevami za podjetja v kotaciji in širitev obstoječih zahtev.

³ Za kompleksno analizo glej: Attorney General's Energy White Paper, A Law Enforcement Perspective on the California Energy Crisis; Recommendations for Improving Enforcement and Protecting Consumers in Deregulated Energy Markets; Attorney General Bill Lockyer State of California, april 2004, <<https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/publications/energywhitepaper.pdf>>; širše v: John E. Besant-Jones in Bernard Tenenbaum: Lessons from California's Power Crisis, v: Finance & Development, September 2001, let. 38, št. 3, <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/09/besant.htm>>.

⁴ *Sarbanes-Oxley Act* (2002).

Bančni sektor ZDA je bil pred finančno krizo leta 2008 manj reguliran in je po njej prišlo do strožje regulacije. Razlogi za regulacijo do osemdesetih let dvajsetega stoletja so bili zaščita investitorjev in strank (potrošnikov) pred zlorabami ter zagotavljanje varnosti in trdnosti bank, učinkovitost finančnega in bančnega sistema, monetarne stabilnosti, predvsem pa poslovni vidiki bank. Pri tem so se zanašali na visoko usklajenost med državno regulacijo in samoregulacijo reguliranih podjetij. Z deregulacijo v osemdesetih letih so želeli zagotoviti konkurenčnost bank na tujih trgih, kar naj bi dosegli z razveljavitvijo omejitev bankam, ki so se ukvarjale s klasičnimi (predvsem depozitnimi) posli, predvsem zaradi zmanjševanja tveganja in preprečevanja zlorab, uporabo teh depozitov za financiranje na tveganih trgih vrednostnih papirjev. Deregulacijski predpis⁵ je tako razveljavil prejšnji okvir, vendar z varovalko, da se investicije iz depozitov uporabijo le za nakup papirjev z nizkim tveganjem, kar naj bi razvejilo portfelje in zmanjšalo tveganja. Banke so se odzvale z obvodom z izdajo tveganih izvedenih finančnih instrumentov, kar jih je izpostavilo cenovnim nihanjem. Sledil je regulacijski odziv,⁶ ki je zagotovil večjo kapitalsko ustreznost, uvrstitev izvedenih finančnih instrumentov na organizirani trg in vpeljavo strategij, ki so bankam preprečile pretirano rast.

Letalski sektor je sploh prvi regulirani sektor v ZDA (sedemdeseta leta dvajsetega stoletja). Letalski prevoz je bil reguliran do leta 1978 s trdimi (regulatornimi) pravili, ki so se nanašali na linije in (visoke) cene vozovnic. Rezultirali so v 12-odstotnem dobičku na 50-odstotno zasedenih letih, torej v negativnem razmerju med dobički prevoznikov in oslABLJENO koristjo potrošnikov zaradi slabih in časovno neuskLajenih povezav. Sledil je sprostitven deregulacijska odziv⁷ na področju cen z dodano visoko reguliranimi varnostnimi standardi, kar je omogočilo večjo konkurenco in nižje cene, blaginjo potrošnikov in boljšo pokritost s povezavami. Večja konkurenca je omogočila vstop novih, združevanje manjših in obstoj stabilnih konkurentov ter stečaje nekonkurenčnih ponudnikov. Rezultata sta bila, da so poslej trije največji prevozniki obvladali 85 odstotkov trga, in

⁵ *Gramm-Leach-Bliley Act* (1999).

⁶ *Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act* (2010).

⁷ *Airline Deregulation Act* (1978).

paradoks, da se je zaradi vzpostavitve večje konkurence zaradi deregulacije trg približal monopolnemu.

Na področju telekomunikacij je imel pred letom 1984 največji ponudnik (AT&T) naravni monopol na trgu lokalnih, medkrajevnih in meddržavnih klicev. Sledilo je odprtje trga z deregulacijo in vstopom Microwave Communications ter tehnologij, ki so omogočile nadomeščanje tradicionalnih medkrajevnih linij in začetek vstopa ponudnikov s storitvami, ki so temeljile na novih in inovativnih tehnologijah z novimi storitvami (glasovna pošta, parkiranje klicev, posredovanje klicev, tonsko izbiranje, pozneje mobilna telefonija in internet).

Samoregulacijo le omenjamo, čeprav gre za pomemben vir, vendar je glede na vsebinsko naravnost razprave ne obravnavamo.⁸

2. RAZMERJE MED SEKTORSKO REGULACIJO IN KONKURENČNIM PRAVOM

2.1. Ureditev sektorja in politika konkurence

Razdelitev vlog med sektorsko regulacijo in konkurenčnopravno ureditvijo ni statična in se spreminja v prostoru in času. Obstajajo nacionalne ureditve, v katerih imajo izbrani sektorji (energetika, telekomunikacije, železnice in voda) sektorskega regulatorja, ki nadzira urejanje *ex ante* in izvajanje *ex post* politike konkurence,⁹ drugje pa so vloge med organoma strogo razde-

⁸ Brez ambicije dogmatične obravnave in čeprav samoregulativni predpisi pogosto, celo izrazito vplivajo na regulacijo sektorja (na primer bančni sektor), ponazorimo pojem samoregulacije s splošno definicijo in »sektorskim pristopom« za oglaševalsko industrijo. (1.) Splošno: samoregulacija pomeni regulativni postopek, s katerim poklic oziroma branža oziroma panoga ureja in spodbuja svoje cilje s sprejetjem in uporabo etičnega kodeksa, uporabo standardov in navodil, urejanjem disciplinskih postopkov, organizacijo programov izobraževanja in usposabljanja. (2.) Koncept samoregulacije prek opredelitve za online skupnost (angl. *webindustry*) je sistem, ki ga oglaševalska industrija sama postavlja za meje ustvarjalnega, toda razumnega in družbeno odgovornega oglaševanja v različnih državah v različnih oblikah, vendar je bistveno načelo samoregulacije vedno enako. Oglaševanje mora biti zakonito, dostojno, resnično in ne zavajajoče; pripravljeno z občutkom odgovornosti do družbe in potrošnikov.

⁹ Združeno kraljestvo; Maya Bacache-Beauvallet in Anne Perrot: Economic Reg-

ljene. Podobna raznolikost je uveljavljena v primerjalnem pravu po sektorjih in so nekateri sektorji v posameznih državah regulirani, v drugih ne.¹⁰

Z vidika vprašanj, kaj urejati in kako to ureja posamezno nacionalno pravo v primerjalnem pravu, je sektorska regulacija še vedno precej dinamična, pri tem pa se stopnja dinamičnosti razlikuje med posameznimi sektorji. Nekateri so še v razvoju, drugi že bolj dodelani, nekateri že domala zreli in teoretično na razvojni stopnji, ko bi se pravna ureditev lahko začela poslavljati od ureditve takega sektorja. Po drugi plati pa je konkurenčno-pravna ureditev z vidika razvojnega dinamizma v primerjavi s sektorsko regulacijo že dolga desetletja zelo ustaljena¹¹ in je zanjo mogoče uporabiti izraz tradicionalna.

Razmejitev med obema sledi klasični paradigmi, po kateri je vloga sektorske ureditve organizirati trg in njegovo učinkovitost *ex ante*, vloga politike konkurence pa je odkrivanje in naknadno sankcioniranje protikonkurenčnih ravnanj podjetij na trgih. Primeri sektorskega delovanja *ex ante* so določanje števila izdanih licenc operaterjem mobilne telefonije, načina njihovega podeljevanja, pogojev za dostop do bistvene infrastrukture z razvezo lokalne zanke v telekomunikacijah, železnica, nekaterih cen, razen cen dostopa (na primer javne cene plina, električne energije) ter morebitnih drugih pogojev (dovoljene tehnologije, lokacija dejavnosti, obveznosti univerzalne storitve itd.).

Sektorski regulatorji, ki posredujejo na začetku proizvodne verige, delujejo v razmerah, ko so pogoji na trgu negotovi in so informacije o operaterjih asimetrične. Ta vidik, ki je bil v literaturi zelo podrobno obravnavan,¹² povzroča številne težave: regulator mora pogosto sprejemati odločitve, tudi na področju oblikovanja cen, čeprav v posameznih primerih morda ne pozna stroškov izvajalcev ali ima na voljo bolj enostranske kot pa popol-

ulation: Which Sectors to Regulate and How?, v: Notes du conseil d'analyse économique, let. 44, št. 8, 2017, stran 8.

¹⁰ Prav tam. Združeno kraljestvo je leta 1980 odprlo avtobusni prevoz za konkurenco, vendar sektorske regulacije z izjemo Londona ni uvedlo. Francoski zakon iz leta 2015 pa je isti sektor za konkurenco odprl in njegovo regulacijo prenesel na nacionalno agencijo ARAFER (*Autorités de régulation des activités ferroviaires et routières*).

¹¹ Anne Perrot: Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence, v: Revue Française d'Économie, let. 16, št. 4, januar 2002, strani 81–112.

¹² M. Bacache-Beauvallet in A. Perrot, nav. delo, stran 8.

ne informacije, zato si izvajalci prizadevajo, da bi od regulatorja pridobili ugodnejše pogoje. Teorija regulacije poudarja potrebo po arbitriranju med nezasluzenim dohodkom, ki se prepusti reguliranim podjetjem, in pridobivanjem ustreznih informacij. Asimetrija informacij, ki jo po naravi stvari dopušča regulator, povzroča težave tudi pri določanju optimalnega števila dovoljenj za vstop na trg. Ko regulator ne pozna tehnologije, ne more oceniti delitve fiksnih in variabilnih stroškov, kar je odločilni dejavnik pri določanju optimalnega števila dovoljenj. Sektorski predpisi, z uporabo katerih se oblikuje trg (število operaterjev in obseg njihove dejavnosti, pogoji dostopa do infrastrukture, integracija ali vertikalna dezintegracija), morajo zato sprejemati strukturne odločitve v okviru asimetrije informacij. Zato je treba oblikovati pogodbe, ki operaterje prisilijo, da razkrijejo informacije, s katerimi razpolagajo.

Nasprotno si organ, pristojen za konkurenco, teoretično ne postavlja teh vprašanj. Ker se ukvarja z vedenji (angl. *performance*) oziroma z ravnANJI podjetij, ki imajo opazne posledice na trgih, mora prepoznati tiste, ki imajo negativne posledice za konkurenco.

Vendar so v praksi meje v več primerih manj jasne. Z leti so se namreč pooblastila organov za varstvo konkurence, predvsem z namenom njihove večje učinkovitosti in zato, da bi posegi sledili realnosti poslovnega sveta, povečala. Zmožnost organa za konkurenco, da izdaja odredbe, ki omejujejo prihodnje ravnanje zainteresiranih strani, se zato pogosto obravnava kot poseg ali celo vdor na področje regulacije.¹³ Organi za varstvo konkurence lahko sami izvedejo sektorske analize, da bi zunaj področja spora opozorili na omejitve konkurence, ki obstajajo v sektorju, kar je svojevrstno predhodno delovanje, čeprav, kot je bilo že omenjeno v tej razpravi, pogostost izvajanja sektorskih analiz ni visoka. Po drugi plati pa so se sektorski regulatorji približali klasični konkurenci z možnostjo naknadnega posredovanja pri reševanju sporov. Zato je razmejevanje med sektorskimi organi in organi za varstvo konkurence v zadnjem obdobju zabrisano ali pa je celo izginilo.

Kako se je torej mogoče odločiti, da trg spada pod posebno sektorsko ureditev, ki se uporablja *ex ante*, ali pod naknadni nadzor organov, pristojnih za konkurenco? Kot smo videli, je za obstoj naravnega monopola potrebna

¹³ Prav tam.

predhodna ureditev. Kadar ima monopol na višji stopnji (na primer železniško omrežje) tudi dejavnost na nižji stopnji (prevoz potnikov), je zaradi tveganja, da izvaja oblikovanje cen, ki izključujejo konkurente (cenovne škarje), potrebno predhodno posredovanje regulatorja. V telekomunikacijskem sektorju Evropska komisija meni, da je treba sektorsko ureditev vzpostaviti, kadar so izpolnjeni trije pogoji: obstoj visokih in trajnih ovir pri vstopu na trg, odsotnost razvoja v smeri resničnega konkurenčnega položaja v obdobju treh let in kadar samo konkurenčno pravo ne zadostuje za ublažitev ugotovljenih težav.

Na tej podlagi sta na primer francoski organ za varstvo konkurence in sektorski regulator (*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes*; ARCEP) na področju telekomunikacij (re)organizirala deleža intervencij. Vendar je pri tem treba opozoriti na okoliščine: telekomunikacijski sektor je namreč že na koncu cikla regulacije (frekvence so bile dodeljene, cene in število udeležencev so se stabilizirali, dostop do infrastrukture zgodovinskega operaterja je bil zagotovljen). Zato bi lahko teoretično zadostovalo delovanje organa, pristojnega za konkurenco, *ex post*, kar se že dogaja. Regulacija po odprtju konkurenci je na telekomunikacijskem področju na razvitih trgih na področju regulacije cen na maloprodajnem trgu v izginjanju oziroma domala že realnost.¹⁴ Tako se regulator omejuje na regulacijo veleprodajnega trga, da bi zagotovil, da bi že uveljavljeni igralci dali sredstva dejavnosti na voljo konkurentom. Če pa bi šli še dlje in posegli na maloprodajne trge, bi lahko prišlo do izkrivljanja pogojev konkurence. Pričakujemo torej lahko, da se bo sektorska ureditev spreminjala v odvisnosti od dosežkov procesa odpiranja konkurenci in zrelosti trga. Obveznosti v zvezi z univerzalno storitvijo sicer ostajajo in so združljive z odpiranjem konkurence. Ne opravičujejo niti ustanovitve posebnega regulativnega organa niti ohranjanja regulativnih organov na njihovih položajih in začetnih območjih delovanja. Sklenemo z ugotovitvijo, da tedaj, ko je sektor popolnoma odprt za konkurenco, regulacija *ex ante* ni več opravičljiva in ostaja nujen le nadzor navzdol s strani organa za varstvo konkurence.¹⁵

Pri odgovarjanju na vprašanje, kako naj se obnašata zakonodajalec in sektorski regulator, ko posežeta v sektor, v nadaljevanju izhajamo iz teze, ki jo

¹⁴ M. Bacache-Beauvallet in A. Perrot, nav. delo, stran 9.

¹⁵ Prav tam.

bomo dokazovali v nadaljevanju, da se v sicer izginjajoči paradigmi *Structure-Conduct-Performance*,¹⁶ sektorska regulacija (oziroma pri izvajanju: regulator) osredotoča na tržno strukturo (angl. *structure*), konkurenčno pravo in pristojni organ pa na ravnanje podjetij (angl. *performance*). De Streeel ugotavlja, da:

1. lahko konkurenčnopравни organ v sektorju elektronskih komunikacij (širše: mrežnih gospodarskih panogah) posega bolj intenzivno kot v drugih sektorjih, vendar mora poseg vedno temeljiti na razumni ekonomski utemeljitvi. Tak širok pristop ne sme prodreti v nemrežne panoge, sektorska regulacija pa mora biti utemeljena na načelih dobrega upravljanja: (prožnost, objektivnost, transparentnost, usklajenost, sorazmernost, pravna varnost);
2. sektorski regulator regulativnega pristopa, ki je primeren za infrastrukturo, vzpostavljene pod zakonitimi pogoji, samodejno ne razširja na nove infrastrukture;¹⁷
3. sektorska regulacija in konkurenčnopravna ureditev se približujeta, vendar pomembne razlike ostajajo in obseg sektorske regulacije je treba strogo odmejiti. Sektorska regulacija se lahko uporablja le, kadar je učinkovitejša od konkurenčnopravne za reševanje tržnih nepopolnosti, tj. kadar obstajajo strukturne (ekonomske ali pravne) ovire za vstop ali mrežni učinki;
4. sektorska regulacija naj se pri izvajanju pristojnosti ne prilagaja načelom konkurenčnega prava, temveč mora ureditev temeljiti na neodvisnem ekonomskem konceptu, povezanem s cilji ureditve (na primer angl. *bottle-neck*). Uskladitev metodologij je potrebna, vendar ne sme privedi do uskladitve ciljev in ne bi smela opustiti temeljnih regulativnih vprašanj, ki jih je treba rešiti vnaprej, torej (zakonodajno)politično. Pri tem poudarja, da si je treba vedno postaviti vprašanja, ali si regulator želi prizadevati za konkurenco, ki temelji na infrastrukturi, ali za konkurenco,

¹⁶ Alexandre de Streeel: *The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The case of electronic communications*, v: *Dans Reflets et perspectives de la vie économique* 2008/1 (Tome XLVII), stran 68.

¹⁷ Po de Streeel regulatorji »ne smejo biti hinavski pri dejanjih in neprimerno je sklicevanje na mantra de-regulacijske in liberalizacijske retorike, kadar v praksi povečujejo regulacijo«. Prav tam, stran 70.

Razmerje med sektorsko regulacijo elektronskih komunikacij in konkurenčnim pravom

ki temelji na storitvah, ali si želijo kratkoročne ali dolgoročne konkuren-
ce in ali želijo izvajati industrijsko politiko ali ne.¹⁸

Po uvodu, v katerem smo uporabili nekaj primerov iz ZDA, se v nadalje-
vanju osredotočamo na EU, kjer sta se glavna instrumenta (konkurenčno-
pravna in sektorska regulacija) za zagotavljanje učinkovite konkurence v
sektorju elektronskih komunikacij, torej tistem sektorju, ki zagotavlja in-
frastrukturo za storitve informacijske družbe za delovanje fiksne in mobil-
ne telefonije, interneta, kabelskih sistemov, satelitskih povezav, v nasprotju
z ZDA sčasoma zblížala. Oba instrumenta vnaprej odpravljata ali se odzi-
vata na napake na trgu (angl. *market failures*), ki zahtevajo aktivnost držav.¹⁹

3. KRITERIJI ZA RAZMEJEVANJE KONKURENČNOPRAVNE UREDITVE IN SEKTORSKE REGULACIJE

3.1. *Ex ante* in *ex post*

Konkurenčnopravna ureditev je tradicionalno uveljavljena in je »starejši
brat« sektorske regulacije.

¹⁸ Prav tam, strani 70 in 71.

¹⁹

	STRUKTURNA/NESTRATEŠKA	VEDENJSKA/STRATEŠKA
ČEZMerna (EKSCESNA) TRŽNA MOČ	Široko pojmovane vstopne ovire: – visoke in potopljene z negotovostjo Ozko pojmovane vstopne ovire: – pomembne cenovne prednosti – pravne ovire → enostranski dostop (angl. <i>access model</i>)	– pridobitev prevlade / vnovična pridobitev prevlade – vertikalni vzvodi – horizontalni vzvodi
EKSTERNALIJE	– mrežni učinki – dvostranski trgi → dvostranski dostop (angl. <i>intercon- nection model</i>)	– strateški mrežni učinki, na primer sheme – lojalnosti ali od zunaj mediirane tarife
INFORMACIJSKA ASIMetriJA		

Povzeto po: A. de Streel, nav. delo, stran 69.

Tabela 2

Če je bila pogosto uporabljana (kar pa je po kriteriju pogostosti sicer bolj značilnost sektorske regulacije in manj konkurenčnopravne ureditve),²⁰ je postala regulativni protimonopolni zakon, kar bi kazalo na to, da konkurenčnopravna ureditev, ki temelji primarno na pristopu *ex post*,²¹ vstopa v območje *ex ante*.

Za sektorsko regulacijo je značilen pristop *ex ante*, vendar je predvsem zaradi uporabe konkurenčnopравnih orodij in metodologij (na primer SSNIP test, test hipotetičnega monopolista pri definiranju relevantnega trga)²² postala svojevrstno preventivno (*ex ante*) konkurenčno pravo.

Instrumenta, čeprav imata izvorno različne cilje, torej ne obstajata in delujeta strogo vzporedno ter brez vpliva drug na drugega, temveč sta se zaradi zgoraj navedenih zakonodajnih in izvedbenih praks začela medsebojno prepletati. To ni nujno negativno, ker je cilj, ki je obema skupen, abstraktno gledano, zagotovitev in vzdrževanje konkurence. Vendar če ju presojava po drugih merilih, to ni vedno in nujno pravilno in korektno.

²⁰ Glej spodaj.

²¹ Vendar ne v celoti. Omejevanje konkurence s sporazumi, sklepi, usklajenimi ravnanji ter prek zlorabe prevladujočega položaja je tipičen odziv *ex post*, po drugi strani pa je presoja koncentracij primarno *ex ante* (vendar ne izključno, saj konkurenčnopravna ureditev *ex post* sankcionira koncentracije, ki bi morale biti priglašene, pa niso bile). O tem spodaj.

²² Širše glej spodaj.

	KONKURENCA <i>EX POST</i>	KONKURENCA <i>EX ANTE</i>	SEKTORSKA REGULACIJA
CILJ	<ul style="list-style-type: none"> – ohranjanje konkurence – povečanje konkurence – tržna struktura v glavnem zadovoljiva 	<ul style="list-style-type: none"> – ohranjanje konkurence – povečanje konkurence 	<ul style="list-style-type: none"> – povečanje konkurence – posnemanje konkurence – nezadovoljiva struktura trga
DOKAZNO BREME V PRIMERU INTERVENCIJE	<ul style="list-style-type: none"> – definicija trga – prevladujoči položaj – protikonkurenčno ravnanje: zloraba ali sporazum 	<ul style="list-style-type: none"> – priglášena koncentracija + definicija trga – konkurenca je znatno prizadeta v primerjavi z <i>effective competition</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> – izbira trga (največkrat) + definicija trga – SMP (<i>Significant Market Power</i>) = prevladujoči položaj
UKREPI	<ul style="list-style-type: none"> – praviloma vedenjski – globe – zasebnopravno varstvo (odškodnina) 	<ul style="list-style-type: none"> – praviloma strukturni 	<ul style="list-style-type: none"> – praviloma vedenjski

Tabela 3 – Konkurenčnopravna ureditev *ex ante* in *ex post* in sektorska regulacija *ex post*.²³

²³ Povzeto po A. de Stree, nav. delo, stran 57.

Iz preglednice je mogoče izluščiti korake, ki jih pri izvajanju pristojnosti po svojih ureditvah storita organ za varstvo konkurence in sektorski regulator. V okviru konkurenčnopravne ureditve *ex post* bo organ za varstvo konkurence (AVK, Evropska komisija) v prvem koraku določil relevantni trg, primarno s testom SSNIP (test majhnega, toda znatnega nepretrganega povečanja cen)²⁴ ali testom hipotetičnega monopolista, ki pa se doktrinarno počasi pomika v ozadje. V drugem koraku se ugotavlja, ali ima eno ali več podjetij zadostno tržno moč (en sam ali skupni prevladujoči položaj)²⁵ in končno, v zadnjem koraku, ali so podjetja s tržno močjo storila protikonkurenčno ravnanje (sporazum ali enostransko zlorabo). V primeru kršitve sledi odziv (sankcija, globa in/ali vedenjski ukrepi za odpravo protikonkurenčne prakse) ali strukturni ukrepi, če je to potrebno in sorazmerno, v zasebnopravnem varstvu konkurence pa lahko sodišče oškodovanemu konkurentu, stranki ali potrošniku zagotovi tudi odškodnino. Skratka: do postopka pride *ex post* zaradi protikonkurenčnega ravnanja.²⁶

²⁴ Ker SSNIP test uporablja tudi sektorski regulator, podajmo kratek povzetek. Izpelje ga tako, da se opazuje, ali bo majhna sprememba cene P1 (v razponu 5–10 %) povzročila, da se bo pomembno (angl. *significant*) število potrošnikov premaknilo in kupilo drug proizvod P2 (substitut). Povedano drugače: želi analizirati, ali bo ta dvig cene P1 dobičkonosen ali pa se bo zgodil premik k substitutu P2, kar bo onemogočilo dobičkonosen dvig cene P1. Predpostavimo tri proizvode na trgu: P1, P2 in P3. Vprašanje je, ali lahko hipotetični monopolist P1 dobičkonosno vzdrži »majhen, vendar nizek neprehoden dvig cene«. Če DA: tedaj je relevantni trg sestavljen le iz P1; če NE (ne zato, ker je dvig cen previsok in potrošniki migrirajo k substitutu P2, morda celo k P3): tedaj mora relevantni trg vključiti še P2 ali celo še P3. Katerega? Tistega z največjo navzkrižno elastičnostjo glede na P1. V prvem koraku predpostavimo, da je to P2.

²⁵ »Položaj gospodarske moči, ki ga ima podjetje, in mu omogoča, da prepreči vzdrževanje učinkovite konkurence na ustreznem trgu, saj mu daje moč, da se v opazno obnaša neodvisno od svojih konkurentov, strank in nazadnje svojih potrošnikov.« *C-27/76 United Brands v EC Commission (1978)*.

²⁶ Varstvo *ex ante* se v korakih malenkostno razlikuje od varstva konkurence *ex post*, vendar je ta razlika manjša, kot če primerjamo korake v konkurenčnopravni ureditvi in sektorski regulaciji. Postopek, če ne gre za odziv organa zaradi kršitve dolžnosti nepriglasitve koncentracije ali zaradi neupoštevanja odločbe o koncentraciji ali odločbe o zavezah, se začne z njeno priglasitvijo, po podobni metodologiji kot v varstvu *ex post* sledi določitev relevantnih trgov, na katere vpliva koncentracija in ugotavljanje, ali bi koncentracija bistveno ovirala učinkovito konkurenco, sledijo pa ukrepi, v skladu z zakonodajo dovolitev, pogojna dovolitev ali prepoved priglašene

3.2. Drugi kriteriji

3.2.1. Cilji

Cilj konkurenčnopravne ureditve je predvsem ekonomski in se nanaša na tekmovalni proces, ki izboljšuje razdelitev virov in ekonomsko učinkovitost. Drugi cilji, kot so industrijska politika, regionalna politika, okoljska politika, sektorske politike in zaposlitvena politika, niso izpostavljene. Tudi v reguliranih sektorjih je v ospredju enak ekonomski cilj kot v konkurenčnopravni ureditvi, vendar ni postavljen na prvo mesto, ker regulatorji izvajajo širok nabor ukrepov, ki odpravljajo napake trga, včasih pa so celo prisiljeni ravnati na škodo pravil konkurence.

Sektorska regulacija ima tri, morda celo nasprotujoče cilje: že omenjeno spodbujanje učinkovite konkurence, podpiranje delovanja notranjega trga in interes uporabnikov.²⁷ Posebej zanimivo je, da predpisi EU in držav članic pogojno omogočajo regulatorjem diskrecijsko pravico glede razvrstitve teh ciljev in sredstev za njihovo doseganje. Pridevnik pogojno je uporabljen zato, ker so države članice prejudicirane z ureditvijo v EU in morajo, če je sprejeta sektorska sekundarna zakonodaja na komunitarni ravni, to zakonodajo (direktivo) prenesti v nacionalno pravo ali pa kot uredba celo neposredno velja. Diskrecija je torej omejena, vendar kljub temu ne v celoti. Ob predpostavki, da obstaja komunitarna ureditev, se bo morala država članica podrediti ciljem, diskrecijo pa bo vendarle imela pri izbiri sredstev. Velja pa splošna ugotovitev, da predpisi izrecno ne odločajo o tem, ali naj regulatorji dejavno spodbujajo razvoj infrastrukturne konkurence kot mehka industrijska politika ali naj zgolj nadzorujejo trg kot trdi spodbujevalec zaupanja. Zanimiva je ugotovitev, da je cilj sektorske regulacije, ki se ukvarja s tržno močjo, predvsem zagotoviti učinkovitost s spodbujanjem konkurenčne tržne strukture ali pa »s posnemanjem«²⁸ rezultatov konkurenčne tržne strukture.

koncentracije. Postopek je posledica *ex ante* zaradi notifikacije koncentracije, ki bistveno ovira učinkovito konkurenco.

²⁷ Uporabnik je lahko katerikoli tržni udeleženec, ne pa potrošnik, katerega dosega in varovanje blaginje je, če gledamo problematiko v celoti abstrahirano, *ultima ratio* konkurenčnopravnega varstva.

²⁸ A. de Streel, nav. delo, stran 58.

Glavna razlika med konkurenčnopravnimi in sektorskimi cilji je, da je cilj konkurenčnopravne ureditve ohranjanje ravni učinkovite konkurence, cilj sektorske regulacije pa je dvigniti njeno raven. Kritika kot temeljni problem poudarja, da se cilj ohranjanja in krepitev v praksi ne preverja vedno in da se pogosto spregledata glavni in s tem povezani vsebinski razliki med konkurenčnopravnim in sektorskim urejanjem in delovanjem. Ne upošteva se namreč razlikovanja med *structure* (sektorska regulacija in delovanje, ki obravnava predvsem nezadovoljive strukture trga) in *performance* (konkurenčnopravna ureditev, ki obravnava nezadovoljivo in protizakonito ravnanje podjetij) ter razlike v dokaznih bremenih, ki je v sektorjih nižje, pri konkurenčnopravnih kršitvah ali presoji *ex ante* pa višje. Zaradi teh razlik je učinkovito, da se faktor, ki se uporablja za izbiro trgov za sektorsko regulacijo, določa na visoki ravni. Slednje omogoča, da je na izbranem tržnem območju delovanje regulatorja preprostejše. Sektorska regulacija se mora torej osredotočiti na trg, na katerem so tveganja napačnega posega vanj in posledično nepravilne obsodbe, nizka, tveganja napak napačne oprostitev subjekta pa visoka. To je pomembno, ker so stroški napak napačne obsodbe na dinamičnih trgih veliki. Če torej združimo oba argumenta, mora biti sektorska regulacija v vsakem sektorju (še zlasti pa tista v elektronskih komunikacijah) omejena na strukturne tržne napake zaradi prevelike tržne moči in zunanjih učinkov.²⁹

3.2.2. Pristop

Kar zadeva pristop, konkurenčnopravna ureditev in delovanje organov za varstvo konkurence preprečujeta ravnanja, s katerimi podjetja protipravno izključujejo, ovirajo, izkrivljajo in omejujejo konkurenco ter varujeta konkurenco kot tako, ne pa samih konkurentov. Sektorska regulacija in regulator nadomeščata tržne mehanizme, opravljata neposredni nadzor in izvajata ukrepe na trajno nepopolnih trgih (nadzor cen ter nadzor kakovosti blaga in storitev) in učinkujeta tudi tako, da varujeta konkurente, ne glede na njihovo ekonomsko učinkovitost.

Po kriteriju časa in pogostosti ukrepov prednjači regulacija. Konkurenčnopravna ureditev deluje *ex post* po odkritju oviranja, preprečevanja ali zlorabe tržnih mehanizmov (drugače presoja koncentracij *ex ante*, ni pa delovanje

²⁹ Prav tam, stran 70.

ex ante na področju koncentracij, če te niso bile priglašene, pa bi morale biti; tedaj deluje konkurenčnopravna ureditev *ex post*). Z vidika neprekinjenosti v konkurenčnopravnem delovanju je treba opozoriti še na en odstop. Organ za varstvo konkurence lahko namreč *ex ante* in bolj sistematično opravlja (sektorsko) analizo trga, vendar to ni njegov primarni fokus. Pregled v primerjalnem pravu kaže, da so take analize prej redkejša kot pa pogosta ali celo sistematične. Posegi so manj pogosti in organi za varstvo konkurence praviloma ukrepajo na podlagi pritožb ali drugih indicev, lahko pa seveda *ex officio*. Delovanje v reguliranem sektorju ni enkratnega značaja. Tedaj, ko bi se zgodila kršitev, je namreč neprekinjeno in je *ex ante*, ker je predpostavka, da se v sektorju ni mogoče zanesti na tržne mehanizme in zato je potreben stalen nadzor.

V reguliranem sektorju pride do posega na trgu, ki ima značilnosti, pri katerih instrumenti konkurenčnopravne ureditve ne bi zadoščali za rešitev težav z učinkovito konkurenco. Glede na gornji pregled sektorska ureditev precej sledi oziroma je usklajena z metodologijami konkurenčnega prava (zlasti pri definiranju relevantnega trga), toda po drugi strani vendarle omogoča prožnejšo ureditev, zlasti če temelji na utemeljenih ekonomskih načelih, ki zagotavljajo, da so odločitve regulatorja bližje realnim razmeram na trgu. Pridružiti pa se je treba celotni teoriji in praksi, ki opozarjata, da večja prožnost ne sme ogroziti standardov pravne varnosti. To ni le vprašanje sektorskih postopkovnih pravil, ki so precej dosledna in praviloma manj problematična, temveč metodoloških pristopov, kar je zlasti posledica tega, da so se metodologije v konkurenčnem pravu, ki ima sebi lastne cilje in pristope za njihovo doseganje, razvijale več kot stoletje in bile preverjane v okviru sodnega varstva, nekritično posnemanje v sektorju (angl. *mimicking*; glej še enkrat zadnji gornji citat) pa lahko pripelje prav do problematične presoje in celo napačnih rezultatov. Zato morajo sektorski regulatorji, čeprav imajo za odpravljanje tržnih pomanjkljivosti na voljo več pravnih instrumentov za določitev pristojnosti iz svojih področij in zavarovanje pred situacijo, ko bi posegli v pristojnost organov za varstvo konkurence, določiti glavne razlike med področjema (KONK in SR) in instrumenti, ki jih imata področji na voljo, ter sprejeti utemeljeno odločitev, kateri instrument je sploh dopustno uporabiti in kateri od relevantnih je najučinkovitejši za reševanje tržnih nepopolnosti.

3.2.3. Ukrepi

Med razlikami omenimo še, da organ za varstvo konkurence daje prednost strukturnim ukrepom za odpravo ovir v delovanju mehanizmov trga in je manj občutljiv na pojav tako imenovanega ujetega regulatorja. Sektorski regulatorji praviloma izbirajo vedenjske ukrepe za odpravo napak trga, ker v okviru stalnega nadzora lahko nadzirajo njihovo izvajanje. Zaradi več ciljev pri delu potrebujejo več podatkov, poudarek pa je na računovodstvu.

4. PRISTOJNOST IN SODELOVANJE MED ORGANOMA

4.1. Sočasnost

Pojem sočasnosti je mogoče pojasniti na primeru urejanja odprtega dostopa, pri katerem so pomembne sočasne pristojnosti organa za varstvo konkurence in sektorskih regulatorjev. Sektorska zakonodaja naloge, povezane z urejanjem odprtega dostopa, nalaga sektorskim regulatorjem, zavrnitev dostopa do bistvenih naprav, omrežij ali storitev pa lahko pomeni tudi zlorabo prevladujočega položaja po konkurenčnopravni zakonodaji. Na področju ekonomske regulacije je skrb za zagotavljanje stroškovno naravnanih cen v pristojnosti sektorskih regulatorjev, neupravičeno zniževanje ali zviševanje cen pa je lahko zloraba prevladujočega položaja po konkurenčnopravni zakonodaji.

Ureditve v primerjalnem pravu razmerja med konkurenčnim organom in sektorskimi regulatorji, čeprav se³⁰ ugotavlja, da zaradi visoke razvojne faze, v kateri je sektor telekomunikacij, obveznosti v zvezi z univerzalno storitvijo sicer ostajajo in so združljive z odpiranjem konkurence, vendar ne opravičujejo ustanovitve posebnega regulativnega organa oziroma celo ohranjanja regulativnih organov na njihovih položajih in začetnih območjih delovanja, niso dokončno izpeljale. Večina ureditev, tudi naša, prepušča ukrepe varovanja konkurence organu za varstvo konkurence in tehnično regulacijo sektorskim regulatorjem. Vendar kljub precej jasni delitvi nalog konkurenčni organ in sektorski regulatorji ne morejo delovati v medseboj-

³⁰ Glej razdelek 2.1 Ureditev sektorja in politika konkurence.

ni izolaciji, zato sta sodelovanje in koordinacija pri izvajanju nalog iz sočasne pristojnosti nujna za odpravo podvajanja dela (ali neaktivnost) obeh organov.³¹

4.2. Orodja za sodelovanje med konkurenčnim organom in sektorskim regulatorjem

Organoma je na voljo več orodij za sodelovanje, ki pa morajo imeti seveda podlago v notranje harmonizirani zakonodaji. Iz primerjalnega prava bistvene lastnosti povzemamo v nadaljevanju.

Prvi primer je memorandum o sodelovanju, na voljo pa so še druge možnosti. Tako v primerjalnem pravu zakonodajna infrastruktura najpogosteje omogoča generično splošno sodelovanje, na primer posvetovanje v zadevah, ki so pomembne tako za konkurenčni organ in za sektorskega regulatorja, vendar ne določajo podrobno, kako naj to poteka v praksi.³² Uveljavljene metode sodelovanja so:

1. notifikacija in posvetovanja;
2. izmenjava informacij;

³¹ Matej Kavčič: Sektorski regulatorji, V: Podjetje in delo, št. 6-7/2002, strani 1503–1507. Janez Bešter in Nataša Kump: Trg telekomunikacij z vidika politike varstva konkurence. IER, Ljubljana 2004, strani 56–67.

³² OECD: Interactions between competition authorities and sector regulators, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022, <www.oecd.org/daf/competition/interactions-between-competition-authorities-and-sector-regulators-2022.pdf>, strani 12 in naslednje. V nekaterih primerih zakonodaja sodelovanje zahteva in ne le zgolj omogoča. V Franciji na primer mora regulator komunikacij Arcep predložiti *Autorité de la Concurrence* vse zlorabe prevladujočega položaja ali druga protikonkurenčna ravnanja, ki se pojavljajo v sektorjih, ki jih nadzoruje Arcep. Podobno mora *Autorité de la Concurrence* sporočiti Arcepu vsako napotitev v okviru pristojnosti regulatorja. Dalje, možen je podpis sporazumov med obema organoma (na primer memorandum o soglasju), ki podrobneje opredeljujejo sodelovanje, predvideno v zakonodaji, lahko pa je sodelovanje utemeljeno neposredno na predpisih brez potrebe po izvedbenih sporazumih. Pravna narava memorandumov je šibka in omogoča bolj obilgacijo prizadevanja, pa še ta je odvisna od trenutnih vodstev, ne pa obilgacije rezultata, res pa je, da memorandumi vsaj ponujajo formalnejši okvir za sodelovanje in sporočajo pripravljenost organov za dialog (OECD, 2013, stran 48[23]).

3. vzpostavitev (medresorskih) delovnih skupin in izmenjava strokovnega osebja; ter
4. neformalno sodelovanje.³³

Po študiji Organizacije za gospodarsko sodelovanje in razvoj (OECD) sta prva dva pristopa zajeta pravzaprav v vseh vzorčno analiziranih zakonodajah,³⁴ je pa mogoče opaziti razlike pri ustanavljanju formalnih delovnih skupin, ki ne delujejo na *ad hoc* osnovi. Po isti študiji je pomembno neformalno sodelovanje s sektorskimi regulatorji pri uveljavljanju konkurence. Na podlagi podatkov ni mogoče sklepati, katera orodja se uporabljajo pogosteje in ali jih organi štejejo za pomembnejša. Odločitev o tem praviloma temelji na tem, da se vsak instrument prilagaja ciljem, ki jih želi doseči usklajevanje.³⁵

Pri konkurenčni presoji *ex ante* (nadzoru koncentracij)³⁶ je sodelovanje med konkurenčnim organom in sektorskim regulatorjem bolj postopkovno strukturirano kot pri zadevah *ex post* (omejevanje konkurence s sporazumi ali zlorabo prevladujočega položaja).³⁷

Običajno je urejeno v zakonodaji, ki sledi dvema modeloma:

1. model vzporedne presoje koncentracije s strani obeh organov, organa za konkurenco in sektorskega regulatorja; ali
2. je nadzor združevanja v celoti v pristojnosti organa za konkurenco, ki od regulatorja zahteva mnenje o transakciji.

Sodelovanje v konkurenčnih zadevah *ex post* običajno ni posebej zakonsko urejeno v pravnem okviru o sodelovanju, spada pa pod njegove splošne določbe, razen če poteka neformalno, in je še bolj zapleteno zaradi dejstva,

³³ OECD, nav. delo (2022), strani 14–22; s primeri iz primerjalnega prava.

³⁴ Brazilija, Francija, Švica, Egipt, Islandija, Norveška, Južna Afrika, Južna Koreja, Ukrajina, Filipini, Portugalska, Belgija, Hrvaška, Indonezija, Malta, Čile, Romunija, Združeno kraljestvo, Češka, Singapur, Avstralija, Kitajska in ZDA.

³⁵ OECD o sodelovanju med sektorskimi regulatorji (OECD, 2016, stran 45[82]; cit. po OECD (2022), Interactions between competition authorities and sector regulators, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, <www.oecd.org/daf/competition/interactions-between-competition-authorities-and-sector-regulators-2022.pdf>, stran 11.

³⁶ Glej zgoraj.

³⁷ Glej zgoraj.

da se lahko isto ravnanje preverja tako po konkurenčnem pravu kot tudi po sektorskih predpisih.³⁸

Med sklepi analize OECD opozorimo na dva:

1. pomembna je jasnost vlog in pooblastil, določenih v konkurenčnem pravu in sektorski zakonodaji. Neizpolnjenost pogoja oteži sodelovanje, pogosti so ugovori nepristojnosti, ki upočasnijo postopke. Pomembna je aktivna vloga obeh organov pri oblikovanju zakonodaje, memorandumu o sodelovanju pa (ob siceršnjih omejitvah zaradi dometa sporazuma med organoma, ki nima narave predpisa, ampak bolj protokola) lahko bolj opredelijo vloge in pooblastila obeh organov, zlasti če tako določa zakonodaja. S tega vidika mora biti zakonodaja na obeh področjih odprta v smeri zagotavljanja možnosti za sklepanje memorandumov;
2. v primerjalnem pravu je vzpostavljena obveznost medsebojnega obveščanja med organi o zadevah, ki zanimajo druge organe. To je vodilo, ki bi moralo biti postavljeno izrazito visoko na lestvici prednostnih nalog, nanaša pa se predvsem na fiziognomijo in strukturiranje državnih organov, začeniši z zakonskimi možnostmi do vzpostavitve takega ozračja v praksi.³⁹ Opozoriti je treba na probleme, kot so problematika izmenjave zaupnih podatkov in informacij, saj so prav (zaupni) podatki bistvenega pomena za pravilen in učinkovit postopek, ugotovitev in končno odločbo.

³⁸ OECD, nav. delo (2022), stran 31.

³⁹ Poveden je neposredni citat iz študije OECD, nav. delo (2022), stran 32: »Čeprav bi se zahteva po posvetovanju z drugim organom zdela privlačna za spodbujanje sodelovanja, to vključuje širše premisleke o dejavnikih, kot so institucionalna struktura in širša zakonodajna tradicija države. Ali je mnenje organa potrebno v postopkih, je lahko odvisno od prevlade konkurenčnega prava ali sektorske regulacije in od institucionalne ureditve. (Alexiadis in Da Silva Pereira Neto, 2019, str. 22) opozarjata, da 'obstaja vprašanje, kako naj med seboj konkurirajoče agencije za konkurenco in regulacijo določijo, katera od njih bi morala uveljaviti svojo pristojnost nad isto temo, bodisi alternativno ali kumulativno'. Zahteva po sodelovanju je lahko zaželeno v nekaterih primerih: na primer, če ima sektorski regulator ekskluzivne pristojnosti politike konkurence, je morda potrebno, da zahteva mnenje od organa za konkurenco, da zagotovi doslednost izvajanja med sektorji.«

Ukrepi za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture

1. UVODOMA

Temeljni cilj sektorsko specifične *ex ante* regulacije in konkurenčnopравnih pravil na trgu telekomunikacijskih storitev je zagotovitev popolnoma liberaliziranega trga brez vstopnih ovir, na katerem uspeva konkurenca v korist končnih uporabnikov.¹ Poleg tega je regulacija telekomunikacij v zadnjih iteracijah s strani evropskega zakonodajalca pridobila še dodatne ekološko-tehnološke cilje. Gre za zavedanje, da ima lahko razvoj trga telekomunikacij s pripadajočo infrastrukturo škodljiv vpliv na okolje in krajino ter lahko povzroča socialne in okoljske stroške,² pri čemer je višina potrebnih naložb za postavitev takih omrežij povezana z uporabo obstoječe infrastrukture.³ Z namenom preprečevanja podvajanja in optimizacije njene uporabe so bili dodani novi ukrepi, ki služijo postavljenim ciljem.

¹ M. Monti, stran 3. Glej tudi: A. de Stree, stran 330.

² 24. uvodna izjava Direktive 2002/19/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 7. marca 2002 o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju (Direktiva o dostopu), Uradni list EU L 108, 24. april 2002; in 13. uvodna izjava Direktive 2014/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. maja 2014 o ukrepih za znižanje stroškov za postavitev elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti (Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov), Uradni list EU L 155, 23. maj 2014.

³ 7.–9. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

Telekomunikacijsko omrežje je izredno kompleksen sistem, sestavljen iz več različnih komponent,⁴ in sicer naprav ter objektov komunikacijskega omrežja ter pripadajoče infrastrukture, kot so komunikacijski vodi, trase, cevi, kabli, vodi, objekti bazne postaje, radijske postaje, antenski stolpi, posamezne antene itd.⁵ Samo omrežje je ključno za opravljanje telekomunikacijskih storitev, pri čemer je odločilno dejstvo, čigavo obstoječe omrežje je oziroma natančneje, kdo ga lahko uporablja za opravljanje svojih storitev. Trg telekomunikacij še danes zaznamuje izhodiščni monopolni položaj tako imenovanih zakoreninjenih operaterjev (angl. *incumbents*).⁶ Praviloma gre za naslednike nekdanjih državnih podjetij za pošto in telekomunikacije – PTT (v Sloveniji je njegov naslednik na telekomunikacijskem področju Telekom Slovenije, d.d.),⁷ ki so vzpostavili prvotno infrastrukturo. Vzpostavitev nove infrastrukture zahteva visoke finančne vložke morebitnih konkurentov (angl. *entrants*), kar pomeni učinkovito vstopno strukturno oviro. Regulaciji takega stanja je botrovala ideja liberalizacije trga v korist končnega uporabnika, pri čemer se je evropski zakonodajni pristop osredotočil na vprašanje dostopa do obstoječe infrastrukture.⁸ Preprečitev podvajanja infrastrukture in optimizacijo njene uporabe tako zagotavlja že osnovni regulatorni koncept telekomunikacij: regulacija dostopa do obstoječe infrastrukture z namenom, da se konkurentom nekdanjih monopolistov omogoči sodelovanje na tako imenovanih spodnjih trgih (angl. *downstream markets*),⁹ čeprav to ni njegov primarni namen. Pozneje je bilo v procesu regulacije dodanih več istoimenskih, vendar vsebinsko povsem drugačnih obveznosti dostopa, ki se lahko naložijo operaterjem ne glede na to, ali gre za podjetje s pomembno tržno močjo oziroma celo drugim subjektom. V tem smislu ne moremo več govoriti o enotnem institutu dostopa.

Poleg instituta dostopa ciljem preprečitve podvajanja in optimizacije uporabe infrastrukture poudarjeno sledita tudi instituta skupne uporabe in

⁴ D. Hercog, stran 26.

⁵ Glej Pravilnik o vodenju in vsebini podatkov o elektronskih komunikacijskih omrežjih in pripadajoči infrastrukturi, omrežnih priključnih točkah in drugih elektronskih komunikacijskih omrežjih, Uradni list RS, št. 79/23.

⁶ M. Cave, stran 223.

⁷ B. Makarovič, stran 20, op. 2.

⁸ M. Canoy, P. de Bijl in R. Kemp, stran 135.

⁹ C. Kirchner, strani 243 in 248.

skupne gradnje. Pristojni organi lahko namreč odredijo skupno uporabo omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti zaradi zaščite okolja, javnega zdravja, javne varnosti ali izpolnjevanja ciljev prostorskega načrtovanja, ki pa je zelo podobna različnim oblikam instituta dostopa do fizične infrastrukture in pripadajočih zmogljivosti, kadar ne gre za operaterja s pomembno tržno močjo. V primeru novo nastajajoče infrastrukture pa se lahko prepreči podvajanje in predvidi njena optimizacija že v fazi same izgradnje. Kot najbolj proaktiven ukrep je bil dodan institut skupne gradnje. Z usklajevanjem gradbenih in drugih del na fizični infrastrukturi je namreč mogoče prihraniti precej sredstev in zmanjšati nevšečnosti na območjih, »prizadetih« zaradi postavitve novih elektronskih komunikacijskih omrežij.¹⁰

Očitno je, da regulativni okvir telekomunikacij, poleg obstoječih primarnih ciljev spodbujanja konkurence, notranjega trga in interesa končnih uporabnikov,¹¹ pridobiva nove razsežnosti. Navedeni ukrepi so danes urejeni v prenovljenem Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (EZEK)¹² in v nekoliko starejši Direktivi o ukrepih za znižanje stroškov za postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti (Direktivi o ukrepih za znižanje stroškov).¹³ Na nacionalni ravni so zbrani na enem mestu, in sicer v Zakonu o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2). Kljub prenovljenemu regulativnemu okvirju so meje med relevantnimi instituti pogosto precej nejasne. V nadaljevanju bodo zato v poskusu sistematizacije predstavljeni namen in delovanje posameznih instrumentov v skladu z njihovimi razvojnimi trendi.

¹⁰ 24. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

¹¹ 23. uvodna izjava Direktive (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (prenovitve) (EZEK), Uradni list EU L 321, 17. december 2018.

¹² Prav tam.

¹³ Glej op. 2.

2. NOVI ZEKom-2

Med ukrepe za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture lahko v širšem smislu uvrstimo sedem členov ZEKom-2. Skupna gradnja (12. člen ZEKom-2) je uvrščena na sam začetek zakona v poglavje, ki ureja gradnjo omrežij in pripadajoče infrastrukture ter spodbujanje povezljivosti. V poglavju o zagotavljanju konkurence pod zavajajočim naslovom podpoglavja »Skupna uporaba« sledijo ukrepi skupne uporabe (136. člen ZEKom-2), skupne uporabe stavbne fizične infrastrukture (137. člen ZEKom-2), skupne uporabe napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah (138. člen ZEKom-2) ter dostopa do obstoječe fizične infrastrukture (139. člen ZEKom-2). Že iz zakona je razvidno, da ne gre za dosledno uporabo izrazov skupne uporabe in dostopa, pri čimer so meje med njima pogosto precej nejasne, zakonsko besedilo pa tudi ni najbolj razumljivo.¹⁴ V okviru istega poglavja, vendar v podpoglavju z naslovom »Regulacija operaterjev s pomembno tržno močjo«, ločeno sledita še ukrepa obveznost dopustitve dostopa do komunikacijskih objektov (152. člen ZEKom-2) ter obveznost dopustitve operatorskega dostopa do določenih omrežnih zmogljivosti in njihove uporabe (153. člen ZEKom-2).

Namen navedenih ukrepov je učinkovitejša gradnja in postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij ter spodbujanje souporabe obstoječe fizične infrastrukture.¹⁵ Gre za zbir različnih obveznosti, ki precej invazivno regulirajo ravnanje različnih subjektov. Vsebina in meje razlikovanja med posameznimi obveznostmi so precej jasne, vendar je pogosto težko razlikovati, kdaj gre za pojem dostopa in kdaj za institut skupne uporabe.¹⁶ Jasno ločnico med dostopom in skupno uporabo je toliko težje začrtati tudi zato, ker EZEK in Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov uporabljata tako pojem

¹⁴ Zakonodajalec v ZEKom-2 pojma dostopa in skupne uporabe ne uporablja dosledno. Člena 137 in 138 ZEKom-2 namreč naslavlja s pojmom skupne uporabe, nato pa v besedilu člena preskakuje med skupno uporabo in dostopom. Poleg tega je 139. člen ZEKom-2, naslovljen dostop (dostop do obstoječe fizične infrastrukture), – kot tudi 137. in 138. člen ZEKom-2 – uvrščen v podpoglavje »Skupna uporaba«.

¹⁵ Glej 1. člen ZEKom-2, 1. člen EZEK in 1. člen Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

¹⁶ V Priporočilu v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture na primer ni jasne ločnice med dostopom in skupno uporabo. Glej AKOS 2022.

dostopa kot tudi pojem skupne uporabe oziroma souporabe, vendar ju vsak akt razume na svoj način, pri čemer tudi znotraj enega akta ne gre nujno zgolj za en institut dostopa (glej tabeli 1 in 2). Do dodatnih terminoloških nejasnosti pa je prišlo tudi zaradi slovenskega preimenovanja nekaterih institutov glede na izhodiščna besedila direktiv (glej tabeli 1 in 2). Ker gre za ukrepe regulatornega okvira EU, ta razdelek v nadaljevanju sledi delitvi na ukrepe, ki so rezultat prenosa EZEK, in ukrepe, ki prenašajo določbe Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

<p>Dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo</p>	<p>Okvirna direktiva* (veljavnost: od 24. aprila 2002 do 20. decembra 2020)</p>	<p>Direktiva o dostopu (veljavnost: od 24. aprila 2002 do 20. decembra 2020)</p>	<p>Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov (veljavnost: od 12. junija 2014 dalje – v veljavi)</p>	<p>ZEKom-1 (veljavnost: od 15. januarja 2013 do 10. novembra 2022)</p>
<p>Dostop do infrastrukture operaterjev ne glede na tržno moč</p>		<p>12. člen Obveznost dostopa do posebnih omrežnih naprav in njihova uporaba (angl. <i>Obligations of access to, and use of, specific network facilities</i>)</p>	<p>3. člen Dostop do obstoječe fizične infrastrukture (angl. <i>Access to existing physical infrastructure</i>) 9. člen Dostop do stavbne fizične infrastrukture (angl. <i>Access to in-building physical infrastructure</i>)</p>	<p>105. člen Obveznost dopustitve operaterskega dostopa do določenih omrežnih zmogljivosti in njihove uporabe</p> <p>93. člen Dostop do obstoječe fizične infrastrukture 91.a člen Skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture</p>

<p>Skupna uporaba</p>	<p>12. člen Kolokacija in souporaba naprav (angl. <i>Co-location and facility sharing</i>) Tretji odstavek novega 12. člena Okvirne direktive** Kolokacija in souporaba omrežnih elementov in pripadajočih naprav za ponudnike elektronskih komunikacijskih omrežij (angl. <i>Co-location and sharing of network elements and associated facilities for providers of electronic communications networks</i>)</p>		<p>91. člen Skupna uporaba 92. člen Skupna uporaba napeljav v stavbah</p>
<p>Skupna gradnja</p>		<p>5. člen Usklajevanje gradbenih del (angl. <i>Coordination of civil works</i>)</p>	<p>10. člen Skupna gradnja</p>

* Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (Okvirna direktiva), Uradni list EU L 108, 24. april 2002.

** Direktiva 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o spremembi direktiv 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, 2002/19/ES o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezovanju in 2002/20/ES o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (Direktiva 2009/140/ES), Uradni list EU L 337, 18. december 2009.

Tabela 1 – Shematičen prikaz ukrepov in njihova implementacija: pred EZEK

Ukrepi za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture

	Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov (veljavnost: od 12. junija 2014 dalje – v veljavi)	EZEK (veljavnost: od 20. decembra 2018 dalje – v veljavi)	ZEKom-2 (veljavnost: od 10. novembra 2022 dalje – v veljavi)
Dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo		72. člen Dostop do gradbeniške infrastrukture (angl. <i>Access to civil engineering</i>) 73. člen Obveznost dostopa do posebnih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti in njihova uporaba (angl. <i>Obligations of access to, and use of, specific network elements and associated facilities</i>)	152. člen Obveznost dopustitve dostopa do komunikacijskih objektov 153. člen Obveznost dopustitve operaterskega dostopa do določenih omrežnih zmogljivosti in njihove uporabe
Dostop do infrastrukture operaterja ne glede na tržno moč	3. člen Dostop do obstoječe fizične infrastrukture (angl. <i>Access to existing physical infrastructure</i>) 9. člen Dostop do stavbne fizične infrastrukture (angl. <i>Access to in-built physical infrastructure</i>)	Tretji odstavek 61. člena Pooblastila in odgovornosti nacionalnih regulativnih in drugih pristojnih organov v zvezi z dostopom in medomrežnim povezovanjem (angl. <i>Powers and responsibilities of the national regulatory and other competent authorities with regard to access and interconnection</i>)	139. člen Dostop do obstoječe fizične infrastrukture 137. člen Skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture 138. člen Skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah
Skupna uporaba		44. člen Kolokacija in souporaba omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti za ponudnike elektronskih komunikacijskih omrežij (angl. <i>Co-location and sharing of network elements and associated facilities for providers of electronic communications networks</i>)	136. člen Skupna uporaba
Skupna gradnja	5. člen Usklajevanje gradbenih del (angl. <i>Coordination of civil works</i>)		12. člen Skupna gradnja

Tabela 2 – Shematičen prikaz ukrepov in njihova implementacija:
po EZEK

3. UKREPI PO EZEK

Ukrepe za preprečitev podvajanja in optimizacijo infrastrukture sta določali že Okvirna direktiva in Direktiva o dostopu. Kot del obstoječega regulativnega okvira za elektronska komunikacijska omrežja in storitve sta bili zajeti v prenovo področja, ki jo je prinesel EZEK. Čeprav je EZEK novejšega datuma od druge relevantne direktive, tj. Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, je zato, ker so ukrepi po EZEK zaradi vsebine direktiv predhodnic starejši, te smiselno obravnavati najprej.

Institut dostopa je ključen zakonodajni instrument telekomunikacij. V osnovi namreč omogoča, da obvladovanje infrastrukture s strani prvotnih operaterjev ne ovira razvoja konkurenčnega telekomunikacijskega okolja.¹⁷ Vendar pojem dostopa (angl. *access*) že dolgo ni več enoznačen, saj označuje več pravno različnih istoimenskih institutov.

Od obveznosti dostopa, ki je eden možnih ukrepov v okviru regulacije operaterjev s pomembno tržno močjo, je treba razlikovati podobno zveneče institute: (1.) dostop do obstoječe fizične infrastrukture, (2.) dostop do oziroma (po ZEKom-2) skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture in (3.) dostop do oziroma (po ZEKom-2) skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah. Prva dva od navedenih institutov sta bila pravni regulaciji telekomunikacij dodana v okviru nabora ukrepov, namenjenih znižanju stroškov postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti, zato bosta obravnavana v okviru ukrepov po Direktivi o ukrepih za znižanje stroškov (glej 4. razdelek). Tudi če torej odštejemo ta dva dostopa po Direktivi o ukrepih za znižanje stroškov, EZEK sam pozna dve pravno različni vrsti dostopa: dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo (72. in 73. člen EZEK) in dostop do napeljav, kablov ter pripadajočih zmogljivosti znotraj stavb ali do prve koncentracijske ali razdelilne točke (61. člen EZEK).

Po EZEK ima izraz »dostop« več pomenov, zato je treba natančno opredeliti, kako se ta izraz uporablja.¹⁸ ZEKom-2, ki v enem aktu ureja vse

¹⁷ Evropska komisija, Obvestilo o uporabi pravil konkurence pri sporazumih o dostopu v telekomunikacijskem sektorju: Okvir, upoštevni trgi in načela, Uradni list EU C 265, 22. avgust 1998, točka 90.

¹⁸ Tako 142. uvodna izjava EZEK. Glej opredelitev »dostopa« v 27. točki 2. člena

oblike dostopa, ki jih določata navedeni direktivi, govori o operaterskem dostopu.¹⁹ Pojem operaterskega dostopa je seveda širši od ukrepov za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture, poimenovanih z izrazom »dostop«, ki se po naravi stvari nanašajo zgolj na dostop do fizične infrastrukture. Operaterski dostop namreč pomeni zagotovitev razpoložljivosti infrastrukture in omrežij z vsemi pripadajočimi elementi ali storitev drugemu operaterju pod določenimi pogoji, bodisi na izključni ali neizključni podlagi, za zagotavljanje elektronskih komunikacijskih storitev, tudi kadar se uporabljajo za zagotavljanje storitev informacijske družbe ali storitev radiodifuzijskih vsebin. Med drugim zajema tudi dostop do omrežnih elementov in pripadajočih naprav, ki lahko vključuje tudi priključitev opreme s fiksnimi ali nefiksnimi sredstvi (zlasti dostop do krajevne zanke ter naprav in storitev, ki so potrebne za zagotavljanje storitev prek krajevne zanke) ter dostop do fizične infrastrukture.²⁰

Poleg dveh vrst dostopa EZEK ureja tudi skupno uporabo,²¹ natančneje souporabo omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti (44. člen EZEK). Čeprav ima lahko tudi pojem »skupne uporabe« oziroma »souporabe« več pomenov²² in bi bilo dobrodošlo natančno opredeliti, kako se ta izraz uporablja, EZEK pojma ne opredeljuje.

3.1. Dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo (152. in 153. člen ZEKom-2)

Za zagotovitev dostopa in učinkovite konkurence v sektorju elektronskih komunikacij je EU v grobem uporabila dva že omenjena načina regulacije:

EZEK. Prim. točko a 2. člena Direktive o dostopu.

¹⁹ Prim. 27. točko 2. člena EZEK in 52. točko 3. člena ZEKom-2. Prim. tudi 52. točko 3. člena ZEKom-2 in točko a 2. člena Direktive o dostopu.

²⁰ Glej celotno 52. točko 3. člena ZEKom-2.

²¹ Evropski zakonodajalec v EZEK (glede ukrepov za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture) uporablja pojem souporabe (angl. *sharing*). Da bi se izognili dodatni terminološki zmedbi, sta v okviru tega razdelka izraza souporaba oziroma skupna uporaba uporabljani kot sopomenki.

²² Izraz souporaba se uporablja tudi v smislu souporabe radiofrekvenčnega spektra in s tem v zvezi pride tudi do souporabe pasivne ali aktivne infrastrukture, ki temelji na radiofrekvenčnem spektru (glej 26. točko 2. člena EZEK in 76. točko 3. člena ZEKom-2), kar pa je spet drug institut.

konkurenčno pravo in sektorsko regulacijo. Teorija opozarja, da je skozi razvoj prišlo do njune medsebojne konvergence.²³ To je še zlasti vidno na primeru instituta dostopa do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo, imenovanega tudi »enosmerni dostop«.²⁴ Natančneje institut dostopa do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo po ZEKom-2 zajema dva ukrepa, ki ju lahko regulativni organ naloži takemu operaterju: obveznost dopustitve dostopa do komunikacijskih objektov (152. člen ZEKom-2) in obveznost dopustitve operaterskega dostopa do določenih omrežnih zmogljivosti in njihove uporabe (153. člen ZEKom-2).

Obvladovanje obstoječega komunikacijskega omrežja je lahko močno orodje, s katerim obstoječi operater omejuje vstop na trg novim, konkurenčnim ponudnikom storitev in tako omejuje konkurenco na trgu. Posledično je bil dostop ključno vprašanje za regulatorje že od vsega začetka procesa liberalizacije telekomunikacijskega trga.²⁵ Bistveno pri tej vrsti dostopa do infrastrukture je, da gre za enega od predhodnih popravniških ukrepov, ki se lahko naložijo podjetjem, ki so določena kot podjetja s pomembno tržno močjo.²⁶ Zanje je značilen izhodiščni monopolni položaj, ki ga ukoreninja prav obstoječa infrastruktura, stroški vzpostavitve vzporedne infrastrukture pa pomenijo vstopno oviro potencialnim konkurentom. Tudi v prenovljenem EZEK je poudarjeno, da so, kadar gradbeniška infrastruktura obstaja in jo je mogoče vnovič uporabiti, pozitivni učinki doseganja učinkovitega dostopa do nje pri postavitvi konkurenčne infrastrukture zelo visoki. Zato se dostop do take infrastrukture lahko uporabi kot samostojen popravni ukrep za izboljšanje konkurenčne dinamike in dinamike postavitve na vseh trgih na koncu prodajne verige.²⁷ Predmetni ukrep je v pristojnosti Agencije za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (Agencija oziroma AKOS).

²³ Več v: A. de Stree, strani 330 in nasl. Tako tudi: T. Muha, stran 39.

²⁴ M. Canoy, P. de Bijl in R. Kemp (stran 136) razlikujejo med »enostranskim« in »dvostranskim« dostopom (angl. *one-way access* in *two-way access*). Za tako imenovani enosmerni dostop je značilno vertikalno integrirano obstoječe podjetje, pri čemer gre običajno za nekdanjega državnega monopolista s krajevnim dostopnim omrežjem.

²⁵ Prav tam, stran 135.

²⁶ Glej 173. in 187. uvodno izjavo EZEK.

²⁷ Tako 187. uvodna izjava EZEK.

Če torej Agencija na podlagi analize upoštevne trga ugotovi, da predmetni trg ni dovolj konkurenčen, z odločbo določi operaterja ali operaterje s pomembno tržno močjo (prvi odstavek 148. člena ZEKom-2). Z odločbo mora operaterju s pomembno tržno močjo naložiti vsaj eno od obveznosti iz 149. do 154. člena oziroma 156. do 162. člena ZEKom-2, upoštevajoč načelo sorazmernosti (drugi odstavek 148. člena ZEKom-2). Agencija lahko naloži operaterju omrežja, ki je z odločbo prepoznan kot operater s pomembno tržno močjo, obveznost, da ugoti vsem utemeljenim oziroma razumnim zahtevam za dostop do komunikacijskih objektov,²⁸ določenih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti ter njihovo (so)uporabo²⁹ (prvi odstavek 152. člena in prvi odstavek 153. člena ZEKom-2). V tem okviru lahko Agencija od operaterja s pomembno tržno močjo med drugim zahteva, da omogoči operatorski dostop do določenih omrežnih elementov oziroma naprav in njihovo uporabo, vključno z razvezanim dostopom do krajevne zanke in podzanke, omogoči operatorski dostop do določenih aktivnih ali virtualnih omrežnih elementov in storitev ter zagotovi skupno uporabo v skladu s 136. členom ZEKom-2 (drugi odstavek 153. člena ZEKom-2), ki bo obravnavana v nadaljevanju (glej naslednji razdelek). Ob tehtanju sorazmernosti navedenih obveznosti mora Agencija med drugim upoštevati tudi začetno naložbo lastnika zmogljivosti ob upoštevanju vseh javnih naložb in tveganja v zvezi s to naložbo ter potrebo po dolgoročnem varstvu konkurence, zlasti na področju infrastrukture (tretji odstavek 153. člena ZEKom-2).³⁰

Iz zgoraj navedenega je razvidno, da dostop do omrežne infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo ni bil oblikovan z mislijo na ekološko-tehnološke cilje. Evropski zakonodajalec je sicer že v Direktivi o dostopu, ki je bila skupaj z Okvirno direktivo (in nekaterimi drugimi akti) nado-meščena z EZEK, poudaril, da bi lahko razvoj trga elektronskih komunika-

²⁸ Zakon primeroma našteva: stavbe ali dostopi v stavbe, kabli v stavbah, vključno z napeljavami, antene, stolpi in druge podporne konstrukcije, drogovi, stebri, cevni vodi in kanali, revizijski in vstopni jaški ter omarice. Glej prvi odstavek 152. člena ZEKom-2.

²⁹ Prim. prvi odstavek 152. (souporaba) in prvi odstavek 153. člena (uporaba) ZEKom-2.

³⁰ Glej tudi četrti odstavek 153. člena ZEKom-2.

cij s svojo pripadajočo infrastrukturo škodljivo vplival na okolje in krajino.³¹ Vendar EZEK take namene večinoma veže na ukrepe, neodvisne od obveznosti podjetja, ki je določeno kot podjetje s pomembno tržno močjo.³² Kljub temu lahko dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo zaradi njegovih dejanskih posledic prištevamo med ukrepe za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture.

3.2. Skupna uporaba (136. člen ZEKom-2)

Temeljna ideja skupne uporabe je, da souporaba infrastrukture omrežja pripomore k uspešnejši in učinkovitejši uporabi infrastrukture ter zagotavlja hitro postavitvev omrežij, zlasti na manj gosto poseljenih območjih, pri čemer pripomore k zmanjšanju okoljskih obremenitev, ki sicer botrujejo postavitvi komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture.³³ Tako je že Okvirna direktiva v svojih uvodnih izjavah ugotavljala, da je souporaba naprav lahko koristna iz urbanističnih, javnozdravstvenih ali okoljskih razlogov.³⁴ Tudi EZEK poudarja, da lahko izboljšanje souporabe zmogljivosti zniža okoljske stroške postavitve elektronske komunikacijske infrastrukture, služi javnemu zdravju in javni varnosti ter izpolnjuje cilje prostorskega načrtovanja.³⁵

Skupno uporabo kot instrument simetrične regulacije je urejal že 12. člen Okvirne direktive z naslovom »Kolokacija in souporaba naprav«. Njegova korelacija je 44. člen EZEK. V skladu s slednjim lahko pristojni organi odredijo kolokacijo in souporabo omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti, kadar je operater na podlagi nacionalnega prava uveljavil pravico do namestitve zmogljivosti na javnem ali zasebnem zemljišču ali je izkoristil postopek za razlastitev ali uporabo zemljišča. Ob tem direktiva, kot je bilo že omenjeno, izrecno navaja cilje zaščite okolja, javnega zdravja, javne varnosti ter izpolnjevanja ciljev prostorskega načrtovanja.

³¹ 24. uvodna izjava Direktive o dostopu.

³² Glej 105. in 106. uvodno izjavo ter 44. člen EZEK.

³³ 124. uvodna izjava EZEK. Glej tudi Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 136. členu, stran 248.

³⁴ 23. uvodna izjava Okvirne direktive.

³⁵ 105. uvodna izjava EZEK.

ZEKom-1 je skupno uporabo urejal v 91. členu, ZEKom-2 pa jo je preštevilčil v 136. člen. Operater omrežja mora najprej pridobiti pravico do gradnje, postavitve, obratovanja ali vzdrževanja omrežja in pripadajoče infrastrukture na nepremičnini v tuji lasti oziroma mora imeti možnost izkoristiti postopek razlastitve ali ustanovitve služnosti za to nepremičnino oziroma na tej nepremičnini. Tedaj pride v poštev skupna uporaba, ki obsega uporabo lastnine oziroma komunikacijskih objektov, kot so na primer stavbe, vhodi v stavbe in napeljave v njih, drogovi, antene, stolpovi in drugih podobnih konstrukcij, ter tudi cevni vodovi, kanali, vstopnih jaškov in priključnih omaric, vključno s fizično skupno lokacijo (tretji odstavek 136. člena ZEKom-2). Če se tak operater in drug operater, ki je prikrajšan za dostop do »uporabnih alternativ skupni uporabi zaradi varstva okolja, javnega zdravja, javne varnosti ali prostorskih ureditev«, ne uspeeta dogovoriti sama, lahko skupno uporabo odredi Agencija na zahtevo operaterja omrežja ali celo po uradni dolžnosti (drugi in peti odstavek 136. člena ZEKom-2). Agencija lahko pri odreditvi skupne uporabe določi pravila za delitev stroškov skupne uporabe zmogljivosti oziroma nepremičnin (četrti odstavek 136. člena ZEKom-2), pri čemer mora biti odreditev skupne rabe objektivna, pregledna, nediskriminatorna³⁶ in sorazmerna (šesti odstavek 136. člena ZEKom-2).

3.3. Skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah (138. člen ZEKom-2)

Od obveznosti dostopa, ki je eden možnih ukrepov v okviru regulacije operaterjev s pomembno tržno močjo (glej razdelek 3.1 tega prispevka), pa je treba razlikovati dostop, ki bremeni subjekte ne glede na njihovo tržno moč ali celo subjekte brez nje (tj. subjekte, ki načeloma ne opravljajo gospodarske dejavnosti). Gre za obveznost iz Okvirne direktive, ki pa je bila tej direktivi dodana šele naknadno z zakonodajno reformo leta 2009.³⁷

³⁶ ZEKom-2 v šestem odstavku 136. člena uporabi izraz »nediskriminacijska«. Prim. drugi odstavek 44. člena EZEK. Glej tudi v primeru drugih obravnavanih členov in primerjaj s slovenskimi jezikovnimi različicami ustreznih direktiv.

³⁷ Direktiva 2009/140/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 25. novembra 2009 o spremembi direktiv 2002/21/ES o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve, 2002/19/ES o dostopu do elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajočih naprav ter o njihovem medomrežnem povezo-

Glede na tako dodajanje oziroma širjenje obveznosti je mogoče prepoznati poudarjeno zasledovanje ciljev preprečitve podvajanja in optimizacije uporabe infrastrukture.

Poimenovanje tega instituta je ena od terminoloških nedoslednosti, tokrat evropskega izvora. Člen 12 Okvirne direktive, naslovljen »Kolokacija in souporaba naprav« (angl. *Co-location and facility sharing*), je prvotno urejal zgolj institut souporabe (glej prejšnji razdelek tega prispevka). Ta člen je bil pozneje temeljito spremenjen in preimenovan v »Kolokacijo in souporabo omrežnih elementov in pripadajočih naprav za ponudnike elektronskih komunikacijskih omrežij« (angl. *Co-location and sharing of network elements and associated facilities for providers of electronic communications networks*).³⁸ Med drugim je bil dodan tretji odstavek, ki je skupno uporabo razširil na obveznost souporabe napeljave v stavbah ali do prve koncentracijske oziroma razdelilne točke, če je ta zunaj stavbe. Evropski zakonodajalec je v Okvirni direktivi primarno torej govoril o souporabi, nato pa je ob prenovi v EZEK uporabil pojem dostopa (angl. *access to wiring and cables and associated facilities inside buildings*).³⁹ V skladu s tretjim odstavkom 61 člena EZEK lahko nacionalni regulativni organi na utemeljeno zahtevo naložijo zlasti obveznosti odobritve dostopa do napeljav in kablov ter pripadajočih zmogljivosti znotraj stavb ali do prve koncentracijske oziroma razdelilne točke, kadar je ta točka zunaj stavbe. Tukaj je meja med pojmom souporabe in dostopa močno zabrisana.

Zakonodajalec je v ZEKom-1 navedeno določbo poimenoval »Skupna uporaba napeljav v stavbah« (92. člen ZEKom-1), v ZEKom-2 pa je zgolj ohranil obstoječ naslov (138. člen: »Skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah«). Tudi besedilo člena terminološko ni dosledno.

Slovenski prenos EZEK tako določa, da lahko Agencija operaterju omrežja, ki mu lahko naloži skupno uporabo, na zahtevo drugega operaterja omrežja ali po uradni dolžnosti naloži obveznosti skupne uporabe napeljave, kablov

vanju in 2002/20/ES o odobritvi elektronskih komunikacijskih omrežij in storitev (Direktiva 2009/140/ES), Uradni list EU L 337, 18. december 2009.

³⁸ Glej 12. člen Okvirne direktive, kot je bila spremenjena z Direktivo 2009/140/ES. Glej opombo 37.

³⁹ Glej tretji odstavek 61. člena EZEK.

in pripadajočih zmogljivosti v stavbah ali do prve razdelilne točke, če je ta zunaj stavbe. Pogoj za naložitev te obveznosti je, da bi bilo podvajanje te infrastrukture gospodarsko neučinkovito ali fizično neizvedljivo. Pri tem lahko Agencija določi pravila o dostopu do takih omrežnih elementov in pripadajočih zmogljivosti ter pripadajočih storitev, pravila o preglednosti in nediskriminaciji ter pravila za delitev stroškov skupne uporabe zmogljivosti oziroma lastnine, ki so prilagojena tveganju investicije (prvi odstavek 138. člena ZEKom-2).

Nadalje je predvidena možnost, da Agencija naloži obveznost preko prve razdelilne točke. Kadar namreč Agencija ugotovi, da taka souporaba ne odpravlja velikih in stalnih gospodarskih ter fizičnih ovir za podvajanje, ki so dovolj vzrok za obstoječe ali nastajajoče omejevanje konkurence na trgu, lahko pod pravičnimi in primernimi pogoji z odločbo razširi obstoječo obveznost. Vendar tu zakonodajalec v ZEKom-2 ne govori več o skupni uporabi, ampak skupno uporabo napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti dosledno imenuje dostop. Agencija lahko torej obveznost dostopa razširi prek prve razdelilne točke na točko, ki je čim bližje končnim uporabnikom in lahko omogoča zadostno število povezav do končnih uporabnikov, da je tržno donosna za prosilce za dostop, ki so pri svojem delovanju učinkoviti. Ob tem mora Agencija kar najbolj upoštevati smernice BEREC. Agencija lahko naloži obveznost aktivnega ali virtualnega dostopa, če je to treba zaradi ekonomskih ali tehničnih razlogov (drugi odstavek 138. člena ZEKom-2). Od tako razširjene obveznosti skupne uporabe oziroma dostopa zakon določa nekatere izjeme, v katerih Agencija ne naloži obveznosti preko prve razdelilne točke (tretji, četrti in peti odstavek 138. člena ZEKom-2).

Dostop do oziroma skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah pa ne bremeni zgolj operaterjev. Lastnik stavbe⁴⁰ mora, kadar je hkrati tudi lastnik napeljave (ko torej lastnik napeljave ni operater), pod pravičnimi, primernimi in nediskriminatornimi pogoji dovoliti – tokrat spet – skupno uporabo te napeljave drugim fizičnim ali pravnim osebam, ki zagotavljajo elektronska komunikacijska omrežja (šesti odstavek 138. člena ZEKom-2). Deležniki iz prakse – sicer v zvezi s skupno uporabo

⁴⁰ EZEK ne govori o lastnikih stavb, ampak samo omogoča, da se dostop naloži tudi vsakemu lastniku napeljav in kablov ter pripadajočih zmogljivosti, tudi če ni operater. Prim. tretji odstavek 61. člen EZEK in šesti odstavek 138. člena ZEKom-2.

po ZEKom-1 – opozarjajo, da zakonskih določil v razmerjih s tretjimi ni preprosto izvajati v praksi.⁴¹

4. UKREPI PO DIREKTIVI O UKREPIH ZA ZNIŽANJE STROŠKOV

V skladu s cilji digitalne prihodnosti Evrope in prepoznano glavno oviro postavitve fizične infrastrukture elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti je bila leta 2014 sprejeta Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov. Direktiva želi olajšati in spodbuditi postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti in omogočati učinkovitejšo postavitve nove fizične infrastrukture, vse z namenom znižanja stroškov postavitve takih omrežij.⁴² Med njenimi glavnimi stebri sta dostop do obstoječe fizične infrastrukture⁴³ in usklajevanje gradbenih del. Tako je Direktiva predstavila tri nove ukrepe, ki hkrati služijo tudi preprečitvi podvajanja in optimizaciji obstoječe infrastrukture: dostop do obstoječe fizične infrastrukture (3. člen), usklajevanje gradbenih del (5. člen) in dostop do stavbne fizične infrastrukture (9. člen).

Žal Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov ne opredeljuje pojma dostopa ne skupne uporabe.⁴⁴ K razmejevanju med instituti ne pripomore niti dejstvo, da slovenska jezikovna različica Direktive v uvodnih izjavah napove spodbujanje skupne uporabe obstoječe fizične infrastrukture,⁴⁵ nato pa ureja institut dostopa do obstoječe oziroma stavbne fizične infrastrukture.

⁴¹ Telekom Slovenije, stran 1.

⁴² 1. člen Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁴³ Slovenska jezikovna različica Direktive o ukrepih za znižanje stroškov v členu, ki zajema predmet urejanja (1. člen Direktive o ukrepih za znižanje stroškov), uporablja pojem skupne uporabe (angl. *joint use*), kar lahko povzroča dodatno terminološko zmedo zaradi slovenjene skupne uporabe oziroma souporabe po EZEK. Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov namreč v nadaljnjih členih vsebinsko ureja ukrep dostopa (angl. *access*).

⁴⁴ Pri tem Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov instituta skupne uporabe oziroma souporabe sploh ne ureja.

⁴⁵ Angleška jezikovna različica, ki uporabi pojem »*joint use*« v 1. členu Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, ne pridaja k terminološki zmedi.

4.1. Skupna gradnja (12. člen ZEKom-2)

V primeru postavitve nove infrastrukture se lahko prepreči podvajanje in predvidi njena optimizacija že v fazi izgradnje. Temu služi institut skupne gradnje, ki ga ZEKom-2 ureja v 12. členu. Gre za prenos določbe 5. člena Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, naslovljene »Usklajevanje gradbenih del«.

Ob zavedanju, da digitalna vključenost prinaša znatne družbene koristi,⁴⁶ pri čemer so za postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij potrebne precejšnje naložbe,⁴⁷ je bil institut skupne gradnje v telekomunikacijski regulatorni okvir dodan šele v okviru določb, namenjenih znižanju stroškov za postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti. Gre za precejšen premik v normativnih zahtevah: od subjektov se ne zahteva zgolj sodelovanje pri izrabi obstoječe infrastrukture, ampak medsebojno sodelovanje v primeru investicijskih idej enega od njih.

Bistvo ukrepa skupne gradnje je sklepanje dogovorov o usklajevanju gradbenih del zaradi postavitve elementov elektronskih komunikacijskih omrežij med infrastrukturnimi operaterji in operaterji omrežij (prvi odstavek 12. člena ZEKom-2), in sicer »z namenom, da se prepreči podvajanje del in posegov v prostor ter zmanjšujejo z njimi povezani stroški, saj si soinvestitorja stroške gradnje delita, kar na koncu znižuje tudi stroške za uporabo storitev za končne uporabnike«.⁴⁸ Zaradi preglednosti v zvezi z načrtovanimi gradbenimi deli morajo infrastrukturni operaterji in drugi investitorji v javna komunikacijska omrežja ter investitorji v druge vrste gospodarsko javno infrastrukturo, ki niso hkrati infrastrukturni operaterji, Agenciji v zakonsko določenih rokih sporočiti namero o načrtovani gradnji in svoj poziv zainteresiranim investitorjem, da lahko izrazijo interes za vključitev elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture v načrtovanje oziroma za skupno gradnjo. Agencija na svojih spletnih straneh nato javno objavi sporočilo investitorja o začetku projektiranja ali izvajanja del

⁴⁶ 33. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁴⁷ 7. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁴⁸ Tako sodba Upravnega sodišča RS I U 1849/2020-30 z dne 29. novembra 2022, točka 32, sicer glede skupne gradnje po 10. členu ZEKom-1. Glej tudi 24. in 25. uvodno izjavo Direktive o ukrepih za znižanje stroškov ter Vlada Republika Slovenije 2012, obrazložitev k 10. členu, stran 196.

z ustreznimi pozivi zainteresiranim soinvestitorjem (prvi in drugi odstavek 11. člena ZEKom-2).⁴⁹ Ob tem je pomembno, da ne gre primarno nujno za investicije v telekomunikacijsko infrastrukturo, ampak pridejo v poštev tudi investicije v druge vrste javne infrastrukture, kot so prometna, energetska, komunalna in vodna infrastruktura. Investitorji v druge vrste gospodarske javne infrastrukture morajo namreč svoja omrežja načrtovati in graditi tako, da se v skladu s tehničnimi zmožnostmi hkrati z njimi lahko gradi elektronsko komunikacijsko omrežje in pripadajoča infrastruktura (četrti odstavek 12. člena ZEKom-2).⁵⁰

Soinvestitorji interes za skupno gradnjo izkažejo tako, da investitorju podajo izkaz interesa, ki v skladu z 12. členom ZEKom-1 in Splošnim aktom o preglednosti v zvezi z načrtovanimi gradbenimi deli in o skupni gradnji gospodarske javne infrastrukture (Splošni akt o načrtovani gradnji)⁵¹ vsebuje navedbo tehničnih in drugih pogojev izvedbe skupne gradnje ter predlog delitve stroškov. Infrastrukturni operater mora zainteresiranim soinvestitorjem v zakonsko določenih rokih ponuditi sklenitev ustrezne pogodbe, ki upošteva sorazmerni del načrtovane investicije. Če se investitor in zainteresirani investitor sama ne moreta dogovoriti o vsebini pogodbe, o zadevi na zahtevo enega od njiju odloči Agencija in po potrebi določi pogoje skupne gradnje. Njena odločitev mora biti objektivna, pregledna, nediskriminatorna in sorazmerna (drugi odstavek 12. člena ZEKom-2).

V primeru sklenjenega dogovora o usklajevanju gradbenih del in realizacije skupne gradnje ZEKom-2 – v nasprotju s svojim predhodnikom – predvideva obvestitev Agencije kot dolžnost zainteresiranega soinvestitorja, ki je prijavil interes za skupno gradnjo. Ob tem obveščanje ni vezano na sklenjeno pogodbo, temveč na dejanski začetek gradnje.⁵² V primeru utemeljenih razlogov lahko investitor zavrne prošnjo zainteresiranega soinvestitorja za dogovor o uskladitvi gradbenih del zaradi postavitve elektronskih komu-

⁴⁹ Leta 2018 je Agencija z namenom čim bolj učinkovitega vodenja objav gradenj in prijav interesa za skupne gradnje vzpostavila Portal infrastrukturnih investicij (AKOS 2020, stran 3). Glej AKOS, Portal infrastrukturnih investicij, <<https://investicije.akos-rs.si/>>.

⁵⁰ Glej Predlog ZEKom-1, obrazložitev k 10. členu, stran 196.

⁵¹ Splošni akt o preglednosti v zvezi z načrtovanimi gradbenimi deli in o skupni gradnji gospodarske javne infrastrukture, Uradni list RS, št. 34/23 in 41/23 – popr.

⁵² Glej Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 12. členu, stran 205.

nikacijskih omrežij. Ti so podani, če bi skupna gradnja povzročila dodatne stroške za prvotno predvidena dela, vključno s stroški, nastali zaradi dodatnih zamud zaradi usklajevanja gradbenih del, če bi skupna gradnja ovirala nadzor investitorja nad usklajevalnimi deli in če je prošnja za usklajevanje del neizvedljiva glede na zakonsko določen časovni okvir (šesti odstavek 12. člena ZEKom-2).

Institut skupne gradnje ne zajema zgolj izvedbe investicij v povsem novo omrežno infrastrukturo. Zakon obveznosti investitorja namreč razširja tudi na vzdrževalna dela v javno korist na določenih komunikacijskih objektih ter na vzdrževalna dela v javno korist, kot so za posamezne druge infrastrukture določena s področnimi predpisi (sedmi odstavek 12. člena ZEKom-2).

V primeru predvidenih del in umanjkanja zainteresiranih soinvestitorjev je zaradi preprečitve podvajanja del in posegov v prostor določena dodatna varovalka. Zakon namreč določa obveznost položitve dovolj zmogljive proste kableske kanalizacije, kadar se gradnja komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture financira iz javnih sredstev, če glede na podatke iz evidence na predvidenem območju gradnje še ni take kableske kanalizacije in če investitor ne pridobi soinvestitorja. Tako zgrajena kableska kanalizacija je pod enakimi pogoji na voljo vsem fizičnim ali pravnim osebam, ki zagotavljajo elektronska komunikacijska omrežja in pripadajočo infrastrukturo. Kaj šteje za dovolj zmogljivo prazno kablesko kanalizacijo, je opredeljeno v Splošnem aktu o načrtovani gradnji.⁵³ Obveznost položitve dovolj zmogljive proste kableske kanalizacije pa ne velja v primeru gradnje z javnimi sredstvi za gradnjo širokopasovnega omrežja. Čeprav v tem primeru na relevantnih območjih še ni zgrajenih ustreznih širokopasovnih komunikacijskih omrežij, bo po izgradnji teh omrežij omogočen tako priklop vseh zainteresiranih uporabnikov kot tudi dostop vseh operaterjev do tega omrežja.⁵⁴ Agencija je s Splošnim aktom o načrtovani gradnji določila še druge izjeme za primere, ko naložitev obveznosti položitve prazne kabel-

⁵³ Glej 11. člen Splošnega akta o preglednosti v zvezi z načrtovanimi gradbenimi deli in o skupni gradnji gospodarske javne infrastrukture. Ne glede na to lahko državni organ ali organ samoupravne lokalne skupnosti, ki podeljuje javna sredstva za gradnjo širokopasovnega omrežja, v javnem razpisu določi drugačne zahteve (deveti odstavek 12. člena ZEKom-2).

⁵⁴ Glej Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 12. členu, stran 205.

ske kanalizacije ne bi bila sorazmerna glede na predvidene koristi od njene položitve (osmi odstavek 12. člena ZEKom-2).⁵⁵

S takim usklajevanjem gradbenih del in preventivnim polaganjem prazne kabelske kanalizacije institut skupne gradnje bistveno pripomore k preprečitvi podvajanja, optimizaciji infrastrukture ter zniževanju stroškov. Ob tem pa je poudarjena vloga Agencije za zagotavljanje preglednosti načrtovanih gradbenih del in s tem povezano spremljanje infrastrukturnih projektov.⁵⁶

4.2. Dostop do obstoječe fizične infrastrukture (139. člen ZEKom-2)

Zaradi pospešitve postavitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih hitrosti na notranjem trgu je Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov vpe-ljala institut dostopa do fizične infrastrukture.⁵⁷ Gre za drugovrsten institut od »primarnega« dostopa (glej razdelek 3.1 tega prispevka), ki zavezuje operaterje ne glede na to, ali gre za podjetje s pomembno tržno močjo. Direktiva namreč opozarja, da je za operaterje elektronskih komunikacijskih omrežij, zlasti nove operaterje, lahko učinkoviteje, če pri postavitvi elektronskih komunikacijskih omrežij uporabijo obstoječo fizično infrastrukturo. Pri tem dostop ne predvideva uporabe zgolj obstoječe telekomunikacijske infrastrukture, ampak tudi infrastrukture drugih komunalnih sektorjev, zlasti na območjih, na katerih ni na voljo ustreznega elektronskega komunikacijskega omrežja ali kjer postavitev nove fizične infrastrukture gospodarsko ni izvedljiva. Poudarjen je potencial sinergije med sektorji, ki lahko znatno zmanjšajo potrebo po gradbenih delih za postavitev elektronskih komunikacijskih omrežij in s tem tudi socialne ter okoljske stroške, povezane z njimi (na primer onesnaževanje, motenje in prometni zastoji).⁵⁸ Zato so zavezanci takega dostopa vsi infrastrukturni operaterji (tj. poleg

⁵⁵ Glej 12. člen Splošnega akta o preglednosti v zvezi z načrtovanimi gradbenimi deli in o skupni gradnji gospodarske javne infrastrukture.

⁵⁶ Statistika namer gradnje in izkazov interesa skupne gradnje je dostopna na Portalu infrastrukturnih investicij. Glej AKOS, Portal infrastrukturnih investicij, <<https://investicije.akos-rs.si/statistika>>.

⁵⁷ 14. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁵⁸ 13. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

operaterjev javnih komunikacijskih omrežij tudi operaterji druge vrste gospodarske javne infrastrukture⁵⁹).⁶⁰

ZEKom-2 dostop do obstoječe fizične infrastrukture ureja v 139. členu, njegovo vsebino pa podrobneje opredeljuje Splošni akt o dostopu do obstoječe fizične infrastrukture (Splošni akt o dostopu).⁶¹ Operater omrežja lahko zaradi postavitve elementov elektronskih komunikacijskih omrežij infrastrukturnega operaterja zaprosi za dostop do njegove fizične infrastrukture, pri čemer mora v svoji prošnji opredeliti elemente fizične infrastrukture, do katerih zaproša za dostop, vključno s točno določenim časovnim okvirjem (tretji odstavek 139. člena ZEKom-2). Splošni akt o dostopu določa minimalne sestavine prošnje za dostop.⁶² Infrastrukturni operater v primeru tovrstne prošnje operaterja omrežja pripravi ponudbo za skupno uporabo zmogljivosti pod poštenimi in razumnimi pogoji (četrti odstavek 139. člena ZEKom-2), razen če dostopa ne zavrne zaradi objektivnih razlogov.⁶³ Mednje štejejo tehnične neprimernosti zaradi posebnih okoliščin v zvezi z infrastrukturo, do katere je bil zaprosen dostop (mehanske, fizične ali pravne omejitve in obremenitve), pomanjkanje ustreznega prostora, načrti infrastrukturnega operaterja, da se prostor uporabi za druge namene, ogrožanje varnosti ali javnega zdravja, ogrožanja varnosti omrežij, zlasti kritične infrastrukture, resne motnje izvajanja drugih storitev prek iste fizične infrastrukture in razpoložljivost izvedljivih alternativnih načinov za veleprodajni dostop do fizične omrežne infrastrukture (peti odstavek 139. člena ZEKom-2).⁶⁴ Če objektivni razlogi za odklonitev dostopa niso podani, mora infrastrukturni operater proste zmogljivosti ponuditi vsem prosilcem pod nediskriminatornimi pogoji, pri čemer kot enak pogoj velja tudi cena dostopa (tretji odstavek 4. člena Splošnega akta o dostopu).

V primeru zavrnitve dostopa ali če dogovor o pogojih dostopa ni dosežen v dveh mesecih od prejema prošnje za dostop, o sporu na zahtevo ene od

⁵⁹ Na primer obstoječih kabljskih cevovodov, zgrajenih za potrebe upravljavcev prometne infrastrukture (železnice, ceste, žičnice).

⁶⁰ Glej 139. člen v zvezi s 17. točko 3. člena ZEKom-2.

⁶¹ Uradni list RS, št. 42/23.

⁶² Glej 3. člen Splošnega akta o dostopu do obstoječe fizične infrastrukture.

⁶³ 18. člen uvodne izjave Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁶⁴ Glej 5. do 10. člen Splošnega akta o dostopu do obstoječe fizične infrastrukture.

strank odloči Agencija. Hkrati določi takšno ceno dostopa, da ima ponudnik dostopa razumne možnosti za pokritje svojih stroškov, pri čemer mora biti upoštevan tudi učinek zadevnega dostopa na njegov poslovni načrt, vključno z investicijami (sedmi odstavek 139. člena ZEKom-2).⁶⁵

4.3. Skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture (137. člen ZEKom-2)

V skladu s cilji Digitalne agende, da se infrastruktura poskuša zgraditi čim bližje končnim uporabnikom,⁶⁶ je Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov vpeljala tudi pojem stavbne fizične infrastrukture⁶⁷ in institut dostopa do nje. Njen namen je olajšanje namestitve elektronskih komunikacijskih omrežij visokih zmogljivosti vse do končnega uporabnika ob zagotavljanju tehnološke nevtralnosti. Namestitev malih instalacijskih kanalov med gradnjo stavbe pretirano ne zviša stroškov, naknadna vgradnja fizične infrastrukture visokih hitrosti v stavbe pa lahko pomeni znaten del stroškov postavitve omrežja.⁶⁸ Zato je uvedena zahteva, da so nekatere nove stavbe oziroma stavbe, kjer se izvajajo velika prenovitvena dela, opremljene s stavbno fizično infrastrukturo (torej zlasti instalacijskimi kanali in omaricami), ki omogoča priključitev končnih uporabnikov na omrežja visokih hitrosti oziroma točko dostopa, prek katere bi imel ponudnik dostop do stavbne infrastrukture.⁶⁹

Tudi v zvezi s stavbno fizično infrastrukturo in dostopom do nje je ob prenosu v slovenski pravni red prišlo do preimenovanja. Že novela ZEKom-1C⁷⁰ je ob prenosu (večjega dela) določbe 9. člena Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, naslovljene »Dostop do stavbne fizične infrastrukture«

⁶⁵ Glede določanja cene za dostop glej tudi 19. uvodno izjavo Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁶⁶ 29. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁶⁷ Glej opredelitev »stavbne fizične infrastrukture« v 7. točki 2. člena Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, v 78. točki 3. člena ZEKom-2 in 60.a točki 3. člena ZEKom-1. Glej tudi 8. člen Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁶⁸ 29. uvodna izjava Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁶⁹ Prav tam in 8. člen Direktive o ukrepih za znižanje stroškov ter sedmi odstavek 10. člena ZEKom-2.

⁷⁰ Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1C), Uradni list RS, št. 40/17.

(angl. *access to in-building physical infrastructure*), vsebinsko ustrezen 91.a člen preimenovala v »Skupno uporabo stavbne fizične infrastrukture«. ⁷¹ To zavajajoče poimenovanje ohranja tudi 137. člen ZEKom-2. ⁷² Kljub temu besedilo člena pravilno uporablja izraz dostop.

Operater omrežja ima pravico dostopa do stavbne fizične infrastrukture zaradi postavitve elektronskega komunikacijskega omrežja, če bi bilo podvajanje te infrastrukture gospodarsko neučinkovito ali tehnično neizvedljivo (prvi odstavek 137. člena ZEKom-2). S tem se zasleduje znatno cenejša priključitev novih uporabnikov brez nepotrebnih posegov v stavbo. ⁷³ Zavezanci v tem primeru so imetniki pravice do uporabe razdelilne točke in stavbne fizične infrastrukture, ki morajo ugoditi vsem upravičenim prošnjam glede dostopa do razdelilne točke in stavbne fizične infrastrukture (drugi odstavek 137. člena ZEKom-2). Ob tem je pomembno, da se pojem »imetnika pravice do uporabe razdelilne točke in stavbne fizične infrastrukture« večinoma ne nanaša na operaterje omrežij (razen v primeru starejših stavb, kjer je bil operater omrežja investitor in nato lastnik stavbne fizične infrastrukture), temveč na lastnika same stavbe. ⁷⁴ Zato je problematično nejasno lastništvo obstoječe stavbne fizične infrastrukture v stavbah, grajenih pred (zdaj) predzadnjo zakonsko naložitvijo obveznosti gradnje stavbne infrastrukture za investitorje. ⁷⁵ Dogovor v zvezi z dostopom do razdelilne točke in stavbne fizične infrastrukture mora biti dosežen pod poštenimi in nediskriminatornimi pogoji, vključno s ceno ⁷⁶ (drugi odstavek 137. člena ZEKom-2).

⁷¹ Predlog ZEKom-1C, obrazložitev k 27. členu, stran 76: »Predlog tega zakona na tem mestu dodaja nov 91.a člen (skupna uporaba fizične infrastrukture), ki prenaša določbe 9. člena Direktive 2014/61/EU (Dostop do stavbne fizične infrastrukture)«.

⁷² Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 137. členu, stran 248: »Predlog člena ohranja vsebino 91. člen[a] ZEKom-1, ki je prenesel določbe 9. člena Direktive 2014/61/EU o dostopu do stavbne fizične infrastrukture, razen prvega in šestega odstavka omenjenega člena direktive, ki sta prenesena na drugem mestu.«

⁷³ Tako prav tam.

⁷⁴ Tako prav tam.

⁷⁵ A1 Slovenija, stran 16.

⁷⁶ Obrazložitev predloga člena na tem mestu pojasnjuje, da lahko določitev nediskriminatornih pogojev vključuje tudi to, da je lastnik stavbe lahko upravičen do povračila morebitnih dejanskih stroškov, ki mu nastanejo z dostopom do stavbne fizične infrastrukture. Glej Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 137. členu, stran 248.

Zavezanec lahko zavrne tak dostop, če je pasivna komunikacijska infrastruktura (univerzalno ožičenje v stavbi, ki omogoča visoke hitrosti, ki razdelilno točko povezuje z omrežnimi priključnimi točkami) že na voljo pod poštenimi in nediskriminatornimi pogoji (tretji odstavek 137. člena ZEKom-2) ali če je v konkretnem primeru že naložena obveznost skupne uporabe v skladu s 138. členom predmetnega zakona (četrti odstavek 137. člena ZEKom-2).⁷⁷ Če stranki v dveh mesecih ne dosežeta dogovora, o zadevi odloči Agencija (peti odstavek 137. člena ZEKom-2). Kadar stavbna fizična infrastruktura, primerna za visoke hitrosti, ni na voljo, ima vsak ponudnik javnega komunikacijskega omrežja pravico, da svoje omrežje v dogovoru z naročnikom zaključi v njegovih prostorih, pod pogojem, da čim bolj zmanjša učinke na zasebno lastnino tretjih oseb (šesti odstavek 137. člena ZEKom-2).

5. SKLEPNO

Očitno je, da regulativni okvir telekomunikacij pridobiva nove razsežnosti. Med obravnavanimi ukrepi preprečitve podvajanja in optimizacije uporabe infrastrukture sta (vsaj teoretično) razmeroma jasna instituta dostopa do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo, ki je eden možnih ukrepov zoper operaterja s pomembno tržno močjo, in skupne gradnje, ki vnaša zahtevo po sodelovanju investitorja z zainteresiranimi soinvestitorji. Nasprotno pa so različne oblike institutov dostopa oziroma skupne uporabe bolj problematične: pojma dostopa in skupne uporabe sta si lahko po sami naravi in regulacijskem dometu zelo blizu. Najustreznejše je slediti delitvi na ukrepe, ki so rezultat prenosa EZEK, in ukrepe, ki prenašajo določbe Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, kot je tudi oblikovano predmetno poglavje. Skupna uporaba oziroma souporaba je enoten institut, ki ga ureja zgolj EZEK. Ta poleg skupne uporabe ureja še dva različna instituta dostopa: dostop do infrastrukture operaterja s pomembno tržno močjo in dostop do (oziroma po ZEKom-2) skupna uporaba napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti v stavbah. Nadalje Direktiva o ukrepih za

⁷⁷ Četrti odstavek 1. člena Direktive o ukrepih za znižanje stroškov namreč določa, da se v primeru nasprotij med določbami te direktive in določbami Okvirne direktive in Direktive o dostopu upoštevajo ustrezne določbe slednjih.

znižanje stroškov ureja dve obliki dostopa: dostop do obstoječe fizične infrastrukture in dostop do (oziroma po ZEKom-2) skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture. Teoretično dosledno bi bilo treba verjetno govoriti o treh različnih institutih dostopa (dostop po EZEK, ki je vezan na operaterja s pomembno tržno močjo; dostop po EZEK, ki ni vezan na operaterja s pomembno tržno močjo, in dostop po Direktivi o ukrepih za znižanje stroškov, ki ga navedena direktiva predvideva v dveh oblikah) in enotnem institutu skupne uporabe (skupna uporaba oziroma souporaba po EZEK), ne glede na poimenovanje členov v ZEKom-2. Kljub temu ponekod ni mogoče začrtati jasnih razmejitev.

Poleg razmejitve pa je pomembno tudi vprašanje medsebojnega odnosa navedenih institutov. Direktiva o ukrepih za znižanje stroškov glede odnosa do Okvirne direktive in Direktive o dostopu navaja, da sama ne bi smela posegati v regulativni okvir za elektronske komunikacije iz navedenih direktiv, vključno z nacionalnimi ukrepi, sprejetimi v skladu z navedenim regulativnim okvirom, kot so na primer specifični simetrični ali asimetrični ukrepi, na podlagi načela *lex specialis*.⁷⁸ Kljub temu je jasno, da se lahko nekateri instituti uporabljajo vzporedno.⁷⁹ EZEK opozarja, da morajo biti vsakršne obveznosti, ki jih naloži nacionalni regulativni organ na podlagi te direktive, in odločitve, ki jih na podlagi Direktive o ukrepih za znižanje stroškov sprejmejo drugi pristojni organi za zagotovitev dostopa do fizične infrastrukture v stavbah ali do fizične infrastrukture do točke dostopa, usklajene.⁸⁰

Obveznost optimizacije uporabe zgrajene infrastrukture s pomočjo konkurentov subjekta, ki je v infrastrukturo vložil, je na prvi pogled kontradiktorna logiki konkurenčne prednosti in navsezadnje zasebne lastnine. Čeprav med spodbudami za vlaganje v izgradnjo infrastrukture in obveznostjo dostopa lahko obstaja določena negativna korelacija,⁸¹ se tukaj za-

⁷⁸ 12. uvodna izjava in četrti odstavek 1. člena Direktive o ukrepih za znižanje stroškov.

⁷⁹ Glej Predlog ZEKom-2, obrazložitev k 136. členu, stran 248.

⁸⁰ 152. uvodna izjava EZEK.

⁸¹ L. Waverman in drugi, stran 41 in nasl. Glej tudi 17. uvodno izjavo Direktive o ukrepih za znižanje stroškov, ki opozarja, da ima lahko dostop do osnovne fizične infrastrukture v primerih, ko omrežni operater že zagotavlja veleprodajni dostop do fizične omrežne infrastrukture, ki bi ustrezal potrebam nosilcev za dostop, negativen ekonomski učinek na poslovni model omrežnega operaterja in ga odvraca od naložb,

sebni interesi (sicer proti nadomestilu) umaknejo primarnim ciljem in v zadnjem času dodanim ekološko-tehnološkim ciljem preprečevanja podvajanja in optimizacije uporabe infrastrukture. Obravnavani ukrepi skušajo vzpostaviti krhko ravnotežje med navedenimi interesi in upoštevati širše ekološko-tehnološke cilje, tudi na področju telekomunikacijskega sektorja. Hkrati odzivi operaterjev opozarjajo na številne težave, ki ponazarjajo, da normativne nejasnost teh ukrepov niso edini problem pri njihovem izvajanju v praksi.⁸²

Seznam virov

- AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA OMREŽJA IN STORITVE REPUBLIKE SLOVENIJE. *Priporočilo v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture, dokument št. 3827-3/2022/49*. Ljubljana, 2022. <https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/dokumenti/Zakonodaja/Priporocila_agencije/Priporocilo_v_zvezi_s_skupno_uporabo.pdf> (31. 8. 2023).
- AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA OMREŽJA IN STORITVE REPUBLIKE SLOVENIJE. *Analiza skupne gradnje elektronskih komunikacijskih omrežij in druge gospodarske javne infrastrukture v Sloveniji*. Ljubljana, 2020. <https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Analiza_skupne_gradnje.pdf> (17. 8. 2023).
- A1 SLOVENIJA. *Predlogi A1 Slovenija, d.d., k osnutku predloga Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2)*. <<https://www.gov.si/assets/ministrstva/MDP/DID/ZEKOM-2/A1-predlogi.pdf>> (31. 8. 2023).
- CANOY, Marcel, DE BIJL, Paul, KEMP, Ron. Access to telecommunications networks. V: Buigues, P. A., Rey, P. (ur.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications: perspectives for the new European regulatory framework*. Cheltenham; Northampton (MA): E. Elgar, 2004, str. 135–168.
- CAVE, Martin. Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment. *Telecommunications Policy*, 2006, letnik 30, str. 223–237.
- DE STREEL, Alexandre. Antitrust and Sector-Specific regulation of access in the European Union. V: Dewenter, R., Haucap, J. (ur.), *Access Pricing: Theory and Practice*. Burlington: Elsevier, 2007, str. 330–372. <https://www.researchgate.net/publication/274265425_Antitrust_and_Sector-Specific_regulation_of_access_in_the_European_Union> (21. 8. 2023).
- HERCOG, Drago. *Telekomunikacijska omrežja*. Ljubljana: Pasadena, 2013.
- KIRCHNER, Christian. Regulating towards what? The concept of competition in sector-specific regulation, the likelihood of their realization and of their sustainability, and their relationship to rendering public infrastructure services. V:

hkrati pa se poveča verjetnost neučinkovitega podvajanja elementov omrežja.

⁸² Glej na primer A1 Slovenija.

- Ullrich, H. (ur.), *The evolution of European competition law: whose regulation, which competition?* Cheltenham (UK); Northampton (MA, ZDA): Edward Elgar, 2006, str. 241–273.
- MAKAROVIČ, Boštjan. Institut dostopa in medomrežne povezave v ZTel. *Pravna praksa*, 2002, letnik 21, št. 43, str. 20–22.
- MONTI, Mario. Introduction. V: Buigues, P. A., Rey, P. (ur.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications: perspectives for the new European regulatory framework*. Cheltenham; Northampton (MA): E. Elgar, 2004, str. 3–5.
- MUHA, Tanja. Razmerje med sektorsko regulacijo in konkurenčnim pravom pri regulaciji elektronskih komunikacij. *Uprava*, 2008, letnik 6, št. 2, str. 35–53.
- SKUPINA POSLANK IN POSLANCEV. *Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2)*. EPA 16 – IX z dne 13. maja 2022.
- TELEKOM SLOVENIJE. *Pripombe in predlogi Telekom Slovenije na osnutek priporočila v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture – opr. št. 3827-3/2022/42, dokument št. 195104*. Ljubljana, 2022. <https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/Pripombe_na_predlog_Priporocila_-_Telekom_Slovenije.pdf> (31. 8. 2023).
- VLADA REPUBLIKE SLOVENIJE. *Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1C)*. EVA 2016-3130-0038 z dne 13. aprila 2017.
- VLADA REPUBLIKE SLOVENIJE. *Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1)*. EVA 2012-3330-0058 z dne 28. septembra 2012.
- WAVERMAN, Leonard et al. *Access regulation and infrastructure investment in the telecommunications sector: an empirical investigation*. LECG Analysis with support of ETNO. London: LECG, 2007. <<https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=269118253c680cd301df879ebee9556b59f768b1>> (3. 8. 2023).

Matija Damjan
Ana Vlahek

Stvarnopravna opredelitev telekomunikacijskega omrežja

1. UVOD

Telekomunikacijska omrežja, pa tudi druge vrste infrastrukturnih omrežij (na primer električna omrežja, vodovod, plinovodi) v večjem delu potekajo prek nepremičnin v tuji lasti. Telekomunikacijski vodi (na primer telefonski ali optični kabli) so torej napeljeni po zraku nad zemljišči ali vkopani pod zemljišči, ki niso v lasti investitorja oziroma upravljavca. Podobno so omrežni objekti in naprave (na primer bazne postaje za mobilno telefonijo z antenami in tehnološko opremo) tipično postavljeni na tujih zemljiščih ali objektih. Zakon o urejanju prostora (ZUreP-3)¹ zato zaradi olajšanja gradnje javnih infrastrukturnih omrežij v 221. členu določa, da se lastninska pravica na nepremičnini lahko omeji s služnostjo v javno korist, če je to nujno potrebno za gradnjo ali nemoteno delovanje omrežij in z njimi povezanih objektov. Z ustanovitvijo služnosti se uredi razmerje med lastniki zemljišč in upravljavcem omrežja, tako da se ustanovi pravna podlaga, po kateri lahko slednji uporablja svojo infrastrukturo na tujih zemljiščih. To pa še ne rešuje vprašanja lastništva same infrastrukture. Je ta v lasti upravljavca omrežja ali lastnikov zemljišč, po katerih poteka? Služnost namreč ne vzpostavlja izjeme od načela povezanosti zemljišča in objekta (*superficies*

¹ Uradni list RS, št. 199/21, 18/23 – ZDU-10, 78/23 – ZUNPEOVE in 95/23 – ZIUOPZP.

solo cedit) iz 8. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ).² Zato je bistveno, ali omrežje obravnavamo kot nepremičnino ali kot premičnino. S tem je povezano vprašanje, ali je omrežje mogoče obravnavati kot eno stvar, na kateri obstaja enotna lastninska pravica, ali pa gre le za skupek več samostojnih stvari (vodov, horizontalne kabelske kanalizacije in vertikalnih dostopovnih jaškov oziroma drogov, stebrov in baznih postaj ter z njimi povezane tehnološke opreme, nameščene v vozliščih omrežja), na vsaki od katerih obstaja ločena lastninska pravica. To je pomembno zlasti z vidika načina razpolaganja z omrežjem kot celoto, zlasti glede možnosti ustanovitve zastavne pravice na celotnem omrežju.

2. VRSTE STVARI V STVARNEM PRAVU

Pojem in vrste stvari so opredeljeni v II. poglavju SPZ med temeljnimi pojmi stvarnega prava. Stvar je v prvem odstavku 15. člena SPZ definirana kot samostojen telesni predmet, ki ga človek lahko obvladuje. Stvari lahko delimo na nepremičnine in premičnine. Nepremičnina je v 18. členu SPZ opredeljena kot prostorsko odmerjen del zemeljske površine, skupaj z vsemi sestavinami (na primer trajnimi objekti na njej). Vse druge stvari, ki ne ustrezajo tej opredelitvi, so premičnine.

Glede na to, kakšna je struktura stvari, teorija razlikuje med enovitimi in sestavljenimi stvarmi. Stvar je enovita, če gre za enoten kos materije (na primer kamen, kos lesa, plastenko ipd.) ali za množinsko stvar (na primer žito, moko, pesek), sestavljeno stvar pa tvori več sestavnih delov, ki jih SPZ imenuje sestavine.³ V sodobnem življenju prevladujejo sestavljene stvari, na primer stroji, elektronski aparati, avtomobili). SPZ v prvem odstavku 16. člena določa, da je sestavina vse, kar se v skladu s splošnim prepričanjem šteje za del (*pars*) druge stvari, v drugem odstavku pa dodaja, da sestavina ne more biti samostojen predmet stvarnih pravic, dokler se ne loči od glav-

² Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

³ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 63–64; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 77; Finžgar, 1972, str. 37; Sajovic, str. 110. Tu je treba omeniti, da del starejše slovenske teorije izraz sestavina uporablja kot sopomenko za sestavljeno stvar, za današnjo sestavino pa je uporabljal izraz sestavni del. Glej Štempihar, str. 12.

ne stvari (pravilneje: od sestavljene stvari, saj je stvar lahko sestavljena tudi iz enakovrednih stvari, ne le iz glavne stvari in stranske stvari⁴).

2.1. Sestavina

Za presojo, ali gre za sestavino ali ne, je bistven pravni standard splošnega prepričanja, ki je določen zato, ker zakonska določba kot abstraktna norma ne more zajeti vseh mogočih oblik povezanosti sestavin v celoto.⁵ Na podlagi kriterija splošnega prepričanja je treba v vsakem primeru ugotovljati, ali je zveza med različnimi stvarmi taka, da govorimo o sestavljeni stvari ali ne.⁶ Kriterij splošnega prepričanja je po stališču teorije izpolnjen zlasti v dveh primerih: če sta sestavljena stvar in sestavina tako trdno povezani (mehansko, naravno, kemično ipd.), da ju ni mogoče ločiti, ne da bi poškodovali en ali oba predmeta (tako imenovani kriterij trdne povezanosti, na primer v primeru vzdiranja opeke v hišo na zemljišču), ali če se (kljub možnosti ločitve) sestavljena stvar brez sestavine šteje za nepopolno oziroma nedokončano.⁷ Za sestavino lahko torej štejejo tudi del, ki ga je mogoče zlahka odstraniti od sestavljene stvari, vendar je sestavljena stvar brez njega nepopolna,⁸ pri čemer je ključno, ali lahko sestavljena stvar oziroma glavna stvar služi svojemu namenu tudi brez zadevne sestavine.⁹ Sodna praksa kot take sestavine omenja na primer okna, vrata, radiatorje, svetila, vključno z žarnico za sestavo svetlobnega telesa,¹⁰ tudi bioplini motor za sestavino bioplinarne, saj ta brez motorja ne deluje, ni kompletna, ne služi več svojemu namenu, pri čemer samo dejstvo, da je motor mogoče brez poškodb

⁴ Enako Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 77; Tratnik, str. 65.

⁵ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 64; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 78.

⁶ Prav tam.

⁷ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 64; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 78.

⁸ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 65.

⁹ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 79; Tratnik, str. 66, kjer so primeroma navedeni kolo kot sestavina avtomobila, žarnica kot sestavina svetlobnega telesa in vrata kot sestavina nepremičnine.

¹⁰ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 329/2021 z dne 10. oktobra 2012.

ločiti od objekta, ni odločilno, temveč je ključna »soodvisnost« stvari, ki utemeljuje organsko povezanost med obema.¹¹

Poseben standard splošnega prepričanja pa je določen z načelom povezanosti zemljišča objekta iz 8. člena SPZ, kjer že zakon (ne glede na presojo po zgornjih kriterijih) določa, da je vse, kar je po namenu trajno spojeno ali je trajno na nepremičnini, nad ali pod njo, sestavina nepremičnine, razen če zakon določa drugače.¹²

Omeniti je treba še, da teorija in tudi SPZ sestavin ne ločuje več na bistvene in nebistvene (nem. *wesentliche Bestandteile* in *unwesentliche Bestandteile*), kot je po vzoru na nemško ureditev veljalo v starejši teoriji,¹³ in tudi ne na tako imenovane samostojne in nesamostojne (včasih poimenovane tudi oddeljive in neoddeljive), kot velja v avstrijski in nekaterih na njej temelječih drugih ureditvah (nem. *selbständige Bestandteile* in *unselbständige Bestandteile*).¹⁴ Navedeno kaže, da je treba biti pri sklicevanju na institute iz primerjalnega prava pozoren, saj morda ne ustrezajo (več) aktualnemu razumevanju enakoimenskih institutov pri nas.

Če sestavljena stvar nastane iz glavne in stranske stvari, stranske stvari postanejo sestavine glavne stvari (tako imenovani prirast). Če pa gre za nastanek nove sestavljene stvari iz predhodno enakovrednih stvari, na sestavljeni stvari originarno nastane nova lastninska pravica.¹⁵ Sestavine nujno delijo pravno usodo sestavljene stvari. Odsvojitvev ali obremenitev sestavljene stvari tako hkrati pomeni tudi odsvojitvev ali obremenitev vseh njenih sestavin.¹⁶ V primeru prenehanja vezi, ki sestavine združuje v sestavljeno stvar, postanejo sestavine zopet samostojne stvari in predmet stvarnih pravic ter se nanje praviloma prenesejo vse stvarne pravice, ki so obstajale na sestavljeni stvari.¹⁷

¹¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 95/2015 z dne 25. oktobra 2016.

¹² Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 64–65; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 79.

¹³ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 78. Glej tudi Lüke, str. 6.

¹⁴ Glej na primer Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 539–545; Finžgar, 1972, str. 37; Štampihar, str. 13.

¹⁵ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 79–80.

¹⁶ Prav tam, str. 77.

¹⁷ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 65; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vren-

2.2. Pritiklina

Povezava med posameznimi stvarmi je včasih samo funkcionalna, gospodarska ali estetska, ne pa mehanska ali organska, kot je značilno za sestavine.¹⁸ V takem primeru govorimo o pritiklinah. Pritiklina je v 17. členu SPZ opredeljena kot premičnina, ki je v skladu s splošnim prepričanjem namenjena gospodarski rabi ali olepšanju glavne stvari.¹⁹ Glavna stvar je lahko nepremičnina ali premičnina.²⁰ Ista pritiklina lahko služi tudi več glavnim stvarjem.²¹ Pri presoji, kdaj je premičnina po splošnem prepričanju namenjena gospodarski rabi ali olepšanju stvari, je po mnenju teorije treba izhajati iz subjektivnega in objektivnega stališča. Upoštevati je treba namreč tako voljo lastnika glavne stvari kot tudi objektivne okoliščine, na primer prostorsko povezanost (pri čemer se poudarja, da stvar zgolj zaradi začasne odstranitve, na primer zaradi popravila ipd., ne izgubi lastnosti pritikline).²² Kot tipičen primer glavne stvari in pritikline, namenjene gospodarski rabi zemljišča, se običajno omenjajo zemljišče kot glavna stvar ter kmetijsko orodje in stroji kot pritikline (*fundus instructus*). Kot pritikline se navajajo na primer oprema v hotelu, stroji v delavnicah in tovarnah.²³

Pritikline ohranjajo pravno samostojnost in kljub funkcionalni povezavi z glavno stvarjo ostajajo samostojne stvari, vendar v dvomu delijo usodo glavne stvari (drugi odstavek 17. člena SPZ). To pomeni, da obremenitev

čur, 2018, str. 80–81.

¹⁸ Prim. Finžgar, 1972, str. 39; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 182; Tratnik, str. 86; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 122; Hausmaninger in Selb, str. 181; Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 65–66, ki navaja Tratnika kot avtorja, ki v primeru fizične povezave govori o sestavini (Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 122) in torej pritiklino razume še nekoliko ožje od Juharta, ki dopušča tudi možnost (če ne gre za element, ki je nujen za delovanje stvari), da sta pritiklina in glavna stvar povezani, vendar ne tako trdno kot pri sestavini in tako, da je to vez mogoče brez škode prekiniti; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 83, prevzema Juhartovo stališče.

¹⁹ Tu je treba omeniti, da primerjalno pravo in naše starejše stvarno pravo namena pritikline kot olepšanja glavne stvari ne omenjata.

²⁰ Finžgar, 1972, str. 39.

²¹ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 82.

²² Finžgar, 1972, str. 37; Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 66; prim. tudi Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 83; Gavella v: Gavella, str. 77.

²³ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104; Finžgar, 1972, str. 39.

ali odsvojitve glavne stvari implicira tudi obremenitev ali odsvojitve njene pritikline.²⁴ Navedeno se kaže v določbi, da hipoteka obsega tudi pritikline v lasti zastavitelja (drugi odstavek 140. člena SPZ), pa tudi v obligacijskem pravilu, da je prodajalec v odsotnosti drugačnega dogovora ali če ne izvira iz narave posla kaj drugega, dolžan izročiti prodano stvar kupcu skupaj z njenimi pritiklinami (drugi odstavek 448. člena Obligacijskega zakonika – OZ²⁵). Iz sodne prakse izhaja, da v primeru pridobitve lastninske pravice na nepremičnini na podlagi darilne pogodbe pridobitelj postane tudi lastnik pritiklin, ki jih pogodbeni strani nista posebej izvzeli, čeprav niso bile posebej navedene v darilni pogodbi.²⁶ Tratnik na primer pojasni, da se ob prisilni prodaji nepremičnine na javni dražbi z njo vred prodajo tudi vse pritikline, ki jih tako ni treba prodajati in izročati posebej, po pravilih, ki sicer veljajo za premične stvari.²⁷ V trenutku, ko pritiklini ta status preneha, se njena pravna usoda obravnava ločeno od glavne stvari in s tako vsebino, kot velja za sestavino, ki se je ločila od sestavljene stvari.²⁸

2.3. Zbirna stvar

Kot zbirno stvar (v nemškem pravu poimenovana *Sacheinheit*²⁹) 21. člen SPZ poimenuje več posameznih stvari, ki se po splošnem pojmovanju štejejo za eno stvar. Zbirna stvar po našem pravu danes pomeni več ločenih stvari, ki pa imajo gospodarsko vrednost samo skupaj. Kot primeri se tipično navajajo par rokavic ali nogavic, par čevljev, par smuči, komplet igralnih kart, družabna igra, šahovski komplet ipd.³⁰ Med deli zbirne stvari, ki so

²⁴ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 66; Finžgar, 1972, str. 41.

²⁵ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

²⁶ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2924/2013 z dne 5. marca 2014. P sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2144/2016 z dne 14. decembra 2016. Prim. tudi sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 3114/2015 z dne 2. decembra 2015.

²⁷ Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 84; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 123.

²⁸ Gavella, str. 77.

²⁹ Lüke, str. 9.

³⁰ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 70, Finžgar, 1952, str. 23; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 103; Lüke, str. 9.

sicer sami zase samostojne stvari, ni fizične povezave, vendar imajo gospodarsko vrednost le v kompletu s preostalimi stvarmi³¹ in so zato funkcionalno neločljivi.³² Zbirna stvar ima zato v skladu z 21. členom SPZ enak položaj kot sestavljena stvar: predmet stvarnih pravic je en sam, torej zbirna stvar kot celota, njeni deli pa nimajo pravne samostojnosti.³³ Tudi tu je za presojo ključno merilo splošnega prepričanja.

SPZ je pojem zbirne stvari opredelil na novo. Pred tem se je ta izraz uporabljal kot sopomenka za skupnost stvari,³⁴ pravna teorija pa je zbirno stvar v današnjem pomenu poimenovala komplementarna ali parna stvar,³⁵ mesotoma tudi množinska stvar,³⁶ ali pa jo je z množinsko stvarjo primerjala, slednjo pa umeščala med običajne samostojne stvari.³⁷

³¹ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 70; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 103.

³² Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 570.

³³ Prim. Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 70; tako tudi Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 103.

³⁴ Glej na primer Finžgar, 1972, str. 44; Sajovic, str. 109.

³⁵ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 70.

³⁶ Štempihar, str. 13; Finžgar, 1972, str. 46; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 103; Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 135.

³⁷ Finžgar, 1952, str. 23; Finžgar, 1972, str. 45. Glej tudi Spielbüchler v: Aicher, str. 334; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 570, kjer je govora o *Gemenge*.

2.4. Skupnost stvari

Skupnost stvari (v nemškem pravu poimenovana *Sachgesamtheit*,³⁸ v avstrijskem pa *Gesamtsache (universitas rerum)*,³⁹ včasih tudi *Sachgesamtheit*⁴⁰) v SPZ ni definirana, v naši teoriji pa se danes (menda po vzoru avstrijske ureditve⁴¹) uporablja za označevanje sklopa oziroma skupine posameznih med seboj fizično in pravno ločenih stvari (zato uporaba izraza *universitas rerum distantium*),⁴² ki imajo vsaka svojo gospodarsko vrednost in pravno usodo, vendar v pravnem prometu (ne le po subjektivnem prepričanju lastnika ali strank) iz gospodarskih ali praktičnih razlogov lahko nastopajo kot celo-

³⁸ Lüke, nav. delo, 2104, str. 9; Kaser, str. 92, ki skupnost stvari opredeljuje kot »*Sachgesamtheit*«, *corpus ex distantibus*«. Izraz »*Gesamtsache*«, *corpus ex contingentibus*« uporablja za opisovanje sestavljene stvari, izraz »*universitas rerum*« pa za kakorkoli skupaj postavljeno celoto stvari, bodisi da gre za iz njih sestavljeno stvar bodisi da gre za skupnost stvari. Hausmaninger in Selb, str. 180–181, razlikujeta med *corpora ex contingentibus (coherentibus)* kot sestavljene stvari ter *corpora ex distantibus* kot skupnost stvari, pri čemer slednje označujeta z izrazom *Gesamtsachen*. Navedeno priča o tem, da je potrebna izjemna previdnost pri branju stvarnopravnih besedil, ki uporabljajo to terminologijo.

³⁹ Glej na primer Iro, str. 6. ABGB v § 302 opredeljuje pojem *Gesamtsache (universitas rerum)*, ki ga tako uporablja tudi v naslovu paragrafa, takole: »*Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als Eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet.*« Iz nekaterih avstrijskih komentarjev izhaja, da *Gesamtsache* (včasih poimenovane tudi *Sachgesamtheit*) zajema tako zbirne stvari kot skupnost stvari, kot ta dva pojma razumemo pri nas (Glej Spielbüchler, str. 334; prim. tudi Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 570), drugi pa se osredinjajo le na stvari, ki jih pri nas danes razumemo pod pojmom skupnosti stvari. Teorija navaja tudi, da v avstrijskem pravu ni soglasja o tem, ali so v tem pojmu lahko zajete le enakovrstne stvari (tako skupnost stvari opredeljuje na primer Iro) ali tudi raznovrstne stvari. Za slednje glej Cooke, str. 253. Prim. tudi Stanković in Orlić, str. 18, ki navajata, da lahko skupnost stvari tvorijo istovrstne stvari (na primer čreda, knjižnica) ali različne stvari (na primer zaloge blaga, pisarniški inventar).

⁴⁰ Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 569.

⁴¹ Tako Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 135.

⁴² Glej Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 134; Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 69; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 569; Štampilhar, str. 13.

ta,⁴³ ki ima lahko kot taka posebno tržno vrednost.⁴⁴ Kot primeri skupnosti stvari se v teoriji navajajo zbirka znamk, knjižnica, čreda ovac, zaloge ipd.,⁴⁵ v avstrijskem pravu kot poseben primer tudi podjetje.⁴⁶ Opazimo lahko, da nekateri domači komentatorji (najbrž zaradi prej opisanega terminološkega razvoja, pa tudi zaradi sklicevanja na avstrijsko in na njej temelječe ureditve) ne razlikujejo med zbirno stvarjo in skupnostjo stvari oziroma iste stvari enkrat opredeljujejo kot skupnost stvari, drugič pa kot zbirno stvar,⁴⁷ včasih pa skupnost stvari zamenjujejo tudi z množinsko stvarjo.⁴⁸

Vsaka od stvari v skupnosti stvari ohranja svojo stvarnopravno samostojnost. Skupnost stvari ni sestavljena stvar, saj deli niso povezani v novo celoto, in nima lastnosti stvari.⁴⁹ Vsaka od knjig v knjižnici je samostojna stvar in kot taka predmet stvarnih pravic, čeprav stoji na policah skupaj z drugimi knjigami. Prav tako ne gre za odnos glavne stvari in pritikline, saj nobena od stvari v skupnosti stvari nima prevladujočega pomena, ampak so v prirejenem odnosu.⁵⁰ Tudi ne gre za zbirno stvar, saj izločitev katere od stvari iz skupnosti ne vpliva na funkcionalnost preostalih stvari. Stvari

⁴³ Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 69; Spielbüchler, str. 334; Helmich, nav. delo, 2014, str. 570; Eccher in Riss v: Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 313.

⁴⁴ Spielbüchler, str. 334, ki omenja, da lahko ta vrednost izhaja že iz same postavitve stvari skupaj (na primer zbirka znamk) ali pa šele z uporabo skupnosti stvari v posebne namene, na primer snemalnih žarometov za snemanje filma. Glej tudi Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 569.

⁴⁵ Glej Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 69; Finžgar, 1952, str. 23; Korošec, 1991, str. 122; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104.

⁴⁶ Glej na primer Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 571; Eccher in Riss, 2004, str. 313.

⁴⁷ Glej na primer Žnidaršič Skubic v: Juhart, Možina, Novak, Polajnar-Pavčnik in Žnidaršič Skubic, str. 137, kjer se sklicuje na Rašović, str. 118. Glej tudi Sajovic, str. 108–109.

⁴⁸ Glej na primer Štempihar, str. 13.

⁴⁹ Prim. Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 69; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104; Finžgar, 1972, str. 45.

⁵⁰ Prim. Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 69; Finžgar, 1972, str. 45; Sajovic, str. 109; Koziol, Welser in Kletečka, str. 281–282.

v skupnosti povezuje zgolj skupno ime, gre zgolj za miselni pojem⁵¹ in ga zato SPZ ne definira.⁵²

Teorija poudarja, da gre pri skupnosti stvari predvsem za obligacijskopravno kategorijo. Skupnost stvari je lahko predmet pravnega posla, na primer prodajne ali zastavne pogodbe, katerega učinki se v dvomu raztezajo na vse stvari v skupnosti.⁵³ Finžgar navaja, da je s skupnostjo stvari mogoče razpolagati z enim samim aktom (*uno actu*).⁵⁴ Kot primer se omenja neposestna zastavna pravica na zalogah: zaloge so skupnost stvari in zastavna pravica pravno nastane na vseh samostojnih stvareh, ki tvorijo zaloge, ne da bi bile posamično opredeljene pri ustanavljanju zastavne pravice in vpisu v register.⁵⁵ Tudi v tem primeru se sicer zastavna pravica nanaša na vsako posamično samostojno stvar, in ne na skupnost stvari kot tako, posledica »sodelovanja« v skupnosti stvari je zgolj ta, da bodo predmet zastavnih pravic (individualno) vse v njej sodelujoče stvari. Tako se ustanovljajo in prenašajo stvarne pravice na stvareh v skupnosti, kadar bi bila izvedba korakov prenosa na vsaki od stvari nepraktična, na primer izročitev v primeru zastavitve skladišča iz več sto posameznih kosov, zadošča simboličen akt.⁵⁶ V zvezi z zastavno pravico Finžgar dodaja, da se včasih primer zastavitve skupnosti stvari (omenja zaloge blaga) obravnava drugače, kot bi se obravnaval, če bi bile zastavljene le posamezne stvari – ob izjemnih okoliščinah bi mogla biti

⁵¹ Finžgar, 1972, str. 45; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104; Delovno gradivo za pripravo SPZ iz leta 2000 je sprva sicer vsebovalo tudi opredelitev skupnosti stvari kot »več stvari, ki se po splošnem pojmovanju štejejo za celoto«. Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 133 in 135.

⁵² Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104; Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 133.

⁵³ Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 135; Finžgar, 1972, str. 45; Spielbüchler, str. 334; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 572; Eccher in Riss, 2004, str. 313.

⁵⁴ Finžgar, 1972, str. 45; Štempihar, str. 13; Sajovic, str. 109.

⁵⁵ Prim. Juhart v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2007, str. 70; Tratnik v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2018, str. 104; Finžgar, 1952, str. 23–24; Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, 2004, str. 135.

⁵⁶ Iro, 2008, str. 6–7; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 573; Koziol, Welser in Kletečka, str. 282; Finžgar, 1972, str. 45; Sajovic, str. 109.

stvar taka, da so posamezne stvari, ki odpadejo iz skupnosti, proste zastavne vezi, v skupnost dohajajoče stvari pa stopijo v zastavno vez.⁵⁷

3. RAZMERJE MED OMREŽJEM IN ZEMLJIŠČEM

Če bi objekte in naprave infrastrukturnih omrežij obravnavali kot trajno zgrajene oziroma postavljene naprave, bi jih v skladu z načelom povezanosti zemljišča in objekta iz 8. člena SPZ (*superficies solo cedit*) morali šteti za sestavine zemljišč, po katerih (oziroma pod ali nad katerimi) potekajo. (Neprava) stvarna služnost, ki je navadno stvarnopravna podlaga za gradnjo in obratovanje omrežja na tujih zemljiščih, namreč ne vzpostavlja izjeme od tega načela (objekt od zemljišča pravno loči le stavbna pravica, njegove dele pa etažna lastnina). Omrežja bi torej obravnavali kot nepremičnine, kar se vsaj na prvi pogled lahko zdi razumno stališče, saj gre za razmeroma trajne objekte. Vendar bi taka razlaga privedla do absurdne pravne posledice, da bi bila omrežja, ki potekajo čez stotine ali tisoče zemljišč, razdeljena na stotine oziroma tisoče samostojnih delov, ustrežajočim mejam zemljiških parcel, po katerih potekajo. Lastnik vsake od teh parcel bi bil tudi lastnik dela omrežja, ki poteka po njegovem zemljišču.⁵⁸ Čez več parcel napet kabel bi torej pravno razkosali na več lastninsko samostojnih delov kabla, čeprav bi v naravi šlo za eno stvar. Taka rešitev je očitno neustrezna, ker ne ustreza splošnemu pojmovanju (po katerem je omrežje last operaterja) in ker ne bi omogočala enotnega upravljanja z omrežjem kot celoto. Prav tako ne bi bil možen prenos lastnine na omrežju ali njegova uporaba kot sredstvo zavarovanja.

Zato načela *superficies solo cedit* ne bi smeli slepo aplicirati na telekomunikacijska in druga infrastrukturna omrežja. To je mogoče utemeljiti tudi z natančnim branjem določila 8. člena SPZ, po katerem je (razen če zakon določa drugače) sestavina nepremičnine vse, kar je *po namenu* trajno spojeno ali je trajno na nepremičnini, nad ali pod njo. Vsaj investitor omrežja gotovo nima namena, da bi omrežje lastninsko spojil z zemljišči, po katerih poteka. Vprašljiva pa je tudi trajnost postavitve, saj je treba zlasti pri tehn-

⁵⁷ Finžgar, 1972, str. 46; Spielbüchler, str. 335; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 570; Eccher in Riss, str. 314.

⁵⁸ Prim. tudi Gavella, str. 91 in 92; Bydlinski in Stefula, str. 71.

loško zahtevnejših omrežjih za njihovo nemoteno delovanje občasno menjati vode in posodabljati tehnično opremo. Stališče, da v primeru omrežij ne moremo uporabiti načela *superficies solo cedit*, potrjuje tudi novejša slovenska sodna praksa.⁵⁹ Infrastrukturno omrežje tako ni sestavina zemljišč, po katerih poteka, ampak se ga obravnava kot od zemljišč pravno ločeno stvar. V skladu z drugim odstavkom 18. člena SPZ gre torej za premičnino.

V skladu s prej predstavljenimi izhodišči je potrebna še opredelitev, ali je omrežje kot premičnina sestavljena stvar, sestavina ali pritiklina druge stvar, zbirna stvar ali skupnost stvari. S temi dilemami se srečujejo tudi v drugih državah. Bydlinski in Stefula v svoji analizi iz leta 2003 za avstrijsko pravno okolje ugotavljata, da so kilometre dolga prenosna omrežja (plin, električna energija, voda, kanalizacija itd.) ogromna vrednost in so za sodobno skupnost neprecenljivega pomena. Zato je presenetljivo, da opredelitev njihovega stvarnopravnega statusa ostaja nejasna: predpisi so skopi, sodna praksa redka, znanstvene prispevke na to temo pa je težko najti.⁶⁰ Glede na to si bomo v nadaljevanju najprej pogledali rešitve v nekaterih sorodnih pravnih redih, nato pa bomo skušali oblikovati ustrezno pravno stališče še z vidika slovenskega prava.

4. REŠITVE V PRIMERJALNEM PRAVU

Švicarsko pravo je pravni status omrežij uredilo v posebnem, 676. členu civilnega zakonika (*Zivilgesetzbuch – ZGB*) iz leta 1912, v skladu s katerim je vodovodno, plinsko, električno in podobno omrežje načeloma sestavina naprave, iz katere izvira (na primer elektrarne, vodnega rezervoarja), in v lasti osebe, ki je lastnik te naprave, pri čemer razmerje med vrednostjo naprave in vrednostjo omrežja, ki je lahko večja, ni bistveno, prav tako ni bistveno, kako oddaljeno je omrežje od te naprave.⁶¹ Razlog za posebno ureditev lastninske pravice na omrežju v švicarskem pravu je bila bojazen, da bi se sicer apliciralo načelo *superficies solo cedit* iz 667. člena ZGB in bi

⁵⁹ Glej sklep Višjega sodišča v Celju II Ip 72/2016 z dne 31. marca 2016, točka 8; sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2646/2017 z dne 15. februarja 2018, točka 4; sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2916/2016 z dne 5. aprila 2017, točka 7.

⁶⁰ Bydlinski in Stefula, str. 73.

⁶¹ Prav tam, str. 5.

bilo treba za potrebe omrežij bodisi pridobivati lastninsko pravico na samih zemljiščih bodisi ustanovljati stavbno pravico, kar bi bilo neekonomično in nepraktično. Namen posebne ureditve je bil tako predvsem zagotoviti, da se glavna naprava in omrežje ne bi pravno ločila in bi ostala gospodarska smiselna celota. Komentatorji sicer poudarjajo, da bi do zelenega rezultata, da omrežje ni del zemljišča, preko katerega poteka, temveč lastnina upravljavca omrežja, pa tudi samostojna premičnina kot predmet lastninske pravice, lahko prišli tudi brez posebne ureditve, o čemer priča tudi razvoj v nemškem pravu.⁶²

Nemški civilni zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) posebnih določil o lastništvu omrežja nima, na voljo pa je bogata sodna praksa, po kateri je omrežje pritiklina nepremičnine, na kateri se nahaja glavna stvar, tj. naprava.⁶³ Leta 1896 je bilo (še pred BGB) odločeno, da je cevovod, po katerem je plinarna pošiljala plin do uličnih lantern in drugih naprav, temeljni sestavni del zemljišča, na katerem se nahaja plinarna. To so argumentirali s tem, da vsi deli, brez katerih stvar ne more opravljati tistega, čemur je namenjena, pripadajo substanci te stvari in posledično niso samostojen predmet stvarne pravice. Pozneje so kot podlago za tako stališče vzeli določbo § 93 BGB (na primer glede lesenega vodovoda za pivnico). Od leta 1913 pa je sodna praksa omrežja začela obravnavati kot pritiklino in ne več kot bistveno sestavino glavne naprave, ker so lahko povezave med glavno napravo in omrežjem tudi manj trdne. Poleg tega se v praksi na primer električno omrežje (vključujoč transformatorske postaje, žice in drogove) pojmuje kot samostojna celota, ki je kot taka lahko predmet stvarnih pravic, kot pritiklina pa v dvomu deli usodo glavne stvari.⁶⁴ Konceptu, da je omrežje praviloma tako imenovana navidezna sestavina zemljišča, po katerem poteka (tako imenovani *Scheinbestandteil*), stvarnopravno pa je pritiklina nepremičnine z glavno napravo, v večini sledi tudi nemška teorija.⁶⁵

Avstrijska teorija in sodna praksa se z vprašanji pravnega statusa omrežij nista ukvarjali tako intenzivno. Komentatorji modernega avstrijskega stvarnega prava pri pojasnjevanju splošnega pojma sestavina primeroma

⁶² Prav tam.

⁶³ Glej na primer Baur in Stürner, str. 14–15.

⁶⁴ Več o tem glej v Bydlinski in Stefula, str. 75–77.

⁶⁵ Glej prav tam, str. 76–77; Lüke, str. 8.

in z referencami iz sodne prakse navajajo, da so na primer plinske in vodovodne cevi v hiši sestavine hiše,⁶⁶ v zemljišču položene plinske, vodovodne, električne ipd. napeljave pa so sestavine celotnega omrežja (nem. *Gesamtleitungsnetz*) oziroma oskrbovalnih ali odstranjevalnih sistemov (nem. *Ver- oder Entsorgungsanlage*).⁶⁷ Nekateri avtorji so omrežje opredelili za pritiklino glavne stvari (nem. *Hauptanlage*), pri tem pa opozorili, da je lahko meja med sestavino (v avstrijskem pravu »samostojno sestavino«) in pritiklino zabrisana, da pa umestitev zato, ker so pravne posledice enake, ni bistvena.⁶⁸ Iz navedenega izhaja tudi, da omrežja stvarnopravno ne zamejujejo glede na meje nepremičnin, po katerih oziroma čez katere poteka.⁶⁹

Teorija z namenom odstopiti od aplikacije načela *superficies solo cedit* analizira tudi možnosti za aplikacijo nekaterih posebnih institutov obstoječe stvarnopravne zakonodaje na infrastrukturna omrežja (na primer *Superädifikat* v § 435 Občega državlanskega zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB), *Maschinen* v § 297a ABGB). Sprašuje se tudi, ali je bolj primerno, da je namesto nesamostojne sestavine zemljišča, čez katerega poteka, omrežje samostojna sestavina zemljišča ali morda samostojna sestavina naprave, iz katere izvira oziroma do katere poteka, oziroma kar zemljišča, na katerem je ta naprava postavljena.⁷⁰ Ena od raziskovanih možnosti bi lahko bila tudi, da bi omrežje (po vzoru ureditve stavbne pravice) veljalo za pritiklino pravice do postavitve omrežja ali pa za povsem samostojno premičnino.

Posebno ureditev pravnega statusa omrežja pozna avstrijska zakonodaja za elektroomrežja, glede katerih poseben zakon iz leta 1968 (podobno ureditev je poznala tudi starejša zakonodaja na tem področju) izrecno določa, da se načelo *superficies solo cedit* zanje ne uporablja in torej deli omrežja niso v lasti lastnikov zemljišč, preko katerih potekajo. To naj bi bilo tako v interesu upravljavca omrežij kot tudi lastnika zemljišča, predvsem pa olajšuje

⁶⁶ Glede tega glej tudi Finžgar, 1972, str. 36, kjer navaja našo starejšo sodno prakso.

⁶⁷ Iro, 2008, str. 8; Helmich v: Kletečka in Schauer, str. 545: »*Leitungsnetze werden von einer neueren Ansicht als selbständige Bestandteile der Hauptanlage angesehen.*«

⁶⁸ Koziol, Welser in Kletečka, str. 274.

⁶⁹ Bydlinski tako za primer, da bi se v primeru omrežij aktiviralo načelo *superficies solo cedit*, pravi, da bi na omrežju nastala solastnina lastnikov zemljišč, čez katera omrežje poteka. Bydlinski in Stefula, str. 84–85.

⁷⁰ Prav tam, str. 71.

zasledovanje javnega interesa. Kot glavno stvar so opredeljevali napravo, iz katere omrežje izhaja oziroma kjer se proizvaja oziroma spreminja električna energija. Razlikovanje med lastnikom omrežja in lastnikom zemljišča naj bi izhajalo tudi iz Zakona o telekomunikacijah, teorija pa meni, naj taka koncepcija velja tudi za druga omrežja.⁷¹

Avstrijsko vrhovno sodišče (*Der Oberste Gerichtshof* – OGH) je leta 2007 odločilo, da elektroomrežje ni del zemljišča, po katerem poteka.⁷² Leta 2019 pa je splošno obravnavalo status infrastrukturnega omrežja, postavljenega na nekem zemljišču.⁷³ Pojasnilo je, da se od načela *superficies solo cedit* lahko poleg položajev, ko ga izključuje že zakon, lahko odstopi tudi v drugih primerih, bodisi z analogno uporabo posebnih pravil o elektroomrežjih bodisi z ustrezno razlago načela *superficies solo cedit*, ki upošteva posebne interese udeležencev. Tak odstop pa je mogoč le v primeru omrežja, ki poteka čez zemljišče, ne da bi bilo namenjeno izključno njemu (nem. *Durchleitungsnetz*). V takem primeru bi po avstrijski kategorizaciji sestavni deli omrežja predstavljali samostojne sestavine omrežja. Če pa del omrežja, postavljen na zadevnem zemljišču, služi izključno temu zemljišču in se na njem zaključi, se načelo *superficies solo cedit* uporabi in je po mnenju sodišča omrežje nesamostojna sestavina tega zemljišča.

5. STVARNOPRAVNA OPREDELITEV TELEKOMUNIKACIJSKEGA OMREŽJA V SLOVENSKEM PRAVU

Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2)⁷⁴ v 3. členu določa pojmovno široko opredelitev elektronskega komunikacijskega omrežja.⁷⁵ To so:

⁷¹ Prav tam, str. 72–73.

⁷² Glej OGH 6Ob60/07b z dne 13. septembra 2007.

⁷³ OGH 4 Ob 100/19p z dne 13. junija 2019. Glej tudi analizo v Brenn, str. 883; in Feiel, str. 306.

⁷⁴ Uradni list RS, št. 130/22 in 18/23 – ZDU-10.

⁷⁵ V prispevku zaradi krajšega izražanja v enakem pomenu uporabljava ustaljeni izraz »telekomunikacijsko omrežje«.

»so sistemi prenosa, ne glede na to, ali temeljijo na stalni infrastrukturi ali zmogljivosti s centralnim upravljanjem, in, kjer je primerno, komutacijska ali usmerjevalna oprema ter drugi viri, vključno z neaktivnimi omrežnimi elementi, ki omogočajo prenos signalov po žicah, z radijskimi valovi, optičnimi ali drugimi elektromagnetnimi sredstvi, vključno s satelitskimi omrežji, fiksnimi (vodovno in paketno komutiranimi, vključno z internetom) in mobilnimi omrežji, električnimi kabelskimi sistemi, če se uporabljajo za prenos signalov, z omrežji, ki se uporabljajo za radijsko in televizijsko radiodifuzijo, ter z omrežji kableske televizije ne glede na vrsto prenesenih informacij.«

Že iz opredelitve je razvidno, da je tako omrežje zapleteno in sestavljeno iz veliko različnih sestavnih delov in opreme. Glede na trenutno sistematiko SPZ meniva, da je telekomunikacijsko omrežje najustrezneje opredeliti kot sestavljeno premično stvar, v katero je združenih več predhodno samostojnih premičnih stvari (na primer cevi, podcevi, kanali, kabli, jaški, pokrovi jaškov, spojke, ojačevalniki, razcepniki idr.⁷⁶). Nekatero od teh se vpisujejo v zbirni kataster gospodarske javne infrastrukture, nekaterih ne. Če odmislimo manjše dele, ki sestavljajo omrežje, in se osredinimo na cevi, jaške in kable, bi težko rekli, da ime ena od teh stvari značilnosti glavne stvari, preostale pa stranskih stvari, temveč so si med seboj bolj ali manj enakovredne in za delovanje omrežja primerljivo pomembne. Pri presoji izpoljenosti kriterija splošnega prepričanja je treba ugotoviti, da so nekateri deli infrastrukturnega omrežja med seboj tako trdno mehansko ali celo kemično povezani (na primer povezava cevi z jaški, cevi s kinetami), da jih ni mogoče ločiti, ne da bi jih poškodovali. V vsakem primeru, torej tudi tedaj, ko bi se kakšna sestavina od omrežja lahko brez težav ločila (morda na primer kabel iz cevi), pa omrežje ob odsotnosti vsakršne od sestavin, ki ga sestavljajo, ni več popolno oziroma dokončano in ne more delovati. Omrežje brez katerekoli od njegovih sestavin ne more služiti svojemu namenu, tj. prenosu podatkov. Poleg tega se stvari, ki sestavljajo omrežje, navadno niti ne uporabljajo za kaj drugega kot za to, da postanejo del (infrastrukturnega) omrežja. Sestavljanje predhodno ločenih stvari v omrežje je kompleksno opravilo (postavitev oziroma vgradnja cevi in jaškov v zemljo, spojitve cevi, jaškov in drugih delov, vpihovanje oz. uvlečevanje kablov in njihovo razcepljenje v jaških itd.), kar še dodatno kaže na to, da gre pri omrežju za sestavljeno, eno stvar, ne pa za med seboj ločene stvari.

⁷⁶ Glej GURS.

Tudi iz zgoraj predstavljene primerjalne teorije in prakse v zvezi z infrastrukturalnimi omrežji izhaja, da kanalizacijske cevi, jaški, kabli in drugi deli niso obravnavani kot samostojne, od omrežja oziroma glavne naprave ločene stvari, temveč so sestavni deli omrežja kot celote. Brenn tako na primer zapiše, da telekomunikacijsko omrežje sestoji iz vodov, tj. pod- ali nadzemnih speljanih trdnih prenosnih poti skupaj s sestavinami.⁷⁷ Bydlinski in Stefula pravita, da je omrežje sestavljeno iz velikega števila delov (cevi, črpalke idr.), a je obsežna homogena celota. Tako kot z vzdajanjem opeke izgubijo svojo pravno samostojnost in so po splošnem prepričanju zgolj deli zidu (zemljišča s hišo s tem zidom), z združitvijo več cevi nastane nova (premična) stvar – cevovod oziroma omrežje, posamezni deli omrežja pa so njegove sestavine.⁷⁸ Še več, kot del omrežja v širšem smislu so mestoma obravnavane tudi glavne naprave, iz katerih omrežje izvira.

Glede na zgoraj predstavljena zakonska in teoretična izhodišča bi telekomunikacijsko omrežje težko opredelili kot zbirno stvar in še manj kot skupnost stvari, čeprav je zaradi vseh specifik omrežij kot modernih tehnologij aplikacija tradicionalnih, iz rimskega prava izvirajočih stvarnopravnih pojmov nanje zapletena.

Opredelitve v sicer skromni slovenski sodni praksi ne sledijo v celoti tem ugotovitvam. Višje sodišče v Celju je v sklepu II Ip 72/2016 z dne 31. marca 2016 zavzelo stališče, da optično omrežje ne pomeni zbirne stvari, temveč skupnost stvari (*universitas rerum*), ki je le miselni pojem ter zato ne more biti predmet stvarnih pravic. To je lahko le posamezna stvar (točka 7 obrazložitve). Sodišče ni podalo argumentov, zakaj telekomunikacijsko omrežje ni zbirna ali sestavljena stvar oziroma zakaj je skupnost stvari, temveč je zgolj povzelo teorijo o pojmu skupnosti stvari. V nadaljevanju obrazložitve pa je zapisalo, da so kabelska kanalizacija in telekomunikacijski vodi funkcionalno povezani (točka 8). Ta ugotovitev pa je značilna za sestavljene stvari, pri katerih je povezava sestavin še intenzivnejša kot pri zbirni stvari.

Stališče sodišča o omrežju kot skupnosti stvari ni prepričljivo. Pri skupnosti stvari gre za skupnost posameznih, med seboj fizično in pravno ločenih stvari, ki imajo – tudi ko so v skupnosti – vsaka svojo gospodarsko vrednost in pravno usodo. V skupnost jih uvrščamo le zato, ker se običajno na nekem

⁷⁷ Brenn, 2019, str. 883.

⁷⁸ Bydlinski in Stefula, str. 87–89.

kraju nahajajo skupaj, v čredi, na policah, objektu itd. Toda ta prostorska povezanost ne pomeni, da je nastala neka nova uporabnost, kot velja za sestavljene stvari. Namen knjige v knjižnici se s tem, ko je del knjižnice kot skupnosti stvari, ne spreminja. Deli skupnosti niso povezani v novo celoto, ki bi imela lastnosti stvari. Ravno nasprotno so deli infrastrukturnega omrežja z izgradnjo oziroma sestavo povezani v novo celoto in imajo (le) kot sestavljena stvar svojo gospodarsko vrednost in svojo namembnost.

Razumevanje statusa omrežja kot samostojnega predmeta stvarnih pravic izhaja tudi iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2916/2016, v kateri sodišče govori o »lastniku komunikacijskega omrežja« (točka 11 obrazložitve). Isto sodišče je vprašanje pravne narave optičnega telekomunikacijskega omrežja obravnavalo v sodbi I Cp 1194/2021 z dne 17. marca 2022. Presodilo je, da je sodišče prve stopnje pravilno pravno opredelilo optična telekomunikacijska omrežja kot zbirno stvar po 21. členu SPZ in ne kot skupnost stvari, kot jo je opredeljevala tožeča stranka. Po oceni listin in izpovedbe notarja je sodišče ugotovilo, da so pogodbene stranke same šteje zastavljena telekomunikacijska omrežja za eno (zbirno) stvar. Kot samostojen *predmet* stvarne (neposestne zastavne) pravice so šteje zastavljeno telekomunikacijsko omrežje kot celoto in ne njegovih sestavin.

Ugotovitev sodišča glede tega, kako so stranke same pojmovale omrežje, je gotovo pomembna za njegovo pravno kvalifikacijo. Zbirna stvar se res obravnava kot en predmet pravic, tako da je v tem delu ugotovitev sodišča ustrezna. Vendar ostala obrazložitev ni skladna s stališčem, da je omrežje zbirna stvar. Sodišče je namreč izrecno zapisalo, da so obravnavani telekomunikacijski vodi, kabelska kanalizacija in jaški, ki sestavljajo zastavljene dele optičnih omrežij, medsebojno soodvisni in funkcionalno povezani v telekomunikacijsko omrežje, zaradi česar naj bi bila pravilna presoja, da gre za sestavine obravnavanega optičnega telekomunikacijskega omrežja (točki 45 in 46 obrazložitve). Pojem sestavine je namreč element sestavljene stvari, in ne zbirne stvari. Pri zbirni stvari gre tipično za to, da so zbrane med seboj fizično ločene stvari, ki imajo pomen in gospodarsko vrednost le skupaj, v kompletu s preostalimi stvarmi. Čeprav tudi za omrežje velja, da imajo njegovi sestavni deli pomen in (bistveno) vrednost le skupaj, ga iz dometa zbirne stvari izloča to, da so pri omrežju njegovi deli med seboj fizično in funkcionalno povezani. Po drugi strani se sestavine omrežja

(kabli, cevi, drogovi itd.) pred sestavo v omrežje pojavljajo kot samostojen predmet pravnih poslov in stvarnih pravic, stvari, ki tvorijo zbirno stvar, pa bomo na trgu praviloma našli le skupaj, v kompletu, kot zbir stvari, in bo že v osnovi kot taka tudi predmet stvarnih pravic, na primer par čevljev ali komplet šaha v isti škatli z eno ceno.

Glede na to meniva, da je po veljavni sistematiki SPZ telekomunikacijsko omrežje stvarnopravno najustreznejše opredeliti kot sestavljeno premično stvar. Praktično gledano pa razlika med zbirno stvarjo in sestavljeno stvarjo ni enaka, saj se pravno obe obravnavata kot ena stvar in enoten predmet stvarnih pravic, s katerim je torej mogoče enotno razpolagati.

6. *DE LEGE FERENDA*

Pri razpolaganju z omrežjem kot celoto (ne glede na to, ali ga opredelimo kot sestavljeno ali kot zbirno stvar) se lahko pojavi težava pri natančni opredelitvi obsega omrežja. Ta se namreč lahko fizično nenehno spreminja in dograjuje, na primer z vključitvijo novih vodov, nadgradnjo tehnološke opreme itd. Infrastruktura omrežij se lahko označi z ID-oznaki iz zbirnega katastra gospodarske javne infrastrukture, vendar ta kataster ne vsebuje tudi oznake omrežja kot celote in ne omogoča prikaza točnega obsega takega omrežja. To lahko povzroči težave zlasti pri razpolaganju z omrežjem kot celoto.

Da bi se izognili nejasnostim, bi bilo pravni status javnih infrastrukturnih omrežij zaradi njihovih specifik smotrno posebej in celovito urediti v zakonodaji. Ne glede na to, ali bi se *de lege ferenda* omrežju podelil status premičnine ali nepremičnine ali morda status *sui generis*, bi bilo zaradi obilo specifik smiselno, da bi bili pravni status omrežij ter vsa druga, z omrežjem in pravnim razmerjem povezana relevantna vprašanja urejeni s specialnimi določili. Pri tem je za zgled lahko ureditev na Nizozemskem, kjer je zlasti obstoj čezmejne podzemne infrastrukture odpiral številna pomembna vprašanja v zvezi s stvarnimi pravicami na tej infrastrukturi in na zemljiščih, na katerih se infrastruktura nahaja, ter tudi vprašanja v zvezi z registracijo teh pravic.⁷⁹ Nizozemski zakonodajalec je ugotovil, da v so-

⁷⁹ Glej Ploeger in Stote, str. 2. Glej tudi Sandberg, str. 119–167.

dobnih razmerah pravilo vertikalne akcesije kljub vsem izjemam, ki jih je poznalo nizozemsko pravo, omejuje možnosti izkoriščanja območja, predvsem tistega pod površjem, ki lahko služi številnim pomembnim nalogam, predvsem vzpostavitvi infrastrukturnega omrežja – vodovoda, kanalizacije, elektrike, plina, telefonskega omrežja, metroja ipd. Jasna in pregledna določitev in registracija infrastrukture ter pravic na njej sta zelo pomembni tako za lastnike zemljišč kot tudi za upravljavce in uporabnike infrastrukture ter za nadaljnja načrtovanja. Zato se je postavilo vprašanje, kako najbolj učinkovito urediti status take infrastrukture. Prvi korak je bil storjen konec devetdesetih let dvajsetega stoletja, ko je Zakon o telekomunikacijah določil, da je imetnik dovoljenja za izkoriščanje javne telekomunikacijske infrastrukture tudi lastnik te infrastrukture in lahko lastninsko pravico prenaša na novega operaterja, lastnik zemljišča pa je dolžan to tolerirati. Do splošne ureditve stvarnih pravic na omrežjih je pripeljala predvsem odločitev nizozemskega vrhovnega sodišča iz leta 2003,⁸⁰ po kateri se telekomunikacijsko omrežje šteje za nepremičnino in s tem za samostojen objekt, zaradi česar je omrežje postalo zanimivo za prenos in zavarovanje. V skladu s to rešitvijo je bil leta 2006 dopolnjen člen 5:20 nizozemskega Civilnega zakonika tako, da to pravilo velja na splošno za vsa infrastrukturna omrežja.⁸¹ Ker šteje omrežje za nepremičnino, je za prenos lastninske pravice na omrežju in za ustanovitev omejenih stvarnih pravic na tej lastninski pravici (služnost, hipoteka) potreben vpis v zemljiško knjigo. Za to je potrebna predložitev notarsko overjenega načrta omrežja, na podlagi katerega se omrežju dodeli enotna identifikacijska številka. Osrednji pomen v ureditvi statusa omrežja ima glavna naprava, iz katere omrežje izvira (na primer elektrarna, toplotna, transformatorska postaja ipd.): omrežje je del nepremičnine, iz katere izvira, tj. nepremičnine, na kateri je glavna naprava omrežja. V slednjem primeru je oseba, ki je lastnik naprave, tudi lastnik celotnega omrežja.

V Sloveniji je bil predlog take specialne zakonodaje pripravljen leta 2009 na Inštitutu za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani v okviru

⁸⁰ LJN AD3578, Hoge Raad, 36075, in LJN AD3591, Hoge Raad, 36076 z dne 6. junija 2003.

⁸¹ Člen 5:20 BW: »Ne glede na prvi odstavek [ta določa, da so vse sestavine del zemljišča] je omrežje, sestavljeno iz enega ali več kablov ali cevi, za prevoz trdne, tekoče ali plinaste snovi, energije ali informacij, ki poteka pod ali nad zemljo, v lasti graditelja ali njegovega naslednika.«

raziskovalnega projekta o pravni ureditvi evidentiranja stvarnih pravic na gospodarski javni infrastrukturi, ki je potekal pod vodstvom prof. Mihe Juharta.⁸² V okviru rešitve glede možnosti vzpostavitve lastninske pravice na omrežju gospodarske infrastrukture je bilo predlagano, da se omrežje gospodarske infrastrukture loči od nepremičnine, v, na ali nad katero se nahaja, tako da postane omrežje samostojna stvar, ki je lahko predmet stvarnih pravic. Omrežje bi bilo definirano kot:

»postroj, ki ga sestavlja eden ali več kablov ali cevi, namenjenih za prenos trdne, tekoče ali plinaste snovi, energije oziroma informacij, ki poteka pod ali nad zemljo, skupaj z veznimi elementi in drugimi napravami, potrebnimi za namensko delovanje«.

Temu je bilo dodano pojasnilo, da je omrežje kompleksna stvar s številnimi sestavinami, ki se ob rednem vzdrževanju in obnavljanju omrežja lahko tudi zamenjajo, pri čemer za istovetnost omrežja ni bistvena njihova substanca, temveč zagotavljanje temeljne funkcionalnosti omrežja (tj. prenos trdne, tekoče ali plinaste snovi, energije oziroma informacij), ki te sestavine povezuje v celoto. Z določitvijo omrežja za samostojno, od nepremičnine ločeno stvar bi ureditev spoštovala stvarnopravno načelo specialnosti.

Ker je bil kataster gospodarske javne infrastrukture že predhodno vzpostavljen in so dejanski podatki o omrežjih (njihovih delih) večinoma že bili evidentirani, je bil po predlagateljevem mnenju predmet stvarnopravnih pravic po predlaganem zakonu lahko določljiv:

»Omrežje kot predmet stvarnih pravic mora biti enolično identificirano. Za druge vrste nepremičnin tovrstno identifikacijo zagotavljajo podatki iz zemljiškega katastra (katastrska občina in številka parcele), za omrežje kot novo, specialno vrsto nepremičnine pa se uvaja nova oznaka – identifikacijska številka omrežja kot celote, ki jo bo določil vzdrževalec zbirnega katastra gospodarske infrastrukture. V tem katastru kot že obstoječi dejanski evidenci so zaenkrat vpisani in enolično identificirani samo posamezni objekti gospodarske infrastrukture, po predlagani ureditvi pa se bo lahko dodelila posebna identifikacijska številka tudi omrežju kot celoti (tj. funkcionalnih povezavi teh posameznih objektov). Enolična identifikacija

⁸² Raziskovalni projekt v okviru ciljnega raziskovalnega programa »Konkurenčnost Slovenije 2006-2013«, Pravna ureditev evidentiranja stvarnih pravic na gospodarski javni infrastrukturi, Končno poročilo za sofinancerja – Geodetsko upravo Republike Slovenije, Ljubljana, 2009.

omrežja bo omogočala vpis pravic na omrežju v novem registru pravic na gospodarski infrastrukturi.«

Predlog je predvideval poseben dvodelni – sodni in upravni postopek vzpostavitve lastninske pravice na omrežju in njen vpis v register stvarnih pravic na omrežju gospodarske javne infrastrukture, ki bi ga vodila Geodetska uprava RS skupaj z zbirnim katastrom gospodarske javne infrastrukture.⁸³ Vpis omrežja v register bi konstituiral omrežje kot samostojno stvar in ustvaril domnevo lastništva v korist vpisanega lastnika. Ta domneva bi bila izpodbojna, saj bi bilo mogoče s tožbo zahtevati ugotovitev, da je druga oseba lastnik posameznega dela omrežja ali celotnega omrežja. Predvideni so bili tudi razdelitev, združitev in izbris omrežij.⁸⁴

Zakonodajalec se doslej ni odločil za uzakonitev predlagane specialne ureditve položaja infrastrukturnih omrežij, vendar bi ta z manjšimi prilagoditvami še danes bistveno razjasnila stvarnopravni status takih omrežij, povečala njihovo preglednost in olajšala razpolaganje z njimi.

Seznam virov

- AICHER, Josef (ur.). *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*. Dunaj: Manz, 1990.
- BAUR, Fritz Jürgen, STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*, München: C. H. Beck, 1999.
- BRENN, Christoph. Leitungen zur Versorgung eines bestimmten Gst gehören dem GstEigentümer, *Österreichische Jurist:innenzeitung*, 2019, št. 19, str. 883.
- BYDLINSKI, Peter, STEFULA, Martin. Zur sachenrechtlichen Qualifikation von Leitungsnetzen, *Juristische Blätter*, 2003, zvezek 2, str. 69–91.
- COOKE, Elisabeth (ur.). *Modern Studies in Property Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2005.
- FEIEL, Wolfgang. Im Erdreich verlegte Kommunikationslinien gehören dem Eigentümer, *Medien und Recht*, 2019, zvezek 6, str. 306–308.
- FINŽGAR, Alojzij. *Civilno pravo, Stvarno pravo*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani – Pravna fakulteta, 1952.
- FINŽGAR, Alojzij. *Stvarno pravo: Stvari, zemljiška knjiga, posest*. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani, 1972.

⁸³ Prav tam, str. 13.

⁸⁴ Prav tam, str. 24. Obe operaciji bi se opravili na predlog v register vpisanega lastnika omrežja. V primeru delitve bi se vse stvarne pravice z omrežja, ki se deli, prenesle na vsa nova omrežja. Pogoj za združitev več omrežij pa bi bil, da ta omrežja tvorijo funkcionalno celoto in da je nanje v registru vpisano enako stanje stvarnih pravic.

- GAVELLA, Nikola (ur.). *Stvarno pravo: Svezak 1*. Zagreb: Narodne novine, 2007.
- GURS. *Primeri evidentiranja elektronskih komunikacijskih omrežij v ZK GJI ter pogosta vprašanja s pojasnili, različica 1*. Ljubljana: Geodetska uprava Republike Slovenije, 2020, dostopno na: https://www.e-prostor.gov.si/fileadmin/Podrocja/GJI/Drugo_razno/Obvestila/El_kom_primeri_evidentiranja_in_vprasanja_1.pdf (7. 9. 2023).
- HAUSMANINGER, Herbert, SELB, Walter: *Römisches Privatrecht*. Dunaj: Böhlau Verlag, 1991.
- IRO, Gert. *Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht*. Dunaj, New York: Springer, 2008.
- JUHART, Miha, MOŽINA, Damjan, NOVAK, Barbara, POLAJNAR-PAVČNIK, Ada, ŽNIDARŠIČ SKUBIČ, Viktorija. *Uvod v civilno pravo*. 1. natis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2011.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarno pravo*. 1. natis. Ljubljana: GV Založba, 2007.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato. *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. 1. ponatis. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije: Pravna fakulteta; Maribor: Pravna fakulteta, 2018.
- KASER, Max. *Römisches Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1992.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato (ur.). *Stvarnopravni zakonik (SPZ) s komentarjem*. 1. natis. Ljubljana: GV Založba, 2004.
- KLETEČKA, Andreas, SCHAUER, Martin (ur.). *ABGB-ON: Kommentar zum Allgemeinem bürgerlichen Gesetzbuch*. Dunaj: Manz, 2010.
- KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund (ur.). *ABGB Kurzkomentar*. Dunaj: Verlag Österreich, 2004.
- KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, KLETEČKA, Andreas (ur.). *Grundriss des bürgerlichen Rechts: Band I*. Dunaj: Manz, 2014.
- LÜKE, Wolfgang. *Sachenrecht*. München: C. H. Beck, 2014.
- PLOEGER, Hendrik D., E. STOTE, Jantien. *Cadastral Registration of Cross-Boundary Infrastructure Objects*. FIG Working Week 2004: Breathing the Olympic Spirit, May 22-27, 2004, Athens, Greece, dostopno na: <https://www.oicrf.org/-/cadastral-registration-of-cross-boundary-infrastructure-objects> (7. 9. 2023).
- RAŠOVIĆ, Zoran. *Građansko pravo: 1 uvod*. Podgorica: Pravna fakulteta v Podgorici, 2006.
- SAJOVIC, Bogomir. *Osnove civilnega prava: Splošni del*. Ljubljana: Uradni list RS, 1994.
- SANDBERG, Haim. Three-dimensional partition and registration of subsurface space, *Israel Law Review*, 2003, let. 37, št. 1, str. 119–167. doi:10.1017/S002122370012425.
- STANKOVIĆ, Obren, ORLIĆ, Miodrag. *Stvarno pravo*. Beograd: Savremena administracija, 1989.
- ŠTEMPIHAR, Jurij. *Osnove civilnega prava II, Stvarno pravo*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 1962.
- TRATNIK, Matjaž. *SPZ s praktičnim komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2020.

Pravica graditi in pogoji za skupno gradnjo omrežij

Pri uporabi in razlagi izraza pravica graditi je treba biti previden. Čeprav tudi zakonodaja, predvsem tista s področja graditve objektov,¹ uporablja izraz pravica graditi in ima pri tem zakonodajalec v mislih vsebino civilnoppravne pravice, sistem civilnega prava take pravice ne pozna. Po vsebini bi bila temu pojmu še najbližja vsebina stavbne pravice iz prvega odstavka 256. člena SPZ, vendar ima zakonodajalec pri uporabi pojma pravica graditi v mislih precej več položajev in pravnih podlag. Pravice graditi, kot jo določajo predpisi o graditvi objektov, torej ni mogoče obravnavati in razumeti kot posebno in samostojno pravico, ampak jo je treba razumeti kot vsebino pravice na nepremičnini, ki zagotavlja uporabo nepremičnine za gradnjo. Če bi dosledno sledili teoriji civilnega prava, bi bilo bolje kot o pravici graditi govoriti o upravičenju gradnje in s tem označiti vsebino pravice, ki dopušča uporabo nepremičnine za namen gradnje. Zakonodaja je glede uporaba izraza upravičenje večkrat nedosledna in ga pogosto zamenjuje z izrazom pravica, kar pa zahteva previdno razlago in predvsem upoštevanje okoliščine, da ne gre nujno za samostojno pravico, ampak za pravico, ki ima širšo vsebino. Pri taki pravici je pravica (upravičenje) gradnje samo eden od delov vsebine pravice.

Pravica (dosledno upravičenje) graditi je eden od pogojev za izdajo gradbenega dovoljenja. Gradbeno dovoljenje se lahko izda samo, če je investitor v zemljiški knjigi vpisan kot lastnik ali imetnik stvarne pravice, ki mu daje pravico graditi na tuji nepremičnini, na kateri je predvidena gradnja, ali

¹ Na primer 3. točka prvega odstavka 46. člena GZ-1.

pa to pravico izkazuje z drugimi dokazili, ki jih določa zakon (5. točka prvega odstavka 54. člena GZ-1). Pomen te določbe je večplasten. Iz nje lahko predvsem sklenemo, da mora investitor na nepremičnini za gradnjo pridobiti pravico stvarne narave, ki vsebuje upravičenje gradnje. Zakaj se je zakonodajalec pri tem omejil na stvarne pravice, ni povsem jasno.

Če analiziramo spreminjanje predpisov s področja graditve objektov, lahko ugotovimo, da je ZGO-1 kot pravico graditi določal lastninsko ali kakšno drugo stvarno oziroma obligacijsko pravico, ki omogoča gradnjo oziroma izvajanje del na nepremičnini (prvi odstavek 56. člena ZGO-1). Ta ureditev je bila spremenjena z uveljavitvijo GZ,² ki med pravicami, ki pridejo v poštev kot pravica graditi nič več ne omenja obligacijskopравnih pravic, ampak se omeji izključno na stvarne pravice.³ Zakaj je prišlo do te vsebinske spremembe, iz obrazložitve GZ ni mogoče razbrati. Obrazložitev zgolj skopo navaja, da je pogoj za izdajo gradbenega dovoljenja tudi izpolnjevanje pogoja glede lastništva ali druge pravice, ki po zakonu omogoča gradnjo na tujem zemljišču.⁴ Zanimivo je pri tem uporabljen splošen izraz »druge pravice« in ne »stvarne pravice«, kar je izraz, ki je uporabljen v zakonskem besedilu. Zato lahko samo ugibamo, zakaj se je zakonodajalec odločil za tako spremembo v pogojih glede pravice graditi in je izključil kot možnost obligacijskopравne pravice. Menim, da je taka sprememba neprimer na in po nepotrebnem omejuje svobodo dogovarjanja lastnika zemljišča in tistega, ki želi zgraditi objekt na tujem zemljišču. Pri tem je predvsem spregledano, da imajo nekateri obligacijskopравni položaji v našem pravu elemente, ki bodisi na podlagi vpisa v zemljiško knjigo bodisi celo na podlagi samega zakona ustvarjajo pravne učinke, kakršne imajo stvarne pravice. Zakonodajalec se ni potrudil niti toliko, da bi poskusil pojasniti razloge za spremembo. Ureditev GZ pa je v celoti in skoraj dobesedno prevzel GZ-1. Predpisi o graditvi objektov nadalje nalagajo investitorju, ki vloži zahtevo za izdajo gradbenega dovoljenja, da v postopku za njegovo pridobitev predloži dokazila o pravici graditi, če investitor v zemljiški knjigi nima

² Uradni list RS, št. 61/17, 72/17 – popr., 61/20, 65/20, 15/21 – ZDUOP in 199/21 – GZ-1.

³ 3. točka prvega odstavka 43. člen GZ.

⁴ Predlog Gradbenega zakona, Poročevalec Državnega zbora RS, 19. maj 2017, obrazložitev 43. člena.

vpisane lastninske ali druge stvarne pravice na nepremičninah (3. točka prvega odstavka 46. člena GZ-1). GZ-1 torej določa tudi način in dokazna sredstva, kako se v postopku izdaje gradbenega dovoljenja dokazuje obstoj enega od materialnopравnih pogojev za izdajo gradbenega dovoljenja. Ta pravila primarno povezujejo dokazovanje z izkazovanjem stanja vpisov v zemljiški knjigi oziroma izpolnjevanjem pogojev za izvedbo vpisa v zemljiško knjigo ter določajo druge listine, s katerimi lahko investitor dokazuje obstoj pravice. Pri tem se postavlja vprašanje, kako razumeti to določbo v povezavi z načelom proste presoje dokazov (10. člen ZUP) oziroma ali je mogoče v postopku izdaje gradbenega dovoljenja obstoj pravice graditi dokazovati tudi z drugimi dokaznimi sredstvi. Bolj ali manj gre za teoretično vprašanje, saj za stvarne pravice velja načelo publicitete. Čeprav je vpis stvarne pravice v zemljiško knjigo konstitutiven pogoj za pridobitev pravice samo na podlagi pravnoposlovnih pridobitev, so tudi drugi načini pridobitve stvarnih pravic povezani z nastankom listine, ki omogoča (deklaratorni) vpis pravice v zemljiško knjigo. Zato naj bo to vprašanje izziv za teorijo, ki obravnava splošni upravni postopek.⁵

Namen tega prispevka je v prvem delu obravnava pravic, katerih vsebina imetniku dopušča gradnjo, in način izkazovanja teh pravic oziroma (z) možnost in (ne)primernost njihovega izkazovanja s stanjem vpisov v zemljiški knjigi. V drugem delu pa bomo v tej povezavi posebej obravnavali skupno gradnjo kot poseben pravni institut, ki ga ureja ZEKom-2.

1. STVARNE PRAVICE, KI VSEBUJEJO UPRAVIČENJE GRADNJE

Veljavna zakonodaja s področja graditve objektov kot pravice, iz katerih izhaja pravica (upravičenje) graditi, določa samo stvarne pravice. Odlika stvarnih pravic je, da je zaradi njihove pravne narave (učinka *erga omnes*) vsebina vnaprej določena do te stopnje, da je iz samega tipa pravice mo-

⁵ Na primer, investitor v zahtevi za izdajo gradbenega dovoljenja navaja, da je priposestvoval stvarno pravico na nepremičnini, in predloži dokaze, s katerimi dokazuje izpolnjevanje pogojev za priposestvanje. Tak položaj bi se lahko pojavil pri nevpisanih stvarnih služnostih, ki so bile pridobljene na podlagi pravil o nepravem priposestvanju stvarne služnosti.

goče razbrati krog upravičenj imetnika. Deloma je izjema stvarna služnost, katere vsebina je določena v vsakem posameznem primeru. Po naravi stvari pa na mogočo zvezo z gradnjo kaže definicija pozitivne stvarne služnosti, iz katere izhaja, da lahko imetnik uporabi tujo nepremičnino. Hkrati pa velja za stvarne pravice načelo tipske prisile (2. člen SPZ), kar pomeni, da so pravice in njihova vsebina določene z zakonom. Zato po volji strank ni mogoče oblikovati novih stvarnopравnih položajev. Po naravi stvari pridejo v poštev poleg lastninske pravice, ki je osnovna kategorija stvarnega prava in model stvarne pravice, še služnosti in stavbna pravica. Stvarne pravice, katerih namen je zagotavljanje zavarovanja upnikove terjatve, pa pojmovno ne pridejo v poštev in tudi ne ustrezajo zahtevi iz 5. točke prvega odstavka 54. člena GZ-1.

1.1. Lastninska pravica

Lastninska pravica je najširša oblastvena pravica na stvari in odločanje glede gradnje na nepremičnini je sestavni del lastnikovih upravičenj. Določba prvega odstavka 37. člena SPZ opredeljuje vsebino lastninske pravice tako, da navaja temeljna lastninska upravičenja.⁶ Uporaba vsebinsko obsega pravico imeti stvar v posesti, jo uporabljati in uživati na najobsežnejši način. V to splošno opredelitev lastninskih upravičenj zato nedvomno spada tudi upravičenje graditve na nepremičnini. Upoštevati pa je treba, da je lastninska pravica omejena v javnem interesu in da mora lastnik nepremičnine pri izvrševanju svojih lastninskih upravičenj spoštovati omejitve lastninske pravice, ki so določene bodisi z oblastvenimi predpisi bodisi s pravicami drugih na tej nepremičnini. Meje oblastvenih posegov v lastninsko pravico določa 67. člen Ustave RS, ki določa, da se lastninska pravica lahko omeji tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija. In prav omejitve glede umeščanja in pogojev gradnje veljajo kot primer omejevanja lastninske pravice v javnem interesu.⁷ Prav tako pa za oblastveni poseg v lastninsko pravico štejemo tudi odvzem ali omejitev lastninske pravice zaradi doseganja javne koristi. Spet je podlaga določba Ustave RS

⁶ Matjaž Tratnik: Stvarnopравni zakonik s praktičnim komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2020, 37. člen.

⁷ Glej Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: Stvarno pravo. GV Založba, Ljubljana 2023, stran 51.

(69. člen), lastninska pravica pa se posamezniku največkrat odvzame prav zaradi nameravane graditve objekta v javno korist (203. člen ZUreP-3).⁸ Ta izhodišča smiselno veljajo tudi za omejitev lastninske pravice z ustanovitvijo omejene stvarne pravice v javno korist. Lastninska pravica je zaradi svoje vsebine osnovna pravica, katere vsebina je upravičenje gradnje. Zato za izkazovanje upravičenja gradnje zadošča že sam obstoj lastninske pravice na vseh nepremičninah, na katerih je načrtovana gradnja.

Nekateri lastniški položaji pa vendar zahtevajo nekoliko več pozornosti. Zaplete se lahko, če gre za lastninsko pravico več oseb. V takih primerih so preprostejše rešitve v odnosih skupne lastnine. Če je nepremičnina v skupni lastnini, se morajo o vsaki gradnji sporazumeti vsi skupni lastniki. Zato je soglasje vseh skupnih lastnikov potrebno tudi pri izkazovanju pravice gradnje. Seveda lahko nastopa kot investitor gradnje v skladu z dogovorom med njimi tudi eden od skupnih lastnikov, vendar morajo drugi skupni lastniki dati svoje soglasje za načrtovano gradnjo.

Precej bolj pa se lahko zaplete v solastniških razmerjih. Gradnja je v skladu z določbami GZ-1 širok pojem,⁹ ki zajema zelo različne gradbene posege. Res je, da ima večina gradenj vse lastnosti posla, ki presega redno upravljanje nepremičnine. Včasih pa je lahko načrtovana gradnja v funkciji vzdrževanja stvari, kar pomeni, da gre za posel rednega upravljanja nepremičnine. V takih primerih ne bo nobenega dvoma, da je pravica gradnje izkazana, če z načrtovano gradnjo soglašajo vsi solastniki. Vprašanje pa je, ali pri načrtovanih gradnjah, ki imajo naravo rednega upravljanja, zadošča, da se v postopku pridobitve gradbenega dovoljenja izkaže večina po solastniških deležih. Če tudi v teh primerih zahtevamo soglasje vseh solastnikov,

⁸ Prav vsi razlogi, ki pojasnjujejo namen razlastitve, se sklicujejo na gradnjo. Če so izpolnjeni pogoji, se nepremičnina lahko razlasti za naslednje namene: za gradnjo in prevzem objektov in omrežij gospodarske javne infrastrukture ter grajenega javnega dobra; za gradnjo in prevzem objektov za potrebe obrambe države, državnih rezerv, varnosti državljanov in njihovega premoženja ter varstva pred naravnimi in drugimi nesrečami; za gradnjo in prevzem objektov družbene infrastrukture; za gradnjo javnih najemnih stanovanj.

⁹ Glej 5. točko 3. člena ZG-1, ki v pojem gradnje uvršča tudi izvedbo vzdrževalnih del. Res je, da za vzdrževalna dela večinoma ni treba pridobiti gradbenega dovoljenja. Kljub temu pa je tudi za izvedbo nekaterih vzdrževalnih del treba pridobiti gradbeno dovoljenje, kar pomeni tudi to, da mora investitor izkazovati pogoj glede pravice gradnje.

se lahko tisti, ki želijo graditi, znajdejo v težkem položaju. Nejasen je že način, s kakšnim zahtevkom nastopiti proti solastniku, ki ne da soglasja. Odnosi med solastniki glede upravljanja stvari se rešujejo v nepravdnem postopku, vendar iz določbe 149. člena ZNP-1 izhaja, da je ta namenjen položajem, ko ni mogoče doseči soglasja glede nujnega vzdrževanja stvari. Sklep sodišča lahko v vsakem primeru štejemo za izkazovanje pravice graditi, zato se zdi smiselno, da lahko tak sklep sodišča nadomesti manjkajoče soglasje. Prav tako načeloma ni ovire, da manjkajočega soglasja od solastnika drugi solastniki ne bi zahtevali v pravdi. V obeh primerih pa je lahko postopek dolg, kar odmika izvedbo gradnje in posega v interes preostalih solastnikov. Njihovemu interesu bi bolj ustrezalo, če bi za izkazovanje pravice gradnje zadoščal sklep večine. V GZ-1 zahteva, da morajo vsi solastniki soglašati z gradnjo, ni zapisana in je v praksi bolj ali manj posledica domneve, da je gradnja posel, ki presega redno upravljanje stvari. Upoštevanje soglasja večine pa pomeni tveganje presoje, ali ima načrtovana gradnja naravo posla rednega upravljanja ali ne. Menim, da bi soglasje večine moralo zadoščati v vseh tistih primerih, ko načrtovana gradnja očitno pomeni posel rednega upravljanja.

Podobno kot za odnose med solastniki velja tudi za odnose med etažnimi lastniki, če se načrtovana gradnja nanaša na skupne dele etažne lastnine. Prav zaradi težav, ki so povezane s pridobivanjem soglasja večjega števila etažnih lastnikov, se je pri poslih, ki presegajo redno upravljanje, SZ-1 odmaknil od splošnega pravila SPZ. V 29. členu SZ-1 je določeno, da etažni lastniki o poslih, ki presegajo redno upravljanje skupnih delov, odločajo s soglasjem več kakor treh četrtin etažnih lastnikov glede na njihove solastniške deleže.¹⁰ Ob tem je posebej določeno, da to velja tudi za odločanje o gradbenih delih na skupnih delih večstanovanjske stavbe, za katera je treba pridobiti gradbeno dovoljenje v skladu z zakonom, ki ureja graditev, razen za spremembo namembnosti stanovanja v poslovni prostor v večstanovanjskih ali stanovanjsko poslovnih stavbah, za katero je treba pridobiti soglasje vseh etažnih lastnikov. Tu pa se lahko vprašamo, kakšen je položaj upravnika. Ena od splošnih nalog upravnika je tudi zastopanje etažnih lastnikov v poslih upravljanja. Pooblaščenost upravnika za zastopanje je

¹⁰ Glej Boštjan Udovič: Kaj spreminja predlog novele Stanovanjskega zakona (SZ-1E), v: Pravna praksa, št. 5/2021, priloga.

večkrat ponovljena in sklenemo lahko, da pri izkazovanju pravice graditi zadošča, da upravnik kot pooblaščenec etažnih lastnikov izjavi, da je bilo med njimi doseženo zahtevano soglasje v zvezi z gradnjo. Posebna ureditev etažne lastnine je dodaten argument, ki kaže na pravilnost stališča, da za posle, ki pomenijo redno upravljanje nepremičnine, zadošča, da je bil sklep sprejet z zahtevano večino.

Kar zadeva izkazovanje lastninske pravice, GZ-1 sledi splošnim publicitetnim načelom. Lastninska pravica se najprej izkazuje s stanjem vpisa v zemljiški knjigi. Za investitorja je gotovo najbolj smiselno, da pred vložitvijo zahteve za izdajo gradbenega dovoljenja uredi tudi zemljiškoknjižno stanje nepremičnine in poskrbi za to, da se lastninska pravica vpiše na njegovo ime. Kljub temu pa se lahko zgodi, da lastnik nepremičnine ni vpisan kot lastnik v zemljiški knjigi, pa bi vendarle želel na nepremičnini izvesti dela, za katera je potrebno gradbeno dovoljenje. Za te primere zakon določa nekaj drugih možnosti dokazovanja obstoja lastninske pravice (3. točka 46. člena ZG-1). Obstoj pravice se lahko dokazuje z:

- notarsko overjeno pogodbo o pridobitvi pravice, ki je predlagana za vpis v zemljiško knjigo;
- sodno ali upravno odločbo, ki mu omogoča gradnjo oziroma izvajanje del;
- sklepom o določitvi investitorja kot upravljavca nepremičnine, če gre za nepremičnino v lasti njegovega ustanovitelja, razen če je iz uradnih evidenc razvidno, da je investitor zakoniti upravljavec;
- ali drugo listino, ki v skladu z zakonom omogoča gradnjo oziroma izvajanje del.

Ta posebna dokazna sredstva so zelo omejena. Izvedba zemljiškoknjižnih vpisov je v zadnjih letih tekoča, zato zemljiškoknjižni postopki ne trajajo dolgo. Kljub temu pa je pravilno, da zakon omenja možnost, da se namesto stanja vpisa pravica izkazuje z listino, na podlagi katere bo izveden vpis. To je lahko rešitev v primerih, ko je v zemljiški knjigi pred predlogom za vpis pridobitve lastninske pravice vpisana plomba, ki zemljiškoknjižnemu sodišču preprečuje, da odloči o tem predlogu. Seveda pa mora ob predložitvi take listine upravna enota presoditi, ali predložena listina izpolnjuje pogoje za vpis. Ko gre za sodno ali upravno odločbo, je treba najprej dopolniti

zakonsko besedilo z razlago, da gre za pravnomočno odločbo. GZ-1 o vsebini odločbe molči. To je lahko najprej odločba, s katero pristojni državni organ odloči o obstoju lastninske pravice. Taka odločba je podlaga za vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo, pri čemer velja, da sama pravica nastane s trenutkom, ko odločba doseže predpisano kvaliteto pravnomočnosti ali dokončnosti, vpis v zemljiško knjigo pa je le deklaratorne narave.¹¹

Pridobitelj lahko takoj za tem predlaga vpis pridobitve lastninske pravice v zemljiško knjigo, spet pa se lahko zgodi, da predhodna plomba preprečuje izvedbo vpisa do odločitve v postopku, na katerega se plomba nanaša. Gre za smiselno enak položaj kot pri notarsko overjeni pogodbi, kjer postopek vpisa v zemljiško knjigo še teče. Predvsem v solastninskih razmerjih pa je treba upoštevati tudi odločbe, s katerimi se solastnikom naloži izvedba posla, ki je nujen za vzdrževanje nepremičnine v solastnini. To bo predvsem sodna odločba, izdana v nepravdnem postopku na podlagi 149. člena ZNP-1. Pri solastnini etažnih lastnikov na skupnih delih pa obstaja možnost, da odločbo glede izvedbe nujnih del izda tudi stanovanjska inšpekcija na podlagi 125. člena SZ-1. Sklep o določitvi investitorja kot upravljavca nepremičnine pride v poštev predvsem pri nepremičninah v lasti oseb javnega prava (država RS, občina). Gre za posebno izjemo, ko je investitor gradnje in oseba, ki zahteva izdajo gradbenega dovoljenja, nekdo, ki ni lastnik nepremičnine. Upravljavec nepremičnine v lasti oseb javnega prava se vpisuje v kataster nepremičnin (11. člen ZKN). Če je upravljavec vpisan za kataster, lahko štejemo, da ima ta vpis poseben pomen, saj izkazuje, da gre za upravljavca nepremičnine.

1.2. Služnost kot pravica gradnje

Tudi pri obravnavi služnosti kot pravice gradnje je treba ločeno obravnavati stvarne in osebne služnosti, saj gre za vsebinsko različna upravičenja imetnika služnosti na služeči stvari. Podlaga za gradnjo je lahko samo tista služnost, pri kateri ima imetnik upravičenje uporabljati služečo nepremičnino tako, da pri tem postavi oziroma vzdržuje objekt. Pri tem lahko objekt razumemo v pomenu iz 25. točke 3. člena ZG-1, torej kot stavbo ali gradbeni inženirski objekt. Vsaka služnost je za lastnika služeče nepremičnine

¹¹ Glej podrobneje Miha Juhart v: Miha Juhart, Matjaž Tratnik in Renato Vrenčur: Stvarnopravni zakonik s komentarjem. Uradni list, Ljubljana 2016, stran 276.

breme, ki ga mora trpeti in dopustiti določena ravnanja drugega na svoji nepremičnini. Imetnik služnosti pa mora svojo pravico izvrševati po načelu restrikcije na način, ki najmanj obremenjuje služčečo nepremičnino (*civiliter uti*).¹² Zato mora organ, ki odloča o gradbenem dovoljenju, preveriti, ali izkazana služnost po vsebini dopušča imetniku služnosti gradnjo na služči nepremičnini. To vprašanje je še posebej občutljivo pri stvarnih služnostih, saj gre za abstraktno pravico, katere vsebina je odvisna od okoliščin njene pridobitve. Pri preverjanju vsebine stvarne služnosti se je zato treba nasloniti zlasti na vpis, s katerim je stvarna služnost vpisana v zemljiško knjigo. Če je zaradi določne opredelitve pravice to potrebno, se v zemljiško knjigo vpiše tudi natančen opis vsebine pravice, kot izhaja iz listine, ki je podlaga za vpis. Če je opis preobsežen, se v vpisu navede mesto v listini, kjer je ta vsebina podrobneje opisana (četrti odstavek 14. člena ZZK-1).

1.3. Stvarne služnosti

Med stvarnimi služnostmi po vsebini ne izkazujejo pravice (upravičenja) gradnje negativne stvarne služnosti, saj gre pri njih za opuščanje ravnanj lastnika služčeče nepremičnine, in ne za možnost rabe služčeče nepremičnine. Zato v zemljiško knjigo vpisana negativna stvarna služnost imetniku ne izpolnjuje pogoja za izdajo gradbenega dovoljenja.

Pozitivne stvarne služnosti pa nimajo tipsko določene vsebine, ampak se njihova vsebina določa v vsakem primeru posebej. Pri presoji, ali vsebina služnosti izkazuje upravičenje graditi, je treba izhajati iz opisa služnosti v zemljiški knjigi oziroma iz natančnejšega opisa v listini, ki je podlaga za vknjižbo. Problem so tiste stvarne služnosti, ki so pridobljene z nepravim priposestvanjem, kjer za pridobitev stvarne služnosti zadošča, da priposestvovalec dvajset let pošteno izvršuje vsebino služnosti.¹³ V skladu s splošnimi pravili učinek priposestvanja (pridobitev pravice) nastopi s potekom priposestvalne dobe, vsebina služnosti pa ustreza obsegu ureničevanja služnosti, kot jo je izvrševal njen imetnik. Vsebina služnosti torej ni zapisana in omenili smo že, da je odrto vprašanje dokazovanja obstoja

¹² Glej podrobneje M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2016), stran 1021.

¹³ Glej podrobneje M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2016), stran 1052.

pravice z dokaznimi sredstvi, ki jih ZG-1 ne predvideva. Drugače za izkazovanje vsebine stvarne služnosti veljajo smiselno enaka pravila kot za izkazovanje lastninske pravice. Nasloniti se je treba predvsem na vpis v zemljiško knjigo oziroma listino, ki je podlaga za izvedbo takega vpisa, če je postopek vpisa odprt. V drugem odstavku 46. člena GZ-1 pa je določen še poseben način dokazovanja pravice, če gre nameravano gradnjo objektov gospodarske javne infrastrukture ali priključkov nanjo, ki se izvajajo v cestnem telesu javne ali nekategorizirane ceste, ki so javno dobro oziroma v občinski ali državni lasti. V tem primeru kot dokaz pride v poštev tudi soglasje upravljavca ceste, ki soglaša z nameravano gradnjo. Ta posebna določba rešuje problem nevpisanih služnosti, odpira pa seveda vprašanje, ali soglasje lahko nadomesti služnost.¹⁴

Podlaga za gradnjo so predvsem tiste pozitivne stvarne služnosti, pri katerih je že sama vsebina povezana s postavitvijo (gradnjo) objekta. Tako ni nobenega dvoma, da služnost poti oziroma vožnje upravičuje imetnika, da izvede gradnjo (gradbeni inženirski objekt), ki je za to potrebna. Enako velja tudi za druge služnosti s podobno vsebino, kot so služnost postavitve napeljave preko služečega zemljišča, postavitve stebra na služečem zemljišču, vzidave ali naslonitve tramu na zgradbo, ki je na služeči nepremičnini, in podobno.

Pri presoji primernosti pa je seveda treba upoštevati tudi možnost, da je izvrševanje stvarne služnosti omejeno le na del služeče nepremičnine, kar pomeni, da se mora tudi načrtovana gradnja omejiti v tem okviru. Velik korak pri tem pomeni nova ureditev katastra nepremičnin, ki predvideva, da se pri zemljiški parceli vodi tudi podatek o območju stvarne služnosti. Območje služnosti se v kataster nepremičnin vpiše po parcelah s poligoni območja služnosti, za parcelo pa se vpišeta identifikacijska oznaka območja služnosti in površina območja služnosti na parceli (četrty odstavek 18. člena ZKN). Ob izvedenem vpisu območja stvarne služnosti v kataster je mogoče preveriti, ali nameravana gradnja ustreza vsebini pravice, ki jo kot podlago za gradnjo navaja investitor.

Če sklenemo, je pri stvarni služnosti kot pravici, ki upravičuje gradnjo, treba upoštevati tako njeno vsebino (namen) kot tudi način izvrševanja.

¹⁴ Glej 3. člen ZCes-2.

Organ, ki presoja upravičenost gradnje, mora pri tem upoštevati tudi splošno pravilo, da je treba služnost izvrševati obzirno in na način, ki najmanj obremenjuje služečo nepremičnino. Stvarne služnosti se morajo utesnjevati, kolikor dopuščata njen namen in narava.¹⁵ Kakšna ravnanja pomenijo dopustno izvrševanje služnosti, je odvisno od vsebine služnosti, pri njihovi presoji pa je treba vselej primarno izhajati iz interesa služeče nepremičnine. Kljub temu pa so se v teoriji in praksi izoblikovala nekatera pravila, ki pojasnjuje načelo najmanjše obremenitve:

1. če obstaja dvom o vsebini stvarne služnosti, se šteje, da služnost obstaja v obsegu, ki je blažji za služečo nepremičnino;
2. posledica novih potreb gospodujočega zemljišča ni razširitev služnosti;
3. če se služnost izvršuje le na delu služeče nepremičnine, lahko lastnik služečega zemljišča zahteva, da se izvrševanje služnosti prestavi tja, kjer je zanj ugodneje.¹⁶

To pa seveda velja tudi za objekt, ki ga je mogoče postaviti.

Interes lastnika služeče nepremičnine je treba v postopku odločanja o gradbenem dovoljenju varovati in po naravi stvari gradnja imetnika služnosti vselej pomeni podlago za sodelovanje lastnika služeče nepremičnine v postopku na podlagi drugega odstavka 48. člena GZ-1. Lastnik služeče nepremičnine lahko nameravani gradnji nasprotuje z navedbo, da vsebina služnosti sploh ne dovoljuje gradnje oziroma da načrtovana gradnja prekoračuje vsebino služnosti ter bi jo bilo treba izvesti drugje na nepremičnini ali v manjšem obsegu od predlaganega.

1.4. Osebna služnost

Pravica gradnje lahko izhaja tudi iz osebne služnosti. V poštev pride predvsem služnost užitka, za služnosti rabe in stanovanja pa smiselno veljajo enaka pravila. Za osebno služnost užitka je značilno, da užitkarja upravičuje služečo stvar uporabljati in jo uživati tako, da se ohranja njena substanca. Zato mora užitkar služečo stvar vzdrževati kot dober gospodar v skladu

¹⁵ Tone Frantar: Stvarno pravo: stvarne pravice, posest, nujne poti, meje, kmetijska zemljišča. Gospodarski vestnik, Ljubljana 1993, stran 207.

¹⁶ Obren Stanković in Miodrag Orlić: Stvarno pravo, 3. izmenjeno i dopunjeno izd. Naučna knjiga, Beograd 1986, stran 294.

z njenim gospodarskim namenom. Užitkar nedvomno izkazuje upravičenost za vse tiste gradnje, ki spadajo v okvir vzdrževanja stvari, vendar pa pri tem ne sme spreminjati namembnosti stvari.¹⁷ Za take posege užitkar ne potrebuje soglasja lastnika in jih lahko opravi celo, če lastnik temu nasprotuje. Če pride v času trajanja užitka do naključnega uničenja stvari, je mogoče užitkarju priznati tudi pravico opraviti izredna popravila. Čeprav zakon tega posebej ne ureja, se zdi smiselno, da ima užitkar v okviru svojega pravnega položaja tudi možnost izvedbe izboljšav. Podobno kot pri stvarni služnosti velja, da lastnik služee nepremičnine izpolnjuje pogoje iz drugega odstavka 48. člena GZ-1 in mu je treba priznati položaj stranskega udeleženca v postopku.

1.5. Neprava stvarna služnost

Enako kot stvarno služnost je treba obravnavati tudi nepravo stvarno služnost iz 226. člena SPZ.¹⁸ Neprava stvarna služnost je po svoji vsebini podobna stvarni služnosti, vendar jo nekatere značilnosti približujejo osebni služnosti. Tako neprava stvarna služnost po vsebini pomeni rabo služee nepremičnine (pozitivna neprava stvarna služnost), kar zadošča pogoju stvarne pravice, iz katere izhaja upravičenje graditi. Stična točka med osebno in nepravo stvarno služnostjo pa je v tem, da se neprava stvarna služnost ustanavlja v korist določene osebe, in ne v korist gospodujočega zemljišča. Gospodarska korist služnosti za točno določeno gospodujoče zemljišče torej ni pogoj za nastanek neprave stvarne služnosti, ampak zadošča, da njena vsebina koristi določeni osebi. Zato zakon glede nastanka in prenehanja neprave stvarne služnosti napotuje na uporabo pravil, ki veljajo za osebne služnosti.

Ker je bila neprava stvarna služnost v SPZ oblikovana kot novost, so se po uveljavitvi tega instituta pojavila nekatera vprašanja v zvezi z razlago njene narave. Predvsem se je pokazalo, da je za služnosti, katerih vsebina je povezana z infrastrukturnimi omrežji, pomembna pomanjkljivost časovna omejenost, ki je kot obvezno pravilo določeno za osebne služnosti. Drugi

¹⁷ Glej podrobneje M. Vrenčur v: M. Juhart, M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2016), stran 1084.

¹⁸ Glej podrobneje M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2016), stran 1104.

odstavek 227. člena SPZ določa, da osebna služnost, ki je ustanovljena v korist pravne osebe, ne sme trajati dlje kot 30 let. S to določbo naj bi zakonodajalec sledil temeljni značilnosti osebnih služnosti, katerih značilnost je, da so časovno omejene. Ta časovna omejitev pa nesporno velja tudi za neprave stvarne služnosti, ki se glede nastanka ravna po pravilih za osebne služnosti. Po začetni ureditvi je bilo nadalje sporno, ali je nepravna stvarna služnost prenosljiva, kar je značilnost stvarne služnosti, ki prehaja skupaj z lastninsko pravico na gospodujočem zemljišču, ali pa je osebna služnost neprenosljiva, kar je značilnost osebnih služnosti.

Navedene dileme so bile odpravljene z uveljavitvijo novele SPZ-B, s katero se je spremenila oziroma dopolnila določba 226. člena.¹⁹ S to dopolnitvijo se je v okviru splošnega instituta neprave stvarne služnosti oblikovala posebna kategorija nepravih stvarnih služnosti, za katere veljajo posebna pravila. Ta so določena z novim drugim in tretjim odstavkom 226. člena SPZ, ki sta glede na splošno ureditev neprave stvarne služnosti specialna (*lex specialis*) in se uporabita, če sta izpolnjena naslednja pogoja:

1. nepravna stvarna služnost se ustanavlja v korist osebe, ki upravlja gospodarsko javno infrastrukturo v javno korist;
2. služnost je ustanovljena za namen upravljanja te infrastrukture.

Prvi pogoj je subjektivne narave in se nanaša na lastnost osebe, v katero korist se ustanavlja nepravna stvarna služnost. Pri tem je pomembna predvsem lastnost osebe in opravljanje njene dejavnosti. Drugi pogoj pa je objektivne narave in se nanaša na vsebino služnosti. Predvsem je pomembno, da služnost nastane zaradi potreb delovanja javnega infrastrukturnega omrežja. Tako kot je pri stvarni služnosti pomembno, da je služnost ustanovljena zaradi koristi gospodujoče nepremičnine, je pri posebni vrsti neprave stvarne služnosti (lahko bi jo imenovali infrastrukturna ali omrežna služnost) pomembna povezava med vsebino služnosti in delovanjem omrežja. Taka služnost se podeljuje prav zaradi delovanja omrežja. Čeprav zakonsko besedilo govori o služnosti z namenom upravljanja infrastrukture, ni nobenega dvoma, da vsebina te posebne oblike neprave stvarne služnosti obsega tako gradnjo kot tudi vsa dejanja, ki so potrebna za delovanje in vzdrževanje

¹⁹ Glej podrobneje Miha Juhart: Stvarnopravni zakonik z novelama SPZ-A in SPZ-B z uvodnimi pojasnili. GV Založba, Ljubljana 2022.

infrastrukturnega omrežja. Namen zakonodajalca je zelo jasen. Ustvari naj se pravna podlaga, ki bo omogočala vzpostavitev primerne pravnega razmerja med lastnikom zemljišča in izvajalcem infrastrukturne dejavnosti, ki poteka preko omrežja. Ta posebna oblika neprave stvarne služnosti ima dve pomembni pravni značilnosti, ki jo ločujejo od pojavnosti splošne neprave stvarne služnosti. Taka nepravna stvarna služnost se lahko ustanovi za čas trajanja, ki je daljši od 30 let oziroma celo za nedoločen čas. Predvsem ne velja omejitev iz drugega odstavka 227. člena SPZ, ki določa časovno omejenost osebnih služnosti. Seveda pa je treba biti previden predvsem pri razlagi trajanja, če je služnost ustanovljena za nedoločen čas. V takem primeru služnost traja toliko časa, dokler so izpolnjeni pogoji, ki morajo biti izpolnjeni, da gre za poseben pravni režim. V trenutku ko omrežje preneha delovati ali izgubi lastnost javne infrastrukture, ni več razloga za časovno neomejeno omejitev lastninske pravice na obremenjeni nepremičnini. Druga pomembna posebnost, ki velja za posebno vrsto neprave stvarne služnosti, pa je, da ni nobenega dvoma glede prenosljivosti te služnosti. Služnost je omejeno prenosljiva in se lahko prenese na novega upravljalca gospodarske javne infrastrukture (tretji odstavek 226. člena SPZ). Tudi v tem primeru pa je treba spoštovati subjektivni pogoj posebne ureditve in je prenos dopusten samo v primerih, ko se upravljevalec infrastrukture spreminja v skladu z zakonom.

Za dokazovanje obstoja in druga vprašanja, povezana z nepravo stvarno služnostjo kot stvarno pravico, ki vsebuje pravico graditi, smiselno veljajo pravila, ki veljajo za stvarne služnosti.

1.6. Stavbna pravica

Končno je treba omeniti kot pravico gradnje še stavbno pravico. Gradnja objekta je vsebovana že v definiciji stavbne pravice in v tem pogledu je položaj imetnika stavbne pravice podoben položaju lastnika zemljišča. Prav možnost imeti v lasti stavbo, ki je zgrajena na tujem zemljišču, je glavna odlika stavbne pravice, ki ji daje posebno mesto v sistemu stvarnega prava. Uporaba instituta v praksi pa je pokazala, da se stavbna pravica zelo redko ustanavlja tako, da bi lastnik nepremičnine z ustanovitvijo stavbne pravice celotno rabo nepremičnine prepustil imetniku stavbne pravice. V večini primerov se pravno razmerje stavbne pravice oblikuje na način, ki ga na-

kazuje drugi odstavek 259. člena SPZ, in se na nepremičnini vzpostavlja skupna raba lastnika zemljišča in imetnika stavbne pravice.²⁰ Sodobni načini gradnje danes omogočajo, da je na nepremičnini hkrati postavljenih več objektov, ki jih je mogoče samostojno in skladno z njihovim namenom uporabljati. V takih razmerjih je omejitev trajanja stavbne pravice lahko povsem neprimerna in nepotrebna. Časovna omejenost stavbne pravice na devetindevetdeset let je bila odpravljena z novelo SPZ-B (drugi odstavek 256. člena SPZ).²¹

Temeljno upravičenje imetnika stavbne pravice v času njenega trajanja je raba tuje nepremičnine. Obseg rabe je lahko različen in se dogovori s pogodbo o ustanovitvi stavbne pravice. Če raba imetnika stavbne pravice s pogodbo ni omejena, je treba v dvomu šteti, da lastnik zemljišča na imetnika stavbne pravice prenaša celotno upravičenje rabe stvari kot lastninsko upravičenje in s tem ohranja le golo lastninsko pravico. Takšno oblikovanje razmerja pride v poštev predvsem takrat, kadar je predmet stavbne pravice zemljišče, predvideno za gradnjo objekta. Kot je že bilo zapisano, pa lahko stavbna pravica vzpostavlja tudi delitev upravičenja rabe med lastnika zemljišča in imetnika stavbne pravice. Zaradi stvarnopravne narave stavbne pravice je tudi v tem primeru obremenjena nepremičnina (zemljišče) kot celota, ne pa tisti njen del, ki ga imetnik stavbne pravice dejansko uporablja.

Upravičenje rabe imetnika stavbne pravice je namensko. Tuje zemljišče lahko imetnik stavbne pravice uporabi za zgraditev (ohranitev) stavbe in s tem povezane namene. Pravica imetnika stavbne pravice se nadalje razteza tudi na uživanje nepremičnine, kolikor je to povezano z namensko rabo (259. člen SPZ). Stavbna pravica ni osebna pravica, ki bi imetnika zavezovala, da zemljišče in zgradbo osebno uporablja. Stavba ali njen del se lahko odda v najem in upravičenec do vseh koristi iz tega naslova je imetnik stavbne pravice. Zato je mogoče položaj imetnika stavbne pravice primerjati s položajem užitkarja.

²⁰ Podrobneje M. Juhart v: M. Juhart, M. Tratnik in R. Vrenčur, nav. delo (2023), stran 687.

²¹ Glej podrobneje M. Juhart, nav. delo (2022).

2. OBLIGACIJSKE PRAVICE

Kot je bilo prikazano zgoraj, obligacijska pravica ni več določena kot pravica, na podlagi katere lahko investitor izkazuje pravico graditi. Kaj je razlog za tako utesnjevanje, ni povsem jasno. So pa nekateri obligacijskopравни položaji taki, da lahko pri nosilcu obligacijske pravice obstaja interes gradnje. To velja predvsem za najemnika oziroma zakupnika nepremičnine.

Izvem obligacijske pravice iz kroga pravic, ki izkazujejo obstoj upravičenja gradnje, je pri najemu in zakupu težko pojasniti tudi zaradi pravne narave pravice najemnika oziroma zakupnika, ki ima v našem pravu elemente, ki pravice po vsebini približujejo stvarnim pravicam. Pravica najemnika oziroma zakupnika je varovana tudi v razmerju do tretjih oseb že na podlagi zakonske določbe. Ker na podlagi najemne oziroma zakupne pogodbe ni več mogoče izkazati upravičenja gradnje, mora najemnik oziroma zakupnik vprašanja, povezana z gradnjo, urediti z najemodajalcem oziroma zakupodajalcem, ki lahko prevzame vlogo investitorja, vprašanja v zvezi z izvedbo graditve pa se uredijo s posebno pogodbo, s katero se stranki dogovorita o načinu, kako se bo izvedla gradnja. Zato se lahko utemeljeno vprašamo, ali ne bi bilo primernejše, da bi lahko kot investitor gradnje nastopal kdorkoli, ki mu lastnik nepremičnine dovoli izvedbo gradnje. Vsebina pravnega razmerja med lastnikom zemljišča in investitorjem gradnje ni predmet javnega interesa, zato bi se lahko zakonodaja sprostila. Za izjavo (soglasje, dovoljenje), s katero lastnik dovoljuje gradnjo na svoji nepremičnini, pa bi se zaradi varovanja lastninskega interesa lahko predpisala tudi oblika pisne listine z overjenim podpisom lastnika.

Matija Damjan

Služnost v javno korist kot podlaga za gradnjo in uporabo omrežij

1. UVOD

Vodi, ki tvorijo telekomunikacijsko omrežje, so v večjem delu napeljani nad ali pod zemljišči, ki niso v lasti operaterja omrežja. Prav tako so na tujih nepremičninah pogosto postavljeni objekti in tehnološka oprema omrežja, ki omogočajo prenos signalov po žicah (na primer komutacijska ali usmerjevalna oprema, vključno z neaktivnimi omrežnimi elementi) ali brezžični prenos signala (bazne postaje in antene za mobilni ali satelitski prenos podatkov). Za gradnjo, vzdrževanje in nemoteno delovanje omrežij mora torej operater oziroma investitor gradnje omrežja ustrezno urediti razmerje z lastniki nepremičnin, po katerih poteka omrežje. To je potrebno tudi z vidika gradbenih predpisov. Izvedba komunalnih priključkov in drugih omrežij namreč po sodni praksi pomeni gradnjo oziroma izvajanje gradbenih del, za kar je potrebno gradbeno dovoljenje.¹ Gradbeni zakon (GZ-1)² pa v 5. točki prvega odstavka 54. člena od investitorja zahteva, da za pridobitev gradbenega dovoljenja izkaže, da je lastnik ali imetnik stvarne pravice, ki mu daje pravico graditi na tuji nepremičnini, na kateri je predvidena gradnja – v primeru omrežij torej vseh nepremičnin, na katerih

¹ Glej sodbe Upravnega sodišča RS I U 68/2010 z dne 16. maja 2011, I U 174/2009 z dne 28. maja 2009 in I U 2141/2009 z dne 7. oktobra 2010.

² Uradni list RS, št. 199/21, 105/22 – ZZNŠPP in 133/23.

bo postavljena infrastruktura omrežja oziroma prek katerih bodo napeljani vodi, ki tvorijo omrežje.

Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2)³ kot poglavitno stvarnopravno podlago za gradnjo omrežij na tujih nepremičninah predvideva služnost v javno korist. V 23. členu zakon določa, da se lastninska ali druga stvarna pravica na nepremičninah lahko v javno korist odvzame ali omeji, kadar je to potrebno zaradi gradnje, postavitve, obratovanja in vzdrževanja javnega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture. Pri tem zakon določa, da je treba javno komunikacijsko omrežje načrtovati tako, da so posegi v tujo lastnino čim manjši.

Čeprav ZEKom-2 izrecno govori samo o služnosti, je glede na namen in vsebino te pravice jasno, da gre pri tem za služnost v javno korist v smislu Zakona o urejanju prostora (ZUreP-3).⁴ V skladu z 10. členom ZEKom-2 se namreč javno komunikacijsko omrežje in pripadajoča infrastruktura šteta za gospodarsko javno infrastrukturo, izrecno pa je tudi določeno, da je gradnja javnih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture v javno korist. Pravila o služnostih v javno korist kot podlaga za gradnjo in uporabo telekomunikacijskih omrežij so tako določena v treh zakonih. Splošna ureditev služnosti je določena v Stvarnopravnem zakoniku (SPZ),⁵ specialnejša ureditev služnosti v javno korist je vsebovana v ZUreP-3, še bolj specialna pravila glede služnosti v javno korist za potrebe telekomunikacijskih omrežij pa določa ZEKom-2. Določbe teh predpisov je treba uporabljati v medsebojni povezavi, pri čemer imajo določbe specialnejšega zakona prednost pred določbami splošnejšega zakona.

³ Uradni list RS, št. 130/22 in 18/23 – ZDU-10.

⁴ Uradni list RS, št. 199/21, 18/23 – ZDU-10, 78/23 – ZUNPEOVE in 95/23 – ZIUOPZP.

⁵ Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

2. POJEM IN VSEBINA SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

2.1. Pojem služnosti v javno korist

Služnost v javno korist splošno opredeljuje 221. člen ZUreP-3, ki določa, da se lastninska pravica na nepremičnini lahko začasno ali trajno obremeni s služnostjo v javno korist, če je to nujno potrebno za gradnjo omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture ali njihovo nemoteno delovanje. Če tako določa poseben zakon, pa se lahko služnost ustanovi tudi za gradnjo ali nemoteno delovanje omrežij in objektov druge javne infrastrukture.⁶

Institut služnosti v javno korist je v slovenskem pravu leta 2003 pod tem imenom prvič izrecno uredil Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1),⁷ in sicer z enako definicijo kot v sedanjem zakonu. Vendar je zakonodaja že pred tem predvidevala, da se kot stvarnopravna podlaga za gradnjo infrastrukturnih omrežij ustanovi služnost. Ni pa bilo v zakonih jasno opredeljeno, za kakšno vrsto služnosti pri tem gre (osebna, stvarna ali *sui generis* služnost) in kdo naj bo njen imetnik. Zakon o razlastitvi in prisilnem prenosu nepremičnin v družbeni lastnini (ZRPPN)⁸ iz leta 1980 je omogočal trajno omejitev lastninske pravice oziroma pravice uporabe nepremičnine s prisilno ustanovitvijo služnosti. Zakon o stavbnih zemljiščih (ZSZ)⁹ iz leta 1997 je v 28. členu določal, da se lastninska ali druga stvarna pravica na nepremičnini lahko v javno korist omeji z ustanovitvijo služnosti prehoda, prevoza ali gradnje objektov in omrežij javne infrastrukture. Glede na enak namen instituta in podoben javnopravni način ustanovitve je treba tudi na teh podlagah ustanovljene služnosti danes obravnavati kot služnosti v javno korist in ne »navadne« zasebnopravne služnosti.

Treba je poudariti, da javna infrastruktura, zaradi katere se ustanavlja služnost v javno korist, ni nujno v javni lasti, ampak je zanjo odločilno, da se

⁶ Natančna analiza pojmov iz teh določb je predstavljena v Plavšak, str. 14–17.

⁷ Uradni list RS, št. 110/02, 8/03 – popr., 58/03 – ZZK-1, 33/07 – ZPNačrt, 108/09 – ZGO-1C, 80/10 – ZUPUDPP in 61/17 – ZUreP-2.

⁸ Uradni list SRS, št. 5/80, 30/87, 20/89, Uradni list SFRJ, št. 83/89, Uradni list RS – stari, št. 44/90 – Odl. US, 10/91, Uradni list RS/I, št. 17/91 – ZUDE, Uradni list RS, št. 13/93, 66/93, 29/95 – ZPDF in 44/97 – ZSZ.

⁹ Uradni list RS, št. 44/97, 67/02 – ZV-1, 110/02 – ZUreP-1 in 110/02 – ZGO-1.

uporablja za zagotavljanje določenih storitev javnosti in ni namenjena le lastnikovi lastni rabi. To je razvidno iz definicije javnega komunikacijskega omrežja v 23. točki 3. člena ZEKom-2: Gre za elektronsko komunikacijsko omrežje, ki se v celoti ali pretežno uporablja za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev, ki omogočajo prenos informacij med omrežnimi priključnimi točkami. Javna komunikacijska storitev pa je v skladu z definicijo iz 21. točke istega člena vsaka javno dostopna elektronska komunikacijska storitev.

V javnem interesu je, da je ljudem zagotovljena dobava elektronskih komunikacij, enako tudi energije ali vode, saj je to nujno za nemoteno delovanje sodobne družbe. Če posamezna infrastrukturna dejavnost poteka kot gospodarska dejavnost, kar velja za telekomunikacije in energetiko, potem delovanje javne infrastrukture služi tudi zasebnemu interesu izvajalca dejavnosti, vendar to še ne izključuje obstoja javnega interesa. Mora pa najprej zakon določiti, da je neka dejavnost v javno korist. Iz drugega odstavka 221. člena ZUreP-3 izhaja, da sta v javno korist postavitev in nemoteno delovanje omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture na splošno. Za področje telekomunikacij 10. člen ZEKom-2 izrecno določa, da se javno komunikacijsko omrežje in pripadajoča infrastruktura štejeta za gospodarsko javno infrastrukturo. V skladu z istim členom se šteje, da je v javno korist gradnja javnih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture, gradnja elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture za potrebe varnosti, policije, obrambe in zaščite, reševanja in pomoči ter gradnja drugih elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture na nepremičninah v lasti oseb javnega prava, nad temi nepremičninami ali pod njimi.¹⁰ Po istem členu se vzdrževanje komunikacijskih objektov, ki so del elektronskih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture, šteje za vzdrževalna dela v javno korist, tudi če omrežja niso namenjena zagotavljanju opravljanja gospodarske javne službe.

Služnost v javno korist v temelju ostaja stvarnopravni instrument, čeprav s poudarjenimi javnopravnimi elementi, zato se zanjo smiselno uporabljajo pravila Stvarnopravnega zakonika (SPZ)¹¹ o služnostih. Tukaj prihaja

¹⁰ ZEKom-2 torej širi možnost ustanovitve služnosti v javno korist tudi na zasebna komunikacijska omrežja, če se gradijo na nepremičninah oseb javnega prava.

¹¹ Uradni list RS, št. 87/02, 91/13 in 23/20.

do stičišča civilnopravne in javnopravne ureditve služnosti.¹² Pri pravnem obravnavanju služnosti v javno korist je torej treba povezano uporabiti določbe SPZ, ZUreP-3 in ZEKom-2, pri čemer imajo po načelu specialnosti določila ZUreP-3 prednost pred določili SPZ, določila ZEKom-2 kot sektorskega predpisa pa prednost pred določili ZUreP-3.

2.2. Vsebina služnosti v javno korist

ZUreP-3 ne opredeljuje vsebine služnosti v javno korist. Ta se podrobneje določi v vsakem posameznem primeru glede na potrebe konkretne javne koristi, zaradi katere se ustanavlja. Vsebina služnosti v javno korist je lahko kakršnakoli utesnitev lastninske pravice v obliki lastnikove dolžnosti dopustitve določenih ravnanj služnostnega upravičenca ali opustitve določenih lastnih ravnanj. Značilna upravičenja služnostnega upravičenca na telekomunikacijskem področju (torej operaterja omrežja) določa prvi odstavek 26. člena ZEKom-2:

1. gradnja, postavitve, obratovanje in vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture;
2. dostop do elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture za potrebe njihovega obratovanja in vzdrževanja;
3. odstranjevanje naravnih ovir pri gradnji, postavitvi, obratovanju in vzdrževanju elektronskega komunikacijskega omrežja.

V navedenih primerih mora lastnik služeče nepremičnine dopuščati določena ravnanja drugega subjekta na tej nepremičnini. Vsebina služnosti v javno korist je lahko tudi dolžnost opuščanja sicer dovoljenih ravnanj lastnika služeče nepremičnine, zlasti omejitev lastnikovih posegov v varovalnem pasu okrog infrastrukturne naprave (gradnja objektov, sajenje dreves itd.).¹³ Take obveznosti se lahko za konkretno služnost v javno korist kot obveznost lastnika služeče nepremičnine podrobneje opredelijo v pogodbi oziroma upravni odločbi, s katero se služnost ustanovi. V skladu s splošnim pravilom *servitus in faciendo consistere nequit* pa lastnik služeče nepremičnine nikoli ni zavezan k aktivnemu ravnanju.¹⁴

¹² Tratnik (2005), str. III.

¹³ Plavšak, str. 13–14; Juhart, v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 895; Erdelič, str. 8.

¹⁴ Zakonodaja tudi ne predvideva ustanovitve stvarnega bremena v javno korist.

3. OBLIKA SLUŽNOSTI V JAVNO KORIST

3.1. Stvarnopravna kvalifikacija služnosti v javno korist

Po obliki in vsebini se služnost v javno korist zgleduje po klasičnih služnostih, ki jih ureja SPZ, vendar jim po obliki in vsebini ne ustreza v celoti, ker so klasične služnosti ustanovljene zaradi zasebnega interesa služnostnega upravičenca, služnost v javno korist pa je vedno podrejena javnemu interesu, zaradi katerega je ustanovljena. Ta vidik je treba upoštevati pri smiselni uporabi stvarnopravnih pravil v zvezi s služnostmi v javno korist.¹⁵

SPZ pozna tri vrste služnosti: osebne, stvarne in neprave stvarne služnosti. Za vpis v zemljiško knjigo mora biti jasno, v obliki katere od navedenih treh vrst služnosti je ustanovljena služnost v javno korist. ZUreP-3 glede tega ne postavlja omejitev, tako da načeloma pridejo v poštev vse tri oblike. Vendar lahko osebno služnost bolj ali manj izključimo, saj nobeden od treh tipov osebnih služnosti (užitek, raba ali stanovanje), ki jih določa 228. člen SPZ, ni primeren kot podlaga za gradnjo infrastrukturnih omrežij in objektov.¹⁶ Vsebina služnosti v javno korist se določi glede na potrebe graditve in nemotenega delovanja infrastrukture, zaradi katere se služnost ustanavlja. Tovrstno prilagajanje vsebine služnosti potrebam konkretnega razmerja je značilno za stvarne služnosti. Od klasičnih stvarnih služnosti pa se služnost v javno korist razlikuje po tem, da se ne ustanovi v korist vsakokratnega lastnika gospodujočega zemljišča, temveč v korist vsakokratnega upravljavca infrastrukture. O gospodujočem zemljišču pri služnostih v javno korist praviloma ni mogoče govoriti.¹⁷

¹⁵ Tako tudi Plavšak, str. 12–13.

¹⁶ Tratnik in Vrenčur, str. 72.

¹⁷ Prim. Juhart, v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 895. Prim. sodbo Višjega sodišča v Kopru Cp 531/2011 z dne 12. oktobra 2011, točka 5 obrazložitve: »Postavitev električnega daljnovoda preko nepremičnin, ki so v lasti različnih lastnikov, po logiki stvari same ne more predstavljati stvarne služnosti, ker je za stvarno služnost pomembno razmerje med dvema nepremičninama, ki sta v lasti različnih lastnikov: služneče nepremičnine, ki omogoča izvrševanje služnosti in je služnost ustanovljena v breme le-te, in gospodujoče nepremičnine, v korist katere je služnost ustanovljena. Tožeča stranka je v konkretni zadevi zatrjevala, da naj bi gospodujočo nepremičnino predstavljala parcela št. 376/1 k.o. D., na kateri se prične daljnovod. To dejstvo tej nepremičnini ne daje statusa gospodujoče nepremičnine. Ostale nepremičnine,

Služnost v javno korist je mogoče oblikovati kot stvarno služnost samo, če zakon določi fikcijo, da se določena nepremičnina v lasti upravljavca infrastrukture (na primer zemljišče, kjer stoji temeljni infrastrukturni objekt, iz katerega izhaja omrežje) lahko šteje za gospodujoče zemljišče celotnega omrežja in z njim povezanih služnosti. Tako rešitev na primer izrecno omogočata četrti odstavek 473. člena Energetskega zakona (EZ-1)¹⁸ in tretji odstavek 36. člena Zakona o žičniških napravah za prevoz oseb (ZŽNPO).¹⁹ V odsotnosti take zakonske fikcije služnosti v javno korist najbolj ustreza pravna oblika neprave stvarne služnosti.²⁰ Ta je opredeljena v 226. členu SPZ, po katerem se služnost, ki je po svoji vsebini stvarna služnost, lahko ustanovi tudi v korist določene osebe. V obdobju pred uveljavitvijo SPZ je sodna praksa take položaje kvalificirala kot nepravilno stvarno služnost v skladu s pravnim pravilom iz § 479 Občega državlanskega zakonika (ODZ),²¹ ki je prav tako dopuščal ustanovitev stvarne služnosti v korist posamezne osebe.²² Služnost v javno korist, ki je ustanovljena v obliki neprave stvarne služnosti, pa v nobenem primeru ni ustanovljena zaradi zasebnega interesa konkretnega služnostnega upravičenca, ampak zaradi javnega interesa za nemoteno delovanje infrastrukture, s katero ta upravlja. Upravljavec infrastrukture je tako samo nosilec pravice, ki je ustanovljena v korist njegovega omrežja.

preko katerih teče daljnovod, namreč ne omogočajo boljšega gospodarskega izkoriščanja prve nepremičnine, kjer se daljnovod prične, kar je bistvo stvarne služnosti, ampak gre le za neprekinjen tek daljnovoda, ki se prične na prvi nepremičnini. Zato je logično, da je takšno nepravo služnost mogoče ustanoviti le v korist določenega subjekta, ki je nosilec infrastrukturne dejavnosti.«

¹⁸ Uradni list RS, št. 60/19 – uradno prečiščeno besedilo, 65/20, 158/20 – ZURE, 121/21 – ZSROVE, 172/21 – ZOEE, 204/21 – ZOP in 44/22 – ZOTDS.

¹⁹ Uradni list RS, št. 126/03, 56/13, 33/14 in 200/20.

²⁰ Prim. sodbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2777/2009 z dne 27. oktobra 2009 in II Cp 2947/2011 z dne 23. maja 2012.

²¹ JGS Nr. 946/1811, 970/1846, RGBI. Nr. 217/1859, 9/1860, 108/1860, 131/1867, 49/1868, 62/1868, 4/1869, 110/1895, 276/1914, 208/1915 in 69/1916.

²² Glej sodbo in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1022/2008 z dne 29. novembra 2012.

3.2. Opredelitev služnostnega upravičenca in prenosljivost služnosti v javno korist

Služnost v javno korist mora omogočati funkcionalnost javne infrastrukture ne glede na to, kdo je njen trenutni upravljavec oziroma lastnik. Pravica mora biti zato prenosljiva: če se upravljavec javnega komunikacijskega omrežja zamenja (na primer zaradi statusnih sprememb ali pogodbenega prenosa dejavnosti na drugo družbo), mora novi upravljavec postati tudi služnostni upravičenec pri vsaki od služnosti, na podlagi katerih je bilo zgrajeno in obratuje omrežje. Služnost v javno korist mora torej učinkovati v korist vsakokratnega upravjavca določene infrastrukture (lahko bi celo dejali, da kar v korist infrastrukture same). To v ZUreP-3 ni izrecno zapisano, vendar logično izhaja iz namena take služnosti, ki je v zakonu izrecno opredeljen kot omogočanje gradnje omrežij in objektov gospodarske javne infrastrukture oziroma njihovega nemotenega delovanja.²³ ZEKom-2 v 23. in nadaljnjih členih kot služnostnega upravičenca določa operaterja omrežja, vendar brez izrecnega določila, da gre za *vsakokratnega* operaterja. Nekateri sektorski zakoni so glede tega jasnejši. EZ-1 tako v 473. členu določa, da se pogodbe o ustanovitvi služnosti v javno korist sklepajo v korist vsakokratnega operaterja posamezne infrastrukture ali v korist gospodujočega zemljišča.

Če je služnost v javno korist ustanovljena kot stvarna služnost (na primer po pravilih EZ-1 ali ZŽNPO), se vsakokrat prenese na novega upravičenca hkrati s prenosom lastninske pravice na gospodujoči nepremičnini. V enem koraku se torej prenesejo vse služnosti, ki so vezane na to nepremičnino, in takih služnosti je za potrebe omrežja lahko več sto. Zato je bistveno, da se kot gospodujoča določi taka nepremičnina, ki je funkcionalno tesno povezana z infrastrukturo in se bo vedno prenašala skupaj z lastnino infra-

²³ Enako Plavšak, str. 10 in 13. Višje sodišče v Kopru je v sklepu CDn 199/2019 z dne 13. novembra 2019 zapisalo, da služnosti v javno korist niso primarno namenjene konkretno določeni osebi, temveč osebi, ki je nosilec dejavnosti, katere del je javna korist, v bistvenem razlikuje od nepravih stvarnih služnosti (226. člen SPZ). Omogočati morajo funkcionalnost javne infrastrukture, ne glede na to, kdo je njen trenutni upravljavec. Zato morajo biti prenosljive. V sodbi Cpg 171/2019 z dne 16. januarja 2020 je isto sodišče pojasnilo, da je vsebina služnosti v javno korist taka, da jo lahko izvršuje vsak, ki uporablja gospodujoče zemljišče oziroma omenjeno komunalno infrastrukturo.

strukture (na primer centrala ali ključna razcepna točka omrežja), ne pa na primer zemljišče s poslovno stavbo upravljavca.

Če je služnost v javno korist ustanovljena kot neprava stvarna služnost, kar je precej pogostejše, pa do težav s prenosljivosti pride zato, ker zemljiškoknjžni predpisi ne dovoljujejo vpisa služnosti v korist vsakokratnega upravljavca infrastrukture oziroma nosilca določene dejavnosti, ampak se lahko taka neprava stvarna služnost glasi samo na točno določeno osebo.²⁴ Pri služnosti v javno korist seveda ni bistvena individualna identiteta služnostnega upravičenca, ampak njegova dejavnost upravljanja z javno infrastrukturo,²⁵ zato ne pride v poštev smiselna uporaba 229. člena SPZ o neprenosljivosti v korist določene osebe ustanovljenih služnosti, ampak je vedno treba dopustiti prenos služnosti v javno korist na drugega upravljavca javne infrastrukture, če se ta zamenja.²⁶ To je bilo v zakonu jasneje urejeno leta 2020, ko je novela SPZ-B²⁷ v 226. člen SPZ vnesla nov tretji odstavek. Ta določa, da se služnost, ustanovljena za namen upravljanja gospodarske javne infrastrukture, prenese na novega upravljavca, če se v skladu z zakonom, ki ureja gospodarsko javno infrastrukturo, spremeni oseba, ki upravlja to infrastrukturo v javno korist.

V novejši praksi je v pogodbah o ustanovitvi služnosti v javno korist in na njihovi podlagi opravljenih vknjižbah običajen zapis, da je služnost ustanovljena v korist operaterja in njegovih pravnih naslednikov. Novi upravljavec infrastrukture torej lahko doseže zemljiškoknjžni prenos pravice nase, če z ustreznimi listinami dokaže pravno nasledstvo. Problem prenosa služnosti v javno korist tako ostaja praktične narave, ker je na ta način treba zemljiškoknjžno izvesti prenos vsake obstoječe služnosti posebej, teh pa je

²⁴ Juhart, v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 896.

²⁵ Glej sodbo Upravnega sodišča RS U 2488/2008 z dne 26. januarja 2010: »Služnost v javno korist se personificira v osebi, ki opravlja dejavnost, katere sestavni del je javna korist. Zato se ustanovi v korist nosilca infrastrukturne dejavnosti, in to kot subjekta z določeno lastnostjo (upravljalca infrastrukture) in ne kot določene osebe. Ker se po drugem odstavku 14. člena ZZK pri vpisu pridobitve pravice navede imetnik te pravice, če zakon ne določa drugače, takšne drugačne določbe pa ZUreP-1 niti EZ nimata, se služnost glasi na točno določeno osebo.«

²⁶ Juhart, v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 896; Plavšak, str. 16; D. Tršan, str. I–II.

²⁷ Zakon o spremembah in dopolnitvah Stvarnopravnega zakonika, Uradni list RS, št. 23/20.

pri obsežnejših infrastrukturnih omrežjih lahko na stotine. *De lege ferenda* bi bila optimalna rešitev najbrž uvedba sistema enolične identifikacije infrastrukturnih omrežij v posebnem registru in sprememba zemljiškoknjižne zakonodaje, tako da bi se služnost lahko vknjižila v korist vsakokratnega upravljavca konkretnega omrežja, označenega z enolično identifikacijo. Tako bi se hkrati s prenosom upravljanja omrežja z enim vpisom v registru omrežij samodejno zamenjal tudi služnostni upravičenec pri vseh služnostih v javno korist, ustanovljenih za potrebe tega omrežja.

3.3. Trajanje služnosti v javno korist

Zakonska ureditev služnosti v javno korist dlje časa ni izrecno urejala trajanja take služnosti, če je bila ta ustanovljena v obliki neprave stvarne služnosti. Po prvem odstavku 226. člena SPZ se namreč glede nastanka in prenehanja neprave stvarne služnosti uporabljajo zakonska določila o osebnih služnostih. Drugi odstavek 227. člena SPZ pa določa, da je osebna služnost v korist pravne osebe lahko ustanovljena za največ trideset let. Pri služnostih v javno korist je služnostni upravičenec skoraj vedno pravna oseba, vendar omejitve trajanja take služnosti ne bi bila združljiva z namenom zagotavljanja nemotenega delovanja javne infrastrukture, ki se navadno postavlja za dlje kot trideset let. Podobno kot stvarna služnost lahko obstaja, vse dokler je potrebna za uporabo gospodujoče nepremičnine (222. člen SPZ), mora služnost v javno korist obstajati, vse dokler obstaja in obratuje javna infrastruktura, zaradi katere je bila ustanovljena.²⁸ Težavo je odpravila novela SPZ-B, ki je v 226. člen dodala nov drugi odstavek. Ta določa, da se neprava stvarna služnost, ki je ustanovljena v korist upravljavca gospodarske javne infrastrukture in za namen upravljanja te infrastrukture v javno korist, lahko ne glede na drugi odstavek 227. člena SPZ ustanovi za čas, ki je daljši od trideset let, ali za nedoločen čas, razen če drug zakon določa drugačen čas trajanja take služnosti.

Da se služnost v javno korist lahko ustanovi za nedoločen čas, izhaja tudi iz prvega odstavka 221. člena ZUreP-3, po katerem se lastninska pravica na nepremičnini lahko trajno obremeni s služnostjo v javno korist (ena-

²⁸ Vrenčur (2009), str. 18. Enako Vrenčur (2012), str. 12, 15 in 19. Drugače glede trajanja služnosti v javno korist Tratnik (2009), str. 94; tudi Tratnik in Vrenčur, str. 80.

ko določbo je vsebovala predhodna zakonodaja).²⁹ ZEKom-2 pa v prvem odstavku 27. člena določa, da se služnost v javno korist sklene v takem obsegu in za tako obdobje, kot je nujno potrebno za gradnjo, postavitev, obratovanje ali vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja in za čas obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture.³⁰

Te določbe pa razjasnjujejo le dopustnost ustanovitve služnosti v javno korist za nedoločen čas, vezan na dejansko obratovanje telekomunikacijske infrastrukture. V primerih, ko je bilo v pogodbi ali upravni odločbi o ustanovitvi služnosti v javno korist izrecno določeno, da se ta ustanavlja za dobo trideset let ali neko krajšo dobo, taka časovna omejitev služnosti seveda velja in je ni mogoče spregledati kar na podlagi zakona. Če name-rava operater po izteku tako ustanovljene služnosti še naprej uporabljati infrastrukturo na tujih nepremičninah, mora z njihovimi lastniki doseči dogovor o podaljšanju služnosti v javno korist oziroma tako podaljšanje doseči v upravnem postopku.

Navezava trajanja služnosti na potrebe delovanja javne infrastrukture lahko pripelje tudi do predčasnega prenehanja služnosti. Skladno z določbo 224. člena ZUreP-3 namreč upravni organ na predlog lastnika oziroma upravičenca z odločbo ukine služnost v javno korist, ko ta ni več nujno potrebna za izvedbo namena, zaradi katerega je bila ustanovljena. Enako rešitev določa 30. člen ZEKom-2, ki temu dodaja možnost, da upravni organ ukine služnost na zahtevo lastnika nepremičnine tudi, če nosilec upravičenj v treh letih ni začel izvrševati upravičenj, razen če za to obstajajo utemeljeni razlo-

²⁹ Plavšak, str. 17. Glej tudi sodbo Upravnega sodišča RS U 2488/2008 z dne 26. januarja 2010: »Primarna uporaba specialnega predpisa (ZUreP-1 in EZ) po mnenju sodišča omogoča tudi razlago, da služnost v javno korist po EZ ni omejena z rokom trajanja 30 let iz drugega odstavka 227. člena SPZ. Prvi odstavek 110. člena ZUreP-1 namreč določa, da se lastninska pravica na nepremičnini lahko začasno ali trajno obremeni s služnostjo v javno korist.«

³⁰ Vrhovno sodišče RS je v sodbi II Ips 97/2018 z dne 28. noembra 2019 pojasnilo, da pri služnostih v javno korist, kjer je služnostni upravičenec skoraj vedno pravna oseba, omejitev trajanja take služnosti ne bi bila združljiva z namenom zagotavljanja nemotenega delovanja javne infrastrukture, saj se ta večinoma postavlja za obdobje, daljše od trideset let. Specialna in sektorska zakonodaja zato omogočata ustanovitev služnosti za nedoločen čas, točneje za čas, potreben za gradnjo oziroma postavitev, vzdrževanje in obratovanje javne infrastrukture.

gi. Operater torej ne sme pridobivati služnosti v javno korist »na zalogo«, če te (še) niso potrebne za gradnjo oziroma obratovanje telekomunikacijskega omrežja. Navedene določbe o upravni ukinitvi služnosti v javno korist niso vezane samo na primere, ko je bila služnost ustanovljena z upravno odločbo. Glede na to je treba šteti, da lahko v primeru prenehanja potrebe po obstoju služnosti v javno korist upravni organ na predlog lastnika služne nepremičnine oziroma služnostnega upravičenca ukine tudi tako služnost, ki je bila ustanovljena s pogodbo ali pridobljena s priposestvom, in to ne glede na čas nastanka služnosti.

4. UREJANJE SLUŽNOSTI ZA OBSTOJEČO INFRASTRUKTURO

4.1. Neurejeno pravno stanje telekomunikacijske infrastrukture

Zakon določa, da se služnost v javno korist ustanovi še pred gradnjo oziroma postavitvijo telekomunikacijske infrastrukture na nepremičninah. Lastnik nepremičnine, na kateri bo infrastruktura postavljena, lahko služnost ustanovi prostovoljno, na podlagi pogodbe z operaterjem omrežja, ki bo investiral v izgradnjo. Če dogovora o ustanovitvi služnosti ni mogoče doseči, lahko operater zahteva, da o prisilni ustanovitvi služnosti odloči pristojni upravni organ (osmi odstavek 27. člena ZEKom-2).³¹

Investitorji telekomunikacijske infrastrukture pa so se v (nedavni) preteklosti namesto ustanavljanja služnosti pogosto zadovoljili že s pridobitvijo bolj ali manj formalnih soglasij lastnikov nepremičnin, na katerih so

³¹ Za podroben prikaz postopka ustanovitve služnosti v javno korist glej poglavje dr. Katje Štemberger Brizani. Vrhovno sodišče RS je v sodbi II Ips 110/2019 z dne 6. februarja 2020 obravnavalo vprašanje, ali je mogoče z ustanovitvijo negativne stvarne služnosti, ki na služne nepremičnini prepoveduje postavitev oziroma obstoj objektov gospodarske javne infrastrukture, izključiti možnost ustanovitve služnosti v javno korist na tej parceli. Sklenilo je, da je taka negativna služnost sicer dopustna, vendar učinkuje le na zasebnopravnem področju, torej le kot zasebnopravna omejitev lastninske pravice. Ne izključuje pa negativna služnost možnosti prisilne ustanovitve služnosti v javno korist. Na področje javnega prava namreč negativna služnost ne seže.

postavili posamezne objekte in naprave omrežja oziroma prek katerih so napeljali telekomunikacijske vode. Zlasti kadar so prizadete osebe z izgradnjo napeljave tudi same pridobile dostop do telefonskega priključka ali optičnega omrežja, s pridobivanjem takih soglasij ni bilo težav. Včasih so soglasja namesto samega investitorja zbirali kar organi krajevnih skupnosti, na območju katerih se je infrastruktura gradila. Obstoj in vsebina takih soglasij nista vpisana v zemljiško knjigo, vendar se odsotnost vpisa v preteklosti ni posebej problematizirala in so se na tej podlagi izdajala tudi gradbena dovoljenja. Stvarnopravni položaj tako zgrajene telekomunikacijske infrastrukture na tujih nepremičninah pa ostaja neurejen, kar danes lahko povzroča spore.³²

Naknadni pridobitelj služee nepremičnine, ki s sklicevanjem na načelo zaupanja v zemljiško knjigo trdi, da jo je v dobri veri pridobil neobremenjeno, od operaterja lahko zahteva odstranitev infrastrukture ali plačilo odškodnine. Če gre za tehnično pomembne in drage dele omrežja, ki jih ni mogoče zlahka nadomestiti oziroma prestaviti, ima lastnik nepremičnine v razmerju do telekomunikacijskega operaterja dober pogajalski položaj. Za operaterja lahko težava nastane tudi brez takih zahtevkov lastnika, če je potrebna nadgradnja omrežja, za katero se zahteva gradbeno dovoljenje, saj mora investitor za pridobitev tega dovoljenja izkazati, da ima (stvarnopravno) pravico graditi. To pomeni, da mora operater za že zgrajeno infrastrukturo naknadno pridobivati ustrezno služnost v javno korist, bodisi pogodbeno bodisi v postopku za prisilno ustanovitev služnosti. Če je bil zadevni element omrežja postavljen brez gradbenega dovoljenja, lahko naknadno prisilno ustanovitev služnosti v javno korist oteži stališče Upravnega sodišča, da je javna korist za gradnjo telekomunikacijske infrastrukture izkazana samo pod pogojem, da je *gradnja* v skladu s predpisi. Pristojni upravni organ pri odločanju o ustanovitvi služnosti ne sme preprosto šteti, da je pridobitev služnosti nujen pogoj za obratovanje ali vzdrževanje omrežja in pripadajoče infrastrukture v obsegu, kot sta bila že zgrajena nezakonito.³³

³² Podrobneje o razlogih za neurejeno stanje glej Damjan, str. 92–94.

³³ Glej sodbi Upravnega sodišča RS IV U 11/2013-19 z dne 25. februarja 2014 in IV U 260/2014 z dne 11. marca 2015.

4.2. Urejanja položaja obstoječe infrastrukture po posebnih predpisih

Zakonodajalec je v nekaterih zakonih skušal v njihovih prehodnih določbah (vsaj delno) rešiti neurejeni stvarnopravni položaj infrastrukture, ki se je v času uveljavitve zakona že nahajala na tujih nepremičninah. Drugi odstavek 271. člena SPZ določa, da v primerih, če po prejšnjih predpisih (tj. predpisih o gradnji na nepremičninah v družbeni lastnini) lastnik zgradbe ni isti kot lastnik zemljišča, postane z dnem uveljavitve tega zakona zgradba sestavina nepremičnine, lastnik zgradbe pa pridobi na nepremičnini stavbno pravico, ki traja toliko časa, dokler stoji zgradba. V družbenolasninskem stvarnem pravu namreč ni bilo trdno uveljavljeno načelo povezanosti objekta in zemljišča, zato je lahko bil objekt v zasebni lasti, čeprav je stal na zemljišču, ki je bilo družbena lastnina. Po pravilih o lastninjenju družbene lastnine je lahko lastnik zemljišča postala druga oseba kot lastnik objekta, kar pa v današnjem lastninskem sistemu zahteva obstoj posebne pravne podlage, ki pretrga načelo *superficies solo cedit*. SPZ taka razmerja ureja z ustanovitvijo stavbne pravice neposredno na podlagi zakona (*ex lege*), kadar so za to izpolnjeni zakonski pogoji. Ta določba bi v posameznih primerih lahko prišla v poštev tudi v zvezi z grajeno infrastrukturo, saj je stavbna pravica v takem položaju primerljiva s služnostjo oziroma imetniku te pravice jasno daje tudi lastninsko pravico na objektu, ki je postavljen na podlagi stavbne pravice.³⁴

Posebno rešitev za telekomunikacijsko infrastrukturo določa 306. člen ZEKom-2, po katerem morajo lastniki zemljišč, po katerih potekajo ali na katerih se gradijo ali postavljajo elektronska komunikacijska omrežja, dovoliti nadaljnjo uporabo svojih zemljišč za potrebe gradnje ali postavitve, vzdrževanja in obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja, če so sami ali njihovi pravni predniki pisno izrazili strinjanje s tako uporabo ali če pravico gradnje operaterji izkažejo z gradbenim dovoljenjem. Tako pridobljena pravica operaterja vsebuje upravičenja, ki jih vsebuje služnost v javno korist po ZEKom-2³⁵ in jo je treba izvrševati na enak način, torej

³⁴ Damjan, str. 98.

³⁵ Gre za naslednja upravičenja: 1. gradnja, postavitve, obratovanje in vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture; 2. dostop do elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture za potrebe

tako, da le v najnujnejšem obsegu moti lastnika nepremičnine in obremenjuje služneče zemljišče. Rešitev temelji na ugotovitvi, da se v tipičnem primeru na podlagi takega pisnega strinjanja zgrajeno omrežje oziroma druga telekomunikacijska infrastruktura uporablja že leta ali celo desetletja, ne da bi lastnik nepremične temu ugovarjal.

Na podlagi 306. člena ZEKom-2 torej služnost v javno korist nastane izvenknjižno, na podlagi neformalnega dogovora med lastnikom služneče nepremičnine in operaterjem, v katerem je lastnik operaterju dal pisno dovoljenje za gradnjo telekomunikacijske infrastrukture na tej nepremičnini. Vsebina tega pisnega strinjanja v zakonu ni podrobneje opredeljena. Glede na namen urejanja statusa obstoječe infrastrukture je treba razlagati, da zadošča kakršenkoli zapis, iz katerega jasno izhaja, da je lastnik služneče nepremičnine seznanjen z investitorjevim namenom gradnje telekomunikacijske infrastrukture na tej nepremičnini, in tej gradnji ne nasprotuje. Točna formulacija pisne izjave ni pomembna, če je v njej lastnikova volja jasno izražena kot enostransko podano strinjanje, soglasje, dovoljenje ipd. ali kot dvostranski dogovor, sporazum ali pogodba med obema strankama.³⁶ Čeprav tak dokument ne izpolnjuje pogojev za vknjižbo služnosti v zemljiško knjigo, mu je zakon iz praktičnih razlogov naknadno pripisal neposredne stvarnopravne posledice. Pravzaprav je tako prišlo do izvenknjižne ustanovitve služnosti v javno korist za potrebe telekomunikacijskega omrežja.³⁷ Seveda je povsem mogoče, da lastnik služneče nepremičnine ne priznava tako nastale služnosti, tako da mora operater v primeru spora oziroma če mora služnost izkazati z uradno listino, obstoj služnosti še vedno uveljavljati v pravdi. Take težave se lahko pojavijo tudi v zvezi z omogo-

njihovega obratovanja in vzdrževanja; in 3. odstranjevanje naravnih ovir pri gradnji, postavitvi, obratovanju in vzdrževanju elektronskega komunikacijskega omrežja.

³⁶ Prim. sodbo Upravnega sodišča RS II U 177/2014 z dne 5. novembra 2014.

³⁷ Treba je omeniti, da je Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-224/00 z dne 9. maja 2002 sprejelo stališče, da izjave lastnikov zemljišč, da dopuščajo poseg v svoje zemljišče, dane v postopku pridobitve lokacijskega dovoljenja za gradnjo ali rekonstrukcijo (tedaj ceste), ne ustrezajo pojmu pravnega posla za pridobitev stvarnopravne pravice (točka 17 obrazložitve). Vendar iz tega še ni mogoče sklepati na morebitno ustavno nesprejemljivost rešitve iz 306. člena ZEKom-2, saj je šlo pri tem za razlago zakonodaje, in ne Ustave. Poleg tega je v primeru obremenitve lastnine s služnostjo poseg v lastninsko pravico bistveno milejši od odstopa zemljišč državi oziroma občini, tako da je lažje utemeljiti sorazmernost s cilji javnega interesa.

čanjem dostopa in skupne uporabe infrastrukture drugim operaterjem na podlagi nevknjižene služnosti v javno korist.

ZEKom-2 je sicer že četrti zakon po vrsti s področja telekomunikacij, ki v prehodnih določbah predvideva *ex lege* ureditev razmerja glede že obstoječih omrežij na tujih zemljiščih na podlagi izkazanega pisnega soglasja lastnikov zemljišč s postavitvijo takega omrežja. Enako rešitev je določal že 155. člen Zakona o telekomunikacijah (ZTel-1)³⁸ iz leta 2001, 164. člen Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom)³⁹ iz leta 2004 in 238. člen ZEKom-1 iz leta 2012.⁴⁰ ZEKom-2 je že prej veljavno rešitev razširil z določbo, da lahko pravico gradnje operaterji izkažejo tudi z gradbenim dovoljenjem, na podlagi katerega so gradili zadevno telekomunikacijsko omrežje. Rešitev temelji na ugotovitvi, da je gradbena zakonodaja ves čas predpisovala, da mora investitor v postopku za pridobitev gradbenega dovoljenja izkazati, da ima pravico graditi na zadevnih zemljiščih. Investitor je torej moral upravnemu organu predložiti vsaj pisno soglasje lastnika, kar je v obrazložitvi izdanega gradbenega dovoljenja pogosto tudi izrecno zapisano. Vendar 306. člen ZEKom-2 ne zahteva takega izrecnega zapisa v obrazložitvi odločbe, saj že iz samega obstoja gradbenega dovoljenja izhaja, da je bilo v postopku izkazano lastnikovo strinjanje s tako uporabo njegove nepremičnine.

Ohranjanje te posebne zakonske rešitve že v četrtem zakonu zapovrstjo nakazuje, da je telekomunikacijske infrastrukture na tujih zemljiščih, katere stvarnopravni položaj ni ustrezno pravno urejen, še vedno veliko. Tak poenostavljeni postopek pridobitve služnosti v javno korist prinaša tveganje, da se bodo operaterji tudi v prihodnje zanašali na možnost pridobitve služnosti že na podlagi navadne pisne izjave lastnika zemljišča, namesto da bi poskrbeli za formalno ustanovitev služnosti in njeno vknjižbo. Vendar je ta nevarnost manjša kot nekdanj. Dandanes namreč taka izjava lastnika zemljišča operaterju ne omogoča pridobitve gradbenega dovoljenja, saj je pravica graditi na tuji nepremičnini v 54. členu GZ-1 opredeljena kot

³⁸ Uradni list RS, št. 30/01, 110/02 – ZGO-1 in 43/04 – ZEKom.

³⁹ Uradni list RS, št. 13/07 – uradno prečiščeno besedilo, 102/07 – ZDRad, 110/09, 33/11 in 109/12 – ZEKom-1.

⁴⁰ Damjan, str. 99–102.

stvarna pravica, zato navadno obligacijsko dovoljenje za gradnjo praviloma ne zadošča.

4.3. Priposestvanje služnosti v javno korist

Če za urejanje neurejenega položaja telekomunikacijskega omrežja na tujih nepremičninah ne pride v poštev omenjena posebna zakonska rešitev, se postavi vprašanje, ali lahko operater služnost v javno korist pridobi tudi s priposestvanjem. Pri starejši infrastrukturi, ki je bila zgrajena že vsaj dvajset let pred uveljavitvijo SPZ 1. januarja 2003, je po sodni praksi upravljavec infrastrukturnega omrežja lahko priposestvoval nepravilno stvarno služnost po pravilih ODZ.⁴¹ ODZ je sicer kot pogoj za priposestvanje služnosti določal tridesetletno pristno in pošteno posest,⁴² vendar je naša sodna praksa po uveljavitvi Zakona o temeljnih lastninskopravnih razmerjih (ZTLR)⁴³ tudi za priposestvanje osebnih in nepravilnih služnosti uveljavila enake pogoje, kot jih je ZTLR določal za priposestvanje stvarnih služnosti: dejansko izvrševanje služnosti več kot dvajset let brez nasprotovanja lastnika služeče stvari.⁴⁴ V skladu s prvim odstavkom 266. člena SPZ se lahko tudi po uveljavitvi SPZ začnejo postopki za ugotovitev obstoja služnosti, ki so bile pridobljene po prej veljavnih predpisih, saj so stvarne pravice, pridobljene pred uveljavitvijo SPZ, ostale še naprej v veljavi, vendar z vsebino, kot jo ureja nova zakonska ureditev.⁴⁵ V skladu s tem je treba pred 1. januarjem 2003 priposestvano nepravilno stvarno služnost po ODZ zdaj obravnavati kot nepravo stvarno služnost po 226. členu SPZ. Če je taka služnost namenjena obratovanju javne telekomunikacijske infrastrukture na tujih zemljiščih, gre pri tem tudi za služnost v javno ko-

⁴¹ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 1022/2008 z dne 29. novembra 2012, točka 11. Glej tudi sodbi Višjega sodišča v Kopru Cp 531/2011 z dne 12. oktobra 2011 in Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2253/2012 z dne 31. januarja 2013, v katerih sta sodišči zavzeli stališče, da operater daljnovoda oziroma plinovoda lahko priposestvuje nepravilno služnost po pravilih ODZ.

⁴² Glej Koziol, Bydlinski in Bollenberger, str. 1722, 1733 in 1736; Finžgar, str. 49–50 in 119.

⁴³ Uradni list SFRJ, št. 6/80, 20/80 – popr., 36/90 in Uradni list RS, št. 87/02 – SPZ.

⁴⁴ Glej sodbi in sklepa Vrhovnega sodišča RS II Ips 2/1999 z dne 9. septembra 1999 ter II Ips 1022/2008 z dne 29. novembra 2012, točka 10.

⁴⁵ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 221/2011 z dne 22. junija 2011.

rist z vsebino, kot jo urejata 221. člen ZUreP-3 in 26. člen ZEKom-2. To med drugim pomeni, da je tudi priposestovano služnost v javno korist, ki je naknadno postala nepotrebna, mogoče ukiniti na podlagi 224. člena ZUreP-3 oziroma 30. člena ZEKom-2.

S 1. januarjem 2003 sta hkrati začela veljati SPZ, ki je na novo celovito uredil služnosti, in ZUreP-1, ki je v slovenskem pravu uvedel pojem služnosti v javno korist. Nova ureditev je prinesla dvom, ali je služnost v javno korist (še) mogoče priposestovati. ZUreP-1 je izrecno urejal samo ustanovitev služnosti v javno korist s pogodbo ali odločbo, ne pa tudi s priposestovanjem, in enaka ureditev je ohranjena tudi v sedanjem ZUreP-3. Vendar odsotnosti izrecne ureditve ni mogoče šteti za prepoved priposestovanja, saj je tudi starejša zakonodaja podobno urejala le možnost prisilne ustanovitve služnosti za potrebe javne infrastrukture, pa tega sodišča niso štela za prepoved priposestovanja take služnosti. Drug pomislek zoper možnost priposestovanja izhaja iz tega, da se služnost v javno korist največkrat pojavlja v obliki neprave stvarne služnosti. Ker 226. člen SPZ glede nastanka in prenehanja nepravilnih stvarnih služnosti napotuje na uporabo pravil o osebnih služnostih, pri katerih priposestovanje ni predvideno,⁴⁶ bi to pomenilo, da se tudi nepravna stvarna služnost lahko pridobi samo s pravnim poslom ali odločbo.⁴⁷ V teoriji je sicer sporno, ali je ta razlaga pravilna, saj so nepravne stvarne služnosti po vsebini bolj podobne stvarnim kot osebnim služnostim.⁴⁸ To izrazito velja tudi za služnosti v javno korist, ki morajo služiti vsakokratnemu upravljavcu infrastrukture, tako kot stvarna služnost služi vsakokratnemu lastniku gospodujoče nepremičnine.⁴⁹ Možnost priposestovanja služnosti v javno korist narekujejo tudi potrebe pravne varnosti. Pravno stanje javnih infrastrukturnih omrežij je treba uskladiti z dejanskim stanjem, ki je v naravi vzpostavljeno že več desetletij z vsaj tiho privolitvijo

⁴⁶ Vrenčur v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 945. Vrenčur, *Pravne značilnosti ...*, str. 34.

⁴⁷ Takšno stališče zastopa Erdelič, str. 9.

⁴⁸ Tratnik (2005), str. V–VI. Avtor v 17. opombi opozarja, da je spremenil svoje stališče glede tega vprašanja, ki ga je zavzel v uvodnih pojasnilih k Stvarnopravnemu zakonu (Tratnik (2010), str. 146).

⁴⁹ ZTel-1 iz leta 2001 je v 54. členu izrecno določil, da se za služnost napeljave smiselno uporabljajo določbe o stvarnih služnostih iz zakona, ki ureja stvarne pravice, v 155. členu pa je izrecno omenjal tudi možnost priposestovanja služnosti napeljave po pravilih priposestovanja stvarnih služnosti.

vseh udeleženih lastnikov. Nemoteno delovanje javne infrastrukture pa je tudi v javnem interesu.⁵⁰

Za priposestvanje služnosti v javno korist za potrebe javnih infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih je treba torej smiselno uporabiti pogoje, ki veljajo za priposestvanje stvarnih služnosti. Določeni so v 217. členu SPZ, ki razlikuje med dvema vrstama priposestvanja glede na dobro vero priposestvovalca. Za pravo priposestvanje gre, če lastnik gospodujoče stvari stvarno služnost dejansko izvršuje v dobri veri, da je služnost že pridobil. V takem primeru do priposestvanja pride po desetih letih neprekinjenega izvrševanja služnosti. Do nepravlega priposestvanja pa pride ne glede na dobro vero lastnika gospodujoče stvari, če ta dejansko izvršuje služnost dvajset let in lastnik služne stvari temu ne nasprotuje.⁵¹ Pravo priposestvanje pride v poštev zlasti v primerih, ko pravni naslov za pridobitev služnosti obstaja, vendar ni bil realiziran z veljavno vknjižbo služnosti v zemljiški knjigi.⁵² Priposestvovalec mora zato služnost izvrševati na način in z vsebino, ki ustreza (pomanjkljivemu) pravnemu naslovu, na katerem temelji njegova dobra vera.⁵³

Vrhovno sodišče je v odločbah II Ips 210/2014 z dne 8. oktobra 2015 in II Ips 282/2016 z dne 6. septembra 2018 zavzelo stališče, da je priposestvanje služnosti v javno korist mogoče, vendar samo ob pogoju stroge presoje dobre vere. Nedobroverno priposestvanje služnosti v javno korist (drugi odstavek 217. člena SPZ) po mnenju sodišča ne pride v poštev, ker bi sicer javnopravni subjekt z okupacijo služne nepremičnine in dvajsetletnim samovoljnim izvrševanjem služnosti lahko obšel pravila o razlastitvi in opravil dejansko razlaščajoč poseg, kar bi bilo ustavno nedopustno. Če pa javnopravni subjekt izvršuje služnost v dobri veri, zlasti na podlagi prav-

⁵⁰ Damjan in Vlahek, str. 155–157.

⁵¹ Pogoji za nepravo priposestvanje služnosti so enaki tistim, ki jih je predpisoval ZTLR, možnost dobrovernega priposestvanja služnosti v desetletni dobi pa je novost, ki jo je uvedel SPZ.

⁵² Dobra vera ne more biti *a priori* izključena zgolj zato, ker se izvrševalec stvarne pravice na podlagi zavezovalnega posla ni vknjižil. Sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1317/2011 z dne 12. oktobra 2011.

⁵³ Juhart, v: Juhart, Tratnik in Vrenčur, str. 902. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 428/2007 z dne 15. aprila 2010 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 852/2012 z dne 11. aprila 2012.

nega posla z lastnikom zemljišča, potem je priposestevanje služnosti v javno korist mogoče, tudi če je pravni posel neodplačen, če je le iz okoliščin primera jasno, da je tako stanje plod pristne volje lastnika.

Čeprav Vrhovno sodišče govori o strogi presoji dobre vere, ta pojem pravzaprav razlaga precej široko, saj nedobroverno priposestevanje služnosti enači s primeri samovoljnega izvrševanja služnosti proti volji lastnika služne nepremičnine. Po drugi strani je videti, da za utemeljitev dobre volje zadošča že pisno soglasje lastnika služne nepremičnine, čeprav pri tem ne gre za pravni posel, ki bi izrecno ustanavljal služnost (dejansko stanje sicer iz obrazložitve sodbe ni natančno razvidno). Vsaj del teorije za dobroverno priposestevanje zahteva obstoj pravnega posla, ki bi omogočal vpis služnosti v zemljiško knjigo. Res pa je bila sodna praksa pri razlagi merila dobre vere že doslej precej dobrohotnejša od pravne teorije.⁵⁴

Tudi Ustavno sodišče je v odločbi Up-849/14 z dne 27. septembra 2018 poudarilo, da se s priposestevanjem služnosti v javno korist ne sme legalizirati dejanska razlastitev nepremičnine, saj položaj lastnika nepremičnine ni ustavno varovan le v okviru 33. člena Ustave (pravica do zasebne lastnine in dedovanja), ampak tudi v okviru 69. člena Ustave (razlastitev). Poleg pasivnosti lastnika služnega zemljišča, ki se ni uprl izvrševanju služnostnih upravičenj, mora sodišče upoštevati tudi pasivnost operaterja omrežja, ki je bil služnostni upravičenec in mu je pravni red jasno in nedvoumno nalagal dolžnosti v razmerju do razlastitvenih zavezancev, v katere pravice je posegal. Če je operater, ki je bil upravičen predlagati prisilno ustanovitev služnosti, namesto tega začel samovoljno izvrševati rabo tuje nepremičnine, to ne more biti podlaga za priposestevanje služnosti. Za priposestevanje služnosti je moral torej obstajati neki pravni posel med operaterjem in lastnikom zemljišča. Če se je lastnik zemljišča strinjal z gradnjo omrežja samo v zameno za plačilo nadomestila, pa tega plačila ni prejel, ni mogoče govoriti o njegovem strinjanju z nastankom služnosti. Na to stališče Ustavnega sodišča se je izrecno sklicevalo tudi Vrhovno sodišče v sodbi II Ips 252/2018 z dne 23. januarja 2020, v kateri je sicer ponovilo stališče iz

⁵⁴ Prim. pregled stališč teorije in sodne prakse v Damjan in Bergant Rakočević, str. 202–210. Glej tudi Damjan in Vlahek, str. 165–166, kjer sva zavzela stališče, da se zaradi pomanjkljivih pravnih naslovov služnost v javno korist največkrat priposestuje z nepravim priposestevanjem v dvajsetletni dobi.

predhodnih sodb, da priposestvanje ne more pomeniti sredstva za obid prisilnih predpisov o razlastitvi in posledično ni mogoče dopustiti pridobitve služnosti v javno korist s priposestvanjem, ki ne bi bilo dobroverno, še zlasti če ne bi temeljilo na pravnoposlovni podlagi.

Po sodni praksi je torej priposestvanje služnosti v javno korist načeloma mogoče, vendar so pogoji zanj precej strožji, kot veljajo za priposestvanje »navadnih« stvarnih in nepravih stvarnih služnosti. Zaradi javnopravne lastnosti omejitve lastninske pravice mora biti nastanek služnosti v javno korist v skladu z ustavnopravnimi varovali in je torej priposestvanje mogoče samo na podlagi zemljiškoknjižno nerealizirane pravnoposlovne podlage za ustanovitev ustrezne služnosti. K temu je treba pripomniti, da bi bilo zlorabo instituta priposestvanja za obid pravil o razlastitvi sicer mogoče preprečiti že z ustrezno uporabo določbe tretjega odstavka 217. člena SPZ, po kateri služnosti ni mogoče priposestovati, če je priposestvovalec služnost izvrševal s silo ali zvijačo. Omenjena sodna praksa se je večinoma oblikovala na primerih, ko je infrastrukturo še v prejšnjem političnoekonomskem sistemu gradil monopolni državni operater omrežja (v primeru telekomunikacij PTT). Vprašanje je, ali bi bila enaka razlaga ustrezna tudi v sedanjih razmerah, ko je telekomunikacijskih operaterjev na trgu več in jih ljudje gotovo ne dojemajo več kot kvazioblastne entitete. Po drugi strani so tudi ti operaterji po ureditvi v ZEKom-2 neposredni razlastitveni upravičenci, tako da lahko sprožijo postopek oblastne omejitve lastninske pravice. Verjetno ta dilema v sodni praksi ne bo rešena na področju telekomunikacijskih omrežij, saj je zaradi zahteve po obstoju pravnoposlovne podlage za priposestvanje služnosti v javno korist, ki jo je vzpostavila sodna praksa, operaterju v primeru nevknjižene služnosti lažje izkazati izpolnjevanje pogojev za pridobitev služnosti v javno korist na podlagi pisnega strinjanja lastnika oziroma gradbenega dovoljenja po 306. členu ZEKom-2.

5. RAZMERJE DO UKREPOV ZA PREPREČITEV PODVAJANJA IN OPTIMIZACIJO UPORABE INFRASTRUKTURE

5.1. Dostop in skupna uporaba infrastrukture

Na področju telekomunikacij poseben problem v zvezi z opredelitvijo služnostnega upravičenca povzročajo ukrepi za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture, ki jih določa ZEKom-2. Zlasti so to obveznost dopustitve dostopa do komunikacijskih objektov, omrežnih zmogljivosti in fizične infrastrukture (139., 152. in 153. člen ZEKom-2) ter skupna uporaba stavbne fizične infrastrukture, napeljav, kablov in pripadajočih zmogljivosti na stavbah (136. do 138. člen ZEKom-2). Na podlagi navedenih pravil sektorske regulacije morajo upravljavci telekomunikacijskih omrežij pod določenimi pogoji dopuščati uporabo svoje infrastrukture na tujih nepremičninah drugim operaterjem, ki pa navadno v zemljiški knjigi niso opredeljeni kot služnostni upravičenci.⁵⁵

Značilen primer je skupna uporaba drogov baznih postaj za postavitve anten različnih operaterjev mobilne telefonije (tako imenovana kolokacija), s čimer se služneča nepremičnina dodatno obremeni, in to v korist drugih operaterjev. Vrhovno sodišče RS je že potrdilo, da je namestitev dodatne antenske naprave na antenskem stolpu v korist tretje osebe prekoračitev dogovorjene meje uporabe služnečega zemljišča.⁵⁶ Na isti lokaciji se montira dodatna, navzven vidna tehnična oprema, za montažo in poznejše vzdrževanje katere je potreben fizični dostop delavcev drugih operaterjev do infrastrukture na služneči nepremičnini. Ker to ob ustanovitvi služnosti navadno ni bilo izrecno določeno, nekateri lastniki služnečih nepremičnin

⁵⁵ Podrobneje o ukrepih za preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture glej v poglavju Lucije Strojan.

⁵⁶ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 186/2011 z dne 22. maja 2014. Višje sodišče v Mariboru je v sklepu I Cp 484/2022 z dne 11. oktobra 2022 opozorilo, da načeloma ni mogoče omejevati služnostne pravice na določeno tehnologijo, saj so vanjo praviloma vključene vse tehnologije, ki se uporabljajo v nekem razvojnem obdobju kot »tehnologije«, vendar pod pogojem, da uvajanje novih »tehnologij«, ki eventualno po obsegu presegajo dosedanje načine, ne pomenijo prevelike obremenitve služnečega zemljišča. V tem primeru je treba lastniku služnečega zemljišča priznati, da se brani pred povečano in spremenjeno obremenitvijo (točka 23obrazložitev).

dostopa tretjih oseb na svoje zemljišče ne dopuščajo. Tako pride do konflikta med zakonskimi obveznostmi upravljavca omrežja in »subjektivnimi mejami« služnosti, kot je vpisana v zemljiško knjigo.

Vrhovno sodišče RS je v zadevi II Ips 186/2011 z dne 22. maja 2014 v opombi št. 21 poudarilo stališče, da institut razširitve služnosti ne pride v poštev, kadar gre za nepravo stvarno služnost, torej služnost, vezano le na določenega služnostnega upravičenca oziroma v njegovo korist in uporabo ter ne na vsakokratnega operaterja oziroma v njegovo korist in uporabo, in v mejah, začrtanih z dovoljenjem lastnika. Ne gre za dopustno razširitev neprave stvarne služnosti, če začne na kakršenkoli način uporabljati zemljišče tretja oseba (torej oseba, ki ni prvotni služnostni upravičenec), katere lastnik služečega zemljišča ni dovolil uporabe svojega zemljišča.

Zakonodajalec je z ZEKom-2 upošteval obstoj te težave in jo za naprej rešil z določilom, da je obvezna sestavina pogodbe oziroma odločbe o ustanovitvi služnosti v korist infrastrukturnega operaterja tudi določilo o dopustnosti skupne uporabe s strani (drugih) operaterjev omrežja (deveti odstavek 27. člena oziroma drugi odstavek 29. člena ZEKom-2). Zakon pojasnjuje, da se možnost skupne uporabe fizične infrastrukture s strani operaterjev omrežij upošteva tudi pri določitvi višine denarnega nadomestila za služnost. Pri tem se višina denarnega nadomestila v delu, ki se nanaša na skupno uporabo fizične infrastrukture s strani operaterjev omrežij, lahko določi tudi s sklenitvijo dodatka k pogodbi najpozneje deset dni pred izvedbo skupne uporabe. Zakon torej upošteva, da do skupne uporabe infrastrukture pogosto pride šele naknadno in njen obseg ter točni pogoji v času ustanavljanja služnosti še niso znani. V ta namen omogoča naknadni dogovor med operaterjem omrežja in lastnikom služeče nepremičnine o zvišanju denarnega nadomestila od tedaj, ko se začne skupna uporaba infrastrukture na tej nepremičnini, kar je potrebno zlasti, če je nepremičnina zaradi skupne uporabe dejansko bolj obremenjena kot bi bila obremenjena s služnostjo enega operaterja. Ne gre torej le za širjenje kroga služnostnih upravičencev, ampak za širitev obsega dopustne uporabe služeče nepremičnine na podlagi obstoječe služnosti.

Enake določbe glede ureditve možnosti skupne uporabe v pogodbah oziroma odločbah o ustanovitvi služnosti v javno korist je v 20. in 22. členu vseboval že prej veljavni Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom-

-1)⁵⁷ iz leta 2012. Starejše pogodbe o ustanovitvi služnosti, ki so bile sklenjene še pred uveljavitvijo ZEKom-1, 15. januarja 2003, oziroma pred tem datumom izdane odločbe o ustanovitvi služnosti v javno korist za potrebe omrežja, ne vsebujejo določila o dopustnosti skupne uporabe s strani (drugih) operaterjev omrežja. To odpira vprašanje, kako naj ravna operater, ki je pridobil služnost brez takega določila, če drug operater zahteva dostop oziroma skupno uporabo infrastrukture, ki je zgrajena na podlagi te služnosti. AKOS v svojem Priporočilu v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture kot enega od prepoznanih primerov zapletov pri uresničevanju dostopa do obstoječe fizične infrastrukture navaja položaj, ko imetnik obstoječe infrastrukture odobritev dostopa pogojuje z vnaprej sklenjenimi sporazumi (služnostmi) z lastniki zemljišča, ker se njegove služnostne pogodbe sklenjene pred uveljavitvijo ZEKom-1 nanašajo le nanj kot lastnika infrastrukture.⁵⁸ Agencija priporoča, da v takih primerih imetnik infrastrukture iskalca dostopa opozori na odsotnost določil o dopustnosti skupne uporabe, vendar dostopa do fizične infrastrukture ne pogojuje s predhodno sklenitvijo dodatnih sporazumov med prosilcem in lastnikom zemljišč.⁵⁹ Priporočilo pa ne pojasnjuje, kateri od operaterjev naj v primeru spora z lastnikom zemljišč nosi breme urejanja tega razmerja oziroma pravičanja.

Menim, da odsotnost izrecnih določb o dopustnosti skupne uporabe še ne pomeni, da lahko lastnik služne nepremičnine drugim operaterjem prepove kakršnokoli uporabo infrastrukture na tej nepremičnini, zlasti če ta zaradi skupne uporabe ni znatno dodatno obremenjena. Pri razlagi je treba upoštevati cilje javnega interesa, doseganju katerih je namenjena služnost v javno korist in zavezujejo tudi lastnika služne nepremičnine. Na področju telekomunikacij je vsebina služnosti v javno korist okvirno določena že v zakonu in je nedvomno namenjena nemotenemu delovanju telekomunikacijskega omrežja. Isti zakon določa tudi obveznost skupne uporabe telekomunikacijske infrastrukture. Skupna raba je torej del normalne uporabe omrežja, ki jo mora zagotavljati služnost.

⁵⁷ Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 – ZIN-B, 54/14 – odl. US, 81/15, 40/17, 189/21 – ZDU-1M in 130/22 – ZEKom-2.

⁵⁸ AKOS, Priporočilo v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture, št. 3827-3/2022/49, Ljubljana, 23. junij 2022, str. 3.

⁵⁹ Prav tam, str. 6.

Glede na to je po mojem mnenju pravilno razlagati, da služnost v javno korist, ki je bila ustanovljena za namene gradnje in obratovanja telekomunikacijskega omrežja, vedno vključuje tudi možnost dostopa drugih operaterjev do infrastrukture na služneči nepremičnini oziroma njene skupne uporabe, kadar je operater, ki je služnostni upravičenec, v skladu s predpisi drugim operaterjem dolžan omogočiti tak dostop oziroma skupno uporabo. To je med drugim razvidno iz 141. člena ZEKom-2, po katerem mora drugi operater izvajati pravico skupne uporabe komunikacijskih objektov oziroma lastnine tako, da le v najnujnejšem obsegu moti lastnika nepremičnine in posega v nepremičnino, ki se nanaša na skupno uporabo komunikacijskih objektov oziroma lastnine. Iz te določbe je mogoče sklepati, da mora lastnik služneče nepremičnine skupno rabo dopuščati, vsaj dokler ta ne obremenjuje njegove nepremičnine znatno bolj kot prvotno ustanovljena služnost. To je tudi skladno z namenom služnosti v javno korist, da se zagotovi nemoteno delovanje telekomunikacijske infrastrukture v skladu z zakonom. Seveda pa zaradi instituta skupne uporabe tretji operaterji v formalnem smislu ne postanejo tudi sami služnostni upravičenci, saj ne izvršujejo lastne pravice na tuji nepremičnini, ampak jo uporabljajo na podlagi dovoljenja služnostnega upravičenca (ki je to dovoljenje sicer v skladu z zakonom dolžan dati). Glede na to lahko lastnik nepremičnine od njih zahteva, da izkažejo ustrezno dovoljenje operaterja, ki je služnostni upravičenec.

Lastnik služnečega zemljišča lahko zahteva dodatno nadomestilo za že ustanovljeno služnost v javno korist, če dostop ali skupna uporaba telekomunikacijske infrastrukture dejansko dodatno obremeni njegovo nepremičnino, na primer tako da ovira njeno uporabo, zmanjšuje njeno vrednost ali povzroča škodo. To izhaja iz osmega odstavka 221. člena ZUreP-3, po katerem v primeru ustanovitve služnosti v javno korist lastniku nepremičnine pripada odškodnina, ki obsega zmanjšano vrednost nepremičnine ali dejansko škodo in izgubljeni dobiček. V takem primeru že lahko govorimo o vsebinski širitvi služnosti. Kot rečeno, gre lahko za dodatno obremenitev služneče nepremičnine, ki zahteva širitev služnosti, pri montaži dodatnih anten na obstoječo bazno postajo, ki je bila postavljena na podlagi služnosti v javno korist. Ni pa videti razloga, da bi šteli za dodatno obremenitev služneče nepremičnine dejstvo, da je v kabelsko kanalizacijo, ki poteka pod zemljiščem, uvlečen dodatni kabel drugega operaterja. Taka pojmovna

širitev obsega služnosti namreč navzven sploh ni zaznavna in na noben način dodatno ne ovira uporabe služne nepremičnine ali zmanjšuje njene vrednosti. Zato pri taki skupni uporabi cevne infrastrukture lastnik služne nepremičnine ni upravičen do dodatnega nadomestila.

V skladu z devetim odstavkom 27. člena ZEKom-2 se višina denarnega nadomestila, ki se nanaša na skupno uporabo fizične infrastrukture s strani operaterjev omrežij, lahko določi s sklenitvijo dodatka k pogodbi najpozneje deset dni pred izvedbo skupne uporabe. To določbo je mogoče uporabiti tudi za služnosti v javno korist, ki so bile ustanovljene pred uveljavitvijo ZEKom-2, saj bi bil dogovor o zvišanju denarnega nadomestila mogoč tudi na podlagi pogodbene avtonomije strank. Smiselno je, da plačilo dodatnega nadomestila prevzame operater, ki uveljavlja pravico skupne uporabe infrastrukture, saj njegova dejavnost dodatno obremeni služno nepremičnino. Ta operater bi moral biti tudi pasivno legitimiran v primeru tožbe lastnika na plačilo odškodnine za zmanjšanje vrednosti nepremičnine oziroma uporabnine za neupravičeno uporabo nepremičnine, saj ima ekonomski interes za skupno uporabo oziroma za širitev služnosti.

5.2. Skupna gradnja

ZEKom-2 operaterje telekomunikacijskih omrežij in druge infrastrukture spodbuja tudi k skupni gradnji omrežij oziroma k usklajevanju gradbenih del zaradi postavitve elementov elektronskih komunikacijskih omrežij. V ta namen mora infrastrukturni operater pri gradbenih delih na fizični infrastrukturi pred predvidenim začetkom izvajanja gradbenih del sporočiti agenciji namero o načrtovani gradnji in svoj poziv zainteresiranim soinvestitorjem (11. člen ZEKom-2). Pri izkazanem interesu za skupno gradnjo morajo zavezanci zainteresiranim soinvestitorjem ponuditi sklenitev ustrezne pogodbe, ki upošteva sorazmerni del investicije. Zavezanec pa lahko med drugim zavrne prošnjo za dogovor o uskladitvi gradbenih del, če bi to povzročilo dodatne stroške za prvotno predvidena gradbena dela, vključno s stroški, nastalimi zaradi dodatnih zamud zaradi usklajevanja gradbenih del (12. člen ZEKom-2). Podobno kot v zvezi z dostopom in skupno uporabo se tudi v zvezi s skupno gradnjo postavlja vprašanje, ali je upravičen razlog, zaradi katerega lahko prvotni investitor infrastrukture zavrne skup-

no gradnjo zato, ker zainteresirani soinvestitor ni tudi sam pridobil pravice graditi na tujem zemljišču.

Upravno sodišče je v sodbi I U 1849/2020-30 z dne 29. novembra 2022 zavzelo stališče, da je infrastrukturni operater v okviru dogovora o skupni gradnji od zainteresiranega soinvestitorja upravičen zahtevati, da pred začetkom skupne gradnje izkaže izpolnjevanje nujnih pogojev za izvedbo te, tako pa tudi, da izkaže, da ima (tudi sam) pravico graditi na tujem zemljišču, po katerem naj bi potekala gradnja, na primer prek pridobljene služnosti. Čeprav gre pri ustanovitvi slednje za razmerje med služnostnim zavezancem in služnostnim upravičencem, (ne)obstoj takega razmerja lahko pomembno vpliva tudi na uspeh skupne gradnje in s tem tudi na infrastrukturnega operaterja. Sodišče je kot ključno štelo okoliščino, da bosta operaterja v okviru skupne gradnje gradila vsaka svoje elemente elektronskih komunikacijskih omrežij. V izkopani rov bodo za vsakega od operaterjev položene svoje cevi in vanje uvlečeni kabli, tako pa bo vsak od operaterjev vzpostavil svojo samostojno fizično infrastrukturo. Zaradi zahteve po najmanj 30-centimetrskem odmiku med cevmi obeh operaterjev pa bo namesto rova širine 30 cm izkopan rov širine 50 cm. Ker gre v zadevi tako za gradnjo dveh samostojnih infrastruktur, ki sta zgolj z namenom zmanjševanja stroškov in posegov v tujo lastnino združeni v skupno gradnjo, mora po presoji sodišča vsak od operaterjev, ki sodelujeta pri skupni gradnji, samostojno izkazati tudi, da ima pravico graditi na tuji lastnini.

Posebno rešitev glede širitve vsebine služnosti v javno korist za potrebe skupne gradnje pa ZEKom-2 predvideva za primere, ko omrežje poteka po državnih ali občinskih zemljiščih. Po petem odstavku 27. člena ZEKom-2 je v primeru ustanovitve služnosti na nepremičninah v lasti države ali samoupravne lokalne skupnosti obvezna sestavina pogodbe v korist operaterja omrežja tudi določilo o dopustnosti skupne gradnje s strani drugega operaterja omrežja v skladu z 12. členom ZEKom-2. Če se ustanavlja služnost v javno korist na državnih ali občinskih nepremičninah, je po novi ureditvi torej treba že vnaprej predvideti tudi možnost skupne gradnje infrastrukture več operaterjev – tudi če ni še nobeden od njih izrazil interesa za skupno gradnjo. S to rešitvijo se skuša odgovoriti na težave pri dogovarjanju in izvedbi skupne gradnje, na katere so opozorili deležniki v javni obravnavi osnutka ZEKom-2. Čakanje na vnovično pridobivanje služnosti s strani

zainteresiranega soinvestitorja namreč podaljšuje čas gradnje oziroma celo zavira skupno gradnjo.⁶⁰

Služnost na nepremičninah v lasti države ali samoupravne lokalne skupnosti sicer tudi v primeru takega pogodbenega določila ostaja prostorsko omejena, saj dopustnost skupne gradnje po zakonu velja samo za gradnjo na isti trasi, kot je določena v pogodbi med prvotnim investitorjem in lastnikom nepremičnine. Že brez take določbe pa je služnost zemljiškoknjižno vezana na konkretne zemljiške parcele, na katerih je bila ustanovljena, in je ni mogoče razširiti na druge nepremičnine v lasti iste osebe. Investitor in javni lastnik služočih nepremičnin morata v pogodbi o ustanovitvi služnosti v javno korist določiti tudi denarni znesek, ki ga bo potencialni zainteresirani soinvestitor infrastrukture plačal lastniku nepremičnine v primeru skupne gradnje. Višina tega denarnega nadomestila pa ne sme presegati višine denarnega nadomestila, ki ga lastniku nepremičnine plača prvotni investitor. S tem je izključena možnost, da bi prvotni investitor z določitvijo nesorazmerno visokega nadomestila svojim tržnim konkurentom ekonomsko močno otežil soinvestitorstvo v telekomunikacijsko infrastrukturo.

Seznam virov

- DAMJAN, Matija, BERGANT RAKOČEVIĆ, Vesna. Dobra vera pri priposestvovanju služnosti: vidik priposestvovalca. *Pravnik*, 2015, letn. 70, št. 3/4, str. 193–212.
- DAMJAN, Matija, VLAHEK, Ana. Priposestvanje služnosti v javno korist. *Pravnik*, 2014, letn. 69, št. 3/4, str. 149–173.
- DAMJAN, Matija. Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih. *Pravni letopis 2013*, letn. 6, str. 85–103.
- ERDELIČ, Biljana. Ustanovitev služnosti v javno korist brez odškodnine za poseg v lastninsko pravico. *Pravna praksa*, 2007, letn. 26, št. 38, str. 7–9.
- FINŽGAR, Alojzij. *Civilno pravo*. Ljubljana: Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 1952.
- FRANTAR Tone. *Stvarno pravo*. Ljubljana: Gospodarski vestnik 1993.
- HORVAT Vladimir. Zunajknjižno priposestvanje lastninske pravice na nepremičninah. *Pravna praksa*, 2012, letn. 31, št. 24/25, priloga, str. I–VIII.
- JUHART, Miha, TRATNIK, Matjaž, VRENČUR, Renato (ur.). *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2004.

⁶⁰ Skupina poslank in poslancev, Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah, Ljubljana, 13. maj 2022, str. 213.

- JUHART, Miha. Upravičenje (pravica) gradnje in njeno izkazovanje. *Pravni letopis 2010*, letn. 3, str. 159–164.
- JUHART, Miha. Neprava stvarna služnost in stavbna pravica – razmislek o ureditvi obeh institutov v SPZ. *Podjetje in delo*, 2019, letn. 45, št. 6-7, str. 1127–1136.
- KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund (ur.). *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*. Dunaj in New York: Springer, 2007.
- PLAVŠAK, Nina. Služnosti v javno korist. V: *Zbornik 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava*. Ljubljana: GV Založba, 2012, str. 7–24.
- TRATNIK, Matjaž, VREŇČUR, Renato. *Omejitve lastninske pravice in posebni pravni režimi na nepremičninah*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- TRATNIK, Matjaž. Neprave stvarne služnosti. *Pravna praksa*, 2005, letn. 24, št. 24, priloga, str. II–VI.
- TRATNIK, Matjaž. Služnost v javno korist. *Pravni letopis 2009*, letn. 2, str. 89–98.
- TRATNIK, Matjaž. *Uvodna pojasnila k Stvarnopravnemu zakoniku*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije, 2010.
- TRŠAN, Dušan. Zastavitev komunikacijskega omrežja in druge gospodarske infrastrukture v tujem zemljišču. *Pravna praksa*, 2009, letn. 28, št. 22, priloga, str. I–VIII.
- VREŇČUR, Renato. Neprave stvarne služnosti ter služnosti v javno korist. *Davčno-finančna praksa*, 2009, letn. 10, št. 1, str. 17–21.
- VREŇČUR, Renato. Pravne značilnosti osebnih služnosti. V: *Zbornik 4. dnevi stvarnega in zemljiškoknjižnega prava*. Ljubljana: GV Založba, 2012, str. 33–48.
- VREŇČUR, Renato. Služnostne pravice v zvezi z uporabo gospodarske javne infrastrukture. V: *Zbornik referatov*. LM Veritas, Ljubljana 2012, str. 5–19.

Katja Štemberger Brizani

Razlastitev in prisilna ustanovitev služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

1. UVOD

Gradnja, postavitve, obratovanje in vzdrževanje elektronskih komunikacijskih omrežij ter pripadajoče infrastrukture na zemljiščih, ki niso v lasti investitorja (v nadaljevanju tudi: gradnja elektronskih komunikacijskih omrežij), je dopustna, če investitor na takem zemljišču (predhodno) pridobi ustrezno pravico, praviloma stvarnopravno.¹ Zakon o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) v IV. poglavju z naslovom »Razlastitev in omejitve lastninske pravice« razlikuje med gradnjo javnih komunikacijskih omrežij (23. člen ZEKom-2) in gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij, ki niso javna komunikacijska omrežja (25. člen ZEKom-2),² ki sta obe v javno korist, vendar sta vezani na drugačne pogoje. Zakon določa, da se lahko

¹ Podlaga za gradnjo, postavitve, obratovanje in vzdrževanje javnih komunikacijskih omrežij ter pripadajoče infrastrukture je lahko tudi obligacijska pravica, na primer najemna ali zakupna pogodba. Podrobneje o pravicah, ki omogočajo gradnjo na tuji nepremičnini glej M. Juhart, 2010, stran 159 in nasl.; ter M. Damjan, 2013, stran 86 in nasl.

² Gre za specialno določbo, saj Zakon o urejanju prostora (ZUreP-3) ne ureja služnosti za gradnjo in nemoteno delovanje omrežij, ki nimajo statusa »javne« infrastrukture. Glej drugi in tretji odstavek 221. člena ZUreP-3.

za namen gradnje javnih komunikacijskih omrežij lastninska pravica ali druga stvarna pravica na nepremičninah odvzame ali omeji (četrti odstavek 23. člena). Dopusča torej tako razlastitev kot najhujšo obliko posega v lastninsko pravico, druge omejitve lastninske pravice, kot tudi odvzem ali omejitev drugih stvarnih pravic,³ med katere Stvarnopravni zakonik (SPZ) uvršča zastavno pravico, pravico stvarnega bremena, služnosti in stavbno pravico (2. člen), pri čemer po naravi stvari vse ne pridejo v poštev. Vendar ZEKom-2 odvzema ali omejitve stvarnih pravic po vsebini ne ureja, prav tako ne ureja vseh oblik omejitve lastninske pravice (na primer omejitve lastninske pravice s (prisilno) ustanovitvijo stavbne pravice v javno korist⁴), temveč so nadaljnje določbe v celoti namenjene le razlastitvi in predvsem služnosti v javno korist.⁵ To pa ne pomeni, da te niso dopustne, temveč se v praksi redkeje uporabljajo. V odsotnosti drugačne ureditve je zato treba šteti, da se zanje (smiselno) uporabljajo pravila, ki veljajo za razlastitev in služnosti v javno korist. Določbe, ki veljajo za gradnjo javnih komunikacijskih omrežij, veljajo tudi za gradnjo komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture za potrebe varnosti, policije, obrambe, zaščite, reševanja in pomoči (24. člen ZEKom-2).

Po drugi strani je gradnja elektronskih komunikacijskih omrežij, ki niso javna komunikacijska omrežja, dopustna le na nepremičninah, ki so v lasti oseb javnega prava, pri čemer zakon dopušča le obremenitev lastninske ali druge stvarne pravice s služnostjo v javno korist (tretji odstavek 25. člena ZEKom-2). Iz tega je mogoče sklepati, da druge oblike posegov v lastninsko ali drugo stvarno pravico za potrebe gradnje tega omrežja niso dopustne.

V nadaljevanju bo prispevek zato osredotočen na razlastitev in predvsem na prisilno ustanovitev služnosti v javno korist, ki se v praksi gradnje elektronskih komunikacijskih omrežij tudi najpogosteje uporabljata. Izpostavljene bodo pravne dileme, s katerimi se investitorji pri gradnji teh omrežij sre-

³ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 110/2019 z dne 6. februarja 2020.

⁴ Primerjaj drugi odstavek 475. člena Energetskega zakona (EZ-1), ki je dopuščal prisilno ustanovitev stavbne pravice v javno korist in ki je že prenehal veljati.

⁵ Glej šesti odstavek 23. člena ZEKom-2, ki govori o tem, da ima operater omrežja v postopku razlastitve ali ustanovitve služnosti v njegovo korist položaj »razlastitvenega upravičenca« ali »služnostnega upravičenca«, in 25. do 30. člen, ki se nanašajo le na služnost v javno korist.

čujejo in so posledica prepletene ter pogosto ne dovolj natančne pravne ureditve. V zvezi s tem bodo podani tudi nekateri predlogi rešitev.

2. PRAVNI OKVIR RAZLASTITVE IN PRISILNE USTANOVITVE SLUŽNOSTI ZA GRADNJO ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJSKIH OMREŽIJ

Odvzem in omejitev lastninske pravice v javno korist (med katere spadajo tudi služnosti v javno korist)⁶ ureja že Ustava, ki vsebuje pridržek (podrobnejšega) zakonskega urejanja te materije. Kot splošni predpis – zlasti z vidika predpostavk in postopka njihove ustanovitve – razlastitev in druge omejitve lastninske pravice v javno korist ureja ZUreP-3, tega pa dopolnjuje ZEKom-2 kot *lex specialis*. Podrejeno v razmerju do splošne in posebne ureditve se uporabljajo še določbe SPZ o lastninski pravici (kot temeljni stvarni pravici) in služnostih (služnost v javno korist je posebna oblika neprave stvarne služnosti⁷), glede zemljiškoknjižnih vpisov pa določbe Zakona o zemljiški knjigi ZZK-1).

ZEKom-2 razlastitvi in služnosti v javno korist namenja IV. poglavje (23. do 30. člen), ki vsebuje predvsem (posebne) materialnopravne določbe, glede postopkovnih vprašanj pa se praviloma uporabljajo določbe ZUreP-3.⁸ ZEKom-2 namreč določa, da se lastninska ali druga stvarna pravica odvzame ali omeji po postopku in na način, določen z zakonom, ki ureja razlastitev nepremičnin in omejitve lastninske pravice, ter zakonom, ki ureja stvarne pravice, razen če ta zakon določa drugače (četrti odstavek 23. člena, smiselno enako četrti odstavek 25. člena). ZUreP-3 služnosti v javno korist namenja le en člen, to je 221. člen, glede vprašanj, ki jih ta člen ne ureja (drugače), pa se uporabljajo določbe o razlastitvi (deveti odstavek 221. člena ZUreP-3). Vendar je treba šteti, da se te določbe (čeprav tega zakon izrecno

⁶ Nemško pravo v tem smislu razlikuje med popolno razlastitvijo (odvzem lastninske pravice) in delno razlastitvijo (odvsem posameznih lastniškopravnih upravičenj). Glej na primer J. Rozek, str. 21–22; in J. Eschenbach, str. 458–460.

⁷ Za več o tem glej M. Juhart, 2004, str. 230–231; ter sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II CP 2947/2011 z dne 23. maja 2012.

⁸ Glej četrti odstavek 23. člena ZEKom-2.

več⁹ ne določa) ne uporabljajo analogno (to je v celoti), temveč le smiselno (in subsidiarno). Nekatere določbe o razlastitvi so namreč take, da jih že po naravi stvari za služnosti v javno korist praviloma ni mogoče uporabiti, na primer določbe o odkupu preostalih nepremičnin razlastitvenega zavezanca (212. člen ZUreP-3).¹⁰ Glede tega se pogosto postavlja tudi vprašanje, ali je zakonodajalec, s tem ko je posamezno vprašanje pri služnostih v javno korist (posebej) uredil, vendar ne v celoti, želel izključiti uporabo določb o istovrstnem institutu pri razlastitvi ali je materijo zgolj delno uredil, v preostalem delu pa se (smiselno) uporabljajo pravila o razlastitvi.

Ker je postopek razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij posebni upravni postopek,¹¹ se subsidiarno (v razmerju do ZEKom-2 in predvsem ZUreP-3) uporabljajo določbe Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP).¹²

Gre torej za preplet splošne in posebne, materialne in procesne, javnopravne in zasebnopravne ureditve, kar pogosto povzroča nepreglednost zakonskih določb in težave pri njihovi uporabi.

3. MATERIALNOPRAVNI VIDIKI RAZLASTITVE IN PRISILNE USTANOVITVE SLUŽNOSTI ZA GRADNJO ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJSKIH OMREŽIJ

Skladno z 69. členom Ustave (razlastitev) se lahko lastninska pravica na nepremičnini v javno korist odvzame ali omeji proti nadomestilu v naravi

⁹ Sklic na »smiselno« uporabo določb zakona o razlastitvi je vseboval Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1). Z Zakonom o urejanju prostora (ZUreP-2) je ta sklic izpadel iz zakona, pri čemer pa iz obrazložitve predloga zakona razlogi za to niso razvidni. Glej predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-2), EVA: 2016-2550-0006, obrazložitev k 211. členu, str. 208.

¹⁰ Sodba Upravnega sodišča RS II U 407/2009 z dne 17. marca 2010 in sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 172/2010 z dne 9. septembra 2010. Drugače o tem sodba Upravnega sodišča RS I U 1332/2016-10 z dne 23. maja 2017.

¹¹ Primerjaj R. Schmidt, str. 376.

¹² Glede razlik med uporabo upravnega postopka v celoti, subsidiarno in smiselno glej K. Štemberger, 2020, str. 87 in nasl.

ali proti odškodnini pod pogoji, ki jih določa zakon. Ustava torej gramatično ne razlikuje med odvzemom in omejitvijo lastninske pravice,¹³ temveč obe obliki posegov v lastninsko pravico na nepremičnini v javno korist obravnava v okviru razlastitve (v širšem smislu). To pomeni, da ustavna izhodišča v zvezi z razlastitvijo veljajo tudi pri ustanavljanju služnosti v javno korist, kar je predvsem pomembno v primeru obstoja morebitnih pravnih praznin oziroma nejasnosti na zakonski ravni.

ZUreP-3 po drugi strani razlikuje med odvzemom lastninske pravice (razlastitvijo), omejitvijo lastninske pravice (pravico uporabe za določen čas) in obremenitvijo lastninske pravice (začasno ali trajno služnostjo v javno korist) (prvi odstavek 202. člena),¹⁴ čeprav je celoten razdelek naslovljen »Razlastitev in omejitev lastninske pravice«, kar nomotehnično ni najbolj ustrezno. Drži pa, da vsaka obremenitev lastninske pravice nujno pomeni tudi njeno omejitev (lahko pa se po intenzivnosti razlikujejo), zaradi česar razlikovanje med tema dvema pojmomoma niti ni nujno potrebno.

Razlastitev in omejitev lastninske pravice v javno korist sta torej dopustni pod enakimi pogoji: če to zahteva javna korist, če zavezanec dobi nadomestilo in če so izpolnjeni preostali pogoji, ki jih določa zakon. ZUreP-3 določa, da mora biti razlastitev ali omejitev lastninske pravice za doseg javne koristi nujno potrebna, javna korist razlastitvenega namena ali namena omejitve lastninske pravice pa mora biti v sorazmerju s posegom v zasebno lastnino. Pri tem se šteje, da razlastitev in omejitev lastninske pravice ni dopustna, če država ali občina razpolaga z drugo ustrezno nepremičnino za doseg istega namena (drugi in tretji odstavek 202. člena ZUreP-3). ZEKom-2 določa, da mora pristojni organ pri odločanju o ustanovitvi služnosti upoštevati, ali je ustanovitev služnosti nujni pogoj za gradnjo, postavitve, obratovanje ali vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture, ali je bila gradnja elektronskega komunikacijskega omrežja in pripadajoče infrastrukture načrtovana tako, da so posegi v tujo lastnino čim manjši in ali bo izvrševanje služnosti bistveno oviralo lastnika nepremičnine (28. člen). S tem pravzaprav

¹³ Prim. G. Virant, 1996, str. 556; ter M. Tratnik in R. Vrenčur, str. 44.

¹⁴ Med omejitve lastninske pravice v javno korist je treba po stališču teorije uvrstiti še začasne ukrepe za zavarovanje prostora in zakonito predkupno pravico občine. O tem glej J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 535. Primerjaj 220. člen ZUreP-3.

konkretizira pogoje za ustanovitev služnosti v javno korist po ZUreP-3.¹⁵ Ne glede na predpis, ki se v konkretnem primeru uporablja, je razlastitev in omejitev lastninske pravice v javno korist dopustna le s posamičnim pravnim aktom (upravno odločbo),¹⁶ ki je izdan v pravno predpisanem (razlastitvenem) postopku,¹⁷ v katerem so zagotovljena vsa procesna jamstva (vključno s pravnim varstvom). Predpis, ki bi imel razlastitvene učinke¹⁸ je protiustaven, čeprav bi predvidel pravično odškodnino.¹⁹

3.1. Javna korist

Ustava v 69. členu (ter v drugih ustavnih določbah) javne koristi posebej ne opredeljuje²⁰ (po drugi strani pa iz člena implicitno izhaja prepoved razlastitve v zasebno korist²¹). Teorija pa v zvezi z razlastitvijo (v širšem smislu) razlikuje med abstraktno in konkretno javno koristjo,²² pri čemer morata biti vselej podani obe, drugače poseg v lastninsko pravico ni dopusten. Presojajo abstraktne javne koristi praviloma opravi že zakonodajalec, s tem ko opredeli tako imenovane razlastitvene namene in namene za omejitev lastninske pravice, torej razloge, zaradi katerih je razlastitev ali omejitev lastninske pravice v javno korist (abstraktno gledano) dopustna. Poleg abstraktne javne koristi pa mora biti vselej podana tudi konkretna javna korist, ki jo preveri pristojni organ v upravnem postopku za vsako ne-

¹⁵ Podobno o tem predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1), EVA: 2012-3330-0058, obrazložitev k 21. členu, str. 215.

¹⁶ V nemškem pravu je v nekaterih primerih dopustna razlastitev z zakonom, ki mora določiti tudi odškodnino. Glej na primer H.-U., Erichsen in D. Ehlers, str. 884; in M. Aust in D. Pasternak, str. 101.

¹⁷ Glej na primer odločbi Ustavnega sodišča RS U-I-316/04 z dne 3. marca 2005 in U-I-129/03 z dne 17. februarja 2005.

¹⁸ Glede razlikovanja med 67. in 69. členom Ustave glej G. Virant, v: L. Šturm (ur.), str. 666.

¹⁹ Več o tem G. Virant, v: L. Šturm (ur.), str. 666–667; in odločbi Ustavnega sodišča RS U-I-129/03 z dne 17. februarja 2005 ter U-I-208/10-11 z dne 20. januarja 2011.

²⁰ Glede razlikovanja med splošnim (javnim) interesom in javno koristjo glej pritrdilno ločeno mnenje dr. Šturma k odločbi Ustavnega sodišča RS U-I-98/95 z dne 15. julija 1996.

²¹ Primerjaj odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-90/17-7 z dne 29. junija 2017 in sodbo Upravnega sodišča RS I U 2624/2017-28 z dne 2. aprila 2019.

²² M. Avbelj, v: M. Avbelj (ur.), str. 555.

premičnino posebej in v skladu z njo določi tudi natančen obseg razlastitve ali omejitve lastninske pravice s služnostjo v javno korist.²³ Da bo javna korist izkazana, mora zadostiti vsem trem elementom načela sorazmernosti. To pomeni, da mora obstajati javni interes, javna potreba, ki ustreza enemu od zakonsko določenih razlastitvenih namenov in je realna, določna, konkretna; razlastitev mora biti nujno potrebna za doseg tega namena, ter med javno koristnostjo konkretnega namena razlastitve in težo posega v lastnino mora obstajati sorazmernost v ožjem smislu.²⁴

Gre torej za dvofazni postopek ugotavljanja javne koristi, pri čemer izdaja sklepa o uvedbi postopka ne zavezuje upravni organ, da nato izda odločbo o razlastitvi ali omejitvi lastninske pravice (v smislu vezanosti na pravnomočno odločbo – v procesnem smislu zato tudi ni potrebe po razveljavitvi sklepa o uvedbi postopka pred izdajo odločbe o zavrnitvi zahteve za razlastitev ali omejitve lastninske pravice v javno korist²⁵). Javna korist mora obstajati tudi po izdaji odločbe;²⁶ če ta odpade, je (nadaljnji) poseg v lastninsko pravico nedopusten in ima zavezanec pravico zahtevati, da se mu (odvzeta) nepremičnina (pravilneje: lastninska pravica na nepremičnini) vrne (222. člen ZUreP-3) ali da se služnost ukine (224. člen ZUreP-3 in 30. člen ZEKom-2).

ZEKom-2 abstraktno javno korist opredeljuje v prvem odstavku 23. člena in prvem odstavku 25. člena, s tem ko določa, da je gradnja, postavitve, obratovanje ali vzdrževanje (javnih) komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture v skladu s predpisi v javno korist (gre za javno korist *ipso lege*). Javna korist je izkazana tako pri javnih komunikacijskih omrežjih in pripadajoče infrastrukture kot tudi pri elektronskih komunikacijskih omrežjih, ki nimajo statusa javnih komunikacijskih omrežij, in je ni treba

²³ Glej na primer sodbe Upravnega sodišča I U 881/2014 z dne 16. decembra 2014; IV U 11/2013 z dne 25. februarja 2014; I U 253/2020-23 z dne 15. marca 2022 in II U 458/2019-30 z dne 16. januarja 2023.

²⁴ Sodba Upravnega sodišča RS I U 861/2020-18 z dne 17. februarja 2022. Primerjaj M. Aust in D. Pasternak, str. 292.

²⁵ Primerjaj 213. člen ZUreP-3.

²⁶ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1099/2015 z dne 9. februarja 2016. Primerjaj sodbo Upravnega sodišča RS IV U 260/2014 z dne 11. marca 2015, točka 13 obrazložitve.

(na abstraktni ravni) posebej ugotavljati. Vendar bo abstraktna javna korist podana le pod pogojem, da bo gradnja skladna s predpisi.²⁷

Posebej je urejen položaj, ko se omejitev lastninske ali druge stvarne pravice s služnostjo za namen gradnje javnih komunikacijskih omrežij nanaša na nepremičnine v lasti Republike Slovenije. V tem primeru mora poleg obstoja abstraktne javne koristi (ki se, če gre za javno komunikacijsko omrežje, domneva), javno korist za ustanovitev služnosti v korist operaterja ugotoviti še Vlada Republike Slovenije, ki pri tem tehtata med javno koristjo za namen gradnje, postavitve, obratovanja ali vzdrževanja javnih komunikacijskih omrežij in pripadajoče infrastrukture nad drugo javno koristjo. Če ugotovi obstoj prevladujoče javne koristi, naloži upravljavcu nepremičnine sklenitev pogodbe (peti odstavek 23. člena ZEKom-2). Gre torej *de facto* že za ugotavljanje konkretne javne koristi, saj ta neposredno vodi do sklenitve pogodbe kot podlage za ustanovitev služnosti na nepremičnini v lasti Republike Slovenije.

Razlastitev in ustanovitev služnosti, ki ne bi bila v javno korist, je torej ustavno nedopustna. To velja ne glede na to, ali je (razlastitveni ali služnostni) upravičenec oseba javnega ali zasebnega prava.²⁸ Vprašanje pa je, ali je javna korist izkazana tudi, kadar razlastitev ali ustanovitev služnosti ni le v javno, ampak tudi v zasebno korist, oziroma povedano drugače, ali je dopustno zasebno korist utemeljevati prek varstva javne koristi? Menim, da je treba pogoj javne koristi razlagati restriktivno, čeprav ustavnosodna praksa na to vprašanje (še) ni (izrecno) odgovorila.²⁹ V nemškem pravu (ki prav tako pogojuje razlastitev z obstojem javne koristi) je taka razlastitev izjemoma dopustna, če ne gre izključno le za varstvo zasebne koristi.³⁰

²⁷ Sodba Upravnega sodišča RS IV U 260/2014 z dne 11. marca 2015, točka 13 ob-razložitve.

²⁸ Primerjaj M. Aust in D. Pasternak, str. 101; in M. Frenzel, str. 73.

²⁹ Glej odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-90/17-7 z dne 29. junija 2017 in Zakon o zagotavljanju pogojev za izvedbo strateške investicije na razvojnem območju v občini Hoče – Slivnica (ZZPISI).

³⁰ Tako na primer M. Frenzel, str. 73; in F. Kreft, str. 59.

3.2. Nujnost razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

Čeprav ZEKom-2 (1. točka prvega odstavka 28. člena) in ZUreP-3 (drugi odstavek 202. člena in prvi ter drugi odstavek 221. člena) ta pogoj poudarjata posebej, je po vsebini zajet že pri preizkusu obstoja (konkretne) javne koristi v okviru načela sorazmernosti, ki prepoveduje čezmerne posege v človekove pravice. Vendar bo zaradi preglednosti v tem prispevku obravnavan posebej.

Nujnost razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti pomeni, da ni na voljo milejšega sredstva za doseg zasledovanega namena. Če je pridobitev lastninske pravice ali služnosti na nepremičnini možna s sporazumom strank (s sklenitvijo pogodbe), lastninske pravice ni mogoče odvzeti ali omejiti prisilno, torej z upravno odločbo.³¹ Predložitev ponudbe za odkup nepremičnine ali pogodbeno ustanovitev služnosti je namreč procesna predpostavka za začetek postopka razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti v javno korist,³² kar kaže na to, da ima pravnoposlovna pridobitev ali omejitev lastninske pravice v javno korist prednost pred prisilno.

Poleg tega mora upravičenec predlagati tisto obliko posega v lastninsko pravico v javno korist (razlastitev, omejitev ali obremenitev lastninske pravice), ki najmanj prizadene lastnika nepremičnine in je z njo mogoče doseči namen, zaradi katerega je ta poseg predlagan.³³ Glede tega sodna praksa poudarja, da splošno pravilo, po katerem je obremenitev lastninske pravice (s služnostjo v javno korist) blažji poseg od njenega odvzema (razlastitve), ne velja absolutno. Kateri od obeh posegov je blažji, je namreč odvisno od okoliščin konkretnega primera, ki jih je treba v vsakem primeru posebej ugotavljati. Tako se lahko izkaže, da je razlastitev nepremičnine primernejši ukrep od (zgolj) ustanovitve služnosti v javno korist, če se predlaga na zemljišču, po katerem poteka javna pot, kar pomeni, da zavezanec dejansko (kljub ustanovitvi (zgolj) služnosti) nima nikakršne možnosti razpolaganja

³¹ Tako tudi J. Čebulj, v: M. Štritof - Brus (ur.), str. 545.

³² Sodba Upravnega sodišča RS I U 540/2012 z dne 13. februarja 2013. Tako tudi M. Tratnik in R. Vrenčur, str. 50 in 73.

³³ Sodba in sklep Upravnega sodišča RS U 2475/2007 z dne 27. januarja 2009. Primerjaj S. Detterbeck, str. 223.

s to nepremičnino.³⁴ Po drugi strani pa mora biti poseg v lastninsko pravico v javno korist izveden le v takem obsegu, kot je nujno. Če za dosego javne koristi zadošča zgolj delna razlastitev, razlastitev celotne nepremičnine ni dopustna, razen če razlastitveni zavezanec izkaže, da bi z razlastitvijo dela nepremičnine zanj izgubila gospodarski pomen tudi lastninska pravica na preostalem delu njegovih nepremičnin in zahteva odkup tudi teh nepremičnin (212. člen ZUreP-3). To načelo velja tudi za služnosti (za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij), ki se lahko ustanovijo le v takem obsegu in za tako obdobje, kot je nujno za gradnjo, postavitev, obratovanje ali vzdrževanje elektronskega komunikacijskega omrežja, in za čas obratovanja elektronskega komunikacijskega omrežja ter pripadajoče infrastrukture (prvi odstavek 27. člena in prvi odstavek 29. člena).³⁵ Služnostnemu upravičencu torej ne pripadajo vselej vsa upravičenja, navedena v 26. členu ZEKom-2, temveč je obseg (in čas trajanja) teh upravičenj odvisen od presoje in odločitve upravnega organa v konkretnem primeru.³⁶ Tudi za služnosti v javno korist namreč velja načelo utesnjevanja služnosti.³⁷

Razlastitev, omejitev ali obremenitev lastninske pravice v javno korist ni dopustna, če država ali³⁸ občina razpolaga z drugo ustrezno nepremičnino za dosego istega namena (tretji odstavek 202. člena ZUreP-3). Iz (jezikovne razlage) te določbe in njene systemske umestitve med splošne določbe, ki veljajo za vse oblike posegov v lastninsko pravico v javno korist, ter pred člene, ki urejajo razlastitvene upravičence (205. člen) ter služnostne upravičence (221. člen), izhaja, da ta prepoved učinkuje ne glede na to, kdo v konkretnem primeru nastopa kot upravičenec. To pomeni, da prepoved učinkuje tudi takrat, kadar na strani upravičenca nastopa drug subjekt (na primer operater omrežja), pa država ali občina razpolaga z drugo ustrezno nepremičnino. In širše: skladno s stališči sodne prakse učinkuje tudi takrat,

³⁴ Sodba Upravnega sodišča RS I U 521/2020-28 z dne 7. junija 2022.

³⁵ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1539/2018-12 z dne 28. januarja 2020.

³⁶ Sodba Upravnega sodišča RS IV U 11/2013 z dne 25. februarja 2014. Primerjaj sodbo Upravnega sodišča RS I U 2049/2017-12 z dne 17. januarja 2019.

³⁷ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1539/2018-12 z dne 28. januarja 2020.

³⁸ In ne »oziroma«, kot je določal tretji odstavek 92. člena ZUreP-1. Gre torej za alternativni pogoj.

kadar drug upravičenec, ki ni država ali občina (na primer operater omrežja), razpolaga z drugo ustrezno nepremičnino za doseg istega namena.³⁹

Navedeno izhaja tudi iz načela sorazmernosti, po katerem je poseg v človekovo pravico (do zasebne lastnine) zaradi javne koristi dopusten, če je primeren, nujen in sorazmeren v ožjem smislu (tretji odstavek 15. člena Ustave). Nujnost posega pomeni, da zasledovanega cilja ni mogoče doseči na milejši način ali celo brez posega v človekovo pravico.⁴⁰ Če je torej mogoče javno korist doseči brez razlastitve (v širšem smislu), torej brez posega v pravico do zasebne lastnine, ker je na voljo druga nepremičnina, ki je za doseg načrtovane javne koristi ustrezna, ta ni dopustna, saj ni nujno potrebna.⁴¹ Razlastitev in omejitve lastninske pravice v javno korist torej pride na vrsto šele, ko so izčrpane vse druge (enakovredne) možnosti.⁴²

Zaradi posebnih pravil sektorske regulacije in prava varstva konkurence morajo nekateri upravljavci omrežij pod določenimi pogoji dopuščati uporabo svoje infrastrukture na tujih nepremičninah drugim operaterjem, ki pa v zemljiški knjigi niso opredeljeni kot služnostni upravičenci. Značilen primer je skupna uporaba drogov baznih postaj za postavitve anten različnih operaterjev mobilne telefonije. Za montažo in vzdrževanje tehnične opreme je potreben tudi fizični dostop delavcev drugih operaterjev do infrastrukture na služeči nepremičnini.⁴³ V zvezi s tem se postavlja vprašanje, ali morajo (ter lahko) tudi ti (drugi) operaterji za potrebe dostopa do infrastrukture prek tuje nepremičnine pridobiti (lastno) služnostno pravico ali zadošča, da je tako pravico (v razmerju do lastnika nepremičnine) pridobil obstoječi operater omrežja (kot služnostni upravičenec).

Glede na to, da je na področju elektronskih komunikacij vsebina služnosti v javno korist okvirno določena že v zakonu in da isti zakon določa tudi obveznost skupne uporabe komunikacijske infrastrukture, je teorija zavzela stališče, da taka služnost vključuje tudi možnost dostopa drugih operaterjev do infrastrukture na služeči nepremičnini, kadar ga je služnostni

³⁹ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1849/2015-32 z dne 28. marca 2017, točka 17 obrazložitve. Primerjaj sedmi odstavek 473. člena EZ-1.

⁴⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-133/13, U-I-134/13 z dne 11. februarja 2016.

⁴¹ Primerjaj J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 537.

⁴² Primerjaj tudi peti odstavek 23. člena ZEKom-2.

⁴³ M. Damjan, 2016, str. 69.

upravičenec dolžan omogočiti. To naj bi med drugim izhajalo iz 141. člena ZEKom-2, po katerem se mora skupna uporaba izvajati tako, da le v najnujnejšem obsegu moti lastnika nepremičnine, kar implicira, da mora lastnik dopuščati skupno rabo, vsaj če mu ta ne nalaga bistveno težjega bremena. Takšno razlogovanje je tudi skladno z namenom služnosti v javno korist, da se zagotovi nemoteno delovanje elektronske komunikacijske infrastrukture v skladu z zakonom. Vendar pa zaradi instituta skupne uporabe tretji operaterji ne postanejo tudi sami služnostni upravičenci, saj ne izvršujejo lastne pravice na tuji nepremičnini, ampak jo uporabljajo na podlagi dovoljenja služnostnega upravičenca.⁴⁴

To po drugi strani ne pomeni le, da tretji operater za dostop do infrastrukture preko tujega zemljišča svoje lastne pravice (služnosti) ne potrebuje, temveč da tudi niso izpolnjeni pogoji za njeno prisilno ustanovitev, saj ta ni nujno potrebna. To še zlasti (ne pa izključno) velja za primere, ko je v pogodbi ali v odločbi o ustanovitvi služnosti določba o dopustitvi skupne uporabe. Namen te določbe je namreč (vnaprej) seznaniti služnostnega zavezanca, da njegove nepremičnine ne bo uporabljal le imetnik (upravljavec) infrastrukture, temveč tudi drugi operaterji, ta okoliščina pa se upošteva tudi pri določanju višine odškodnine, ki jo dobi služnostni zavezanec. Lahko bi torej (vsaj pri pogodbenih služnostih) šteli, da je s tem lastnik nepremičnine pristal (soglašal) na uporabo nepremičnine tudi s strani tretjih oseb (pogodba v korist tretjega, 126. člen Obligacijskega zakonika – OZ) in zato pridobitev (posebnega) soglasja (služnosti) s strani tretjega operaterja ni potrebna. Lahko pa se seveda tretji operater z lastnikom nepremičnine (še) vedno dogovori za pogodbeno služnost, za prisilno ustanovitev služnosti pa pogoji niso izpolnjeni.⁴⁵ Ker so upravičenja imetnika te pravice omejena le na obseg, ki je potreben za izvajanje skupne uporabe, to po drugi strani pomeni, da mora tretji operater za vsako uporabo tuje nepremičnine, ki presega ta obseg, pridobiti posebno (služnostno) pravico. S tega vidika je zato nekoliko zavajajoča določba tretjega odstavka 27. člena ZEKom-2, po kateri ima imetnik pravice do skupne uporabe v obsegu, ki je potreben

⁴⁴ Celoten odstavek je povzet po M. Damjan, 2016, str. 69.

⁴⁵ Drugače o tem sodba Upravnega sodišča RS I U 1849/2015-32 z dne 28. marca 2017. Primerjaj odločbo AKOS št. 38261/4/2021/20 z dne 16. avgusta 2022 in priporočilo AKOS v zvezi s skupno uporabo fizične infrastrukture št. 3827-3/2022/49 z dne 23. junija 2022.

za izvajanje skupne uporabe, upravičenja iz 26. člena, kar bi bilo mogoče (napačno) razumeti v smislu, da mu pripadajo vsa zakonsko določena upravičenja. Imetniku pravice do skupne uporabe namreč po naravi stvari ne more pripadati več upravičenj, kot jih ima služnostni upravičenec (operater omrežja),⁴⁶ saj je izvrševanje pravice do skupne uporabe vezano prav na pravno razmerje, ki obstaja med služnostnim upravičencem in lastnikom nepremičnine (služnostno pravico).

Od pravice skupne uporabe je treba razlikovati pravico skupne gradnje. Gre za pravico zainteresiranega soinvestitorja, da se vključi v že obstoječi projekt (gradnje) investitorja (infrastrukturnega operaterja). Ne nanaša se torej na že zgrajena omrežja, temveč na gradnjo bodočega omrežja. Ker gre pri skupni gradnji za ukrep za gradnjo (več) samostojnih infrastruktur (komunikacijskih objektov), ki so zgolj z namenom zmanjševanja stroškov in posegov v tujo lastnino združeni v skupno gradnjo, je sodna praksa zavzela stališče, da mora vsak operater, ki sodeluje pri skupni gradnji, samostojno izkazati tudi, da ima pravico graditi na tuji nepremičnini. Zato je tudi infrastrukturni operater pred začetkom gradnje upravičen od soinvestitorjev zahtevati, da to pravico (na primer služnostno pravico) izkažejo,⁴⁷ slednji pa lahko to pravico pridobijo tudi z ustanovitvijo prisilne služnosti. Obstoj pravice graditi v korist infrastrukturnega operaterja torej ni ovira za (prisilno) ustanovitev služnosti v korist soinvestitorja (tretjega operaterja).

3.3. Odškodnina ali nadomestilo v naravi

Odškodnina ali nadomestilo v naravi (enakovredna nadomestna nepremičnina) pomeni odmeno za poseg v pravico do zasebne lastnine zaradi javne koristi.⁴⁸ Gre za obliko odškodninske odgovornosti države v širšem smislu, saj predpostavka te odgovornosti ni protipravnost ravnanja. Teorija zato govori o odškodninski odgovornosti države za pravno pravilno ravnanje oziroma o odškodninski odgovornosti države brez protipravnega ravna-

⁴⁶ Razen če je imetnik pravice do uporabe pridobil lastno pravico do gradnje in postavitve omrežja na tej nepremičnini.

⁴⁷ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1849/2020-30 z dne 29. novembra 2022, točka 43 obrazložitve.

⁴⁸ G. Virant, 2000, str. 506.

nja,⁴⁹ pri čemer poudarja, da izraz »odškodnina« glede na navedeno ni najbolj primeren, temveč je bolj ustrezen izraz »nadomestilo«.⁵⁰ Ustava v 69. členu razlikuje med denarnim nadomestilom (zajetim v okviru pojma »odškodnina«) in nadomestilom v naravi, pri čemer ne določa, katero od njiju ima prednost. Stališča teorije in sodne prakse so zato glede tega neenotna: del ob uporabi obligacijskopравnih pravil o alternativnih obveznostih (384. člen OZ) meni, da izbiro oblike nadomestila opravi dolžnik (torej razlastitveni upravičenec),⁵¹ kar pomeni, da torej nobena od oblik nadomestila načeloma nima prednosti, drugi del pa zagovarja stališče o primarnosti denarnega nadomestila (odškodnine).⁵² Ne glede na zavzeto stališče pa ima nadomestilo v naravi prednost, kadar se odvzame lastninska pravica na stavbi oziroma delu stavbe, ki ga razlaščenec uporablja kot stanovanje, oziroma tudi če gre za nepremičnine, ki so osnovna sredstva za opravljanje poklicne ali kmetijske dejavnosti razlaščenca, razen če zavezanec zahteva odškodnino v denarju (218. člen ZUreP-3). Ta dilema pa se ne nanaša tudi na služnosti v javno korist, saj je po naravi stvari praviloma na voljo le nadomestilo v denarju. Tako je mogoče razumeti tudi osmi odstavek 221. člena ZUreP-3 in četrti odstavek 27. člena ZEKom-2, ki omenjata le »odškodnino« oziroma »denarno nadomestilo«. Vendar to ne pomeni, da mora biti nadomestilo nujno izplačano v denarju v ožjem pomenu besede (tj. z nakazilom na bančni račun), temveč je lahko dogovorjeno tudi v drugačni obliki, na primer v obliki ugodnosti iz naročniškega razmerja.

ZEKom-2 denarno nadomestilo omenja le v 27. členu, ki ureja ustanovitev služnosti, pa še to le v zvezi s pogodbo o ustanovitvi služnosti. Določilo o denarnem nadomestilu je obvezna sestavina te pogodbe, razen kadar gre za ustanovitev služnosti na nepremičninah v lasti države ali samoupravne lokalne skupnosti, če se gradnja financira iz javnih sredstev. V tem primeru je namreč po izrecni zakonski določbi služnost neodplačna (sedmi odstavek 27. člena ZEKom-2). Iz tega je mogoče sklepati, da mora biti služnost (v

⁴⁹ D. Možina, str. 159. Glej tudi sklepe Vrhovnega sodišča RS II Ips 146/2014 z dne 4. septembra 2014, II Ips 146/2014 z dne 4. septembra 2014 in III Ips 74/2011 z dne 17. septembra 2013.

⁵⁰ Glej na primer T. Stockbauer Zagorac in P. Vlačič, str. 602–603; in M. Grižon, str. 141.

⁵¹ Glej na primer sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1884/2004 z dne 10. marca 2005.

⁵² Tako na primer G. Virnat, v: L. Šturm (ur.), str. 681; in T. Stockbauer Zagorac in P. Vlačič, str. 602–603.

vseh drugih primerih) nujno odplačna, kar ni v skladu z načelom pogodbene avtonomije. Pogodba o ustanovitvi služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij je namreč pogodba civilnega prava,⁵³ zaradi česar bi bilo treba pogoj odplačnosti v zvezi s pogodbeno avtonomijo relativizirati,⁵⁴ če je dogovor o neodplačnosti odraz resnične volje strank in ne posledica prisile.⁵⁵ Tudi iz ustavnosodne prakse izhaja, da zahteve iz 69. člena Ustave (strogo) veljajo le, kadar gre za prisilni odvzem ali omejitev lastninske pravice v javno korist.⁵⁶

Pogodbena avtonomija strank bi morala veljati tudi pri določanju višine nadomestila. Določbo četrtega odstavka 27. člena ZEKom-2, po kateri denarno nadomestilo

»ne sme presežati zmanjšanja vrednosti služee nrepremičnine ali dejanske škode in izgubljenega dobička, vključno zaradi dopustnosti skupne uporabe komunikacijskih objektov in omejitev, ki za investitorja izhajajo iz prvega do tretjega odstavka 14. člena tega zakona ob prestavitvi javnih komunikacijskih omrežij«,

bi bilo zato treba razlagati tako, da ta omejitev zavezuje le pristojne organe, ne pa tudi pogodbenih strank, ki se lahko dogovorita tudi za denarno nadomestilo, ki je višje od predpisanega. Operaterji omrežij so namreč subjekti zasebnega prava, ki s svojim premoženjem prosto razpolagajo, zato tako omejevanje ni smiselno, niti razumljivo, saj ni ogrožen javni interes.

⁵³ To pa ne velja, če kot pogodbeni stranka na strani služnostnega upravičenca nastopa javnopravni subjekt (na primer država, občina, izvajalec javne službe (koncesionar) kot nosilec javne oblasti). V tem primeru ne gre za klasično pogodbo civilnega prava, temveč za upravno pogodbo, za katero se pravila obligacijskega prava uporabljajo zgolj smiselno (*mutatis mutandis*). Podrobneje o kriterijih identifikacije upravne pogodbe glej K. Štemberger, 2021, str. 252; K. Štemberger, 2020, str. 17 in nasl.; ter sodbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 50/2019 z dne 10. junija 2020, III Ips 37/2020-3 z dne 19. januarja 2021 in II Ips 11/2023 z dne 10. maja 2023. Primerjaj H.-U. Erichsen in D. Ehlers, str. 892.

⁵⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS II IPS 210/2014 z dne 8. oktobra 2015. Glej tudi Združenje kabelskih operaterjev Slovenije »Gospodarsko interesno združenje«, Priloge na predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) z dne 30. oktobra 2020.

⁵⁵ Primerjaj sodbo Vrhovnega sodišča RS II IPS 210/2014 z dne 8. oktobra 2015 in drugi odstavek 215. člena SPZ.

⁵⁶ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-849/14-49 z dne 27. septembra 2018, točka 22 obrazložitve.

Ravno obratno: s plačilom višjega nadomestila od zakonsko predpisanega se lahko spodbudi lastnike nepremičnin k sklenitvi pogodbe o ustanovitvi služnosti, ta pa je podlaga za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij, ki je v javno korist. Če štejemo, da je pogodbeno ustanovitev služnosti lahko tudi neodplačna, to po drugi strani pomeni tudi, da se lahko stranki dogovorita za nadomestilo, ki je nižje od zakonsko predvidenega.

Čeprav je zagotovitev nadomestila pogoj za zakonitost razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti v javno korist, se to ne določi že z odločbo o razlastitvi ali ustanovitvi služnosti, temveč šele po zaključku upravnega postopka. Odločanje o temelju je torej praviloma ločeno od odločanja o nadomestilu.⁵⁷ Upravičenec in zavezanec se lahko (tako v primeru razlastitve kot tudi služnosti v javno korist⁵⁸) o nadomestilu sporazumeta na zapisnik pred upravnim organom, ki je odločal že v prvi fazi. V takem primeru se sporazum vnese v upravno odločbo, ki jo izda upravni organ. ZUreP-3 sicer določa, da se ta odločba lahko izpodbija iz razlogov, iz katerih se v skladu s predpisi, ki urejajo splošni upravni postopek, lahko izpodbija poravnava, vendar je mogoče ugotoviti, da ZUP pravnih sredstev (rednih ali izrednih) zoper sklenjeno poravnavo ne predvideva.⁵⁹ Sporazum je lahko sklenjen tudi v obliki notarsko overjene zasebne listine ali notarskega zapisa. V slednjih dveh primerih ima moč izvršilnega naslova.⁶⁰

Če sporazum ni mogoč, se nadomestilo na predlog upravičenca ali zavezanca odmeri v nepravdnem postopku pred pristojnim sodiščem (217. člen ZUreP-3). Po stališčih teorije se lahko tako nadomestilo določi tudi, kadar sta stranki s pogodbo dosegli delni sporazum in sta se dogovorili le o prenosu ali omejitvi lastninske pravice v javno korist, ne pa tudi o odškodnini ali nadomestilu v naravi, saj ta ni bistveni predmet pogodbe. Bistvo te pogodbe je prenos lastninske pravice ali posameznih lastniških upravičenj na nepremičnini iz zavezanca na upravičenca, kar pomeni, da zadošča, da

⁵⁷ Predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-3), EVA: 2020-2550-0074, obrazložitve k 217. členu, str. 290.

⁵⁸ Primerjaj B. Erdelič, str. 8. Drugače o tem J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 573, ki meni, da glede na besedilo določbe 221. člena ZUreP-3 možnost sklenitve sporazuma o odškodnini v primeru ustanovitve služnosti v javno korist ne pridejo v poštev, temveč lahko tako odškodnino določi le nepravdno sodišče.

⁵⁹ N. Hudej, v: E. Kerševan in P. Kovač (ur.), str. 71.

⁶⁰ M. Tratnik in R. Vrenčur, str. 59.

vsebuje (le) dogovor o (delnem) prenosu lastninske pravice, nadomestilo pa je lahko dogovorjeno ali določeno tudi naknadno,⁶¹ analogno ureditvi prisilnega odvzema ali omejitve lastninske pravice v javno korist.⁶² To pa ne velja za služnosti po ZEKom-2, saj je denarno nadomestilo obvezna sestavina pogodbe (tretji odstavek 27. člena). Iz tega je mogoče sklepati, da nadomestilo ne more biti določeno naknadno (po sklenitvi pogodbe), saj gre za bistveni predmet pogodbe, za kar pa ni mogoče najti razumnih razlogov.

4. PROCESNOPRAVNI VIDIKI RAZLASTITVE IN PRISILNE USTANOVITVE SLUŽNOSTI ZA GRADNJO ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJSKIH OMREŽIJ

4.1. Udeleženci postopka

V postopku razlastitve in ustanovitve služnosti v javno korist je – drugače kot v tipičnem upravnem postopku – udeleženih več strank. V njem namreč nastopata (razlastitveni ali služnostni) upravičenec in zavezanec v položaju strank z nasprotnimi interesi: upravičenec zasleduje javno korist, zavezanec pa zasebno korist. To procesno gledano pomeni predvsem, da je treba pri vodenju postopka upoštevati tudi (posebne) določbe ZUP glede udeležbe strank z nasprotnimi interesi.⁶³ Zlasti je pomembna določba, ki določa obvezno ustno obravnavo, kadar so v postopku udeležene stranke z nasprotnimi interesi (prvi odstavek 154. člena ZUP). Poleg strank z nasprotnimi interesi v postopku nastopa še upravni organ, ki odloča o razlastitvi ter prisilni ustanovitvi služnosti v javno korist. Na prvi stopnji odločajo upravne enote, ki so krajevno pristojne glede na lego nepremičnine, na drugi stopnji pa (pristojno) ministrstvo, razen če (posebni) zakon določa drugače. Gre za tako imenovane nujne udeležence postopka.⁶⁴

⁶¹ J. Tekavc, v: A. Mužina (ur.), str. 105.

⁶² Prim. sodbo Upravnega sodišča RS I U 37/2016 z dne 28. februarja 2017.

⁶³ Glej na primer drugi odstavek 9. člena, drugi odstavek 241. člena, 137. člen in prvi odstavek 154. člena ZUP.

⁶⁴ E. Kerševan in V. Androjna, str. 132.

Kot stranke postopka razlastitve ali ustanovitve služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij ne glede na določbe ZUreP-3 lahko na strani upravičenca nastopajo operaterji omrežja (tako v postopku razlastitve kot tudi v postopku ustanovitve služnosti⁶⁵) ali fizične ali pravne osebe, ki zagotavljajo elektronsko komunikacijsko omrežje, ki ni javno omrežje (le v postopkih ustanovitve služnosti⁶⁶). Ta določba je glede na potrebo po hitrem in učinkovitem izvajanju gradnje omrežij bistvena, saj ni smiselno, da se najprej izvede razlastitev ali ustanovitev služnosti v korist upravičenca državi ali občine, nato pa jo mora ta prenesti še na operaterja ali drugo fizično ali pravno osebo. Ker je ZEKom-2 v razmerju do ZUreP-3 specialni predpis, ustava pa razlastitvenih in služnostnih upravičencev ne opredeljuje, je taka ureditev tudi ustavnoskladna.⁶⁷

Tudi krog zavezancev je v ZEKom-2 opredeljen nekoliko drugače kot v ZUreP-3. Služnost za gradnjo javnih komunikacijskih omrežij se lahko namreč ustanovi tudi na nepremičnini, ki je v lasti Republike Slovenije (peti odstavek 23. člena ZEKom-2), če je za to ugotovljena prevladujoča javna korist, pri čemer je glede na dikcijo določbe mogoče ugotoviti, da se služnost na nepremičnini v lasti Republike Slovenije lahko ustanovi le na pogodbeni podlagi, ne pa tudi prisilno (z upravno odločbo). Ta omejitev pa ne velja za druge osebe javnega prava, ki nastopajo kot zavezanci, saj se služnost na nepremičninah v njihovi lasti ustanovi tudi prisilno. Je pa treba upoštevati omejitev iz tretjega odstavka 205. člena ZUreP-3, ki se nanaša na nepremičnine, ki so v lasti oseb javnega prava in se uporabljajo za javne namene. Razlastitev je na teh nepremičninah dopustna, če javna korist, ki se zasleduje z razlastitvijo, prevlada nad javno koristjo, ki se zagotavlja z uporabo te nepremičnine pred razlastitvijo.

Ob upoštevanju zgornjih omejitev je torej zavezanec fizična ali pravna oseba, ki ima v lasti nepremičnino, ki je predmet razlastitve ali služnosti. V pravnem prometu velja, da je lastnik nepremičnine, kdor je kot lastnik vpisan v zemljiško knjigo (prvi odstavek 11. člena SPZ, glej tudi 8. člen ZZK-1). To pomeni, da se postopek praviloma vodi zoper zemljiškoknji-

⁶⁵ Glej šesti odstavek 23. člena ZEKom-2.

⁶⁶ Glej peti odstavek 25. člena ZEKom-2.

⁶⁷ Primerjaj predlog Energetskega zakona (EZ-1), EVA: 2013-2430-0074, obrazložitvev 473. člena, str. 463.

žnega lastnika, razen če drugačno lastništvo izhaja iz listine, ki je sposobna za vpis v zemljiško knjigo (na primer posadna listina, dokončna oziroma pravnomočna sodna ali upravna odločba, zakonska določba), torej če to dejstvo ni sporno. Gre za primere, ko je bila lastninska pravica pridobljena na izvirni način in je zato vpis lastninske pravice v zemljiško knjigo le deklaratorne oziroma publicitetne narave. Če je lastništvo sporno, sporno pa je takrat, kadar upravnemu organu do izdaje odločbe na prvi stopnji ni predložena listina o (že pridobljeni) lastninski pravici, sposobni za vpis v zemljiško knjigo (s katero se izpodbije domneva lastninske pravice), se postopek vodi zoper zemljiškoknjižnega lastnika. Oseba, ki trdi da je lastnik nepremičnine, čeprav njena pravica ni zavedena v zemljiški knjigi, pa ima (lahko) položaj stranskega udeleženca, če izkaže pravni interes (43. člen ZUP). Tako je mogoče (s smiselno razlago) razumeti četrti odstavek 205. člena ZUreP-3, ki ureja položaj kupca nepremičnine, čigar lastninska pravica še ni bila vknjižena v zemljiško knjigo (do konca razlastitvenega postopka na prvi stopnji⁶⁸),⁶⁹ vendar ni nobenih (pravnih) ovir za to.⁷⁰ Ker kupec nepremičnine, še ni postal njen lastnik, ima torej lahko le položaj stranskega udeleženca (ne pa glavne stranke), razen če do konca postopka na prvi stopnji doseže (konstitutivni) vpis v zemljiško knjigo. Glavna stranaka je še vedno zemljiškoknjižni lastnik.⁷¹

Upravni organ, ki odloča o razlastitvi ali prisilni ustanovitvi služnosti v javno korist, torej ne ugotavlja lastništva nepremičnine v smislu rešitve predhodnega vprašanja.⁷² Če se lastništvo nepremičnine spremeni po začetku postopka za razlastitev ali ustanovitev služnosti v javno korist, dobi (novi) lastnik položaj stranke v upravnem postopku (razlastitveni ali služnostni zavezanec), prvotni lastnik pa ima (lahko) položaj stranskega udeleženca. Vendar mora novi lastnik sprejeti postopek v stanju, v katerem je v trenutku, ko dobi položaj stranke (četrti odstavek 142. člena ZUP); postopek se torej ne začne znova, kar pomeni tudi, za upravičenec ni dolžan

⁶⁸ Po ZUP lahko sicer stranaka vstopi v postopek tudi po izdaji odločbe na prvi stopnji. ZUreP-3 je torej v tem delu strožji. Glej 142. člen ZUP.

⁶⁹ Tako tudi J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 543.

⁷⁰ Smiselno enako sodba Upravnega sodišča RS II U 132/2010 z dne 15. junija 2012.

⁷¹ Tako tudi J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 543. Drugače sodba Upravnega sodišča RS I U 2260/2017-27 z dne 17. oktobra 2019, točka 16 obrazložitve.

⁷² Sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 16/2022 z dne 14. decembra 2022.

(vnovič) predložiti ponudbe za sporazumen prenos ali omejitev lastninske pravice v javno korist.⁷³ Pri tem pa je treba upoštevati omejitev iz četrtega odstavka 210. člena ZUreP-3, ki določa, da po uvedbi postopka za razlastitev ali ustanovitev služnosti v javno korist pravni promet z nepremičnino (brez soglasja upravičenca) ni dopusten, pravni posel, ki je v nasprotju s tem, pa je ničen.

Od tega položaja je treba razlikovati položaj, ko ni mogoče pridobiti podatkov o lastniku nepremičnine (za katero se predlaga razlastitev ali ustanovitev služnosti) iz uradnih evidenc, ker ti podatki ne obstajajo ali ker organi, ki vodijo uradne evidence, s podatki ne razpolagajo, oziroma ker lastnik nepremičnine ni znan.⁷⁴ Za te primere zakon določa, da upravni organ, pristojen za odločanje o skrbništvu, na predlog (razlastitvenega ali služnostnega) upravičenca imenuje skrbnika za posebni primer. Namen te določbe je zagotoviti možnost za začetek postopka za razlastitev ali ustanovitev služnosti v javno korist. Družinski zakonik (DZ) v 268. členu to pristojnost podeljuje centrom za socialno delo, v 268. členu pa je predvidena tudi možnost, da skrbnika imenuje organ, pred katerim vodi postopek, vendar mora o tem nemudoma obvestiti center za socialno delo. Glede na vsebino te zakonske določbe je mogoče ugotoviti, da to pooblastilo organu (ki ni center za socialno delo) pripada le za postopek, ki že teče, ne pa tudi že pred njegovim začetkom. To pomeni, da bo moral za dejanja, ki jih je treba po zakonu opraviti že pred začetkom postopka (tj. vročitev ponudbe za odkup nepremičnine ali sporazumno ustanovitev služnosti, vročitev zahteve za začetek postopka) skrbnika za posebni primer vselej imenovati center za socialno delo.⁷⁵

Skladno s šestim odstavkom 221. člena ZUreP-3 (in predhodnim šestim odstavkom 211. členom ZUreP-2) se lahko postopek ustanovitve služnosti v javno korist (ne pa tudi razlastitev) uvede tudi zoper posameznega solastnika ali skupnega lastnika nepremičnine, če so zanj izkazani pogoji za uvedbo postopka. Gre za odstop od splošnega pravila stvarnega prava, da je vsak solastnik lastnik vsakega dela nepremičnine in je treba zato služnost

⁷³ Sodba Upravnega sodišča RS I U 1640/2012 z dne 22. januarja 2013.

⁷⁴ Predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-3), EVA: 2020-2550-0074, obrazložitev k 208. členu, str. 288.

⁷⁵ Podobno o tem J. Čebulj, v: J. Breznik (ur.), str. 546.

ustanoviti glede celotnih nepremičnin, torej glede vseh solastnikov (ne pa glede posameznega solastniškega dela).⁷⁶

4.2. Ponudba za odkup nepremičnine ali za pogodbeno ustanovitev služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

Predložitev ponudbe za odkup nepremičnine ali za pogodbeno ustanovitev služnosti je procesna predpostavka za sprožitev postopka razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti v javno korist.⁷⁷ Postopek se lahko začne (še)le, če zavezanec ponudbe v zakonsko predpisanem roku ne sprejme ali nanjo ne odgovori.⁷⁸ Vročitev ponudbe torej še ne spada v fazo upravnega postopka, zato se tudi ne zahteva, da bi bila vročitev opravljena skladno z določbami ZUP. Zahteva, ki je vložena pred iztekom tega roka, je preuravnjena in jo zato upravni organ zavrže.⁷⁹ Vendar pa ni predpisana obveznost pogajanj o sklenitvi pogodbe, temveč zadošča že to, da je ponudba (s predpisano vsebino) zavezancu vročena in da je ta ne sprejme. Še več, enaka posledica velja tudi, če zavezanec pošiljke (s ponudbo) ne prevzame ali odkloni njen sprejem. ZUreP-3 namreč določa, da se šteje, da je bila taka ponudba vročena (čeprav je naslovnik ni nujno dejansko prejel) in po poteku roka, ki je določen za sprejem ponudbe, so izpolnjene predpostavke za podajo zahteve za začetek postopka. Iz tega izhaja, da gre zgolj za formalno obveznost upravičenca.⁸⁰ Poleg tega ne ZUreP-3 in tudi ne ZEKom-2 ne urejata možnosti sklenitve pogodbe po tem, ko je bil postopek za razlastitev ali ustanovitev služnosti že uveden. To ni skladno s pogojem, da mora biti odvzem ali omejitev lastninske pravice v javno korist *ultima ratio* in da ima pogodbeni odvzem ali omejitev lastninske pravice prednost pred prisilnim. Ta pogoj bi bil izpolnjen šele, če bi si upravičenec tudi dejansko (ne pa zgolj formalno) ves čas postopka (do izdaje odločbe) prizadeval za

⁷⁶ Primerjaj sodbo Upravnega sodišča RS I U 206/2009 z dne 24. novembra 2009.

⁷⁷ Izjema velja, kadar se služnost ustanovi na podlagi predloga pogodbe upravljavca druge gospodarske javne infrastrukture, na kateri se služnost ustanavlja v skladu z zakoni, ki urejajo gospodarske javne infrastrukture (šesti odstavek 27. člena ZEKom-2).

⁷⁸ Glej prvi odstavek 209. člena ZUreP-3 in osmi odstavek 27. člena ZEKom-2.

⁷⁹ Sodba Upravnega sodišča RS I U 418/2010 z dne 15. februarja 2011.

⁸⁰ Primerjaj M. Skubic, str. 26.

sklenitev pogodbe ter se (znotraj zakonskih okvirjev) pogajal z zavezanecem. Ker gre pri pogodbi namesto razlastitve ali ustanovitve služnosti v javno korist za posebno obliko poravnave med strankami z nasprotnimi interesi (137. člen ZUP), je treba šteti, da je sklenitev pogodbe že v veljavni ureditvi mogoča kadarkoli do izdaje odločbe na prvi stopnji⁸¹ (subsidiarna uporaba ZUP).⁸² V takem primeru se postopek s sklepom (deloma) ustavi.⁸³ Vendar bi moral zakonodajalec zaradi večje jasnosti to možnost izrecno predvideti tudi v ZUreP-3.⁸⁴

Ponudba za odkup nepremičnine namesto razlastitve mora biti pripravljena na podlagi ocenjene vrednosti nepremičnine ter ocenjenih nadomestil za škodo in drugih stroškov, ki lahko pripadajo razlaščenju, določi pa se z metodologije ocenjevanja vrednosti nepremičnin, škod na njih in drugih stroškov za umeščanje prostorskih ureditev državnega pomena (prvi odstavek 207. člena ZUreP-3 v zvezi z 216. členom ZUreP-3). V sodni praksi se je postavilo vprašanje, ali ta določba velja tudi za služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij oziroma ali je treba šteti, da je ustanavljanje služnosti urejeno drugače in celovito ter se zato 207. člen ZUreP-3 za ponudbe za sklenitev pogodbe o služnosti ne uporablja.⁸⁵ Ker ZEKom-2 tega vprašanja kot specialni predpis ne ureja, se je treba ozreti v ureditev služnosti v javno korist po ZUreP-3.⁸⁶

Glede na vsebino 221. člena ZUreP-3 je (jezikovno in sistemsko gledano) mogoče ugotoviti, da se zakonska določba, ki ureja sestavine zahteve za prisilno ustanovitev služnosti v javno korist, ne sklicuje na ponudbo iz 207. člena (ponudba za odkup nepremičnine), temveč govori o ponudbi za sklenitev pogodbe o služnosti iz prejšnjega odstavka. Ta pa določa le, da mora upravičenec pred vložitvijo zahteve za ustanovitev služnosti ponuditi lastniku sklenitev pogodbe o ustanovitvi služnosti. Drugačna tehnika sklicevanja je uporabljena v 209. členu (zahteva za razlastitev), ki izrecno

⁸¹ N. Hudej, v: E. Kerševan in P. Kovač (ur.), str. 69.

⁸² K. Štemberger, 2020, str. 28.

⁸³ Primerjaj F. Staničić, str. 187.

⁸⁴ Primerjaj H.-U., Erichsen in D. Ehlers, str. 892.

⁸⁵ Sodba in sklep Upravnega sodišča RS I U 420/2020-19 z dne 23. marca 2021. Glej tudi sklep Vrhovnega sodišča RS X DoR 141/2021-3 z dne 13. julija 2022.

⁸⁶ O tem, da se določbe o služnosti v javno korist iz ZUreP-3 uporabljajo tudi za služnosti po drugih zakonih, tudi M. Tratnik in R. Vrenčur, str. 64.

določa, da mora biti zahtevi priložena ponudba iz 207. člena ZUreP-3. Navedeno razlikovanje kaže, da je to vprašanje pri služnostih urejeno drugače (specialno), kar izključuje uporabo določb o razlastitvi. To posledično velja tudi za služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij.

Glede tega se nadalje odpira vprašanje, ali je ponudba za pogodbeno ustanovitev služnosti v javno korist obvezna sestavina zahteve za prisilno ustanovitev služnosti. ZEKom-2 namreč ne predpisuje obveznih sestavin te zahteve, temveč določa le, da lahko služnostni upravičenec, če lastnik nepremičnine v desetih dneh po prejemu predloga za sklenitev pogodbe ne pristane na njeno sklenitev, zahteva, da o ustanovitvi služnosti odloči pristojni upravni organ (osmi odstavek 27. člena ZEKom-2). Po mnenju, zavzetem v tem prispevku, je s to določbo zakonodajalec drugače uredil le rok, ki ga ima služnostni zavezanec na voljo za sprejem ponudbe, ne pa tudi izključil uporabe določbe o obveznih sestavinah (prilogah) zahteve za omejitev lastninske pravice s služnostjo iz petega odstavka 221. člena ZUreP-3. To po drugi strani pomeni tudi, da mora upravni organ po uradni dolžnosti (skladno s preiskovalnim načelom) preveriti, ali je ponudba priložena k zahtevi; če gre za ponudbo za odkup nepremičnine (207. člen ZUreP-3), pa tudi, ali je ta pripravljena skladno z zakonskimi zahtevami.⁸⁷ Podlago za to najdemo v šestem odstavku 66. člena ZUP v zvezi s prvim odstavkom 67. členom ZUP, ki urejata ravnanje organa ob prejemu nepopolnih ali nerazumljivih vlog. Vloga je nepopolna, če ne predpisuje vseh predpisanih sestavin.⁸⁸ Upravni organ take vloge ne sme zavreči, temveč mora vlagatelja pozvati, naj pomanjkljivosti v določenem roku odpravi. Če to stori, se šteje, da je vloga vložena takrat, ko je bila vložena vloga, s katero so bile te pomanjkljivosti odpravljene. V nasprotnem primeru pa upravni organ vlogo s sklepom zavrže. Zoper ta sklep je dovoljena pritožba.⁸⁹ Vendar to ne pomeni, da ima upravni organ tudi pooblastilo za presojo primernosti ponudbe.

⁸⁷ Glej sklep Upravnega sodišča RS X DoR 260/2022-6 z dne 1. marca 2023.

⁸⁸ Primerjaj sodbo Upravnega sodišča RS I U 1848/2019-10 z dne 27. avgusta 2020.

⁸⁹ Ne gre torej za vsebinsko presojo izpolnjenosti pogojev za razlastitev, temveč za preizkus, ali zahteva vsebuje vse predpisane sestavine. Posledično take zahteve ni mogoče (zaradi nepredložitve cenitve) zavrniti, temveč kvečjemu zavreči. Primerjaj sodbo in sklep Upravnega sodišča RS I U 420/2020-19 z dne 23. marca 2021, iz katere je razvidno, da je upravna enota iz tega razloga zahtevo zavrnila, 1. točka obrazložitve.

Če je pogodba sklenjena, nadomešča odločbo o razlastitvi ali ustanovitvi služnosti v javno korist (in sporazum o nadomestilu ali sodno odločbo o njem⁹⁰), zato je pomembno, da vsebuje vse sestavine, ki bi jih sicer vsebovala upravna odločba. Vendar s sklenitvijo take pogodbe služnost na nepremičnini še ne nastane, temveč se zahteva še njen vpis v zemljiško knjigo (prvi odstavek 215. člena SPZ).⁹¹ Drugače velja za pogodbo namesto razlastitve, ki jo je treba po mnenju sodne prakse enačiti s pridobitvijo lastninske pravice na podlagi odločbe državnega organa, kar pomeni, da ima že sama pogodba, sklenjena namesto razlastitve, učinek v lastninski pravni sferi in da ima vknjižba v zemljiško knjigo zgolj deklaratorni učinek.⁹²

4.3. Odločanje o razlastitvi in prisilni ustanovitvi služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

ZUreP-3 v postopku razlastitve in prisilne ustanovitve služnosti v javno korist predvideva izdajo dveh aktov: sklepa o uvedbi postopka ter odločbe o razlastitvi ali ustanovitvi služnosti v javno korist. Pogoj za izdajo sklepa o uvedbi postopka, s katerim se formalno začne postopek,⁹³ je, da je zahteva (razlastitvenega ali služnostnega) upravičenca za začetek postopka formalno popolna in so izpolnjene preostale procesne predpostavke (zahteva ni preuranjena, izkazana je aktivna legitimacija) in da je izkazana abstraktna javna korist.⁹⁴ V tej fazi torej upravni organ še ne presoja izpolnjevanja preostalih (materialnih) pogojev za razlastitev ali ustanovitev služnosti v javno korist (konkretne javne koristi).⁹⁵ Ker je ta akt zgolj procesen, zoper

⁹⁰ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 856/94 z dne 20. junija 1996 ter sodbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2295/2013 z dne 19. februarja 2014 in I Cp 2295/2013 z dne 19. februarja 2014.

⁹¹ Tako tudi M. Tratnik in R. Vrenčur, str. 64.

⁹² Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 264/2014 z dne 23. junija 2016. Glej tudi sodbo Višjega sodišča v Mariboru I Cp 910/2017 z dne 21. novembra 2017 in sodbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 600/2016 z dne 31. maja 2016.

⁹³ Postopek se torej ne začne že z vložitvijo zahteve za razlastitev ali ustanovitev služnosti, kot to napačno izhaja iz prvega odstavka 209. člena ZUreP-3.

⁹⁴ Primerjaj M. Skubic, str. 26. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča RS X Ips 57/2021 z dne 8. decembra 2021.

⁹⁵ Glej sodbi Upravnega sodišča RS I U 253/2020-23 z dne 15. marca 2022 in I U 1848/2019-10 z dne 27. avgusta 2020 in sodbo Vrhovnega sodišča RS X Ips 43/2021 z dne 13. oktobra 2021.

njega posebna pritožba ni dovoljena (prvi odstavek 210. člena ZUreP-3), se pa na njegovi podlagi v zemljiški knjigi zaznamuje začetek postopka razlastitve ali omejitve lastninske pravice v javno korist. Vpis zaznambe po uradni dolžnosti opravi zemljiškooknjižno sodišče na podlagi sklepa o uvedbi postopka, ki mu ga po uradni dolžnosti posreduje upravni organ. Zaznamba tega pravnega dejstva onemogoča vpise pravnoposlovnih pridobitev pravic na nepremičnini, brez soglasja upravičenca (tretji in četrti odstavek 210. člena ZUreP-3).⁹⁶

Po izvedenem ugotovitvenem postopku, v katerem upravni organ ugotavlja izpolnjevanje pogojev za razlastitev ali ustanovitev služnosti (tj. konkretno javno korist), izda upravni organ odločbo, s katero zahtevi ugotovi ali jo zavrne. Odločba, s katero se zahtevi (delno) ugotovi, mora vsebovati vse predpisane sestavine (213. člen ZUreP-3 in 29. člen ZEKom-2), predvsem mora biti iz nje jasno razvidna vsebina (obseg) (ustanovljene) služnosti.

Skladno s sedmim odstavkom 215. člena ZEKom-2 gre pri odločanju v postopku razlastitve in ustanovitve služnosti za gradnjo javnih komunikacijskih omrežij za nujni primer oziroma tako imenovani nujni postopek v smislu 215. člena ZUreP-3. Če je postopek nujni, to pomeni, da o zadevi pristojni upravni organ odloča prednostno (kar tudi sicer velja za vse postopke razlastitve in ustanovitve služnosti v javno korist, glej 206. člen ZUreP-3).⁹⁷ Poleg tega pritožba, ki je na voljo zoper odločbo o razlastitvi ali ustanovitvi služnosti v javno korist, ne zadrži prenosa lastninske pravice (ali njene omejitve) in pridobitve posesti, razen če zakon določa drugače. Gre za odstop od splošnega pravila, da ima pritožba v upravnem postopku suspenzivni učinek (prvi odstavek 236. člena ZUP). To pomeni, da do prenosa ali omejitve lastninske pravice v teh primerih pride že s trenutkom vročitve odločbe, torej precej prej kot v rednih (tj. nenujnih) postopkih, v katerih je pridobitev lastninske pravice in služnosti na nepremičnini vezana na pravnomočnost upravne odločbe (prvi odstavek 214. člena ZUreP-3). Drugače kot ZUreP-3, ki določa kriterije za uporabo nujnega postopka (od primera do primera), ZEKom-2 uvaja splošno pravilo o nujnosti vseh postopkov razlastitve in ustanovitve služnosti v korist operaterja javnega

⁹⁶ Primerjaj sklep Upravnega sodišča RS III U 46/2020-7 z dne 10. julija 2020.

⁹⁷ Primerjaj predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-2), EVA: 2016-2550-0006, obrazložitev k 205. členu, str. 207.

komunikacijskega omrežja, kar pomeni, da dodatno utemeljevanje potreb po vodenju tega postopka ni potrebno. Glede na umestitev tega pravila pod določbo, ki se nanaša na gradnjo javnih komunikacijskih omrežij, je mogoče ugotoviti, da za gradnjo drugih elektronskih komunikacijskih omrežij, ki niso javna (25. člen ZEKom-2), to splošno pravilo ne velja. Vendar to ne pomeni, da ti postopki ne morejo biti nujni, temveč da mora upravičenec v zahtevi za prisilno ustanovitev služnosti (gre za akcesorni zahtevek⁹⁸) razloge in potrebo za nujnost postopka (ob upoštevanju kriterijev iz prvega odstavka 215. člena ZUreP-3) posebej obrazložiti in utemeljiti, odločitev o izbiri postopka pa sprejme upravna enota. Ne gre torej za nujni postopek *ipso lege*. V nujnem postopku lahko upravni organ tudi že takoj odloči o odškodnini, če pride do sporazuma med upravičencem ali zavezancem, ali pa napoti na nadaljnje postopke glede odškodnine ali pravice do nje (četrti odstavek 215. člena ZUreP-3).⁹⁹

Ne glede na to, ali je postopek nujni ali ne, je vpis pridobitve lastninske pravice in služnosti v javno korist v zemljiško knjigo zgolj deklaratoren, saj se ta pridobi že s (pravnomočno) odločbo upravnega organa (216. člen SPZ).

5. SKLEP

Pravna ureditev razlastitve in prisilnega ustanavljanja služnosti v javno korist je zapletena in pogosto nejasna, saj so materialne in procesne določbe razpršene v številnih (splošnih in posebnih) predpisih tako s področja javnega kot tudi zasebnega prava, ki jih je treba kombinirano uporabiti. K temu pripomore tudi zgolj parcialna ureditev postopka ustanavljanja služnosti v javno korist ter sklic na uporabo določb o razlastitvi glede preostalih vprašanj, torej glede tistih, ki niso za služnosti urejena drugače. Pogosto namreč ni jasno, ali je posamezno vprašanje pri služnostih urejeno drugače (in celovito) ali zgolj nepopolno, kar povzroča številne pravne dileme in zaplete v praksi. Ti zapleti so še toliko bolj značilni za ustanavljanje služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij, saj je treba poleg zahtev stvarnopravne zakonodaje in urejanja prostora upoštevati še

⁹⁸ Glej M. Skubic, str. 27.

⁹⁹ Primerjaj predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-3), EVA: 2020-2550-0074, obrazložitev k 215. členu, str. 289.

predpise o elektronskih komunikacijskih omrežjih, ki uvajajo institute, ki jim klasična stvarnopravna razmerja niso v celoti prilagojena (na primer pravica skupne uporabe, pravica skupne gradnje, pravica dostopa), vendar vanje tako ali drugače posegajo. Zaradi zagotavljanja pravne varnosti in večje predvidljivosti prava bi zato moral zakon posege v lastninsko pravico in druge stvarne pravice na nepremičnini zaradi gradnje elektronskih komunikacijskih omrežij urediti bolj sistematično, pregledno in celovito, ob upoštevanju specifik, ki veljajo za to področje, zlasti večje stopnje svobode razpolaganja operaterjev omrežij (oseb zasebnega prava), kot je značilna za osebe javnega prava, ter drugih ukrepov, ki so usmerjeni v preprečitev podvajanja in optimizacijo uporabe infrastrukture. Poleg razlastitve in služnosti v javno korist, bi moral zakon posebej in izrecno urediti tudi druge oblike omejevanja lastninske pravice (na primer z ustanovitvijo stavbne pravice) ter odvzem in omejitev drugih stvarnih pravic v javno korist (na primer odvzem stavbne pravice), ki jih dopušča, ne pa tudi izpeljuje ZEKom-2.

Seznam virov

- AUST, Manfred, in PASTERNAK, Dieter. *Die Enteignungsentschädigung*. Berlin: De Gruyter, 2007.
- AVBELJ, Matej. Komentar 69. člena. V: AVBELJ, Matej (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Nova Univerza: Evropska pravna fakulteta, 2019.
- BREZNIK, Janez (ur.). *Zakon o graditvi objektov (ZGO-1) s komentarjem, Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1) s komentarjem, Zakon o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- DAMJAN, Matija. Služnost v javno korist. *Pravosodni bilten*, 2016, št. 1, str. 69.
- DAMJAN, Matija. Pravne podlage za ureditev položaja infrastrukturnih omrežij na tujih zemljiščih. *Pravni letopis*, 2013, letn. 6, str. 85–103.
- DETTERBECK, Steffen. *Öffentliches Recht – Ein Basislehrbuch mit Übungsfallen für das Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht*. München: Franz Vahlen, 2009.
- ERDELIČ, Biljana. Ustanovitev služnosti v javno korist brez odškodnine za poseg v lastninsko pravico. *Pravna praksa*, 2007, letn. 26, št. 38, str. 7–9.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, in EHLERS, Dirk. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: De Gruyter, 2006.
- ESCHENBACH, Jürgen. *Der verfassungrechtliche Schutz des Eigentums*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- FRENZEL, Michael. *Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.

- HUDEJ, Nika. Komentar k 137. členu ZUP. V: KERŠEVAN, Erik, in KOVAČ, Polonca (ur.), *Komentar Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP), 2. knjiga (125. do 325. člen)*. Ljubljana: Uradni list RS, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, 2020.
- JUHART, Miha. Služnost v javno korist. V: *LX. dnevi javnega prava*. Portorož, 18.–20. junij 2003. Ljubljana: Inštitut za javno upravo, 2004, str. 221–236.
- JUHART, Miha. Upravičenje (pravica) gradnje in njeno izkazovanje. *Pravni letopis*, 2010, letn. 3, str. 159–164.
- KERŠEVAN, Erik, in ANDROJNA, Vilko. *Upravno procesno pravo: upravni postopek in upravni spor, 2., spremenjena in dopolnjena izdaja*. Ljubljana: GV Založba, 2017.
- KREFT, Friedrich. *Öffentlichrechtliche Ersatzleistungen*, Berlin: de Gruyter, 1998.
- Mnenje Službe Vlade RS za digitalno preobrazbo na pripombe, prejete v postopku javne obravnave osnutka predloga zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2).
- MOŽINA, Damjan. Odškodninska odgovornost države. *Pravni letopis*, 2013, str. 141–165, 316–317.
- Predlog amandmajev Sekcije operaterjev elektronskih komunikacij k predlogu Zakona o elektronskih komunikacijah, str. 3, <https://www.gzs.si/Portals/166/Amandmaji%20SOEK_ZEKom3_Zakonodajna_pravna%20sluzba%20DZ.pdf>.
- Predlog Energetskega zakona (EZ-1): EVA 2013-2430-0074.
- Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2), EPA: 16 – IX.
- Predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1), EVA: 2012-3330-0058.
- Predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-2), EVA: 2016-2550-0006.
- Predlog Zakona o urejanju prostora (ZUreP-3), EVA: 2020-2550-0074.
- ROZEK, Jochen. *Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung*, Tübingen, 1998.
- SCHMIDT, Rolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht, R.S. verlag*. Grasberg bei Bremen, 2002.
- SKUBIC, Miha. Zagonetke postopka razlastitve po Zakonu o urejanju prostora (ZUreP-1). *Pravna praksa*, 2008, letn. 27, št. 40/41, str. 26–28.
- STANIČIĆ, Frane. Opće uređenje izvlaštenja u Njemačkoj – pouke za Hrvatsku. *Pravni vjesnik : časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strossmayera u Osijeku*, 2015, letn. 31, št. 3/4, str. 185–212.
- STOCKBAUER ZAGORAC, Tina, in VLAČIČ, Patrick. Razlastitev v Sloveniji z nekaterimi vidiki razlastitve v Nemčiji in Italiji. *Podjetje in delo*, 2014, št. 3/4, str. 588.
- ŠRITOF-BRUS, Mojca (ur.). *Zakon o graditvi objektov (ZGO-1) s komentarjem, Zakon o urejanju prostora (ZUreP-1) in Zakon o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt) s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- ŠTEMBERGER BRIZANI, Katja. Nekatera vprašanja smiselne uporabe Zakona o splošnem upravnem postopku v postopkih javnega razpisa za (so)financiranje iz javnih sredstev. *Javna uprava*, 2020, letn. 56, št. 3/4, str. 87–101 in 135–136.

Razlastitev in prisilna ustanovitev služnosti za gradnjo elektronskih komunikacijskih omrežij

- ŠTEMBERGER BRIZANI, Katja. Pogodba kot alternativa upravnemu aktu v slovenskem in primerjalnem pravu. *Javna uprava*, 2020, letn. 56, št. 1/2, str. 15–36, 125–126.
- ŠTEMBERGER BRIZANI, Katja. Upravna pogodba kot posebni institut upravnega prava – kje smo in kako naprej?. *Pravnik: revija za pravno teorijo in prakso*, 2021, letn. 76, št. 5/6, str. 249–272, 331–33
- TEKAVC, Janez. Razlastitvena pogodba. V: MUŽINA, Aleksij (ur.). *Upravne pogodbe*. Ljubljana: Fakulteta za management in pravo, 2019, str. 103–110.
- TRATNIK, Matjaž, in VRENČUR, Renato. *Omejitve lastninske pravice in posebni pravni režimi na nepremičninah*. Ljubljana: GV Založba, 2009.
- TRATNIK, Matjaž. Služnosti v javno korist. *Pravna praksa*, 2006, št. 9, str. 20.
- VIRANT, Gregor. Javnopravni posegi v lastninsko pravico. *Javna uprava*, 1996, letn. 32, št. 4, str. 555–572.
- VIRANT, Gregor. Odškodninska odgovornost države v zvezi z ravnanji javne uprave. *Javna uprava*, 2000, letn. 36, št. 4, str. 499–512.
- VIRANT, Gregor. Komentar k 69. členu. V: ŠTURM, Lovro (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Ljubljana: Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, 2002.
- Združenje kabelskih operaterjev Slovenije, »Gospodarsko interesno združenje«, Pripombe na predlog Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-2) z dne 30. oktobra 2020.

